

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

Oslo, 19. oktober 2012

## **INNSPILL TIL HØRINGSNOTAT – FORSLAG TIL ENDRINGER I FORSKRIFT OM KLAGENEMND FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

### **1 Bakgrunn**

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) har sendt på høring forslag til endringer i forskrift 15. november 2002 nr 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Nedenfor følger våre innspill til forslaget.

FAD har i høringsbrevet opplyst at forslagene er et utslag av et arbeid med å identifisere konkrete forbedringsbehov ved dagens organisering av Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Av høringsnotatets punkt 2.2 fremgår det at departementets overordnede formål har vært å finne løsninger som kan øke klagenemndas effektivitet samtidig som kvaliteten på nemndas avgjørelser opprettholdes.

Departementets overordnede mål med gjennomgangen virker fornuftig. Da KOFA ble opprettet, var formålet å lage et tvisteløsningsorgan som var raskere og billigere enn domstolsbehandlingen. Dette lyktes man langt på vei med, og i flere år fremsto klagenemnda som et raskere og billigere alternativ for leverandører som ønsket en uavhengig vurdering av sine klager på gjennomføringen av offentlige anskaffelser. I dag er imidlertid saksbehandlingstiden for behandling av klagesaker i KOFA svært lang, og lengre enn den tiden det tar å få en sak behandlet av domstolene i første instans. Økningen av klagegebyret 1. juli 2012 har også redusert prisforskjellen mellom domstols- og klagenemndsbehandling. Slik vi ser det går utviklingen i feil retning, og som praktiserende advokater er det i dag stadig vanskeligere for oss å anbefale klagenemnda som et egnet tvisteløsningsorgan. Dersom KOFAs status og funksjon skal opprettholdes, er det av avgjørende betydning at saksbehandlingstiden reduseres drastisk.

Vi er begge advokater med spesialisering i offentlige anskaffelser, og med erfaring fra å bistå både offentlige innkjøpere og tilbydere. Vi har begge jobbet i klagenemndas sekretariat.

Slik vi ser det er det kun et fåtall av endringsforslagene i høringsnotatet som er egnet til å påvirke saksbehandlingstiden i positiv retning. Vi har valgt å fokusere på disse forslagene i dette innspillet. Vi vil i tillegg fremme konkrete forslag som etter vår oppfatning er egnet til å effektivisere klagenemndas saksbehandling samtidig som kvaliteten på avgjørelsene opprettholdes.

---

## **2 Høringsnotatet punkt 6.2 – Forenklet saksbehandling i opplagte saker**

I høringsnotatets punkt 6.2 fremmes det forslag om forenklet saksbehandling i opplagte saker. Slik vi ser det, er dette et viktig og riktig skritt på veien mot et mer effektivt KOFA.

I høringsnotatet stilles det opp to alternative forslag til forenklet saksbehandlingstid i opplagte saker. Etter vårt syn er den beste løsningen alternativ 2, hvor sekretariatet gis myndighet til å avgjøre opplagte saker, med klagemulighet til klagenemndas leder.

Klagenemndas sekretariat har i dag mulighet til å avvise klager som åpenbart ikke kan føre frem. Når konklusjonen er at regelverket for offentlige anskaffelser ikke er brutt, anses saken uhensiktsmessig for behandling og avvises med hjemmel i klagenemndsforordningen § 9. Denne avvisningskompetansen benyttes ofte, og sekretariatet avviser de fleste klagenemndas saker hvor det etter sekretariatets syn ikke foreligger brudd på anskaffelsesreglene.

Når sekretariatet er gitt kompetanse til å avvise saker som klart ikke innebærer brudd på regelverket, er det etter vårt syn ingen prinsipielle grunner til at sekretariatet heller ikke skal kunne avgjøre saker som klart innebærer brudd. I begge tilfeller vil det ligge en sikkerhetsventil i at partene kan klage saken til nemndas leder, som så kan avgjøre om saken likevel skal undergis nemndsbehandling.

En slik endring av saksbehandlingsreglene i saker hvor det er klart at regelverket er brutt, vil bidra til raskere saksbehandlingstid og en reduksjon av kostnadene ved nemndsbehandling. Den viktigste effektivitetsgevinsten vil være at man slipper å fremme sakene for nemnda i tillegg til behandlingen i sekretariatet. Man sparer da tiden som går med til å fremme saken på et nemndsmøte, og til at nemndsmedlemmene setter seg inn i saken. Saken vil kunne sendes til partene straks den er klar.

Under forutsetning av at de særlige saksbehandlingsreglene forbeholdes de klare tilfellene, vil forenklingen heller ikke bryte med grunnleggende krav til rettssikkerhet. I denne sammenhengen må man også kunne se hen til at klagenemndas avgjørelser er rådgivende og uten rettsvirkninger, samt at innklagede vil kunne få anledning til å påklage avgjørelsen.

Grunnen til at vi mener alternativ 2 er bedre enn alternativ 1 hvor nemnda settes med ett medlem, er at sistnevnte forslag etter vårt syn er klart dårligere egnet til å redusere saksbehandlingstiden. Tidsbesparelsen ved at ett medlem behandler saken istedenfor tre, er liten. Det må i tillegg påregnes at tid vil gå med til diskusjon av saken mellom sekretariatet og det ansvarlige nemndsmedlemmet. Selv om saken avgjøres av bare ett nemndsmedlem, vil saksbehandlingen derfor ha så store likheter med vanlig nemndsbehandling at det knapt vil være tidsbesparelser å snakke om. Selv om alternativ 1 innebærer en viss økonomisk besparelse, vil denne også være lavere enn ved valg av alternativ 2.

## **3 Høringsnotatets punkt 6.3 – Større nemnd i saker av prinsipiell betydning**

I høringsnotatets punkt 6.3 drøftes klagenemndas tilnærming til saker av prinsipiell betydning. Det fremmes et forslag om at saker av prinsipiell betydning skal kunne behandles av en nemnd satt med fem medlemmer.

Vi er enige med departementet i at det er behov for enhetlig praksis og grundige vurderinger i saker av prinsipiell betydning. Vi er imidlertid usikre på om departementets forslag er en egnet løsning.

Klagenemndas avgjørelser er rådgivende, og avgjørelsene tillegges kun begrenset rettskildemessig vekt. Også saker hvor nemnda settes med fem medlemmer, vil etter alminnelig juridisk metode ha lav rettskildemessig vekt.

Hvis man legger alminnelig juridisk metode til grunn, vil en avgjørelse fra en «stornemnd» kun ha økt betydning for nemnda selv. Når utgangspunktet er at man skal effektivisere og spare kostnader, antar vi at nemnda bør benytte seg av andre virkemidler for å sikre en konsistent og forutberegnlig nemndspraksis. Blant de sentrale virkemidlene nevner vi

- Økt fokus på sekretariatets utredning av saken, herunder kartlegging av tidligere praksis.
- Muligheten for å drøfte prinsipielle spørsmål i halvårsmøter.

For fullstendighetens skyld nevner vi også at en hjemmel til å sette nemnda med fem medlemmer også vil skape nye utfordringer. Hva gjør man for eksempel om det senere viser seg at stornemnden har tatt feil? Med dagens løsning vil en senere nemnd kunne distansere seg fra tidligere avgjørelser. I et hierarkisk oppbygd system vil det bli vanskeligere, og risikoen øker for at markedsaktørene innretter seg etter den uriktige avgjørelsen i tiden det tar før den korrigeres.

Hvis man ønsker å øke nemndsavgjørelsens gjennomslagskraft, bør man ha økt fokus på avgjørelsens grundighet og godhet. Disse elementene kan man meget vel ivareta uten å utvide antall medlemmer i nemnda.

#### **4 Høringsnotatets punkt 8.2 – Oppfølging av klagenemndas avgjørelser**

I høringsnotatet drøftes det muligheten for ytterligere oppfølging av klagenemndas avgjørelser. Slik det er i dag, kan en oppdragsgiver velge å se fullstendig bort fra klagenemndas avgjørelser fra nemnda, uten at nemnda involverer seg i dette.

Dagens regel, som åpner for å rette en henvendelse til innklagede om hva som vil bli gjort for å rette eller unngå feil, brukes etter vår erfaring svært sjelden. En økt bruk av denne adgangen vil innebære merarbeid for sekretariatet, noe som igjen vil gå utover saksbehandlingstiden.

I høringsnotatet vises det til Finansklagenemndas modell, og denne fremstår som interessant også for klagenemnda. I Finansklagenemnda pålegges innklagede en plikt til å gi en tilbakemelding på om nemndas syn vil bli lagt til grunn eller ikke fulgt i de sakene hvor det konstateres brudd på regelverket. Hvis nemndas syn ikke vil bli fulgt, skal det gis en begrunnelse for unnlattelsen av å etterleve avgjørelsen.

Hvis tilsvarende legges til grunn for klagenemndas avgjørelser, vil det kunne bidra til å opprettholde og kanskje øke betydningen av nemndas uttalelser, uten nevneverdig merarbeid for sekretariatet.

Sekretariatets merarbeid vil kun bestå i å motta meldingen og lagre den på saken i saksbehandlingssystemet. Meldingens hensikt vil i første rekke være å tvinge oppdragsgivere til å eksponere og begrunne de tilfeller hvor nemndas uttalelser ikke følges.

Lovteknisk kan endringen gjennomføres ved at klagenemndsforskriften § 12 fjerde ledd endres til å si at en slik plikt påligger oppdragsgiver i de tilfellene det blir konstatert regelbrudd fra nemnda. Alternativt kan dagens bestemmelse omformuleres til at nemnda gis myndighet til å pålegge å gi slik melding. En standard tekst for dette pålegget, med detaljer for hva begrunnelsen skal inneholde og frist kan tas inn i malene for nemndsavgjørelser.

## **5 Høringsnotatets punkt 12 – Klagenemndas avvisning av en klage**

I høringsnotatets punkt 12 fremmes forslag om å forskriftsfeste at ikke bare sekretariatet, men også klagenemnda skal kunne avvise en klage. En slik avvisningshjemmel er neppe kontroversiell. Vi stiller imidlertid spørsmål ved om det er nødvendig å innføre en klagerett for de tilfeller hvor en nemnd på tre medlemmer har kommet til at en klage skal avvises.

Hensikten med klageretten på avvisninger foretatt av sekretariatet synes å være å gi en mulighet til å få saken vurdert av nemndas leder, ikke bare av sekretariatet som saksforberedende instans. De samme hensynene gjør seg ikke gjeldende når det er tre nemndsmedlemmer som har avvist saken.

Et system hvor tre nemndsmedlemmer skal kunne overstyres av nemndas leder som deretter kan sende saken tilbake til en ny nemndsbehandling vil muligens styrke rettsikkerheten. Vi er imidlertid usikre på om dette er god bruk av ressurser, særlig sett i lys av at eventuelle rettsikkerhetsgevinster må anses å være små. Forut for avvisningen vil saken være klargjort av sekretariatet før den blir gjennomgått av tre nemndsmedlemmer og drøftet i et møte med sekretariatet. Det fremstår på denne bakgrunn som uhensiktsmessig og unødvendig formalistisk å lage et system hvor en sak som er avvist av tre nemndsmedlemmer skal kunne påklages til nemndas leder.

## **6 Nytt forslag – Forslag til endring av avgjørelsens innhold**

Det overordnede målet med denne gjennomgangen av klagenemnda må være å få ned saksbehandlingstiden. Vi vil i den forbindelse legge frem et forslag som ikke er berørt i høringsnotatet.

Dagens avgjørelser skrives etter samme mal som en dom fra de alminnelige domstoler, med en utførlig presentasjon av sakens bakgrunn, partenes anførsler og til slutt klagenemndas/sekretariatets vurdering av saken med en konklusjon.

Fra vår tid som saksbehandlere i sekretariatet vet vi at en stor del av saksbehandlingstiden går med til å utforme og skrive sakens bakgrunn og partenes anførsler. Vi er usikre på om denne tidsbruken er fornuftig. Mye tid kan spares hvis man effektiviserer selve skriveprosessen.

Klagenemndas avgjørelser tjener to hovedformål, nemlig 1. å gi partene en avklaring i den konkrete tvisten, og 2. gi føringer for hvordan regelverket generelt skal tolkes. Kun for det første formålet er det nødvendig med en gjengivelse av sakens bakgrunn og partenes anførsler. For alle andre, som ser til tidligere nemndspraksis som rettskilder, er det kun klagenemndas vurdering som er av interesse.

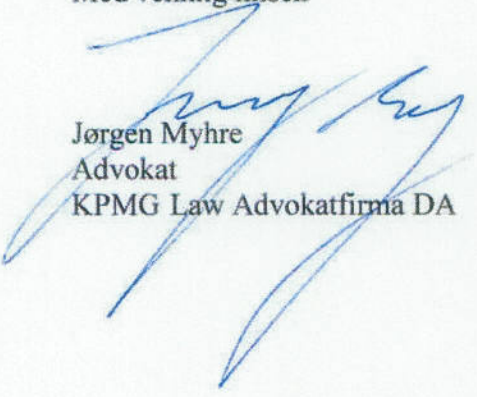
Som ledd i arbeidet med å få ned saksbehandlingstiden, foreslå vi derfor at avgjørelsene i fremtiden ikke gjengir sakens bakgrunn og partenes anførsler, men kun klagenemndas/sekretariatets vurdering.

Avgjørelsen kan da innledes med en setning hvor det for sakens bakgrunn og partenes anførsler vises til innsendt klage, tilsvarende og etterfølgende brev/prosesskriv fra partene.


Vi er innforstått med at dette ikke er en ideell avgjørelsesform, og at noe relevant informasjon/faktum kan gå tapt. Veid opp mot den tid vi mener dette vil spare, mener vi likevel denne løsningen vil være fordelaktig, i alle fall i de aller fleste sakene.

Formen på dagens avgjørelser er ikke fastsatt i forskrift. Den er utviklet gjennom sekretariatets og nemndas praksis. Det krever altså ikke noen forskriftsendring for en slik omlegging. Omleggingen kan innføres ved en instruks eller anbefaling til nemnda.

Med vennlig hilsen



Jørgen Myhre  
Advokat  
KPMG Law Advokatfirma DA



Kristian Dähle Trygstad  
Advokat  
ALT advokatfirma AS