



KLAGENEMNDA FOR
OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

ÅRSMELDING
2010

Konkurransen

Gjennomsiktighet

Likebehandling

Forutberegnelighet

Proporsjonalitet

Etterprøvnbarhet

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	2
1.1. Organisasjonsstruktur	3
1.2 Synergier mellom KOFA og Konkurransetilsynet	3
2. Oversikt over viktige tall for driften av klagenemnda	4
2.1. Innkomne saker	5
2.2. Avgjorte saker	6
2.2.1. Brudd	7
2.2.2. Avviste saker	8
2.2.3. Saker som blir trukket	10
2.3. Restanser ved årets slutt	10
2.4. Hvem som blir klaget inn for klagenemnda	11
3. Rådgivende saker	11
3.1. Påstand om mangelfull eller uklar kunngjøring/konkurransesgrunnlag	11
3.2. Påstand om ulovlig tildelingskriterium	12
3.3. Påstand om feil knyttet til avvisningsreglene	13
3.4. Påstand om mangelfull tildelingsevaluering	13
3.5. Påstand knyttet til avlysning/totalforkastelse	14
3.6. Påstand om mangelfull begrunnelse	14
3.7. Påstand om mangelfull protokollføring	15
4. Ulovlige direkte anskaffelser	15
4.1. Saksbehandlingen i gebyrsaker	15
4.2. Ilagte gebyrer siden 2007	15
4.3. Ilagte gebyrer i 2010	16
5. Ressurstilgang	18
6. Hjemmeside og abonnementstjeneste	19
7. Andre aktiviteter	19
7.1. Seminar for offentlige oppdragsgivere	19
7.2. Foredragsvirksomhet	19
8. Avslutning	20

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. 2010 var dermed nemndas åttende driftsår.

Klagenemnda ble i utgangspunktet opprettet som et rent rådgivende organ for å 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.

Fra 1. januar 2007 fikk klagenemnda i tillegg myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b for ulovlige direkte anskaffelser. En ulovlig direkte anskaffelse er i § 7b definert som en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til forskrifter gitt i medhold av loven, og er ansett som det mest alvorlige bruddet på anskaffelsesregelverket fordi anskaffelsen er helt unntatt fra konkurranse.

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 Regelverket for offentlige anskaffelser er bygd på 6 grunnprinsipper som er nedfelt i lov om offentlige anskaffelser § 5. Disse er: konkurranse, proporsjonalitet, forutberegnelighet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

2010 har vært et rekordår for klagenemnda, hva gjelder både antallet innkomne rådgivende- og gebyrsaker og hva gjelder antallet saker klagenemnda har avgjort og antall overtredelsesgebyr som er ilagt. Totalt mottok nemnda 396 saker, fordelt på 292 rådgivende saker og 104 gebyrsaker, og avgjorde 276 saker, herunder illeggelse av 14 overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyrene beløper seg totalt til om lag 56 MNOK, hvorav det største gebyret ble ilagt Oslo kommune for ulovlig direkte anskaffelse av drosjetjenester under TT-ordningen.

1.1. 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. I deler av 2010 har Erlend Pedersen fungert som sekretariatsleder, og Jonn Sannes Ramsvik og Bente Therese Brekken som gruppeledere i Anneline Vingsgård og Marie Trovågs permisjonsfravær. Ved utgangen av 2010 bestod sekretariatet av 12 jurister (hvorav 2 i permisjon) og 1 sekretær.

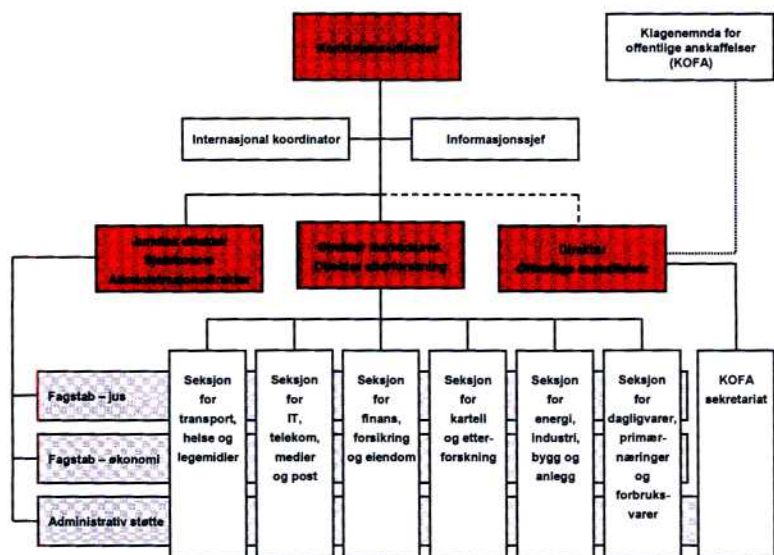
1.2. Synergier mellom KOFA og Konkurransetilsynet

KOFA og Konkurransetilsynet samarbeider om å skape et felles fagmiljø for å møte de utfordringene samfunnet står overfor når det gjelder økonomisk kriminalitet. Som ledd i dette ble det i 2009 besluttet å knytte virksomheten til KOFA tettere opp mot virksomheten i tilsynet. Et ledd i denne integreringen var å omgjøre Anneline Vingsgård's stilling som

¹ Forskrift av 2002-11-15-1288

² Lovens § 1.

sekretariatsleder i KOFA til direktør med særskilt ansvar for offentlige anskaffelser. Endringen ble gjort med virkning fra 1. november 2009. Som direktør inngår Vingsgård i Konkurransetilsynets ledergruppe. Direktøren har i tillegg det faglige og personalmessige ansvaret for sekretariatet. Fra samme dato ble 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 presentasjoner og foredrag med fokus på de felter som er sammenfallende for de to ulike regelsettene som blir håndhevet. I 2010 har tilsynet og KOFA særlig samarbeidet i tilsynets kampanje mot ulovlig anbudssamarbeid.



2. Oversikt over viktige tall for driften av klagenemnda

I tildelingsbrevet fra FAD³ ble det satt opp følgende mål for 2010:

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.

Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for rådgivende sakervar i 2010 på 203 dager, dvs. 6,8 måneder. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid i gebyrsaker var på 195 dager, dvs. 6,5 måneder.

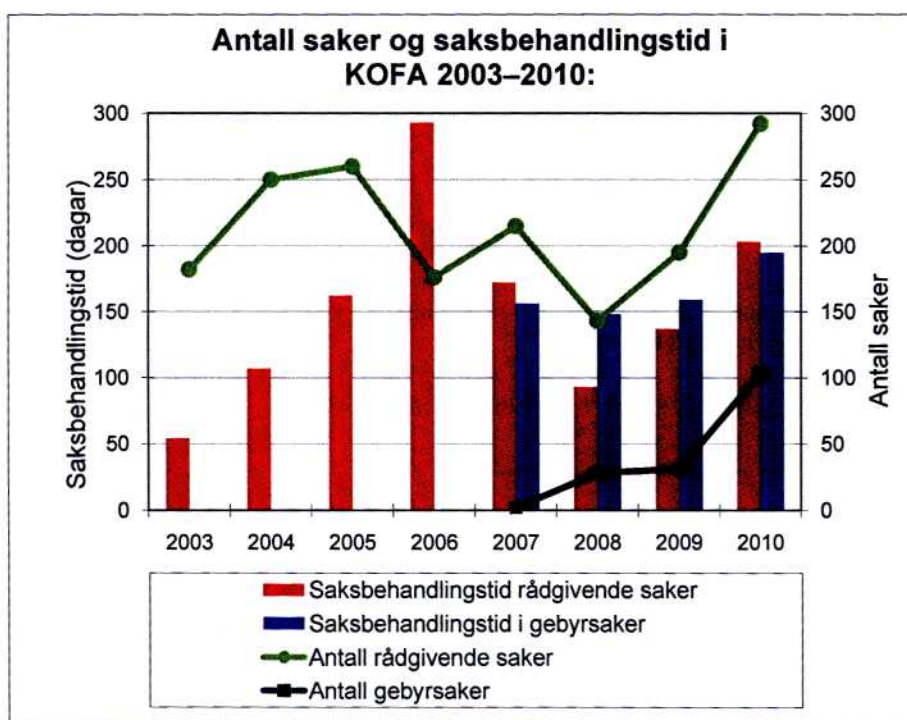
I saker om offentlige anskaffelser er avtale inngått først når kontrakt er underskrevet av begge parter. I en del av de sakene som blir brakt inn for klagenemnda, venter oppdragsgiveren med

³ Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet

å inngå kontrakt til klagenemnda har fått en avgjørelse. Klagenemnda anslår at dette gjaldt ca 12 % av de sakene nemnda mottok i 2010. Disse sakene gis prioritet og ble behandlet med en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på 56 dager i 2010, dvs. 1,9 måneder. Dette er innenfor det interne resultatkrav på maksimum 2 måneder som KOFA selv har satt for behandlingen av disse sakene.

For alle saker sett under ett, var gjennomsnittlig saksbehandlingstid i 2010 på 172 dager, dvs. 5,7 måneder. Dette er langt over FADs resultatkrav, og uheldig fordi det truer klagenemndas målsetting om å være et effektivt tvisteløsningsorgan for partene. Det er derfor viktig at det til enhver tid tildeles tilstrekkelige ressurser til å ha mulighet til å nå resultatkravene. Det har ikke vært tilfellet i 2010.

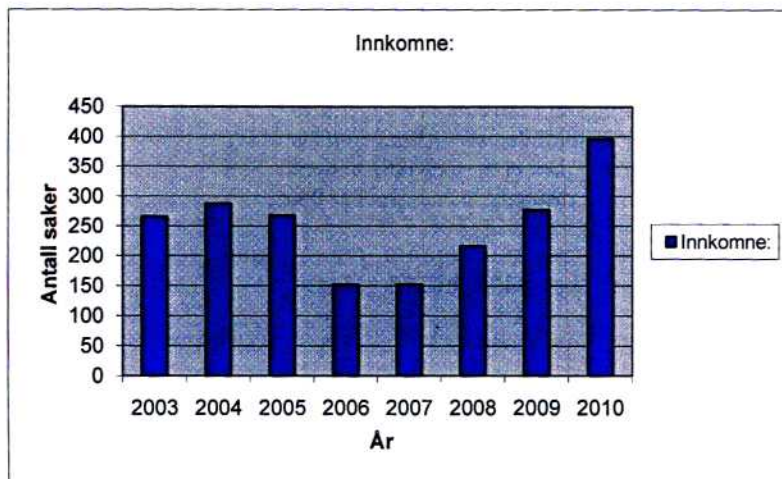
Tabellen nedenfor viser antall saker klagenemnda har mottatt til behandling hvert år siden 2003, og saksbehandlingstiden i samme periode:



2.1. Innkomne saker

2010 var et rekordår for klagenemnda hva gjelder innkomne saker. Totalt mottok nemnda dette året 396 saker hvorav 292 av disse var rådgivende saker og 104 av disse var gebyrsaker. Dette er en drastisk oppgang fra 2009 hvor nemnda mottok 277 saker, dvs. 119 færre saker. I 2010 mottok altså klagenemnda 43 % flere saker enn i 2009. Når man ser på gebyrsakene isolert mottok klagenemnda over 142 % flere slike saker i 2010 som i 2009, 104 i 2010 mot 43 i 2009.

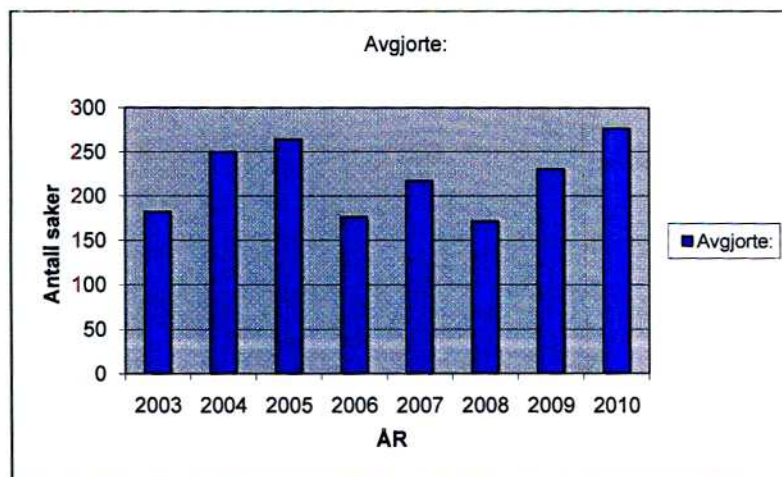
I løpet av de åtte årene klagenemnda har vært i virke ser bildet over innkomne saker per år slik ut:



2.2. Avgjorte saker

Klagenemnda avgjorde 276 saker i 2010. Dette er en økning på 46 saker fra 2009 (20 %) og 105 saker fra 2008 (61 %). Årsaken til at flere saker er blitt behandlet i 2010 enn 2009 og 2008 er at sekretariatet har fått økt sin bemanning. Utviklingen i antall saker i restanse viser imidlertid at denne økningen i bemanning ikke har vært tilstrekkelig.

Tabellen nedenfor viser utviklingen i antall avgjorte saker per år siden nemndas opprettelse i 2003:



2.2.1. Brudd

Brudd i rådgivende saker:

Når det konstateres brudd i rådgivende saker har dette ikke noen formell rettslig konsekvens for partene. Det forventes imidlertid at den offentlige oppdragsgiveren gjør det som er nødvendig og mulig for å rette opp feilen som er gjort i den konkrete saken, samt at oppdragsgiver gjør det som er mulig for å forhindre at slike feil skjer på nytt i fremtiden. Med hensyn til erstatning inter-partes vil det være opp til partene selv å komme frem til en enighet her.

Brudd i gebyrsaker:

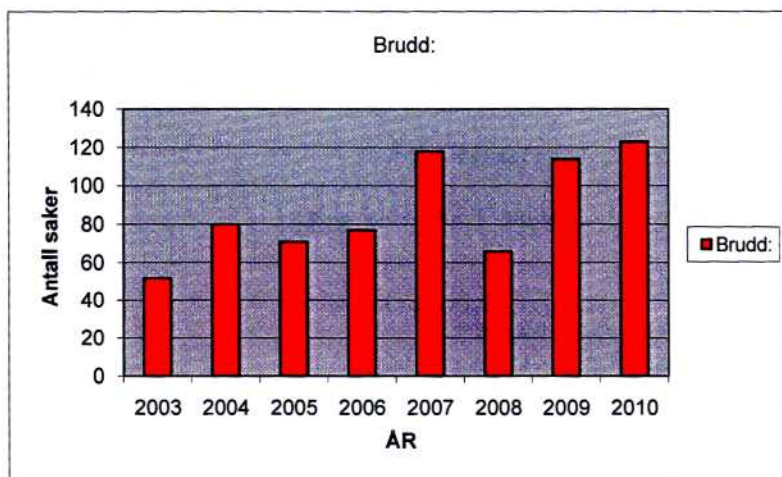
I gebyrsaker har klagenemnda avgjørelsesmyndighet til å ilegge den offentlige oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr på inntil 15 % av anskaffelsens verdi, hvis nemnda kommer til at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Et vedtak om gebyr kan ikke påklages forvaltningsmessig, men kan bringes inn for domstolene til full overprøving, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b. Så langt har ingen av nemndas gebyrvedtak blitt brakt inn for domstolene.

I 2010 ble det totalt ilagt 14 overtredelsesgebyr på til sammen om lag 56 MNOK.

Erstatning:

Dersom klager har nedlagt påstand om erstatning, kan klagenemnda uttale seg om vilkårene for å kreve erstatning for klager kan anses oppfylt, men nemnda kan ikke tilkjenne noen erstatning. På grunn av den skriftlige behandling utviser klagenemnda forsiktighet med å uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Tabellen nedenfor viser utviklingen i antall konstaterte brudd siden 2003:



2.2.2. Avviste saker

For at klagenemnda skal kunne utføre sin oppgave og opprettholde målet om å være et effektivt tvisteløsningsalternativ til domstolene, er det i visse typetilfeller nødvendig at klagenemnda eller klagenemndas sekretariat avviser en sak eller bestemte anførsler i en sak. Avvisning av en hel sak skjer som regel av sekretariatet, mens nemnda kan avvise enkeltanførsler i en sak når saken som sådan nemndsbehandles. Avvisning skjer med hjemmel i klagenemndsforskriften §§ 6 og/eller 9.

Avvisning i rådgivende saker:

Her kan avvisning skje både av hele saker eller av enkeltanførsler i en sak, jf. klagenemndsforskriften §§ 6 og 9. Avvisning etter § 6 kan skje i følgende typetilfeller:

- Klagen gjelder ikke unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesregelverket.
- Klager mangler saklig interesse i å få avgjort de anførte brudd. Dette for eksempel ved at:
 - Klager ikke har noen tilknytning til den påklagde anskaffelsen, for eksempel ved at selskapet ikke har deltatt i konkurransen og heller ikke ville vært potensiell leverandør av det som er blitt anskaffet.
 - Når det gjelder interesseorganer, må det vurderes konkret om disse kan ha saklig interesse.
 - Klager fremmer ny sak om en anskaffelse vedkommende tidligere har påklaget, og denne inneholder anførsler som kunne vært anført i den første saken.
 - Klagenemnda har allerede i en tidligere sak om samme anskaffelse uttalt seg slik at klager i den nye saken ikke kan anses for å ha rettslig interesse i å få avgjort sine anførsler.
 - Dersom innklagede erkjenner å ha brutt regelverket på de(t) punkt(er) klager har anført vil klager normalt mangle saklig interesse i å få klagenemndas uttalelse.
 - Klagen er gjort unødvendig vidløftig eller antall anførsler ikke kan sies å stå i et rimelig forhold til sakens viktighet for klager eller prinsipielt.
- Klagen er ikke rettidig fremsatt.
- Spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans.

Avvisning etter § 9 – ”ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling” - kan typisk skje i følgende tilfeller:

- Klagen kan åpenbart ikke føre frem, for eksempel fordi klagen i det vesentlige gjelder forhold som ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.
- Saken krever teknisk eller faglig innsikt eller kyndighet som klagenemnda som utelukkende består av jurister, ikke besitter.
- En avgjørelse av saken beror på bevissspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling.
- Klagers anførsler er for vage til at det er mulig å ta stilling til dem.
- Klagenemnda mangler tilstrekkelig faktisk grunnlag til å ta stilling til saken, eller enkelte anførsler i saken.

Avvisning i gebyrsaker:

I gebyrsaker er det praktiske at det er saken som sådan som avvises. Avvisning av gebyrsaker skjer med hjemmel i klagenemndsforordningen §§ 6 og/eller 9, og kan typisk skje i følgende tilfeller:

- Klager mangler saklig interesse i å få avgjort klagen over ulovlig direkte anskaffelse, fordi denne for eksempel er gjort unødvendig vidløftig.
- Klagen er ikke rettidig fremsatt.

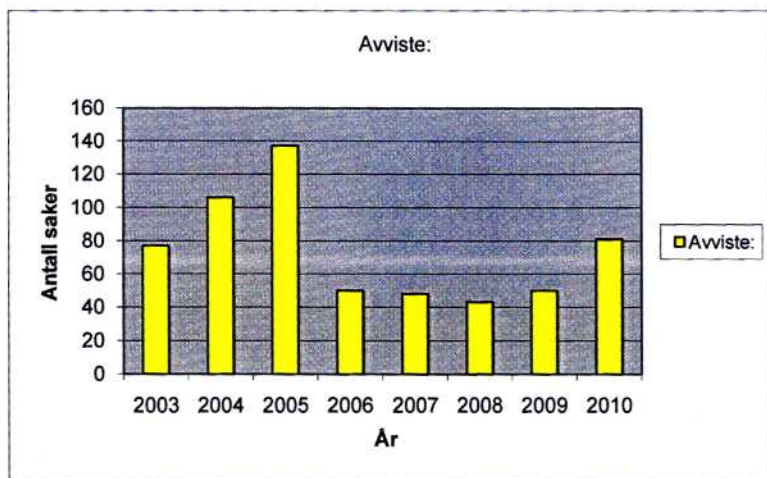
Avvisning etter § 9 kan typisk skje i følgende tilfeller:

- Den påståtte anførselen om ulovlig direkte anskaffelse kan klart ikke føre frem.
- Saken krever teknisk eller faglig innsikt eller kyndighet som klagenemnda, som utelukkende består av jurister, ikke besitter.
- En avgjørelse av saken beror på bevissspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling.
- Påstanden om ulovlig direkte anskaffelse gjelder ikke en tilstrekkelig individualisert anskaffelse, og innklagede har heller ikke vært i stand til å klargjøre dette i tilstrekkelig grad.
- Klagenemnda mangler ellers tilstrekkelig faktisk grunnlag til å ta stilling til påstanden om ulovlig direkte anskaffelse.

Totalt ble 81 saker avvist i 2010. Dette er 65 % flere enn i 2009, hvor 49 saker ble avvist og utgjør ca 30 % prosent av alle sakene klagenemnda avgjorde i 2010.

En avvisning fra klagenemndas sekretariat kan påklages til klagenemndas leder, som da vil avgjøre hvorvidt saken skal tas opp til nemndsbehandling. Klagen må foreligge senest 3 virkedager etter at klager ble kjent med avvisningsbeslutningen. I 2010 ble 17 av sekretariatets avvisningsbeslutninger overprøvd av klagenemndas leder. Dette utgjør ca 20 % av de avviste sakene.

Avvisningssakene fordelte seg slik i årene 2003-2010:



Tabellen ovenfor viser at antall avvísninger var høyest i klagenemndas første driftsår, med en topp i 2005. Etter dette har antall avviste saker gradvis sunket frem til 2009, for så å stige igjen i 2010. Klagenemnda antar at det høye antall avviste saker i de første driftsårene skyldes at det var usikkerhet blant leverandørene mht til når det var sannsynlig at klagen førte frem og når det var mulig å klage. Dette har så gradvis bedret seg og klagenemnda opplever nå at kunnskapsnivået blant leverandørene har økt, og at de klagenemnda vi nå mottar i større grad er velbegrunnet og har større sannsynlighet for å føre frem. Årsaken til økningen i avviste saker i 2010 skyldes at klagenemndas sekretariat har blitt strengere med hensyn til hvilke saker som slipper gjennom til nemnda, da det nå blant annet foreligger en god del praksis fra nemnda som sekretariatet kan bruke direkte i sine vurderinger om saken kan føre frem.

2.2.3. Saker som blir trukket

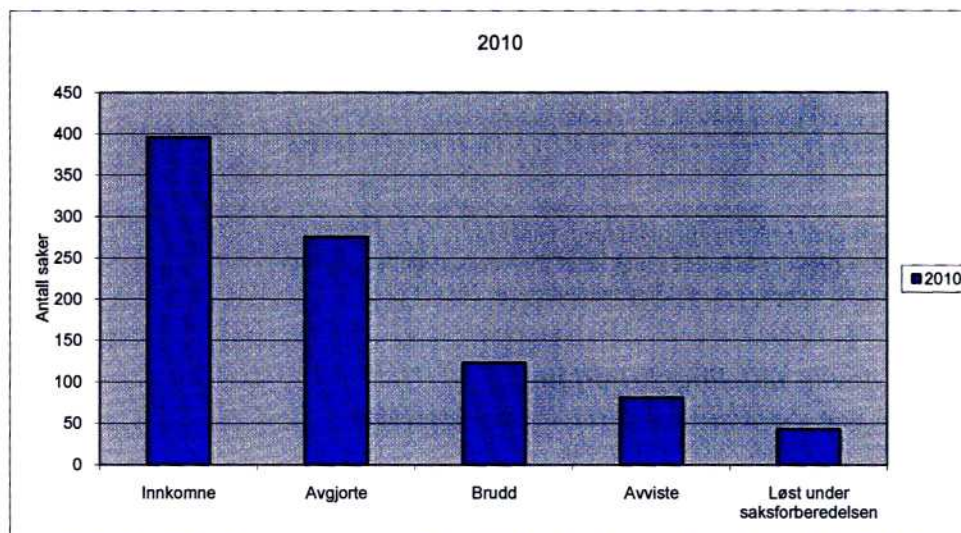
Tallet for saker som ble trukket var i 2010 på 43 saker, 25 rådgivende saker og 18 gebyrsaker. Dette er en økning på 17 saker fra 2009, hvor totalt 26 klager ble trukket. Det kan være ulike grunner til at en sak trekkes, men ofte skyldes dette at klager får bedre svar på sine spørsmål uten behandling i klagenemnda, at klager og innklagede er kommet til en minnelig løsning eller at klager ser at klagen åpenbart ikke kan føre frem. For klagenemnda er det positivt at åpenbart grunnløse klager trekkes slik at nemnda kan konsentrere seg om å ta stilling i de saker hvor det er et reelt behov for nemndas uttalelse.

2.3. Restanser ved årets slutt

Ved utgangen av 2010 hadde klagenemnda ca. 225 saker i restanse. Dette er en kraftig økning fra utgangen av 2009, hvor nemnda hadde ca 130 saker i restanse. I prosent utgjør økningen hele 73 %. Ved utgangen av 2008 hadde nemnda ca 80 saker i restanse, slik at økningen i saksrestanse fra 2008 til 2010 er på 181 %. Økningen i restanser fra 2008 har flere årsaker:

- Antall innkomne saker har økt kraftig.
- Sakenes kompleksitet og omfang har økt.
- Færre saker som kan avvises som åpenbart grunnløse.
- Økt antall gebyrsaker, som har en mer ressurskrevende behandlingsform og som ofte reiser mer omfattende bevissspørsmål og juridiske vurderinger (om lag 1/4 av sakene som inntok i 2010 var gebyrsaker).
- Et økt antall klager er representert ved advokat, hvilket ofte medfører flere anførsler samt at prosessuelle forhold ved avviklingen av sakene oftere blir påklagd.
- Økt antall innsynsbegjæringer.
- Høy turnover i KOFA-sekretariatet.

Figuren nedenfor gir en oversikt over hvordan innkomne saker og avgjorte saker fordelte seg i 2010:



2.4. Hvem som blir klaget inn for klagenemnda

Blant de sakene klagenemnda avgjorde i 2010 gjaldt 127 klager på anskaffelser foretatt av kommuner og 26 klager på anskaffelser foretatt av fylkeskommuner. 21 klager gjaldt ulike helseinstitusjoner. 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.

3. Rådgivende saker

Klagenemnda behandler en rekke ulike problemstillinger i sakene hvor nemnda kommer med en rådgivende uttalelse. Det er imidlertid noen problemstillinger som typisk går igjen, eller som det er spesielt viktig for offentlige oppdragsgivere å være oppmerksom på. Nedenfor vil det kort bli redegjort for 7 slike problemstillinger.

3.1. Påstand om mangelfull eller uklar kunngjøring/konkurransesgrunnlag:

Dette blir ikke så ofte påklaget til klagenemnda, men kan ha store konsekvenser om det er tilfellet.

Grunnlaget for en god anskaffelse skjer i planleggingsfasen før man kunngjør konkurransen/ber om tilbud. Det er her grunnlaget for en god prosess legges. Feil som blir begått her kan i en del tilfeller ikke være mulig å rette opp senere, hvilket kan medføre at konkurransen må avlyses. Videre kan det fort oppstå erstatningsansvar for negativ kontraktsinteresse hvis man på uforsvarlig måte har pådratt leverandører kostnader med å delta i en konkurranse som senere må avlyses. Dersom man i stedet for å avlyse, forsøker å rette opp feil ved å foreta vesentlige endringer i forhold til det som var skissert i konkurransegrunnlaget, kan man risikere overtredelsesgebyr fra KOFA for en ulovlig direkte anskaffelse.

En god avgjørelse fra 2010 som illustrerer problemstillingen med mangelfullt konkurransegrunnlag som medførte at tilbyderne hadde manglet et forsvarlig grunnlag å inngi tilbud på og hvor det dermed forelå avlysningsplikt, er klagenemndas sak 2010/157.

3.2. Påstand om ulovlig tildelingskriterium

Etter at EU domstolen avsa sin dom i sak C-532/06 (Lianakis) i 2008, har klagenemnda behandlet en rekke saker som omhandler denne problemstillingen.

I den aktuelle avgjørelsen fra EU-domstolen tok domstolen ex officio opp spørsmålet om sontringen mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier. Domstolen uttalte blant annet at oppdragsgiver ikke kunne benytte tilbyderens erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre oppdraget innen en fastsatt frist, som tildelingskriterier. Begrunnelsen var at disse forholdene angikk leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dermed var å anse som kvalifikasjonskrav, ikke tildelingskriterier, jf. premiss (25) til (32).

Dette er nå blitt et av de vanskeligste temaer i anskaffelsesregelverket, og et spørsmål som stadig går igjen for KOFA. Basert på klagenemndas praksis etter EU-dommen kan det kort oppsummeres at Lianakis-dommen trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys når det gjelder kontrakter hvor kompetanse har en særlig betydning for prestasjonen, fordi den krever kreativitet, innovasjon og lignende. Det er tilfellet ved konsulenttjenester, arkitekt- og advokat tjenester, og for eksempel totalentrepriser som innebærer prosjektering. Ved helt ordinære byggeoppdrag vil kompetanse/erfaring nok være et ulovlig tildelingskriterium. Dette må derfor her heller brukes som kvalifikasjonskrav.

Klagenemnda har videre lagt til grunn at det må fremgå klart av konkurransegrunnlaget at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Dette gir følgende stikkordsmessige oppsummering:

1. Det skal i tildelingskriteriene ikke skje en sammenblanding eller gjentakelse av de forhold som er vurdert under kvalifikasjonskriteriene.
2. Tildelingskriteriet må være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.
3. Tildelingskriteriet må ha tilstrekkelig tilknytning til den konkrete kontrakts gjenstanden.

Ettersom tildelingskriterier ikke kan endres etter tilbudsfristens utløp er bruk av et ulovlig tildelingskriterium en feil som ikke kan rettes opp under tildelingsprosessen. Dette innebærer

at en oppdragsgiver som har benyttet et ulovlig tildelingskriterium vil ha en plikt til å avlyse konkurransen for å reparere denne feilen, jf. EU-domstolens sak C-448/01 (Wienstrom) premiss (95) og klagenemndas sak 2010/113 premiss (41) med videre henvisninger. Offentlige oppdragsgivere kan også risikere å pådra seg erstatningsansvar, særlig for negativ kontraktsinteresse, om man har kunngjort en konkurranse med ulovlige tildelingskriterier.

3.3. Påstand om feil knyttet til avvisningsreglene

Dette er en problemstilling klagenemnda behandler spesielt ofte. Her er det typiske enten at en klager som er blitt avvist/har fått sitt tilbud avvist, bestrider riktigheten av avvisningen, eller at klageren påstår at valgte leverandør/valgte leverandørs tilbud, skulle vært avvist.

Regelverket for offentlige anskaffelser inneholder både obligative og fakultative avvisningsgrunner. For anskaffelser over nasjonal terskelverdi som følger forskrift om offentlige anskaffelser del II og III finnes avvisningsbestemmelsene i forskriften §§ 11-10 og 20-12 (avvisning av leverandør) og forskriften §§ 11-11, 11-12 og 20-13, 20-14 (avvisning av tilbud). Ett eksempel fra klagenemndas behandling av problemstilling knyttet til avvisning fra 2010 er sak 2010/276.

Det er viktig at offentlige oppdragsgivere setter seg godt inn i avvisningsreglene, da feil her fort kan lede til at feil leverandør tildeles kontrakt. En slik uriktig kontraktstildeling kan fort innebære erstatningsansvar.

3.4. Påstand om mangelfull tildelingsevaluering

Dette er også en problemstilling som klagenemnda ofte behandler i en eller annen forstand. Kategorien er vid, men det er særlig problemstillinger knyttet opp til kravene til forutberegnelighet og likebehandling som er viktig her. En oppsummering av klagenemndas praksis her tilsier følgende rettopfatning:

Forutberegnelighet – Leverandørene må kunne forvente at prosessen gjennomføres på den måten en offentlig oppdragsgiver har sagt at den skal gjennomføres på, at offentlige oppdragsgivere opptrer profesjonelt, forretningsmessig og med høy integritet, og at man som leverandør får de opplysningene som er nødvendige for å inngi tilbud.

Likebehandling – Leverandørene har rett til å konkurrere på like vilkår. En offentlig oppdragsgiver har derfor en plikt til å legge til rette for så like konkurransevilkår som mulig, herunder også å utjevne eventuelle forskjeller her mellom en eksisterende leverandør og andre leverandører.

Konsekvensen av at det begås feil her, er at feil leverandør kan bli tildelt kontrakten, hvilket igjen kan medføre erstatningsansvar, både for positiv og negativ kontraktsinteresse.

Eksempler på behandling av aktuelle problemstillinger i klagenemndas praksis fra 2010 er sakene 2010/157, 2010/54 og 2009/223.

3.5. Påstand knyttet til avlysning/totalforkastelse

Denne problemstillingen fremmes typisk for klagenemnda, enten ved at det påstås at det ikke forelå saklig grunn for å avlyse en konkurranse/totalforkaste tilbudene i konkurransen, når dette er gjort, eller at det påstås at det i det aktuelle tilfellet forelå en plikt til å avlyse/totalforkaste, når dette ikke er gjort.

Rett til avlysning/totalforkastelse er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 13-1 og 22-1. Her oppstilles det et krav om "saklig grunn". Vilkåret er normalt oppfylt om avlysningen kan begrunnes økonomisk eller forretningsmessig. Den rettslige plikten til å avlyse må utledes av de grunnleggende prinsippene i regelverket, jf. lov om offentlige anskaffelser § 5, typisk ut fra kravet til forutberegnelighet.

Konsekvensen av feil her er enten at det har skjedd en urettmessig avlysning/totalforkastelse eller at innklagede har unnlatt å avlyse/totalforkaste når det forelå en plikt til dette. Dette medfører igjen at kontrakt enten uriktig ikke er tildelt eller uriktig er tildelt. Hvis så er tilfelle foreligger det en risiko for erstatningsansvar.

Det kan foreligge saklig grunn til å avlyse konkurransen selv om oppdragsgiver er å bebreide for det forholdet som førte til avlysning. I slike tilfeller kan det være rom for erstatning for negativ kontraktsinteresse selv om avlysningen er rettmessig.

Eksempler fra klagenemndas praksis i 2010 hvor disse problemstillingene er behandlet er klagenemndas saker 2010/134 (avlysningsplikt som følge av bruk av ulovlige tildelingskriterier) og 2010/157 (avlysningsplikt som følge av mangelfullt eller uklart konkurransegrunnlag som hadde gjort at tilbyderne hadde manglet et forsvarlig grunnlag til å inngi tilbud).

3.6. Påstand om mangelfull begrunnelse

Dette er en problemstilling som ofte fremmes for klagenemnda. Oppdragsgivers begrunnelsesplikt er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser § 11-14 og 20-16. I noen tilfeller har oppdragsgiver plikt til å gi en uoppfordret begrunnelse, mens begrunnelsesplikten i andre tilfeller er avhengig av at dette blir etterspurt. Sistnevnte gjelder den nærmere begrunnelse for tildelingsbeslutningen etter anmodning fra en av leverandørene som har deltatt i konkurransen.

Formålet med begrunnelsesplikten er at leverandørene skal forstå og kunne etterprøve de beslutningene oppdragsgiver har foretatt. At oppdragsgiver vet at disse beslutningene må begrunnes skikkelig øker også sannsynligheten for at de bakenforliggende vurderingene blir bedre. Dette er derfor også en viktig side ved begrunnelsesplikten.

Konsekvensen av mangelfull begrunnelse er brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet.

Eksempler fra klagenemndas praksis fra 2010 hvor begrunnelsesplikten er behandlet er klagenemndas saker 2009/254 og 2009/258.

3.7. Påstand om mangelfull protokollføring

Dette er også en problemstilling klagenemnda behandler ofte, og det er også påstått av enkelte private rådgivningsfirma at det hyppigste bruddet på anskaffelsesregelverket er unnlatelse av å føre anskaffelsesprotokoll i anskaffelser hvis verdi er mellom kr 100 000 og kr 500 000 eks. mva.

Forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2 fastslår at det skal føres protokoll for alle anskaffelser som overstiger kr. 100 000 eks. mva. Protokollen skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen, og minst inneholde opplysningene som fremgår av forskriftens vedlegg 3 eller 4 (Eks. på protokoll). Protokollen bør føres fortløpende, og ikke etter at kontrakt er inngått og anskaffelsesprosessen er overstått.

Konsekvensen av mangelfull protokollføring er brudd på kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Videre innebærer også mangelfull protokollføring en viktig bevisforspillelsesfare for oppdragsgiver, i og med at det i ettertid blir vanskelig for denne å bevise hva som faktisk har skjedd i anskaffelsesprosessen og hvilke beslutninger som er tatt og begrunnelsen for disse.

Et eksempel fra klagenemndas praksis fra 2010 hvor protokollplikten er behandlet er klagenemndas sak: 2010/106.

4. Ulovlige direkte anskaffelser

4.1. Saksbehandlingen i gebyrsaker

Erfaringen så langt er at gebyrsakene er betydelig mer arbeidskrevende for klagenemnda enn rådgivende saker. Dette har sammenheng med at gebyrsakene klagenemnda har behandlet til nå har omhandlet prinsipielt viktige spørsmål av større vanskelighetsgrad enn de som vanligvis foreligger ved en gjennomsnittlig rådgivende uttalelse sak. Videre er avgjørelsen av om det foreligger grunnlag for å ilegge gebyr gjenstand for flere vurderingstema enn det som er vanlig når nemnda avsier en rådgivende uttalelse. I gebyrsaker må nemnda først ta stilling til hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, hvilket i mange tilfeller kan være en nokså omstendelig og kompleks vurdering. Videre må det tas stilling til om skyldkravet, forsett eller grov uaktsomhet, er oppfylt, hvorvidt det skal ilegges gebyr og tilslutt utmålingen av gebyret. Når nemnda er kommet til at den ønsker å ilegge gebyr skal dette varsles innklagede i et forhåndsvarsel i medhold av forvaltningsloven § 16. Innklagede har da en frist på 14 dager til å komme med sine merknader til varselet. Etter dette foretar nemnda en ny vurdering av saken før det endelig besluttes om gebyr skal ilegges. En slik totrinns prosess, som ikke følges når nemnda avgir rådgivende uttalelser, krever også mer arbeid frasekretariatets side.

4.2. Ilagte gebyrer siden 2007

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

Følgende tabell viser antall gebyr klagenemnda har ilagt fordelt på år siden 2007:



Ovennevnte tabell viser at klagenemnda totalt har ilagt 25 gebyr for ulovlige direkte anskaffelser siden nemnda ble gitt denne myndighet i 2007, med følgende fordeling:

2007: 1. 2008: 3. 2009: 7. 2010: 14

4.3. Ilagte gebyrer i 2010

I 2010 avgjorde klagenemnda totalt 55 gebyrsaker. I 14 av disse ble det ilagt overtredelsesgebyr. I 9 av sakene ble det konstatert at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse, men uten at nemnda ila gebyr. I 4 gebyrsaker kom nemnda til at det ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse og 10 av gebyrsakene ble avvist av sekretariatet. 18 av gebyrsakene ble trukket uten at det ble avsagt realitetsavgjørelse i saken.

Nedenfor følger en kort presentasjon av de gebyrsakene hvor klagenemnda ila overtredelsesgebyr i 2010:

Sak 2009/120: Helse Stavanger HF

Helse Stavanger HF ble ilagt et overtredelsesgebyr på 400 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av transport- og service/reparasjonstjenester. Klagenemnda fant at helseforetaket i det minste hadde opptrådt grovt uaktsomt ved inngåelsen av en rammeavtale for de aktuelle tjenestene uten at denne var blitt kunngjort, og videre ved at helseforetaket hadde foretatt avrop på avtalen. Avropene på rammeavtalen ble av klagenemnda vurdert til å være gjentatte ulovlige direkteanskaffelser. Gebyret utgjorde om lag 12,3 prosent av anskaffelsens verdi.

Sak 2009/40: Helsedirektoratet

Helsedirektoratet ble ilagt et overtredelsesgebyr på 740 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av helse- og it-konsulenttjenester i forbindelse med innføringen av

eReseptprogrammet. Gebyret utgjorde om lag 12 prosent av anskaffelsens verdi. Saken mot HelseDirektoratet var en av totalt seks saker Næringslivets Hovedorganisasjon brakte inn for klagenemnda i februar 2009.

Sak 2009/144: Oslo kommune

Oslo kommune ble ilagt et overtredelsesgebyr på 42 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse av drosjetransporttjenester under TT-ordningen. Gebyret utgjorde om lag 13,9 prosent av anskaffelsens verdi. Gebyret er det største klagenemnda hittil har ilagt, både i kroner og prosent, og det var særlig avtalen høye verdi, 302 MNOK, at anskaffelsen hadde skjedd helt uten konkurranse samt at kommunen i flere år hadde vært klar over kunngjøringsplikten, som var grunnlaget for at nemnda ila et såpass høyt gebyr.

2009/229: Tilsynsrådet for advokatvirksomhet

Tilsynsrådet for advokatvirksomhet ble ilagt et overtredelsesgebyr på 400 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av revisjonstjenester. Klagenemnda fant at innklagede hadde opptrådt grovt uaktsomt ved forlengelsen av avtalen med tilsynsrevisor. Gebyret utgjorde om lag 12,2 prosent av anskaffelsens verdi.

2009/53: Vinje kommune

Vinje kommune ble ilagt et overtredelsesgebyr på 2,2 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse av et bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med oppføring av en parkeringskjeller. Selv om kommunen hadde endret kontrakten fra at kommunen skulle "bygge" en parkeringskjeller til at kommunen skulle "kjøpe" denne, fant nemnda at dette ikke endret at aktuelle kontrakt måtte klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt. Klagenemnda fant at innklagede hadde opptrådt grovt uaktsomt ved avtaleinngåelsen. Gebyret utgjorde om lag 8 prosent av anskaffelsens verdi.

2009/38: Norsk Tipping AS

Norsk Tipping AS ble ilagt et overtredelsesgebyr på 94 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av en rammeavtale på levering av mat med mer til selskapets kantine. Avtalen var gitt direkte til en lokal leverandør. Selv om selve rammeavtalen var foreldet med tanke på ileggelse av overtredelsesgebyr, fant nemnda å kunne ilegge gebyr for senere avtaler og bestillinger (avrop) som ble gjort på bakgrunn av den ulovlige rammeavtalen. Ved utmålingen av gebyrets størrelse ble det særlig lagt vekt på at Norsk Tipping AS bevisst hadde unnlatt å kunngjøre avtalen. Gebyret utgjorde om lag 11 prosent av anskaffelsens verdi. Saken var en av totalt seks saker Næringslivets Hovedorganisasjon brakte inn for klagenemnda i februar 2009.

2010/24: Helse Stavanger HF

Helse Stavanger HF ble ilagt et overtredelsesgebyr på 500 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse av en konsulenttjeneste. Etter at administrerende direktør i Helse Stavanger HF sluttet på dagen, ble det leid inn en konsulent for å fylle denne stillingen. Konsulentoppdraget ble derimot ikke kunngjort slik regelverket krever. Klagenemnda fant at det var tale om en konsulenttjeneste, og ikke en ansettelsesavtale, og at det vanlige kunngjøringskravet til offentlige anskaffelser dermed kom til anvendelse. Nemnda avviste videre at det var adgang til å benytte det snevre unntaket for direkte anskaffelse i uforutsett hastetilfelle i denne saken. Ved utmålingen av gebyrets størrelse ble det særlig vektlagt at den ulovlige konsulenttjenesten var blitt forlenget. Gebyret utgjorde om lag 12,5 prosent av anskaffelsens verdi.

2010/170: Andebu kommune

Andebu kommune ble ilagt et overtredelsesgebyr på 2,4 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse av et bygge- og anleggsarbeid i forbindelse med oppføring av et nytt NAV-bygg. I skjerpene retning la nemnda ved gebyrutmålingen vekt på kontraktens høye verdi. Gebyret utgjorde om lag 8,3 prosent av anskaffelsens verdi.

2009/208: Drammen kommune

Drammen kommune ble ilagt et overtredelsesgebyr på 900 000 kroner for en ulovlig direkte anskaffelse av en drift- og vedlikeholds kontrakt for bydelene Strømsø og Bragernes. Innklagede hadde i utgangspunktet holdt bydelen Konnerud utenfor konkurransen, men endret senere den inngåtte kontrakten til også å omfatte vinterdrift for Konnerud. Klagenemnda konstaterte at denne endringen av kontrakten var vesentlig og dermed utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Ved utmålingen av gebyrets størrelse ble det lagt en viss vekt på at også vinterdrift for Konnerud hadde vært utlyst, og at innklagede hadde vært under et visst tidspress siden behovet for veidrift måtte ordnes før vinteren. Gebyret utgjorde om lag 7,8 prosent av anskaffelsens verdi.

2009/232: Sund kommune

Sund kommune ble ilagt et overtredelsesgebyr på 500 000 kroner for en ulovlig direkte anskaffelse av en avtale om utbedring av fylkesvei 202 til Televåg. Arbeidet gjaldt i utgangspunktet en veiparsell fra Spildepollen til Selstø, men etter at arbeidet var igangsatt bestilte Sund kommune også utbedring av veien fra Selstø til Nipen. Klagenemnda konstaterte at denne endringen av kontrakten var vesentlig og således utgjorde en ulovlig direkte anskaffelse. Ved utmålingen av gebyrets størrelse ble det lagt vekt på at det var tale om en forsettlig overtredelse av kunngjøringsplikten. Klagenemnda la imidlertid i formildende retning vekt på at det til en viss grad var forståelig at bestillingen av tilleggsarbeidene ble ansett som både praktisk og hensiktsmessig i den situasjonen som forelå. Gebyret utgjorde om lag 9 prosent av anskaffelsens verdi.

2010/165: Direktoratet for naturforvaltning

Direktoratet for naturforvaltning ble ilagt et overtredelsesgebyr på 500 000 kroner for ulovlig direkte anskaffelse etter at fem avtaler om effektkontroll av vassdragskalkingsprosjekt inngått i 2006, ble ulovlig forlenget utover opsjonsårene. Klagenemnda fant at forlengelsen måtte anses forsettlig. Gebyret utgjorde om lag 12,5 prosent av anskaffelsens verdi.

2010/105, 2010/269, 2010/270: Fredrikstad kommune

Fredrikstad kommune ble ilagt 3 overtredelsesgebyr på til sammen litt over 6 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse av barnevernstjenester og saksbehandlingstjenester. Kommunen hadde i en årrekke unnlatt å konkurranseutsette kontrakter vedrørende barneverntjenesten og virksomheten ODA (omsorgslønn, dagtilbud og avlastningstilbud). Gebyrets størrelse utgjorde om lag 12,5 prosent av anskaffelsenes samlede verdi.

5. Ressurstilgang

Klagenemndas sekretariat hadde ved årets start 9 ansatte jurister inkludert direktør med særskilt ansvar for offentlige anskaffelser. Ved årets slutt hadde dette økt til 12 jurister inkludert direktøren. Siden 2 av disse var i permisjon, er det reelle tallet 10. I tillegg hadde sekretariatet 1 sekretær ansatt i 100 % stilling. Dette har vært helt nødvendig for en rasjonell drift av sekretariatet.

Som følge av økt saksmengde og økte restanser vil saksbehandlingstiden i klagenemnda være helt avhengig av at sekretariatet til enhver tid tilføres tilstrekkelige ressurser til å avvikle sakene. Disse var ikke tilstede ved årets slutt i 2010.

Sekretariatet har hatt en sykefraværspersent på 2,89 % i løpet av 2010.

6. Hjemmeside og abonnements-tjeneste

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 avgjørelser etter hvert som de foreligger. Per 31. desember 2010 var det 3691 abonnenter på tjenesten, en økning på 137 abonnenter siden 1. januar 2010. 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.

Sekretariatets avvisningsbeslutninger 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.

I mars 2010 lanserte klagenemnda sin nye hjemmeside. Det har siden vært arbeidet med en ny søkemotor, som kom på plass i begynnelsen av februar 2011. Den nye søkemotoren har gjort søk i innkomne og avgjorte saker betraktelig enklere, og det er også planlagt ytterligere forbedringer som forhåpentligvis kommer på plass innen sommeren 2011.

7. Andre aktiviteter

7.1. Seminar for offentlige oppdragsgivere

Klagenemndas sekretariat har for femte år på rad avholdt sitt årlige gratis ettermiddagsseminar for offentlige oppdragsgivere og deres rådgivere. Årets seminar ble avholdt på Hotel Terminus i Bergen den 29. november 2010 og tema var implementeringen av EUs nye håndhevelsesdirektiv i norsk rett og trender, utviklingstrekk og nye saker fra klagenemnda i 2010. Det var om lag 90 deltakere på årets seminar.

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 siden forrige seminar. 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 resten av landet.

7.2. 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. På grunn av begrenset ressursituasjon har det vært nødvendig å prioritere noen av disse henvendelsene.

8. Avslutning

Etter 8 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 hadde ved utgangen av 2010 til sammen behandlet 1990 saker.

Oslo, den 25. februar 2011



Bjørg Ven
Klagenemndas leder