



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Årsrapport 2009

Postadresse
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Olav Kyrresgate 8
5014 Bergen

Tlf.: 55 59 75 00
Faks: 55 59 75 99

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

Innhold

1	Innledning.....	3
2	Organisasjonsstruktur.....	3
2.1	Synergier mellom KOFA og Konkurransetilsynet.....	4
3	Oversikt over viktige tall for driften i KOFA.....	4
3.1	Innkommne saker og saker til behandling.....	5
3.2	Ferdigbehandlede saker.....	6
3.3	Avviste saker.....	7
3.4	Konsekvenser av brudd på regelverket.....	9
3.5	Hvem som blir klaget inn for klagenemnda.....	9
4	Ulovlige direkteanskaffelser.....	9
4.1	Resultatene.....	9
4.2	Saksbehandlingen av gebyrsaker.....	12
5	Gjennomgang av andre avgjørelser fra 2009.....	12
5.1	Saker vedrørende ulovlig tildelingskriterium.....	13
6	Ressurstilgang.....	13
7	Hjemmeside og abonnementstjeneste.....	14
8	Andre aktiviteter.....	14
8.1	Seminar for offentlige oppdragsgivere.....	14
8.2	Foredragsvirksomhet.....	14
9	Avslutningsvis.....	15

1 Innledning

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA /klagenemnda) ble etablert ved forskrift av 15.11.2002 og har vært i virksomhet siden 1. januar 2003. 2009 var dermed nemndas syvende driftsår. Klagenemnda er et rådgivende organ som skal behandle klager om brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Nemnda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Nemnda har også myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b. Klagenemndas organisasjon og saksbehandlingen ved klagenemnda er regulert i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.¹

Bakgrunnen for etableringen av klagenemnda var et ønske fra Stortinget og regjeringen om å effektivisere regelverket for offentlige anskaffelser og forenkle leverandørenes klageadgang. Klagenemndas virksomhet skulle dessuten bidra til økt kompetanse og rettsavklaringer på området for offentlige anskaffelser.

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.²

Klagenemnda opplevde en betydelig økning i antall klagesaker i 2009, herunder en økning i klager på anskaffelser som ikke er kunngjort i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser, såkalte ulovlige direkte anskaffelser. Klagenemnda fikk myndighet til å utstede gebyr for ulovlige direkteanskaffelser med virkning fra 1. januar 2007. Ulovlige direkte anskaffelser blir ansett som det mest alvorlige bruddet på regelverket for offentlige anskaffelser fordi det helt unntar anskaffelser fra konkurranse. Klagenemnda ila i fjor 7 gebyrer for ulovlige direkteanskaffelser, og har fra 2007-2009 ilagt 11 gebyrer. Det største gebyret som ble ilagt i 2009 gikk til Askøy kommune som fikk et gebyr på kr. 1,75 millioner for manglende kunngjøring av en bygge- og anleggsanskaffelse av leiligheter på byggefeltet Juvik II.

2 Organisasjonsstruktur

Klagenemnda for offentlige anskaffelser er et uavhengig statlig organ som ledes av advokat Bjørg Ven. Nemnda består av følgende 9 nemndsmedlemmer i tillegg til nemndas leder: Kai Krüger, Per Christiansen (professorer) Morten Goller, Siri Teigum, Andreas Wahl (advokater) Georg Fredrik Rieber-Mohn, Tone Kleven, Jakob Wahl, Magni Elsheim (dommere). Medlemmene blir oppnevnt av Kongen i statsråd for en periode på 2 år av gangen. Tre nemndsmedlemmer deltar i avgjørelsen av hver enkelt sak.

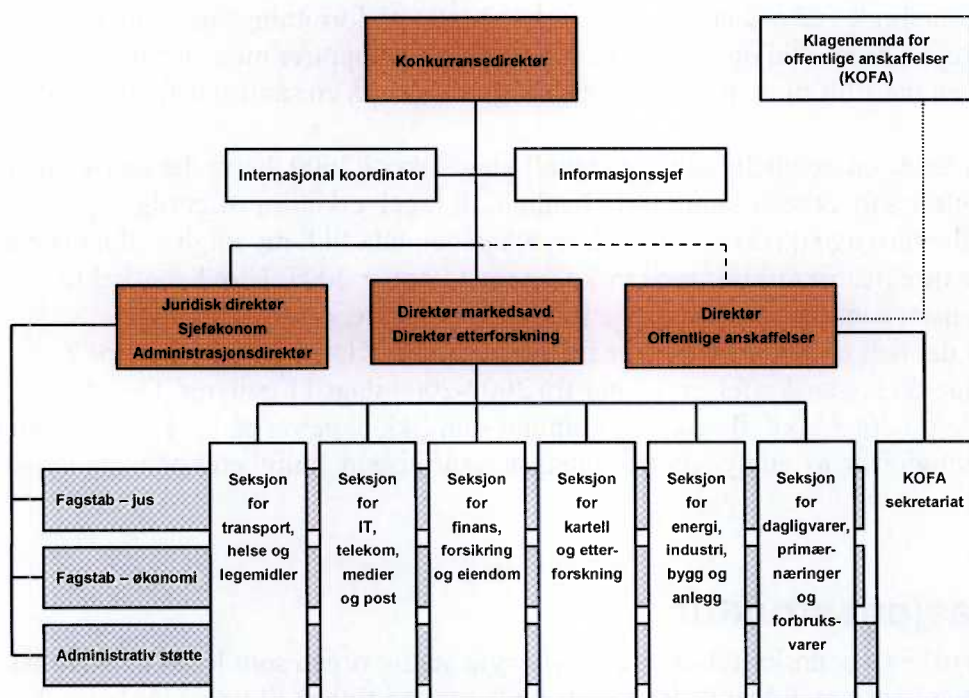
Klagenemnda har et sekretariat som forbereder sakene før nemnda tar stilling til om det foreligger brudd på regelverket. Sekretariatet er administrativt underlagt Konkurransetilsynet, men er uavhengig faglig sett. Klagenemndas sekretariat ledes av Anneline Vingsgård. Erlend Pedersen og Marie Trovåg er begge gruppeledere med særskilt ansvar for veiledning for sine grupper med saksbehandlere.

¹ Forskrift av 2002-11-15-1288

² Lovens § 1.

2.1 Synergier mellom KOFA og Konkurransetilsynet

KOFA og Konkurransetilsynet samarbeider om å skape et felles fagmiljø for å møte de utfordringene samfunnet står overfor når det gjelder økonomisk kriminalitet. Konkurransedirektøren ønsker i sammenheng med dette å knytte virksomheten til KOFA tettere opp mot virksomheten i tilsynet. Et ledd i denne integreringen var å omgjøre Anneline Vingsgårds stilling som leder av KOFA-sekretariatet, til en direktørstilling med særlig ansvar for offentlige anskaffelser. Endringen var gjort med virkning fra 1. november 2009. Som direktør inngår Vingsgård nå i Konkurransetilsynets ledergruppe. Direktøren har i tillegg det faglige og personalmessige ansvaret for sekretariatet. Fra samme dato er Erlend Pedersen og Marie Trovåg ansatt i to nyopprettede stillinger som gruppeledere i KOFA-sekretariatet. Endringen innebærer at det blir hentet ut synergi og kunnskap på tvers av de to virksomhetsområdene, blant annet ved at virksomheten i KOFA og tilsynet blir bedre koordinert, at den eksterne profileringen av den samlede virksomheten til tilsynet blir styrket, samt at KOFA og tilsynet holder felles foredrag med fokus på de felter som er sammenfallende for de to ulike regelsettene som blir håndhevet.



3 Oversikt over viktige tall for driften i KOFA

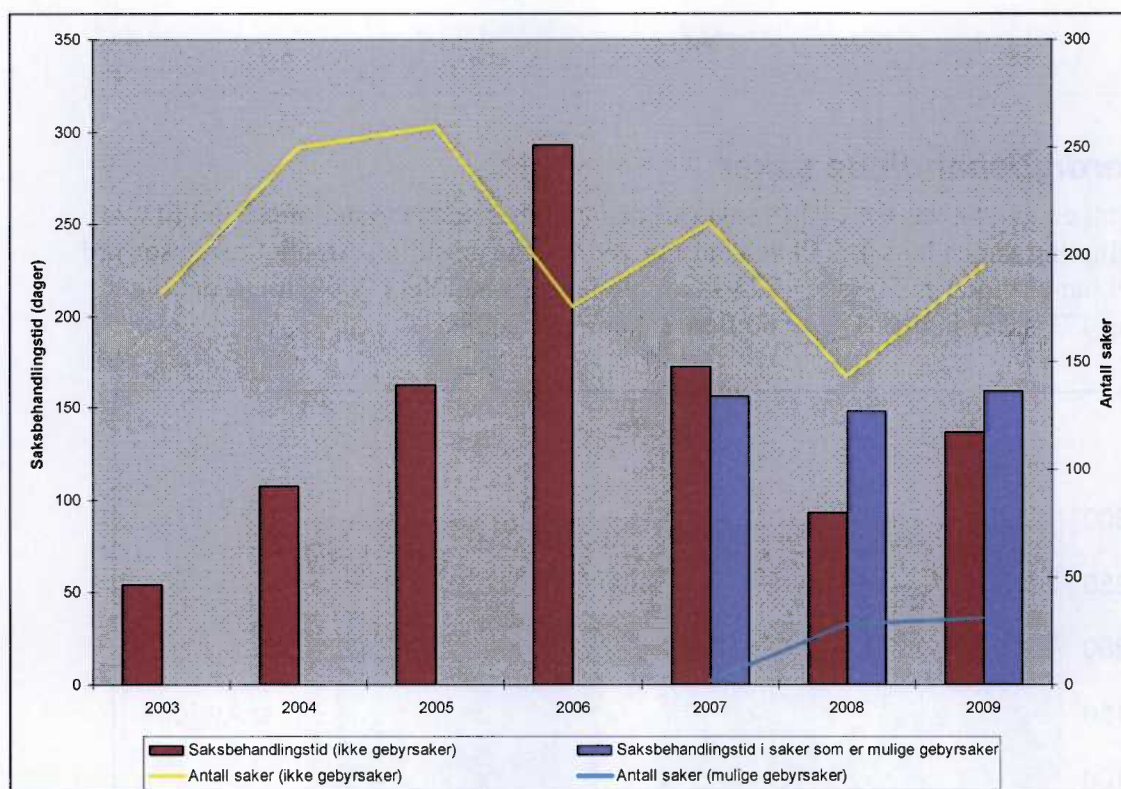
I tildelingsbrevet fra FAD³ ble det satt opp følgende mål for 2009:

Resultatkrav: Gjennomsnittlig sakshandsamingstid for vanlege klagesaker skal vere mindre enn 3 månader. Gjennomsnittlig sakshandsamingstid i saker der det er påstand om ulovlege direkteinnkjøp skal vere mindre enn 4 månader.

Saksbehandlingstid for ikke gebyrsaker (195 saker) var i 2009 på 137 dager, dvs. 4,4 måneder. Saksbehandlingstid i saker som er mulige gebyrsaker (31 saker) var på 159 dager. Dette tilsvarer 5,1 måneder i gjennomsnitt.

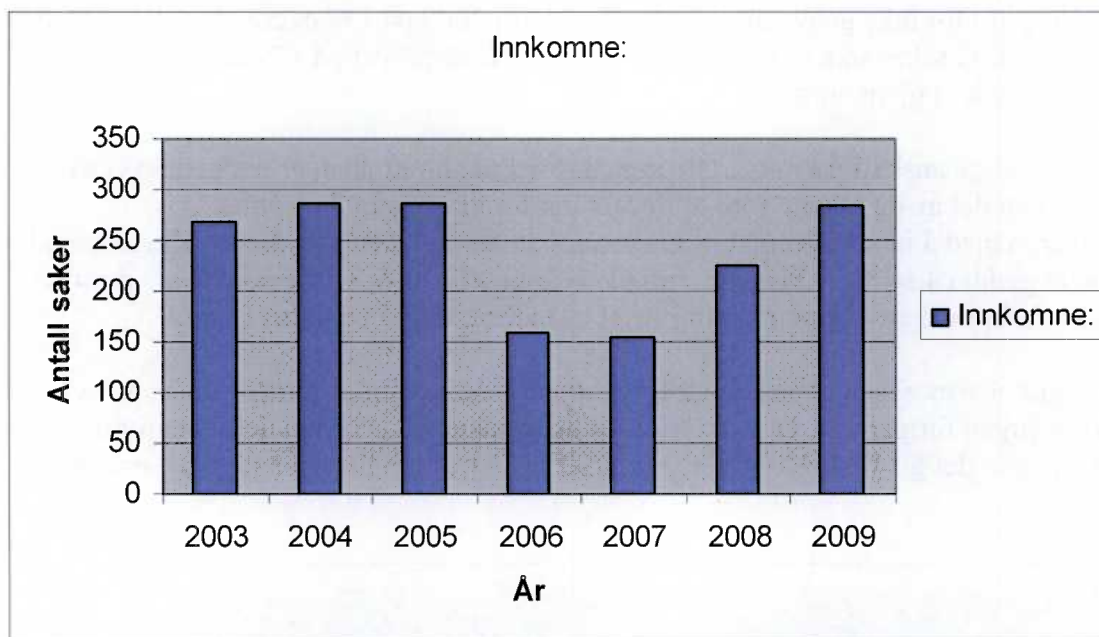
I saker om offentlige anskaffelser er avtale inngått først når kontrakten er underskrevet av begge parter. I en del av de sakene som blir brakt inn for klagenemnda, venter oppdragsgiveren med å inngå kontrakt til klagenemnda har fattet en avgjørelse. Klagenemnda anslår at dette gjaldt ca 30 % av klagenemnda som ble behandlet i 2009. Disse sakene gis prioritet og behandles raskt med en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på 66 dager i 2009.

En hurtig avgjørelse av saken er essensielt for å oppnå klagenemndas formål om å være et effektivt klageorgan for partene. Det er derfor viktig at sakene blir behandlet innenfor de fastsatte mål, og at det gis tilstrekkelig med ressurser for å ha mulighet til å nå disse målene.



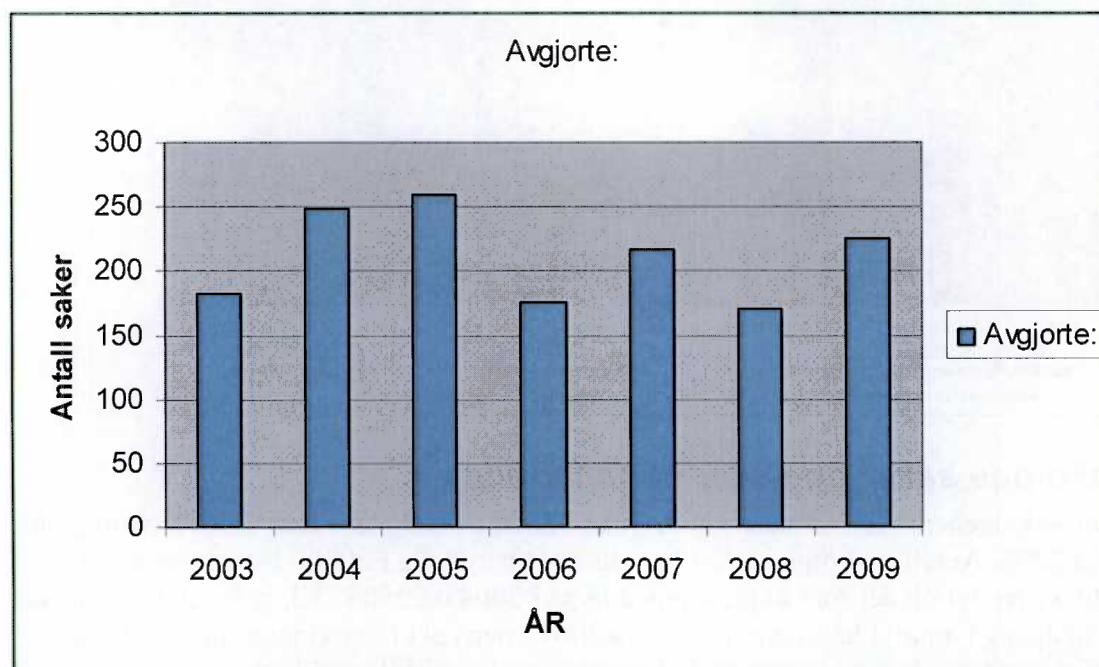
3.1 Innkomne saker og saker til behandling

I 2009 mottok klagenemnda 285 saker, mens man i 2008 mottok 224. Dette gir en økning på 61 saker fra 2008. Antall innkomne saker har altså økt betydelig i 2009. Innkomne saker er dermed tilbake på det nivået som klagenemnda lå på i 2004 og 2005. Klagenemnda opplevde en kraftig nedgang i antall klagesaker i 2006 og 2007, mens det har økt jevnt igjen i 2008-2009. I løpet av de syv årene klagenemnda har vært i virke ser bildet slik ut:



3.2 Ferdigbehandlede saker

Ved utgangen av året var det ca 130 saker til behandling i sekretariatet, mens det til sammenligning var ca 80 saker til behandling ved forrige årsskifte. Antallet restanser ved årsskiftet har økt med ca 50 saker. 228 saker ble ferdigbehandlet i 2009, mens det ble behandlet 171 saker i 2008. Det er 60 flere saker enn i 2008.



Økningen i restanser fra 2008 har sin hovedårsak i den betydelige økningen i antall innkomne saker. Årsaken til at flere saker er blitt behandlet i 2009 enn 2008 er at sekretariatet har fått økt bemanning i 2009 i forhold til 2008. Saker som ender med gebyrileggelse krever betydelig mer av sekretariatets ressurser enn andre klagesaker. Saksbehandlingen av gebyrsaker følger andre og mer omfattende saksbehandlingsregler, og sakene reiser generelt

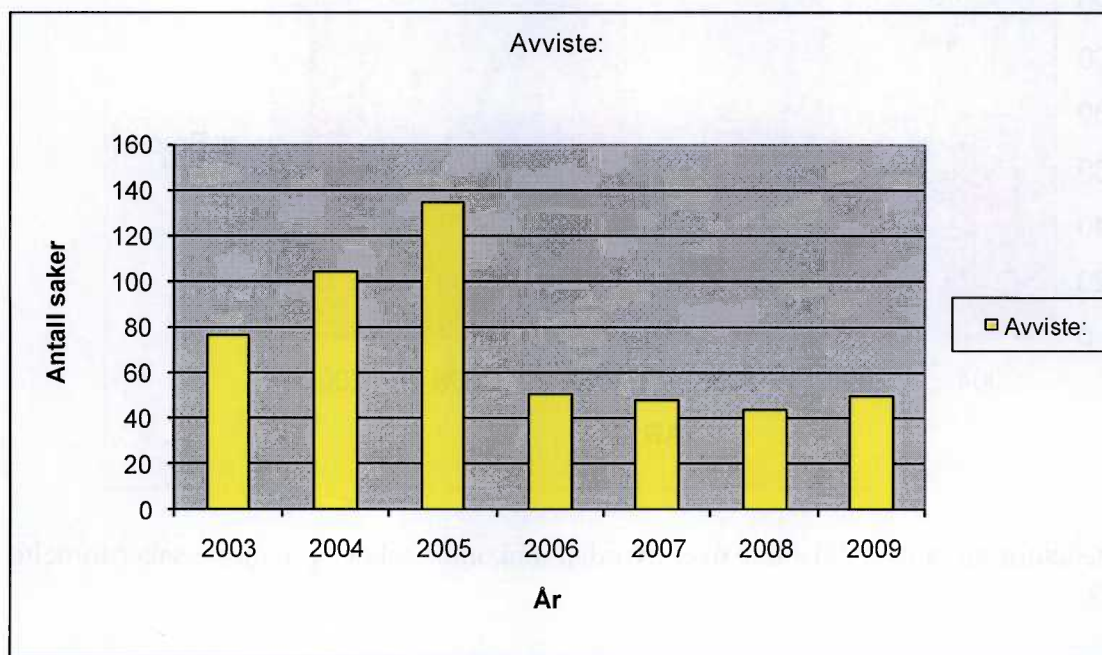
sett mer omfattende bevisspørsmål og juridiske vurderinger enn vanlige klagesaker. Dette er også en viktig årsak til økning i restansene.

3.3 Avviste saker

Klagenemndas sekretariat har myndighet til å avvise saker.⁴ Dette gjelder for det første dersom klagen har formelle mangler, for eksempel at klagen fremsettes mer enn seks måneder etter at kontrakt er inngått, at de fremsettes av en som ikke har saklig klageinteresse, eller at de ikke gjelder regelverket for offentlige anskaffelser.

Videre kan sekretariatet avvise saker som er ”uhensiktsmessige” for behandling i klagenemnda. På grunn av skriftlig saksbehandling er klagenemnda lite egnet til å ta stilling til uenighet om faktum i en sak. Saker hvor uenigheten mellom partene først og fremst gjelder faktum, vil derfor bli avvist. I tillegg har sekretariatet utviklet en praksis med å avvise saker som åpenbart ikke kan føre frem, dvs saker der sekretariatet finner det klart at oppdragsgiveren ikke har begått et brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Dette gjelder en god del av de avviste sakene. Hensynet både til økonomi og effektivitet tilsier at klagenemnda bør konsentrere virksomheten til å påtale regelbrudd av betydning og til å behandle prinsipielle rettsspørsmål.

Totalt avviste sekretariatet 50 klager i 2009. Dette utgjør ca 25 % prosent av alle avgjorte saker dette året. Avvisningssakene fordelte seg i årene 2003-2009 slik:



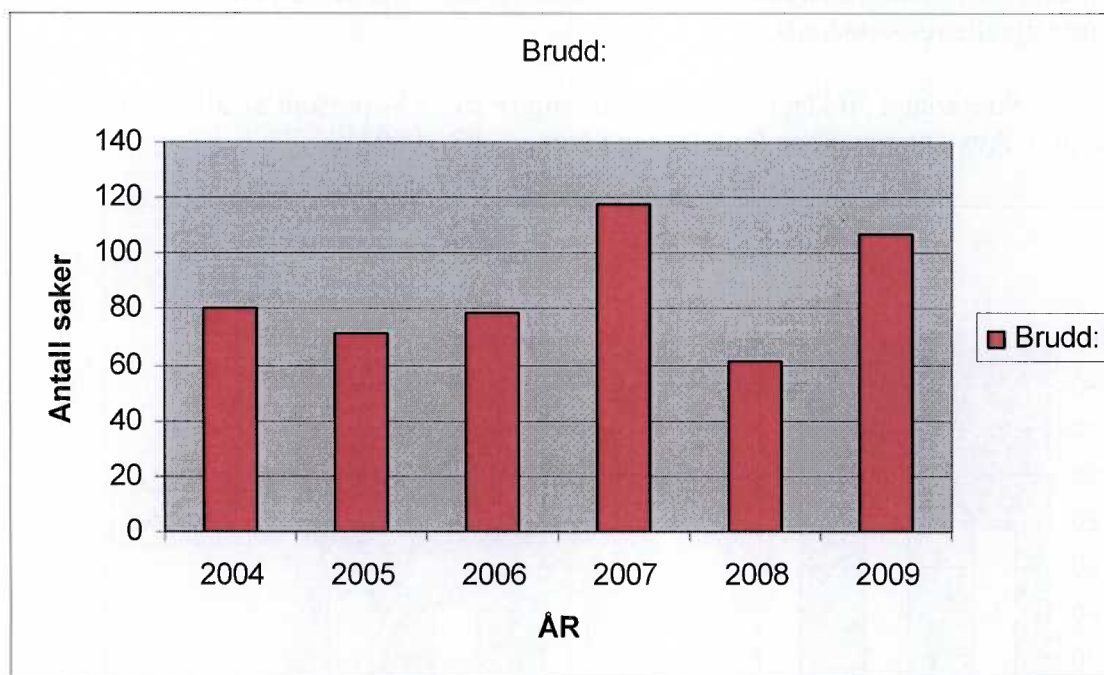
De tre første årene av klagenemndas drift var antall avvisninger betydelig høyere enn i årene 2006-2009. Dette har mest sannsynlig sammenheng med at det i de første årene var usikkerhet blant leverandørene mht til når det var sannsynlig at klagen førte frem og når det var mulig å klage. Sekretariatet opplever at kunnskapsnivået blant leverandørene har økt, og at de klagen vi nå mottar i større grad er velbegrunnet og har større sannsynlighet for å føre frem. Antall avviste saker har derfor holdt seg stabilt på mellom 40 og 60 saker i året de siste årene.

⁴ Jf. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9.

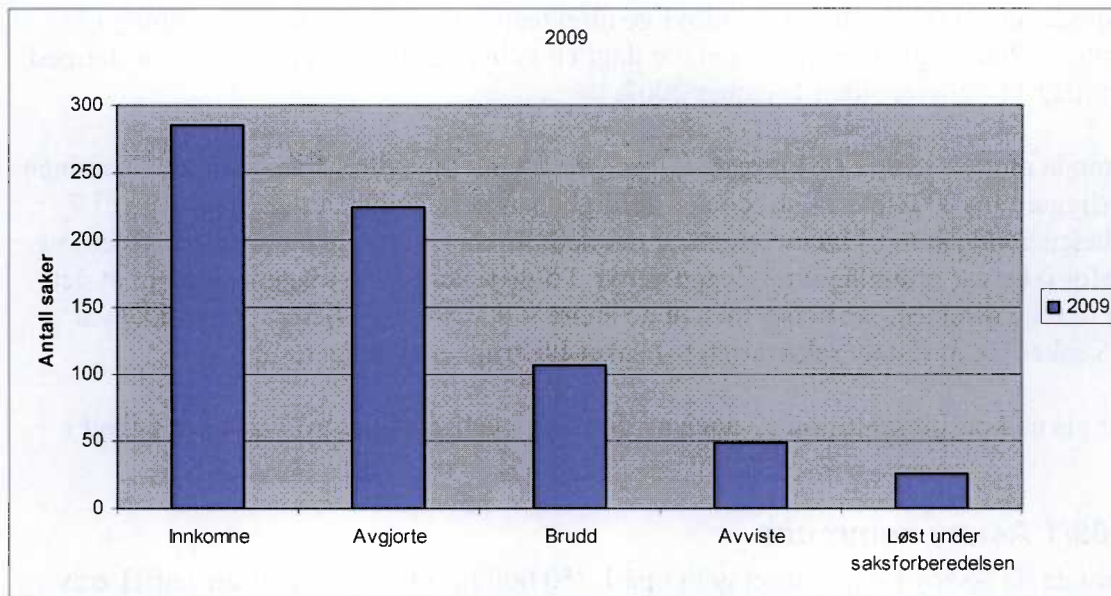
Sekretariatets avvisningsbeslutninger kan påklages til klagenemndas leder. I fjor ble 12 avvisningssaker klaget inn til leder. Dette utgjør ca 24 % av alle avvisningsbeslutninger. En av sakene ledet til omgjøring av sekretariatets beslutning og saken ble brakt inn til nemnda for behandling. Nemndas leder behandlet ingen klager vedrørende beslutning om dokumentfremleggelse.

I 2009 ble 150 saker lagt frem for klagenemnda til behandling. Nemnda konkluderte i 114 saker med at regelverket for offentlige anskaffelser var brutt, mens det i 36 saker ble konkludert med at regelverket ikke var brutt. Det ble konstatert forholdsmessig flere brudd i 2009 enn i 2008 (74% mot 57%). Årsaken til dette antas å være bedre kjennskap til regelverket og klagenemndas virksomhet, og at klagerne i større grad enn tidligere tar opp saker der det er sannsynlig at regelverket er brutt.

En del saker blir løst eller faller bort under saksforberedelsen, uten at sekretariatet eller nemnda tar stilling til sakens spørsmål. Dette gjaldt 26 klager i 2009. Se figuren under for illustrasjon av utviklingen av antall brudd i årene 2004-2009.



Figuren nedenfor gir et oversiktsbilde over hvordan innkomne saker og avgjorte saker fordelte seg i 2009.



3.4 Konsekvenser av brudd på regelverket

I saker som ikke ender med gebyrvedtak har klagenemndas avgjørelser ingen formell virkning for partene. Klagenemndas avgjørelser, er således ikke bindende mellom partene. Et rådgivende organ som klagenemnda, er basert på en forventning om at partene vil legge avgjørelsen til grunn og deretter bli enige om konsekvensene.

I saker som ender med gebyrvedtak har vedtaket bindende virkning for innklagede. Vedtaket om gebyr kan ikke påklages, men kan bringes inn for domstolene. Ingen av sakene som klagenemnda har ilagt gebyr i har blitt brakt inn for domstolene for overprøving ennå. Domstolene kan prøve alle sider av saken, jf. lovens § 7b.

Dersom klager har nedlagt påstand om erstatning, kan klagenemnda uttale seg om vilkårene for erstatning foreligger. Klagenemnda utviser forsiktighet på dette området og benytter seg kun unntaksvis av denne adgangen.

3.5 Hvem som blir klaget inn for klagenemnda

49 klager gjaldt anskaffelser foretatt av kommuner og 14 av fylkeskommuner. 29 klager gjaldt helseregionene/foretakene. Det er grunn til å tro at det store antallet saker mot kommuner og helseregioner/foretak gjenspeiler det faktum at en svært høy andel av det offentliges samlede anskaffelser foretas av disse.

Resten av sakene gjaldt i hovedsak interkommunale innkjøpsenheter, statlige etater, slik som Statens vegvesen, Statsbygg, Forsvaret, NAV, departement og direktorater, universiteter, samt interkommunale selskap og aksjeselskap underlagt offentlig kontroll.

4 Ulovlige direkteanskaffelser

4.1 Resultatene

Klagenemnda fikk myndighet til å ilagge overtredelsesgebyr med virkning fra 1. januar 2007. Endringene innebar at klagenemnda fikk kompetanse til å ilagge overtredelsesgebyr på inntil 15 % av kontraktens verdi i klagesaker vedrørende ulovlige direkte anskaffelser.

Klagenemnda ila i 2009 7 gebyrer for ulovlige direkteanskaffelser. Til sammenligning i la klagenemnda i 2008 3 gebyrer, mens det ble ilagt ett gebyr i 2007. Klagenemnda har dermed totalt sett ilagt 11 gebyrer siden 1. januar 2007.

Klagenemnda mottok i 2009 42 klagesaker vedrørende ulovlige direkteanskaffelser. Sammen med overligere fra 2008 ble 31 slike saker ferdigbehandlet i 2009. Det ble ilagt gebyr i 7 saker. Klagenemnda kom til i 4 av sakene at det ikke forelå en ulovlig direkteanskaffelse, og at det derfor ikke var grunnlag for å ilegge gebyr. I 5 av sakene kom klagenemnda til at det forelå en ulovlig direkteanskaffelse, men at de andre vilkårene for å ilegge gebyr ikke var oppfylt. 8 saker ble avvist av sekretariatet. 7 saker ble trukket av klager.

Nedenfor gis en kort presentasjon av noen av de største gebyrsakene hvor gebyr ble ilagt i 2009.

Sak 2009/1 Askøy kommune

Klagenemnda ila Askøy kommune et gebyr på 1 750 000 for ulovlig direkte anskaffelse av leiligheter for vanskeligstilte i området Juvik II. Kontrakten om oppføring av boliger ble tildelt direkte, uten forutgående konkurranse, til Åmodt Eiendom AS. Klagenemnda måtte ta stilling til om innklagedes erverv av leilighetene var en bygge- og anleggsanskaffelse som skulle vært kunngjort etter regelverket, eller om kjøpet var unntatt kunngjøring etter forskriftens § 1-3 (1). Klagenemnda uttalte at unntaket ikke var begrenset til erverv av bygninger som eksisterer på avtaletidspunktet, men at avtaler om erverv av bygninger som ikke eksisterer på avtaletidspunktet lett vil kunne karakteriseres som en bygge- og anleggskontrakt. For anskaffelsene vedrørende området Juvik II vurderte klagenemnda det slik at det forelå en bygge- og anleggsanskaffelse som skulle ha vært kunngjort, og at det dermed forelå en ulovlig direkte anskaffelse. I vurderingen vektla klagenemnda at på det tidspunkt hvor anskaffelsesprosessen ble initiert var det klart at innklagedes anskaffelsesbehov ville måtte dekkes ved nyoppføring av bygg, og at utformingen av bygget var utviklet i samarbeid mellom partene, basert på kommunens anvisninger og spesifikasjoner. At innklagede overlot detaljplanleggingen til valgte leverandør endret ikke avtalens karakter av i realiteten å være en bygge- og anleggskontrakt. I vurderingen av gebyrets størrelse ble det fremhevet at preventive hensyn tilsier at det reageres strengt når anskaffelsen helt har vært unntatt konkurranse, og det var også tilfellet i denne saken. Klagenemnda fant ingen formildende omstendigheter i saken. Gebyret på 1 750 000 utgjorde ca 7,8 av kontraktssummen.

2008/205 Sykehuset Innlandet HF

Klagenemnda ila gebyr på 450 000, ca 8,5 prosent av kontraktssummen, for en ulovlig direkteanskaffelse av offentlig betalt transport i Vestre Toten. Foranledningen til gebyret var klagenemndas sak 2008/37 hvor klagenemnda kom til at innklagedes overdragelse av en kontrakt om transport til en annen part enn den som opprinnelig fikk kontrakten, var en ulovlig direkteanskaffelse. I sak 2008/37 kom klagenemnda til at det ikke var grunnlag for gebyrileggelse selv om det forelå en ulovlig direkteanskaffelse. Den nye saken gjaldt utløsning av en opsjon om forlengelse av avtalen med den leverandøren som fikk kontrakten etter at opprinnelig leverandør trakk seg. Klagenemnda uttalte at utskiftning av leverandør som hovedregel må anses som en vesentlig endring av kontrakten slik klagenemnda hadde lagt til grunn i 2008/37 saken. Overføring av kontrakt til en underleverandør som ikke har deltatt i konkurransen kan kun aksepteres dersom den opprinnelige kontraktshaver fortsetter å være ansvarlig for kontraktsforpliktelsene. Her var det tale om overføring av oppfyllelsesansvaret, ikke delegasjon av oppdraget til en underleverandør. Ved innløsning av

opsjonen, slik innklagede hadde gjort etter avgjørelsen av sak 2008/37, ble kontraktsperioden for en anskaffelse som var en ulovlig direkte anskaffelse forlenget. Klagenemnda la derfor til grunn at innløsningen av opsjonen var en ulovlig direkte anskaffelse, og dermed et brudd på kunngjøringsplikten i forskriften § 18-1. Klagenemnda kom til at innklagede bevisst har tatt en risiko, og således i alle fall handlet grovt uaktsomt da de meddelte om innløsning av opsjon til Gjøvik Taxi ANS.

Sak 2009/39 Statens innkrevingsssentral

Klagenemnda ila et gebyr på 130 000 kroner, tilsvarende 7,5 prosent av kontraktens verdi som var på 1725 000 eks. mva. til Statens innkrevingsssentral for utvidelse av kantinearealet. Selv om innklagede var leietaker, var innklagede ansvarlig for utbyggingen. Innklagede foretok en vurdering av om anskaffelsen måtte kunngjøres, men konkluderte i notat 5. juni 2007 med at anskaffelsen var omfattet av forskriften § 14-4 bokstav j, slik at anskaffelsen kunne skje som kjøp etter forhandling uten forutgående kunngjøring. Innklagede ba deretter huseieren om å sette i gang med arbeidet, og ombyggingen av kantinen ble gjennomført. I forbindelse med Riksrevisjonen revisjon av regnskapet for 2007 ble det uttalt at ombyggingen av kantinen var omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser, slik at anskaffelsen skulle vært kunngjort. Klagenemnda fant at anskaffelsen av et nytt utvidet kantineanlegg ikke var omfattet av forskriften § 14-4 bokstav j. For det første gjaldt det ikke en tildeling til samme leverandør, men dessuten ble vist til at denne bestemmelsen bare gjelder anskaffelser som omfattes av forskriften del III, og ettersom dette var en bygge- og anleggskontrakt til anslått verdi på 2,3 millioner kroner inklusive merverdiavgift, var det forskriften del I og II som kom til anvendelse ved anskaffelsen, jf. forskriften § 2-2, jf. § 2-1, jf. § 1-3 (1), jf. vedlegg 1 til forskriften. Anskaffelsen skulle således vært kunngjort etter del II, § 9-1.

2009/131 Statens innkrevingsssentral

Klagenemnda ila Statens Innkrevingsssentral et gebyr på 680 000 kroner, ca 8 prosent av kontraktssummen, for en ulovlig direkteanskaffelse av kjøp av en high-end enterprise-server type HP SuperDome #1 fra Hewlett-Packard. Innklagede hadde en forutgående avtale med Hewlett-Packard hvor det var en opsjon om at Hewlett-Packard, kostnadsfritt for innklagede, skulle oppgradere serveren med nytt chipsett og medfølgende komponenter når dette forelå. På grunn av omorganiseringen av den sivile rettspleien, fikk innklagede behov for økt kapasitet på servere, og ba derfor Hewlett-Packard om et alternativt tilbud på en helt ny server, med betydelig utvidet kapasitet, hvor en del av avtalen skulle være at Hewlett-Packard tok den gamle serveren i innbytte. Dette tilbudet skulle komme i tillegg til den opsjon som allerede forelå i avtalen fra 2005, om kostnadsfri oppgradering med nytt chipsett. Ved revisjon av regnskapet for 2007 fremkom at Riksrevisjonen mente anskaffelsen ikke var gjennomført i henhold til regelverket.

Klagenemnda uttalte at ettersom innklagede ervervet en ny og annen type server, med bedre kapasitet og oppdatert teknologi, som det skulle betales 8 516 000 kroner for, var det lite tvilsomt at det forelå en direkte anskaffelse etter regelverket om offentlige anskaffelser. Når det gjaldt vurderingen etter forskriften § 14-4 bokstav f, ble det vist til EF-domstolens sak C-285/02, hvor det blant annet ble uttalt at direktivenes unntaksbestemmelser er uttømmende og skal tolkes restriktivt. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. Tilsvarende ble lagt til grunn ved vurderingen som skulle foretas etter den norske bestemmelsen. Det ble dessuten vist til departementets Veileder, hvor det blant annet fremkommer at ettersom en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring innebærer et relativt stort avvik fra regelverkets grunnleggende krav til forutberegnelighet og gjennomsiktighet, tilsier dette en snever anvendelse. Etter en konkret helhetsvurdering fant

klagenemnda at unntaksbestemmelsen i forskriften § 14-4 bokstav f ikke kom til anvendelse ved innklagedes anskaffelse av HP SuperDome #3. Klagenemnda kunne heller ikke se at det forelå andre aktuelle unntaksbestemmelser i forskriften som kunne tenkes anvendt på foreliggende anskaffelse. Ettersom anskaffelsen på denne bakgrunn skulle vært kunngjort i medhold av forskriften § 18-1, forelå en ulovlig direkte anskaffelse, jf. loven § 7b første ledd annet punktum. Nemnda mente at innklagede hadde utvist grov uaktsomhet, og skyldkravet var dermed oppfylt.

4.2 Saksbehandlingen av gebyrsaker

Erfaringen så langt er at noen av gebyrsakene er betydelig mer arbeidskrevende for klagenemnda enn vanlige klagesaker. Dette har sammenheng med at de sakene klagenemnda har behandlet har omhandlet prinsipielt viktige spørsmål av større vanskelighetsgrad enn ved en gjennomsnittlig klagesak for brudd på regelverket. Videre er avgjørelsen av om det foreligger grunnlag for ileggelse av gebyr gjenstand for flere vurderingstemaer enn de vanlige klagesaker siden det foreligger egne vilkår for ileggelse av gebyr. I gebyrsaker må nemnda vurdere flere spørsmål med kompleks bevisvurdering av blant annet kravet til skyld som ikke gjelder ved vanlige klagesaker. I tillegg skal det gis forhåndsvarsel til innklagede, og behandling av eventuelle innsigelser før endelig nemndsavgjørelse kan foretas fører til merarbeid for sekretariatet i forhold til vanlige klagesaker.

5 Gjennomgang av andre avgjørelser fra 2009

Av problemstillinger i saker av mer prinsipiell karakter som ble behandlet i 2009, finner klagenemnda grunn til å trekke frem følgende:

2008/98 Den Norske Kirke

Dette er den første og eneste saken så langt hvor klagenemnda har tatt stilling til spørsmål rundt anskaffelsesformen konkurransepreget dialog. Muligheten til å benytte konkurransepreget dialog ble tatt inn ved endring av forskrift om offentlige anskaffelser i 2006. I denne saken hadde innklagede gjennomført en konkurransepreget dialog for anskaffelse av nytt elektronisk medlemsregister til Den Norske Kirke. Klager hevdet blant annet at innklagede for det første ikke hadde adgang til å benytte konkurransepreget dialog, og for det andre at gjennomføringen av konkurransen var i strid med forskriftens § 20-9 hadde ført omfattende prisforhandlinger etter at endelig tilbud var inngitt. Klagenemnda kom på det første spørsmålet til at innklagede hadde adgang til å benytte konkurransepreget dialog fordi anskaffelsen måtte anses som *”særlig kompleks”*. Klagenemnda kom imidlertid til at innklagede hadde forhandlet om pris etter fristen for inngivelse av de endelige tilbud, og dette utgjorde et brudd på forskriftens § 20-9 (2).

2009/230 Politiets Data- og materielltjeneste

Innklagede gjennomførte en anskaffelse om leie av lokaler for plassering av IT-utstyr, og klager anførte blant annet at kontrakten i realiteten måtte klassifiseres som en tjenestekontrakt etter forskriften, og ikke leie av lokaler som er unntatt fra forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2). Anskaffelsen inneholdt elementer som var karakteristiske både for leie av arealer i eksisterende bygg, og tjenesteelementer - en såkalt blandet kontrakt. Klagenemnda uttalte at forskriftens § 2-4 ikke regulerte problemstillingen hvor begge elementer kategoriseres som *”tjenestekontrakt”*, og den ene delen av kontrakten i tillegg faller utenfor forskriftens anvendelsesområde. Heller ikke § 1-3 (2) bokstav b regulerte dette. Det ble videre konstatert at verken rettspraksis fra norske domstoler eller EF-domstolen, eller norsk juridisk teori gav avklaring av dette rettsspørsmålet. Det ble imidlertid funnet holdepunkter for en løsning hos

en utenlandsk forfatter ⁵ om hvordan denne type kontrakter må klassifiseres når spørsmålet om direktivets bestemmelser kommer til anvendelse. Etter klagenemndas syn kunne man ikke utelukkende basere vurderingen på verdien av de ulike elementene i avtalen. I tillegg måtte det ses hen til i hvilken grad kontrakten har et grenseoverskridende element. Nemnda vurderte det slik at tjenesteelementet ved drifts- og serviceavtalen ikke hadde noen selvstendig funksjon i forhold til leieavtalen som sådan. Innklagedes formål var å anskaffe leielokaler, særlig tilpasset behovet for sikker plassering av IT-utstyr. Tjenesteelementet ved drift og serviceavtalen fremstod som uløselig knyttet til leie av lokalene. Etter nemndas syn inneholdt ikke avtalen grenseoverskridende elementer som tilsa at avtalen skulle vært gjenstand for en kunngjort konkurranse. Avtalen ble dermed ansett som en leieavtale som var unntatt forskriften § 1-3 (2) bokstav b.

2008/143 Porsanger kommune

Klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, jf. § 6, jf. § 5. ved at det ikke var tatt inn klausul om lønns- og arbeidsvilkår i konkurransegrunnlaget. Dette er hittil den eneste saken hvor klagenemnda har behandlet bestemmelsene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter av 8. februar 2008 nr 112 som er gitt i medhold av lov om offentlige anskaffelser § 11 a.

5.1 Saker vedrørende ulovlig tildelingskriterium

I 2009 har klagenemnda behandlet en rekke saker som gjelder spørsmålet om et tildelingskriterium er ulovlig. I 2008 behandlet klagenemnda den første saken som omhandlet problemstillingen som ble tatt opp i EU domstolens sak C-532/06 "Lianakis", se sak 2008/120. I nevnte sak tok EU-domstolen ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier. Etter at "Lianakis"-dommen ble avsagt, har klagenemnda behandlet flere saker hvor problemstillingen har vært om et tildelingskriterium har vært ulovlig som følge av at den vurderingen som skulle foretas etter tildelingskriteriet var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, den vurderingen som skulle foretas av leverandørenes kvalifikasjoner, dvs. at det var det samme forhold som skulle vurderes under hhv. tildelingsevalueringen og kvalifikasjonsvurderingen. Sakene 2009/44, 49, 64,70, 82, 86 med flere har blitt avgjort i 2009, og utpensler ytterligere grensedragningen for når og hvordan kompetanse kan benyttes som tildelingskriterium.

6 Ressurstilgang

Klagenemndas sekretariat hadde ved årets start 6 jurister ansatt inkludert sekretariatsleder. I februar fikk sekretariatet en ny saksbehandler som opprinnelig jobbet i Konkurransetilsynet med konkurransereguleringen, seniorrådgiver Marie Trovåg. Jonn Sannes Ramsviks engasjement gikk ut april 2009, og ble erstattet med Iren Marugg som fikk engasjement fra juni 2009 til ut desember 2009. I tillegg ble det ansatt tre nye jurister som fikk oppstart i hhv. august, september og oktober 2009. Ved inngangen til 2010 hadde sekretariatet 9 jurister ansatt inkludert sekretariatsleder. Økningen i antall ansatte jurister ble ansett nødvendig for å imøtekomme behovet for mer ressurser på grunn av økt tilfang av klagesaker og fordi gebyrsakene krever betydelig mer tid enn vanlige klagesaker.

Behovet for ressurser er avhengig av antall innkomne klagesaker til enhver tid og hvor ressurskrevende klagesakene er. Erfaringsmessig så har håndhevelsen av gebyrmyndigheten krevd mye ressurser både i forhold til avgjørelsen av hver enkelt sak, men også i forhold til utarbeidelsen av nye rutiner og saksbehandling.

⁵ Professor Sue Arrowsmith "The law of public and utilities procurement, 2 utgave på side 320

Sekretærhjelp er helt nødvendig for en rasjonell drift, og siste halvåret av 2009 har sekretariatet hatt sekretærhjelp i 100 % stilling.

Sekretariatet har hatt en sykefraværspersent på 3,57 i løpet av 2009.

7 Hjemmeside og abonnementstjeneste

For å spre kunnskap om klagenemndas tolkninger av regelverket er det opprettet en tjeneste der leverandører, offentlige etater og andre interesserte kan få elektronisk tilsendt nye uttalelser etter hvert som de foreligger. Per januar 2010 er det 3554 abonnenter på tjenesten, en økning på ca 300 i forhold til januar 2009. I tillegg legges alle klagenemndas avgjørelser ut på klagenemndas hjemmeside www.kofa.no. Det er derfor grunn til å tro at klagenemndas virksomhet hjelper til å spre kunnskap om reglene og har en normdannende virkning.

Avvisningssakene ble tidligere ikke publisert, men fra 1.januar 2007 har disse vært lagt ut på hjemmesiden i full tekst. På www.kofa.no finnes også opplysninger om regelverket, nemndas sammensetning, avgitte årsrapporter, statistikk m.m. Alle saker registreres med partenes navn etter hvert som de kommer inn.

Klagenemndas sekretariat har i 2009 jobbet med å få på plass en ny internettside, og lanseringen av denne vil finne sted i mars 2010.

8 Andre aktiviteter

8.1 Seminar for offentlige oppdragsgivere

KOFA har for fjerde år på rad arrangert gratis seminar for offentlige oppdragsgivere og deres rådgivere. Målsetningen er å avholde ett slikt seminar i året. Hensikten med seminaret er i hovedsak å videreformidle noen av de mest prinsipielle avgjørelsene som blir tatt i KOFA, og informere om relevante nyheter i lovgivning og domstolspraksis både i Norge og EU. KOFA opplever stor etterspørsel fra både offentlige oppdragsgivere og leverandører om nærmere forklaring på hvordan regelverket og KOFAs avgjørelser skal tolkes, og KOFA vil på denne måten bidra til økt forståelse om regelverket for offentlige anskaffelser. Seminarene har fått svært god oppslutning fra offentlige oppdragsgivere i både Bergen og omegn og resten av landet. Det var ca 80 deltakere på det årlige seminar i 2009.

Dette seminaret fokuserte på tildelingskriterier i offentlige anskaffelser, og foredragsholdere var blant annet advokat Kristian Dahle-Trygstad i Advokatfirmaet G-partner og representanter fra Direktorat for Forvaltning og IKT (DIFI).

8.2 Foredragsvirksomhet

Klagenemndas leder og klagenemndas sekretariat mottar hvert år mange forespørsler fra blant annet offentlige myndigheter og leverandørforeninger om å holde foredrag om regelverket og om klagenemndas praksis. Det er åpenbart stort behov for informasjon om klagenemnda og det ble 2009 blant annet holdt foredrag for NAV, Universitetet i Bergen, Norges Kommunal Tekniske Forening, ledergruppen i Justisdepartementet m/underliggende etater, Innkjøpsforum og diverse kommuner.

9 Avslutningsvis

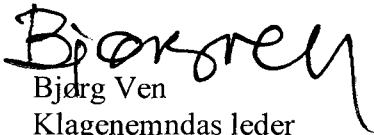
Den nye offentleglova som trådte i kraft 01.01.2009 skaper en del ekstra arbeid også for klagenemnda, fordi krav om innsyn i konkurrentenes tilbud nå gjerne gjøres til en del av klagesakene for KOFA. Som kjent er reglene på dette punkt endret, slik at offentlighet skal gjelde fra tildelingsbeslutningen er gjort, jf. offentleglova § 23 tredje ledd. Mange leverandører er svært interesserte i å kikke sine konkurrenter i kortene for å lære noe av det. Fra dette tidspunkt kan det i praksis bare gjøres unntak for forretningshemmeligheter, og dette kan avstedkomme mange spørsmål og vanskelige grensedragninger. Særlig hvis det viser seg at det er gjort feil som fører til at konkurransen må avlyses og starte på nytt, kan regelen vise seg svært uheldig. Når det er sannsynlig at det blir ny konkurranse, er det derfor gode grunner som taler for å strekke grensene for hva som er forretningshemmeligheter langt videre enn ellers.

Klagenemnda er for øvrig ikke klageinstans for krav på innsynrett etter offentleglova. Slike krav må ha relevans for behandlingen av klager vedrørende anskaffelsesregleverket for at nemnda skal befatte seg med det.

Etter 7 års eksistens må vi kunne konstatere at klagenemnda for offentlige anskaffelser gjennom sin virksomhet har fungert noenlunde etter sin hensikt og har bidratt til rettsavklaringer og til å høyne kunnskapsnivået på området. Klagenemnda har i denne perioden hatt 1 666 saker til behandling. Saksbehandlingstiden har til tider vært noe lengre enn det vi ønsker, som er i tråd med departementets målsetting for 2009, nemlig gjennomsnittlig ikke over 3 måneder for ordinære saker og 4 måneder for gebyrsaker. At behandlingstiden ikke alltid har oppfylt denne målsettingen skyldes at det ikke har vært lett å tilpasse sekretariatets ressurser til en fluktuerende saksmengde. Men stort sett må vi allikevel kunne si at behandlingen har vært effektiv.

Med den bemanning og organisering sekretariatet nå har fått, håper vi å komme dit vi ønsker i løpet av 2010, men igjen vil det avhenge av antall klager som kommer inn, og selvsagt hvor omfattende og vanskelige disse er.

Oslo, den 16. mars 2010


Bjørg Ven
Klagenemndas leder