



Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.
Postboks 8004 dep.
0030 OSLO

Deres ref.	Deres brev av:	Vår ref.	Emnekode	Dato
12/49	03.07.2012	201124987-63 BYK	SARK-03	22.10.2012

Høring - Forslag til endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA). Bergen kommunes høringsuttalelse.

Vi viser til brev mottatt 12.07.2012 med invitasjon til å komme med vårt syn på departementets forslag til endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA-forskriften).

Byrådet i Bergen har i møte 18.10.2012 vedtatt følgende høringsuttalelse, som følger hovedpunkt-strukturen i departementets høringsnotat, fra og med punkt 5 til og med punkt 12:

5. Sammensetningen av KOFA – medlemmenes bakgrunn

Departementet drøfter om advokater fortsatt bør ha sete i KOFA, ut fra hensynet til habilitet. Det foreslås at det innføres regler i forskriften om en rutine for vurdering av medlemmenes habilitet før en sak sendes til nemndsbehandling.

Det drøftes også om det er behov for mer konkret innkjøpsfaglig kompetanse i KOFA enn det som er der i dag. Det antydes at en løsning da ville kunne være at ett av de tre medlemmene som behandler en sak, kunne være fagkyndig.

Det har i ulike medier over tid blitt fremsatt kritiske kommentarer til at advokater som har sete i KOFA, også fronter klagesaker for det samme organet. Bergen kommune har –ut fra egne erfaringer– forståelse for deler av denne kritikken.

Samtidig er det advokatene blant KOFAs medlemmer som i størst grad får jevnlig praktisk erfaring med offentlige anskaffelser. For oppdragsgiverne er det viktig at noen av medlemmene har en slik erfaring.

Vi har vurdert momenter for og mot å erstatte advokatene med et utvalg av særlig fagkyndige og har kommet til at vi inntil videre vil støtte dagens ordning. Det må imidlertid presiseres at gjeldende forskrift ikke legger føringer for hvem som skal kunne oppnevnes som medlem av

KOFA. Kongen har derfor full anledning til å utvide spekteret av yrkesgrupper som er representert i KOFA.

Uavhengig av advokatenes rolle i KOFA, er det etter vårt syn klart at det er en svakhet ved dagens forskrift at den ikke omtaler rutiner for vurdering av medlemmenes habilitet. Vi støtter derfor departementets forslag om å utvide forskriftens § 15 med bestemmelser om vurdering av habilitet i forhold til de sakene medlemmene skal behandle.

Departementet foreslår bl.a. å forskriftsfeste at «[f]ør saken sendes til nemndsbehandling skal sekretariatet sende de nemndsmedlemmene som skal behandle saken opplysninger som gjør det mulig for medlemmene å vurdere sin habilitet».

Bergen kommune vil anbefale at det forskriftsfestes at disse opplysningene også skal sendes til partene, med mulighet for å komme med innsigelser innen en angitt frist.

I de aller fleste tilfellene vil det ikke komme noen innsigelser fra partene – og her vil partenes anledning til å fremme innsigelse derfor ikke forsinke saken. I noen ganske få tilfeller vil imidlertid en part ha begrunnede motforestillinger mot et nemndsmedlem. Her vil dette være verdifull informasjon for KOFAs sekretariat i den habilitetsvurderingen de må gjøre. I tråd med reglene i både forvaltningsloven og domstolsloven, vil en slik innsigelse også i seg selv kunne ha vekt under vurderingen av om det er «andre særegne omstendigheter» som tilsier at et medlem er inhabilt.

Vi foreslår derfor at departementets forslag til endring/utvidelse av § 15 justeres som følger:

«Før saken sendes til nemndsbehandling, skal sekretariatet sende de nemndsmedlemmene som skal behandle saken, opplysninger som gjør det mulig for medlemmene å vurdere sin habilitet. Opplysningene sendes også til sakens parter, med en frist til å fremme innsigelse mot medlemmenes habilitet».

Det vil også være hensiktsmessig, ut fra et habilitetsperspektiv, å forskriftsfeste at KOFAs leder ikke kan være advokat. Dette er et moment som vi vil komme tilbake til under pkt. 10 om oppnevning av setteleder.

6. Beslutningsmyndighet ved behandling av den enkelte sak.

Departementet foreslår her at det skal innføres en ordning med forenklet behandling av opplagte saker og ber om innspill til to alternative løsninger for behandling slike saker:

- 1. KOFA settes med ett medlem. Avgjørelsen kan ikke påklages til KOFAs leder.*
- 2. Sekretariatet får avgjørelsesfullmakt, med klagemulighet til KOFAs leder. Denne kan opprettholde avgjørelsen eller sende saken over til ordinær behandling i KOFA.*

Det foreslås også at KOFA skal kunne settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning.

Bergen kommune er enig i at det bør innføres en ordning med forenklet behandling av opplagte saker og kan også slutte seg til den definisjonen av slike saker som departementet har tatt inn i utkastet til forskriftsendring.

Av de to alternative løsningene for behandlingen av slike saker som departementet foreslår, vil alternativ 2 etter vårt syn være det som best ivaretar de ulike behovene som gjør seg gjeldende; både hensynet til klageorganets effektivitet og partenes ønske om å kunne ha en ankemulighet.

I utkastet til revidert forskriftstekst er det foreslått at «[k]lager kan påklage avgjørelsen» som sekretariatet har fattet. Ut fra hvordan ordet «klager» er brukt i KOFA-forskriften hittil, kan det synes som om det kun er den som har klaget en sak inn til KOFA, som er tiltenkt å kunne påklage sekretariatets vedtak.

Bergen kommune stiller seg uforstående til en slik begrensning. Også den innklagede oppdragsgiver må gis rett til å påklage disse avgjørelsene.

Disse sakene vil være av en helt annen karakter enn de avvisningsvedtakene som administrasjonen i dag kan fatte, med mulighet for klager til å bringe saken inn for fornyet behandling hos KOFA's leder. Der er det klart at det kun er klager som har interesse av en fornyet behandling.

Ved en realitetsavgjørelse av saken, vil begge parter kunne ha reell klageinteresse. I en slik situasjon vil det å gi bare den ene parten klagerett, føre til en forskyvning av partenes styrkeforhold vis a vis KOFA som vil kunne påvirke oppdragsgivers tillit til KOFA som tvisteløsningsorgan.

Bergen kommune foreslår derfor at departementets utkast til ny § 12a justeres som følger:

«...~~Klager~~ Partene kan påklage avgjørelsen til klagenemndas leder. ...»

7. Tidsbegrensning

Departementet foreslår å innføre en tidsbegrensning for medlemmenes virke i KOFA. Det foreslås en maksimal funksjonstid på åtte år, men med unntaksvis mulighet for gjenoppnevning også etter åtte år. Unntaket begrunnes med behov for et handlingsrom dersom mange medlemmer skulle tre ut av KOFA samtidig.

Bergen kommune har ingen innvendinger mot departementets forslag om å begrense medlemmenes funksjonstid.

Når det gjelder departementets begrunnelse for å kunne gjøre unntak fra hovedregelen, vil det etter er det vårt syn være en bedre løsning å innføre en ordning med overlappende oppnevningsperioder, slik at halve KOFA oppnevnes hvert annet år. Dette vil eliminere den situasjonen at mange (flertallet) av medlemmene vil kunne tre ut av KOFA samtidig.

8. Klagenemndas rettslige status som rådgivende.

Departementet drøfter først om det bør iverksettes tiltak –for eksempel dagbøter- for å bøte på det problemet at enkelte oppdragsgivere ikke viser vilje til å delta i klagebehandlingen, med fremleggelse av dokumentasjon, innlevering av tilsvær m.v. Departementets konklusjon er likevel at det ikke bør innføres noen tiltak.

Videre drøfter departementet om KOFA-sekretariatet skal pålegges en plikt til å forespørre de innklagede som får vedtak mot seg, om hva de har gjort eller vil gjøre for å rette feilen eller unngå tilsvarende feil i fremtiden. KOFA har allerede en rett til å gjøre dette. Departementet konkluderer her med at det inntil videre ikke vil være hensiktsmessig å omgjøre denne forespørselsretten til en forespørselsplikt.

Bergen kommune er enig i departementets konklusjoner.

Som anført i høringsnotatet, må en innklaget som ikke viser vilje til å delta i klagebehandlingen, påregne at saken avgjøres på det bevis- og påstandsgrunnlag som klager legger frem for KOFA. Å innføre et sanksjonsregime for noe som av KOFA selv ikke defineres som noe stort problem, vil etter vårt syn være en uheldig komplisering av KOFAs saksbehandlingsregler.

At KOFA og departementet har et ønske om statistikk vedrørende etterlevelsen av KOFAs vedtak, er etter vårt syn heller ikke en tilstrekkelig begrunnelse for å innføre en obligatorisk forespørselsrutine overfor innklagede som får vedtak mot seg, særlig så lenge den statistikken som kan fås inn på denne måten, vil være av begrenset verdi som følge av en rekke ulike feilkilder. Dette er særlig klart hvor spørsmålet ville være hva virksomheten vil gjøre for å unngå tilsvarende feil i fremtiden.

9. Klagenemndas tvisteløsningsrolle

Departementet drøfter her om det bør innføres en ordning hvor KOFAs sekretariat mer aktivt enn i dag søker å få klager til å trekke saken, uten formell behandling av saken i KOFA. Departementets konklusjon er at det ikke er behov for forskriftsendringer på dette punktet.

Vi har intet spesielt å anføre til departementets konklusjon.

Som oppdragsgiver er det vårt syn at KOFA bør utvise forsiktighet ved anvendelsen av den eksisterende fullmakten til å «...på ethvert trinn i saken ta initiativ til å bilegge tvisten uten formell klagebehandling». KOFA er først og fremst et organ som har fullmakt til å fatte avgjørelser i favør og disfavør av sakenes parter. Denne rollen lar seg kun i begrenset grad kombinere med en form for meglarrolle.

En fremgangsmåte som skissert i høringsnotatet, hvor sekretariatet gjennom å gi uttrykk for sitt foreløpige syn på saken, skal søke å få klager til å trekke saken «frivillig», vil etter vårt syn være uryddig.

På dette stadiet i saken må partene også antas å ha lagt frem det meste av sin dokumentasjon, sine påstander og sitt påstandsgrunnlag. Partene vil derfor ikke oppnå noen besparelse i bruk av sine ressurser i forhold til klagesaken.

Det må også antas at nye regler for forenklet behandling av opplagte saker vil kunne fange opp mange av de sakene som departementet har hatt i tankene i sin drøftelse av KOFAs tvisteløsningsrolle.

10. Oppnevning av setteleder

Departementet foreslår å innføre en bestemmelse i forskriften som klargjør at departementet kan oppnevne setteleder når leder er inhabil.

Vi har intet å anføre direkte til departementets forslag.

Vi må imidlertid påpeke at behovet for setteleder hittil i KOFAs historie har vist seg særlig å være knyttet til leders mulige inhabilitet på grunn av dennes næringsvirksomhet som praktiserende advokat.

Dersom departementet legger til grunn at KOFA også i fremtiden skal bestå av en kombinasjon av offentlig ansatte jurister og privatpraktiserende advokater, vil en bestemmelse om at praktiserende advokater ikke kan oppnevnes som leder for KOFA, langt på vei eliminere behovet for setteleder.

Det er også vår erfaring at mange oppdragsgivere har større tillit til et KOFA som ledes av en offentlig ansatt jurist (som nå) enn av en privatpraktiserende advokat som går inn i og ut av rollene som KOFA-leder, prosessfullmektig (for begge sider) og privat betalt juridisk utreder.

Bergen kommune ønsker derfor at departementet innarbeider en bestemmelse i KOFA-forskriften § 3 som begrenser hvem som kan oppnevnes som leder av KOFA, slik at behovet for setteleder i stor grad reduseres.

11. Saksbehandlingsregler

Departementet foreslår å endre reglene om fremleggelse av skriftlige bevis, særlig i forhold til dokumenter som er belagt med taushetsplikt på grunn av forretningshemmeligheter.

Endringen innebærer at hele prosessen holdes innenfor KOFA (sekretariatet → KOFAs leder → KOFA), d.v.s. at departementets rolle etter tvl. § 22-3 (2) overtas av KOFAs leder.

Videre foreslås det å innføre en frist for klage på seks måneder der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene.

Vi har intet å anføre direkte til departementets forslag.

Vi ønsker imidlertid å knytte noen anførsler til høringsnotatet pkt. 11.1.1, siste avsnitt, som også må antas å være relevant for situasjonen etter forskriftsendringen. Det presiseres her at ved beslutning om at opplysninger som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt, kan fremlegges for KOFA og den andre parten i saken, vil den andre parten i saken bli ilagt taushetsplikt.

Den andre parten i saken vil som regel være klager. Informasjonen han får tilgang til, vil kunne være taushetsbelagt informasjon om konkurrenter. Denne har vedkommende intet behov for – eller ønske om- å dele med andre. Intet krav om taushetsplikt kan heller forhindre at denne informasjonen blir benyttet i kommende konkurranser. Å ilegge taushetsplikt fremstår derfor her som et skuebrød.

En klage til KOFA kan således utnyttes til å fremskaffe informasjon om konkurrenter som en ikke legalt ikke hadde fått tilgang til på annet vis. Det er derfor sterkt ønskelig at departementet, i forbindelse med endringen av forskriften, samtidig gir retningslinjer for anvendelsen av den reviderte § 11 som klart anfører scenarioet i forrige avsnitt som et moment som skal vektlegges i disfavør av å gi innsyn også til motparten.

I forbindelse med forslaget om å innføre en frist for klage på seks måneder der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene, hadde det vært ønskelig at departementet hadde problematisert begrepene «avlyst konkurransen» og «totalforkastet tilbudene».

For det tilfellet at det foreligger en formell beslutning og melding om avlysning eller totalforkastelse, er bestemmelsen uproblematisk. Det er imidlertid en kjensgjerning at det forekommer at oppdragsgivere, i stedet for å avlyse eller totalforkaste, bare lar tiden gå inntil tilbudene ikke lenger er gyldige. Realiteten bak unnlatesehandlingen er imidlertid klar nok.

For dette og lignende tilfeller er det behov for en nærmere angivelse av når avlysning og totalforkastelse skal anses å ha funnet sted, både i forhold til situasjon og i forhold til friststartende tidspunkt. Det bør herunder vurderes om fristen i slike situasjoner skal være lenger enn seks måneder.

Et begrep av samme kaliber, som KOFA har måttet drøfte og som departementet med fordel også kunne drøfte nærmere, er når skriftlig kontrakt anses for å være inngått. Det hadde vært ønskelig med nærmere regler om dette for de tilfellene hvor det ikke har blitt etablert et kontraktsdokument med begge parters signatur.

12. Avvisning av en klage – klagenemnda

Departementet foreslår at KOFA skal få samme rett til å avvise saker det får seg forelagt som sekretariatet har i dag til å avvise saker før de forlegges KOFA.

Etter vårt syn vil det være hensiktsmessig at også KOFA får avvisningskompetanse. Vi har for øvrig ingen anførsler til dette forslaget.

Oppsummering av Bergen kommunes konkrete innspill til høringen

- Bergen kommune anbefaler forskriftsfestet at før KOFA-klagen sendes til behandling i nemnden, skal også partene i saken få tilsendt opplysninger som gjør det mulig for partene å vurdere nemndens habilitet.
- I forhold til den nye rutinen for forenklet behandling av opplagte saker, anbefaler Bergen kommune at departementet går videre med alternativ to; vedtak fattes av sekretariatet og kan klages inn for KOFA's leder.
- Bergen kommune foreslår at ved den nye rutinen for forenklet behandling av opplagte saker, skal begge parter kunne påklage sekretariatets beslutning til KOFA's leder – og ikke bare klager.
- Det foreslås at det etableres en ordning med overlappende oppnevningsperioder, slik at halve KOFA oppnevnes hvert annet år.
- Behovet for setteleder i KOFA har i særlig grad vært knyttet til de periodene hvor KOFA's leder har vært privatpraktiserende forretningsadvokat. Bergen kommune foreslår at det innarbeides en bestemmelse i KOFA-forskriften som begrenser hvem som kan oppnevnes som leder av KOFA, slik at behovet for setteleder i stor grad reduseres.
- Bergen kommune anmoder departementet om å gi restriktive retningslinjer for anvendelse av reglene om en parts (leverandørs) innsyn i forretningsensitive dokumenter i klageprosessen.
- Bergen kommune anmoder også departementet om å gi nærmere presiseringer av hva som menes med «avlyst konkurransen», «totalforkastet tilbudene» og når skriftlig kontrakt anses inngått selv om det ikke er utarbeidet noe felles, signert kontraktsdokument.

Med vennlig hilsen



Birgitte Gullestad
innkjøpssjef



Bjørn-Yngve Knutsen
rådgiver