

Paul J. Rikardsen

Klagenemnda for offentlige anskaffelser -

En gjennomgang av mulige årsaker til nedgangen i antall saker

**Masteroppgave i Styring og Ledelse
Høgskolen i Oslo og Akershus, Fakultet for Samfunnsfag
Oslo 2015**

Sammendrag

Forskrifter som regulerer offentlige anskaffelser har eksistert i Norge siden 1899. Selv om reglene er endret ved flere anledninger har alltid prinsippet om konkurranse ligget fast. Gjeldende lov er fra 1999 og er tilpasset Norges forpliktelser gjennom EØS- og WTO avtaler.

I 2003 ble Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) opprettet med ønsket om å etablere en smidig prosess for behandling av klager på offentlige anskaffelser- samt gjennom et spesialisert organ, å utvikle gjeldende rett innenfor faget.

Fra opprettelsen og frem til 2010 steg tallet på antall klager år for år. Dette medførte kapasitetsproblemer i klagebehandlingen- og en situasjon som ifølge regjeringen hadde gått utover KOFAs legitimitet. For å bedre situasjonen ble det derfor bestemt å øke prisen på å få klagen behandlet. Fra 2010 til 2014 har antallet innkommende klagesaker blitt redusert med ca. 2/3 og saksbehandlingstiden for rådgivende saker redusert til to måneder for klager som mottas per april 2015.

Umiddelbart etter prisøkningen- sank tallet på klagesaker drastisk. Det ble hevdet fra flere hold at dette hadde en direkte sammenheng- og implisitt stilt spørsmål ved om det på denne måten var riktig å bruke prismekanismer for løse kapasitetsproblemer i KOFA. Jeg har i denne oppgaven gjennomgått forhold ved bruk av pris ved rasjonering av offentlige goder- samt hva jeg mener kan være andre relevante årsaker til den observerte nedgangen i antall klagesaker.

Abstract

Regulations covering public procurement has existed in Norway since 1899. Although the rules have been changed on several occasions- the principle of competition remained unchanged. Current law is from 1999 and is adapted to Norway's obligations under the EEA and WTO agreements.

In 2003, the Complaints Board for Public Procurement (KOFA) was created with the intention to establish a smooth process for handling complaints on public procurement- and through a specialized organ, to develop existing law within the discipline.

From its establishment until 2010, the number of complaints increased year by year. This led to capacity problems- and a situation which according to the government had a negative impact on the legitimacy of KOFA. To improve the situation, it was therefore decided to increase the cost of initiating a complaint procedures. From 2010 to 2014, the number of incoming complaints have decreased by approximately 2/3, and the processing time for advisory matters reduced to two months for complaints received by April 2015.

Immediately following the increase in price - the number of complaints fell sharply. It was argued that this had a direct correlation- and implicitly questioned whether it was appropriate to use price mechanisms for resolving capacity problems in KOFA.

In this paper- I have looked at the use of price mechanism as a way of influencing the demand for public services- and what I believe may be other relevant causes of the observed decline in the number cases presented to KOFA.

Innholdsfortegnelse

Sammendrag	2
Abstract	2
Innledning	4
<u>Problemstilling og posisjonering</u>	5
1.1 Problemstilling	5
1.2 Posisjonering	6
<u>Offentlige anskaffelser og fremme av klage</u>	8
2.1 Hva er offentlige anskaffelser	8
2.2 Hva er KOFA	11
2.3 KOFA's organisering	12
2.4 Saksgang ved klage på offentlige anskaffelser	13
<u>Teori</u>	14
3.1 Organisering, ressurser og forventninger	14
3.2 Behov for regulering	16
3.3 Rational Choice - priser og forventninger	17
3.4 Instrumentelt - fokus - opplæring og verktøy	18
<u>Empiri og analyse</u>	20
4.1 Forventninger til prisøkning	20
4.2 KOFA faktisk utvikling	21
4.3 Pristeori og rasjonelle handlinger	22
4.4 Dilemmaer - organisering, ressurser og forventninger	23
4.5 Status opplæring - tiltak (stortingsmelding)	25
4.6 Hva viser KOFA's brukerundersøkelse?	26
4.7 Offentlig diskurs	29
<u>Konklusjon</u>	31
Referanser	33

Innledning

Jeg fikk interesse for problemstillingen når jeg studerte faget «Juridiske perspektiver på markedseksponering av offentlig virksomhet» ved Høyskolen i Oslo og Akershus. Bak det noe utilgjengelige navnet dreier faget seg i all hovedsak om offentlige anskaffelser. Her fikk jeg innblikk i et svært omfattende regelverk laget for- og av EU, juridisk forvaltet EU-rett gjennom EU-domstolen, og gjennom EØS-avtalen del av nasjonal lov med dertil tilhørende forskrifter - og et Klageorgan for offentlige anskaffelser opprettet med formålet å «-bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte» (Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser 15.11.2002 § 1).

Med det relativt omfattende lovverket som regulerer offentlige anskaffelser, og de mange tusen ulike innkjøpsbeslutninger som omfattes, synes det klart at behovet for rettsavklaringer ofte vil være tilstede. Jeg mener det er riktig å si at KOFA ble opprettet med to klare formål: KOFA skulle bidra til egenjustis innen offentlig sektor i troen på at etterlevelse av regelverket vil bidra økonomisk fordelaktig ved at offentlig sektor får den beste varen til den riktige prisen, og samtidig ivareta leverandørenes rettsikkerhet.

KOFA hadde fra opprettelsen i 2003 og frem til 1. juli 2012 sanksjonsmuligheter til å ilegge offentlige oppdragsgiver overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser. I de langt fleste tilfeller dreier imidlertid saken seg om en mengde andre forskjellige påståtte brudd på lovverket. Her har KOFA kun kunnet avgi såkalte rådgivende uttalelser- imidlertid med den forventning at offentlige oppdragsgivere tar disse til følge.

En anskaffelse er et resultat av et umiddelbart eller forventet behov. Når jeg begynte å lære om offentlige anskaffelser- og KOFA, støtte jeg flere ganger på presseoppslag av typen «Vil ikke lytte til Kofa-råd, umulig å vente med kontrakt når klagebehandlingen tar to år, sier økonomisjef» (Kommunal Rapport 1.2.2013). Det synes klart at KOFA i alle fall i forhold til formålet om en «effektiv» klagebehandling var i en vanskelig situasjon.

Dersom det ble praktisk umulig å forholde seg til rådgivende uttalelser som kom flere år etter at det var oppstått et anskaffelsesbehov- var dermed KOFA i ferd med å miste sin relevans for partene?

Problemstilling og posisjonering

1.1 Problemstilling

Våren 2012 bestemte regjeringen at nye håndhevelsesregler om offentlige anskaffelser skulle gjelde fra 1. juli 2012. Vedtaket ble begrunnet som følger: Fra 1. juli skal det koste kr 1000 å klage til KOFA på saker om ulovlige direkte anskaffelser og kr 8000 for å klage inn andre saker. KOFAs saksmengde har økt betydelig de siste årene. Dette har medført at nemndas saksbehandlingstid og restanser har økt vesentlig, noe som har gått utover nemndas legitimitet som tvisteløsningsorgan. Departementet mener at det er nødvendig å iverksette tiltak, slik at KOFA kan behandle saker uten for lang saksbehandlingstid og dermed være et reelt alternativ til behandling i domstolene. I dag er det gratis å klage inn saker om ulovlige direkte anskaffelser, mens det koster kr 860 (ett rettsgebyr) å klage inn andre saker. KOFA mottar hvert år en mengde klager som avvises fordi de er ubegrunnede eller uhensiktsmessige for behandling. Det forventes at det økte klagegebyret vil føre til at det kommer inn færre slike klager. Dette vil frigjøre ressurser til behandling av øvrige klager. Ulovlige direkte anskaffelser utgjør de mest alvorlige bruddene på anskaffelsesregelverket. Det er viktig å ikke heve terskelen for mye for å klage inn saker som omhandler slike overtredelser. Det lave klagegebyret på slike saker er kun for å garantere en viss seriøsitet bak klagen.

(www.regjeringen.no/nb/aktuelt/okt-gebyr-for-a-klage-til-klagenemnda/id686642/)

De nye reglene innebar blant annet at domstolen skal kunne annullere kontrakter som inngås i strid med anskaffelsesregelverket, og at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser flyttes fra KOFA til domstolene. KOFA blir igjen et rent rådgivende organ.

Ett drøyt år etter vedtaket har trådt i kraft avholder NHO seminar om offentlige anskaffelser og sender ut følgende pressemelding

KOFAs fremtid - hva nå?

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har under den rødgrønne regjeringen mistet muligheten til å pålegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser, samtidig koster det klager 1 000 kroner for en rådgivende uttalelse. Det er et paradoks at det å kunne avdekke denne typer overtredelse av regelverket skal koste penger. Dette ble understreket både av

KOFAs formann Georg Fr. Rieber-Mohn og møteleder Arnhild Dordi Gjønnnes, leder for Næringslivets Forum for offentlige anskaffelser i NHO. Landsdommer Michael Ellehaug, formand for Klagenævnet for udbud i Danmark holdt et glitrende foredrag om erfaringer fra den danske nemnden. - Danmark ligger et lysår foran Norge, sier Gjønnnes. Hun viser til at organiseringen av KOFA, bør bygge på den danske modellen. Politikernes innspill var meget interessante, da både Svein Flåtten (H) og Harald Nesvik (FrP) mener at KOFA bør bli et bindende klageorgan, sier Gjønnnes. Hun viser videre til at NHO mener overtredelsesgebyret bør tilbakeføres så raskt som mulig til KOFA. - Videre bør det nedsettes et utvalg som utarbeider en modell for HVORDAN et moderne KOFA bør se ut i fremtiden, sier hun. (NHO pressemelding 4.9.2013)

Interessante spørsmål kan være å forsøke å analysere hva som er grunnen(e) til nedgangen i saksmengden- er det kun heving av gebyret eller finnes det andre og mere sammensatte årsaker. Videre går det muligens å teoretisere/anta noe om hvorvidt KOFAs stilling er styrket- uforandret -svekket som verktøy for håndhevelse av anskaffelsesregelverket når KOFA blir mindre benyttet? Når vi har en situasjon «som har gått utover nemndas legitimitet»- kan dette da rettes ved å høyne behandlingsgebyret og frata sanksjonsmuligheter? Er KOFA i ferd med å miste sin relevans ved at det har blitt fratatt muligheten til å ilegge sanksjoner?

Det jeg primært ønsker å belyse i denne oppgaven er om prisforhøyelsen på å få saker behandlet i KOFA er grunnen til nedgangen i antall klager.

Jeg har videre en hypotese om at årsakene er flere.

1.2 Posisjonering

Hvorfor er en ordning som KOFA viktig - KOFA som politisk styringsverktøy.

Som forvaltere av felleskapets midler har offentlig virksomhet et særlig ansvar for rasjonell, ansvarlig og formålstjenlig utnyttelse av tildelte ressurser. Varer eller tjenester som produseres i egenregi, eller anskaffes eksternt må være av riktig kvalitet og til best mulige betingelser gitt formål og innsatsfaktorer. Det har også en egenverdi at dette lar seg kontrollere- at offentlig virksomhet redegjør for ressursbruken. Dette må følge som en

naturlig del av legitim forvaltning av borgernes penger. Offentlige myndigheter må opptre proaktivt for å sikre at deres virksomheter opptre i tråd med sitt mandat, følger lover og regler og generelt utviser god dømmekraft (*Kevin P. Kearns (1996). Managing for Accountability: Preserving the Public Trust in Public and Nonprofit Organizations, San Francisco: Jossey-Bass, Inc.*)

Offentlig sektor står overfor betydelige utfordringer i årene fremover. Norge har demografiske og næringsmessige utfordringer knyttet til økende levealder og utsikter til fallende oljeinntekter. Dette er utfordringer som må løses med bruk av begrensede ressurser samtidig som forventninger til offentlig finansiert velferd ikke synes å være redusert. Dette stiller krav til at offentlige innkjøp foregår på en slik måte at det sikres at man får mest mulig igjen for offentlige midler. At midlene brukes på en måte som best sikrer legitimitet hos borgerne- og at «sløsing» unngås. Dette er strategisk viktig for å sikre støtte politisk- og blant velgere, for en samfunnsmodell hvor en stor del av Norges BNP forvaltes av offentlig virksomhet. Effektive innkjøp vil kunne frigjøre ressurser til andre oppgaver og være en viktig faktor i god økonomistyring. God økonomistyring er en forutsetning for effektiv ressursutnyttelse, noe som kan antas å bli ennå mere nødvendig for å sikre fremtidige offentlige finanser.

Når det offentlige oppretter et tilsyn, klageorgan, departement, direktorat - en organisasjon som sådan - må denne forutsettes å ha et formål - det må være en forutsetning at denne organisasjonen skal utføre en oppgave på vegne av samfunnet. I tilfelle med KOFA kan vi finne dette definert i § 1 i Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser:

«Klagenemda for offentlige anskaffelser skal være et rådgivende organ som skal behandle klager om brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Nemda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte.»

Offentlige anskaffelser og fremme av klage

2.1 Hva er offentlige anskaffelser

Hva er regelverket for offentlige anskaffelser?

Samlebetegnelsen «offentlig rettslige organer» brukes om de som er forpliktet av regelverket. Dette er i det vesentlige stat, fylkeskommuner og kommuner men også egne rettssubjekter for eksempel aksjeselskap, statsforetak, interkommunale foretak eller stiftelser, og hvor deres virksomhet og nære tilknytning gjennom styring og/eller finansiering tilsier at de er underlagt lov og forskrift om offentlige anskaffelser («*Offentlige anskaffelser*» s.24).

Samlet foretar offentlig sektor innkjøp for anslagsvis 430 milliarder kroner årlig (2013 : <http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2015-01-23>)- eller ca. 14 % av Norges nasjonalprodukt (SSB 2013).

Offentlige innkjøp, millioner kroner	2013 ¹	Andel
Offentlige innkjøp i alt (A + B)	432025	100
A. Offentlig forvaltning	351616	81,4
Statsforvaltningen ekskl. forsvaret	167341	38,7
Forsvaret	21935	5,1
Kommuneforvaltningen	162340	37,6
B. Offentlig forretningsdrift	80409	18,6
Statlig forretningsdrift ekskl. oljesektoren	4305	1
Oljesektoren	71068	16,4
Kommunal og fylkeskommunal forretningsdrift	5036	1,2

Kilde: Statistisk sentralbyrå (1: 2013 foreløpige tall)

Disse innkjøp er i det alt vesentlige underlagt Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (loven), samtidig er offentlige anskaffelser regulert i EØS-avtalen og Norge må således forholde seg til et regelverk som gjennom EØS-avtalen er basert på EU direktivene 2004/17-18. Dette har betydning både materielt og prosessuelt ved anvendelse i Norge.

Formålet med loven er å 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 allmenheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. lovens § 1.

Regelverkets primære anvendelsesområde ved anskaffelser:

Lov om offentlige anskaffelser fastsetter som et grunnleggende premiss at «En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse» (§ 5)

I tilhørende Forskrift om offentlige anskaffelser (forskriften) redegjøres det nærmere for formål og virkeområde. Forskriften har tre deler. Del I omfatter såkalte «Alminnelige bestemmelser» og del III omfatter anskaffelser med en verdi som gjør at de er omfattet av EØS-avtalen- dette forutsetter at anskaffelsens forventede verdi er over de såkalte terskelverdier som for 20014/15 ligger på en million kroner for «Sentrale statlige etaters vare- og tjenestekjøp» og 1.550 000 kr for «Andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekjøp». (kilde:Www.regjeringen.no/nb/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-listeside/terskelverdier/id414970/

Her er det flere unntak og andre terskelverdier for eksempelvis for «Oppdragsgivers bygg- og anleggsprosjekter» hvor verdien er satt til 39 millioner kroner uten at vi skal berøre dette nærmere.

Det er altså slik at offentlige anskaffelser under terskelverdier bestemt i EØS-avtalen- reguleres i forskriftens del II. Her har Norge stått relativt fritt i utformingen av reglene av hvordan disse skal behandles. Mange offentlige anskaffelser er av en størrelse som gjør at de ikke omfattes av EØS-avtalen- og det har blitt hevdet at Norge gjennom forskriftens del II har regulert disse på en unødvendig byråkratisk og formalistisk måte.

Tallene under er hentet fra St.meld. nr. 36 (2008-9) «Det gode innkjøp». Jeg har ikke lyktes med å finne tall fra senere år, men terskelen for nasjonal kunngjøring på 500.000 kr, og dermed omfattet av del II, har ligget fast siden oppjusteringen høsten 2005. Vi ser at for disse årene utgjør dette minimum hhv. 55%, 40% og 33% av de kunngjøringene om offentlige anskaffelser som ble gjort under grensen som reguleres av EØS avtalen, og dermed omfattes kun av forskriftens del I og II.

	2006	2007	2008
Nasjonale kunngjøringene (Doffin)	6726	7339	7261
EØS kunngjøringene (Doffin + TED)	3052	4449	4871

Per i dag skal offentlige anskaffelser over 500.00kr, men under terskelverdiene i EØS-avtalen behandles etter forskriftens del II hvor hovedregelen er at anskaffelser skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller ved konkurranse med forhandling (forskriften § 5-1). Anskaffelser under nasjonale terskelverdier er regulert iht. lovens generelle krav.

Anskaffelsesregelverket kan imidlertid også komme til anvendelse i tilfeller hvor det er snakk om organisering av tjenesteutførelse. Hvis for eksempel en kommune ønsker å organisere utførelsen av en tjeneste gjennom en ekstern selskapsdannelse- såkalt utvidet egenregi. Her er det særlig aktuelt med aksjeselskap eller interkommunale selskaper - såkalte IKS.

Prinsippet er at anskaffelsesregelverket berører i utgangspunktet ikke hvordan det offentlige organiserer sin virksomhet. Hvorvidt eksempelvis en kommunene velger å organisere utførelse av en tjeneste i et IKS eller AS skal således ikke i seg selv få innvirkning på forholdet til anskaffelsesregelverket.

Imidlertid er både IKS og AS, selvstendige rettssubjekt og utførelsen av tjenestene vil måtte reguleres i henhold til en kontrakt mellom den valgte selskapsform og den enkelte kommune. Dette er i utgangspunktet en anskaffelse i det det inngås en gjensidig bebyrdende avtale mellom to rettssubjekt.

Imidlertid er det gjennom dommer i EU-domstolen utviklet ulovfestet lære for at såkalt utvidet egenregi kan anvendes også når det foreligger en gjensidig bebyrdende avtale mellom ulike rettssubjekt. Dette er imidlertid unntak og skal tolkes restriktivt. I en artikkel i Lov og rett (2008/ Nr. 08) skriver Kurt Weltzien at «Kort og upresist kan man si at EF-domstolen har åpnet for at en oppdragsgiver kan tildele oppdrag uten anbudskonkurranse til utskilte selskaper som oppdragsgiver har et nært forhold til, og som hovedsakelig arbeider for eieren».

For at vilkåret for utvidet egenregi skal være tilstede - må to kumulative kriterier oppfylles - kontrollkriteriet og omsetningskriteriet. Disse to kriterier er det viktig å være oppmerksom på ved bruk av egenregi.

I boken Offentlige anskaffelser (Espen Bakken og Thomas Nordby 2013:32-34) drøftes det konkrete innholdet i de to kriteriene (boken bruker begrepene «kontrollvilkåret» og «omsetningsvilkåret»).

For å tilfredsstillere «kontrollkriteriet» trekker Bakken og Nordby frem at oppdragsgiver:

-må ha kontroll over leverandøren som er lik den som utøves over oppdragsgivers egne avdelinger.

-må ha bestemmende innflytelse på avgjørelser som tas i leverandørenheten. For å vurdere graden av kontroll henviser boken til stiftelsesdokumenter, stemmerettsregler, eierandeler, policydokumenter og annet. Selv om det er flere offentlige eiere i leverandørenheten kan disse utøve felles kontroll.

-at det foreligger begrensninger på privat eierskap. Det er imidlertid ikke til hinder for at man kan bruke utvidet egenregi at selskapet potensielt i fremtiden kan få private eiere - eksempelvis aksjeselskap.

For å tilfredsstillere «omsetningskriteriet» trekker Bakken og Nordby frem at leverandøren:

-utfører hovedparten av sin aktivitet sammen med den kontrollerende virksomheten, altså slik at den vesentlige delen av omsetningen til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiver. Det er foreslått å tallfeste dette til 90 % av omsetningen. Per i dag antas grensen å ligge et sted mellom 80-90 %. Også type kommersiell virksomhet som bedrives har blitt hensyntatt av KOFA.

Boken omtaler også faren for krysssubsidiering og at bruk av utvidet egenregi kan komme i konflikt med EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Begge deler er momenter som det må tas hensyn til selv om dette ikke direkte relaterer til anskaffelsesregelverket.

Som vi ser har EUs anskaffelsesdirektiv flere implikasjoner for ledelse i offentlig sektor. Anskaffelsesdirektivet, og et eksternt kvalitetssikringsorgan som KOFA, innebærer at offentlige ledere ikke kan forholde seg kun til lokale strategier og planer, men også må ta hensyn til nasjonale strategier og EUs overordnede målsettinger.

2.2 Hva er KOFA

Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA) har vært i virksomhet siden 1. januar 2003.

KOFA er et uavhengig statelig organ administrativt underlagt Konkurransetilsynet og opprettet med hjemmel i forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002. KOFA skal bidra til å håndheve regelverket for offentlige anskaffelser, og være klageinstans for brudd på regelverket samt bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en grundig, effektiv og uhildet måte jf. forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser §1.

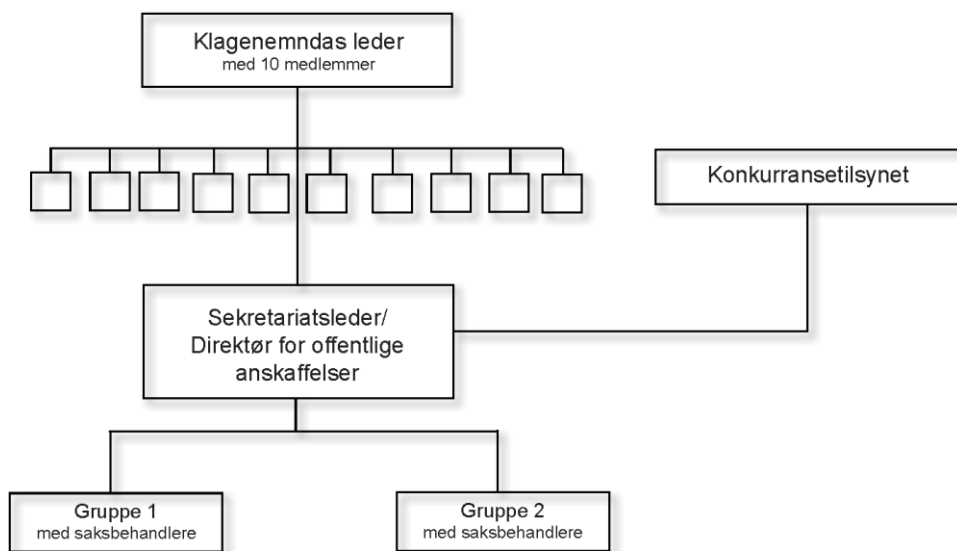
Bakgrunnen for opprettelsen av KOFA var ønsket om å etablere en smidig prosess for behandling av klager på offentlige anskaffelser- samt gjennom et spesialisert organ, å utvikle gjeldende rett innenfor faget.

Sammenfattet kan det sies at KOFA håndhever regelverket for offentlige anskaffelser ved å avgi rådgivende uttalelser på de konkrete punkt som klager anfører i en konkret sak- samt har myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser dersom kontrakten er inngått før 1. juli 2012.

2.3 KOFA's organisering

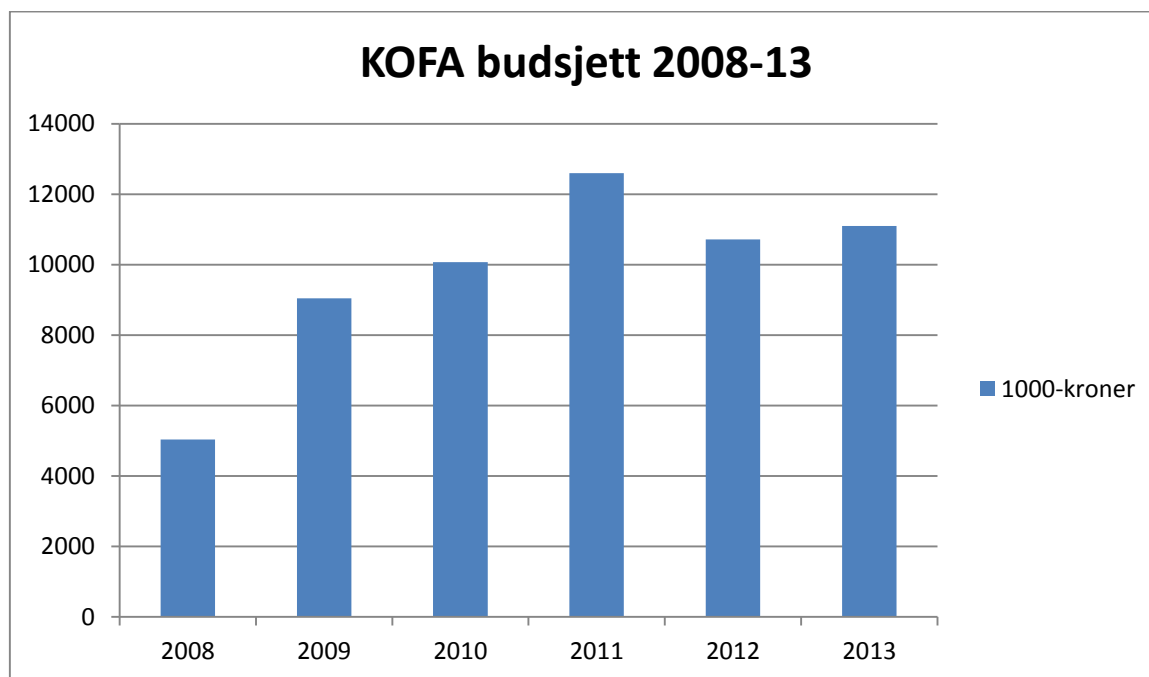
KOFA trådte i kraft 1. januar 2003 og består i dag av en regjeringsoppnevnt nemd på ti jurister som er oppnevnt for en periode på fire år. Leder fra 1.juli 2011 er tidligere Høyesterettsdommer Georg Fredrik Rieber-Mohn. Det har vært en målsetting at nemdens medlemmer skal være representert både fra rettsvesenet (dommere), privat næringsliv (advokater) og academia. KOFA's sekretariat er plassert i Bergen og har ved utgangen av 2014 12 ansatte. I all hovedsak jurister.

Organisasjonskart for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)



Kilde KOFA's hjemmeside mars 2015: <http://www.kofa.no/no/om/Sekretariat/>

KOFA er administrativt underlagt Konkurransetilsynet hvor KOFAs sekretariatsleder møter i ledergruppen som direktør for offentlige anskaffelser.



KOFA budsjett 2008-2013 (kilde: 2008-2010:Konkurransetilsynets hjemmeside, 2011-2013 KOFAs årsrapporter.)

2.4 Saksgang ved klage på offentlige anskaffelser

Klagebehandlingen starter ved at klager skriftlig bringer saken inn for KOFA. Klager må ha såkalt saklig klageinteresse. Uten å gå for detaljert inn i den juridiske definisjon, vil dette si at for å kunne klage til KOFA på en offentlig anskaffelse, må klageren ha deltatt i, eller kunne hatt interesse av å delta i anskaffelsesprosessen. Unntaket er klager på direkte anskaffelser hvor det ansees at «alle» har tentativt saklig klageinteresse. KOFA vil etter å ha mottatt klagen, sende klagen videre til det offentligrettslige organ som er innklaget. Når dette organ har inngitt sitt tilsvare, vil klageren normalt ha anledning til å kommentere dette, og til sist vil innklagede ha anledning til eventuelle avsluttende anmerkninger. KOFAs sekretariat vil så gjennomgå klagen for å avgjøre om klagen skal avvises eller ta opp til behandling. Et eventuelt avvisningsvedtak kan innklages til nemdas leder. Dersom saken tas opp til

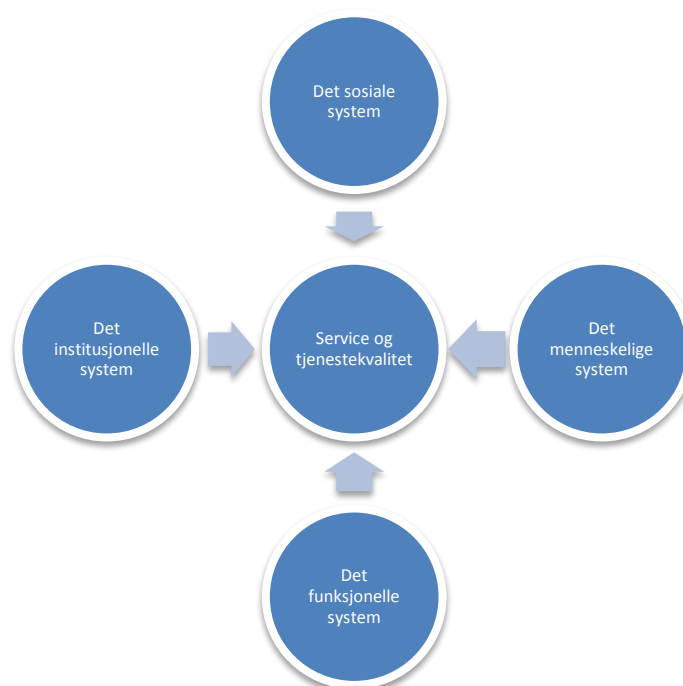
behandling vil KOFAs avgjørelse være endelig i den forstand at det ikke finnes ankemuligheter utover domstolene.

Teori

3.1 Organisering, ressurser og forventninger

I et organisasjonsmessig instrumentelt perspektiv kan man si at KOFA er opprettet som et instrument eller redskap for å oppnå et mål som er ansett som viktig i samfunnet. I dette tilfellet bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. I boken *Organisasjonsteori for offentlig sektor* (Tom Christensen, Per Læg Reid, Paul G. Roness og Kjell Arne Rørvik, Oslo Universitetsforlaget 2009, s. 33) skriver forfatterne at når en organisasjon er opprettet for å løse et problem, kan dette komme til uttrykk ved formålsrasjonelle handlinger ved oppgaveutførelse, og at resultatene blir som ønsket. At dette innebærer en vurdering av de alternativer og virkemidler som er tilgjengelige for måloppnåelse. At regjeringen oppretter et organ som KOFA kan altså også sees som et forsøk fra overordnede myndigheter på en ansvarliggjøring av offentlig sektor- i tillegg til å forsterke borgernes rettsikkerhet.

I boken *Fra forvaltning til dialog* (Hans Christian Garmann Johnsen s. 25) viser forfatteren en figur som er ment å illustrere at service skapes i spenningen mellom et menneskelig- et funksjonelt- et sosialt og et institusjonelt system



Figuren er ment å illustrere de dilemmaer som kan oppstå i offentlig forvaltning i forbindelse med service og tjenestekvalitet. Selv om boken bruker det enkelte menneskes møte med «offentlige kontorer» som utgangspunkt- mener jeg modellen kan brukes til å beskrive flere av de utfordringer som KOFA står ovenfor. Det kan innvendes at KOFA skal være et tvisteløsningsorgan mellom de som anskaffer- og de som leverer varer og tjenester til det offentlige- altså firmaer- ikke enkeltpersoner. Imidlertid er reelle og potensielle leverandører til offentlig sektor sammensatte av små og store firmaer hvor det ofte ikke er mulig å skille sak fra person.

Det hevdes i boken at selv om man finner løsninger i det enkelte system- vil det lett oppstå dilemmaer mellom disse nivåene.

Spesielt relevant mener jeg er de dilemmaer som oppstår mellom det institusjonelle- og det funksjonelle system. Dette kan vi beskrive som hhv. de regler og det formelle system KOFA inngår i- og hvordan KOFA er organisert i forhold til de oppgaver de er satt til å løse.

Garmann Johnsen beskriver dilemma sett fra kundens side som at «-Kunden vil ha ytelser han rettslig sett har rett på, men ønsker samtidig at den faglige vurderingen skal falle ut i egen favør». Dilemma fra organisasjonens side kan da bli, ifølge Garmann Johnsen- om man skal organisere i forhold til regler eller åpne for lokalt skjønn. At et definert tvisteløsningsorgan som KOFA må organiseres i forhold til regler hva gjelder de avgjørelser som fattes, tror jeg det kan være liten tvil om. Imidlertid tror jeg det er sentralt å minne om at selve avgjørelsen nødvendigvis må ligge forankret i Lov om offentlige anskaffelser- og således per definisjon utenfor KOFAs ansvarsområde. Mulighetene for å påvirke «service og tjenestekvalitet» synes da på kort sikt enklere gjennom det «funksjonelle system».

Garmann Johnsen hevder det kan være flere motiver fra det politiske system for å gi erklæringer om rettigheter. «Til dels kan det politiske system bruke erklærte prioriteringer for å kontrollere forvaltningen. Ved å dele ut rettigheter i form av at det politiske system tilkjenner sine prioriteringer, skapes et etterspørselspress mot forvaltningen. I neste fase kan det politiske system kanalisere ressurser i forhold til det presset som oppstår». (s. 253)

Hva gjelder prosessuelle forhold har politikerne per definisjon rådighet over ressursbruken, og er de som kan sette standarder for behandlingstid og kvalitetsstandarder.

Garmann Johnsen sier videre at «-I et smalt perspektiv kan man tenke på rettsikkerhet primært som et legalitetstema, dvs. et tema for rettsapparatet og tolkning av rettsregler. I et videre perspektiv er rett en del av den samfunnsmessige diskurs. Rett, rettsopplevelse og

rettsikkerhet er i et slikt vidt perspektiv avhengig ikke bare av lovtekster, men også av de praksiser som finner sted i samfunnet.» (s. 256)

Ut fra hva Garmann Johnsen kaller et utvidet rettsikkerhetsbegrep, vil rettsikkerheten i samfunnet ikke være basert på et enkelt rettsinstrument, men være basert på flere forskjellige rettslige ordninger. Imidlertid hevder han at i et regelstyrt hierarki vil de prosessuelle forhold være viktig for å oppnå rettsikkerhet.(s. 254)

I tilfelle med KOFA som er opprettet med formål å være en instans som skal løse klager på offentlige anskaffelser på «grundig, effektiv og uhildet måte»- må mulighetene for dette nødvendigvis sees i relasjon til bevilgede midler, saksbehandlingstid og restanser.

Garmann Johnsen mener her direkte at løsningen ligger på et overordnet politisk nivå- hvor de legale rammene fastsettes. Utfordringen her er at hvis det avvikes fra den rettslige løsningen for å skape mere fleksible løsninger kan dette medføre tap av den politiske kontroll.

3.2 Behov for regulering

I boken *Markedsstaten som begrep og utfordring til forvaltningsretten* (Carsten Henrichsen, Steen Rønsholt og Petter Blume red. 2006 Jurist- og økonomiforbundets forlag, København) har professor dr. juris Hans Petter Graver betraktninger om «-Spenningen mellom forvaltning, konkurranse og kontrakt». Han skriver at konkurranse ikke begrenses bare av hva han referer til som ulovlig opptreden fra markedsaktørene, men at også offentlige støtteordninger- selv om disse har «samfunnsviktige oppgaver» - kan gi de foretak som nyter godt av disse en konkurransefordel. Han konkluderer videre at offentlige innkjøp kan resultere i forskjellsbehandling, konkurransevridning eller begrensning- noe som begrunner lovregulering av offentlige anskaffelser. Han skriver «-Av slike grunner er det innført regler som krever av det offentlige gjennom sine forskjellige aktiviteter som myndighetsutøvelse, service, fordeling og markedsadferd opptrer nøytralt og på en måte som er gjennomsiktig og overprøvbare» (Ibid s. 35).

På «motsatt side» kan det også hevdes at selv om dagens regler for offentlige anskaffelser, ut fra en snever og kortsiktig bedriftsøkonomisk vurdering, kan påføre det enkelte offentlige innkjøp høye transaksjonskostnader og redusere muligheten for bruk av skjønn, kan dette i en

offentlig kontekst være fornuftig ut fra en antakelse av at et detaljert regelverk samlet sett vil gi best offentlig ressursutnyttelse.

3.3 Rational Choice - priser og forventninger

I boken *Philosophies of Social Science* (Gerard Delanty og Piet Strydom) skriver Jon Elster at «rational choice theory» er basert på den veldig enkle idé at mennesker vil prøve å gjøre det best mulig - eller mer presist: de vil forsøke å gjøre det så bra som de tror de kan. Altså er teorier om «rational choice» basert på subjektive oppfattelser om hva som er beste valg - ikke objektivt optimale valg.

I samme artikkel er en av hans hovedkonklusjoner at «rational choice theory» bør forbeholdes situasjoner hvor deltakerne er sterkt motiverte av resultatet og ikke på prosessen eller motivasjonen som fører til resultatet. (s. 455). For å besvare spørsmålet om prisøkning kan være årsak til nedgangen i antall klager- kan vi først se på en vanlig definisjon på *priselastisitet*. På etterspørselssiden kan vi definere dette som hvor følsom en vare eller tjeneste er for prisendringer (vi har dermed sagt at *priselastisitet* er det samme som *etterspørsel elastisitet*). Dette er ikke nødvendigvis helt korrekt da økonomisk teori forutsetter at etterspørselen etter en var/tjeneste også avhenger av andre faktorer slik som eksempelvis inntektsutvikling).

Dersom man tar kvantumsendring i prosent og dividerer den på prisendringen i prosent, vil dette gi *priselastisiteten* (Innføring i Bedriftsøkonomi, Aage Sending).

$$\text{Priselastisitet} = \frac{\text{Mengdeendring i \%}}{\text{Prisendring i \%}}$$

Siden størrelsene mengde og pris normalt går i hver sin retning, vil priselastisiteten normalt være et negativt tall. Imidlertid uttrykkes dette vanligvis som et positivt tall for å uttrykke den intuitivt mest logiske samvariasjonen mellom størrelsene: går prisen opp - går etterspurt kvantum ned alt annet likt.

Dersom kvantumsutslaget (etterspørselen) i prosent er større enn prisendringen i prosent og vi får et tall > 1 betegnes etterspørselen som elastisk. Dersom tallet er mindre enn 1 sier vi at prisen er uelastisk.

En priselastisitet på eksempelvis 2 (egentlig -2) er altså et måltall som viser at etterspørselen har blitt redusert med 20 % som resultat av prisøkning på 10 %.

Hvis vi skal postulere at reduksjonen i antall klager ikke direkte kan forklares med høyere priser, kan det være interessant å koble dette med rational choice theory og moderne adferdsforskning. Den ungarske økonomen Botond Köszegi (vinner av Yrjö Jahson-prisen 2014) fikk prisen blant annet for sitt arbeid med referansepunkter (*A Model of Reference-Dependent Preferences*, Botond Köszegi og Matthew Rabin, working paper No. E04-337 UC Berkeley 2002). Forfatterne mener at selv om deres teorier har mindre direkte effekt på firmaer, hevder de allikevel at deres teorier kan ha stor innflytelse på firmaers beslutninger.

Forfatterne hevder at en persons referansepunkt her hennes forventninger om utfallet av en kjøpsbeslutning, og at å betale mer enn forventet (pris), vil gi vedkommende en følelse av tap. Jo lavere pris man *forventer* å betale- jo lavere er prisen man er villig til å akseptere. Dette er ikke sammenfallende med tradisjonell rational choice theory som i utgangspunktet forutser en villighet til å betale dersom vedkommende vil være bedre stillet ved kjøp- kontra ikke kjøp. Deres teori om implikasjoner av individuelle referansepunkter ved kjøpsbeslutninger, og prissetting kan være relevant i en vurdering av KOFA's priser. Köszegi og Rabin tar imidlertid et forbehold : *“Since behavior depends on the reference level, the predictions of reference-dependent theories in most settings depend crucially on what this reference level is assumed to be.”*

Forfatterne antar videre at en persons referansepunkt er forventninger til fremtidige resultater av kjøpet (*we posit that a person's reference point is her recent beliefs about future outcomes*) og at forventede muligheter til å «kjøpe» til en lavere pris, gjør at det å betale høyere pris gir en følelse av tap. Vi skal senere se hvordan dette kan tenkes å kunne forklare noe av nedgangen i antall klager til KOFA.

3.4 Instrumentelt - fokus - opplæring og verktøy

I 2009 la regjeringen frem St.mld. nr. 36 (2008-2009) «Det gode innkjøp». Det fastslås at bakgrunnen for meldingen er «-at regjeringa vil forbedre offentlig innkjøpsverksamd.» Ved siden av å argumentere for den samfunnsøkonomiske nytten av et prosessuelt releverk som sikrer at offentlig virksomhet får best økonomisk nytte av felleskapets midler, tas det også opp

andre samfunnshensyn som er relevant ved offentlige anskaffelser slik som miljø, forhindre korrupsjon, sikring av gode arbeidsforhold og kamp mot sosial dumping.

Meldingen går langt i å erkjenne mangler ved etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser- og er på flere områder konkret hva gjelder tiltak som regjeringen mener vil forbedre situasjonen:

-Sterkere forankring av «innkjøp» i ledelsen

-Fokus på internkontroll ved etterlevelse av regelverket

-Formålstjenlig organisering av anskaffelser

-Bedre kompetanse på lov og forskrifter

-Bruk av elektroniske løsninger ved anskaffelser

Vi skal senere se hva som konkret er fulgt opp av disse forslagene. Kan dette antas å kunne ha ført til at det gjøres færre regelbrudd og derigjennom være en årsak til reduksjonen i antall KOFA-klager?

Empiri og analyse

4.1 Forventninger til prisøkning

I høringsbrevet fra Fornyings- administrasjon- Kirkedepartementet «Forslag om å øke klagegebyret for offentlige anskaffelser» (7.3.2012) legger departementet vekt på at antall nye saker til KOFA har økt vesentlig- samt at sakene har blitt mere komplekse noe som har ført til at KOFA er i en vanskelig situasjon når det gjelder saksbehandlingstid, restanser og økonomi. Departementet mener derfor at det er nødvendig med å innføre/heve gebyrene for saksbehandling for derigjennom å ivareta brukernes behov for rask og grundig saksbehandling.

I sine høringssvar er både Advokatforeningen og NHO negative til økning i saksbehandlingsgebyret hvor advokatforeningen skriver «-Videre synes rent fiskale grunner å være involvert». NHO på sin side ber om at en økning i gebyrene avventer en helhetlig evaluering av KOFA og skriver i sitt høringssvar (27.3.2012) «Allerede i dag er det en rekke leverandører som kvier seg for å klage. Terskelen for å klage til KOFA vil ved forhøyelse av gebyret bli vesentlig høyere, både fordi man er usikker på å vinne frem, og at et høyt gebyr vil ytterligere være en grunn for å droppe en klage. Dette vil særlig gjelde for de mindre bedriftene».

KS tiltrer imidlertid forslaget om økte gebyrer og skriver: «En økning i klagegebyret er et viktig ledd i arbeidet med å ivareta det opprinnelige formålet med at KOFA skal være et rimeligere og raskere rådgivende konflikthåndteringstilbud enn domstolene».

KSs argumenterer med at det er viktig at KOFA har rammebetingelser som sikrer behovet for raske og gode avgjørelser uten at dette konkret knyttes opp mot spørsmål om KOFAs budsjettammer, saksbehandlingsprosedyrer eller lov om offentlige anskaffelser.

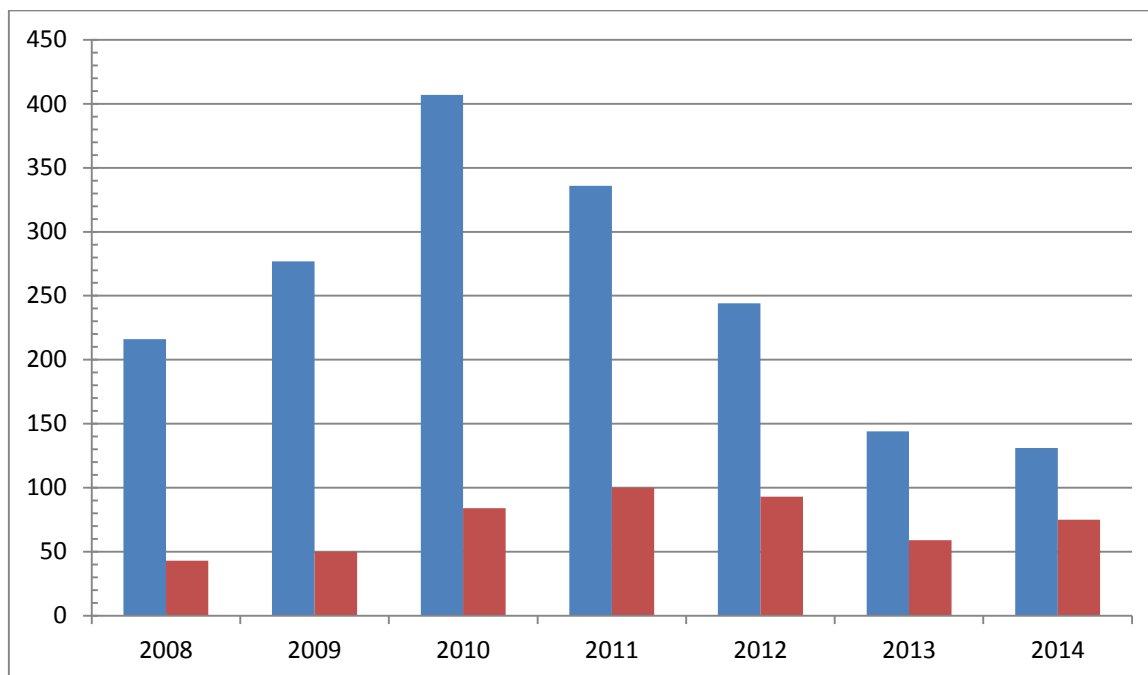
KS hevder også i sitt høringssvar at det kan konstateres en betydelig økning i bruk av advokat ved klage til KOFA og mener at dette indikerer en betydelig betalingsvilje i næringslivet i relasjon til klagebehandling. KS mener således at en økning i gebyrene i den størrelse som er foreslått ikke vil ha negativ innvirkning på leverandørenes evne/vilje til å klage.

Dette er kanskje ikke overraskende som sådan siden medlemmene av KS ikke er de som klager. Det kan imidlertid si noe om organisasjonens egentlige syn på KOFA når det samtidig sies at «- En klage medfører betydelige saksbehandlingsressurser for våre medlemmer og det

er således nødvendig å se på tiltak som kan medføre at terskelen for å klage samt krav til å få saken behandlet i KOFA, økes».

4.2 KOFA faktisk utvikling

Utviklingen i totalt antall innkommende og avviste saker per år.



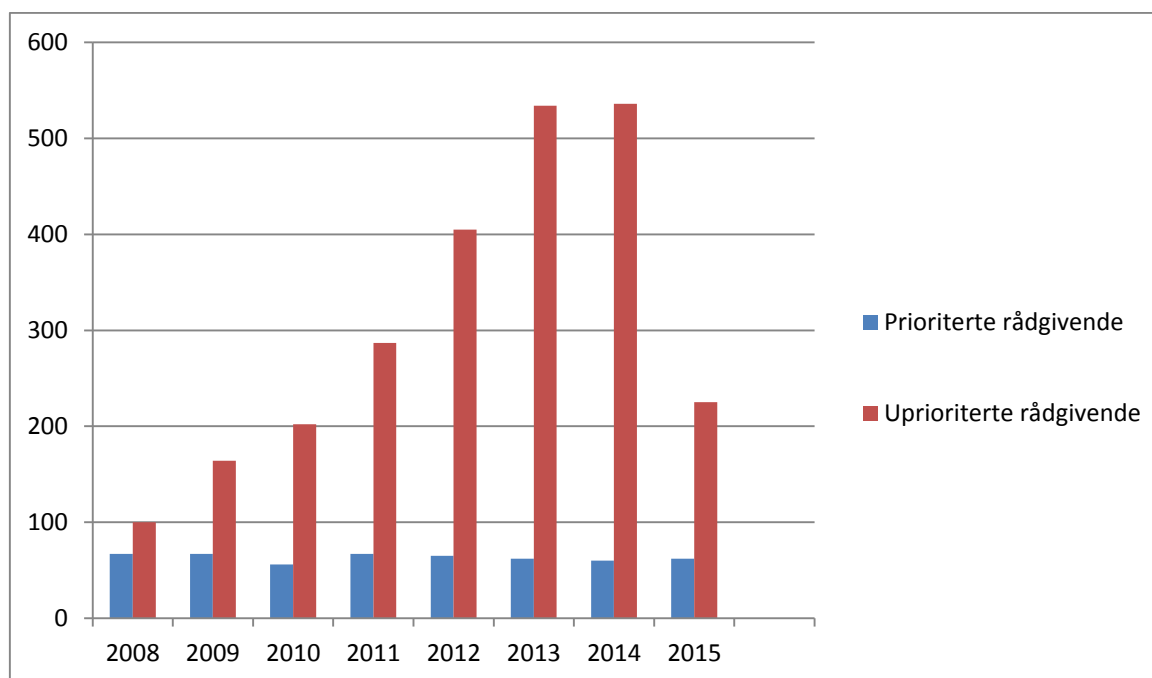
Det kan se ut som om økningen i gebyret har hatt ønsket virkning iht. hensikten: «*KOFA mottar hvert år en mengde klager som avvises fordi de er ubegrunnede eller uhensiktsmessige for behandling. Det forventes at det økte klagegebyret vil føre til at det kommer inn færre slike klager*». Eller kan nedgangen i antall klager forklares med at KOFA nå kun er et rådgivende organ, at leverandører ikke finner det verd bryet siden KOFAs kjennelser ikke får noen konsekvenser? De fleste som klager lar seg representere ved advokat- og man kan anta at selve gebyret på 1000/8000 kr tross alt er en forholdsvis beskjeden del av kostnaden ved klage?

Allerede i KOFAs årsrapport for 2012 skriver nemndleder Georg Fredrik Rieber-Mohn: «*Foreløpig må vi konstatere at antall 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.»

KOFA- saksbehandlingstid:



4.3 Pristeori og rasjonelle handlinger

I vårt tilfelle vet vi at prisen for å klage til KOFA- dersom saken gjald forhold annet enn påstand om direkte ulovlig anskaffelse (gebyrsaker), 11. juli 2012 økte fra 860 kr til 8000 kr. Dette representerer en prisøkning på tilnærmet 930 %. samtidig vet vi fra KOFAs egen statistikk at antallet av denne type klager gikk ned fra 248 i 2011 til 140 i 2013 (kilde KOFA hjemmeside). Dette representerer en reduksjon i antall saker på 44 %.

Dersom vi setter inn tallene i formelen for priselastisitet: $\frac{\text{Mengdeendring } -44 \%}{\text{Prisendring } 930 \%} \approx -0,05$

Ut fra disse tallene kan vi slutte at prisen på å klage til KOFA er (svært) uelastisk. Isolert sett har den konkrete prisforhøyelsen lite innvirkning på etterspørselen dersom vi kun ser på

priselastisitet. Ut fra konvensjonelle bedriftsøkonomiske betraktninger ville det være riktig av KOFA å høyne prisen ytterligere.

Det er mange som lar seg representere av advokat når de fremmer klage til KOFA. Bildet blir annerledes hvis vi tar utgangspunkt i dette- og ser selve den formelle klageprisen som en del av en total kostnad ved klage dersom man benytter advokat. Selv om vi ikke har noe tall som sier noe om hva en gjennomsnitt klage reelt koster, vet vi at snittprisen på advokattjenester i Norge i 2013 var 1.250 kr + mva per time (advokatforeningens bransjeundersøkelse for 2013). Imidlertid skal det store forandringer til i brøken nevner før vi begynner å nærme oss kunne si at etterspørselen etter KOFA's tjenester er elastisk. Liten priselastisitet er typisk for såkalte nødvendighetsvare som melk, brød og vann, men også for ting som økonomisk sett betyr lite «i den store sammenheng» skalt lommerusk. En teori kan være at dersom vi hadde kunnet regne inn alle kostnader en klage til KOFA medfører- slik som advokat og tapt arbeidstid kunne dette være en mulig forklaring på den lave priselastisiteten. Imidlertid kan det også være slik Jon Elster hevder, og som det intuitivt er lett å kjenne seg igjen i: *All of us are capable of being motivated by the injustice of being unfairly treated..*

Et annet mulig bidrag til reduksjonen i antallet klager kan vi muligens finne ved å se prisøkningen isolert sett som «noe som har blitt mye dyrere»- og koble dette til Botond Köszegi og Matthew Rabin's teori om hva vi *forventer* å betale- våre subjektive referansepunkter for hva som er «dyrt og billig».

4.4 Dilemmaer - organisering, ressurser og forventninger

Opprettholdelse av lov og rett kan vi kalle ett felles ansvar. Det er også et felles gode i et moderne samfunn. Offentlige fellesgoder har ofte den den i makroøkonomisk betydning uheldige side at de er gjenstand for overforbruk.

I forslaget til daværende Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet om å øke prisen på klagebehandling ble det samtidig opplyst at den gjennomsnittlige kostnaden for KOFA for

å behandle en sak var i underkant av 40.000 kr. En økende generell rettsliggjøring av individuelle- og forretningsmessige forhold er et tiltakende tegn i tiden som blant annet kan utledes som en konsekvens av klarere rettigheter og sterkere individvern i forholdet mellom stat og sivilsamfunnet. Imidlertid vil alltid produksjonen av offentlige goder nødvendigvis være er prioritering av begrensede ressurser. I tilfellet med KOFA var antallet klager i 2011 på et nivå som tydeligvis ikke var i samsvar med ressurser som KOFA hadde til rådighet.

Vi kan prøve å se dette i sammenheng med Garman Johnsens modell og de områdene jeg tidligere har trukket frem som relevante- *Det Institusjonelle system* og *Det Funksjonelle system*.

I det institusjonelle system kan vi i vårt tilfelle se på KOFAs rolle i forhold til anskaffelsesreglene. KOFA skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. I praksis er det mulig å mene at KOFA har inntatt en ledende rolle i det domstolene tillegger KOFA uttalelser betydelig vekt. Som vi har vært inne på tidligere, er del III av anskaffelsesreglene underlagt EU-rett og således vanskelig å påvirke direkte av norske myndigheter. Imidlertid er del II for anskaffelser under EØS-terskelverdier nasjonalt bestemt. Her kan vi vise til det uttalte behovet for forenkling og vente i spenning på resultatet av Forenklingsutvalgets arbeid. Et enklere regelverk og mere skjønnsmessig regelverk kan imidlertid som Forenklingsutvalget «advarer» mot, virke prosessdrivende ved at behovet for avklaring øker enten i KOFA eller rettsvesenet. I alle fall synes påvirkningsmulighetene på KOFAs service og tjenestekvalitet å være både lite forutsigbare og tidkrevende igjennom *Det Institusjonelle System*.

I *Det Funksjonelle system* kan det imidlertid argumenteres for at det er større påvirkningsmuligheter. Som den senere brukerundersøkelsen langt på vei bekreftet- var (og er)- KOFAs største «problem» knyttet til saksbehandlingstiden. Tjenesten var for populær. Dette var en erkjennelse som synes å ha vært allment akseptert.

I *Det Funksjonelle System* kan dette løses gjennom mer effektiv saksbehandling, tilførsel av økte ressurser over statsbudsjettet (over skatteseddelen) eller gjennom tiltak som reduserer etterspørselen.

KOFA som klageinstans kan ved første øyekast ses som et *offentlig gode*. Imidlertid er rene offentlige goder karakterisert ved at de er *ikke rivaliserende* ved at den enkeltes nytte av å konsumere godet ikke påvirker andres mulighet- og ved at de er *ikke-ekskluderbare*, vi kan ikke forhindre noen fra å konsumere godet. Eksempler på rene offentlige goder er forsvaret og

veier uten bompenger. I tilfellet med KOFA har vi sterke indikasjoner på at den lange saksbehandlingstiden har medført at den enkelte klagers nytte av å klage (konsumere godet) har blitt påvirket av andre som klager (konsumerer godet). Den reduserte nytten kan vi anta som følge av offentlige oppdragsgiveres uttalelser om at de ikke kan vente på KOFA avgjørelser. Altså vil vi ha tilfeller hvor en klage som får medhold har ingen eller redusert nytte for den som klager. Vi kan også si at vi ganske enkelt kan benytte lovverk og brukeravgift til å ekskludere noen fra å konsumere godet. KOFA bryter således med forutsetningene om ikke-rivaliserende og ikke-ekskluderbart.

Vi må derfor betrakte KOFA som et *offentlig privat gode* slik som for eksempel skole, vann og helsetjenester. Vi ser dette ved at marginalkostnaden ved å behandle en ekstra klage ikke er lik 0- alternativt vil dette medføre lengre saksbehandlingstid → Rivaliserende.

Vi har per i dag bestemmelser i § 6 i Forskrift om klagenemd for offentlige anskaffelser som omhandler hva det kan klages på, og at det er krav om saklig interesse for å kunne fremme klage. Kostnaden (brukeravgiften) for å benytte seg av KOFA var før 1. juli 2012 hhv. gratis for klage på ulovlig direkte anskaffelse og 860 kr for klage på andre saker. Dette er i dag 1000 og 8000 kr. Det er åpenbart at det er mulig å ekskludere de som ikke betaler eller, ved hjelp av lov, foreta innstramminger i hva det kan klages på- eller hvem som kan klage: Ekskluderbart.

Rasjonere *offentlig privat goder*:

-Brukeravgift

-Kø-ordning

4.5 Status opplæring - tiltak (stortingsmelding)

-Sterkere forankring av «innkjøp» i ledelsen

-Fokus på internkontroll ved etterlevelse av regelverket

-Formålstjenlig organisering av anskaffelser

-Bedre kompetanse på lov og forskrifter

-Bruk av elektroniske løsninger ved anskaffelser

Det er liten tvil om at de tiltak som har vært gjennomført, samlet sett har bidratt til økt forståelse og kjennskap til regelverket for offentlige anskaffelser. Selv om vi ikke har statistikk eller konkrete tall å forholde oss til- er det ingen urimelig antakelse at offentlig anskaffelsesvirksomhet er profesjonalisert med færre regelbrudd tilfølge.

4.6 Hva viser KOFAs brukerundersøkelse?

KOFA har selv tre strategiske målområder som de fokuserer på:

-saksbehandlingstid

-avgjørelsens kvalitet

-KOFAs legitimitet

Nettopp tiltak for å fremme/bedre KOFAs legitimitet ble anført som en av flere begrunnelser for de tiltak som regjeringen iverksatte i 2012.

Høsten 2014 gjennomførte KOFA sin første brukerundersøkelse (<http://www.survey-xact.no/report/shared/7026d0a8-7614-49e3-a6b6-ec5b88e24374>). Bakgrunnen var et ønske om å vite mere om hvordan de forskjellige interessentene vurderte KOFA særlig i forhold til hva KOFA selv vurderte som egne suksesskriterier.

For å belyse spørsmålene ble det utarbeidet et spørreskjema bestående av 50 spørsmål.

I spørreskjemaet ble det lagt vekt på spørsmål som enkeltvis måtte antas å ville kunne avdekke svakheter- men som på aggregert nivå ga ifølge KOFA «-en unik mulighet for oss til å få en klar tilbakemelding fra dere på hva dere synes fungerer bra og hva dere skulle ønske kunne forandres på.» (KOFA nyhetsbrev 4/2014). Det har ikke lyktes meg å avdekke om det forut for undersøkelsen ble benyttet eksempelvis kvalitativ metode som intervju, i et mindre

utvalg, for å finne variabler som kunne være relevant for undersøkelsen (utarbeidelse av spørreskjema).

Valg av kvantitativt forskningsdesign som spørreskjema er dette begrunnet ut fra en positivistisk vitenskapelig retning. Man må kunne anta at det finnes grunner til at det man ønsker å undersøke er slik som de er- eller ikke- og spørreskjema antas å kunne klarlegge faktorer av betydning.

Fordeler ved dette designet vil være av praktisk art slik som tid og kostnad, men også ved at respondentene (kan) sikres anonymitet, og at resultatene kan behandles statistisk ved at svaralternativene kan ordnes på en Likert-skala og svaralternativene tilordnes tallverdi eller slik som konkret i mange av svaralternativene i denne undersøkelsen: *svært stor grad-stor grad-passelig-liten grad-svært liten grad- vet ikke/ikke relevant*

Ulemper kan være om de variabler som inngår i undersøkelsen (spørreskjemaet) på en riktig måte beskriver årsaken(e) til det man ønsker å avklare (validitet). Altså, har man ved utarbeidelsen av spørreskjemaet klart å avdekke relevante variabler(?).

Videre kan det være problemer med at respondentene lettere kan være enig enn uenig i utsagn (ja-svar tendens). Av praktisk art kan nevnes problemer med svar-prosent.

Undersøkelsens enheter var i dette tilfellet de som abonnerer på KOFAAs avgjørelser og nyhetsbrev. Det ble sendt ut (500?? bekrefte antall!) med ca. 300 svar. Offentlige oppdragsgivere var klart i flertall blant de som svarte med 63 %.

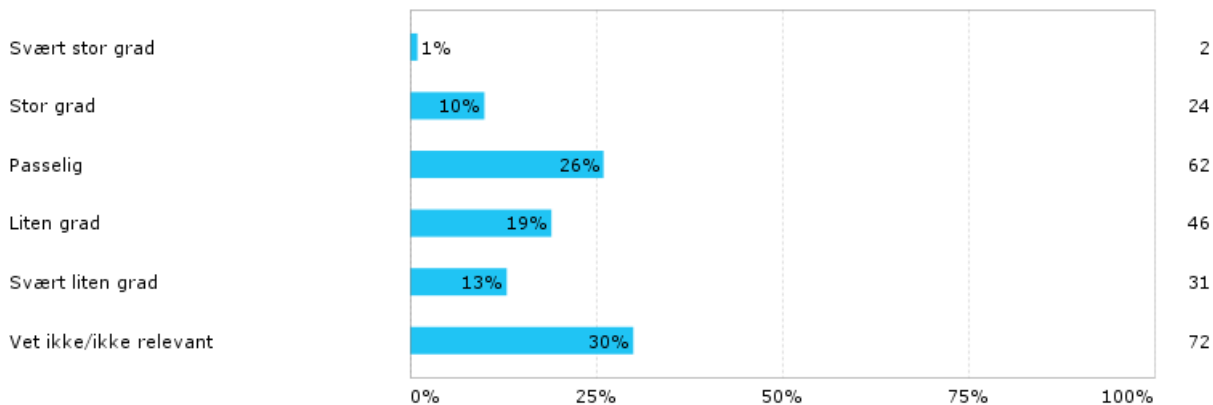
Kun 11 % av svarene kom fra leverandører- altså var det kun i overkant av 30 stykker som representerer denne kategorien. Undersøkelsen har altså en klar svakhet når det gjelder fordelingen av svar i forholdet mellom de som klager (leverandører) og de som «det blir klaget på» (offentlig rettslige organer).

50 % av de som besvarte undersøkelsen hadde vært part eller partsrepresentant i en KOFA-sak.

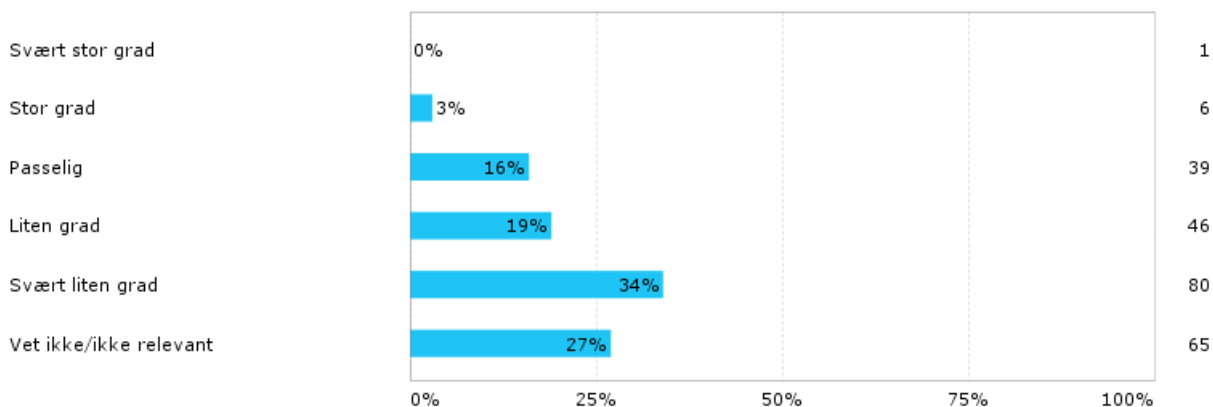
På spørsmål om «I hvilken grad arbeider du med anskaffelsesregelverker i jobben din?» svarte hele svarte 75 % i stor (grad).

På spørsmål knyttet til saksbehandlingstiden svarte et flertall av de som hadde en mening om saken at de var i liten eller svært liten grad fornøyd med dette både når det gjaldt prioriterte og andre rådgivende saker.

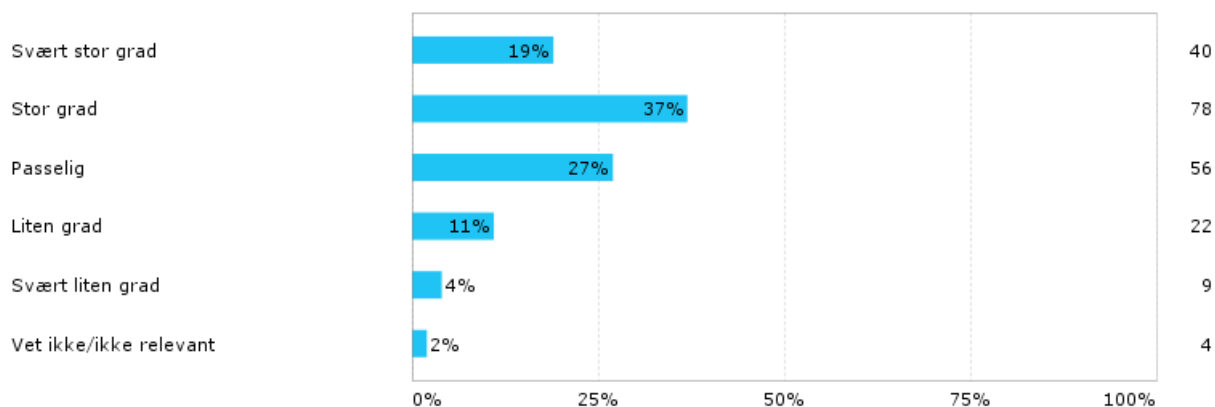
I hvilken grad er du fornøyd med... - ...saksbehandlingstiden for prioriterte saker (saker der innklagede avventer kontraktsinngåelse til saken er behandlet i KOFA):



I hvilken grad er du fornøyd med... - ...saksbehandlingstiden i andre rådgivende saker:



I hvilken grad... - ... mener du KOFA er et godt tvisteløsningsalternativ



Ut fra undersøkelsen, er det vanskelig å se andre områder som kan relateres til KOFAs strategiske mål (-saksbehandlingstid-avgjørelsens kvalitet-KOFAs legitimitet) som kan sies å komme «dårlig ut».

4.7 Offentlig diskurs

I Aftenposten 7.9.2014 hevdes det fra flere advokater som avisen har vært i kontakt med at innkjøpere i flere små kommuner har tatt kontakt med advokat for å skreddersy anbudsbetingelser som tilgodeser spesielle leverandører. Advokat Marianne H. Dragsten hevder i samme artikkel at kontrollen med store innkjøp er altfor dårlig og tror at det foregår mye skjult korrupsjon- «at man gir oppdrag til venner og bekjente».

Dette er alvorlige påstander som det er vanskelig å finne belegg for. Det foreligger svært få domfellelser for korrupsjon her i landet og Norge befant seg i 2014 på 5. plass på Transparency International's Corruption Perceptions Index.

I Aftenposten 25.2.2014 uttaler kontraktssjef i Telenor Pål Christiansen at klage på brudd på anbudsregler er blitt så dyrt at selv ikke Telenor lengre vil ta seg bryet. Her refereres det til en sak i desember 2013 hvor Telenors kostnader ved å ta en sak hvor de mente Jernbaneverket hadde tildelt en konkurrent en kontrakt i strid med anbudsregelen til domstolene. Ifølge Telenor kostet klagen over en halv million i advokatsalærer og saksforberedelser.

Kontraktssjefen hevder «-Det blir en saksgang, en prosess og noen kostnader som er helt ute av proporsjon».

Dagens Næringsliv har 30.8. 2014 en 11 siders artikkel hvor essensen er at regelverket for offentlige anskaffelser er for komplisert, for formalistisk og at dette fører til tap for offentlig sektor i form av høye transaksjonskostnader og dårlige(re) innkjøp fordi fokus i innkjøpsprosessen dreier seg for mye om regler og formalia i stedet for å sikre best mulig innkjøp. Advokat Inger Roll-Matthiesen som var sentral i forforskningen av EUs-innkjøpsregler mener at det ved implementeringen av EUs anskaffelsesregler var et «sug» etter å regulere- et ønske om vise verden at vi var best i klassen på korrupsjon, samtidig som ulike statsråder erklærte nulltoleranse mot anbudsrot. Advokat Roll-Matthiesen påstår at vi i dag har skapt et «anbudsmonster» og at reglene som i sin tid ble laget for å gjøre ting billigere, mer innovativt og forhindre at folk beriket onkler og tanter i dag har gått fullstendig av skaftet.

Det kan synes som om det er almen enighet om at dagens praktisering av anskaffelsesreglene har betydelige svakheter. I desember 2012 nedsatte den rød-grønne regjeringen det såkalte forenklingsutvalget med advokat Inger Roll-Matthiesen som leder med oppgaven å gjennomgå de særnorske delene av anskaffelsesregelen, samt foreslå nytt regelverk på området. I forbindelse med oppnevningen av utvalget uttalte statsråd Rigmor Aaserud at «-Jeg har fått en rekke tilbakemeldinger på at reglene er for kompliserte, byråkratiske og vanskelige å bruke. Det er viktig at regelverket legger til rette for kostnadseffektive innkjøp og ikke skaper unødig administrasjon og tidsbruk-» (pressemelding Fornyings, administrasjon- og kirke departementet 14.12.2012). Videre sies det at utvalget skal blant annet vurdere behovet for, eventuelt omfanget av og innhold i særnorske regler om offentlige anskaffelser. Utvalgets forslag skal sikre de grunnleggende prinsippene bak regelverket for eksempel sikre effektiv offentlig ressursbruk gjennom effektiv konkurranse, sikre likebehandling og forutberegnelighet for markedsaktørene, forhindre korrupsjon og sikre at allmenheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

I juni 2014 la utvalget frem sin rapport «Enklere regler - bedre anskaffelser». Utredningen er på 306 sider og utvalget synes å være (gjennom flere dissenser) noe splittet i synet på hva som egentlig er en forenkling: Færre regler og derigjennom mer skjønn - eller mere detaljerte regler med mindre handlingsrom. Utvalget selv skriver:

Spørsmålet er dermed om et detaljert særnorsk regelverk er mer samfunnsøkonomisk gunstig enn et regelverk som er basert på generelle anskaffelsesrettslige prinsipper, som

likebehandling, forutsigbarhet, gjennomsiktighet, osv. I det siste tilfellet åpnes det i større grad opp for skjønnsmessige avgjørelser. Skjønnsmessige bestemmelser kan minske forutsigbarheten. I tillegg kan de virke prosessdrivende ved at behovet for avklaringer gjennom behandling i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og domstolene øker (NOU 2014: 4).

Konklusjon

Ved å benytte seg av KOFA som klageinstans er det naturlig for leverandører å stille spørsmålet om hva man kan forvente å oppnå. Dersom oppdragsgiver er villig til å utsette kontraktsinngåelsen vil KOFAs saksbehandlingstid vær 62 dager (kilde: KOFAS hjemmeside primo mars 2015). Da vil det altså være mulig å få prøvet det juridiske grunnlaget for anskaffelsesbeslutningen på relativt kort tid til en pris på 8000 kr - alternativt 860 kr dersom klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Alternativet dersom oppdragsgiver ikke er villig til å utsette kontraktsinngåelser- vil måtte være å be om en midlertidig forføyning i tingretten.

Frem til 1. juli 2012 var det gratis å fremme klage til KOFA dersom saken gjaldt påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Klager på andre brudd på anskaffelsesregelverket kostet ett rettsgebyr 860 kr. En rimelig pris på å få en kvalifisert vurdering av hvorvidt en offentlig anskaffelse er i tråd med regelverket kan ha gitt også mindre leverandører en mulighet til fremme en klage selv om ikke den enkelte anskaffelse i seg selv har en høy verdi, kan den være av svært stor betydning for en mindre bedrift. Dette har gjort at KOFA har kunne fremstå som et tilbud til små og store leverandører- ikke bare leverandører med økonomiske muskler.

Dersom saken gjelder en såkalt rådgivende sak forventer KOFA primo mars 2015 en saksbehandlingstid på 237 dager. Dette vil være en avgjørelse som ikke binder noen av partene utover en forventning om at offentlige oppdragsgivere vil etterleve en beslutning i KOFA. Alle partsinnlegg til behandling i KOFA skal være skriftlige og mange lar seg representere ved advokat. Partene vil måtte bære sine egne saksomkostninger uavhengig av

saken utfall- og eventuelle spørsmål om erstatning kan KOFA uttale seg om dette dersom den finner grunn til det (jf. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12).

Konklusjonen må bli at det først og fremst er i saker hvor oppdragsgiver avventer kontraktsinngåelse at KOFA konkret kan brukes av leverandørene som et lavterskeltilbud med raskere og rimeligere saksgang i forhold til domstolene.

Hvis man som leverandør ønsker å få fastslått brudd på anskaffelsesregelverket av samfunnsmessige årsaker- eller for å avklare rettstilstanden vil man også kunne ha nytte av en rådgivende uttalelse. Dersom man imidlertid mener seg forbigått i en anskaffelsessak og søker kontrakten ugyldiggjort eller erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse synes domstolene å være den sikreste løsningen.

Referanser

Aftenposten. 2014. 7.9. Advokater: -Det offentlige ber om hjelp til anbudsjuks

Christensen, Tom, Per Lægreid, Paul G. Roness, Kjell Arne Rørvik. 2009. *Organisasjonsteori for offentlig sektor*. Oslo: Universitetsforlaget.