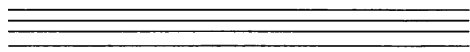




10. mars 2012



Årsmelding 2011

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

o •



Georg Fredrik Rieber-Mohn

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
2 Kort om Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)	4
3 Organisasjon	4
4 Budsjett for 2011	5
5 Viktige tall for driften av KOFA	5
5.1 Mål og resultatkrav for 2011	5
5.2 Generelt om saksutviklingen- og avviklingen i 2011	6
5.3 Saksbehandlingstid og restanser	7
5.4 Gebyrsakene	7
6 Noen viktige saker i 2011	9
6.1 Enkeltkjøp av institusjonsplasser til barn er ikke kunngjøringspliktig	9
6.2 Tilbakebetaling av overtredelsesgebyr til Fredrikstad kommune	10
6.3 Saksbehandlingstjenester til barnevernet er ikke unntatt fra kunngjøringsplikt	10
6.4 Gebyr til Askøy kommune for anskaffelse av renovasjonstjenester fra BIR Bedrift AS	10
6.5 Slamhåndtering var ingen forsknings- og utviklingskontrakt	11
6.6 Studentkafeene AS var ikke et offentligrettslig organ og dermed ikke omfattet av regelverket	11
6.7 Ikke egenregi ved vaskeri- og renseriopdrag	12
6.8 Sondringen kvalifikasjonskrav/tildelingskriterier og uprioriterte tjenester	12
7. Andre oppgaver i 2011	13
7.1 Tildelingsbrevet fra FAD	13
7.2 Hjemmesiden Kofa.no og abonnementstjenesten	13



7.3 Årlig ettermiddagsseminar	14
7.4 Media.....	14
7.5 Andre aktiviteter	14
8 Avsluttende kommentar	15

1 Innledning

Nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohn



Advokat Bjørg Ven har på fremragende måte ledet nemnda fra opprettelsen og til hun fratrådte 1. juni 2011. Etter noe betenkningstid påtok jeg meg ledervervet etter henne. Vervet har vært faglig givende og utfordrende. Nemndslederens oppgaver er flere. I klagenemndforskriften er det bestemt at lederen avgjør klager over sekretariatets vedtak om avvisning av klager som ikke ansees hensiktsmessige for behandling i nemnda, fortrinnsvis fordi det anses klart at klagen ikke vil føre frem.

Men utover denne regelfestede oppgaven er det praksis for at lederen trer inn i nemndas saksbehandling ved inhabilitet eller annet forfall fra ett av de tre medlemmene som må delta i den enkelte sak. Blant annet fordi jeg ikke har så mange års praksis som medlem av nemnda, har jeg ansett det svært viktig at lederen har nær kontakt med den løpende saksbehandling. Dette har medført at jeg ofte trer inn i nemnda og er med på avgjørelsene. En rekke uformelle oppgaver følger også med ledervervet, blant andre håndtering av media.

Året 2011 har ikke vært ekstraordinært for så vidt gjelder selve saksbehandlingen. Som det vil fremgå av denne årsrapporten, arbeider et underbemannet sekretariat jevnt og trutt for å nedarbeide restanser. Selv om vi har utmerkede og effektive unge jurister i sekretariatet, er dette en meget krevende oppgave. Antallet klager har økt betraktelig i de senere år, og bemanningen har ikke økt tilsvarende.

Det mest ekstraordinære i 2011 skjedde sent på høsten, da budsjettforslaget for 2012 ble kjent. I de senere år har de samlede driftsutgifter i Kofa beløpt seg til 11-12 millioner kroner. Utgiftene er blitt dekket ved en fast bevilgning over statsbudsjettet på ca. 5,5 millioner supplert med utnyttelse av en belastningsfullmakt fra departementet til Konkurransetilsynet og tilleggsbevilgning ved revidert nasjonalbudsjett. Statsbudsjettet for 2012 hevet den faste bevilgningen til Kofa med to millioner, men med den fatale konsekvens at belastningsfullmakten falt bort og en opplysning underhånden om at tillegg på revidert budsjett ikke kunne påregnes.

Som alle vil forstå var dette en umulig situasjon. I et tydelig brev til FAD av 1. desember 2011 ba jeg om en omvurdering, da den nye rammen ikke rakk til saksbehandling i nemnda, bare til drift av sekretariatet! For å gjøre en lang historie kort: På nyåret 2012 fikk vi en minimumsløsning som gjør at vi kan holde det gående ut dette året. Men det kan ikke skje uten en viss bemanningsreduksjon i sekretariatet.

Likevel er vi optimister og regner med at all denne uroen omkring 2012-budsjettet har medført at de bestemmende politikere vil heve budsjettrammen betraktelig ved neste korsvei. For samfunnsnyttene av Kofas virksomhet er det ingen som bestrider.



2 Kort om Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Klagenemnda ble opprettet med hjemmel i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002, og har vært i virksomhet siden 1. januar 2003.

KOFA er et uavhengig statlig organ som er administrativt underlagt Konkurransetilsynet, jfr. klagenemndforskriftens § 13 hvor det fremgår at Konkurransetilsynet utpeker klagenemndas sekretariat. Konkurransetilsynet har ingen myndighet over klagenemnda faglig sett.

Klagenemndas virksomhet er regulert av klagenemndforskriften. Organet skal håndheve regelverket for offentlige anskaffelser, og behandle klager om brudd på regelverket. Det fremkommer av klagenemndforskriftens § 1 at nemnda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte.

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 med 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, jf. lovens § 1.

Klagenemnda ble opprettet som et rent rådgivende organ, men fikk i 2007 myndighet til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser, jfr. lov om offentlige anskaffelser § 7b.

3 Organisasjon

Klagenemnda består av en nemnd på 9 medlemmer i tillegg til nemndas leder, og ett sekretariat. Advokat Bjørg Ven var nemndas leder frem til 1. juni 2011. Spesialrådgiver og tidligere høyesterettsdommer Georg Fredrik Rieber- Mohn overtok som leder med virkning fra samme dato. Åtte av de sittende medlemmene ble gjenoppnevnt. Advokat Gro Amdal ble utnevnt som nytt nemndsmedlem med virkning fra 1. juli 2010. Medlemmene og den nye lederen skal fungere i fire år,

fra 1. juli 2011 til 30. juni 2015. De øvrige gjenvalgte nemndsmedlemmene er: lagdommer Tone Kleven, leder av arbeidsretten Jakob Wahl, lagdommer Magni Elsheim, lagdommer Arve Rosvold Alver, advokat Morten Goller, advokat Siri Teigum, advokat Andreas Wahl og professor Kai Krüger.

Nemnda er sammensatt av både advokater, dommere og en professor. Tre nemndsmedlemmer deltar i avgjørelsen av hver enkelt sak. Kravet om at klagenemnda skal avsi avgjørelser som skal være uhildet, sikres av reglene om inhabilitet i forvaltningslovens § 6. Nemnda har også etablert rutiner for å unngå inhabilitet. Sekretariatet forbereder sakene for nemnda.



Førstekonsulent Elisabet Gjerde og rådgiver Ingvild Slettebø i Kofa sekretariatet

Det var imidlertid en endring i forhold til tildelingsbrevet fra 2010, som hadde krav til tre måneders saksbehandlingstid for vanlige klagesaker, og fire måneders saksbehandlingstid for gebyrsaker.

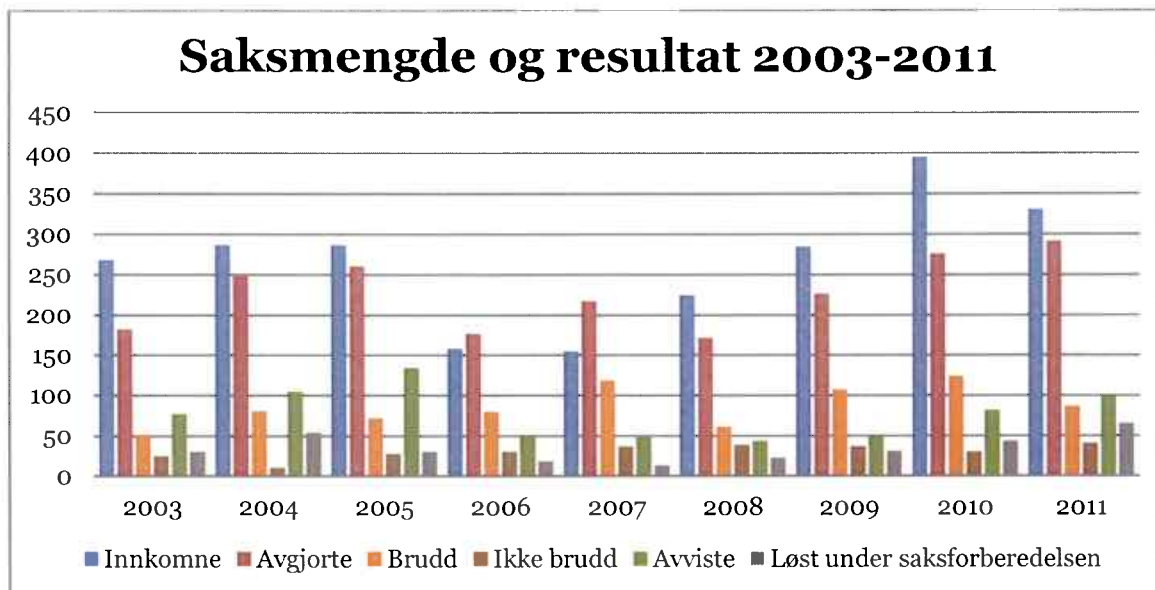
5.2 Generelt om saksutviklingen- og avviklingen i 2011²

I 2011 har sakstilstrømmingen avtatt noe sammenlignet med rekordåret 2010, hvor det kom inn 396 saker. 331 saker kom inn i 2011, altså 65 færre saker enn i 2010. Tabellen under viser utviklingen når det gjelder antall innkomne og avgjorte saker siden 2003 til og med 2011. Selv om antall innkomne saker er redusert fra 2010, så er 2011 likevel det året utenom 2010 hvor det har kommet inn flest saker til Kofa.

Tallene viser en liten nedgang i antall ikke brudd i 2011 i forhold til i 2010. Det kan ha sammenheng med at det ble avvist flere saker i 2011 enn i 2010 siden avviste saker er saker som ikke kan lede til brudd, men som sekretariatet og ikke nemnda avgjør.

I 2011 innkom det flest klager på kommuner (136). 24 klager var rettet mot fylkeskommuner, og 51 klager gjaldt ulike helseinstitusjoner. Andre innklagede oppdragsgivere utgjorde 120. Av disse var ulike departementer, direktorater og andre offentlige organer.

Klagenemndas sekretariat har myndighet til å avvise saker dersom klagen er ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndeforskriftens § 9. Klagenemndas sekretariat har også myndighet til å avvise klager som er for sent fremsatt, saker der klager har manglende saklig klageinteresse eller dersom spørsmålet er avgjort ved dom i første instans, jf. klagenemndeforskriftens § 6. I 2011 ble 99 saker avvist, og avvisingssakene utgjør i underkant av en tredjedel av de innkomne sakene i 2011.



3

² Tallene som fremkommer i årsrapporten kan avvike noe fra statistikken på kofa.no. Årsaken til dette er at noen saker blir oppdelt i flere saker i etterkant og antallet saker vil da øke.

³ Tallet for "avgjorte saker" inkluderer sakene i kategoriene avviste, brudd, ikke brudd og løst under saksforberedelsen.

5.3 Saksbehandlingstid og restanser

Tabellen nedenfor viser gjennomsnittlig saksbehandlingstid for prioriterte saker (saker der oppdragsgiver avventer kontraktsinngåelse til klagenemndas avgjørelse foreligger), uprioriterte rådgivende saker, prioriterte gebyrsaker, og vanlige gebyrsaker. Prioriterte gebyrsaker er saker der kontrakt ikke er inngått, men der det anføres at det kan bli foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

Restansene var ved årets utgang på 295 saker, altså en økning på 70 saker siden 2010. Tabellen viser en økning i saksbehandlingstid for rådgivende saker i 2011 sammenlignet med 2010. For gebyrsakene var saksbehandlingstiden 158 dager, noe som er en nedgang fra 2010, da saksbehandlingstiden var 195 dager. For prioriterte rådgivende saker var saksbehandlingstiden 67 dager, og dette representerer en liten økning i forhold til 2010 da tallet var 56 dager. På grunn av en endring av kategorier i 2011 for de ulike sakstypene er det ikke mulig å illustrere med en sammenligning av saksbehandlingstiden for de foregående årene. En interessant utvikling er at vi ser en økning i antall prioriterte saker i de innkomne sakene vi mottar. Siden de prioriterte sakene behandles før de uprioriterte sakene, så er konsekvensen av en økning i de prioriterte sakene at de andre sakene skyves bakover i køen og at saksbehandlingstiden blir lengre for disse sakene.

Rådgivende saker som ikke er prioritert har hatt størst økning i saksbehandlingstiden i 2011. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid var 286 dager for slike saker, og dette er en økning på ca. 83 dager siden 2010.



Bakgrunnen for økningen i saksbehandlingstid er for lite personalressurser i forhold til antall klagesaker som kommer inn. Det er fremdeles slik at gebyrsakene krever betydelig mer ressurser enn en gjennomsnittlig rådgivende sak, og som det fremgår under utgjør gebyrsakene nå ca. 23 prosent av antall innkomne saker. Restansene har økt betydelig, og dette er svært uheldig for Kofas forskriftsfestede mål om å være et effektivt tvisteløsningsorgan. Kofa får ikke tildelt ressurser som gjør det mulig å oppfylle kravet i tildelingsbrevet om at sakene skal behandles på en effektiv måte, og uten ugrunnet opphold.

5.4 Gebyrsakene

En oppdragsgiver kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt foretar en ulovlig direkte anskaffelse, jf. lovens § 7 b. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i forskrifter gitt i medhold av loven.



Nestleder/gruppeleder Erlend Adrian Pedersen og førstekonsulent Mari R. Kværnhaug i Kofa sekretariatets nye lokaler i Rådhusgaten 4.

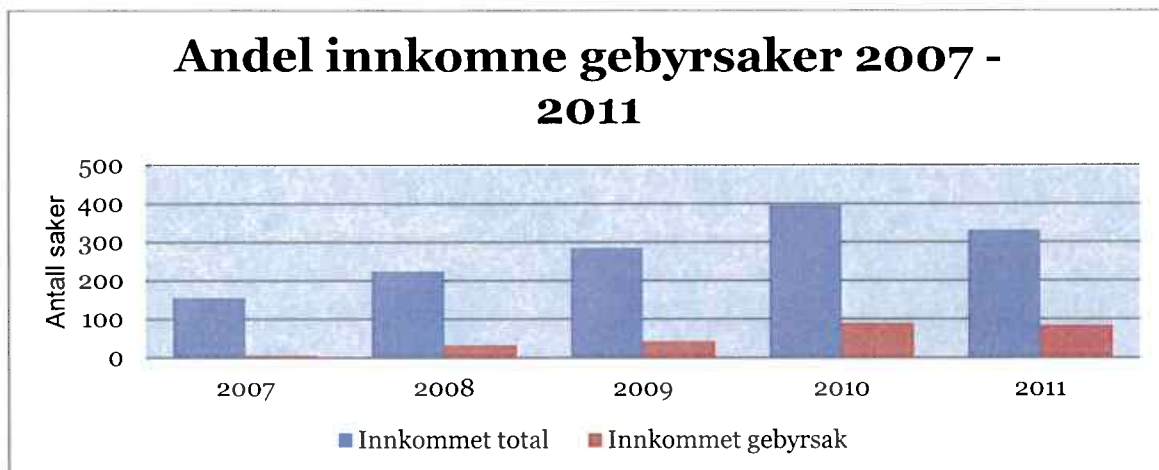
Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.

Gebyrsaker utgjorde ca. 23 prosent av alle innkomne klager i 2011. Dette er en økning fra 2010. Klagenemnda behandlet 87⁴ gebyrsaker i 2011. Av disse ledet 13 saker frem til gebyr for ulovlig direkte anskaffelse. I fem saker kom nemnda til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse, men at det ikke var grunnlag for å ilegge gebyr. I 11 av sakene kom nemnda til at det ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse og det ble

da ikke spørsmål om gebyrileggelse. Av 87 saker ble 41 saker trukket av klager.

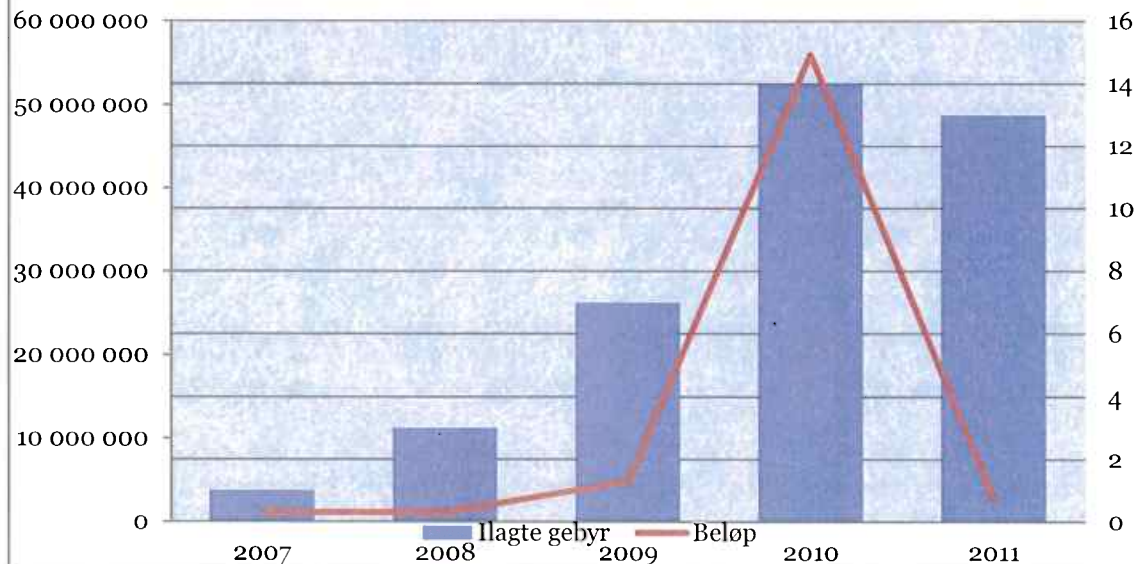
Som tabellen viser, ble det ilagt noen færre gebyr i 2011 enn i 2010. Totalt sett er det blitt ilagt 38 gebyr for totalt 64 395 000 millioner. I 2011 ble det ilagt gebyr på 3 207 000 millioner. 2010 var rekordåret med samlet gebyrileggelse på 56 millioner. Gebyret til Oslo kommune på 42 millioner kroner utgjorde en stor del av den samlede gebyrileggelsen i 2010.

Ingen av sakene hvor det er ilagt gebyr, er så langt blitt brakt inn for overprøving ved domstolene, jf. lovens § 7b (3) og (4), hvor det fremgår at vedtak om overtredelsesgebyr ikke kan påklages, men at retten kan prøve alle sider av saken.



⁴ Tallet inkluderer trukne saker.
8 •

KOFA- gebyr 2007 - 2011



6 Noen viktige saker i 2011

6.1 Enkeltkjøp av institusjonsplasser til barn er ikke kunngjøringspliktig

Dette fastslo KOFA i sak 2010/364 i forbindelse med behandlingen av NHOs klage på Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufetat) enkeltkjøp av institusjonsplasser til barn.

Avtalene var inngått uten forutgående kunngjort konkurranse om oppdragene. Avgjørelsen innebærer at (Bufetat) i fremtiden slipper å kunngjøre anskaffelser av enkeltplasser til barn. Klagenemnda kom til at enkeltkjøpene ikke var omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser, fordi slike avtaler har helt spesielle særtrekk. Hovedformålet er å finne tiltak som er til beste for det enkelte barn som skal

Ved inngåelse av rammeavtaler om institusjonsplassering av barn vil imidlertid offentlige oppdragsgivere måtte kunngjøre avtalene. En rammeavtale fastsetter generelle vilkår for senere avrop, og oppfyller forskriftens vilkår for å være en kontrakt. Unnlattelse av å kunngjøre slike avtaler vil derfor kunne utgjøre en ulovlig direkteanskaffelse

plasseres. Det økonomiske elementet, som må være tilstede for at det skal være en kontrakt, er så underordnet ved den enkelte plassering av barn at forskriften ikke kommer til anvendelse på slike avtaler. Bufetat hadde dermed ikke inngått en ulovlig direkte anskaffelse og kunne dermed ikke ilegges gebyr. Selv om rammeavtaler må kunngjøres så er det fremdeles barnets beste som gjelder, og oppdragsgiver har mulighet til å ivareta dette behovet ved utformingen av konkurransegrunnlaget.

Klagenemnda kom også til at flere av kontraktene som var inngått med godkjente private

barnevernsinstitusjoner falt utenfor direktivets regulering, ettersom institusjonens oppgaver og ansvar



overfor beboerne omfattes av unntaket i EØS-avtalen art 32, jf. artikkel 39, om "utøvelse av offentlig myndighet". Dette innebærer at Norge har mulighet til å unnta alle avtaler som gjelder utøvelse av offentlig myndighet fra anskaffelsesregelverket.

Klagenemnda avsa senere(2010/75) en avgjørelse om at anskaffelse av tiltakstjenester under barnevernlovens kapittel 4 på samme måte som for anskaffelse av institusjonsplasser til barn, ikke er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser. Dette fordi de samme hensynene, fortrinnsvis hensynet til barnets beste, måtte vektlegges for slike tjenester. Som en konsekvens av ny praksis fra klagenemnda, besluttet nemnda å omgjøre en tilsvarende sak om gebyr til Fredrikstad kommune, se under for nærmere info om dette.

6.2 Tilbakebetaling av overtrødelsegebyr til Fredrikstad kommune

Klagenemnda besluttet (sak 2010/105) på eget initiativ med hjemmel i forvaltningsloven og klagenemndforskriften å omgjøre et vedtak fra 2010 der Fredrikstad kommune fikk 1,6 millioner kroner i gebyr for innkjøp av tiltakstjenester til barneverntjenesten. Begrunnelsen var at klagenemnda i nemndas etterfølgende saker 2010/364 og 2011/75 fastslo at Forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 ikke kommer til anvendelse når det foretas enkeltkjøp av tiltakstjenester for barn med hjemmel i barnevernloven kapittel 4.

I sak 2010/364 gjaldt det enkeltkjøp av institusjonsplasser for året 2009. I sak 2011/75 gjaldt det enkeltkjøp av tiltakstjenester i perioden 9. november 2008 til 9. november 2010. Sak 2010/105, som er omgjort, omhandlet enkeltkjøp av tiltakstjenester i perioden 19. april 2008 til 19. april 2010. Tiltakstjenestene som er kjøpt er de samme i begge de sistnevnte sakene, og innkjøpene er skjedd i delvis sammenfallende tidsperioder i 2008-2010.

6.3 Saksbehandlingstjenester til barnevernet er ikke unntatt fra kunngjøringsplikt

Klagenemnda behandlet en rekke klager på ulovlig direkte anskaffelse av saksbehandlingstjenester til barnevernet i 2011.

Bærum kommune ble i sak 2011/20 innklaget for ulovlig direkte anskaffelse av slike tjenester. I sak 2001/20 hadde Bærum kommune anskaffet saksbehandlingstjenester fra Barnevernkompetanse AS siden 2004. Saksbehandlingstjenester anses som en kontrakt i regelverkets forstand og er ikke omfattet av ny praksis vedrørende anskaffelser under barnevernlovens kapittel 4. Anskaffelsen var en ulovlig direkte anskaffelse, og klagen resulterte i et gebyr på 875 000 kroner til Bærum kommune. Asker fikk tilsvarende i sak 2011/19 et gebyr på 77 0000 kroner for anskaffelse av saksbehandlingstjenester i barnevernet fra Barnevernkompetanse AS og Barnevernerfaring AS.

Oppegård kommune fikk 13 klager på ulovlige direkteanskaffelser i desember 2010, og dette resulterte blant annet i ett gebyr for ulovlig direkteanskaffelse av saksbehandlingstjenester på 145 000 i sak 2010/305. Ski kommune fikk i sak 2010/306 et gebyr på 360 000 kroner for tilsvarende tjenester.

6.4 Gebyr til Askøy kommune for anskaffelse av renovasjonstjenester fra BIR Bedrift AS

Klagenemnda gav i sak 2009/246 et gebyr på 50 000 kroner til Askøy kommune for ulovlig direkte anskaffelse av renovasjonstjenester. Gebyret utgjorde 6,3 prosent av anskaffelsens verdi.

Saken ble klaget inn av Demokratene Askøy og er en av ni andre saker vedrørende samme sakskompleks. Bergen kommune og ni andre omegnskommuner er klaget inn for tilnærmet samme forhold. Den påklagde anskaffelsen gjaldt Askøy kommunes anskaffelse av renovasjonstjenester for



tidspunktet burde innklagede ha foretatt en vurdering av anskaffelsens lovlighet og gjennomført en anskaffelse i tråd med regelverket.

kommunens eget avfall. Manglende oppsigelse av avtalen representerte en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant ingen grunnlag for unntak fra kunngjøringsplikten, heller ikke unntaket om egenregi var anvendelig. Askøy kommune ble imidlertid ikke ilagt gebyr for alle beløp som var betalt i henhold til avtalen. Klagenemnda fant at vilkåret om grov uaktsomhet var oppfylt på tidspunktet fra mottaket av klagen i saken, og ila gebyr for tjenester utført i medhold av avtalen fra og med fire måneder etter at klagen var kommet til klagenemnda. På dette

Bergen kommune fikk et forhåndsvarsel på 4 millioner kroner for ulovlig direkte anskaffelse av samme renovasjonstjenester den 20. desember 2011.

6.5 Slamhåndtering var ingen forsknings- og utviklingskontrakt

Ålesund kommune ble i sak 2011/161 innklaget for ulovlig direkte anskaffelse av slamhåndteringstjenester. Innklagede hadde inngått en avtale med Ura pılanlegg AS om levering av slam, og det skulle betales et vederlag til Ura pılanlegg AS for dette. Planen var at det skulle beplantes pil på slamanlegget, og at dette skulle føre til at slammet ble omdannet til gjødsel. Innklagede hevdet at avtalen ikke var kunngjøringspliktig i medhold av unntaket for forsknings- og utviklingstjeneste i forskriften § 1-3 (2) bokstav g. Klagenemnda kom imidlertid til at det ikke var dokumentert at Ura pılanlegg AS skulle levere en tjeneste i denne forbindelse som kunne kategoriseres som en forsknings- og utviklingstjeneste. Klagenemnda uttalte blant annet i premiss 51 at:

"Det fremstår som et helt underordnet element ved avtalen at innklagede skal kunne benytte prosjektresultatene i egen drift eller ved senere anbudsprosess, og det er heller ikke dokumentert at Ura pılanlegg AS skal levere noen tjeneste i denne forbindelse som kan kategoriseres som en forsknings- og utviklingstjeneste. At det skal utarbeides en sluttrapport, som skal oversendes innklagede, og at representant for innklagede sitter i prosjektets styringsgruppe, kan heller ikke endre kontraktens karakter av å være en tjenestekontrakt der fjerning og behandling av slam må anses som kontraktens hovedelement".

Klagenemnda kom til at skyldkravet var oppfylt og at det var grunnlag for å ilagge et gebyr på 60 000 kroner, ca. 10 prosent av anskaffelsens verdi.

6.6 Studentkafeene AS var ikke et offentligrettslig organ og dermed ikke omfattet av regelverket

Klagenemnda behandlet i sak 2010/278 spørsmålet om Studentkafeene AS var omfattet av regelverket og om det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Studentkafeene AS (heretter kalt innklagede) inngikk 27. mai 2010 en avtale med Bama AS om levering av frukt og grønt til studentkafeene, uten forutgående kunngjøring. Innklagede er et heleid datterselskap av SiO Forretning AS (som tidligere het SiO AS), som igjen er heleid av Studentsamskipnaden i Oslo (heretter kalt SiO).



For at regelverket for offentlig anskaffelser skal komme til anvendelse for offentligrettslige organer må tre vilkår være oppfylt. For det første må organet tjene allmennhetens behov, og ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. For det andre må organet være et selvstendig rettssubjekt. For det tredje må organet i hovedsak være finansiert av offentlige myndigheter/offentligrettslige organer eller underlagt disses kontroll, eller så må de ha et administrasjons-, -ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.

Klagenemnda kom til at det ikke var tilstrekkelige holdepunkter for å konstatere at det forelå en slik grad av offentlig kontroll med SiOs drift på anskaffelsesområdet at den kunne sammenlignes med den tilknytningen som foreligger når finansierings- eller oppnevningeskriteriet er oppfylt, jf. blant annet EU-domstolens sak C-237/99. Kontrollen var basert på etterfølgende tilsyn uten innvirkning på løpende beslutninger i SiO om drift, så som kjøp av varer og tjenester. Kontrollvilkåret i § 1-2 (2) bokstav c var dermed ikke oppfylt, og SiO ble dermed ikke ansett for å være et offentligrettslig organ i regelverkets forstand. Da kunne heller ikke Studentkafee AS anses som et offentligrettslig organ.

6.7 Ikke egenregi ved vaskeri- og renseriopdrag

Ved brev fra Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) på vegne av Norsk Industri ble Sykehuset Innlandet HF i sak 2010/340 klaget inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser med påstand om at det var foretatt ulovlige direkte anskaffelser i forbindelse med tildeling av vaskeri- og renseoppdrag til Tekstilvask Innlandet AS.

Det sentrale spørsmålet i saken var om innklagedes kjøp av vaskeritjenester fra Tekstilvask Innlandet AS var unntatt fra regelverket for offentlige anskaffelser, herunder kunngjøringsplikten, basert på at vilkårene for egenregi var oppfylt. EU-domstolen har oppstilt to kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket for egenregi skal komme til anvendelse når kontrakt inngås mellom to selvstendige rettssubjekt. For det første må oppdragsgiveren utøve en kontroll over leverandørselskapet som tilsvare kontrollen oppdragsgiveren har over egen virksomhet (kontrollkriteriet). For det andre må den vesentligste delen av leverandørens aktivitet være knyttet til den eller de kontrollerende oppdragsgivere (omsetningskriteriet).

Etter en helhetsvurdering, der det ble lagt stor vekt på det faktum at Tekstilvask Innlandet AS også solgte sine tjenester i et konkurranseutsatt marked, og at de aktuelle tjenestene ikke var av typisk offentlig karakter, kom nemnda til at omsetningsvilkåret ikke var oppfylt. Innklagede var dermed avskåret fra å tildele kontrakter til Tekstilvask Innlandet AS i egenregi, og det forelå dermed en ulovlig direkte anskaffelse, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b.

Nemnda kom imidlertid frem til at skyldkravet i loven § 7b ikke var oppfylt. Det var dermed ikke grunnlag for å ilegge overtredelsesgebyr i saken. Siden læren om egenregi fremdeles var noe uklar og bygger på EU-domstols praksis, og at den konkrete subsumsjonen fremstod som vanskelig, kom nemnda etter en helhetsvurdering til at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å kunne konstatere grov uaktsomhet ved Sykehuset Innlandet HFs tildeling av vaskeritjenester til Tekstilvask Innlandet AS etter læren om egenregi.

6.8 Sondringen kvalifikasjonskrav/tildelingskriterier og uprioriterte tjenester

Klagenemnda har de siste årene hatt en rekke saker knyttet til problemstillingen om sondringen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier som følge av EF domstolens avgjørelse i sak C-532/ 6 "Lianakis". I korte trekk følger det av klagenemndspraksis som har kommet i etterkant av denne dommen, at den trolig ikke stenger for å benytte tildelingskriterier som åpner for konkurranse om tjenestekvalitet knyttet til personene som tilbys, dersom kompetanse har særlig betydning for prestasjonen, eksempelvis fordi den krever kreativitet, innovasjon og lignende. 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.

Det har kommet flere avgjørelser av EU-domstolen etter "Lianakis" som gjelder denne problemstillingen. Klagenemndas sak 2011/118 adresserer to nye EU-domstolsavgjørelser av betydning, T-387/08, og C-95/10.

Sak C-95/10 medfører at skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og den tolkingen dette har gitt opphav til i Lianakis-avgjørelsen, ikke er en nødvendig følge av direktivet når det gjelder uprioriterte tjenester. For norsk rett er det imidlertid stilt opp tilsvarende regler i forskriften del II som i del III for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Klagenemnda uttaler i sak 2011/118 premiss 21 med sikte på de uprioriterte tjenester:

"Dommen innebærer at skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, og den tolkingen dette har gitt opphav til i Lianakis-avgjørelsen, ikke er en nødvendig følge av direktivet når det gjelder uprioriterte tjenester. I forskrift om offentlige anskaffelser del II er det imidlertid stilt opp tilsvarende regler som i forskriften del III for kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Reglene må derfor som utgangspunkt forstås på samme måte, selv om det kan være grunn til å vise noe større tilbakeholdenhet med å overprøve innklagedes vurdering av hvorvidt et tildelingskriterium er egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet."

Sak T-387/08 gjaldt spørsmålet om sammenblanding av kvalifikasjons- og tildelingskriterier. Klagenemnda uttaler i sak 2011/118 i premiss 19 vedrørende denne at:

"EU- domstolen avgjorde spørsmålet ut fra de konkrete evalueringer som ble foretatt, og saken kan derfor tas til inntekt for at det er grunn til å legge større vekt på dette enn de formuleringer som er brukt i konkurransegrunnlaget. Det var imidlertid selve evalueringen som var påberopt av klager, og av denne grunn er det usikkert hvilken rekkevidde avgjørelsen har."

Klagenemnda uttalte videre at det var uansett et krav om at tildelingskriteriene utformes så klart at de "allow all reasonably well-informed tenderers of normal diligence to interpret them in the same way" jf. eksempelvis EU-domstolens avgjørelse i sak C-448/01. Når forhold relatert til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten vurderes i tildelingsfasen, må det derfor kreves at det i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen gjøres tilstrekkelig klart for tilbyderne at vurderingen av tilbudets kvaliteter ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.

7. Andre oppgaver i 2011

7.1 Tildelingsbrevet fra FAD

I følge tildelingsbrevet fra FAD skal Kofa "bidra til økt kunnskap" om de sakene som behandles.

7.2 Hjemmesiden Kofa.no og abonnementstjenesten

Hjemmesiden www.kofa.no inneholder informasjon om både avgjorte og innkomne saker. Det legges ut pressemeldinger om alle gebyrsaker, og det er også en tjeneste hvor abonnementer kan få sendt ut elektronisk nye saker etter hvert som de blir publisert. Det er p.t 4310 registrerte abonnenter. Dette er en økning i forhold til 2010 hvor det var 3691 abonnementer på tjenesten. Etter at klagenemndas nye

hjemmeside ble lansert i mars 2010 og den nye søkemotoren på kofa.no kom på plass i februar 2011, foretok klagenemnda en fornyet gjennomgang av oppbygningen og innholdet på hjemmesiden, og foretok en del grep for å forbedre dette. Dette innebærer blant annet at oppbygningen av siden er noe forandret, at innholdet i informasjonen er oppdatert i henhold til det klagenemnda oppfatter at det er behov for informasjon om, samt at det er blitt lettere å hente ut statistikk fra siden. Disse forbedringene kom på plass 28. mars 2011. Videre har klagenemnda innenfor det budsjett som er tilgjengelig også fått gjort enkelte tilpasninger for å forbedre den nye søkemotoren. For å få på plass en helt optimal søkemotor, er nemnda imidlertid avhengig av et helt annet budsjett enn det nemnda i dag disponerer.

På hjemmesiden finnes det også informasjon om regelverket, nemndas sammensetning, og en statistikkside der saksbehandlingstid og andre opplysninger om sakene fremgår.

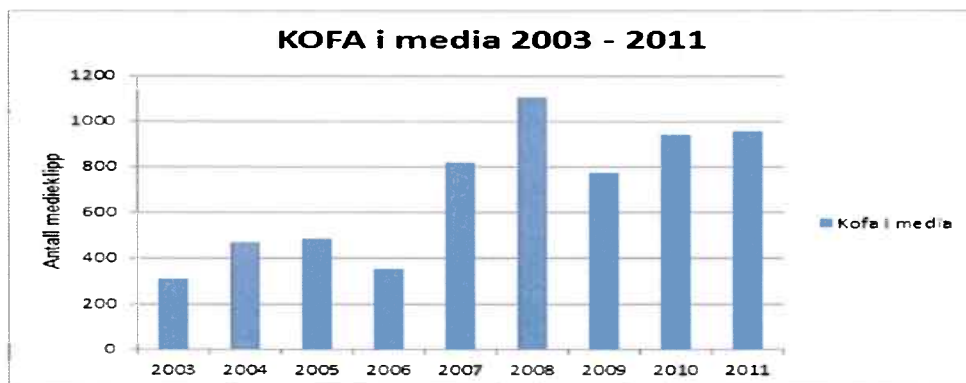
7.3 Årlig ettermiddagsseminar

Kofa arrangerte sitt årlige ettermiddagsseminar for offentlige oppdragsgivere på Hotel Norge i Bergen den 18. november 2011. Tema for seminaret var de planlagte endringene i anskaffelsesdirektivene, avlysningsplikt, og Buf-etat saken 2010/364. Seminaret fikk stor oppslutning med 101 påmeldte.

Hensikten med seminaret er å bidra til økt kunnskap om avgjørelsene som fattes og den rettsutvikling som foregår i Kofa, de norske domstolene og i EU domstolen. Kofa opplever stor etterspørsel fra både offentlige oppdragsgivere og leverandører om veiledning til hvordan regelverket for offentlige anskaffelser og Kofas avgjørelser skal tolkes.

7.4 Media

Tabellen viser antall medieklipp siden 2003. Som det fremgår har det vært en betydelig økning av antall medieklipp siden oppstarten av Kofa. Året det var mest presseklipp var 2008 og årsaken er mest sannsynlig stort fokus på ny gebyrmyndighet og de gebyrene som ble ilagt i 2008. I 2011 har det vært en liten økning i antall medieklipp sammenlignet med året før.



7.5 Andre aktiviteter

Kofas leder, sekretariatsleder og andre jurister i Kofas sekretariat holder noen foredrag i løpet av året for offentlige oppdragsgivere, men av ressursmessige årsaker er dette en aktivitet som nedprioriteres.

8 Avsluttende kommentar

Direktør/Sekretariatsleder Anneline Vingsgård



Klagenemnda opplever fremdeles en stor tilstrømning av klagesaker. Selv om Kofa har hatt en markert nedgang i antall klagesaker i 2011 i forhold til 2010, så er klagetilstrømningen fortsatt stor sammenlignet med tidligere år.

I den sammenheng utgjør klager på ulovlige direkte anskaffelser en stor andel av sakene. Klagenemnda hadde 87 gebyrsaker til behandling, og 13 av dem førte til gebyr. Alle gebyrene unntatt ett er gitt til kommuner, og tre av gebyrene ble gitt til Oppegård kommune. Mange av gebyrsakene er klaget inn av privatpersoner og interesseorganisasjoner, og det er åpenbart at kunnskapen knyttet til ulovlige direkte anskaffelser

Gebyrsakene er omfattende saker å behandle fordi de ofte reiser komplekse juridiske spørsmål knyttet til unntaksbestemmelser i regelverket. Ofte er det lite eller ingen praksis eller teori som omtaler problemstillingene, og klagenemnda utøver i stor grad rettsutvikling innenfor fagområdet offentlige anskaffelser slik som forutsatt da klagenemnda ble opprettet i 2003. Ingen av gebyrvedtakene er så langt blitt overprøvd av domstolen.

har økt etter innføringen av gebyrmyndigheten i 2007, ikke bare hos offentlige oppdragsgivere, men også hos allmennheten ellers. Økningen i antall medieklipp viser også at Kofa fikk betydelig mer oppmerksomhet fra media etter at gebyrmyndigheten ble innført i 2007.

En annen viktig utvikling er at andelen prioriterte saker (hvor innklagede venter med å inngå kontrakt) har økt siden 2010, dersom man ser andelen prioriterte saker i forhold til innskattede saker. Dette ser vi som positivt. Det betyr at den innklagede ønsker å forholde seg til Kofas avgjørelse selv om den ikke er bindende. For prioriterte saker har klagenemnda kort saksbehandlingstid. Vi antar derfor at Kofa spesielt i slike saker representerer en nyttig tvisteløsningsmekanisme for offentlige oppdragsgivere og leverandører. Bakgrunnen for opprettelsen av Kofa var å tilby et alternativ til domstolene. Gebyrmyndigheten blir mest sannsynlig overført til domstolene i 2012, og klagenemnda blir igjen et rent rådgivende organ slik som ved opprettelsen i 2003. Kofa skal da fortsatt være et godt alternativ til domstolene ved å avgi rådgivende avgjørelser innen anskaffelsesregelverket til nytte for oppdragsgivere og leverandører.

