

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet  
Konkurransopolitisk avdeling  
Postboks 8004 Dep  
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post: [postmottak@fad.dep.no](mailto:postmottak@fad.dep.no)

Deres ref.:  
12/49

Dok. nr.: 142778

Saksbehandler: Trude Molvik  
[tm@advokatforeningen.no](mailto:tm@advokatforeningen.no)  
T +47 22035046

12.10.2012

## Høringsuttalelse — Forslag til endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA)

### 1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 06.07.2012 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid reguleringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for europa- og konkurranserett. Lovutvalget består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Stein Ove Solberg og Monica Syrdal.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

### 2. Sakens bakgrunn

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) har sendt forslag til endringer i KOFA-forskriften på høring. Høringen representerer den andre delen av en utført gjennomgang av klagenemndas innretning og rammevilkår, og tar sikte på å identifisere konkrete forbedringsbehov og å fremsette tilhørende forslag til forskriftsendringer.

Nedenfor følger Advokatforeningens kommentarer til noen viktige punkter i høringsbrevet. For øvrig har foreningen ingen merknader.

### **3. Kommentarer til de enkelte forslag**

#### 3.1 Innledning

Advokatforeningen er enig i at det er hensiktsmessig å regulere habilitetsspørsmål for nemndsmedlemmene nærmere, og å gjøre enkelte justeringer i KOFA-forskriften for å rasjonalisere saksbehandlingen. Den lange saksbehandlingstiden i KOFA svekker nemndens praktiske betydning som et effektivt tvisteløsningsorgan. De foreslåtte tiltakene synes samtidig i begrenset grad å kunne bidra til å løse dette problemet, som vel først og fremst har sammenheng med hvilke ressurser sekretariatet tildeles.

#### 3.2 Sammensetningen av nemnda – medlemmenes bakgrunn

Privatpraktiserende advokater tilfører nemnda en praktisk forståelse og fagkunnskap som er viktig, og ordningen med advokater i nemnda bør videreføres. Det er samtidig behov for å synliggjøre de strenge habilitetsreglene som allerede praktiseres i nemnda, for å underbygge KOFAs posisjon og integritet.

Etter advokatforeningens syn er det likevel usikkert om den foreslåtte bestemmelsen til et nytt fjerde ledd i forskriftens § 15 er hensiktsmessig. Bestemmelsen regulerer ett mulig tilfelle av relativt klar inhabilitet, nemlig når en av partene er representert av en prosessfullmektig fra samme firma som nemndsmedlemmet. En slik begrenset kasuistikk kan reise tvil om det foreligger inhabilitet i andre tilstøtende situasjoner, for eksempel når en part er klient av nemndsmedlemmets firma, men uten at firmaet er direkte involvert i klageprosessen. Dette kan tilsi at man unnlater å beskrive enkeltsituasjoner, og heller på vanlig måte faller tilbake på de generelle bestemmelsene i forvaltningsloven.

Advokatforeningen er for øvrig enig i forståelsen av forvaltningslovens habilitetsregler som kommer til uttrykk i høringsbrevet.

Advokatforeningen mener at nemnda også for fremtiden bør bestå av høyt kvalifiserte jurister, og at det ikke er behov for annen fagkyndighet. Det synes vanskelig å etablere en tilstrekkelig base av nemndsmedlemmer med teknisk eller økonomisk bakgrunn fra spesielle bransjer til at det svært varierte sakfeltet kan dekkes på en hensiktsmessig måte. I den grad det skal vurderes en endret sammensetning, burde fokus derfor trolig vært på å få inn flere medlemmer med praktisk erfaring fra gjennomføring av anskaffelsesprosesser, dvs innkjøpere. Dette kan samtidig være vanskelig uten at også tilbydersiden blir mer direkte representert, og en slik representasjon fra begge sider kan kanskje bidra mer til å polarisere nemndas avgjørelser.

Advokatforeningen foreslår derfor at dagens løsning opprettholdes, og peker også på at advokater med praktisk erfaring fra saksområdet nettopp bidrar med denne type kompetanse.

#### 3.3 Beslutningsmyndighet ved behandling av den enkelte sak

Advokatforeningen anser det hensiktsmessig med forenklet saksbehandling i opplagte saker.

Av de to alternativene som presenteres er den mest hensiktsmessige tilnærmingen at sekretariatet, og ikke et enkelt nemndsmedlem, avgjør sakene. Med dette unngår man også

ytterligere personfokus på nemndsmedlemmene, jf diskusjonen om habilitet. Siden hovedutfordringen mht. saksbehandlingstiden synes å være arbeidsbelastningen i sekretariatet, er det samtidig vanskelig å se at en slik endring vil ha noen stor reell betydning i praksis. Etter Advokatforeningens syn er det derfor trolig en bedre løsning at man opprettholder dagens ordning, og tilfører sekretariatet mer ressurser. Hvis en ordning som foreslått skal innføres, må kriteriene uansett være videre enn de som er skissert i høringsbrevet. Her defineres "opplagte saker" som saker hvor "juss og faktum ikke er omstridt", noe som må antas svært sjelden å være tilfellet. En bedre løsning synes å være at sekretariatet kan avgjøre saker der det "åpenbart" foreligger brudd på anskaffelsesreglene, og hvor (som foreslått) avgjørelsen ikke krever oppfølging fra innklagedes side.

Etter Advokatforeningens syn er det hensiktsmessig å åpne for at nemnda kan settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning. Denne muligheten bør kunne benyttes både der nye problemstillinger kommer opp, og der det er spørsmål om å endre eller justere en tidligere praksis.

### 3.4 Klagenemndas rettslige status som rådgivende

Advokatforeningen mener at KOFAs avgjørelser bør forbli rådgivende, da det ellers må innbygges større rettssikkerhetsgarantier. Det bør ikke innføres krav til at avgjørelsene skal følges opp av sekretariatet, da dette vil ta ressurser bort fra saksbehandlingen og lede til ytterligere forsinkelser, uten at behovet fremstår spesielt presserende.

### 3.5 Klagenemndas tvisteløsningsrolle

Etter advokatforeningens syn hadde det vært hensiktsmessig om adgangen etter forskriftens § 10 sjette ledd til å ta initiativ til å bilegge tvister uten formell skriftlig klagebehandling ble benyttet oftere. I de mer opplagte sakene kunne dette i betydelig grad forenklet sekretariatets arbeidsbelastning. Siden hjemmelen foreligger, er dette i utgangspunktet mer spørsmål om å endre praksis under saksforberedelsen. I lys av at hjemmelen i så liten grad er brukt, kan det vurderes innført en presisering i forskriften om at sekretariatet i de åpenbare sakene kan tilskrive klager og anmode om at klagen trekkes, eller innklagede med anmodning om at det erkjennes å foreligge et regelbrudd. Dette vil kunne gi en mer formell ramme rundt en mulig avslutning av saken, noe som kan tilsi at ordningen blir brukt mer, men samtidig uten en endelig skriftlig vurdering fra sekretariatet eller nemndas side.

Igjen synes imidlertid tiltaket å være av begrenset praktisk betydning, og i hvert fall dersom sekretariatet gis kompetanse til å avgjøre opplagte saker. Det kan også være mer betryggende for innklagede at det faktisk formuleres en vurdering, enn at en part opplever å bli "presset" til å erkjenne en feil.

### 3.6 Saksbehandlingsregler

Advokatforeningen mener at den nåværende løsningen knyttet til dokumentasjon som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt bør opprettholdes, og er således på dette punkt uenig i forslaget.

Bestemmelsen forstås i dag slik at KOFA ikke kan kreve å få fremlagt dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter. Dersom oppdragsgiver mener at noe er forretningshemmeligheter, kan dette dermed kun fremlegges etter at departementet (FAD) har samtykket. Nemnden som

fatter avgjørelsen i saken, kan så overprøve dette. Dette er samme system som for domstolene og følger av at KOFA-forskriften viser til tvisteloven. Departementet foreslår nå at denne samtykkekompetansen skal ligge hos nemndsleder og ikke hos departementet. Dette er i strid med tvistelovens system, som sikrer at avgjørelsen om samtykke skal tas av et kompetent organ uavhengig av det som skal fatte selve avgjørelsen i saken, og som også sikrer at de nødvendige rettssikkerhetsgarantier er ivaretatt i prosessen. I forslaget om at ikke bare klager, men også sekretariatet kan be om slikt samtykke, uthules systemet fra tvisteloven. I forhold til forretningshemmeligheter får i så fall KOFA en uheldig dobbeltrolle, som kan utgjøre en trussel mot vernet om forretningshemmeligheter.

Forslaget er grundig omtalt, men ikke egentlig begrunnet, og synes å harmonere dårlig med det overordnede ønsket om å rasjonalisere driften av KOFA. Prinsipielt sett er det vanskelig å forstå hvorfor reglene skal være annerledes ved behandling av saker for KOFA enn for domstolene.

Det er ellers hensiktsmessig å innføre en klagefrist på seks måneder også der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene.

### 3.7 Avvisning av klage – klagenemnda

Etter Advokatforeningens syn må KOFA-forskriften allerede i dag forstås slik at nemnda, og ikke bare sekretariatet, kan avvise saker etter forskriftens §§ 6 og 9. For å unngå tvil kan dette imidlertid presiseres i forskriften som foreslått. Der nemnda avviser en sak bør det ikke være klageadgang til nemndslederen, og dette må eventuelt presiseres i forskriften om ordlyden endres.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud  
leder

Merete Smith  
generalsekretær