



Nærings- og fiskeridepartementet  
postmottak@nfd.dep.no

Vår dato 12.08.2015  
Deres dato 13.04.15  
Vår referanse A-273-33424  
Deres referanse 15/1998-1

## Forslag om endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser

Næringslivets Hovedorganisasjon viser til ovennevnte høring med høringsfrist 14. august 2015.

NHO ser positivt på forslag om endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser. Fra den 1. juli 2012 ble prisen på klagebehandling i KOFA hevet, og i samme åndedrett ble KOFA fratatt muligheten til å ilegge overtredelsesgebyr i saker som dreier seg om ulovlige anskaffelser. Kostnadene for å klage skjøt i været samtidig som KOFA mistet muligheten til å pålegge overtredelsesgebyr i 2012. NHO fryktet da at alvorlige brudd aldri ville bli avdekket. Siden den gang har antallet klagesaker til KOFA vedrørende ulovlige direkteanskaffelser stupt.

Nedgangen i antall saker er dessverre et tydelig tegn på at flere slipper unna med den alvorligste overtredelsen av regelverket. NHO ser på forslaget fra departementet som en bekreftelse på at de nye endringene ikke har fungert etter sin hensikt og at håndhevelsen av offentlige anskaffelser har blitt svakere etter endringen. De foreslåtte endringer kan bidra til at håndhevingen av offentlige anskaffelser igjen blir mere effektiv.

NHOs hovedsyn kan sammenfattes slik:

- Håndhevelsen av offentlige anskaffelser bør effektiviseres ved å gi KOFA myndighet til å fatte bindende avgjørelser i alle saker.
- KOFAs kompetanse i saker om ulovlige direkteanskaffelser må utvides til å omfatte ileggelse av overtredelsesgebyr og til å bringe saker inn for domstolen ved søksmål.
- Klagegebyret på 1000 kroner for ulovlige direkteanskaffelser fjernes helt.
- Klagegebyret skal tilbakebetales i sin helhet der KOFA konstaterer saksbehandlingsfeil hos oppdragsgiver, uavhengig av feilens art og omfang, altså forslaget i høringsnotatet benevnt alternativ 1).

### Innledning

NHO er opptatt av et effektivt KOFA. Formålet med opprettelsen av KOFA var å sikre raske avgjørelser på et relativt lavt konfliktnivå, stille til rådighet en billig og smidig

løsningsmodell for tvister ved offentlige anskaffelser og samtidig skaffe et effektivt alternativ til domstolsbehandlingen. KOFA er etter vår oppfatning de facto håndhevingsorganet for regelverket for offentlige anskaffelser i dag.

#### KOFA som bindende klageorgan

For å effektivisere ytterligere håndhevelsen av offentlige anskaffelser mener NHO at tiden er inne for at KOFA blir et klageorgan som avgjør klagesaker med bindende virkning, men da slik at disse kan angripes for domstolen. NHOs begrunnelse for et slikt forslag er for det første at et godt innarbeidet KOFA vil føre til effektiv håndhevelse av regelverket på linje med mange europeiske land. Å bygge på eksisterende organ vil også være et lavterskeltilbud. KOFA har opparbeidet seg en særlig kompetanse på anskaffelsesjussen som ingen domstol alene besitter. En slik ordning vil frigjøre ressurser i domstolsapparat, samtidig som avgjørelsen i KOFA kan overprøves av domstolen. Dette vil til slutt skape en enhetlig anskaffelsesrett.

Ved etablering av KOFA som et bindende klageorgan må det innføres regler om suspensjon. Det vil kunne føre til forenkling av mindre saker og frigjøre ressurser i KOFA, da slike saker vil kunne repareres mellom partene på et tidlig stadium før kontraktstildeling.

NHO foreslår på denne bakgrunn at departementet utarbeider en oversikt over effektivisering av offentlige anskaffelser i land som Norge kan sammenligne seg med, eksempelvis Danmark og Spania. Effektivisering av håndhevelsen er også sentralt i EU, hvor det i disse dager avsluttes en konsultasjon om håndhevelsen av regelverket i EU.

#### **Overtredelsesgebyr og søksmålskompetanse**

NHO støtter forslaget om at KOFA får tilbakeført sin kompetanse om å tildele overtredelsesgebyr, noe som vil lede til forenkling av håndhevelsen av ulovlige direkteanskaffelser. Det har vist seg ikke å være noen suksess å la domstolen legge overtredelsesgebyr. Dette fordi leverandørene for domstolene selv må føre bevis for et forhold som er vanskelig å avdekke, mens KOFA foretar undersøkelser selv. I tillegg må leverandørene ta kostnaden med å føre saken for retten uten et insitament utover samfunnsinteressen. En klage til domstolen gir dermed ingen direkte gevinst for saksøker.

Vi støtter også departementets forståelse av håndhevelsesdirektivet som uttrykker at det skal ilegges sanksjoner i alle tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser, og at det derfor ikke er rom for å vurdere om det kan ilegges gebyr eller ikke.

Forslaget som nå er ute til høring gir klagenemnda hjemmel til å gå til søksmål etter lovens sanksjonsbestemmelser, og hvor oppdragsgiver risikerer at kontrakten blir kjent uten virkning eller avkorte kontrakten. Dette vil ha en preventiv effekt som går langt utover hva overtredelsesgebyret tilsier. NHO hilser forslaget velkommen.

Oppdragsgivere som er usikker på rettsstilstanden har en sikkerhetsventil gjennom intensjonskunngjøring.

#### Overlappende kompetanse i KOFA og domstolen til å sanksjonere ulovlige direkteanskaffelser

Under dette punktet i høringsnotatet viser departementet til at flertallet i Håndhevelsesutvalget mente at det ikke kunne la seg gjøre å videreføre bestemmelsen i § 7b om overtredelsesgebyr parallelt med håndhevelsesdirektivets sanksjoner. Det ble påpekt at videreføring av KOFA's overtredelsesgebyr ville føre til at oppdragsgiver for samme forhold kunne bli møtt med både KOFA's gebyr og domstolens sanksjoner. Dette fremgår både i høringsnotatet, av flertallet i Håndhevingsutvalget og i innstillingen til lovendringene av 1. 7. 2012. Det er nylig skrevet en masteroppgave om forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK, hvor det drøftes om når det foreligger ulovlig gjentatt straffeforfølgning – eller lovlig parallellforfølgning i tilknytning til offentlige anskaffelser. NHO mener at departementet bør følge opp de spørsmål som reises i masteroppgaven, blant annet om parallell behandling i KOFA og domstolen vil være "dobbelstraff" og om oppdragsgivere er beskyttet av EMK.

NHO vil likevel understreke at det ikke er sannsynlig at det i fremtiden vil oppstå parallell behandling i KOFA og domstolen for samme forhold der KOFA allerede har ilagt overtredelsesgebyr. Når leverandører ikke går til domstolen med saker om ulovlige direkteanskaffelser i dag, er det nesten usannsynlig at de vil gå til domstolen etter at KOFA har ilagt gebyr.

## **Gebyr for å klage til KOFA**

### Ulovlig direkteanskaffelse

NHO mener at klagegebyret på kr 1000,- fjernes helt.

Det er et viktig signal at det ikke skal koste noe å klage på de mest alvorlige bruddene på regelverket. Det er en samfunnsmessig fordel at motivasjonen for å klage på ulovlige direkteanskaffelser øker. Å tildele kontrakter direkte uten kunngjøring kan bidra til usaklig forskjellsbehandling og korrupsjon. Samtidig bidrar ulovlige direkteanskaffelser til at det offentlige ikke får de beste vilkår for sine innkjøp.

Et klagegebyr på 1000,- kr er relativt lite, men sett hen til signaleffekten og kostnadene ved administrasjon av å tilbakebetale beløpet, vil samfunnsgevinsten være størst ved å droppe gebyret helt.

### Rådgivende uttalelser

NHO og en rekke bedrifter er frustrert over det eksisterende klagegebyret i tilknytning til offentlige anskaffelser for rådgivende uttalelser, som i beste fall gir leverandørene "et diplom på veggen". Det har derfor vært uttrykt stor misnøye over det nye systemet, hvor oppdragsgivere kan velge å se bort fra den rådgivende uttalelsen. Derfor har mange leverandører droppet klager til KOFA og oversett overtredelsene fra oppdragsgivere. Dette er en av grunnene til at antall klager til KOFA har stupt det siste året. NHO har også latt være å anbefale bedriftene å klage til KOFA, da det har liten eller ingen betydning. NHO mener at dette er en av grunnene til at klagemengden til KOFA har gått drastisk ned. NHO mener derfor at det må etableres et effektivt bindende klageorgan. Da kan klagegebyret også være høyere.

Av forslagene fra departementet, støtter NHO departementets første alternativ hvor klager får klagegebyret tilbakebetalt i sin helhet der KOFA konstaterer saksbehandlingsfeil hos oppdragsgiver, uavhengig av feilens art og omfang. Vi mener at oppdragsgiver er den

nærmeste til å bære byrden for klagegebyret ved saksbehandlingsfeil. Terskelen for å klage for leverandøren vil fremdeles være høy ettersom leverandøren uansett selv bærer omkostningene de ellers har med klagen.

Med vennlig hilsen  
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON  
Avdeling Næringsjus



Ingebjørg Harto  
Avdelingsdirektør



Arnhild Dordi Gjønnes  
Advokat