

Nærings- og Fiskeridepartementet

postmottak@nfd.dep.no

Deres ref.:  
15/1998-1

Vår ref.:  
2015/267

Saksbehandler/dir.tlf.:  
Ann Elisabeth Rødvei, adv. MNA

Sted/Dato:  
Bodø, 14.8.2015

## Høringsuttalelse - endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser

Viser til høringsbrev av 13.4.2015. Departementet ber om synspunkter på forslag til endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser.

### Innledning

Helse Nord RHF med underliggende helseforetak samlet kjøper varer og tjenester for om lag NOK 5 mrd årlig. Vår erfaring er at Klagenemnda for offentlige anskaffelser, KOFA, er hensiktsmessig som et rådgivende, lavterskel tvisteløsningsorgan, og at KOFAs råd blir fulgt.

Som vi gav uttrykk for i vårt hørings svar til NOU 2010:2, håndheves anskaffelsesretten i Norge best av domstolene, med de rettsikkerhetsgarantier dette gir for begge parter. Helse Nord RHF er derfor prinsipielt i mot at KOFA skal gis gebyrmyndighet og/eller søksmålskompetanse.

Tilbakebetaling av gebyr dersom klager får medhold har vi ikke særlige motforestillinger til. Vi mener imidlertid en like hensiktsmessig løsning kan være å senke dagens gebyrsatser fremfor å etablere flere saksbehandlingstrinn i KOFA. Dersom tilbakebetaling velges foretrekker vi alternativ 1. Alternativ 2 vil kreve ytterligere saksbehandling, med risiko for en uheldig sortering i alvorlige og mindre alvorlige feil.

### Behovet for å endre håndhevelsesreglene

Anskaffelsesregelverket gir private tilbydere rettigheter som de i utgangspunktet selv er ansvarlig for å forfølge. Helse Nord RHF ser ikke bort fra at terskelen for å reise søksmål for domstolene med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er høynet som følge av domstolsmodellen. Om dette i så fall har medført at ulovlige direkte anskaffelser ikke blir sanksjonert gir imidlertid høringsnotatet ingen svar på.

Antallet intensjonskunngjøringer har derimot vært økende. Denne åpenheten kunne resultert i adskillig flere klager til KOFA, dersom potensielle leverandører av det intensjonskunngjorte hadde ment at oppdragsgiver var i ferd med å gjøre en ulovlig direkte anskaffelse. Vi tror ikke gebyret på kr. 1000,- vil avholde potensielle leverandører fra å klage dersom de mente oppdragsgiver skulle konkurransesatt kontrakten.

Helse Nord RHF skulle derfor gjerne sett at effekten av intensjonskunngjøringer og andre tiltak som allerede er iverksatt ble utredet før en konkluderer med at det er klart behov for å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser. En nærmere utredning kunne gitt et bredere grunnlag for å drøfte alternative tiltak.

Et tiltak kunne f eks være å gi klage til KOFA med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, når kontrakten er intensjonskunngjort, fristavbrytende virkning. Et slikt tiltak kunne sikre at konkurranse ble etablert dersom KOFA kom til at kontrakten må konkurranseutsettes på ordinær måte.

### **Gebyrmyndighet**

Gebyr er en alvorlig sanksjon som er ment å ha en pønalt og avskrekkende virkning, og er å anse som straff etter EMK art 6. Etterfølgende domstolskontroll med full prøvelsesrett er bare en side av rettighetene i art 6, og Helse Nord RHF kan ikke se at andre sider av bestemmelsene i art. 6 er drøftet. Eksempelvis gjelder dette forholdet til selvinkrimineringsvernet og oppdragsgivers eventuelle plikt til å delta i prosessen for KOFA, beviskravet sannsynlighetsovervekt, kravene til straffesiktelse etc.

Helse Nord RHF ønsker også å peke på at Konkurransetilsynet eller Nærings- og fiskeridepartementet kan, i alle fall teoretisk, bli klaget inn for KOFA med påstand om å ha begått en ulovlig anskaffelse. KOFAs sekretariat som utarbeider forslagene til saksavgjørelse for nemnda, er administrativt underlagt konkurransetilsynet, som igjen er styrt av departementet. Vi kan ikke se at denne problemstillingen er drøftet, men mener det prinsipielt er uheldig at et organ, hvis eksistens er avhengig av bevilgninger fra overordnede myndigheter, gis vedtakskompetanse overfor sin bevilgende myndighet.

For øvrig viser vi til Håndhevelsesutvalgets utredning i NOU 2012:2, s. 197 flg. og departementets vurdering i Prp. 12 L(2011-2012) kap. 7.5, og som mer nyansert drøfter ulempene ved å legge håndhevelsesbeføyelser til KOFA.

Helse Nord RHF mener i sum det er så mange betenkeligheter ved å gjeninnføre gebyrmyndighet til KOFA at dagens domstolsmodell må beholdes. Det er kun innenfor en slik modell kravene til uavhengighet og upartiskhet samt korrekt og forsvarlig tvisteløsning (bevisførsel, kontradiksjon, forholdsmessighet osv.) kan ivaretas.

### **Søksmålskompetanse**

Helse Nord RHF er motstander av å gi KOFA søksmålskompetanse i saker der organet kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Håndhevelsesutvalget vurderte dette spørsmålet, jf NOU 2012:2 s. 197 flg. men anbefalte ikke en slik ordning. Å gi KOFA søksmålskompetanse reiser flere spørsmål av prinsipiell og prosessuell karakter som ikke er drøftet i høringsnotatet. Ett av disse er habilitetsmessige spørsmål ved at staten skal kunne gå til sak mot seg selv, herunder mot administrativt overordnet instans.

KOFA bør slik vi ser det, bevare sin rolle som rådgivende organ. Å blande flere roller bidrar til å svekke tilliten til KOFA som uavhengig og upartisk. En burde mer hensiktsmessig styrke KOFAs stilling som rådgivende organ, heller enn å sette KOFA i en situasjon der egne avgjørelser skal forsvares overfor domstolen.

Helse Nord RHF finner heller ikke det kan forsvares å gi KOFA søksmålskompetanse når dette vil bety at staten skal bekoste og belaste rettsapparatet med rettssaker mellom offentlige instanser.

### **Administrative og økonomiske konsekvenser**

Dersom KOFA gis gebyrmyndighet og søksmålskompetanse må en forvente flere klager, i tillegg til at KOFA må styrkes. Dette vil ha økonomiske konsekvenser og bidra til økt ressursbruk både for KOFA og oppdragsgivere.

Vennlig hilsen

Ann Elisabeth Rødvei  
foretaksadvokat

*Dokumentet er godkjent elektronisk.*

Kopi: Administrerende direktør