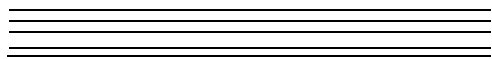


6.mars 2013



Årsmelding 2012

Klagenemnda for offentlige anskaffelser



Georg Fredrik Rieber-Mohn

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	3
2 Kort om Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)	4
3 Organisasjon	4
4 Budsjett for 2012	5
5 Viktige tall for driften av KOFA.....	5
5.1 Mål og resultatkrav for 2012	5
5.2 Generelt om saksutviklingen- og avviklingen i 2012.....	6
5.3 Saksbehandlingstid og restanser	8
5.4 Gebyrsakene	9
6 Noen eksempler fra saker i 2012	10
6.1 Åtte Hordalands-kommuner ble ilagt gebyrer på over 4 millioner kroner for ulovlige direkte anskaffelser av renovasjonstjenester.....	10
6.2 Overtredelsesgebyr på kr. 450 000 for ulovlig direkte anskaffelse av advokattjenester til Kristiansands havn.....	11
6.3 Tjenester i forbindelse med overvåkning av fiskefelt utgjorde en tjenestekonsesjon.....	13
6.4 Kjøp av leiligheter under renovering var ikke omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser	13
6.5 Nemnda trekker opp grensene for oppsigelsesplikten i sak 2011/179.....	14
6.6 Vilkåret for unntaket for enerett var oppfylt ved kjøp av rotenon.....	14
6.7 Rammeavtaler- inngåelse av kontrakt mellom de opprinnelige avtaleparter	14
6.8 Mange brudd gjelder ulovlig tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget	15
6.9 Hvilke krav gjelder for anskaffelser som kun følger forskriften del I.....	16
7. Andre oppgaver i 2012.....	17
7.1 Tildelingsbrevet fra FAD	17

7.2 Hjemmesiden Kofa.no og abonnementstjenesten	17
7.3 Høringer	18
7.4 Kofas fagkonferanse 2012	18
7.5 Media	19
7.6 Andre aktiviteter	19
8 Avsluttende kommentar	19

1 Innledning

Nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohn



I et tilbakeblikk på 2012 er det særlig to forhold som det er naturlig å trekke frem. Det ene er budsjettsituasjonen, som er et tilbakevendende problem. Det andre er viktige forskriftsendringer som trådte i kraft 1. juli i fjor.

Kofas budsjett har i en årrekke vært slik at vi over statsbudsjettet har fått en direkte bevilgning på vel 5 millioner kroner. De bevilgende myndigheter har vært fullt ut klar over at dette er for lite til å dekke de reelle utgiftene, faktisk godt under halvparten av behovet. Derfor har man gitt belastningsfullmakter til Konkurransetilsynet, som har fylt opp bevilgningen, endog i flere omganger.

Dette er en underlig måte å budsjettere på, og den er egnet til å skape usikkerhet. Denne blir ikke mindre når man ser utviklingen over de siste tre år. I 2011 fikk vi først den ordinære rammen på 5,54 millioner. Deretter kom en belastningsfullmakt på 4,5 millioner og til sist en på 2 millioner, totalt 12 040 000 kroner. I 2012 ble den ordinære rammen hevet til 7 726 000 kroner. Deretter kom en belastningsfullmakt på 2 millioner og til slutt et supplerende tildelingsbrev på i underkant av 1 million kroner. Sistnevnte var å anse som et forskudd på en endring i gebyrordningen, som jeg straks kommer tilbake til. Til sammen ble bevilget 10 716 000 i 2012.

Denne nedgangen er urovekkende, især når en tar i betraktning at restansene er høye og må nedarbeides. Jeg tilføyer at for 2013 er bevilget 9 961 000 kroner uten løfte om noen tilleggsbevilgning.

Som kjent trådte viktige forskriftsendringer i kraft 1. juli 2012. De er et resultat av EUs nye håndhevingsdirektiv og Sejersted-utvalgets implementeringsforslag. Kofa mistet kompetansen til med bindende virkning å avgjøre saker om ulovlige direkte anskaffelser. Myndigheten til å ilegge gebyr er i disse sakene overført til domstolene. Det skal bli interessant å se hvor effektiv denne håndhevelsen blir, sammenlignet med den Kofa har stått for. Det er grunn til skepsis.

Samtidig hevet departementet gebyret i ordinære klagesaker for Kofa fra 860 til 8000 kroner – i strid med vårt råd. Meningen er at inntektene fra gebyrene skal brukes til å dekke Kofas utgifter og slik være et supplement til den direkte bevilgningen. Det er ennå for tidlig å si noe om hvor dette bærer hen. Foreløpig må vi konstatere at antallet klager har gått drastisk ned. Mens gjennomsnittet i første halvår 2012 var på 28 saker i måneden, har det etter gebyrøkningen falt ned på 11 saker.

Det har vært hevdet at denne nedgangen er av det gode, fordi det hovedsakelig er de uberettigede klagenes som nå faller bort. Det har man ingen empiri for å anta. Det er intet som tyder på at avvisningsavgjørelsene ble færre i annet halvår i 2012. Og hvis det er kverulantklager man mener å stanse, er det min erfaring fra mange år i rettspleien at de sjelden lar seg stoppe av gebyrer. Her er det jo for øvrig tale om kverulanter med «saklig klageinteresse».

Dersom resultatet av gebyrøkningen blir at en rekke berettigede klager ikke inngis, har samfunnet tapt på denne endringen. Hva tapspostene består i, finner jeg ikke grunn til å utdype ved denne anledning.

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 § 4 hvor det fremgår at Konkurransetilsynet utpeker klagenemndas sekretariat.



Rådgiverne Linda Midtun og Linn H. Vetaas i Kofa sekretariatet

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. Gebyrmyndigheten er nå overført til domstolene, jf. lovendringer med virkning fra 1. juli 2012. Klagenemnda har i en overgangsperiode adgang til å ilegge gebyr ved klager på ulovlig direkte anskaffelse for alle kontrakter som er inngått før 1. juli 2012.

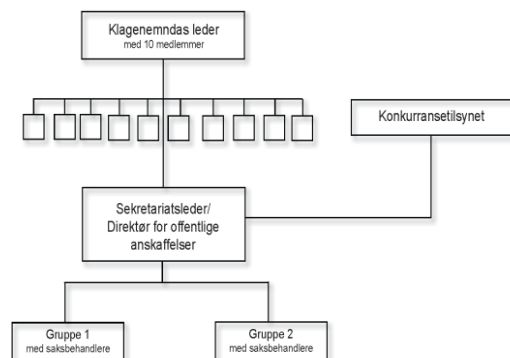
3 Organisasjon

Klagenemnda består av en nemnd på 9 medlemmer i tillegg til nemndas leder, og et sekretariat. Tidligere høyesterettsdommer Georg Fredrik Rieber-Mohn er leder av klagenemnda. Lederen og de øvrige medlemmene er inne i en funksjonsperiode som varer fra 1. juli 2011 til 30. juni 2015. De øvrige 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, advokat Gro Amdal og professor Kai Krüger.

Nemnda er sammensatt av både advokater, dommere og en professor. Tre nemndsmedlemmer deltar i avgjørelsen av den enkelte sak. Nemndas leder deltar i avgjørelsen dersom det er behov for stedfortreder, for eksempel ved inhabilitet fra ett av nemndsmedlemmene. Nemndas leder avgjør også klager over sekretariatets avvisningsvedtak, jf. klagenemndforskriften § 9. For klagenemndas saksbehandling gjelder reglene om inhabilitet i forvaltningslovens § 6. Nemnda har også etablert rutiner for å unngå inhabilitet. Sekretariatet forbereder sakene for nemnda.

Sekretariatet holder til i Bergen og ledes av direktør/sekretariatsleder Anneline Vingsgård. Ved

Organisasjonskart for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)



utgangen av 2012 bestod sekretariatet av 9 jurister og en sekretær. Sekretariatet er delt opp i to grupper som er henholdsvis ledet av nestleder/gruppeleder Erlend Pedersen og seniorrådgiver/gruppeleder Jonn Sannes Ramsvik.

Anneline Vingsgård sitter i Konkurransetilsynets ledergruppe. Dette innebærer at det blir hentet ut synergi og kunnskap på tvers av de to virksomhetsområdene, blant annet ved at virksomheten i Kofa og Konkurransetilsynet blir bedre koordinert, at den eksterne profileringen av den samlede virksomheten til tilsynet blir styrket, samt at Kofa og

Konkurransetilsynet i noen sammenhenger holder felles presentasjoner og foredrag med fokus på de felter som er sammenfallende for de ulike regelsettene som blir håndhevet.

4 Budsjett for 2012

Klagenemnda fikk en bevilgning i henhold til tildelingsbrev nr. 1/2012 på 7 726 000 kroner. Ved supplerende tildelingsbrev nr. 2/2012 ble det gitt et inntektskrav på 990 000 kroner som gav Kofa fullmakt til et merforbruk av budsjettet på samme beløp. Klagenemnda fikk også en belastningsfullmakt på 2 000 000 kroner. Totalt innebærer dette et budsjett på 10 716 000 kroner for 2012. I 2011 var budsjettet til sammenligning på kroner 12 040 000. Det var altså en nedgang i budsjettet fra 2011 til 2012 på vel 1,3 millioner kroner.

5 Viktige tall for driften av KOFA

5.1 Mål og resultatkrav for 2012

I tildelingsbrev av 27. januar 2012 fra FAD¹ fremgikk det følgende om mål for klagenemndas virksomhet under pkt.3.7:

"Sekretariatet for Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal behandle klager i samsvar med forskrift om offentlige anskaffelser og derved styrke håndhevingen av anskaffelsesreglene og bidra til økt kunnskap om dem.

Budsjettsituasjonen for KOFA i 2012 er endret i forhold til 2011, ved at bevilgningene samlet er lavere i 2012. Dette vil kunne få konsekvenser for saksbehandlingstiden i KOFA. Innenfor disse rammene skal klager om mulige brudd på reglene om offentlige anskaffelser behandles på en effektiv og forsvarlig måte, med sikte på at saksbehandlingstiden i KOFA skal være så kort som mulig.

¹ Fornyings-, -administrasjons-, og kirke departementet.

Departementet vil i 2012 foreta en gjennomgang av Kofa for å se om det er behov for endringer i nemndas innretning og rammevilkår. Ved behov skal Konkurransetilsynet bistå departementet i denne gjennomgangen»

Det var heller ikke i 2012 konkrete krav til saksbehandlingstid. Kravet er at klagen skal behandles på en effektiv og forsvarlig måte, selv om FAD erkjenner at lavere bevilgninger vil kunne få konsekvenser for saksbehandlingstiden.

5.2 Generelt om saksutviklingen- og avviklingen i 2012²

Saksutviklingen for 2012 har vært preget av økningen av klagegebyret med virkning fra 1. juli 2012. Det kom totalt sett inn betydelig færre saker i 2012 enn i 2011. I 2012 kom det inn 234 klager. Til sammenligning kom det inn 331 saker i 2011. Dette er en differanse på omtrent 100 saker.

Klagegebyret økte fra 860 kroner til 8000 kroner for en rådgivende klagesak. Før 1. juli 2012 mottok Kofa i snitt 28 klager i måneden. Etter klagegebyrøkningen har Kofa mottatt i snitt 11 klager i måneden. Antall innkomne klager er altså redusert med ca. 60 prosent.

Bakgrunnen for økt klagegebyr fremgår av høringsnotat i forbindelse med evalueringen av Kofa, hvor FAD uttaler følgende:

«Antall nye saker hvert år til KOFA har de siste årene økt vesentlig. Videre har også sakene blitt mer komplekse. Dette har medført at KOFA i dag er i en vanskelig situasjon både med hensyn til saksbehandlingstid, restanser og økonomi. KOFA mottar også hvert år et stadig økende antall saker som ikke egner seg for behandling i nemnda. Disse sakene krever mye ressurser. Det er derfor et klart behov for tiltak.



Nestleder Erlend Pedersen

Departementet mener at det både er fornuftig og nødvendig å finne løsninger som sikrer at KOFA kan ivareta brukernes behov for raske og grundige avgjørelser. Dette innebærer tiltak som sørger for at saksmengden ikke vokser fra år til år og at saksbehandlingstiden ikke blir stadig lengre»

For saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble det innført et klagegebyr på 1000 kroner. Første halvår 2012, frem til det nye klagegebyret trådte i kraft 1. juli, kom det inn 38 klager på ulovlig direkte anskaffelser, mens det i siste halvår bare kom inn tre slike klager. Reduksjonen i antall klager på ulovlige direkte anskaffelser har nok i første rekke sammenheng med at Kofa ikke lenger har myndighet til å sanksjonere ulovlige kontrakter som er inngått etter 1. juli 2012, selv om det nye klagegebyret også antas å ha betydning.

Det er for tidlig ennå å si noe sikkert om sakene som kom inn etter 1. juli 2012 blir avvist i mindre grad enn før. På grunn av saksbehandlingstiden har mange innkomne saker etter 1. juli 2012, bortsett fra prioriterte saker (hvor kontraktsinngåelse utstår i påvente av Kofas avgjørelse), ikke blitt behandlet. Av prioriterte saker innkommet etter 1. juli 2012 er fem av sakene avvist.

Tabellen under viser utviklingen i antall innkomne og avgjorte saker fra 2003 til og med 2012.

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.

Klagenemnda avgjorde 249 saker i 2012, mens tallet var 292 saker i 2011. Dette tallet innbefatter saker som er løst under saksforberedelsen og avviste saker. I 2011 ble 65 saker løst under saksforberedelsen, mot 37 saker i 2012. 124 saker ble nemndsbehandlet i 2012, mot 146 i 2011. Klagenemndas sekretariat hadde mindre personalressurser i 2012 enn i 2011, og dette forklarer hvorfor det ble avgjort noe færre klager i 2012, enn i 2011.

I 2012 innkam det flest klager på kommuner (108). 18 klager var rettet mot fylkeskommuner, og 16 klager gjaldt ulike helseinstitusjoner. Andre innklagede oppdragsgivere utgjorde 120. Av disse var 16 ulike departementer og direktorater.

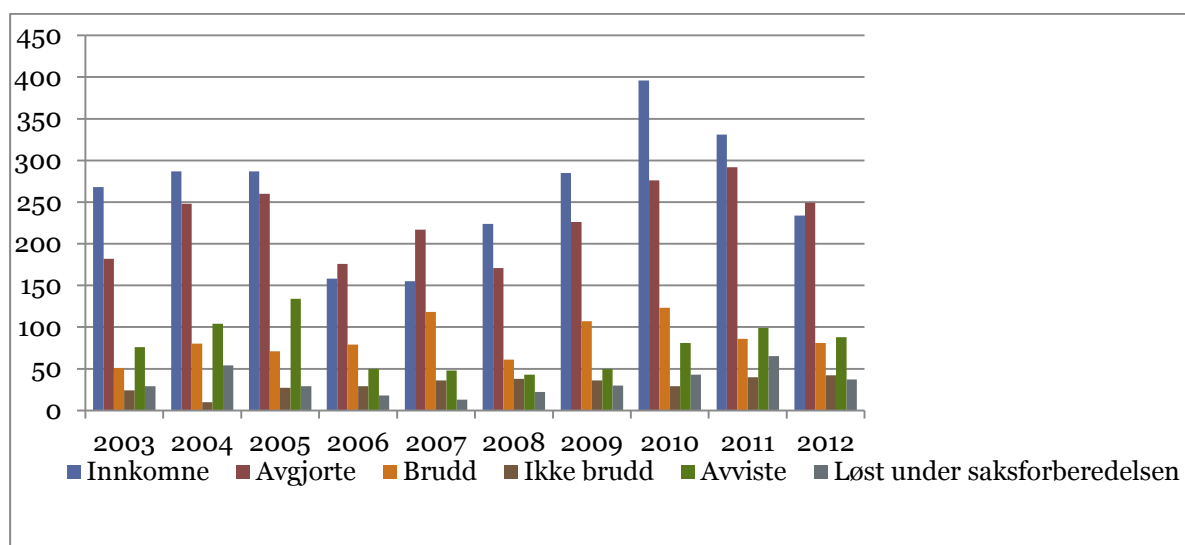
Det ble konstatert brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i 82 saker, og i 42 saker ble det ikke brudd. Det er større andel av brudd i 2012 enn i 2011 sammenlignet med antall nemndsbehandlede saker de to foregående årene. Det ble konstatert brudd i 86 av 145 nemndsbehandlede saker i 2011, mens de tilsvarende tall for 2012 som nevnt var 82 saker med brudd av i alt 124 saker.

Klagenemndas sekretariat har myndighet til å avvise saker dersom klagen er ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndforskriftens § 9. Klagenemndas sekretariat har også myndighet til å avvise klager som er for sent fremsatt, saker der klager mangler saklig klageinteresse eller dersom spørsmålet er avgjort ved dom i første instans, jf. klagenemndforskriften § 6. I 2012 ble 89 saker avvist av sekretariatet. Avvisningssakene utgjør dermed omtrent 35 prosent av de avgjorte sakene i 2012.

De fleste sakene blir avvist fordi sekretariatet er kommet til, etter en vurdering av faktum og jus, at saken er uhensiktsmessig for behandling i nemnda fordi klagen klart ikke kan føre frem.

Nemndsleder er klageinstans for saker som er avvist fra sekretariatet. I 2012 behandlet nemndsleder 7 klager på avvisninger fra sekretariatet. Lagdommer Tone Kleven behandlet 18 klager som følge av at nemndsleder var inhabil i håndteringen av en rekke saker mot ulike helseforetak. To av klagenene førte frem og ble henvist til behandling i klagenemnda (sakene 2012/47 og 2011/262).

Alle avvisningsavgjørelsene blir publisert på www.kofa.no i likhet med nemndsavgjørelsene.³



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

5.3 Saksbehandlingstid og restanser

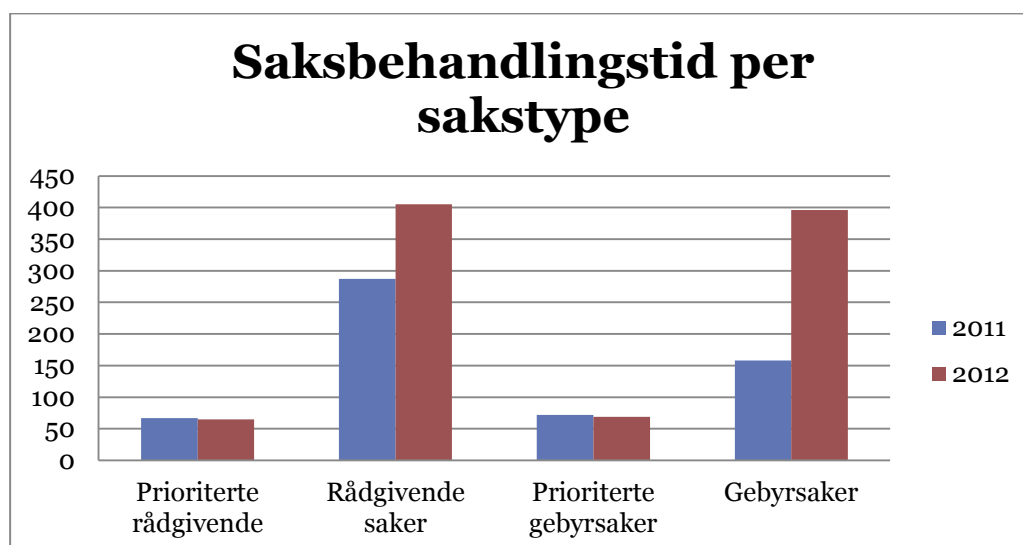
Tabellen nedenfor viser gjennomsnittlig saksbehandlingstid for prioriterte og uprioriterte rådgivende saker og prioriterte og uprioriterte gebyrsaker. En rådgivende sak prioriteres dersom innklagede aksepterer å vente til Kofas avgjørelse foreligger før kontrakt inngås. Prioriterte gebyrsaker er saker der kontrakt ikke er inngått, men der det anføres at det kan bli foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Den forventede generelle saksbehandlingstiden som er angitt på kofa.no er den gjennomsnittlige tiden det har tatt å behandle de saker Kofa har behandlet de siste 6 månedene, og er regnet fra det tidspunktet disse sakene er kommet inn til klagenemnda og til datoen de er endelig avgjort ved nemndsavgjørelse, endelig avvisningsbeslutning eller dato for når klagen ble trukket

Saksbehandlingstiden gir ikke noe bilde på hvor lang tid det faktisk tar fra sekretariatet begynner behandlingen av en sak til den er avgjort. Sakenes omfang og kompleksitet varierer sterkt, men det antas at gjennomsnittlig tid brukt på hver sak når behandlingen av saken er påbegynt ligger på ca. 1-2 uker.

Restansene ved årets utgang var på 281 saker, altså en nedgang på ca. 15 saker siden utgangen av 2011. I juli 2012 var restansene på 325 saker. Dette innebærer at restansene er nedarbeidet med 44 saker siden juli/august 2012.

Tabellen viser en betydelig økning i saksbehandlingstid for rådgivende saker i 2012 sammenlignet med 2011. For rådgivende saker som ikke er prioriterte, var det en saksbehandlingstid på 405 dager. I 2011 var saksbehandlingstiden for slike saker 287 dager. For gebyrsakene var saksbehandlingstiden 396 dager, noe som er en kraftig økning fra 2011, da saksbehandlingstiden var rundt 160 dager. For prioriterte rådgivende saker var saksbehandlingstiden i 2012 69 dager, og dette er omtrent det samme nivået som i 2011, da saksbehandlingstiden var 72 dager. I skrivende stund har klagenemnda ca. 100 saker fra 2011 som skal avgjøres i 2013. Det må derfor påregnes lang saksbehandlingstid i hele 2013.



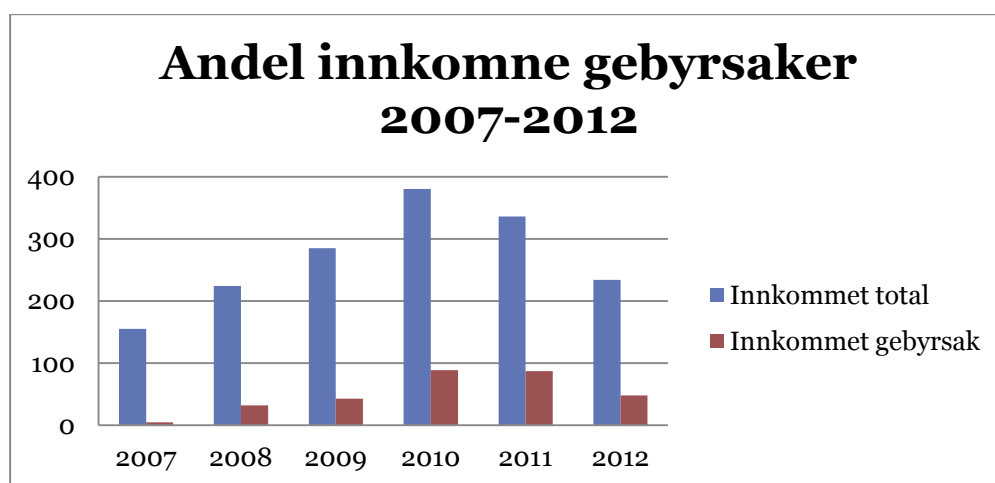
5.4 Gebyrsakene

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.



**Gruppeleder Jonn Ramsvik og
førstekonsulentene Eirik Rise og Tine Sæbø**

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. 21 prosent av alle innkomne klager i 2012. Dette er en nedgang fra 2011 på to prosent. Klagenemnda behandlet 60 gebyrsaker i 2012. Av disse ledet 19 saker frem til gebyr for ulovlig direkte anskaffelse. I en sak kom nemnda til at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse, men at det ikke var grunnlag for å ilegge gebyr. I 8 av sakene kom nemnda til at det ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse og det ble da ikke spørsmål om gebyrileggelse. Resten av sakene ble avvist av sekretariatet eller av nemnda. 7 saker ble trukket av klager.



Det ble ilagt 19 gebyr i 2012. Klagenemnda valgte å forene til behandling Kristiansands Havn-sakene, som utgjorde 6 av de oppgitte sakene hvor det ble ilagt gebyr. Fordi seks saker ble forent til behandling i én sak, fremstår det som at det er gitt seks gebyr. Det ble imidlertid bare gitt ett gebyr, for én ulovlig direkte anskaffelse. Dette var på 450 000 kroner. Dette innebærer at klagenemnda gav 14 gebyr i 2012, og at det ble ilagt like mange gebyr i 2012 som i 2011.

Totalt sett er det siden 2007 blitt ilagt 50 gebyrer for et samlet beløp på 74 190 000 kroner. I 2012 ble det ilagt gebyr på 10 295 000 kroner. Ingen av sakene hvor det er ilagt gebyr, er så langt blitt brakt inn for overprøving hos 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.

6 Noen eksempler fra saker i 2012

6.1 Åtte Hordalands-kommuner ble ilagt gebyrer på over 4 millioner kroner for ulovlige direkte anskaffelser av renovasjonstjenester

Kommunene Bergen, Os, Osterøy, Sund, Vaksdal, Fusa, Samnanger og Kvam ble ilagt overtredelsesgebyrer på til sammen over 4 millioner kroner for ulovlige direkte anskaffelser av innhenting, transport og behandling av næringsavfall i de respektive kommuner fra BIR Bedrift AS (se sakene 2011/58 til 65)

Dette skjedde etter en klage som ble brakt inn for nemnda fra Demokratene Askøy 23. februar 2011. Tidligere er også Askøy kommune ilagt et overtredelsesgebyr på 50 000 kroner for det samme ulovlige direkte kjøpet fra BIR-selskapet. I sakene behandlet klagenemnda en rekke viktige prinsipielle spørsmål. For det første uttalte nemnda eksplisitt at beviskravet i saker om ulovlig direkte anskaffelse er "klar sannsynlighetsovervekt", og viste her til Høyesteretts avgjørelse i sak Rt. 2011 s. 910. Videre behandlet nemnda hva som ligger i kravet om skriftlighet, som er et vilkår for at det skal kunne sies å foreligge en offentlig anskaffelseskontrakt, jf. forskriften § § 1-3 (1) og § 4-1 bokstav a. I de aktuelle sakene fant nemnda at skriftlighetskravet var oppfylt ved at det forelå skriftlige dokumenter på de sentrale avtalevilkårene som partene ved konkludent adferd måtte anses for å ha sluttet seg til. Nemnda uttalte også at dette var en type kontrakt som det var vanlig at det forelå skriftlig kontrakt for.

Deretter behandlet nemnda hva som skal til for at flere innkjøpsuavhengige enheters kjøp skal verdiberegnes samlet. Her kom nemnda til at siden den renovasjonsordning som forelå, best kunne ses som en felles administrert rammeavtale for kommunen og alle dens underliggende innkjøpsuavhengige enheter, så måtte samtlige enheters kjøp verdiberegnes sammen.

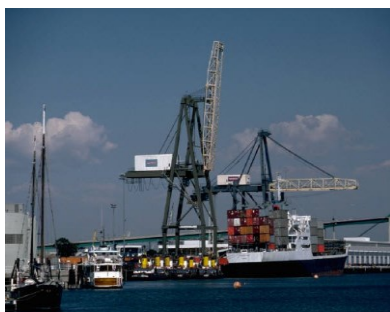
Til slutt presiserte klagenemnda at det er det grunnleggende kravet til konkurranse, som hele anskaffelsesregelverket er bygd på, som er det rettslige grunnlaget for plikten til å si opp en offentlig anskaffelseskontrakt. I tilknytning til dette gjennomgikk nemnda egen tidligere praksis om oppsigelsesplikt og EU-domstolens relevante avgjørelser vedrørende dette. I sakene fant nemnda så at de aktuelle kontraktene skulle vært sagt opp, og at kommunenes unnlattelse av å gjøre dette fra og med foreldelsestidspunktet måtte anses grovt uaktsomt. På dette grunnlag ila klagenemnda kommunene overtredelsesgebyrer.

Gebyrene på til sammen over 4 millioner kroner fordelte seg slik på de aktuelle kommunene:

Kommune	Gebyr i kroner	Gebyr i prosent av anskaffelsens verdi
Bergen	3 500 000	Ca. 9,5 %
Os	190 000	Ca. 7,5 %
Osterøy	110 000	Ca. 7 %
Sund	95 000	Ca. 7,1 %
Vaksdal	75 000	Ca. 6,8 %
Fusa	80 000	Ca. 6,9 %
Samnanger	45 000	Ca. 6,8 %
Kvam	250 000	7,8 %

6.2 Overtredelsesgebyr på kr. 450 000 for ulovlig direkte anskaffelse av advokattjenester til Kristiansands havn

Klagenemnda forente sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22 til felles



behandling fordi alle sakene inneholdt påstander om at innklagede hadde foretatt ulovlige direkte anskaffelser av juridiske tjenester. I sak 20011/207 var det også fremsatt påstand om at det var foretatt ulovlig direkte anskaffelse av konsulenttenester i forbindelse med rettssak mot Fjordline AS. I den forente saken behandlet klagenemnda en rekke ulike påstander om ulovlige direkte anskaffelser fremsatt av tre forskjellige klagere. Saken endte med at nemnda ila Kristiansand havn et gebyr på kr. 450 000 for ulovlig direkte anskaffelse av advokattjenester fra advokatfirmaene Kjær

DA og Kvale & Co i forbindelse med rettssak mot Fjordline AS. Klagenemnda måtte i saken ta stilling til en rekke viktige spørsmål.

Det første nemnda måtte vurdere var om skriftlighetskravet for at det skal kunne sies å foreligge offentlig anskaffelseskontrakt, jf. forskriften § § 1-3 (1) og § 4-1 bokstav a og h, var oppfylt. I forskriften § 1-3 (1) fremgår det at forskriften får anvendelse på tildeling av "offentlige kontrakter", og i § 4-1 bokstav a er "kontrakt" definert som en "gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører". I forskriften § 4-1 bokstav h er "skriftlig" definert som "ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres". Etter at dette var uttalt, viste nemnda til sakene 2011/58 til 2011/65, hvor nemnda konkluderte med at skriftlighetskravet verken ut fra departementets uttalelser eller uttalelser i teorien kunne forstås som en reell begrensning av hvilke kontrakter som skal være omfattet av forskriften. Dette på grunn av omgåelsesbetraktninger. Deretter konkluderte nemnda med at samtlige

(premiss 123) "Etter klagenemndas syn vil imidlertid ikke enhver kontrakt om juridisk bistand nødvendigvis være av "samme type" som en annen kontrakt om juridisk bistand. Det vises til at juridiske tjenester omfatter en rekke ulike rettsområder, og det varierer hvilke typer juridiske tjenester de enkelte juridiske rådgivere tilbyr. Når det gjelder kontrakter innenfor samme type rettsområde, legger nemnda imidlertid til grunn at disse i utgangspunktet vil kunne anses som "samme type". "

(Premiss 202) "Etter klagenemndas oppfatning må den situasjonen som oppstod da Fjord Line AS fremla sitt sluttinnlegg med økonomiske vurderinger, derfor kunne anses som så ekstraordinær at den må kunne karakteriseres som en uforutsett omstendighet som innklagede ikke kan lastes for ikke å ha forutsett. Når det gjelder spørsmålet om anskaffelsen fra Copenhagen Economics ikke kunne utsettes i den tiden det ville tatt å gjennomføre en kunngjort konkurranse om oppdraget, er det situasjonen på tidspunktet da anskaffelsen ble foretatt som er relevant"

av de kontrakter som var innklaget i saken, måtte anses for å oppfylle skriftlighetskravet. Det ble vist til at det forelå skriftlige fakturaer fra tjenesteleverandørene og at det var tale om kjøp som vanligvis inngås skriftlig og som det måtte legges til grunn at det skulle vært inngått skriftlig kontrakt for.

Nemnda gikk så over til å vurdere hvilke av de innklagede kontrakter som skulle ses i sammenheng ved beregningen av anskaffelsen(e)s verdi, jf. forskriften § 2-3. Nemnda vurderte her først om alle de ulike juridiske tjenestene innklagede hadde kjøpt i løpet av ett år måtte verdiberegnes samlet i henhold til forskriften § 2-3 (11). Nemnda konkluderte her negativt, da alle disse tjenestene ikke kunne anses for å være av "samme type". Det var blant annet tale om juridiske tjenester innenfor ulike rettsområder. Deretter vurderte nemnda om alle ikke-foreldete kontrakter som var inngått innenfor ett prosjekt/en definert sak hos det/de aktuelle advokatfirma, måtte verdiberegnes samlet. Her konkluderte nemnda positivt for de ulike kontraktene innenfor ett prosjekt som måtte anses for å dekke det samme behovet hos oppdragsgiver, og det ble lagt vekt på at den juridiske bistanden var likeartet. Dette innebar i Fjordline-saken at bistanden fra de to advokatfirmaene som var engasjert som partsrepresentanter, ble ansett for å tilhøre samme anskaffelse, mens anskaffelsene av juridiske betenkninger ble ansett for å være egne selvstendige anskaffelser. Likeledes ble anskaffelsen av økonomiske vurderinger også vurdert som en egen anskaffelse. Dette selv om de tre sistnevnte anskaffelsene var en del av den bistand innklagede hadde behov for i rettssaken mot Fjordline AS.

Når det var konkludert i spørsmålet om hvor mange anskaffelser saken gjaldt, gikk nemnda over til å vurdere hvilke av disse som måtte anses som ulovlige direkte anskaffelser. Her fant nemnda at det forelå én ulovlig direkte anskaffelse, nemlig anskaffelsen av juridisk partsrepresentasjon i Fjordline saken. For kontrakten med Copenhagen Economics om økonomiske vurderinger, fant nemnda at denne oppfylte vilkårene for hasteanskaffelse i forskriften § 2-1 (2) bokstav c. For de øvrige anskaffelsene, fant nemnda at disse enten var foreldet for gebyrileggelse, eller at det hadde vært forsvarlig av innklagede å vurdere det slik at verdien av disse ikke oversteg kunngjøringsverdien, og at disse derfor ikke kunne anses som ulovlige direkte anskaffelser.

Gebyret som ble ilagt for den ulovlige direkte anskaffelsen av juridisk partsrepresentasjon var på ca. 9,4 % av anskaffelsens verdi.

6.3 Tjenester i forbindelse med overvåkning av fiskefelt utgjorde en tjenstekonsesjon

Klagenemnda behandlet i sak 2011/167 en sak hvor Fiskeridirektoratet var innklaget med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Fiskeridirektoratet hadde gjennomført en konkurranse for kjøp av tjenester i forbindelse med overvåkning av fiskefelt, men konkurransen var ikke kunngjort i Doffin-databasen. Avtalene som ble inngått var lagt opp på den måten at Fiskeridirektoratet deltok på fisketokt med leverandørene, og samlet inn informasjon for å kunne vurdere behov for stenging eller mulighet for åpning av fiskefelt. Leverandørene fikk betaling i form av fiskekvoter. Som regel ble disse fiskekvotene utnyttet fullt ut ved fisketoktene som Fiskeridirektoratet deltok på.



Spørsmålet i saken var om avtalen kunne anses som en tjenstekonsesjon, som ikke er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser. Den sentrale problemstilling var da om leverandørens betaling for å levere tjenesten består i adgangen til å utføre tjenesten. Klagenemnda gjennomgikk nemndas tidligere praksis når det gjaldt tjenstekonsesjoner, samt nyere praksis fra EU-domstolen. Det var klart at avtalene ikke var typiske tjenstekonsesjoner som drift av en fergerute eller en parkeringsplass, der leverandørens vederlag er betalingen fra de som benytter tjenesten. I lys av nyere EU-domstolspraksis var det likevel slik at også andre tjenester kan anses som tjenstekonsesjoner, og at offentlige oppdragsgivere kan velge denne kontraktsformen dersom det vurderes slik at dette er den beste måten å sikre den angjeldende ytelsen på. Slik avtalen var lagt opp konkluderte derfor klagenemnda med at avtalen utgjorde en tjenstekonsesjon. Avtalen var derfor ikke omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser, og klager fikk ikke medhold i sin påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

6.4 Kjøp av leiligheter under renovering var ikke omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser

Klagenemndas sak 2012/58 gjaldt Molde Utleieboliger KF. Boligforetaket hadde en innkjøpspraksis hvor boliger for utleie til vanskeligstilte, ble skaffet på flere måter. Noen ganger gjennom bygging av boliger, hvor oppdraget ble kunngjort i Doffin-databasen.



Andre ganger gjennom kjøp i det åpne marked av ferdige boliger, eller boliger under ferdigstillelse. Særlig én leverandør hadde sett muligheten for å tilby boligforetaket eiendommer som leverandøren hadde kjøpt, og planlagt renoverert. Klagenemnda gjennomgikk nemndas tidligere praksis om unntaket for kjøp av oppførte bygninger og annen fast eiendom, samt nyere praksis fra EU-domstolen, som bekreftet nemndas tidligere praksis. Siden det var leverandøren som hadde planlagt hvordan bygningene skulle renoveres, og boligforetaket ikke hadde påvirket utformingen av byggene, ble kjøpene ansett omfattet av unntaket for erverv av eksisterende bygg og annen fast eiendom. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte derfor ikke frem.

6.5 Nemnda trekker opp grensene for oppsigelsesplikten i sak 2011/179

I en rekke saker har klagenemnda likestilt manglende oppsigelse av en avtale med inngåelse av en ny avtale. Begrunnelsen har vært at hensynet til konkurranse i enkelte tilfeller ikke i tilstrekkelig grad ivaretas dersom avtalen videreføres uten at andre aktører får anledning til å konkurrere. Siden regelen er utviklet gjennom praksis, har det vært uklart hvilke tilfeller som omfattes. Klagenemndas avgjørelse i sak 2011/179 bidrar til klargjøring av denne grensen. Saken gjaldt bygge- og anleggsarbeider i regjeringskvartalet. Statsbygg, som var innklaget i saken, hadde erkjent at endringer i avtalene fra 2006 og 2008 var så omfattende at det i realiteten var tale om en ny avtale. Klagenemnda var enig i dette, så spørsmålet i saken var om det utgjorde en ny ulovlig direkte anskaffelse at Statsbygg ikke hadde sagt opp avtalen i den perioden det var aktuelt å ilegge gebyr for.

Klagenemnda uttalte at konkurransehensynet normalt må anses tilstrekkelig ivaretatt ved de rettigheter leverandørene er gitt til å anfekte den opprinnelige kontraktsinngåelsen. Og for avtaler som er begrenset til et konkret prosjekt, som den påklagde anskaffelsen, måtte derfor den klare hovedregelen være at avtalen kan fullføres uten at unnlatt oppsigelse representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Statsbygg hadde i tillegg til dette vist til at betydelige praktiske og økonomiske konsekvenser dersom avtalen var blitt sagt opp. Klagers anførsel om ulovlig direkte anskaffelse førte derfor ikke frem.

6.6 Vilkåret for unntaket for enerett var oppfylt ved kjøp av rotenon

I forskrift om offentlig anskaffelser del III fremgår det av § 14-1 at prosedyreformen konkurranse med forhandling kan benyttes dersom vilkårene i § 14-3 eller § 14-4 er oppfylt. I klagenemndas sak 2011/280 var det spørsmål om innklagede lovlig hadde benyttet unntaket i forskriftens 14-4 (3), som åpner for å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, dersom ytelsen av tekniske eller kunstneriske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør. Kontrakten hadde en ramme på 45 millioner kroner inkludert merverdiavgift i 2011. Klagenemnda reiser problemstillingen om hvilket geografisk område som skal vurderes ved kartleggingen av om andre leverandører kan være aktuelle, men tar ikke endelig stilling til dette fordi nemnda kom til at innklagede i dette tilfellet foretok en grundig markedsundersøkelse før kontraktsinngåelsen, og at innklagede hadde en inngående kjennskap til markedet nasjonalt og internasjonalt.

6.7 Rammeavtaler- inngåelse av kontrakt mellom de opprinnelige avtaleparter

Klagenemndas sak 2012/195 gjaldt inngåelse av en rammeavtale med en leverandør om levering av bedriftshelsetjenester til Modum kommune. Kommunen ønsket at også private bedrifter i kommunen skulle ha adgang til å handle på en slik avtale. Klager mente at innklagede hadde brutt forskriften § 6-1 (3), som bestemmer at kontrakter innenfor avtalen bare kan inngås mellom de opprinnelige parter i avtalen, og uten at det gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene. I konkurransegrunnlaget hadde innklagede oppgitt at "*andre bedrifter i Modum kommune gis rett til å slutte seg til på samme vilkår*". Klagenemnda uttalte at dersom private bedrifter skal være omfattet av en avtale som inngås av en offentlig oppdragsgiver, så må disse bedriftene være tilstrekkelig klart angitt, og omfanget av leveransen til den eller de aktuelle bedriftene må tas i betraktning ved beskrivelsen av anskaffelsen. Klagenemnda uttalte videre:

"I foreliggende sak har innklagede kun angitt at "[a]ndre bedrifter i Modum kommune" gis rett til å slutte seg til avtalen. En slik generell adgang til å knytte seg til avtalen, medfører at det ikke er forutberegnelig for leverandørene hvorvidt noen av bedriftene i kommunen vil slutte seg til avtalene, og eventuelt hvor mange og hvem som vil gjøre dette. Dette må antas å være opplysninger som både har betydning for om en leverandør ønsker å inngi tilbud, og som har betydning for hvilke priser og andre vilkår leverandøren ønsker å tilby."

Klagenemnda kom til at kommunen hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved å gi private bedrifter i kommunen rett til å slutte seg til avtalen uten å angi tilstrekkelig klart hvem dette gjelder, og gi opplysninger som gjør det mulig å beregne kontraktens størrelse. Klagenemnda kom deretter til at kommunen måtte avlyse konkurransen fordi feilen kunne ha påvirket deltakelse i konkurransen.

6.8 Mange brudd gjelder ulovlig tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget

Klagenemnda avgjorde i 2012 mange saker som handlet om ulovlige tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget, og flere av disse endte med konstatering av brudd på regelverket og med avlysning av konkurransen. Eksempler på slike saker er sakene 2012/186, 2012/25 og 2010/357.

Mange av sakene gjelder spørsmålet om innholdet i tildelingskriteriet overlapper vurderingen under kvalifikasjonsvurderingen. I sak 2012/186 hadde Tana kommune brukt tildelingskriteriet "referanseprosjekter" som tildelingskriterium. Siden den såkalte "Lianakis"-dommen (C-532/06) fra EU-domstolen har det kommet noen dommer fra Retten (EU), som kan belyse grensedragningen nærmere. Klagenemnda uttalte følgende i premiss 44:

"Problemstillingen knyttet til i hvilken grad kompetansekriterier kan anvendes for å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbudet har i ettertid også vært behandlet i Retten, se T-461/08 og T-39/08. I klagenemndas sak 2010/309 premiss (45) - (51) blir disse sakene kommentert, og klagenemnda kom til at klagenemndas praksis er i overensstemmelse med de retningslinjer som Førsteinstansdomstolen gir i disse sakene"

Når det gjaldt vurderingen i det konkrete tilfellet, uttalte klagenemnda i premiss 46:

"I konkurransegrunnlaget punkt 3.19 "tildelingskriterier" er tildelingskriteriet "referanseprosjekter" beskrevet som "tilsvarende prosjekter med oppdragsgivers opplevelse av prosjektet". Etter klagenemndas syn er dette tildelingskriteriet knyttet til tilbydernes erfaring og kompetanse som foretak. All den tid tildelingskriteriet ikke knyttes opp mot tilbudt personell eller konkrete arbeidsoppgaver, fremstår kriteriet "referanseprosjekt" som et kriterium som utelukkende retter seg mot leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og som ikke er "essentially linked to the evaluation of the tenderer's ability to perform the contract in question", se Lianakis avgjørelsen premiss 30 og klagenemndas avgjørelse i sak 2010/134 premiss (32) med videre henvisninger"

Videre fant klagenemnda i sak 2011/367 at en rekke underkriterier som var ulovlige, og at tildelingskriteriet "Oppdragsforståelse, utførelse og rapportering" i sin helhet dermed var ulovlig. Når det gjelder konsekvensen av at klagenemnda finner at det er anvendt et ulovlig tildelingskriterium, sa klagenemnda følgende i premiss 55:

"Som konstatert over, har innklagede i denne konkurransen benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Ulovligheten her fremkommer ved at flere underkriterier ikke er i samsvar med regelverket. Et tildelingskriterium vil regelmessig ha stor betydning for tilbyderne, både ved spørsmålet om de overhodet skal delta i konkurransen og ved utformingen av tilbudet. Betydningen vil kunne variere med den vekt det aktuelle tildelingskriterium er gitt ved evalueringen. Som utgangspunkt bør det likevel legges til grunn at ethvert ulovlig tildelingskriterium kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. Har oppdragsgiveren benyttet et slikt kriterium, vil dette forhold derfor normalt utløse en plikt til å avlyse konkurransen. Den foreliggende saken representerer i så måte intet unntak fra denne hovedregel."

En annen sak som belyser problemstillingen, er sak 2011/353. Klagenemnda tok først stilling til om tildelingskriteriet "Tidligere resultater", slik dette i foreliggende sak var angitt, kunne anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. forskriften § 22-2 andre ledd. Nemnda forstod det slik at det var tale om å vurdere kompetansen på porteføljevaltning til leverandørens medarbeidere som sådan, og ikke til de personer som konkret tilbys til å utføre oppdraget. Klagenemnda uttalte følgende i premiss 21:

"Det er her ikke noe krav om at resultatene som skal dokumenteres gjennom fremleggelse av fem referansekundeporteføljer, må være oppnådd av de av tilbyders medarbeidere som skal utføre det foreliggende oppdrag. Etter dette er det naturlig å forstå tildelingskriteriet "Tidligere resultater" slik at det som vurderes er kompetansen til leverandøren som sådan og ikke til de konkret tilbudte medarbeiderne. Dette medfører at tildelingskriteriet "Tidligere resultater" i foreliggende sak ikke kan anses egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Innklagede har dermed brutt forskriften § 22-2 andre ledd ved å benytte dette som et tildelingskriterium".

6.9 Hvilke krav gjelder for anskaffelser som kun følger forskriften del I

I forskriften del I kapittel 3 Alminnelige regler fremgår det hvilke regler som gjelder for anskaffelser, som enten på grunn av sin verdi eller av andre årsaker kun følger loven og reglene i forskriftens del I. Den mest sentrale bestemmelsen er forskriften § 3-1, som fastsetter grunnleggende krav for alle anskaffelser. Det fremgår for det første at enhver anskaffelse, så langt det er mulig, skal være basert på konkurranse. Videre fremkommer det at det er krav til proporsjonalitet, likebehandling og ikke-diskriminering, god anbuds- og forretningsskikk, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Klagenemnda har i tidligere praksis noen få saker som gjelder anskaffelser som kun følger loven og forskriften del I (se for eksempel 2009/117, 2009/125, 2009/223 og 2010/186), og behandlet en sak i 2012 som kan belyse hvilke krav som stilles til etterprøvnbarhet og avvisning av tilbud (sak 2011/134).

Denne saken gjaldt Vestfjorden Avløpssekselskap, som hadde publisert en prisforespørsel i en nettbasert anbudsportal for anskaffelse av luktreduksjonsfilter. Anskaffelsens verdi var estimert til kroner 200 000. Klagenemnda viste innledningsvis til proporsjonalitetsprinsippet, og uttalte, med henvisning til formålet om effektiv ressursbruk, at pliktene som påligger oppdragsgiver, må forstås i lys av anskaffelsens verdi og øvrige karakteristikk. Anskaffelsen var i hovedsak beskrevet med tekniske spesifikasjoner i form av ytelses- og funksjonskrav. Det var for øvrig spesifisert hva kontrakten skulle omfatte, og det var angitt uprioriterte tildelingskriterier.

Klager anførte for det første at innklagede hadde brutt kravet til etterprøvnbarhet ved å gi klager en utilstrekkelig begrunnelse. Innklagede hadde opplyst at klagers tilbud var 40 % dyrere enn valgte

leverandørs, og for øvrig skåret det likt eller noe bedre. Dette ble ansett klart å tilfredsstille lovens krav til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

Klager anførte også at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. Innklagede hadde laget en forholdsvis detaljert kravspesifikasjon, og valgte leverandørs tilbud inneholdt enkelte forbehold hva gjelder omfanget av leveransen. De utelatte elementene var sideordnede deler av anskaffelsen. Innklagede ba i denne forbindelse klager om å dele opp sitt pristilbud, for å kunne vurdere tilbudene på samme grunnlag. Klagenemnda kom til at fremgangsmåten var i samsvar med loven og forskriften del I.

Valgte leverandør hadde heller ikke tilbudt opsjoner som etterspurt av innklagede. Ved tilbudsevalueringen utelot innklagede opsjonene, slik at avviket ikke fikk betydning. Innklagedes fremgangsmåte ble vurdert som en delvis avlysning av konkurransen, som etter hovedregelen ikke er tillatt. Nemnda fant at hensynet til klager var ivaretatt ved prisoppdelingen, og, hensett til anskaffelsens omfang, at hensynet til potensielle konkurrenter ikke kunne tillegges avgjørende betydning. Det ble dermed konstatert at innklagedes gjennomføring av konkurransen var i overensstemmelse med loven og forskriften del I.

7. Andre oppgaver i 2012

7.1 Tildelingsbrevet fra FAD

I følge tildelingsbrevet fra FAD skal Kofa " *bidra til økt kunnskap*" om anskaffelsesreglene. Klagenemnda mener at det er svært viktig at avgjørelsene i så måte blir gjort kjent for målgruppene, nemlig oppdragsgivere, klagere og media på en best mulig måte. Det ble satt i verk et arbeid med å utvikle ny internett side for www.kofa.no høsten 2012. Hensikten med å lage ny internettside er å nå målgruppene bedre ved å gjøre siden mer brukervennlig, herunder å gjøre viktige avgjørelser lettere tilgjengelige. Det er også et mål å gjøre søkemotoren bedre slik at det blir lettere å finne frem til relevante avgjørelser.

7.2 Hjemmesiden Kofa.no og abonnementstjenesten

Hjemmesiden www.kofa.no inneholder informasjon både om avgjorte og innkomne saker. Det legges ut pressemeldinger om alle gebyrsaker, og det er også en tjeneste hvor abonnenter kan få tilsendt elektronisk nye saker etter hvert som de blir publisert. Det er p.t 2750 registrerte abonnenter.

På hjemmesiden finnes det også informasjon om regelverket, nemndas sammensetning, og en statistikkside der saksbehandlingstid og andre opplysninger om sakene fremgår. Statistikken utarbeides på grunnlag av sakene avgjort de siste 6 månedene, og varierer dermed alt etter hvilke saker nemnda til enhver tid behandler.

7.3 Høringer

Som varslet i tildelingsbrevet for 2012, har FAD foretatt en gjennomgang av Kofa for å se om det er behov for endringer i nemndas innretning og rammevilkår. Gjennomgangen har resultert i økning av klagegebyret og endringer i Kofas innretning ved kongelig resolusjon av 1. februar 2013.

Kofas nemndsmedlemmer og Kofas sekretariatet har gjennom denne prosessen bidratt med opplysninger til departementet om klagenemndas virksomhet. Kofa skrev høringsuttalelse både når det gjelder gebyrøkningen og de andre foreslåtte endringene i klagenemndas innretning og virksomhet. Kofas høringsuttalelser finnes på www.kofa.no.

7.4 Kofas fagkonferanse 2012

Kofa arrangerte en heldags fagkonferanse på juridisk fakultet i Bergen den 30. november 2012. Programmet for fagkonferansen var blant annet Kofas rolle, rettsutviklingen innen faget både nasjonalt og i EU, og viktige Kofa-avgjørelser. Dekan fra juridisk fakultet Asbjørn Strandbakken og fungerende juridisk direktør Karin Stakkestad Laastad fra Konkurransetilsynet og sekretariatsleder Anneline Vingsgård ønsket velkommen. Foredragsholdere var nemndsleder Georg Fredrik Rieber-Mohn, Professor Kai Krüger, Arnhild Dordi Gjønnes fra NHO, Kristine Vigander fra KS-advokatene, Ingrid Kolderup fra DIFI, Janicke Wiggen fra Advokatfirmaet Hjort, Stipendiat UiO Kurt Weltzien og gruppeleder i Kofa, Jonn Sannes Ramsvik.

Fagkonferansen blir arrangert for å øke Kofas synlighet og for å bidra til å utvikle et godt juridisk fagmiljø innenfor fagfeltet. Kofa samarbeider med juridisk fakultet i Bergen for å øke kunnskapen om faget og dermed forhåpentligvis også øke rekrutteringen av flinke jurister til Kofa og universitetet.

Konferansen var åpen for alle, både representanter for tilbydersiden og oppdragsgiversiden. Totalt 130 personer deltok på konferansen. Det ble gjennomført en brukerundersøkelse etter konferansen, og det var gjennomgående svært gode tilbakemeldinger på programmet, foredragsholderne og opplegget rundt konferansen.



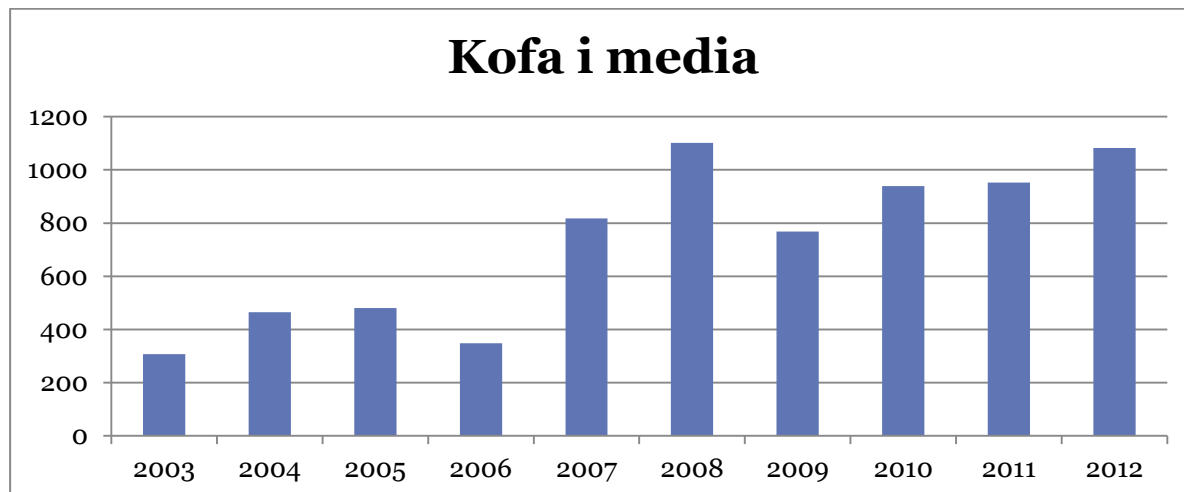
Seniorrådgiver Ingrid Kjelderup Bjerke fra DIFI



Nemndsmedlem Kai Krüger og stipendiat UiO Kurt Weltzien

7.5 Media

Tabellen viser antall medieklipp siden 2003. Som det fremgår, har det vært en betydelig økning av antall medieklipp siden oppstarten av Kofa. I 2012 har det vært en liten økning i antall medieklipp sammenlignet med året før. Medieklippene er nesten på nivå med 2008 da Kofa fikk en betydelig økning i antall gebyrsaker.



7.6 Andre aktiviteter

Kofas leder, sekretariatsleder og andre jurister i Kofas sekretariat holder foredrag i løpet av året for å synliggjøre Kofa og de avgjørelser som fattes. Det ble blant annet holdt foredrag for ESA i Brussel i november, på Universitetet i Bergen i september og på to store anskaffelseskonferanser for avfallsbransjen og for universitetene i første halvdel av 2012.

8 Avsluttende kommentar

Direktør/Sekretariatsleder Anneline Vingsgård



Kofa-året 2012 har vært preget av mye fokus på endringer i Kofas virksomhet og innretning, og regelverket for offentlige anskaffelser. Departementet varslet tidlig i 2012 at det skulle foretas en gjennomgang av Kofa, og resultatet av gjennomgangen er nå klart. Det overordnede mål var å finne løsninger som kan øke klagenemndas effektivitet samtidig som kvaliteten på nemndas avgjørelser opprettholdes.

Departementet foreslår endringer som kodifiserer gjeldende praksis i Kofa, blant annet innføring av en avvisningshjemmel for klagenemnda, oppnevning av setteleder når klagenemndas leder er inhabil og en klagefrist på seks måneder der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene i konkurransen. Det er også en endring i maksimal funksjonstid på åtte år for nemndsmedlemmene, og en nedfelling av habilitetsregler som i større grad enn før synliggjør sekretariatets interne rutiner.

Den største endringen er at nemnda nå skal kunne settes med fem medlemmer i prinsipielle saker, dvs. der man for eksempel ønsker å endre fast praksis i klagenemnda, eller saker som har store konsekvenser for hvordan det offentlige organiserer sine anskaffelser. I følge departementet vil avgjørelser avgjort av fem medlemmer få større tyngde, og dermed bidra til økt rettsenhet og rettsavklaring. De foreslåtte alternative endringene som gjelder effektivisering av saksbehandlingen er utsatt til høsten 2013. Etter økningen i klagegebyret 1. juli 2012 har det vist seg at antall innkomne saker til nemnda har gått betydelig ned. Høsten 2013 vil man kunne vurdere saksbehandlingstiden basert på ett års erfaring med økte klagegebyrer.

Det har også blitt iverksatt store endringer i regelverket for offentlige anskaffelser. Den 1. juli 2012 økte klagegebyret og Kofa mistet gebyrmyndigheten. Domstolene kan nå i visse tilfeller kjenne en kontrakt uten virkning. Kofa er igjen et rent rådgivende organ som skal avgjøre saker uten bindende virkning for partene. Men Kofa har fremdeles over 50 klagesaker som gjelder ulovlige direkte anskaffelser i saksporteføljen. Kofa har i en overgangsperiode også myndighet til å ilegge gebyr for saker som kommer inn etter 1. juli 2012, men hvor kontrakt er inngått før dette tidspunkt. Kofa-praksis vil derfor i lang tid fremover være preget av gebyrsaker.

Det er videre nedsatt et utvalg som skal vurdere forenkling av regelverket under forskriftens del II. Når det nå skal vurderes forenklinger, bør man se hen til Kofas praksis for å se "hvor skoen trykker". Som nevnt foran i rapporten, er mange av feilene som begås knyttet til utformingen av tildelingskriteriene og til avvisningsreglene. Oppdragsgiver har stor grad av frihet med hensyn til hvilke tildelingskriterier man ønsker, og det er utfordrende å velge tildelingskriterier som er i tråd med regelverkets krav. En slik feil har også store konsekvenser og setter oppdragsgiver tilbake til starten av prosessen dersom det viser seg at tildelingskriteriet er ulovlig. Det er også grunn til å tro at feil bruk av tildelingskriterier er noen av de forholdene i regelverket som oppdragsgivere bruker mest ressurser på. Forenkling og veiledning er stikkordene her.

Videre er det mange oppdragsgivere som trår feil i vurderingen om en leverandør eller tilbudet skal avvises eller ikke. Kofa-praksis viser at Kofa avgjør mange saker som gjelder spørsmålet om det foreligger vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, eller om det foreligger vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene. Mange saker gjelder mangel på dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene er oppfylt. I flere av disse sakene kommer Kofa frem til at det foreligger brudd på regelverket. Vurderingene av om et tilbud skal avvises eller ikke, er ofte komplisert, og det bør vurderes om disse reglene kan forenkles. Hvis utvalget klarer dette, tror jeg man har kommet et langt stykke på vei for å minimere den tid og de kostnader oppdragsgivere og klagere bruker i anskaffelsesprosessen.

