

# Forslag til effektivisering av håndhevelses- og overvåkningsreglene for offentlige anskaffelser

Arbeidsgruppen for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser

Oslo den 30. november 1999

Forslag til effektivisering av håndhevelses- og overvåkningsreglene for offentlige anskaffelser

Arbeidsgruppen for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser

*Til Nærings- og handelsdepartementet*

Arbeidsgruppen for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser ble nedsatt av Nærings- og handelsdepartementet i august 1998.

Utvalget legger med dette frem sin utredning med forslag til ny tvisteløsningsmodell. Utredningen og forslaget er enstemmig.

Oslo, 30. november 1999

*Lasse Simonsen*  
leder

## 1 Kapittel I: Innledning

### 1.1 Arbeidsgruppens sammensetning og mandat

Nærings- og handelsdepartementet oppnevnte i august 1998 en arbeidsgruppe for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser.

Arbeidsgruppen ble gitt følgende mandat:

*" I. Det nedsettes en arbeidsgruppe som skal gjennomgå eksisterende ordninger samt vurdere om tiltak bør treffes for utbedring av eksisterende muligheter eller opprettelse av nye ordninger for,*

*å klage over antatte regelverksbrudd ved offentlige anskaffelser, og/eller*

*å styrke kontrollen med at anskaffelser skjer etter regelverket og/eller*

*å tilby leverandørene og evt. oppdragsgivere mer konkret basert rådgivningsbistand, og/eller*

*å gi støtte til dekning av prosesskostnader for bedrifter ved søksmål om brudd på reglene om offentlige anskaffelser.*

*II. Gruppen bes om å fremme forslag knyttet til gjennom-gåelsen og vurderingene.*

*Forslagene må være tilpasset de internasjonale forpliktelsene Norge har inngått for offentlige anskaffelser, herunder EØS-avtalen, WTO/GPA-avtalen og EFTAs inngåtte avtaler med tredjeland.*

*III. Kostnadsdekking må angis for eventuelle nye eller utvidede ordninger og for øvrig må økonomiske- og administrative konsekvenser utredes i samsvar med utredningsinstruksens krav.*

*IV. Arbeidsgruppens mandat, opplegg for arbeidet og sammensetning kan endres av nærings- og handelsministeren.*

*V. Arbeidsgruppen leverer sitt forslag til Nærings- og handelsdepartementet innen 1.juni 1999."*

Arbeidsgruppen har bestått av følgende medlemmer:

Dr.juris Lasse Simonsen, Universitetet i Oslo (Leder)

Direktør Torild M. Brende, Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon

Lagdommer Sissel Endresen, Frostating lagmannsrett

Advokat Arnhild Dordi Gjønnnes, Næringslivets Hovedorganisasjon

Jurist Gro Granden, Landsorganisasjonen i Norge

Underdirektør Kirsten Grønnerød, Statens vegvesen

Spesialkonsulent Anders Hauger, Kommunenes Sentralforbund

Avdelingsdirektør Pål Hellesylt, Nærings- og handelsdepartementet

Seniorrådgiver Thorvald Wettestad, Arbeids- og administrasjonsdepartementet

Torild M. Brende, Handels- og Sevicenæringens Hovedorganisasjon møtte i arbeidsgruppens første møte og deretter har vararepresentant advokat Stein Graham møtt i hennes sted.

Rådgiver Barbro Bottheim, Nærings- og handelsdepartementet har fungert som sekretær for arbeidsgruppen.

## 1.2 Arbeidsgruppens arbeid

Arbeidsgruppen hadde sitt første møte 23 november 1998 og konstituerte seg med førsteamanuensis, dr. juris Lasse Simonsen, UiO, som leder. Gruppen har i alt hatt 12 møter i perioden november 1998 til september 1999.

Arbeidsgruppen har under sitt arbeide hatt kontakt med Nærings- og handelsdepartementets arbeidsgruppe for informasjonsformidling. Leder for arbeidsgruppen for informasjonsformidling Erik Eidem, Kommunenes sentralforbund, og arbeidsgruppens sekretær førstekonsulent Malin Smit, Nærings- og handelsdepartementet, har deltatt i to av arbeidsgruppens møter. Erik Eidem presenterte rapporten "Informasjon om offentlige anskaffelser" i arbeidsmøtet den 25 mai 1999.

Det er innhentet informasjon fra de nordiske landene, både skriftlig og muntlig. Merete Rasmussen fra Konkurrence-styrelsen, Danmark, har deltatt på ett av arbeidsgruppens møter hvor hun holdt et innlegg om det danske klagesystemet.

Arbeidsgruppens medlemmer har under arbeidsprosessen kommet med skriftlige innspill knyttet til avgrensede problemstillinger.

Arbeidsgruppen har hatt tre undersøkelser som er gjennomført i perioden 1996 til 1998, som grunnlagsmateriale for sitt arbeide. To av undersøkelsene er innhentet på oppdrag av Nærings- og handelsdepartementet og én på oppdrag av Næringslivets hovedorganisasjon. Undersøkelsene kartlegger leverandørens kjennskap og holdning til overholdelse og påklagelse av brudd på gjeldende anskaffelsesregelverk. Kapittel II punkt 5 og 6 inneholder et sammendrag av undersøkelsene.

## 1.3 Bakgrunnen for oppnevningen av arbeidsgruppen

Regjeringen oppnevnte i 1995 et utvalg for å "fremlegge forslag til revisjon av gjeldende regelverk for statlige oppdragsgiveres kjøp av varer og tjenester og kontrahering av bygg- og anleggsarbeider". Utvalget gikk ikke selv inn på regelverkets bestemmelser om overvåkning og håndhevelse. Med henvisning til leverandørens situasjon uttalte de likevel følgende om spørsmålet i NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser s 14:

"Når det gjelder konfliktløsning, vil utvalget peke på behovet for å vurdere nærmere hvordan det norske håndhevelsessystemet kan utformes for å fungere ut fra intensjonene og for å oppfylle de behov som synes å være til stede.

Utvalget mener også at det vil være behov for en forbedring av rådgivningsapparatet. Det kan være formålstjenlig å opprette et organ av rådgivende karakter som kan fungere som en konfliktforebygger gjennom veiledning av både oppdragsgiver og leverandører. Utvalget anbefaler at de ovennevnte problemstillinger blir nærmere utredet."

På dette grunnlaget uttrykte flere av høringsinstansene, så vel fra leverandør- som oppdragsgiversiden, ønske om en nærmere gjennomgang og vurdering av de eksisterende kontroll- og/eller håndhevelsesordninger, og om disse fungerte tilfredsstillende.

Næringslivets hovedorganisasjon har gjentatte ganger i mediebildet, og ved direkte henvendelser til Nærings- og handelsdepartementet, tatt til ordet for en gjennomgang og effektivisering av den norske håndhevelses- og over-våkningsordningen. I brev datert 25 november 1997 anmodes departementet om å "nedsette et utvalg for å vurdere systemet i Norge og om det er behov for nytenkning". Om bakgrunnen for henvendelsen sies det blant annet:

"Vår erfaring er at det foregår en rekke overtredelser av regelverket. Vi har også grunn til å tro at det er et mørketall, da bedrifter ikke vet hvor de skal henvende seg for å få vurdert sin sak, uten å gå til domstolene."

Og videre:

"Slik som det norske klage- og overvåknings-systemet er i dag, er terskelen for høy for mange små og mellomstore bedrifter til å få saker belyst, selv om sakene absolutt skulle ha vært belyst. Dette beror på mange faktorer. Små og mellomstore bedrifter har i mange sammenheng problemer med å gå til søksmål mot en potensiell anskaffer, da man er redd for at man ved en senere konkurranse ikke vil bli tatt med i betraktning. Videre synes det som om bedriftene må være 100% sikre for å vinne en sak for i det hele tatt å ta skrittet å gå til søksmål, på grunn av faren for å måtte betale både egen advokat og motpartens saksomkostninger ved et eventuelt tap. Det er således både økonomiske og ressursmessige hensyn som tilsier at leverandører avstår fra å gå til søksmål. Det er ikke uten grunn at vi for norske domstoler kun har hatt én sak etter lov om offentlige anskaffelser i Norge. Vi hadde sannsynligvis ikke hatt noen saker dersom NHO ikke hadde trådt støttende til. Faktum er at bedriftene ikke har noe annet sted enn domstolen å gå til ved en potensiell konflikt i Norge."

Dette dannet den faktiske bakgrunnen for Nærings- og handelsdepartementets beslutning om å nedsette en særlig arbeidsgruppe for å vurdere det eksisterende håndhevelses- og overvåkningssystemet.

## **1.4 Sammendrag av utredningen**

Utredningen fra arbeidsgruppen består, for uten innledningen, av i alt fem hoveddeler.

### *Kapittel II Eksisterende ordninger*

I kapittel II gis det en oversikt over eksisterende håndhevelsesordninger. Hovedvekten er lagt på klage- og håndhevelsesystemet i Norge, se punkt 1. Men det gis også et kort overblikk over de systemene vi finner i de øvrige nordiske landene (med unntak av Island).

Dessuten redegjøres det i dette kapitlet for de tre rapportene som er utarbeidet i perioden 1996 til 1998 om leverandørenes kjennskap og holdning til anskaffelsesregelverket mv. Rapportene avdekker at det hersker en utpreget uvilje blant leverandørene mot å bringe tvister inn for domstolene. En rekke forhold kan forklare denne holdningen hos leverandøren. Først og fremst er det forholdet til oppdragsgiver som er trukket fram av respondentene.

Leverandørene kvier seg for å gå i direkte konfrontasjon med oppdragsgiver av frykt for å "falle i unåde".

Arbeidsgruppens vurderinger og forslag til endringer av gjeldende system er fordelt på de tre påfølgende kapitlene.

### *Kapittel III Forslag til ny tvisteløsningsmodell*

Kapittel III tar for seg arbeidsgruppens forslag til tviste-løsningsmodell. Det foreslås opprettet et nytt organ som aktørene (herunder organisasjonene) i offentlige anskaffelses-saker kan bringe tvister inn for. Etableringen av et slikt organ ser arbeidsgruppen som et sentralt virkemiddel for å bedre effektiviteten av dagens håndhevelsessystem.

Det skal være opp til partene om de ønsker å bringe en sak inn til uttalelse for tvisteløsningsorganet. Ser eksempelvis leverandøren seg bedre tjent med å gå direkte til domstolene, står det ham fritt å gjøre dette. Men dersom en leverandør først velger å benytte tvisteløsningsorganet, skal oppdragsgiver være forpliktet til å delta i prosedyren. Saker som allerede verserer for de ordinære domstolene, skal ikke kunne behandles av tvisteløsningsorganet.

Arbeidsgruppen har funnet at et nytt tvisteløsningsorgan best fyller sin funksjon ved å avgi rådgivende, ikke bindende, uttalelser. På mange områder er det gjort gode erfaringer med responderende utvalg i Norge. Konfliktnivået holdes på et relativt lavt nivå og dermed vil flere reelle tvister kunne bringes fram i lyset.

Det foreslås etablert ett riksdekkende ekspertorgan for hele Norge. Organets medlemmer bør utpekes og honoreres av staten. Medlemmene skal være høyt kvalifiserte personer med den nødvendige uavhengighet. Arbeidsgruppen finner at den enkelte sak bør settes med tre medlemmer.

Det nye tvisteløsningsorganet skal i utgangspunktet kunne uttale seg om brudd på alle de reglene som styrer anskaffelses-prosessen, og det kan bringes saker inn for organet enten anskaffelsen befinner seg over eller under de såkalte terskelverdiene. I første rekke er det rettsbruddsspørsmålet – hvorvidt regelverket er overtrådt – som organet kan uttale seg om. Spørsmålet om erstatning og erstatningsprinsippene ligger utenfor tvisteløsningsorganets kompetanse.

Klagebehandlingen skal starte med en rettsavklaring for dermed å se om tvisten kan blegges uten en formell klagebehandling. Poenget er så raskt og enkelt som mulig å rydde av veien saker hvor det reelt sett ikke skulle være grunnlag for en tvist.

Fører ikke rettsavklaringen fram, iverksettes den formelle klageprosedyren. Saksbehandling for organet foreslås å være skriftlig. Det er hensynet til en hurtig og effektiv saksforberedelse som har vært avgjørende for valget av prosedyreform. Tvisteløsningsorganet skal både bedømme jus og faktum. På grunn av den skriftlige prosedyren vil faktumbedømmelsen skje på grunnlag av framlagte dokumenter og andre skriftstykker. Arbeidsgruppen finner at det, med unntak av taushetsbelagte opplysninger, bør være full innsynsrett i anskaffelsespapirene for partene.

Den som bringer en sak inn for tvisteløsningsorganet bør bli belastet med et mindre gebyr. For øvrig foreslår arbeids-gruppen at hver av partene skal dekke sine egne omkostninger ved å klage.

Dersom partene ikke retter seg etter uttalelsen fra tvisteløsningsorganet, vil saken kunne bringes inn for de ordinære domstolene.

#### *Kapittel IV Tilsynsfunksjonen i forhold til lov om offentlige anskaffelser*

I kapittel IV drøftes spørsmålet om tilsynet med etterlevelsen av regelverket bør styrkes. Det redegjøres først for gjeldende tilsyn, herunder hvilke plikter regjeringen og departementene har, deres myndighet til å gripe inn i enkelt-saker og deres rett til å få informasjon om anskaffelsesprosessen. Deretter drøftes behovet for en utvidet tilsynsfunksjon. Det trekkes den konklusjonen at det ikke foreligger tilstrekkelige tungtveiende grunner for å etablere et særskilt tilsynsorgan. Utbyggingen av de selvkontrollerende mekanismer, så som klage- og søksmålsadgangen til leverandørene, anses for en smidigere og mer effektiv vei å gå enn en administrativ kontroll.

#### *Kapittel V Spørsmål om effektivisering av enkelte andre sider ved håndhevelsessystemet*

De øvrige vurderinger og forslag er samlet i kapittel V – spørsmål om effektivisering av enkelte andre sider ved håndhevelses-systemet. Her drøftes slike spørsmål som hvorvidt kretsen av søksmålsberettigede bør utvides, om det bør innføres en større grad av dokumentinnsyn ved offentlige anskaffelser, om små og mellomstore bedrifter bør kunne gis et forhåndstilsagn om dekning av saksom-kostninger, og om det bør innføres en generell karenstid (eller klagefrist) etter at leverandør er valgt. Kapitlet avsluttes med enkelte bemerkninger om erstatningsinstituttet ved offentlige anskaffelser.

#### *Kapittel VI Administrative og økonomiske konsekvenser av forslaget*

Utredningen avsluttes med en redegjørelse for de administrative og økonomiske konsekvenser av forslagene til arbeidsgruppen. Det er i første rekke konsekvensene av å opprette et nytt tvisteløsningsorgan som drøftes her. Det blir også gitt enkelte merknader om følgene av å innføre en karenstid mv., selv om et slikt tiltak ikke er foreslått av arbeidsgruppen.

## 2 Kapittel II: Eksisterende ordninger

### **2.1 Klage- og håndhevelsessystemet i Norge**

#### **2.1.1 Innledning**

Før EØS-avtalen ble gjennomført i Norge fantes det ikke særlige klageregler for leverandører som mente seg urettmessig behandlet ved offentlige anskaffelser. Krenkede leverandører var i første rekke henvist til å fremme krav om erstatning for domstolene. Leverandørene hadde videre mulighet til å be Sivilombudsmannen uttale seg om oppdragsgivers håndtering av innkjøps-saker. Et tredje alternativ, klage etter forvaltningslovens bestemmelser, var derimot mindre aktuelt, siden beslutninger i forbindelse med offentlige anskaffelser bare i unntakstilfeller er å anse som enkeltvedtak. Felles for de tre klageveiene var at antallet saker var svært

få. Dette forholdet må ses i lys av at leverandørene hadde svært få rettigheter i anskaffelsesprosessen før EØS-avtalen kom på plass.

EØS-avtalen medførte at EUs direktiver om offentlige anskaffelser ble gjennomført i Norge gjennom lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter. Det nye regelverket inneholder detaljerte bestemmelser om hvordan offentlige oppdragsgivere skal gå frem for å sikre konkurranse ved sine anskaffelser. Dessuten er det gitt bestemmelser om klage-adgang for leverandørene. Nedenfor skal det fokuseres på bestemmelsene om klage og håndhevelse.

## **2.1.2 Krav til klageadgang etter EUs håndhevelsesdirektiver**

EØS-avtalens regler om håndhevelse ved offentlige anskaffelser er samlet i to direktiver. Første håndhevelses-direktiv (Rdir 89/665/EØF) gjelder tvister som omfattes av de generelle direktivene for anskaffelser av varer, tjenester og bygg- og anlegg. Andre håndhevelsesdirektiv (Rdir 92/13/EØF) gjelder anskaffelser innenfor sektorene vannforsyning, energi, telekommunikasjon og transport (de såkalte forsynings-sektorene).

EØS-avtalen stiller gjennom disse direktivene en rekke krav til utformingen av de nasjonale klageordningene:

- Det skal pekes ut et *nasjonalt uavhengig klageorgan* der det gis adgang til å få overprøvet beslutninger som omfattes av avtalens regler om offentlige anskaffelser. Organet må oppfylle kravene til domstol etter Romtraktatens art. 177. Dersom man velger en ordning med administrativ klagenemnd, skal nemndas avgjørelser kunne overprøves ved søksmål for domstolene. Det samme gjelder klagebehandling for alminnelige forvaltningsorganer som departementer og direktorater.
- Det er oppstilt minimumskrav til klageorganets *sammensetning, kompetanse og saksbehandling*.
- *Klageorganets medlemmer* skal oppnevnes og avsettes etter de samme regler som gjelder for dommere ved nasjonale domstoler.
- Avgjørelser i klagesaker skal *fattes så raskt som mulig*. Selv om kravet etter sin ordlyd retter seg mot alle typer beslutninger som fattes av klageorganet, synes det klart at kravet særlig relaterer seg til beslutninger om midlertidige forføyninger.

Betydningen av disse rettslige rammene for de nasjonale klageordningene, kommenteres nærmere senere, blant annet i kapittel III punkt 3.2.

## **2.1.3 Gjennomføringsproposisjonen – valg av klageorgan**

### **2.1.3.1 Innledning**

På bakgrunn av EØS-avtalens regler utarbeidet Nærings- og handelsdepartementet et forslag til ny lov om offentlige anskaffelser mv. i Ot.prp. nr. 97 (1991-92). Her stod gjennomføring av håndhevelsesdirektivene, og dermed valg av klageorgan, sentralt. Nedenfor skal redegjøres for de vurderinger som ble gjort.

### **2.1.3.2 Departementets ulike alternative løsninger for valg av klageorgan**

Departementet redegjorde i proposisjonen for tre alternative løsninger: Klage etter forvaltningslovens bestemmelser, se punkt a), klage ved særskilt opprettet administrativ klage-nemnd, se punkt b), og prøving for de ordinære domstoler, se punkt c).

#### **a) Klage til overordnet organ etter forvaltningsloven**

*I. Nasjonalt uavhengig klageorgan.* En løsning med et nasjonalt klageorgan ville ikke, uten at dets beslutninger kunne overprøves, tilfreds-stille direktivenes regler om klageorganets uavhengighet. Departementet mente at dette i seg selv ikke ville være et avgjørende argument mot en slik ordning. Imidlertid ble det antatt at avgjørelser etter en slik ordning ville kunne få mindre autoritet utad enn avgjørelser fattet av en uavhengig klagenemnd, eller av domstolene.

Forvaltningsorganer er dessuten underlagt politisk styring. Dette kunne bli oppfattet av leverandører fra andre EØS-land og føre til at klagebehandlingen ble oppfattet som mindre objektiv.

*II. Klageorganets kompetanse.* For departementet var det likevel avgjørende at det med denne løsningen ville være vanskelig å sikre at klageorganet fikk den nødvendige tekniske kompetanse. Klagene ville berøre et vidt spekter av anskaffelser som regelmessig ville forutsette teknisk kompetanse av forskjellig art. Alminnelige forvaltningsorganer ville etter departementets oppfatning trolig ha vanskeligheter med å opparbeide en slik kompetanse.

#### **b) En selvstendig administrativ klagenemnd**

*I. Nasjonalt uavhengig klageorgan.* Heller ikke en administrativ klagenemnd ville tilfredsstillende direktivenes krav til uavhengighet. Avgjørelser måtte i tilfelle kunne overprøves av domstolene.

Departementet anså at det ville være relativt lett å gi en nemnd en sammensetning som ga autoritet og faglig tyngde, fordi man stod fritt med hensyn til den nærmere utformingen av organets virksomhet og oppbygning. I denne forbindelse var det ikke minst viktig å kunne tilpasse sammensetningen av nemnden til de særlige behov som gjør seg gjeldende, om ønskelig i den enkelte sak. Disse forholdene tilsier at nemndas avgjørelser relativt sjelden vil bli forelagt domstolene. Dette er gunstig både av prosessøkonomiske hensyn, og fordi partene relativt raskt får en endelig avgjørelse av tvistene som forelegges klageorganet.

*II. Raske avgjørelser- klageorganets saksbehandlingstid.* Nemndsordningen vil være relativt lett å tilpasse til det antall klagesaker som kommer inn. Departementet mente derfor at en nemnd som utgangspunkt ville være velegnet til å fatte raske beslutninger. Når det gjaldt midlertidige forføyninger, var det likevel et poeng at en nemnd ikke satt sammen kontinuerlig. Det ville derfor ta noen dager fra en klage kom inn før nemnden kunne ta slike avgjørelser i en sak.

*III. Klageorganets kompetanse.* Etter departementets opp-fatning var det lite betenkelig å gi nemnden kompetanse til å treffe beslutninger om midlertidige forføyninger og tilside-settelse. Nemndens avgjørelser ville uansett måtte kunne overprøves av domstolene.

*IV. Erstatningssøksmål.* Når det gjaldt erstatning, var dette et spørsmål som etter norsk rett tradisjonelt har vært behandlet ved domstolene. Videre står avgjørelsen av erstatnings-spørsmål ikke i samme umiddelbare sammenheng med bruddet på anskaffelsesprosedyren slik



tilfellet er ved midlertidige forføyninger om inngrep. Det ble på denne bakgrunnen ikke ansett å være noe stort behov for å gi nemnden kompetanse til å avgjøre erstatningsspørsmål.

Departementet kom derfor til at man ved valg av en nemndsløsning burde overlate til domstolene å avgjøre krav om erstatning. Selv om det er uheldig at ikke ett organ vil avgjøre alle krav i en og samme sak, var dette etter departementets oppfatning ikke et avgjørende argument mot valget av en delt løsning.

På denne bakgrunnen kom departementet til at en klagenemnd både ville tilfredsstillere direktivenes minimumskrav og hensynet til de berørte interesser.

### **c) Søksmål for alminnelige domstoler**

*I. Nasjonalt uavhengig klageorgan.* En ordning med søksmål for de alminnelige domstoler tilfredsstillere naturlig nok direktivenes krav til klageorganets uavhengighet. Domstolene behandlet allerede krav om erstatning i anskaffelsessaker, samt krav om midlertidige forføyninger i andre sammenhenger. Departementet anså derfor domstolene for å være godt egnet som klageorgan.

De forhold som likevel gjorde at departementet var i tvil om man burde velge en domstolsløsning, var kravet om rask behandling og behovet for fagkompetanse.

*II. Klageorganets sammensetning og kompetanse.* Departementet antok at fagdommerne i en del tilfeller ikke vil ha den nødvendige tekniske ekspertise til å kunne bedømme sakene tilfredsstillende. Det ble imidlertid pekt på de muligheter tvistemålsloven gir retten til å få oppnevnt meddommere med "særlig kyndighet". Disse bestemmelsene vil i de fleste tilfeller sikre at domstolene har tilgang til den nødvendige kompetanse.

Departementet så imidlertid at vernetings-reglene på visse områder kunne føre til problemer. Søksmål om likeartede anskaffelser ville kunne bli anlagt ved forskjellige vernetingsorganer. Hvis anskaffelsene var spesielle eller særlig kompliserte, ville en spredning av sakene vanskeliggjøre en nødvendig kompetanseoppbygging hos domstolene. Dersom den faglige ekspertise var geografisk konsentrert, ville dessuten en spredning av sakene gjøre det vanskelig å finne kvalifiserte meddommere. Departementet antok likevel at det ikke ville være et generelt behov for tvungent vernetingsorganer. Derimot ble det åpnet for at det kunne fastsettes tvungent vernetingsorganer på områder eller sektorer hvor det forelå særlige behov.

*III. Raske avgjørelser- klageorganets saksbehandlingstid.* Ved vurderingen av kravet til rask behandling, måtte det i forhold til domstolsløsningen skilles mellom midlertidige forføyninger og endelig dom. Midlertidige forføyninger ble ved norske domstoler normalt avgjort i løpet av få dager. Det var således grunn til å tro at en domstolsløsning ville tilfredsstillere direktivenes krav i denne sammenhengen. Når det gjaldt dom for erstatning eller tilsidesettelse, var svaret noe mer usikkert. Dette skyldtes ikke minst at vilkårene for denne type krav er svært skjønnsmessige, og at det forelå lite informasjon om hvordan disse ville bli tolket i praksis.

På tidspunktet for gjennomføringen av EØS-avtalen forelå det lite informasjon om saksbehandlingstiden ved de klageorganer EU-landene hadde valgt. De opplysninger det var mulig å skaffe til veie, ga imidlertid ikke grunn til å anta at saksbehandlingstiden ved norske domstoler ville bli lengre enn i EØS-området for øvrig. Departementet la derfor til grunn at en domstolsløsning også ville tilfredsstillere direktivenes krav på dette punktet. Det var i denne

sammenhengen lagt en viss vekt på den reduksjonen i saksbehandlingstiden som allerede var skjedd ved mange domstoler, samt det arbeidet som fortsatt pågikk med å forkorte saksbehandlingstiden ytterligere.

For å bidra til kortest mulig behandlingstid ved valg av en eventuell domstolsløsning, fant departementet det ønskelig å avskjære forutgående forliksmegling etter tvml. § 273. Tvister vedrørende offentlige anskaffelser ville dessuten i det alt vesentlige berøre bedrifter og næringsdrivende som uansett ikke var underlagt tvungen megling, jf tvml. § 274. Det var på denne bakgrunn ikke betenkelig å sløyfe forliksmeglingen i disse sakene.

### **2.1.3.3 Valget av klagemodell**

Etter departementets oppfatning ville både løsningen med klage til en nemnd og løsningen med klage ved søksmål for domstolene, tilfredsstillende direktivenes krav. Begge løsningene ville dessuten imøtekomme hensynet til de berørte interessene. Valg av ordningen med klagenemnd forutsatte imidlertid opprettelsen av et nytt organ, noe som ville representere et avvik fra den normale ordningen i norsk rett. Departementet kom på denne bakgrunnen til at man burde velge en løsning med prøving for de ordinære domstolene.

Enkelte høringsuttalelser, herunder uttalelsene fra *Næringslivets Hovedorganisasjon*, *Forsvarsdepartementet*, *Arbeids- og administrasjonsdepartementet* og *Samferdselsdepartementet*, trakk mer i retning av å velge en løsning med administrativ klagenemnd. I denne forbindelse ble det stilt spørsmålsteget om domstolene ville ha den nødvendige kompetanse og hvorvidt de ville kunne fatte avgjørelser raskt nok.

Stortinget sluttet seg til departementets forslag om en domstolsbasert løsning uten nærmere debatt.

## **2.1.4 Gjeldende sanksjonsregler**

### **2.1.4.1 Anskaffelser over terskelverdiene**

Adgangen til å bringe brudd på anskaffelsesreglene inn for de ordinære domstolene følger av lov om offentlige anskaffelser, jf. §§ 4 og 5.

Leverandører, eller andre med rettslig interesse, som mener at oppdragsgiver har brutt prosedyrebestemmelsene i EØS-regelverket, kan reise sak for herreds- eller byretten. Det rettslige grunnlaget for å klage vil primært være brudd på EØS-direktivene slik de er gjennomført i de norske anskaffelses-forskriftene. Men også brudd på de generelle bestemmelsene i EØS-loven som har betydning for offentlige anskaffelser, kan benyttes som søksmålsgrunnlag. Tilsvarende klageadgang finnes ved brudd på WTO-avtalen om offentlig innkjøp. Leverandørenes rettigheter i denne avtalen er i hovedsak sammenfallende med klageretten etter EØS-avtalen.

*I. Krav om inngrep.* Foreligger det en overtredelse av EØS-regelverket, kan leverandørene kreve at regelbruddet gjøres om, eller som det heter i offanskl. § 4 andre ledd: "retten [kan] sette til side beslutninger" som oppdragsgiver har tatt.

For at inngrepsmuligheten skal være effektiv, må leverandørene kunne kreve midlertidig forføyning inntil kravet er rettskraftig avgjort. Når første inngrepshjemmelen er på plass,

følger retten til midlertidig forføyning av de alminnelige reglene for tvangs-fullbyrdelse, jf. tvangsl. kapittel 15. Dette framgår også forutsetningsvis av offanskl. § 5 første ledd.

Retten kan bare gripe inn i prosessen i tiden før kontrakt er inngått med tredjepart. Etter dette tidspunktet må leverandørene nøye seg med å rette et krav om erstatning mot oppdragsgiver.

Det er ytterst få inngrepssaker som er fremmet for norske domstoler siden det nye regelverket trådte i kraft 1. januar 1994. Arbeidsgruppen har i alt bare kjennskap til tre slike saker.

For *forsyningssektorene* er det ingen adgang til å gripe direkte inn i anskaffelsesprosedyren. Bakgrunnen er at selv mindre forsinkelser i denne sektoren gjennomgående vil føre til uforholdsmessige store tap. I stedet har retten kompetanse til å pålegge oppdragsgiveren en betinget mulkt som skal betales til statskassen dersom regelbruddet ikke rettes opp, jf. offanskl. § 5 andre ledd.

*II. Erstatning.* Krav på erstatning er den generelle sanksjons-formen ved brudd på anskaffelsesreglene. Et slikt krav kan framsettes både før og etter at kontrakt er inngått med tredjepart, det kan rettes mot så vel offentlige som private oppdragsgivere og kravet kan gjelde brudd på enhver bindende norm, så som overtredelse av lov, forskrift, avtale, god anbudsskikk, mv.

Den alminnelige hjemmel for å kreve erstatning ved brudd på anskaffelsesreglene finner man i den ulovfestede erstatnings-retten, se Ot. prp. nr. 97 (1991–92) s 18. Her må man også søke prinsippene for erstatningsutmålingen. I Rt. 1997.574 Lærlingeklausul-dommen, se s 577, ble det i tråd med dette anført at "I mangel av nærmere regulering av erstatningsspørsmål ved lov eller på avtalemessig grunnlag, må erstatningsansvaret bygge på alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger...". Det ble likevel tilføyet at grunnprinsippene må "tillempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten".

Den første saken som ble fremmet for norske domstoler om erstatning på grunn av overtredelse av EØS-regelverket, var den såkalte Nes kommune-saken, se Eidsivating lagmannsrett dom av 30. april 1997. Arbeidsgruppen kjenner til fire eller fem andre saker som har vært prøvet for domstolene.

Offanskl. § 6 inneholder en særlig erstatningsregel for *forsyningssektorene*. Bestemmelsen må forstås slik at den bare regulerer det tilfellet at leverandøren begrenser sitt krav til den negative kontraktsinteresse. Hvorledes regelen for øvrig skal forstås, er uklart. Bestemmelsen er opphevet i den nye lov om offentlige anskaffelser, se nedenfor.

Det vil bli gjort noen ytterligere bemerkninger om erstatningssanksjonen senere i kapittel V punkt 6.

#### **2.1.4.2 Anskaffelser under terskelverdiene**

Anskaffelser under terskelverdiene utgjør den største delen av statens anskaffelser i volum. I verdi utgjør de 75% av totalanskaffelsene.

For *statlige* innkjøp under terskelverdiene gjelder Statens regelverk for offentlig anskaffelse (REFSA). Regelverket er en statlig instruks og regnes i utgangspunktet bare for å ha virkning på linje med interne retningslinjer. I forbindelse med arbeidet med REFSA var spørsmålet om

regelverkets rettslige status opppe til vurdering, se NOU 1975:9. REFSA-utvalget fant den gang at lovformen ikke var hensiktsmessig å benytte. Det ble særlig lagt vekt på at regelverket skulle være enkelt å revidere. Man fant heller ikke at hensynet til legalitetsprinsippet tilsa at regelverket ble gitt som lov. REFSAs regler begrenset seg til saksbehandlingsregler på statens eget område og grep ikke inn i leverandørenes private rettssfære. Utvalget var videre av den oppfatningen at en sammenblanding av regler som dels tok sikte på å regulere det offentliges interne saksbehandling, og dels forholdet mellom leverandører og det offentlige, var uheldig og burde unngås.

For *kommunale og fylkeskommunale* anskaffelser gjelder de reglene som kommunen eller fylkeskommunen har vedtatt. Det er utarbeidet en såkalt Normalinstruks for anskaffelser for disse sektorene. Normalinstruksen er ikke obligatorisk, men mange kommuner og fylkeskommuner har enten besluttet å følge normalinstruksen eller utarbeidet eget regelverk basert på denne. REFSA og normalinstruksen har i hovedsak de samme retningslinjer for prosedyrene ved tillatte anskaffelsesmetoder.

De generelle prinsippene som kan utledes av EØS-avtalen, typisk forbudet mot diskriminering, gjelder også for anskaffelser under terskelverdiene. Dessuten vil oppdragsgivere være bundet av prinsippene for god anbudsskikk, se NS 3400, så langt ikke disse er satt til side ved en tilkjennegivelse overfor leverandørene.

Det foreligger per i dag ingen særlig inngreps-hjemmel når det gjelder anskaffelser under terskelverdiene. Forvaltningslovens regler om klage kommer regelmessig heller ikke til anvendelse. Beslutninger truffet under en anskaffelsesprosess vil bare unntaksvis være et enkeltvedtak.

Leverandørene vil derfor være henvist til å kreve erstatning for tap de har blitt påført som følge av regelkrenkelsen. Søksmål tas ut for herreds- eller byretten. Noe særlig unntak for forliktsrådsbehandling foreligger ikke i disse sakene, men svært ofte vil fritak fra tvungen mekling følge av tvml. § 274.

## **2.1.5 Nytt regelverk**

### **2.1.5.1 NOU 1997:21**

Departementet nedsatte i 1995 et utvalg som skulle revidere det statlige anskaffelsesregelverket og herunder se på muligheten for regelforenklinger. Utvalgets mandat sier blant annet følgende:

"Utvalgets forslag skal ta sikte på å forenkle og tilpasse regelverket til de oppgaver og funksjoner som statlige oppdragsgivere er stillet overfor under eksisterende økonomiske, juridiske og tekniske forhold samtidig som reglene bør anspore til en fremtidsrettet utvikling innen næringslivet."

En nærmere utredning av eksisterende klage- og hånd-hevelsessystem var ikke omfattet av utvalgets mandat. Utvalget ga likevel uttrykk for at det var viktig å ha et overvåknings- og håndhevelsesapparat utformet slik at regelverket fungerte etter intensjonene. Det ble derfor anbefalt å utrede disse spørsmålene videre.

Utvalget mente også at det kunne være formålstjenlig å opprette et organ av rådgivende karakter, som kunne fungere som en lynavleder ved konfliktløsning og som kunne veilede både oppdragsgivere og leverandører, og således bidra til at konflikter unngås. En forutsetning for å oppnå dette var etter utvalgets oppfatning at organet ble organisert slik at dets uttalelser ble tillagt stor autoritet.

### **2.1.5.2 Ny lov om offentlige anskaffelser**

I NOU fra 1997 ble det fremmet forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser. I samsvar med dette la departementet fram et lovforslag i Ot. prp. nr 71 (1997–98). Lovendringen ble vedtatt i februar 1999, men er i påvente av de nye forskriftene ennå ikke trådt i kraft.

Endringen i loven innebærer at lovens formål og grunnleggende krav tydeliggjøres. Videre er det inntatt en ny bestemmelse om plikt for statlige oppdragsgivere til å ta hensyn til miljømessige konsekvenser og livssyklus-kostnader under planleggingen av anskaffelser. Når det gjelder bestemmelsene om klage, er det ikke gjort substansendringer. Det er imidlertid søkt å strukturere bestemmelsene bedre enn dagens regler.

### **2.1.6 EFTAS overvåkningsorgan - ESA**

Bestemmelsene om EFTAs overvåkningsorgan (ESA) er ikke egentlig en del av det norske håndhevelses- og klagesystemet. ESA spiller imidlertid en ikke ubetydelig rolle i tvister mellom leverandører og oppdragsgivere, og vil derfor bli omtalt her.

ESA skal påse at norske myndigheter gjennomfører EØS-avtalen korrekt og at reglene overholdes i praksis. Bestemmelser om dette finner man i ODA-avtalen (Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol).

ESA kan enten igangsette behandling av en sak på eget initiativ eller på grunnlag av en klage. Både stater, EU-organer og private har klageadgang. ESA har plikt til å undersøke alle klager som hører under dets kompetanse, jf EØS-avtalens art 109, men kan selv prioritere hvilke saker det vil forfølge videre.

ESA kan treffe vedtak som retter seg mot Norge som stat, men ikke mot den enkelte oppdragsgiver. I de tilfeller ESA finner at et EFTA-land har gjort seg skyldig i brudd på reglene for offentlige anskaffelser, skal vedkommende land og oppdrags-giver varsles om standpunktet. Det forutsettes deretter at landet svarer ved enten å bekrefte at bruddet på regelverket er korrigert, ved å gi en grunnlagt forklaring på hvorfor dette ikke er skjedd eller ved å gi melding om at anbudskonkurransen er stilt i bero.

Hvis ESA på grunnlag av norske myndigheters redegjørelse for en offentlig anskaffelse finner at anskaffelsesprosessen ikke er skjedd i samsvar med regelverket, kan saken bringes inn for EFTA-domstolen.

ESA har siden avtalen trådte i kraft i 1994 mottatt nærmere 40 henvendelser hvor det har vært mistanke om at norske oppdragsgivere har brutt EØS-reglene om offentlige anskaffelser. Av disse er 25 blitt så konkrete at ESA har tatt opp sakene med norske myndigheter (det vil si Nærings- og handelsdepartementet). I de fleste tilfeller har det vært leverandører etablert i

Norge som har klaget. Sakene er stort sett behandlet på et uformelt nivå og ingen av sakene er brakt inn til EFTA-domstolen.

## **2.2 Klage- og Håndhevelsessystemet i Danmark**

### **2.2.1 Innledning**

Danmark har implementert EUs direktiver om offentlige anskaffelser ved en henvisning til direktivene i lovgivningen – såkalt inkorporasjon.

For anskaffelser under EU-regelverkets terskelverdier gjelder en rekke nasjonale circulærer og bekjentgjørelser, først og fremst Byggestyrelsens circulære om udbud af bygge- og anlægsarbejde.

### **2.2.2 Lov om Klagenævnet for Udbud**

#### **2.2.2.1 Innledning**

Lov om Klagenævnet for Udbud (udbud af bygge- og anlægsarbejder og indkøb i De Europæiske Fællesskaber) hjemler gjennomføringen av håndhevelsesdirektivene. Loven trådte i kraft 01.01.1992 og fastlegger rammene for behandlingen i Klagenævnet for Udbud. De nærmere retningslinjer for nemndens kompetanse og organisasjon er fastlagt ved Industriministeriets bekjentgjørelse om Klagenævnet for Udbud.

#### **2.2.2.2 Klagenævnet for Udbud**

I Danmark har man opprettet et særskilt organ – Klagenævnet for Udbud – for å håndheve etterlevelsen av de to håndhevelsesdirektivene. Det er valgfritt for leverandørene å bringe klagesaker inn for Klagenævnet eller å bruke de alminnelige domstolene.

Klagenævnet ble opprettet ved lov i 1991 og var operativt fra 1. januar 1992. Klagenævnet er et uavhengig administrativt organ med en leder og to nestledere som oppnevnes blant danske dommere. Foruten leder og nestledere kan en rekke sak-kyndige delta i Klagenavnets saksbehandling. Avgjørelsene til Klagenævnet kan ankes inn for de nasjonale domstolene innen 8 uker.

Det har tidligere vært hevdet at Danmark med denne ordningen har valgt det andre alternativet i håndhevelsesdirektivene, nemlig administrativ klagebehandling med overprøvelses-mulighet inn for domstolene. Høyst sannsynlig fyller imidlertid Klagenævnet kriteriene for en domstol etter Romatraktatens artikkel 177. Overprøving av Klagenavnets avgjørelser bringes direkte inn for Østre- eller Vestre Landsrett.

Klagenævnet er bemyndiget til å behandle alle saker i sammenheng med offentlige anskaffelser, og kan pålegge midlertidige tiltak, tilsidesette klausuler og underkjenne hele anskaffelsesprosedyren før kontrakt er tildelt.

Klagenævnet har myndighet til å pålegge en part bot for å få framlagt nødvendig dokumentasjon i saken. Klagenævnet kan i tillegg beslutte om saksomkostninger skal ilegges. Søksmål om skadeserstatning må imidlertid bringes inn for de nasjonale domstolene.

Klagenævnets saksbehandlingstid er ca. 4 måneder. Klagenævnet avgir i gjennomsnitt 15 kjennelser per år. I to tredjedeler av sakene viser det seg å være brudd på anskaffelsesprosedyrene. Som oftest er kontrakt sluttet før saken kommer til Klagenævnet. Bare i et fåtall av de saker som blir forelagt Klagenævnet, har nævnet grepet inn i selve anskaffelses-prosedyren.

Det er få leverandører som har brakt tvisten inn for domstolene isteden for til Klagenævnet for Udbudssaker. Grunnen til dette antas å ligge i at det anses for å være noe billigere og raskere å bruke Klagenævnet enn domstolene.

## **2.2.3 Konkurrencestyrelsen**

### **2.2.3.1 Generelt**

Konkurrencestyrelsen, underlagt Erhvervsministeriet, ytet fram til 1996 rådgivning og veiledning på området EU-anskaffelser. I 1996 fikk Konkurrencestyrelsen kompetanse til å bringe saker inn for Klagenævnet for Udbud og begynte dermed å behandle konkrete saker. Konkurrencestyrelsen har myndighet til å arbeide operativt og være aktiv i konkrete saker i tiden før kontrakt er tildelt.

Konkurrencestyrelsen har, i en slags meglersrolle, aktivt gått inn i pågående anskaffelser og bidratt til at en klar majoritet av sakene er blitt løst før tvistene har fått utvikle seg. Konkurrencestyrelsen hevder at det gjennomgående har vært enkelt å oppnå enighet med oppdragsgiverne selv om de ikke har noen juridiske sanksjonsmuligheter. Dette forklares med at Konkurrencestyrelsen har tilstrekkelig tillit og autoritet blant øvrige myndigheter. Konkurrencestyrelsens rett til å bringe saker inn for Klagenævnet for Udbud innebærer også et påtrykk overfor oppdragsgiverne.

Konkurrencestyrelsen poengterer at de ikke har rollen som ombud for noen av partene, men er en myndighet med ansvar for å ivareta helheten i de saker de blir forelagt. Konkurrencestyrelsen får oftest en skriftlig henvendelse fra en leverandør under en pågående anskaffelse. Dersom Konkurrencestyrelsen mener det foreligger feil ved prosedyren, blir oppdragsgiver kontaktet for at han skal kunne avgi sine synspunkter på de opplysningene som leverandøren har kommet med. Oppdragsgiver skal svare skriftlig innen én uke. Konkurrencestyrelsen ber deretter om et møte med oppdragsgiver og i de fleste tilfeller leder denne kontrakten til at eventuelle feil blir rettet. Erfaringen viser at oppdragsgiverne er positive til den veiledning de dermed får, og til at mulige domstolsprosesser og eventuelle erstatningskrav avverges.

Konkurrencestyrelsen ser dette som en meget smidig og samfunnsøkonomisk gunstig løsning.

Konkurrencestyrelsen har i tidsperioden 1996 til september 1997 mottatt ca. 200 saker, dvs. nærmere 100 saker per år. Da de fleste tviste-saker kommer opp under anskaffelsespro-sessen, har Konkurrencestyrelsen kunnet bidra til å rette opp/korrigere feil ved prosessen før kontrakt blir inngått.

Konkurrencestyrelsen yter også assistanse til danske bedrifter som blir diskriminert i konkurransen om offentlige oppdrag i utlandet. Hovedoppgaven til Konkurrencestyrelsen er imidlertid å behandle klagesaker for så eventuelt å bringe dem inn for Klagenævnet for Udbud.

Konkurrencestyrelsen oppfattes i praksis som en form for førsteinstans i klagesaker.

## **2.3 Klage- og håndhevelsessystemet i Finland**

### **2.3.1 Innledning**

Finland har gjennomført EU-direktivene ved den finske lov om offentlige anskaffelser – en rammelov som kommer til anvendelse ved tilnærmet alle typer anskaffelser - samt to forskrifter som inneholder prosedyreregler over terskelverdiene for henholdsvis forsyningssektoren og klassisk sektor.

Med unntak av forsyningssektoren gjelder de grunnleggende prinsipper som loven oppstiller også for anskaffelser under terskelverdiene. Dette innebærer at kontrakter under terskelverdiene kan prøves for domstolene. Loven gjelder både for statlige og kommunale oppdragsgivere.

I Finland er regelforvaltning og tilsyn lagt under det finske Industriministeriet.

Tilsyn over anskaffelsesområdet skjer i hovedsak gjennom veiledende besvarelser og forespørsler, samt gjennom generell informasjon.

Leverandører kan, dersom det foreligger mistanke om at offentlige oppdragstagere har brutt anskaffelsesreglene, bringe saken inn for Konkurrensrådet i de tilfeller kontrakt ikke er tildelt.

### **2.3.2 Konkurrensrådet**

Konkurrensrådets kompetanse følger av Forvaltnings-prosesslagen, Lagen om konkurransbegrensninger og Lagen om offentlig upphandling (LOU). Medlemmene av Konkurrensrådet blir oppnevnt av Presidenten for en periode av 3 år. Konkurrensrådets medlemmer består av jurister med dommeransvar. Formannen er høyesterettsdommer. Rådets avgjørelser er offentlige.

Det har i årene fra 1993 til år 1998 skjedd en markant økning av antall klagesaker til Konkurrensrådet, noe som forklares med at leverandørene har fått større kjennskap til loven enn tidligere. Saksbehandlingstiden er i gjennomsnitt litt over to måneder.

I utgangspunktet er det bare anskaffelser hvor kontrakt ikke er tildelt som kan klages inn for Konkurrensrådet. Etter kontraktsinngåelsen må saker bringes direkte inn for forvaltningsdomstolene.

Med hjemmel i LOU er Konkurrensrådet gitt følgende myndighet:

1. Helt eller delvis å oppheve en beslutning fra oppdragsgiver
2. Forby oppdragsgiver å legge til grunn ulovlige vilkår i anskaffelsesprosessen og ellers å følge en feil framgangsmåte
3. Pålegge oppdragsgiver å korrigere den feilaktige framgangsmåten



4. Pålegge oppdragsgiver å betale godtgjørelse til en part som hadde en reell mulighet til å vinne anbudskonkurransen dersom framgangsmåten hadde vært feilfri.

Konkurrenserådet plikter å høre samtlige involverte parter i saken før de tar sin endelige avgjørelse. Konkurrenserådet har også myndighet til å be partene om å møte i rådets møter, samt å pålegge partene å framlegge relevante dokumenter. Dersom en part ikke etterkommer pålegget, kan Konkurrenserådet ilegge en mulkt ("vite").

Av samtlige saker som Konkurrenserådet mottar, ender ca. 1/3 med at oppdragsgiver må korrigere sin framgangsmåte.

Det ble foretatt en lovendring i Finland den 1. mars 1998. Konkurrenserådets myndighetsområde ble utvidet slik at rådet også kan prøve saker som ligger under terskelverdiene. I tillegg ble det innført en erstatningsbestemmelse som er tenkt å kunne hjemle krav om dekning av den positive kontraktsintressen. Lovendringen ga også Konkurrenserådet myndighet til å ilegge oppdragsgiver å betale en såkalt godtgjørelse til leverandøren. En slik godtgjørelse kan gå lenger enn bare å dekke kostnadene ved å delta i anskaffelsesprosessen.

Ved siden av leverandørene har Handels- og industriministeriet klagerett overfor konkurranserådet. Det har dessuten vært diskutert å gi bransjeorganisasjoner klagerett, men dette anses fortsatt å være fremmed i den finske rettstradisjonen.

## 2.4 Klage- og håndhevelsessystemet i Sverige

### 2.4.1 Innledning

I Sverige er ansvaret for anskaffelsesområdet delt mellom Finansdepartementet som har ansvaret for regelverket (Lag om offentlig opphandling), og en nemnd, Nämnden för offentlig upphandling, som ivaretar oppgaven som tilsynsmyndighet.

Ved gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv valgte man i Sverige å la klager vedrørende offentlige anskaffelser – over og under terskelverdiene – bli behandlet av det eksisterende domstolssystemet. Leverandører som er part i saker om offentlige anskaffelser, har klagerett.

En leverandør som vil kreve at det foretas *inngrep* i anskaffelsesprosedyren, kan bringe saken inn for forvaltningsdomstolen.

Forvaltningsdomstolens første instans, länsrätten (LR), avgir dom i saken. Dom blir normalt avgitt i løpet av 1–2 uker fra det søksmål er reist. LR kan pålegge enten at det foretas rettelser i prosessen eller at anskaffelsesbeslutningen skal omgjøres. En dom fra LR kan overklages på ordinær måte til Kammarrätten og i siste instans til Regeringsrätten. Partenes klagerett gjelder tiden før kontrakt er inngått. Forvaltningsdomstolene har inntil september 1997 prøvet ca. 300 saker, og av disse er ca 15–20 prøvet i alle tre instanser.

Krav om *erstatning* må fremmes for de alminnelige domstolene, hvor første instans er tingsrätten. Kravet må være framsatt innen ett år "från den dag då beslut om leverantör fattats", jf. LOU 8 §.

## **2.4.2 Lagen om offentlig upphandling**

Fra og med 1. januar 1994 gjelder Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) for offentlige anskaffelser i Sverige.

LOU inneholder generelle regler for offentlig anskaffelse (kapittel 1), spesielle regler for varer (kapittel 2), byggentrepriser (kapittel 3), vann-, energi-, transport og telekommunikasjonsområdene (kapittel 4), tjenester (kapittel 5), regler for anskaffelser under terskelverdiene (kapittel 6) og regler for klage, erstatning mm (kapittel 7).

## **2.4.3 Nämnden för offentlig upphandling**

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) er en statlig myndighet som ble opprettet knapt ett år før Lagen om offentlig upphandling (LOU) trådte i kraft 1. januar 1994. NOU består av et kansli og en nemnd. Kansliet har ansvaret for den løpende virksomheten og svarer for kontaktene med innkjøpsenheter, andre organisasjoner og enkeltpersoner, primært bedrifter.

NOUs oppgave er blant annet å:

- utøve tilsyn med at innkjøpere følger Lagen om offentlig upphandling (LOU) og WTO(GPA)
- bidra til effektivisering av offentlige anskaffelser
- spre informasjon gjennom muntlige og skriftlige henvendelser, seminarer og konferanser
- følge utviklingen på anskaffelsesområdet innen EU og WTO
- avgi generelle råd og kommentarer når det gjelder LOU

NOU er en ren tilsynsmyndighet uten verken påtalerett eller rolle som megler. En part kan derimot søke megling hos kommisjonen, jf. LOU § 12.

NOU angir at man har ca. 2-3 klager per uke. Dessuten kommer det inn ca. 20–30 spørsmål per dag via telefon og e-mail. NOU utgir også et nyhetsbrev "NOU Info" fire ganger per år.

## **2.4.4 Riksdagens revisorers rapport 1997/98:RR10**

Riksdagens revisorer har gransket forholdene rundt offentlig anskaffelse i Sverige og levert sitt forslag til Riksdagen i rapport 1997/98:RR 10.

Formålet med granskningen var blant annet å undersøke effektene av LOU. Både tilsynet med loven og regjeringens rolle er blitt gransket. Dessuten er det sett på generelle spørsmål angående samordning av anskaffelser og bruken av rammeavtaler.

Revisorene poengterer tilsynsfunksjonens betydning for offentlige anskaffelser. De mener det er viktig at myndighetene kan kontrollere at regelverket blir fulgt. Samtidig er revisorene kritiske til at regjeringen ennå ikke har bestemt hva tilsynet skal omfatte og hvordan det skal gjennomføres.

Revisorene framholder at regjeringen har akseptert en ordning der tilsyn ikke blir gjennomført. Det er tydeligvis overlatt til tilsynsorganisasjonen selv å bestemme hvordan tilsynet skal utøves. Samtidig består den organisasjonen som har til oppgave å utøve tilsyn delvis av de parter som skal overvåke, et forhold som flere av høringsinstansene påpeker og kritiserer. Revisorene hevder at innholdet i tilsynsfunksjonen bør avgjøres av et uavhengig organ.

#### **2.4.5 Kommittédirektiv, Dir. 1998:58, Översyn av Nämnden för offentlig upphandling m.m.**

I juni 1998 ga regjeringen en spesiell utreder i oppgave å gå igjennom NOUs organisasjon, nemndens rolle og hvilke oppgaver tilsynet bør ha i framtiden på anskaffelsesområdet. Mandatet omfattet også å vurdere gjeldende erstatnings-bestemmelser.

Mandatet framholder blant annet at NOU er en såkalt "nämndmyndighet". "Nämndmyndigheter" er en kategori myndigheter som først og fremst kjennetegnes ved å ha et avgrenset ansvarsområde. Det dreier seg om relativt små organisasjoner og dermed øker behovet for en kollektiv beslutningsform.

NOU har samme problemer som andre nemnd- og småmyndigheter med styringen av virksomheten. Manglende administrativ og økonomisk kompetanse innebærer at små organisasjoner kan ha problemer med å møte regjeringens krav til å tillepe det regelverket som gjelder for statsforvaltningen. Få ansatte gir en sårbar organisasjon. Dette begrenser muligheten til å håndtere toppe med stor arbeidsbelastning, eller arbeidsbortfall ved sykdom eller annet fravær. Et spesielt problem med NOU er at det er vanskelig å måle effektene av virksomheten og å se helheten, eksempelvis når det gjelder spørsmålet om etterlevelsen av regelverket er blitt bedre.

I mandatet anføres det at NOUs ressurser hovedsakelig er blitt brukt til informasjonsvirksomhet. Med bakgrunn i det problem-bildet som suksessivt har avtegnet seg på anskaffelsesområdet i løpet de 5 årene som NOU har eksistert, er det viktig at NOUs framtidige organisasjon, rolle og oppgaver nå blir evaluert. En slik vurdering sammenfaller også med regjeringens holdning til bruken av "nämndmyndigheter" i prp Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst (prp 1997/98:136). Regjeringens vurdering er at beslutningsformer i de vanlige forvaltnings-myndighetene er å foretrekke framfor formen av "nämndmyndigheter".

Utrederen skal analysere behovet for tilsyn av offentlige anskaffelser. Videre skal det legges fram forslag om styring, støtte og organisering av offentlige anskaffelser og NOUs virksomhet.

Signaler er kommet fra leverandørsiden om at mange er restriktive med å klage på offentlige oppdragsgivere av redsel for å bli "svartelistet". Derfor skal utrederen også analysere om den framtidige tilsynsmyndigheten og/eller andre bransje-organisasjoner skal få rett til å klage.

## **2.5 Sammendrag av NORUT Samfunnsforskning rapport SF 07/96 og rapport 01/98**

### **2.5.1 Norut Samfunnsforskning rapport SF 07/96**

I 1996 leverte NORUT Samfunnsforskning rapporten "Offentlige anskaffelser på anbud – virkninger og erfaringer med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser".

Formålet var å gjennomføre en kartlegging av erfaringer og virkninger av EØS-avtalen for offentlige anskaffelser. Kartleggingen skulle gjelde både innkjøpere og norsk næringsliv, og skulle dekke perioden fra EØS-avtalens ikrafttredelse fram til 31.12.95. Rapporten er basert på følgende kilder for informasjon: Statistikk over de norske innkjøpere som har foretatt anskaffelser over terskelverdiene for EØS-forskriftene, og spørreundersøkelser (ca. 300 innkjøpere og ca. 900 bedrifter) med svarprosent på henholdsvis 56% og 46%. De skriftlige spørreundersøkelsene er fulgt opp med dybdeintervjuer av et mindre antall innkjøpere og bedrifter.

Noen av de viktigste resultatene fra undersøkelsen når det gjaldt innkjøperne, er følgende:

- Bruken av anbudskonkurranser har økt, ikke bare for kontrakter over terskelverdien, men også for kontrakter under disse verdiene,
- Rapporten tyder på at det er innen fylkeskommunal og kommunal sektor det har skjedd de største forandringene i perioden (særlig når det gjelder større enheter innen disse sektorene,
- En stor andel av innkjøperne mener regelverket er for strengt når det gjelder adgangen til å foreta kjøp etter forhandlinger.

Noen av de viktigste resultatene når det gjelder bedriftene, er følgende:

- Det er nesten bare norske bedrifter som byr på de norske offentlige leveransene (96%). Rundt en tredjedel av anbyderne er imidlertid importører eller forhandlere på vegne av utenlandske bedrifter (disse var også med før EØS).
- De aller fleste bedriftene opplyser at de har en viss kjennskap til regelverket (76%), mens 11% mener de kjenner regelverket meget godt.
- Bedriftenes viktigste kilde for anbudsinformasjon er aviser, og den nest viktigste kilden er Norsk Lysningsblad.

En av de sentrale påstandene i undersøkelsen, når det gjelder bedriftene, er at de fleste ikke oppfatter klagemuligheten som god (verken nasjonalt eller internasjonalt). Respondentene er heller ikke fornøyd med de tilbakemeldingene de får når tilbudene forkastes.

### **2.5.2 Norut samfunnsforskning rapport sf 01/98**

Nærings- og handelsdepartementet ønsket en oppfølging av enkelte sider ved EØS-undersøkelsen fra 1996. Av rapporten fra 1996 framgår det at leverandørene anser klagemulighetene som små ved tildeling av offentlige anskaffelser. Fra NHOs side ble det videre hevdet at terskelen for å bruke de nasjonale overvåkningsorganene som klageinstans var for høy.

Dette var bakgrunnen for at departementet ba NORUT gjennomføre en tilleggskartlegging for å undersøke leverandørenes kjennskap til klageorganene, deres holdning til det å fremme klager og hvordan de stiller seg til den nasjonale delen av klageordningen.

### **2.5.2.1 Kunnskap om EØS-regelverket og klageinstansene**

I undersøkelsen av 1998 ble bedriftene stilt følgende spørsmål: Hvordan vurderer du bedriften sin kunnskap om EØS-regelverket for offentlige anskaffelser med hensyn til det å skulle fremme en klagesak?

56% av bedriftene svarte at de hadde noe kunnskap om regelverket, men for lite til å fremme en klagesak. 8% sier de har svært god kunnskap om regelverket og 8% oppgir at de har akkurat nok kunnskap til å fremme en klagesak. 84% sier kunnskapsnivået om regelverket er for lavt til at de kan fremme en klagesak *på egen hånd*. De som oppgir å ha god kjennskap til regelverket viste seg å være større bedrifter med mange oppdrag overfor offentlig sektor.

Rapporten viser at nesten halvparten av de mellomstore bedriftene oppga at de ikke hadde noen kunnskap om regelverket.

De færreste av de bedrifter som hadde kjennskap til de ulike klageorganene, hadde kunnskap om prosedyren rundt klage-ordningene. Dette skyldes at det foreløpig ikke har vært aktuelt å klage og at det derfor ikke har vært nødvendig for bedriftene å sette seg inn i prosedyrene rundt dette.

Det var kun 16% av bedriftene som oppga å ha *nok kunnskap* til å fremme en klage på egen hånd hele 4 år etter at ordningen trådte i kraft. Behovet for informasjon om regelverket og klageinstansene er derfor fortsatt stor.

### **2.5.2.2 Behovet for å reise klagesaker**

I den første EØS-undersøkelsen oppga 82% at de så på klagemulighetene som små. Begrunnelsen var ofte at de var redde for å få et dårlig forhold til oppdragsgiver. Undersøkelsen avspeiler store forskjeller mellom bedriftsstørrelse og svarene som blir gitt. Jo mindre bedrifter er, desto flere mente at klagemulighetene var små.

Bedriftene ble spurt om de hadde opplevd eller hatt mistanke om brudd på EØS-regelverket eller om de kjente til at bestemte konkurrenter var blitt forfordelt på en konkurransevridende måte.

En tredjedel mente at "de hadde vært borti tilfeller der tildelingen av kontraktene hadde skjedd på en heller tvilsom måte og på kanten av regelverket", se s 11. I disse svarene viser det seg ikke å være avhengighet mellom bedriftsstørrelse og de svar som gis. Antallet anbud/tilbud bedriftene har levert inn, har derimot betydning for svaret. Bedrifter innen varehandel, forretningsmessig og privat tjenesteyting oppgir i langt større grad enn bedrifter innenfor andre næringer å ha opplevd en form for forfordeling. Nesten halvparten av disse bedriftene svarte å ha opplevd slike tilfeller, noe som ligger dobbelt så høyt som for de andre næringene. Dette kan ha sammenheng med den type anbudskonkurranser de deltar i.

Bedriftene ble oppfordret til nærmere å konkretisere hva slags typer regelbrudd de hadde opplevd.

Flere oppga da at et mindre gunstig økonomisk anbud/tilbud hadde blitt tildelt oppdraget. Noen bedrifter ga eksempler på tvilsomme konkurranseforhold, eksempelvis spesifikasjoner som begrenser antall bedrifter som kan by på anbudet, eller anbudsspesifikasjoner som endres underveis.

Halvparten oppga at lokale eller faste leverandører fikk leveransen. Videre mente bedriftene det var en slags indirekte forfordeling, i form av uklare og/eller feilaktige kriterier som ble lagt til grunn ved kontraktstildeling.

Flere opplevde at det ble lagt politiske føringer på anbuds-prosessen, og mange mindre firmaer følte seg overkjørt av oppdragsgiverne.

### **2.5.2.3 Bedriftenes holdninger til å klage**

Det virker som om mange bedrifter mangler en gjennomtenkt strategi og tradisjon i sin holdning til det å klage. Den viktigste grunnen til ikke å klage er forholdet til oppdragsgiveren. Hele 43% oppgir dette som den viktigste grunnen til ikke å klage. Flere opplever det meget spesielt å gå til sak mot det offentlige.

Når bedriftene får en begrunnelse for tildelingen, oppfattes disse i mange tilfeller som lite spesifikke, uklare og ensidige. Gjennom dette forsvinner mye av vurderingsgrunnlaget. Flere opplever det som lite populært å be om begrunnelser på avslag, hvilket forsterker bedriftenes inntrykk av at det offentlige er lite medgjørlige i forbindelse med beslutninger i anskaffelsesprosedyren, noe som igjen får negativ innvirkning på bedriftenes vilje til å klage.

25% oppga manglende kjennskap til framgangsmåte og regelverk for å være den viktigste grunnen til ikke å klage. Videre oppga 20% av bedriftene som hovedgrunn til ikke å klage, at mulighetene til å vinne fram var små. Mange ser det som vanskelig å bevise regelbrudd i anbudsprosessen. Tilbudets størrelse er avgjørende. Mange tilbud har så lav verdi (under terskelverdien) at bedriftene ikke "finder det bryet verd" å klage. I stedet velger bedriftene å konsentrere seg om nye oppdrag.

Hensynet til anonymitet synes ikke å være avgjørende for mange. Eksempelvis framholdt enkelte at de var villige til å ta belastningen med å klage for å medvirke til å statuere et eksempel.

### **2.5.2.4 Bedrifter som har fremmet klager**

Det synes å framgå av svarene at følgende betingelser måtte være oppfylt før en bedrift er villige til å reise sak mot det offentlige:

- Bedriften må være helt sikker på at det har forekommet brudd på regelverket
- Det må foreligge konkrete bevis
- Prosjektets økonomiske ramme må være av en størrelsesorden som gjør det forsvarlig å klage
- Bedriften må ha tilstrekkelige økonomiske ressurser og et administrativt apparat til å kunne håndtere en klagesak.

Rapporten viser at det er en utbredt praksis blant bedriftene å klage direkte til innkjøper. Syv av bedriftene oppga å ha rettet uformelle klager til oppdragsgiver. De fleste var rettet mot innkjøpere innenfor kommunal eller fylkeskommunal sektor. Seks av bedriftene hadde på eget initiativ henvendt seg til innkjøper. Samtlige av disse var blitt avvist.

Når det gjaldt den siste klageren, et større datafirma, var både bransjeorganisasjonen og advokater involvert. Bedriften ble anbefalt å gå til ESA. Klagemålet ble ikke avgjort hos innkjøper.

### **2.5.2.5 Holdninger til klageinstanser og klageprosedyrer**

#### **a) Tersklene for å benytte norske domstoler som klageinstans**

Bare en tredjedel av bedriftene hadde dannet seg en mening om hvorvidt terskelen for å gå til domstolene er for høy. Av de som hadde en mening svarte 85% at terskelen var for høy. Bare fem bedrifter mente tersklene for å klage var akseptable.

Viktigste grunn til ikke å klage synes å være en redsel for å få et dårlig kundeforhold til oppdragsgiver. Videre er kostnadene i tid og penger en viktig begrensende faktor. Mange bedrifter hevder at selv om de har gode argumenter for å klage, skulle de ikke ha økonomi til å reise en sak.

#### **b) Bruk av namsmann**

47% av bedriftene hadde kjennskap til muligheten for å søke midlertidig forføyning via namsmannen, se s 20.

Bedriftene ble spurt om hvorvidt det kan være aktuelt å bruke denne muligheten. Samtlige svarte at det må foreligge meget graverende tilfeller av brudd på regelverket for at de skal gå til namsmannen. Terskelen er høy og de fleste oppfattet dette som et dramatisk skritt som krever at de har klare bevis. Bedriftene opplevde også de knappe tidsfristene i regelverket som et problem.

#### **c) Alternativ til de eksisterende klageordningene**

75% av bedriftene svarte at de hadde behov for et alternativ til de eksisterende klageinstansene, i form av et klageorgan hvor forhold kunne bli tatt opp før forføyninger ble iverksatt, se s 20. Det viser seg at de som er mest positive til en slik ordning, er de minste bedriftene og de med mest kunnskap om regelverket.

Bedriftene viser til verdien av å kunne få en pekepinn på hvor saken står før man eventuelt går videre med klagen.

Flere oppga at de ville søke råd hos bransjeorganisasjonene, men at de var positivt til opprettelsen av et nøytralt organ, som kan avgjøre tvistesporsmål på en rask og enkel måte.

Det ble påpekt at Konkurransetilsynet kunne inneha en slik rolle da de blant annet har et godt utbygd administrativt apparat på landsbasis.

En fjerdedel var skeptiske til et uavhengig organ, og mente de eksisterende klageordningene var gode nok, og var redd for instanser som innebar mer byråkrati. De foretrakk den juridiske trygghet og tyngde domstolene representerer.

### **2.5.3 Sluttkommentar**

I rapportens sluttkommentar sies blant annet at de bedrifter "som kom med de klareste eksemplene på mulige brudd på EØS-regelverket, representerer de som ofte ikke bare konkurrerer på pris, men også kvalitet og service", se s 25. Det kan derfor virke som om misnøyen øker når andre kriterier enn pris trekkes inn. Her vil klarere tildelingskriterier og bedre tilbakemeldinger om utvelgelsen kunne rydde en del misforståelser av veien.

Ofte skyldes mistanken om brudd på regelverket en følelse som forsterkes av manglende tilbakemeldinger eller begrunnelse for avslagene. Man får inntrykk av at mange av de "misfornøyde" ønsker seg "mer et formelt organ der den aktuelle misnøyen kan behandles på et prinsipielt grunnlag uten at dette er av en rettslig karakter og omfang", se s 25. Samtidig vil bedriftene beholde muligheten til å ta opp klagen rettslig i de tilfeller der bruddene er av graverende art. Det pekes på at et slikt organ forhåpentligvis vil kunne fungere informativt og samtidig gi veiledning eller være en rettesnor for både oppdragsgiver og leverandør om hvilke spilleregler som skal gjelde for offentlige anskaffelser.

## **2.6 Sammendrag av FINNUT-rapporten "En undersøkelse om offentlige innkjøp, klageadgang og håndhevelse"**

### **2.6.1 En kartlegging av næringslivets kjennskap til gjeldende regelverk og hvordan regelverket skal håndheves**

NHO gjennomførte i 1998 en kartlegging av næringslivets kjennskap til gjeldende regelverk og hvordan regelverket skal håndheves, og hvorvidt håndhevelsesapparatet oppfattes som godt nok. Bakgrunnen var blant annet uttalelser fra næringslivet selv hvor det ble hevdet at dette er et område som svært få næringslivsbedrifter har gode nok kunnskaper om.

### **2.6.2 Enkelte problemstillinger**

#### **2.6.2.1 Bedriftenes kjennskap til regelverket**

Bedriftene ga følgende respons på spørsmålet om kjennskap til de ulike regelverk på anskaffelsesområdet, se s 8:

- Kjennskap til EØS-avtalen: God kjennskap 18%, litt kjennskap 60%, ingen kjennskap 22%.
- Kjennskap til REFSA: God kjennskap 13%, litt kjennskap 35%, ingen kjennskap 51%.
- Kjennskap til KS' anskaffelsesinstruks: God kjennskap 4%, litt kjennskap 36%, ingen kjennskap 60%.



EØS-avtalen viste seg altså å være det regelverk som var best kjent blant bedriftene. Det viste seg videre å være små variasjoner i forhold til hvilke deler av den offentlige sektor bedriftene primært leverte til.

### **2.6.2.2 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt**

I oppdragsgivers begrunnelsesplikt ligger at offentlige innkjøpere gir bedriftene tilbakemelding om hvilke utvelgelseskriterier – så som pris, kvalitet, leveringsforhold osv. – som ligger til grunn for det endelige valg av leverandør. Bedriftene har ved forespørsel krav på å få vite årsaken til at de ikke når fram i en konkurranse.

På spørsmål om hvorvidt bedriftene oppfattet at det var samsvar mellom hva de offentlige innkjøpere sier med hensyn til utvelgelseskriterier og det som faktisk blir gjort, svarte 52% at det som oftest var tilfellet mens 44% oppga at det sjelden var samsvar mellom hva som ble sagt og hva som ble gjort, se s 9.

22% av bedriftene oppga at de aldri fikk tilbakemelding om årsaken til at de tapte en konkurranse. Det var 11% som alltid fikk slik tilbakemelding, mens 46% oppga at de sjelden fikk dette.

### **2.6.2.3 Oppdragsgivers informasjon om klageadgang – domstolene som klageinstans**

Oppdragsgiver har ingen informasjonsplikt når det gjelder leverandørenes klageadgang, men enkelte oppdragsgivere gir slik informasjon som en integrert del av innkjøpsrutinene.

På spørsmål om bedriftene opplevde at oppdragsgivere informerer om deres klageadgang, svarte 2% at de alltid fikk denne informasjonen mens 7% fikk den ofte, 39% fikk sjelden informasjon og 52% ble aldri informert om sin klageadgang.

Videre svarte 59% av bedriftene at det ikke ville være aktuelt å gå til domstolene selv om de føler seg forbigått i en konkurransesituasjon, mens 34% var usikre. Det var 7% av bedriftene som svarte at de kunne tenke seg å henvende seg til domstolene.

Begrunnelsene for at det var uaktuelt å involvere domstolene, eller at bedriftene var usikre på en slik framgangsmåte, varierte fra bedrift til bedrift. Mange var av den oppfatningen at en slik prosess ville være altfor komplisert og ressurskrevende.

Følgende utvalg av sitater viser at usikkerheten omkring konsekvensene av en slik handling også påvirket deres avgjørelse om ikke å gå til domstolene, se s 11:

- "Kan ødelegge for mulighet til framtidige oppdrag fra samme oppdragsgiver."
- "Vanskelig å nå fram, kostbart, blir svartelistet."
- "Håper på neste kontrakt, ikke aktuell om vi lager bråk en gang."
- "Blir oppfattet som furting."
- "Vi har bare en kunde i Norge ... og man biter ikke den hånd som føder en."

#### 2.6.2.4 Bedriftenes syn på offentlig sektor som oppdragsgiver

Bedriftene ble bedt om å ta stilling til følgende, se s 11: Gitt en situasjon der bedriften er en av "ikke-vinnerne" og klager på avgjørelsen eller forfølger saken:

*Tror du/dere at bedriften vil bli betraktet som en "dårlig taper"?*

*Tror du/dere at bedriften vil bli møtt med "sanksjoner" ved neste korsvei?*

Følgende svarfordeling ble gitt:

- *Betraktet som "dårlig taper"* svarte 24% ja på, 63% svarte ja i forhold til noen oppdragsgivere og 13% svarte nei.
- *Møtt med "sanksjoner" ved neste korsvei* svarte 15% ja på, 56% ja i forhold til noen oppdragsgivere og 29% svarte nei.

Bedriftene ble videre bedt om å gi en vurdering av hvorvidt følelsen av å bli urettferdig behandlet av en oppdragsgiver ville ha påvirket deres motivasjon ved neste konkurranse utlyst av samme oppdragsgiver. 57% av bedriftene ga uttrykk for at motivasjonen for å delta ville være redusert, mens 16% sa at slike hendelser ga ekstra motivasjon. For 27% hadde det ingen betydning for motivasjonen.

Av de deltagende bedriftene var 46% av den oppfatning at offentlige oppdragsgivere var godt nok kvalifisert til å håndtere anskaffelser på en riktig, objektiv og ikke-diskriminerende måte, mens 54% hevder at bare de færreste er kvalifisert.

Bedriftene ble også spurt om sin oppfatning av den relative maktfordelingen mellom en offentlig innkjøper og bedriften i en konkurransesituasjon. Svarene varierte fra 100/0 (offentlige innkjøpere har 100% makt – bedriften 0%) til 30/70. I gjennomsnitt mente bedriftene at det offentlige hadde 76% makt mot 24% for bedriftene.

#### 2.6.3 Oppsummering

Følgende hovedkonklusjoner blir trukket i rapporten:

- Bedriftenes kunnskaper om gjeldende regelverk er mangelfull.
- Få bedrifter kjenner til Næringslivets Forum for Offentlige Anskaffelser.
- Oppdragsgivere informerer ikke om klageadgangen og domstolene er en lite attraktiv klageinstans.
- Oppdragsgivers begrunnelsesplikt er lite brukt.
- Bedriftene oppfatter offentlige innkjøpere som instanser med stor makt.

## **3.1 Innledning**

Gjennomgangen av det eksisterende håndhevelsessystemet i Norge når det gjelder offentlige anskaffelser, se kapittel II, har vist at det er et behov for å etablere en alternativ tvisteløsningsmodell. De klagemulighetene som i dag står til leverandørenes disposisjon, synes ikke fullt ut å funksjonere tilfredsstillende.

På denne bakgrunnen foreslår arbeidsgruppen at det skal opprettes et nytt tvisteløsningsorgan som aktørene i markedet kan henvende seg til. Dette er det viktigste forslaget til revisjon av dagens ordninger.

I det følgende vil de ulike sider ved dette nye organet bli behandlet.

Først i punkt 2 redegjøres det for hensynene bak forslaget om et nytt tvisteløsningsorgan.

Grunnspørsmålet om hva slags rettslig karakt virksomheten til det nye organet skal ha, om det skal avgis bindende avgjørelser eller bare komme med rådgivende uttalelser, drøftes i punkt 3.

Deretter gjennomgås de ulike prosessforutsetningene i punktene 4 til 6 (virkeområde, klagegjensstand, klageinteresse og klagesituasjonen).

I punkt 7 behandles den organisatoriske oppbyggingen av det nye tvisteløsningsorganet – etableringen av institusjonen som sådan, organets sammensetning i den enkelte sak, samt organiseringen av sekretariatsfunksjonen. Deretter, i punkt 8, ses på grunnprinsippene for saksbehandlingen til organet.

Redegjørelsen for det nye tvisteløsningsorganet avsluttes med en gjennomgang av enkelte tilleggsspørsmål. I punkt 9 stilles det spørsmål om uttalelsene fra organet skal gis oppsettende virkning, i punkt 10 drøftes ulike typer økonomiske spørsmål og i punkt 11 ses på betydningen av legalitetsprinsippet.

## **3.2 Hensynene bak forslaget om et nytt tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser**

### **3.2.1 Bakgrunnen**

#### **3.2.1.1 Den generelle tilbakeholdenhet med bruk av domstolene**

Det har en rekke ganger blitt påpekt at domstolene i liten grad benyttes som konfliktløser ved tvister om anskaffelsessaker. Dette trekkes fram så vel i NOU 1997: 21, se s 70, som i Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 36.

Beskrivelsen av situasjonen støttes av det erfaringsmaterialet som ble innsamlet i forbindelse med utarbeidelsen av NORUT- og FINNUT-rapportene om offentlige anskaffelser, se omtalen av disse i kapittel II punkt 5 og 6. Hele 82 % av bedriftene anså gjeldende klagemuligheter (generelt) som små, se SF 07/96 s 130. Og rapportene avdekket videre at det er stor interesse for å få på plass en tvisteløsningsmodell utenom domstols-apparatet, se SF 01/98 s 20, hvor 75 % av bedriftene svarte at de hadde behov for en alternativ klageinstans.

Det er først og fremst muligheten til å kreve inngrep i anskaffelsesprosedyren (krav om midlertidig forføyning) som ligger ubrukt. Per i dag fremmes det praktisk talt ikke noen inngrepssaker for domstolene (namsmyndighetene), dvs. saker om inngrep i anskaffelsesprosedyren før kontrakt er sluttet.

Når det gjelder erstatningssaker, er ikke bildet like entydig. Et visst antall søksmål om erstatning som følge av brudd på anskaffelsesreglene, behandles ved de norske domstoler hvert år. Men sett på bakgrunn av det store antall anskaffelser som foretas, og de meget betydelige summer som er involvert, må det erkjennes at søksmålshyppigheten ligger på et beskjedent nivå. Det reelle behovet for tvisteløsning er trolig langt høyere enn det søksmålshyppigheten tilsier. Sannsynligvis forekommer brudd på anskaffelsesreglene ikke helt sjeldent. NORUT-rapport SF 01/98, se s 10 flg., viser at ca. 1/3 av de spurte bedriftene mente de hadde vært bort i tilfeller av mulig regelbrudd.

Som en illustrasjon på den tilbakeholdenhet man møter i næringslivet med å benytte domstolene, kan følgende hitsettes fra FINNUT-rapporten s 11:

"Samtidig svarer 59% av bedriftene at det ikke vil være aktuelt å gå til domstolene selv om de føler seg forbigått i en konkurransesituasjon, mens 34 % er usikker. 7 % [!] av bedriftene svarer ja, dvs. at de kan tenke seg å gå til domstolene."

Årsaken til denne tilbakeholdenheten med å benytte de ordinære domstolene, og bakgrunnen for den skepsis som synes å prege deler av næringen, er delvis belyst gjennom de rapportene som det offentlige har fått utarbeidet.

Det forhold som trekkes fram av de klart fleste intervjuede bedrifter er *forholdet til oppdragsgiver*. Hele 43% av de spurte svarte at dette forholdet var den viktigste grunnen til at klage ikke ble benyttet, se NORUT rapport SF 01/98 s 13. Leverandørene anser trolig en domstolsbehandling for å representere et så høyt konfliktnivå at det vil kunne ødelegge eller skade relasjonene til oppdragsgiver for framtiden. Terskelen for å ta denne konfliktløsningsmekanismen i bruk blir derfor for høy for leverandørene. Disse funnene støttes av FINNUT-rapporten, se s 11.

Et annet viktig forhold er den forventede *ressursbruk* ved en ordinær domstolsbehandling, se NORUT-rapport 01/98 s 19 og FINNUT-rapporten s 14. En rettsprosess vil nesten alltid være tid- og ressurskrevende. Dette må holdes opp mot risikoen for å tape, helt eller delvis – den såkalte prosessrisikoen. I anskaffelsessaker vil som oftest prosessrisikoen være følbart. Det kan vises til NORUT rapport SF 01/98 s 14, hvor 20% av de spurte svarte at hovedgrunnen til at klage ikke ble benyttet var at mulighetene til å vinne fram var små. Denne risikoen må naturlig nok veies opp mot den mulige gevinst ved å vinne fram med et søksmål. Leverandørenes incitament for å ta ut søksmål tilsvarer det sannsynlige økonomiske utfallet av saken. Dersom det saksøker primært har i utsikt å oppnå er dekning av sine utgifter (den negative kontraktsinteresse), vil incitamentet for å gå til sak ofte være svakt.

I NORUT rapport SF 01/98 s 14 opplyses det at så mange som 25% av respondentene oppga at *manglende kjennskap* til framgangsmåte og regelverk var hovedgrunnen til ikke å klage. I FINNUT-rapporten, som baserte seg på undersøkelser i perioden april–mai 1998, ble det også konstatert at bedriftene i stor grad mangler relevant kunnskap om disse forholdene.

Hvordan leverandørene oppfatter *domstolenes faglige kompetanse* i anskaffelsessaker, og dermed om en manglende tillit her kan begrunne noe av leverandørenes tilbakeholdenhet, er ikke særskilt belyst gjennom de nevnte rapportene. Forhold kan imidlertid tyde på at slike oppfatninger ikke er av avgjørende betydning. For det første er ikke dette blitt oppgitt som noen grunn av leverandørene for ikke å gå til domstolene. For det andre svarer et klart flertall (71%) av bedriftene at de foretrekker norske domstoler som klageinstans framfor EFTAs Overvåkningsorgan (ESA). Dette sier direkte bare at respondentene foretrakk norske domstoler framfor ESA. Men det gir nok en indikasjon på at domstolenes faglige kompetanse ikke oppfattes som et hovedproblem for aktørene.

### 3.2.1.2 Den særlige tilbakeholdenhet ved inngrepssaker

Ved implementeringen av håndhevelsesdirektivene i EU til norsk rett ble leverandørene gitt rett til å kreve retting av en regelstridig anskaffelsesprosedyre, se den gamle offanskl. §§ 4 og 5 (den nye §§ 7 og 8). Disse rettighetene representerte i sin tid en nyvinning for leverandørene og skulle sikre en effektiv etterlevelse av regelverket. Dette har ikke slått til. Som opplyst tidligere, så fremmes det ytterst få saker om inngrep for norske domstoler.

Hva er så årsaken til at leverandørene ikke benytter sine rettigheter på dette området?

For det første vil den generelle tilbakeholdenheten med å gå til domstolene også gjelde for inngrepssaker, se ovenfor. Men fordi det tross alt fremmes et visst antall saker hvert år om erstatning (både over og under terskelverdiene), er spørsmålet hvorfor dette ikke er tilfelle når det gjelder krav om inngrep. Særlig to forhold kan forklare dette.

Det ene er at leverandørene gjerne har svært *kort tid* til rådighet for å gjøre denne type krav gjeldende. Krav om inngrep kan ikke framsettes for domstolene etter at kontrakt er inngått. Ikke helt sjeldent vil kontrakt være sluttet før de krenkede er klar over, eller har mistanke om, at det har skjedd et rettsbrudd.

Det andre er at den generelle *frykten* for å legge seg ut med oppdragsgiver forsterkes når problemstillingen ikke bare gjelder framtidige "kunde-forhold", men også den aktuelle kontrakten. Så lenge kontraktstildeling ikke er foretatt, og det ennå er håp, foretrekker leverandøren å "sitte på gjerdet" og vente.

Det kan derfor se ut til at kombinasjonen mellom en kort tid til områing og den særlige tilbakeholdenhet med å benytte domstolvesenet mens anskaffelsessaken er under vurdering, blir helt utslagsgivende.

Andre forhold kan også forklare fraværet av inngrepssaker. Det er ennå ikke festet seg noen tradisjon innenfor denne type saker. Leverandørene og deres rådgivere har følgelig heller ikke utviklet noen strategi for håndtering av inngrepssaker. Hertil kommer at det trolig er liten kunnskap om regelverket og hvorledes inngrepssaker behandles, se særlig om dette i FINNUT-rapporten.

### 3.2.2 Formålene med den nye tvisteløsningsmodellen

Domstolene spiller i dag en beskjedne rolle som tvisteløser. Det later heller ikke til at de øvrige tilgjengelige klagemulighetene som står til leverandørenes disposisjon, så som klage

til EFTAs Overvåkningsorgan, klage til Sivilombudsmannen osv., fyller det udekkede behov som den manglende bruk av domstolene etterlater.

Formålet med det nye tvisteløsningsorganet er å bøte på denne skjevheten. Tanken er å etablere en konfliktløsningsmekanisme som leverandørene er villige til å ta i bruk og dermed en mekanisme som bidrar til en effektiv etterlevelse av regelverket.

Ved utformingen av den nye tvisteløsningsmekanismen må det tas utgangspunkt i årsakene til at domstolsbehandlingen ikke framstår som et attraktivt alternativ for leverandørene. Man kan da skille ut visse sentrale siktemål med den nye ordningen.

For det første er det viktig å prøve å løse tvister i anskaffelses-saker på et så *lavt konfliktnivå* som mulig. Frykten for å legge seg ut med oppdragsgiver later til å representere det største hindret for å gå videre med en tvist til domstolene. Dersom konfliktnivået senkes, er det grunn til å tro at flere reelle tvister, og dermed flere uregelmessigheter, blir gjenstand for tvisteløsning. Klage til et alternativt tvisteløsningsorgan vil trolig oppfattes som en mindre konfliktfylt atferd enn å ta ut søksmål. Et ytterligere skritt i denne retningen er å la uttalelsene til organet være rådgivende, ikke bindende, se nærmere om dette i punkt 3. Det vil i mindre grad hefte prestisjehensyn til bruk av et frittstående, og rådgivende, tvisteløsningsorgan, enn ved bruk av domstolene.

Et annet hovedformål er å stille til rådighet en *billig og smidig* løsningsmodell for tvister ved offentlige anskaffelser. Dette vil kunne forebygge kostnadskrevende konflikter som strekker seg over lang tid. Ressursbruken, sett i sammenheng med sannsynligheten for å vinne fram, er trukket fram av svært mange leverandører som årsak til at domstolene ikke benyttes. Det er av den grunn maktpåliggende å utforme blant annet saksbehandlingsreglene for det nye organet slik at tviste-behandlingen ikke blir for ressurskrevende.

Det må like fullt bemerkes at saksbehandlingstiden i saker om midlertidige forføyninger er hurtig, i snitt fra 1-3 dager ved skriftlig behandling. Også for øvrig er saksbehandlingstiden i domstolene, med få unntak, relativt kort, slik at dette neppe er et selvstendig moment ved vurderingen av alternative tviste-løsningsmodeller.

Et tredje anliggende er at den nye tvisteløsningsmodellen skal kunne fungere *raskt*. Det er et overordnet mål at uttalelsene fra det nye organet skal komme kort tid etter at tvisten er brakt inn til bedømmelse. Blant annet må saksbehandlingsreglene utformes slik at dette formålet kan ivaretas.

Ved siden av disse sentrale målsettingene med den nye ordningen, vil det også være et poeng at tvisteløsningsorganet framstår som et *ekspertorgan*. Ikke minst vil dette kunne være nødvendig for å oppveie at organet bare driver rådgivende virksomhet. Uttalelsene til organet skal virke med sin autoritative kraft, ikke gjennom formelle kompetanseregler. Karakteren av et ekspertorgan styrkes ved at organet skal være riksdekkende. Dermed lettes kompetanseoppbyggingen innenfor det fagfeltet som organet skal uttale seg om, se Ot. prp. nr. 97 (1991–92) s 14.

## **3.3 Besluttende eller rådgivende organ**

### **3.3.1 Innledning**

Et grunnspørsmål som må avklares, er hva slags rettslig karakter virksomheten til det nye tvisteløsningsorganet skal ha: Om organet skal fatte bindende avgjørelser (besluttende organ) eller om det i prinsippet bare skal dreie seg om rådgivende uttalelser (rådgivende organ)?

Nedenfor skal først behandles de ulike modeller for en eventuell organisering av et system med beslutningskompetanse, se punkt 3.2.

Deretter foretas i punkt 3.3 den rettspolitiske vurdering av hva slags tvisteløsningsmodell som bør velges.

Til slutt ses på relasjonen mellom domstolsbehandling og den nye tvisteløsningsordningen, se punkt 3.4.

### **3.3.2 Mulig organisering av en klageordning med beslutningskompetanse**

#### **3.3.2.1 Rettslige rammer for ordningen**

##### **a) Nasjonale rammer**

Enkelte grunnprinsipper i norsk rett setter rammer for de tvisteløsningsmodeller som kan velges.

Det følger av *legalitetsprinsippet* at et tvisteløsningsorgan med myndighet til å fatte bindende avgjørelser, i mangel av annet kompetansegrunnlag, må være opprettet ved eller i medhold av formell lov. Uten et slikt hjemmelsgrunnlag vil uttalelsene til organet i høyden være rådgivende (responderende utvalg).

*Grunnloven § 88* bestemmer at "Høyesteret dømmer i sidste Instans." Avgjørelsene til et klageorgan må derfor kunne ankes inn for den øverste instansen i rettsapparatet. I andre punktum av bestemmelsen er det riktignok åpnet for en adgang til å gjøre visse innskrenkninger i Høyesteretts prøvelsesrett. Rekkevidden av dette prinsippet er blitt belyst i Rt. 1980.52 Hoaas-dommen, se kommentarene til dommen hos Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 8. utg., s 165. Det er imidlertid ikke realistisk å anta at det vil bli foretatt noe unntak fra hoved-regelen når det gjelder anskaffelsessaker.

##### **b) Håndhevelsesdirektivene i EU**

EØS-retten stiller også opp rammer for valg av tvisteløsnings-modell, se kapittel II.

For anskaffelser som faller inn under EØS-regelverket, har Norge forpliktet seg til å ha en klageordning som leverandører eller andre med tilstrekkelig interesse i saken kan bringe tvistesporsmål inn for, jf. Rådskonferansen 89/665 EØF (håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor) og Rådskonferansen 92/13 EØF (håndhevelsesdirektivet for forsyningssektoren). Denne ordningen kan enten være det ordinære domstols-apparatet i landet eller et særskilt klageorgan som er opprettet for anskaffelsessaker.

Dersom det velges en klageordning utenfor det ordinære domstolsapparatet, stiller direktivene opp visse grunnvilkår for ordningen, se kapittel II punkt 1.2:

Klageordningen skal (minst) bestå av to klagenivåer:

*Første klagenivå.* Det første klagenivået kan være en regulær administrativ klageinstans. Her stiller direktivene bare krav om at vedtaket i klageinstansen skal begrunnes skriftlig.

*Andre klagenivå* – "den uavhengig instans". Alle avgjørelser fra første klagenivå (eller fra den administrative klageordning) skal kunne ankes videre til et organ som det stilles visse minimums-krav til:

- Det skal dreie seg om et uavhengig organ ("domstol i henhold til artikkel 177 i traktaten" – hvilket gir EF-domstolen uttalelseskompetanse), hvor medlemmene skal utnevnes og avsettes etter de samme reglene som gjelder for dommere. Etter dl. § 55 er de faste dommere ved de alminnelige domstoler i Norge embetsmenn. De skal med andre ord utnevnes av Kongen i statsråd og kan bare avsettes ved dom.

- Saksbehandlingen skal være kontradiktorisk.

- Vedtaket skal være rettslig bindende.

For øvrig tillater direktivene at ulike sider ved klage-behandlingen avgjøres av forskjellige organer, eksempelvis slik at spørsmålet om rettsstrid vurderes av organer utenfor den ordinære domstolsordningen mens spørsmålet om erstatning skal behandles av domstolene, se direktivenes artikkel 2 nr. 2.

Under forutsetning av at disse vilkårene er oppfylt, står det deltakerlandene fritt å velge en klageordning utenfor det ordinære domstolsapparatet. Det er likevel et overordnet krav om at den ordningen som velges skal fungere effektivt.

### **3.3.2.2 Hovedmodeller**

Den klageordningen som velges, må ligge innenfor de rammer som er nevnt ovenfor. Men fordi disse rammene bare angir minimumskrav, åpner det i prinsippet for en temmelig stor grad av frihet med hensyn til hvorledes en klageordning skal organiseres. I forbindelse med implementeringen av EU-reglene om offentlige anskaffelser i Norge, ble spørsmålet om valg av klageorgan vurdert i Ot. prp. nr. 97 (1991–92), se s 12 flg.

Ressurs- og andre faktiske hensyn gjør likevel at det avtegner seg et par hovedmodeller for hvilke klageordninger med avgjørelsesmyndighet som er aktuelle.

Den ene modellen er en *særdomstol* for anskaffelsessaker. Med dette menes at domstolslovens regler i utgangspunktet kommer til anvendelse for tvisteløsningsorganet, blant annet reglene for oppnevning og avskjedigelse av dommere. Dermed er håndhevelsesdirektivenes minimumskrav til et "uavhengig organ" imøtekommet. Men fordi direktivene forutsetter en to-instans klageordning, vil særdomstolens avgjørelser måtte kunne ankes inn for de ordinære domstoler, og da mest praktisk direkte til lagmannsretten. Det er lite realistisk å tenke seg at det skal opprettes enten en egen administrativ klageadgang i forkant av særdomstolen, eller at det bygges opp en separat ankeinstans for særdomstolen. Grunnlovens krav om at Høyesterett dømmer i siste instans, vil uansett gjøre at man må åpne for en anke inn til dette nivået i det ordinære domshierarkiet.

Den andre modellen er en *administrativ klagenemnd*. Et slikt tvisteløsningsorgan tilfredsstiller ikke EU-direktivenes krav til uavhengighet, og organets avgjørelser må derfor kunne



overprøves ved de ordinære domstolene. Klageordningen kan gjøres frivillig eller obligatorisk.

Begge modellene innebærer en kombinasjon med det alminnelige domstolsvesenet. Forskjellen består primært i at en særdomstol erstatter førsteinstansbehandlingen ved de ordinære domstoler, mens den administrative klagenemnd kommer i tillegg til domstolsordningen.

Når det skal tas standpunkt til det grunnleggende spørsmålet om tvisteløsningsorgan skal gis besluttende eller bare rådgivende myndighet, er det av underordnet betydning om man velger den ene eller den andre av de nevnte modellene. Det er spørsmålet *om* uttalelsene skal være bindende eller rådgivende, som står sentralt, ikke hvilken form for organisering av en eventuell besluttende myndighet man velger. Derfor vil det ikke bli skilt mellom særdomstol eller administrativ klagenemnd nedenfor, når dette spørsmålet blir drøftet. Med den konklusjonen som arbeidsgruppen trekker, er det heller ikke nødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om valget mellom modellene.

Det er likevel på sin plass å nevne at det tradisjonelt har vært en stor uvilje i Norge mot å opprette særdomstoler. Et uttrykk for dette finnes i Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 37, hvor Justis- og politidepartementet i en høringsuttalelse framholder at "Hvis problemstillingene omkring håndhevelse og konfliktløsning skal utredes nærmere, mener Justisdepartementet at det prinsipielt sett vil være meget betenkelig å redusere domstolenes kompetanse som konfliktløsende organ. Dette vil etter vårt syn redusere borgernes tilgang til domstolen, noe som av rettssikkerhetshensyn ikke kan anbefales."

### **3.3.3 Vurdering av hva slags type tvisteløsningsorgan som bør velges**

Valg av tvisteløsningsmodell må avgjøres på bakgrunn av de hensynene som har båret fram ønsket om å etablere en nyordning, se punkt 2. Spørsmålet blir da hva som best imøtekommer disse behovene – et organ med myndighet til å fatte bindende beslutninger (særdomstol eller administrativ klagenemnd) eller et organ som avgir rådgivene uttalelser.

Enten man velger et organ med eller uten besluttende myndighet, vil det besitte den nødvendige spisskompetanse siden organet vil være opprettet for å håndtere nettopp anskaffelsestvister. Dessuten vil det være mulig å få til en hurtig saksbehandling fordi oppdragsmengden til tvisteløsnings-organet vil være begrenset.

Fordelen ved et *besluttende* framfor et rådgivende organ er tilsynelatende at tvistes spørsmålet løses endelig for partene – med mindre de velger å overprøve avgjørelsen.

Den viktigste ulempen ved opprettelsen av et organ med avgjørelseskompetanse, er ressursbruken. Dette forholdet er påpekt i Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 37, hvor departementet framholder at en slik ordning "vil være en løsning som innebærer betydelige kostnader både i forbindelse med opprettelse og drift".

Saksbehandlingen vil trolig også bli mer omstendelig, og dermed mer ressurskrevende, enn for et rådgivende organ. Saksbehandlingen for et besluttende organ vil i stor grad måtte baseres på muntlighetsprinsippet og prinsippet om bevis-umiddelbarhet. Dette er erfaringen fra Danmark når det gjelder Klagenævnet for Udbud. Ved et rådgivende organ vil det lettere kunne aksepteres en skriftlig saksbehandling.

Videre vil konfliktnivået langt på vei kunne bli like høyt ved et besluttende organ som for de ordinære domstolene. Det må antas å være noe mer prestisje knyttet til en tvisteløsning med direkte bindende virkning enn der organet kun avgir en rådgivende uttalelse.

Hvorvidt rettsavklaringsfunksjonen (se nærmere om denne funksjonen senere) kan skjøttes like hurtig og fleksibelt innenfor en klageordning med beslutningskompetanse som av et rådgivende organ, er dessuten uklart.

Det som ved første øyekast er svakheten ved et *rådgivende organ*, at tvisten ikke løses med bindende virkning, er trolig mindre betydningsfullt enn utgangspunktet skulle tilsi. For det første er det grunn til å tro at en uttalelse fra et rådgivende organ, slik dette i tilfelle måtte bygges opp og bemannes, vil nyte en stor grad av autoritet. Dermed kan det forventes at uttalelsene i vid utstrekning vil bli fulgt. Erfaringene fra enkelte andre autoritative, responderende utvalg viser dette, eksempel-vis praksisen hos Bankklagenemnda. For det andre vil de tvistene som ikke løses ved en veiledende uttalelse, trolig heller ikke bli avgjort med endelig virkning i et klageorgan med beslutningskompetanse. En stor del av disse sakene må påventes å bli påklaget videre. Dersom det forutsettes at et besluttende organ kommer i tillegg til den ordinære domstols-ordningen, noe som er sannsynlig på grunn av motviljen mot å opprette særdomstoler i Norge, vil ikke et rådgivende organ representere noen fordyrelse av prosessen. I begge ordningene kommer det nye tvisteløsningsorganet inn som en tilleggsinstans.

Arbeidsgruppen har alt i alt funnet at hensynene bak en nyordning av tvisteløsningsmekanismen best ivaretas ved etablering av et rådgivende organ. Løsningen er dessuten mindre ressurskrevende enn ved opprettelsen av et besluttende organ. Det er ved vurderingen tatt hensyn til at leverandørsiden synes å preferere en løsning med et rådgivende organ.

### **3.3.4 Forholdet til domstolsbehandling mv.**

Den nye tvisteløsningsmodellen er ment som et supplement til den ordinære domstolsbehandlingen.

Med dette menes at partene kan velge om de vil benytte seg av tvisteløsningsmodellen eller om de vil gå direkte til domstolene. Det er uaktuelt å gjøre klageordningen obligatorisk. Dersom tvisten mellom partene har låst seg, slik at det er usannsynlig at en rådgivende uttalelse vil påvirke partenes standpunkter, er det mest hensiktsmessig å bringe saken direkte inn for de ordinære domstolene. Dessuten vil tvisten kunne ha et slikt islett av bevisvurderinger at den er lite egnet for behandling i tvisteløsningsorganet. Partene er nærmest til selv å bedømme når situasjonen ligger slik an.

I den forbindelse kan nevnes at det danske Klagenævnet for Udbud, som har beslutningsmyndighet, er en frivillig ordning for leverandørene.

Tvisteløsningsmodellen representere dermed ikke et nødvendig første skritt før saken kan bringes inn for domstolene. Partene må selv vurdere hvilken verdi det har å få en rådgivende uttalelse, og om de har tid til å vente på en slik uttalelse.

Dersom en sak først er brakt inn for tvisteløsningsorganet, vil rettsituasjonen være noe forskjellig alt etter som det er leverandøren eller oppdragsgiveren som har klaget.

Står leverandøren som klager, bør ordningen deretter være tvungen for oppdragsgiver. Oppdragsgiver skal ha plikt til å delta i behandlingen for organet og han kan ikke i stedet ta ut søksmål for domstolene.

Hvis det derimot er oppdragsgiver som er klager, vil leverandøren fremdeles stå fritt. Arbeidsgruppen har ikke funnet det hensiktsmessig å utforme regler som i praksis skal tvinge leverandøren til å delta i klageprosessen. Unnlater han å ta til motmæle mot klagen, vil det være uaktuelt å avsi en uttalelse alene på bakgrunn av oppdragsgivers framstilling av saken. Dersom leverandøren i stedet tar ut stevning i anledning saken, vil også dette hindre organet i å uttale seg om tvisten. Om leverandøren kan hindre en uttalelse fra tvisteløsningsorganet på hvilket som helst trinn i klageprosessen, for eksempel også etter at begge parter har kommet med sine uttalelser, er det unødvendig å ta standpunkt til her.

## **3.4 Tvisteløsningsorganets kompetanse**

### **3.4.1 Innledning**

Selv om tvisteløsningsorganets virksomhet bare skal være rådgivende, er det påkrevet å fastlegge organets kompetanse nærmere. Dette skyldes dels rent arbeids- og ressursmessige hensyn. Men det skyldes også at oppdragsgiver blir pålagt en rekke plikter gjennom tvisteløsningsprosedyren som ikke følger av de ellers gjeldende regler.

Nedenfor skal ses på de ulike sider av kompetansespørsmålet. I punkt 4.2 behandles spørsmålet om hvilke oppdragsgivere som skal være undergitt den nye ordningen. Deretter drøftes hvilke normsystem eller regelverk som omfattes av tvisteløsningsorganets prøvelseskompetanse, se punkt 4.3. I punkt 4.4 gjennomgås så hvilke anskaffelser som skal være omfattet. Hvilken kompetanse organet skal ha når kontrakt er sluttet, tas opp i punkt 4.5. Til slutt berøres spørsmålet om tvisteløsningsorganets stedlige kompetanse, se punkt 4.6.

### **3.4.2 Hvilke oppdragsgivere som er undergitt ordningen**

Tvisteløsningen bør omfatte anskaffelser foretatt av alle offentlige oppdragsgivere, så vel statlige, fylkeskommunale som kommunale organer. Dette innbefatter organer som er kontrollert av det offentlige og som ikke driver industriell eller forretningsmessig virksomhet (tidligere benevnt "offentlig-rettslige organer"). Også når det offentlige yter tilskudd på mer enn 50% av kontraktens verdi til oppdragsgiver, bør anskaffelsen falle inn under ordningen.

Arbeidsgruppen finner ikke at det foreligger noen grunn til å holde de kommunale eller fylkeskommunale organer utenfor den nye tvisteløsningsmodellen. Det er et minst like stort behov for alternative tvisteløsninger her som innenfor den statlige sektor.

Riktignok er dagens regelverk delvis splittet opp for de nevnte sektorer, nemlig for anskaffelser under de såkalte terskel-verdiene innenfor EØS. Også i forslaget til nye forskrifter for offentlige anskaffelser, er reguleringen av sektorene forskjellige under terskelverdiene, se NOU 1997: 21. Men arbeidsgruppen er kjent med den enhetsbestrebelse som pågår og som både er støttet av departementet (Ot. prp. nr. 71, 1997–98, s 30 flg.) og Stortinget (Innst.O.nr. 27, 1998–99, s 9 flg.). Bakgrunnen for at utvalget for offentlige anskaffelser i sin tid ikke foreslo en felles regulering av de to sektorene for anskaffelser under terskelverdiene, var at utvalgets mandat var begrenset til den statlige sektor. Et enstemmig

utvalg fant likevel grunn til å presisere at "det trolig ville vært mest hensiktsmessig med ett felles regelverk for hele den offentlige sektor", se NOU 1997: 21, s 90.

Selv om skillet mellom statlige og kommunale/fylkeskommunale anskaffelser likevel skulle opprettholdes for framtiden når det gjelder anskaffelsesreglene, er det liten grunn til å holde sistnevnte sektorer utenfor den nye tvisteløsningsmodellen.

Arbeidsgruppen er videre av den oppfatning at tvisteløsningsorganet bør ha en funksjon innenfor *forsyningssektorene* som er omfattet av regelverket. Grunnleggende sett er det de samme hensyn og prinsipper som gjelder for anskaffelser innenfor denne sektoren som innenfor klassisk sektor, selv om enkeltreglene kan være forskjellige. Og generelt vil det være betenkelig om en hel sektor skulle falle utenfor den nye ordningen. Etter det arbeidsgruppen erfarer er det ikke utviklet særlige tvisteløsningsmekanismer innen forsyningssektoren som skulle rettferdiggjøre et slikt unntak.

Et særlig problem representerer *olje- og gassektoren*. Denne sektoren er nå i all hovedsak unntatt fra EØS-forskriftenes særlige prosedyreregler, se endringsforskrift av 18. juni 1999 med ikrafttreden 24. september då. Dessuten vil deler av *telekommunikasjonsvirksomheten* med tiden bli konkurranse-utsatt og vil av den grunn falle utenfor prosedyrereglene, jf. forsyningsforskriftene § 11 nr. 3. Men de nevnte sektorene er fremdeles underlagt de alminnelige prinsippene om ikke-diskriminering mv. i EØS-avtalen-/loven, samt lov om offentlige anskaffelser (herunder de grunnleggende kravene i den nye offanskl. § 5 og håndhevelsesreglene).

Arbeidsgruppen har vært i tvil om disse sektorene bør legges under tvisteløsningsorganets kompetanse, men har funnet at de beste grunner taler mot dette. En hovedbegrunnelse for å opprette et særskilt tvisteløsningsorgan er å øke kontrollen med etterlevelsen av det offentlige regelverket. Brorparten av dette regelverket vil imidlertid ikke gjelde for olje- og gassektorene mv. Dermed bortfaller en vesentlig del av begrunnelsen for å underlegge oppdragsgiverne tvisteløsningsorganets kompetanse. Dette gjelder i særlig grad de private rettssubjektene som driver sin virksomhet innenfor sektorene. Men bare å unnta de private, og ikke også de offentlige oppdragsgivere, ville kunne føre til en uheldig konkurransevridende effekt. De offentlige og de private oppdragsgivere bør drive innenfor de samme rammebetingelsene. På denne bakgrunn foreslår arbeidsgruppen ikke å tillegge tvisteløsningsorganet uttalelseskompetanse innenfor de nevnte sektorene.

For øvrig vil forsyningssektoren falle innenfor virkeområdet til tvisteløsningsorganet. Dette gjelder også rent private rettssubjekter som baserer sin virksomhet innenfor denne sektoren på eksklusive rettigheter.

Andre *private* enn de som fanges opp av regelverket for forsyningssektoren, faller derimot utenfor tvisteløsningsorganets kompetanse. Det samme gjelder eventuelle saker mellom leverandører, eksempelvis at én leverandør reiser sak mot en annen fordi sistnevnte ulovlig har endret sitt tilbud. Likeledes vil de pliktene som påhviler leverandørene overfor oppdragsgiver ligge utenfor tvisteløsningsmodellen. En oppdragsgiver kan således ikke få tvisteløsningsorganets uttalelse om slike spørsmål. Dette vil i første rekke dreie seg om regler av konkurranserettslig art.

Med de unntak som er nevnt ovenfor, vil tvisteløsningsorganets kompetanse omfatte samtlige oppdragsgivere som er nevnt i § 2 i den nye loven om offentlige anskaffelser.

### 3.4.3 Hvilke normsystemer som omfattes

#### 3.4.3.1 EØS-reglene

EØS-reglene utgjør et kjerneområde for tvisteløsningsorganets tiltenkte arbeidsområde.

For det første har vi de alminnelige regler og prinsipper som følger direkte av EØS-avtalen/EØS-loven, som nå har kommet til uttrykk i den nye offanskl. § 5.

Derneft har vi EØS-forskriftene for henholdsvis klassisk sektor og for forsyningssektoren.

#### 3.4.3.2 Betydningen av terskelverdiene

De såkalte terskelverdiene angir en kvantitativ grense for EØS-forskriftenes virkeområde. Arbeidsgruppen har drøftet om anskaffelser som faller under disse grensene skal kunne bedømmes av tvisteløsningsorganet. Etter en samlet vurdering finner arbeidsgruppen at de beste grunner taler for dette.

Hele 75% av de offentlige anskaffelsene befinner seg under terskelverdiene, jf. Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 35. En meget betydelig andel av de offentlige anskaffelser ville dermed falle utenfor tvisteløsningsorganets kompetanse dersom terskel-verdiene skulle markere grensen for organets virkeområde.

NORUT-rapportene viser dessuten at det kan være et særlig behov for bruk av alternative tvisteløsninger for anskaffelser under terskelverdiene. Ikke sjeldent vil tvistegenstanden være for lav i disse tilfellene til at den oppveier den prosessrisikoen som alltid er knyttet til å forfølge en sak for de ordinære domstoler. Det er videre innenfor dette skiktet av anskaffelser at innslaget av små og mellomstore leverandører er størst. Disse aktørene vil erfaringsmessig ha færre muligheter til å hevde sine rettigheter enn de store, landsdekkende leverandørene.

Det kan likevel stilles spørsmål om det bør gjøres unntak for mindre anskaffelser ("*bagatellsaker*"). Slike saker kan føre til en unødvendig belastning for tvisteløsningsorganet, og ofte vil anskaffelsene falle utenfor oppdragsgivers plikt til å følge formaliserte anskaffelsesprosedyrer, jf. § 15-3 i forslaget til nye forskrifter (NOU 1997:21) hvor det er gitt hjemmel for å gjøre et generelt unntak fra bruk av konkurranseformen når anskaffelsen ikke overstiger kr. 250.000,- eks. mva. Arbeidsgruppen finner at verdigrensen for bruk av direkte anskaffelser også representerer en hensiktsmessig beløpsgrense for å kunne bringe en sak inn for tvisteløsningsorganet. De formaliserte anskaffelsesprosedyrene gjelder ikke for slike anskaffelser og dessuten vil det være en retsteknisk fordel om man ikke opererer med flere grenser. Derfor bør forskriftenes terskel for direkte anskaffelser også gjelde i forholdet til tvisteløsningsorganet.

Arnhild Dordi Gjønnnes ønsket å presisere at NHO anser den foreslåtte beløpsgrensen på kr. 250.000,- å ligge noe for høyt. For mange småbedrifter er en kontrakt i denne størrelsen et forholdsvis stort oppdrag. Arnhild Dordi Gjønnnes er likevel enig i at det er en fordel å operere med én grense. Spørsmålet om beløpets størrelse vil for øvrig bli tatt opp i forbindelse med forskriftsarbeidet.

Riktignok vil det i bagatellsakene kunne være et behov for en forenklet tvisteløsningsmekanisme. Slike saker vil regelmessig ikke bli brakt inn for de ordinære

domstolene på grunn av tvistegenstandens lave verdi. Men for arbeidsgruppen har det vært av overordnet betydning at virksomheten til det nye tvisteløsningsorganet ikke skal bli sinket av småsaker. Skulle det senere vise seg at organet har kapasitet til også å ta denne type tvister, vil spørsmålet kunne bli vurdert på nytt.

Synspunktet leder til at en anskaffelse under forskriftsgrensen faller utenfor tvisteløsningsorganets uttalelseskompetanse selv om oppdragsgiver velger å benytte en formalisert prosedyre i stedet for direkte anskaffelse.

### **3.4.3.3 "Nasjonale" normsystemer**

En rekke andre rettskilder enn EØS-reglene er med på å bestemme hvorledes det offentlige skal gå fram under sine anskaffelser. Det kan være slike regelverk som REFSA./BAF, regler utarbeidet av den enkelte kommune, særlige anbuds-reglementer utarbeidet av den enkelte oppdragsgiver eller særlige utsagn gitt av denne i forbindelse med anskaffelsen, prinsippene for god anbudsskikk/god forretningsskikk, se eksempelvis NS 3400, osv. Dessuten vil de alminnelige forvaltningsmessige regler og prinsipper kunne komme inn ved offentlige anskaffelser, se drøftelsen av denne problemstillingen i Rt. 1998.1598 Torghatten-dommen. Forslaget til nye forskrifter for statlige anskaffelser (NOU 1997:21) er ment å gjelde både over og under terskelverdiene, og vil avløse bl.a. de reglene vi i dag finner i REFSA.

Utenfor virkeområdet til EØS-reglene vil normene alene styre anskaffelsesprosessen. Innenfor EØS-reglenes virkeområde har de en supplerende funksjon, jf. EØS-forskriftenes § 6.

Bør tvisteløsningsorganet kunne behandle påstand om brudd på samtlige av disse kildene eller bare enkelte av dem?

Spørsmålsstillingen trenger en presisering. Tvisteløsnings-organet kan naturlig nok prøve om de reglene som den enkelte oppdragsgiver har utarbeidet, stemmer med lov og forskrifter. Lovmessigheten av det "private" regelverket, ligger således innenfor organets kompetanse. Problemstillingen er bare om organet også kan prøve hvorvidt oppdragsgiver faktisk har fulgt sine egne regler ved anskaffelsen.

Arbeidsgruppen finner at tvisteløsningsorganet bør kunne foreta en totalbedømmelse av samtlige relevante kilder når den uttaler seg om tvisten. Det må være et overordnet siktemål med uttalelsene fra tvisteløsningsorganet at de gir et så riktig bilde av partenes rettsposisjoner som mulig. Dersom enkelte kilder holdes utenfor bedømmelsesgrunnlaget, vil det dels kunne villedde partene om deres rettsposisjoner og dels skape usikkerhet med hensyn til uttalelsens verdi. En utskillelse av enkelte rettskilder ville dessuten medføre problemer. Hvor går eksempelvis grensen mellom det grunnleggende krav etter den nye offanskl. § 5 om god forretningsskikk og de alminnelige prinsippene om god anbudsskikk?

## **3.4.4 Hvilke anskaffelser som omfattes**

### **3.4.4.1 Arten av anskaffelser**

Tvisteløsningsorganet bør kunne uttale seg om *alle* typer anskaffelser som det offentlige står for, bortsett fra små-anskaffelser som faller under "bagatellgrensen", se foran. Tradisjonelt foretas det en tredeling av de aktuelle kontrakts-typerne –inngåelse av kontrakter om kjøp, tjeneste og entrepriser, jf. den nye offanskl. § 3: "Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester

og bygge- og anleggsarbeider ..." Dette skillet får dermed ingen betydning for organets kompetanse.

Anskaffelser som det er knyttet særlige *forsvars- eller sikkerhetshensyn* til, vil i en viss utstrekning måtte holdes utenfor tvisteløsningsorganets kompetanse. Et ledende synspunkt er her å utforme innskrenkningen i tråd med de unntak som er gjort i lov, jf. den nye offanskl. § 3 andre punktum som lyder "Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123." En nærmere redegjørelse for unntaketts innhold finner man i Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 66 og NOU 1997: 21 s 115.

#### **3.4.4.2 Arten av anskaffelsesprosedyrer**

Anskaffelser kan skje etter ulike prosedyrer. Arbeidsgruppen er av den oppfatningen at tvisteløsningsorganet skal kunne ta standpunkt til anskaffelsestvister uaktet hvilken prosedyre som er benyttet.

For alle anskaffelser gjelder det visse grunnleggende krav til framgangsmåte. Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard, unngå forskjellsbehandling mv., jf. den nye offanskl. § 5. Hvorvidt disse grunnprinsippene er fulgt, skal tvisteløsningsorganet kunne vurdere over alt hvor det offentlige har foretatt anskaffelser. Dette innebærer at også der det offentlige har foretatt direkte anskaffelser, kan tvister om framgangsmåten bringes inn for organet. Men som nevnt under punkt 4.3.2 vil de fleste direkte anskaffelser falle under "bagatellgrensen" og dermed også utenfor tvisteløsningsorganets kompetanse.

Ser vi bort fra direkte anskaffelser (anskaffelser uten formell konkurranse), skilles det grunnleggende sett mellom konkurranser uten rett til forhandlinger (anbudskonkurranser) og konkurranser med rett til forhandlinger (forhandlet prosedyre). Tvisteløsningsorganets kompetanse bør klart nok omfatte de særlige regler som gjelder for disse konkurranseformene.

Fra gammelt av har vi hatt regler for gjennomføring av anbudskonkurranser ved offentlige anskaffelser. Etter hvert har det nedfelt seg en god del praksis og oppfatninger om hvorledes disse skal forstås. Anbudsreglene er nå videreutviklet i forslaget til nye forskrifter (NOU 1997:21), jf. kapittel 19. En etterprøving av om disse reglene er fulgt, ligger innenfor kjerneområdet til tvisteløsningsorganets arbeidsoppgaver.

Under nærmere bestemte vilkår har oppdragsgiver rett til å iverksette en såkalt forhandlet prosedyre. Per i dag har vi få regler som fastlegger hvorledes en slik konkurranseform skal gjennomføres. Tvisteløsningsorganet vil kunne spille en verdifull rolle med å avklare innholdet av disse reglene og prinsippene. Hva ligger eksempelvis i det alminnelige kravet om likebe-handling når det gjennomføres forhandlinger? Dette blir spesielt viktig fordi anvendelsesområdet for denne anskaffelsesprose-dyren foreslås vesentlig utvidet i forhold til tidligere, se forslag til nye forskrifter innen klassisk sektor kapittel 20 (NOU 1997: 21).

#### **3.4.5 Spørsmålet om tvisteløsningsorganets kompetanse etter kontraktslutning**

Det har vært drøftet om tvisteløsningsorganet bare bør fungere i perioden fram til kontrakt slutes eller om det også etter dette tidspunktet skal avgi uttalelser. Etter at kontrakt er sluttet vil det bare rent unntaksvis kunne tenkes at anskaffelsesprosedyren kan reverseres. Tvisten mellom oppdragsgiver og leverandør får dermed en annen karakter. Spørsmålet vil nå primært

være om det foreligger grunnlag for å kreve erstatning. Dermed vil tvisteløsningsorganet i større grad få preg av en "prøvedomstol" enn når kontrakt ikke er sluttet. Man ser om klagen bærer fram før man går videre med den.

Arbeidsgruppen finner at tvisteløsningsorganet utvilsomt bør avgi uttalelser så vel før som etter at kontrakt er sluttet. En rekke argumenter kan anføres for å la tvisteløsningsorganet virke også etter at kontrakt er inngått.

Det er for det første et *reelt behov* for å ha en alternativ tvisteløsning i denne perioden. Trolig blir et for lite antall anskaffelsessaker brakt inn for domstolene i dag, også når det gjelder spørsmål om erstatning, se mer om dette spørsmålet foran under punkt 2.

En uttalelse fra tvisteløsningsorganet vil også kunne danne grunnlag for et utenrettslig *forlik* og dermed spare samfunnet for den ressursbruk som knytter seg til langvarige prosesser. Konfliktene vil kunne ligge særlig godt til rette for slike forhandlede løsninger fordi den etter at kontrakt er inngått er av rent økonomisk art.

Videre kan det pekes på den fordel det representerer at tvisteløsningsorganet besitter *spisskompetanse* innenfor sitt virkeområde. Dersom tvisten går videre til de ordinære domstolene, vil disse kunne nyte godt av denne kompetansen gjennom de uttalelsene som tvisteløsningsorganet har kommet med. Forbudet i tvml. § 197 om framleggelse av utenrettslige forklaringer som har blitt til i anledning saken, skulle ikke stenge for en slik framgangsmåte. Arbeidsgruppen vil særlig vise til Rt. 1983.1567, hvor det ble godtatt at en uttalelse fra Klage-nevnden for bilsaker ble lagt fram for retten. Kjæremålsutvalget framholdt at "Det som rammes av § 197 er utenrettslige forklaringer eller erklæringer som må anses avgitt i anledning av selve rettssaken ...". Og videre: "Den uttalelse som er avgitt av Klagenevnden for bilsaker, eller tilsvarende uttalelser fra andre private konfliktløsende organer er ikke avgitt for å brukes i et planlagt søksmål, men med sikte å få til en løsning av saken uten rettsak." Det at det foreslåtte tvisteløsningsorganet vil være et forvaltningsorgan, kan ikke stille spørsmålet i et annet lys.

Et annet argument er hensynet til *allmennprevensjonen*. Opprettelsen av et sentralt tvisteløsningsorgan som publiserer sine uttalelser, vil ha større evne til å skape blest og oppmerk-somhet rundt sin virksomhet og uttalelser enn de enkelte domstolene. Dermed vil det kunne oppnås en gunstig allmennpreventiv effekt, både i den forstand at reglernes innhold blir bedre kjent og i den forstand at oppdragsgivere blir klar over at regelbrudd blir påtalt.

Rent *praktiske hensyn* tilsier også at tvister både før og etter kontraktsinngåelse kan bringes inn for tvisteløsningsorganet. Et for lite antall saker ville trolig komme opp for organet dersom funksjonstiden skulle være begrenset til tiden før kontrakt ble sluttet, jf. erfaringene fra Danmark med Klagenævnet. Dette vil kunne svekke organets faglige kompetanseoppbygging og kan innebære en ineffektiv bruk av ressursene.

Det skal til slutt pekes på at det synes å være et utbredt *ønske* blant leverandørene om å få til en slik ordning, se FINNUT- og NORUT-rapportene.

Det finnes imidlertid også *argumenter mot* en slik ordning.

Det viktigste er at en slik ordning med et responderende utvalg kan representere et fordyrende og forsinkende element i tvisteløsningen. I denne forbindelse er det viktig å være



oppmerksom på at det foreslåtte organet ikke kan sammen-lignes med enkelte andre responderende utvalg. Ser vi på Næringslivets Forum for Offentlige Anskaffelser (NFOA) eller på Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i Bergen (BFJR), bygger uttalelsene som disse utvalgene kommer med ensidig på spørrerens framstilling av saken. Det foreligger således ikke noen prosedyre rundt dette spørsmålet. Ofte vil det heller ikke være noen argumentasjonsutveksling omkring de rettslige spørsmål. Et offentlig tvisteløsningsorgan som skal ta stand-punkt til en aktuell tvist, vil derimot måtte fungere i prinsippet som en domstol, hvor begge parter får anledning til å fremme sine synspunkter, og imøtegå motparten sine, såvel om faktum som om jusen. Siden et slikt tvisteløsningsorgan trolig vil settes med minst tre medlemmer, vil det i realiteten dreie seg om en ikke helt billig tvisteløsningsmodell.

Arbeidsgruppen finner likevel ikke at dette synspunktet er utslagsgivende. Under drøftelsen av prosedyrereguleringene nedenfor, se punkt 8, er det lagt særlig vekt på at saksbe-handlingen skal foregå raskt og uten bruk av for store ressurser. Det er i tråd med denne grunnholdningen foreslått en skriftlig prosedyre for tvisteløsningsorganet, og at det settes korte frister for partenes innlegg. Dermed vil også ressursbruken kunne holdes på et rimelig nivå. Hvor sakene er av en slik art at denne prosessformen ikke er hensiktsmessig, typisk hvor bevisvurderinger om sakens faktiske omstendigheter står sentralt for tvistens utfall, kan organet avvise saken. Dessuten er ikke ordningen obligatorisk. Det står partene fritt å gå direkte til domstolene der dette finnes mer formålstjenlig.

En annen mulig innvendig er at et offentlig tvisteløsningsorgan kanskje ikke vil bli oppfattet som løsning på et *lavt konfliktnivå*. Dersom konfliktnivået har noe å si for om en leverandør går til retts sak mot oppdragsgiver, vil forholdet også kunne gjøre seg gjeldende i relasjon til det nye tvisteløsningsorganet.

Heller ikke dette motargumentet skal overbetones, selv om det er relevant. Opprettelsen av et særskilt organ for løsninger av tvister om anskaffelser, vil trolig bli oppfattet av leverandørene som en mer akseptabel måte å forfølge saker på enn å gå veien om de ordinære domstoler. Hertil kommer at tviste-løsningsorganet bare avgir rådgivende uttalelser. Dermed vil en klage smake mindre av en direkte konfrontasjon enn en stevning, og stigmatiseringseffekten vil bli desto svakere.

På bakgrunn av disse synspunktene foreslås det at tviste-løsningsorganet skal kunne uttale seg om tvister selv om kontraktstildeling er foretatt.

### **3.4.6 Den stedlige kompetanse (hvor)**

Av punkt 7 nedenfor framgår det at tvisteløsningsorganet tenkes bygget opp som ett riksdekkende organ. Dermed oppstår ikke et spørsmålet om en intern, nasjonale fordeling av saker slik tilfellet er for domstolene.

Det kan reises spørsmål om ordningen skal gjelde for *Svalbard*. Arbeidsgruppen finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet, men viser til de bemerkninger som er gjort om den tilsvarende problemstillingen i forhold til den nye lov om offentlige anskaffelser, jf. Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 65–66.

Når det gjelder saker som har tilknytning til *flere land*, må oppdragsgivers tilknytning til Norge være avgjørende. Dette følger allerede av reglene om hvem tvisteløsningsmodellen gjelder for, se punkt 3.2.

## 3.5 Klagegjensstand (klagens innhold)

### 3.5.1 Innledning

Hva tvisteløsningsorganet kan uttale seg om, er langt på vei drøftet i foregående punkt, se punktene 4.3 til 4.5. Men det er ikke gitt at organet skal kunne behandle alle typer spørsmål innenfor de rammer som her er trukket opp. Det må fastlegges noe nærmere hva som kan være gjenstand for klagen.

De spørsmålstypene det kan være aktuelt å be tvisteløsningsorganet uttale seg om, er følgende:

- Rettsstridsspørsmålet alene (det vil si om hvorvidt anskaffelsesreglene objektivt sett er brutt).
- Adgangen til å kreve inngrep i anskaffelsesprosedyren.
- Adgangen til å få tilkjent erstatning.

De to sistnevnte alternativene forutsetter naturlig nok at tvisteløsningsorganet også tar standpunkt til rettsstrids-spørsmålet.

Nedenfor skal disse tre problemstillingene behandles, slik at rettsstridsspørsmålet drøftes i punkt 5.2, og spørsmålet om inngrep og erstatning tas opp i henholdsvis punkt 5.3.1 og 5.3.2.

### 3.5.2 Rettsstridsspørsmålet

Med utgangspunkt i tvml. § 54 er det antatt at det ikke kan kreves dom for at en handling er i strid med en nærmere angitt lov, forskrift mv. Kravet må gjelde en eller annen rettsfølge eller rettslig konsekvens av den ulovlige handling, det vil si at det i prinsippet er rettsfølgen som er gjenstanden for tvistemålet. Det har vært en viss uklarhet med hensyn til hvor langt dette prinsippet rekker, se nærmere på spørsmålet blant annet hos Hov, Rettergang i sivile saker, s 135, og Skoghøy, Tvistemål, s 272 flg.

Når det gjelder tvisteløsningsorganet, er det ikke grunn til å operere med en slik skranke for hva det kan kreves uttalelse om. Tvert i mot er det nærliggende å la kjerneområdet for organets uttalelser nettopp være om oppdragsgiver har opptrådt rettsstridig eller ikke, uten at de rettslige konsekvenser blir berørt.

Begrunnelsen for dette ligger på to hold:

Den ene er en følge av at arbeidsgruppen foreslår å holde erstatningsspørsmålet utenfor tvisteløsningsorganets uttalelseskompetanse, se punkt 5.3.2 nedenfor. Praktisk sett står man da tilbake med rettsbruddsspørsmålet i rendyrket form – når man ser bort fra uttalelsene om inngrepsadgangen.

Den andre begrunnelsen gjelder den verdi en isolert rettsbrudduttalelse tross alt har for partene. Og dette er argumenter som har selvstendig betydning, isolert fra hvilket standpunkt man har tatt til erstatningsspørsmålet.

Leverandøren vil kunne ha behov for å få fastslått at det er begått en overtredelse av regelverket uten nødvendigvis å måtte ta standpunkt til de rettslige konsekvenser. Rettsfølgene kan være vanskelige å bedømme, og i en tidlig fase i tvisteløsningsprosessen kan det være hensiktsmessig å avgrense tvisten til rettsstridsspørsmålet. En slik uttalelse vil også kunne danne en tilstrekkelig basis for et utenrettslig forlik, eksempelvis angående spørsmålet om økonomisk kompensasjon eller endring av prosedyren.

En avgrensning av tvistetemaet vil videre kunne ha en gunstig effekt på villigheten til å påvise ureglementær opptreden. Vanskeligheter med å sannsynliggjøre at vilkårene for en rettsfølge er til stede, typisk bevisvanskeligheter med hensyn til spørsmålet om leverandøren har lidd et tap, vil ofte kunne avholde leverandører fra å forfølge en sak. Når rettsstrid-spørsmålet kan tas opp isolert, vil dette innebære at flere reelle tvister kommer inn til bedømmelse for organet.

En avgrensning av tvistetemaet vil for øvrig kunne ha en tilstrekkelig preventiv effekt. Tas klagen til følge, skjer det for det første en stigmatisering av den aktuelle oppdragsgiver, som trolig vil avholde seg fra å gjøre samme overtramp senere (individualpreventiv effekt). For det andre er det å vente at uttalelsene til tvisteløsningsorganet om hva som er korrekt saksbehandling, vil kunne påvirke den generelle holdningen til anskaffelsesprosedyren selv om de konkrete følgene av et rettsbrudd ikke omtales (generalpreventiv effekt).

Det danske Klagenævnet for Udbud gir slike avgrensede uttalelser, jf. lovens § 5 og Klagenævnets praksis.

### **3.5.3 Konsekvensene av rettsbruddet**

#### **3.5.3.1 Inngrep**

En overtredelse av reglene for offentlige anskaffelser fører ikke automatisk til at domstolene vil gripe inn i anskaffelsesprosedyren. Både den gamle og den nye lov om offentlige anskaffelser taler om at domstolen "kan" gripe inn, se § 4 og ny § 7.

I kommentarene til § 7 i den nye loven, se Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 67, heter det blant annet følgende om denne regelen: "Dette innebærer at det er opp til retten om de finner at tilstrekkelig sterke grunner foreligger." Og: "Ved mindre, bagatellmessige overtredelser som ikke har fått innvirkning på utfallet av konkurransen, bør det ikke beordres ny anbudsrunde."

Problemstillingen er om tvisteløsningsorganet bør ta standpunkt til denne type spørsmål ("kan" osv.) eller om organet skal konsentrere seg om rettsstridsvurderingen.

Det er brakt inn ytterst få saker for domstolene om inngrep i anskaffelsesprosedyren, noe som må kunne karakteriseres som et klart ineffektivitetstegn ved dagens system, se det som er sagt tidligere om dette spørsmålet. Behovet for å få uttalelser fra tvisteløsningsorganet om inngrepsadgangen er trolig stort. Arbeidsgruppen er derfor av den oppfatning at tvisteløsningsorganet skal kunne uttale seg om slike spørsmålet. Det er forventet at tvisteløsningsorganet vil kunne komme til å spille en særlig viktig rolle i fasen fram til kontrakt sluttes.

Ser vi på den danske ordningen, avgjør Klagenævnet for Udbud inngrepsspørsmålet, jf. § 5 stk. 2, som taler om å "annullere ulovlige beslutninger" og "lovliggøre udbudsforretningen".

En annen sak er at omstendighetene kan ligge slik an at tvisteløsningsorganet ikke selv finner det riktig å gå inn på spørsmålet om rettsfølgen. Generelt bør tvisteløsningsorganet kunne avvise saker eller rettsspørsmål som den mener ikke er egnet for den saksbehandling som finner sted for organet, se om dette senere.

### 3.5.3.2 Erstatning

En overtredelse av anskaffelsesreglene vil i større eller mindre utstrekning kunne være forbundet med et økonomisk tap for de krenkede leverandørene. Det vil derfor ofte være aktuelt å forfølge saken på det økonomiske planet. Spørsmålet som reises her, er om slike krav skal være forbeholdt den ordinære domstolsprøvingen eller om også tvisteløsningsorganet skal kunne uttale seg om krav på erstatning.

For å få medhold i et krav om erstatning er det flere sett med vilkår som må være oppfylt. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag og den ulovlige handlemåten må ha ført til et økonomisk tap for leverandøren. I prinsippet reiser dette tre atskilte problemstillinger: Spørsmål om ansvarsgrunnlag, hvilke grunnprinsipper som tapsutmålingen skal følge (hvilket er et spørsmål om årsakssammenheng) og den konkrete tapsutmålingen.

De viktigste sider ved *ansvarsgrunnlaget*, nemlig om det foreligger et rettsbrudd (eller rettsstrid), forutsettes behandlet av tvisteløsningsorganet, se foran.

Når det gjelder *utmålingen* av tapet (hvilke konkrete tapsposter skadelidte har og hvor store disse er), finner arbeidsgruppen det lite tvilsomt at denne type spørsmål bør, dersom partene ikke selv makter å komme fram til enighet, overlates til de ordinære domstoler. Dette dreier seg om typiske bevis-spørsmål, noe som på grunn av den skriftlige prosedyreform er et lite egnet tvisteeemne for organet.

Hva gjelder *årsaksspørsmålet*, hvorvidt rettsbruddet har påført leverandøren et realtap og hva dette består i (det vil si grunnprinsippene for tapsutmålingen), er hensynene noe mer sammensatte.

Ses det først på argumentene *mot* å la tvisteløsningsorganet befatte seg med denne type spørsmål, kan det trekkes fram følgende: Årsaksspørsmålene i anskaffelsesretten er av en annen art enn spørsmålene om overtredelse av regelverket. Håndteringen av disse spørsmålene fordrer derfor en annen fagkompetanse enn behandlingen av rettsstridsproblemet. Årsaksspørsmålene er dessuten meget komplekse og det vil ta tid å uttale seg om disse forholdene. Hensynet til en effektiv tvisteløsning tilsier derfor at de erstatningsrettslige årsaks-spørsmål holdes utenfor tvistebehandlingen. Og når først selve tapsutmålingen er holdt utenfor, er det relativt sett mindre å tjene på å uttale seg om årsaksspørsmålet. Det kan i tillegg anføres at den danske Klagenævnet for Udbud ikke avgjør erstatningsspørsmålet. I den forbindelse skal man likevel ha i mente at avgrensningen av nævnets kompetanse har vært kritisert i Danmark.

Flere hensyn kan imidlertid anføres *for* å la tvisteløsningsorganet uttale seg om årsaksspørsmålene. For det første vil det kunne være uheldig og kunstig å skille rettsstrids- og årsaks-spørsmålene fra hverandre. Det kan gi leverandørene en overdreven tro på at de har krav på erstatning dersom det først er begått et rettsbrudd. Slik sett vil tvisteløsningsorganet kunne avverge en del unødvendige rettssaker i kjølvannet av en uttalelse om rettsstridsspørsmålet dersom også årsaksspørsmålet ble trukket inn i vurderingen. For det

andre vil den veiledning som uttalelsen fra tvisteløsningsorganet er ment å gi, i mange tilfeller kunne framstå som ufullstendig når årsaks-spørsmålet holdes utenfor. Leverandørene vil da ikke engang ha fått et råd om hvilke prinsipper som eventuelt skal legges til grunn for erstatningsutmålingen – om leverandøren kan kreve dekket den positive eller den negative kontraktsinteressen. Videre kan det argumenteres med at når man først går til det skritt å etablere et nytt, større tvisteløsningsapparat, synes det lite rasjonelt ikke å la dette organet også uttale seg om de erstatningsrettslige sider ved oppdragsgivers framgangsmåte. Dette må naturlig nok veies opp mot ressursbruken ved å behandle denne type spørsmål. Til slutt kan det anføres at erstatningsproblematikken vil kunne få en nødvendig utvikling ved at ett organ får et relativt høyt antall slike saker til vurdering.

I den samlede vurderingen av disse ulike synspunktene har arbeidsgruppen først og fremst latt effektivitetshensynet slå igjennom. Det er maktpåliggende å få etablert et tviste-løsningsorgan som raskt og effektivt kan ta standpunkt til om anskaffelsesreglene er satt til side eller ikke. Arbeidsgruppen antar at en utvidelse av tvistetemaet for organet til også å omfatte erstatningsspørsmål, vil kunne forsinke og fordyre denne prosessen. Et moment ved vurderingen har videre vært at det heller ikke synes å være et ønske verken fra leverandør- eller oppdragsgiversiden om å legge erstatningsspørsmålene til tvisteløsningsorganet. Disse hensynene veier etter arbeids-gruppens oppfatning tyngre enn de argumenter som kan anføres til fordel for at organet også skal uttale seg om erstatningsspørsmålet.

Etter dette vil det foreslåtte tvisteløsningsorganet i første rekke komme til å uttale seg om rettmessigheten av anskaffelses-prosedyren. Det blir så opp til partene selv å ta standpunkt til hvilke økonomiske følger en rettsstridig handlemåte kan få, og om dette spørsmålet skal bringes inn for de ordinære domstolene.

I visse tilfeller vil et rettsbrudd være helt uten konsekvenser for leverandøren. Det vil eksempelvis være tilfelle dersom han eller tilbudet hans rettmessig har blitt avvist fra konkurransen. Selv om det kan påvises at oppdragsgiver har overtrådt regelverket, eksempelvis ved ulovlige forhandlinger med andre aktører, har leverandøren i dette tilfellet ikke noen rettsbeskyttet posisjon. Dette må naturlig nok tvisteløsningsorganet kunne ta standpunkt til.

## **3.6 Klageinteresse og klagesituasjon**

### **3.6.1 Klageinteresse**

#### **3.6.1.1 Innledning**

Den foreslåtte tvisteløsningsprosedyren iverksettes ved klage, ikke ved at tvisteløsningsorganet av eget tiltak griper inn i saken. Organet skal med andre ord utøve en tvisteløsnings-funksjon på linje med domstolene og ikke være et tilsynsorgan.

Ikke hvem som helst kan bringe en sak inn for tvisteløsnings-organet. De klageberettigede må ha en viss tilknytning til den påstand som framsettes. Kretsen av klageberettigede personer må følgelig fastlegges nærmere.

#### **3.6.1.2 Hovedregelen**

I sivilprosessen og forvaltningsretten beskrives den relevante tilknytningen til klagegjensstanden ved hjelp av uttrykkene "rettslig interesse" og "rettslig klageinteresse", jf. tvml. §§ 53 og 54 og fvl. § 28. Utgangspunktet er i begge tilfeller at det er den materielt berettigede som kan reise søksmål eller klage inn et vedtak. I håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 2 heter det at "enhver person som har eller har hatt interesse av å få tildelt en bestemt offentlig vare- eller bygge- og anleggskontrakt", skal gis rett til å klage.

Dette må også være utgangspunktet for klageretten til tvisteløsningsorganet når det gjelder *leverandørene*. Det er de leverandørene som har vært utsatt for en krenkelse av anskaffelsesreglene, som kan henvende seg til organet.

Normalt vil samtlige konkurransedeltakere ha rettslig interesse i å få saken fremmet for tvisteløsningsorganet. En viss tvil kan oppstå dersom leverandøren rettmessig har blitt avvist fra konkurransen. Bestriker han avvisningen, har han naturlig nok en rettslig interesse i å få avklart dette spørsmålet. Men dersom vedkommende framsetter påstand om at det er begått andre typer rettsbrudd, eksempelvis at det har skjedd en ulovlig forhandling eller at også andre leverandører skulle ha vært avvist, vil han på grunn av eksklusjonen fra konkurransen ikke lenger være materielt berettiget. En illustrasjon av problem-stillingen gir saksforholdet i Rt. 1998.1951 Klubben-dommen. Høyesterett konkluderte i denne saken med at kommunen rettmessig hadde avvist Klubben. Fordi Klubben dermed ikke hadde en "erstatningsrettslig vernet posisjon", unnlot Høyesterett å gå inn på spørsmålet om også konkurrenten til Klubben, som ble tildelt kontrakten, skulle ha vært avvist fra konkurransen. Tvisteløsningsorganet skal ikke uttale seg om erstatningsspørsmålet, bare om det er begått et rettsbrudd eller ikke. Hvorvidt det da er hensiktsmessig å legge seg på en like tilbakeholden linje som Høyesterett, kan diskuteres.

Selv om en leverandør ikke kan påvise noe tap, vil han kunne ha en rettslig interesse i å fremme saken for tvisteløsningsorganet. Det vil eksempelvis være tilfelle hvor kunngjøringsreglene er brutt slik at leverandøren ikke har fått anledning til å delta i konkurransen. Han vil i så fall ikke ha blitt påført noen utgifter i forbindelse med konkurransen, og bare i rene unntakstilfeller (om overhodet) vil han kunne påvise at kontrakten skulle ha blitt tildelt ham om reglene var blitt fulgt.

Hvorvidt også *oppdragsgiver* bør få adgang til å bringe en tvist inn for organet, er et noe mer åpent spørsmål. Dersom oppdragsgiver og leverandør er enige, vil de naturlig nok sammen kunne levere inn en klage. Problemet oppstår hvor oppdragsgiver ensidig ønsker å få avklart en uenighet.

Arbeidsgruppen finner at begge sider i en tvist bør ha adgang til å bringe saken inn for tvisteløsningsorganet. Også oppdrags-giversiden vil kunne ha behov for å få avklart spørsmål på denne måten. Mange vanskelige rettsspørsmål kan oppstå, og oppdragsgiver kan etter omstendighetene pådra seg et ikke ubetydelig ansvar ved å trå feil. På den annen side er det vanskelig å se at leverandørene skulle ha noen saklig grunn for å nekte en slik saksbehandling. Det måtte i tilfelle være for å få tvisten prøvet direkte for de ordinære domstoler. Men denne muligheten vil stå åpen for leverandøren, se mer om dette spørsmålet senere.

### **3.6.1.3 Organisasjonenes klageadgang**

I hvilken grad organisasjonene til de berørte leverandørene, og eventuelt andre organisasjoner, så som fagforeningene, bør ha adgang til å bringe inn saker for tvisteløsningsorganet, har vært drøftet i arbeidsgruppen. Når det gjelder den parallelle problem-stillingen om organisasjonenes søksmålsadgang for de ordinære domstolene, kan det vises til gjennomgangen i kapittel V punkt 2.

Det kan være hensiktsmessig innledningsvis å avklare hva en slik klageadgang innebærer til forskjell fra en situasjon hvor organisasjonene ikke har noen selvstendig klageadgang.

Dersom bare leverandørene har klagestatus, må naturlig nok klagen inngis i leverandørens navn. Men organisasjonene vil likevel kunne spille en betydelig rolle. Dette ser vi i saker som i dag føres for de ordinære domstolene. Ikke sjeldent er det en organisasjon som er den drivende kraften bak søksmål om anskaffelser. Den vil ofte både bidra økonomisk til dekning av prosessomkostningene og stille med prosessfullmektig for leverandørene. Organisasjonene vil dessuten gjerne søke å få flest mulig av de leverandørene som har deltatt i konkurransen til å klage, slik vi opplevde det i den såkalte Lærlingeklausul-dommen, se Rt. 1997.574. Dermed vil realiteten ikke være særlig forskjellig fra der organisasjonene selv hadde tatt ut klage.

Det er likevel visse prinsipielle forskjeller. En selvstendig klagerett gir organisasjonene full råderett over saken. I prinsippet vil en organisasjon kunne beslutte å bringe inn en sak for tvisteløsningsorganet selv om de enkelte leverandørene setter seg imot dette, skjønt dette framstår som lite sannsynlig.

Arbeidsgruppen finner at organisasjonene bør tilkjennes status som parter for det nye tvisteløsningsorganet. Det er likevel enighet i gruppen om at en klagerett må benyttes med forsiktighet. Tvisteløsningsorganet skal primært fungere som en arena for de reelle parter, det vil si leverandører og oppdrags-givere.

Flere forhold ligger til grunn for standpunktet om at organisasjonene skal gis klagerett:

For det første kan det konstateres at en slik selvstendig status i en god del tilfeller samsvarer med organisasjonenes *faktiske posisjon*. Og faren for at organisasjonene skal forpurre mulighetene for minnelige løsninger, er trolig svært liten.

Et sentralt poeng med å gi organisasjonene klagerett er at de i større utstrekning enn enkeltleverandørene vil ha muligheten til å få frem *prinsippaker* for tvisteløsningsorganet. Leverandørene må alltid vurdere den konkrete gevinsten (og den konkrete ulempen) for firmaet ved å forfølge en tvist. Organisasjonene har derimot anledning til å anlegge en bredere synsvinkel. Dermed vil anskaffelsesreglene kunne få en bedre belysning enn om klageretten alene var overlatt til leverandørene.

Et annet forhold er at organisasjonene har større evne til å *skape blest* omkring sakene enn leverandørene. Dermed vil det også skapes større interesse om de rettsprosjekt som behandles. Fra et allmennpreventivt synspunkt er dette gunstig.

Riktignok hefter det en viss fare for at klageretten kan overdrives av "ivrige" organisasjoner. Men arbeidsgruppen vurderer det slik at denne risikoen er heller liten. Det er konkrete rettsbrudd som skal behandles av organet, se mer om dette nedenfor.

I enkelte tilfeller vil det være et særlig behov for å gi organisasjonene en klageadgang. Et slikt behov vil eksempelvis være til stede dersom en anskaffelse rettsstridig er unnlatt kunngjort for konkurranse.

Arbeidsgruppen finner det ikke problematisk at organisasjonenes klageadgang for tvisteløsningsorganet etter dette kan bli videre enn søksmålsadgangen for domstolene. Det kan i denne forbindelse nevnes at det danske Klagenævnet for Udbud har etablert en ordning med forhåndsgodkjennelse av de bransjeorganisasjoner og andre organisasjoner som kan få klagerett, jf. § 4 stk. 1.

Det har dessuten vært drøftet enkelte *andre hensyn* i forbindelse med å gi organisasjonene en selvstendig klageadgang. Det kan være forhold som taler i mot å la organisasjonene få en selvstendig klageadgang. Oppdrags-giver kan oppfatte det som en heving av konfliktnivået når organisasjonene går inn som part. Dette vil kunne medføre at saksbehandlingstiden blir lengre og at kostnadene øker for partene. Dermed vil også terskelen for å klage kunne fremstå som høyere for leverandørene.

Videre har betydningen av den *anonymitet* omkring tvisten som organisasjonenes klageadgang kan føre til, vært vurdert. Om dette forholdet har noe ulike synspunkter kommet fram:

Enkelte har anført at det er et overordnet mål å tilstrebe åpenhet rundt tvistene. Det er derfor ønskelig at de leverandørene som er krenket, står fram mest mulig åpenlyst. I forhold til denne målsettingen er det en ulempe å gi organisasjonene en selvstendig klageadgang fordi det kan føre til større grad av anonymitet omkring tvistene.

Andre i gruppen har derimot påpekt at det er gunstig at de enkelte leverandørene slipper en umiddelbar eksponering overfor oppdragsgiver dersom dette oppleves som en belastning, for eksempel på grunn av det framtidige samarbeidet med en større oppdragsgiver. Selv om organisasjonene gis klageadgang, vil ikke rettsspørsmålene som bringes inn for tvisteløsningsorganet få en abstrakt karakter. Organisasjonene må, på samme måte som de enkelte leverandørene, påvise et konkret rettsbrudd begått av oppdragsgiver. Man kan skille mellom to hovedgrupper av tilfeller. For det første kan rettsbruddet bestå i at regelverket som er benyttet, er lovstridig. Samtlige leverandører er da krenket, og det er naturlig at deres organisasjon gis adgang til å fremme saken for tvisteløsningsorganet. For det andre kan oppdragsgiver ha brutt det regelverket som gjelder for anskaffelsen. Enkelte ganger vil det da være liten forskjell på om en organisasjon eller den krenkede leverandør har klageadgang. Det vil være tilfelle der bare én leverandør har vært utsatt for rettsbruddet, eksempelvis ved en uriktig avvisning. I disse tilfellene vil leverandørene uansett bli eksponert overfor oppdragsgiver. Andre ganger stiller dette seg annerledes. Dersom det er drevet ulovlige forhandlinger mellom oppdragsgiver og en leverandør, vil i prinsippet samtlige av de øvrige leverandørene være krenket. Dersom organisasjonene gis klageadgang, vil den enkelte leverandør slippe å ta belastningen med å "legge seg ut med" oppdragsgiver.

Selv om arbeidsgruppens medlemmer har hatt noe ulike syn på dette spørsmålet, har dette ikke hatt utslagsgivende betydning for standpunktet til gruppen. De øvrige hensynene som taler for en klagerett for organisasjonene, er så pass tungtveiende at det uansett bør åpnes for en slik klageadgang.



Organisasjonene kan bare få prøvet *om* det er begått et rettsbrudd. Uttalelse om inngrep i anskaffelsesprosedyren forutsetter at det er en materielt berettiget leverandør som har brakt saken inn for tvisteløsningsorganet. Som anført i Ot. prp. nr. 71 (1997–98) s 67 "må det antas at inngrep [som hovedregel] bare gjøres dersom det har betydning i forhold til saksøkeren". Det synes da naturlig å la en rådgivende uttalelse bli basert på det samme vurderingsgrunnlaget.

### 3.6.2 Klagesituasjonen

Det nye organet er ment å drive reell tvisteløsning. Det må med andre ord foreligge et konkret behov for å få en avklaring av et rettsspørsmål. En mer generell interesse i å få belyst innholdet av en regel, er ikke tilstrekkelig grunnlag for å bringe en sak inn for tvisteløsningsorganet.

Et slikt krav møter vi også i sivilprosessen og forvaltningsloven, se vilkårene om at det må foreligge en "rettslig interesse" eller "rettslig klageinteresse". I håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 2 benyttes formuleringen "som er blitt eller risikerer å bli skade-lidende på grunn av en påstått overtredelse". De avgrensings-kriterier som er benyttet i de nevnte bestemmelser, synes langt på vei å være sammenfallende selv om ordlydene er noe forskjellige. Både Hov, Rettergang i sivile saker, s 152, og Skoghøy, Tvistemål, s 304, anfører at det må foreligge en reell rettsuvisshet som er av aktuell betydning.

Hvor langt man skal gå i å kreve at det er en aktuell tvist, vil i en viss utstrekning være et "policy" spørsmål. Det er etter arbeidsgruppens mening liten grunn til å trekke for snevre rammer rundt klagesituasjonen. Her, som ellers når det gjelder prosessforutsetningene, må tvisteløsningsorganet selv avgjøre med endelig virkning om saken kan bringes inn til prøving.

Noe absolutt krav om at det *er* begått et rettsbrudd, foreligger ikke. Men en part kan, som nevnt ovenfor, ikke bringe et rettsspørsmål inn for tvisteløsningsorganet bare for å få fastslått hvilke rettigheter han har. Dette er kanskje først og fremst en følbar begrensning for oppdragsgivere som ønsker å avklare rettssituasjonen før konkurransen utlyses eller før det skal fattes en viktig beslutning.

Spørsmålet om klagesituasjon blir noe særegent dersom *organisasjonene* gis klagerett. Det må i så fall være tilstrekkelig at det foreligger et rettsbrudd. At leverandørene ikke ønsker å forfølge saken videre, kan, som antydnet ovenfor, ikke stenge for organisasjonenes mulighet til å bringe saker inn for tvisteløsningsorganet.

Etter arbeidsgruppens standpunkt er det ikke behov for en særskilt underrettelsesplikt overfor oppdragsgiver før klage kan bringes inn for tvisteløsningsorganet. I den nåværende lov om offentlige anskaffelser § 4 finnes en slik plikt når det gjaldt adgangen til å reise søksmål, men regelen er fjernet i den nye loven.

## 3.7 Den organisatoriske oppbyggingen av tvisteløsningsordningen

### 3.7.1 Innledning

Den organisatoriske oppbygningen av tvisteløsningsmodellen består av flere elementer som skal drøftes nedenfor.

Først ses på ulike former for institusjonell organisering av tvisteløsningsmodellen, se punkt 7.2.

Deretter drøftes administreringen av den enkelte sak som kommer inn til tvisteløsningsorganet, se punkt 7.3.

Til slutt i punkt 7.4 behandles hvorledes sekretariatsfunksjonen best kan ivaretas.

## **3.7.2 Institusjonen**

### **3.7.2.1 Ett riksdekkende tvisteløsningsorgan**

Det foreslåtte tvisteløsningsorganet bør etter arbeidsgruppens oppfatning bestå av én institusjon som er felles for hele landet.

Arbeidsgruppen har drøftet om institusjonen bør *desentraliseres* slik at det blir opprettet mindre enheter rundt omkring i landet, men har funnet at avgjørende grunner taler mot dette.

For det første er det viktig for kompetanseoppbygningen og kontinuiteten i arbeidet at man har ett felles, riksdekkende tvisteløsningsorgan. En sterk desentralisering vil gjøre at de enkelte enhetene vil få et relativt beskjedent antall saker til behandling, noe som innebærer en langsom oppbygning av erfaringsmateriale. Videre er det klart gunstig med tanke på rettsenheten at bare ett organ avgir uttalelser. Dessuten vil ett felles organ trolig nyte større autoritet og lettere skape tillit enn der man opererer med mindre enheter.

Det foreligger etter arbeidsgruppen heller ingen tungtveiende grunner for å desentralisere tvisteløsningsorganet:

Når det gjelder de rådgivende uttalelsene, skal disse i utgangspunktet baseres på en skriftlig prosedyre, se om dette senere. Det er derfor ikke noe behov for lokale tvisteløsningsorganer. Og skulle man i særlige tilfeller beslutte å gå over til en muntlig saksbehandling (dersom det åpnes for en slik adgang), kan eventuelt "hovedforhandlingen" avholdes der man finner det mest hensiktsmessig, for eksempel på det stedet hvor både oppdragsgiver og leverandør har sitt forretningssted.

Når det gjelder den innledende rettsavklaringen som skal foretas av tvisteløsningsorganet, vil denne først og fremst bestå i en samtale mellom saksansvarlig i tvisteløsningsorganet på den ene siden og enten leverandør eller oppdragsgiver på den andre siden, se om saksbehandlingsreglene i punkt 8. Dersom disse befinner seg på samme sted, vil det kunne arrangeres et møte, og ellers er det naturlig at det tas telefonisk kontakt mellom partene. Dermed vil heller ikke desentralisering av organet spille noen funksjon i denne sammenhengen. For øvrig gjør de moderne kommunikasjonsmidler det i dag mindre påkrevet med desentraliserte organer enn tidligere.

Ordningen med såkalte hjemting i den ordinære domstols-ordningen, er for øvrig primært etablert som et vern for saksøkte. I de sakene som tvisteløsningsorganet skal behandle, vil

saksøkte være offentlige oppdragsgivere. Generelt er det da noe mindre grunn til å operere med denne type vern.

Det kan avslutningsvis bemerkes at det synes å være en vanlig praksis å operere med én riksdekkende institusjon for responderende utvalg.

### **3.7.2.2 Organets faste medlemmer**

Det må utnevnes et tilstrekkelig antall personer som faste medlemmer av tvisteløsningsorganet. Arbeidsgruppen finner det nærliggende å la Nærings- og handelsdepartementet stå for oppnevningen av medlemmene. Å la de berørte parter eller bransjer stå for utnevningen, ville bryte med det bærende prinsipp om partsnøytralitet som skal ligge til grunn for etableringen av tvisteløsningsorganet. Det følger av dette prinsippet at departementet ikke tilkommer noen instruksjons-rett overfor medlemmene. Vervet som medlem av tviste-løsningsorganet, skal utøves helt uavhengig av departementet.

De faste medlemmene forutsettes å være høyt kompetente personer med god innsikt i spørsmål om anskaffelser. Personene kan tenkes rekruttert fra forskjellige yrkeskategorier, forutsatt at de har den nødvendige faglige bakgrunn og uavhengighet. Vurderingene til tvisteløsningsorganet vil imidlertid ha et klart preg av regelanvendelse, og det gjør det mindre aktuelt å benytte personer uten juridisk bakgrunn.

Det er vanskelig å forutsi hvilket antallet faste medlemmer det er behov for. Saksmengden, tvistenes vanskelighetsgrad, mv., vil være bestemmende for antallet. Enkelte betraktninger kan likevel gjøres. Forutsettes det at hver sak settes med tre medlemmer av tvisteløsningsorganet, se drøftelsen av dette spørsmålet senere, og at hvert medlem kan ta inntil 15 saker i året, vil organet ha behov for seks faste medlemmer dersom saksmengden ligger rundt 30 saker i året, ni faste medlemmer ved 45 saker, 12 medlemmer ved 60 saker, osv. Behovet for faste medlemmer vil på den andre siden bli tilsvarende redusert dersom antall saker per medlem kan økes. Eksempelvis vil det bare være behov for seks medlemmer ved en saksmengde på 60 tvister dersom hvert medlem deltar i 30 uttalelser i året.

### **3.7.2.3 Organets administrative leder**

Det må utnevnes en *leder* for institusjonen som har det overordnede ansvar for administreringen av tvisteløsnings-organet som institusjon. Den administrative funksjonen vil for øvrig kunne utøves i nært samarbeid med sekretariatet. Lederen må ha den nødvendige uavhengighet. Det er dessuten viktig at han besitter en slik status eller autoritet at det inngir tillit hos aktørene i markedet.

Det må videre utnevnes en leder av forberedelsen og saksbe-handling av den enkelte tvistesak som kommer inn. For å hold denne funksjonen fra oppgaven som leder av institusjonen, benevnes han som *saksansvarlig* (jf. begrepet "rettens formann" i sivilprosessen).

Hvorvidt de to funksjonene skal samles på én hånd, eller om formannskapet i den enkelte sak skal rotere, trenger ikke arbeidsgruppen å ta standpunkt til.

### **3.7.2.4 Særlig utvalg**

Siden tvisteløsningsorganet ikke skal uttale seg om de kontraktsrettslige sider ved tilbudene og konkurranse-grunnlaget, vil det normalt ikke fordres at tvisteløsningsorganets medlemmer har særlig innsikt i de ulike kontraktstypene.

Etter omstendighetene kan likevel en slik kunnskap være påkrevet, eller i det minste sterkt ønskelig. Det bør av den grunn vurderes om det etter forbilde av dstl. § 72 skal opprettes et eget utvalg av personer med særlig fagkyndighet innenfor ulike typer anskaffelser, som tvisteløsningsorganet i den enkelte sak kan suppleres med etter behov.

### **3.7.2.5 Tvisteløsningsorganets rettslige status**

Et forvaltningsorgan er i fvl. § 1 og offvl. § 1 definert som "et hvert organ for stat eller kommune". Det foreslåtte tviste-løsningsorganet skal være et eget rettssubjekt og vil ikke inngå som en organisatorisk del av den offentlige forvaltning. Men tilknytningsformene som organet likevel har til det offentlige, gjør at det må tas standpunkt til om organet skal regnes som et slikt forvaltningsorgan. En del prinsipielle betraktninger om når et eget rettssubjekt skal betraktes som et forvaltningsorgan, finner vi i St. meld. nr. 32 (1997–98) s 23 og 41 Om offentlighets-prinsippet i forvaltningen.

Tvisteløsningsorganet skal opprettes av det offentlige, ved lov, forskrift eller administrativt vedtak. Ovenfor ble det konkludert med at organets medlemmer skal oppnevnes av departementet, og det må forventes at finansieringen av virksomheten i stor utstrekning kommer til å skje med statlige midler. Hertil kommer at organet skal ta standpunkt til det offentliges anskaffelser, og at tvisteløsningen er tvungen for oppdrags-giverne dersom leverandørene først velger denne framgangs-måten. Samlet sett gjør dette at tvisteløsningsorganet må karakteriseres som et forvaltningsorgan. Den omstendighet at departementet ikke skal kunne gi konkrete instruksjoner for behandlingen av den enkelte sak, er ikke avgjørende for spørsmålet om klassifisering. Hvorvidt departementet innenfor stiftelsesgrunnlaget skal kunne gi utfyllende regler eller retningslinjer for virksomheten til tvisteløsningsorganet, lar arbeidsgruppen stå åpent. Men det er trolig mest hensikts-messig at tvisteløsningsorganet selv utvikler slike regler og retningslinjer.

Klassifiseringen av organet som et forvaltningsorgan har i hovedsak to rettslige konsekvenser.

For det første kommer *forvaltningslovens* alminnelige regler (det vil si de reglene som ikke gjelder enkeltvedtak) til anvendelse for organets virksomhet. Av særlig interesse her er reglene om ugildhet, jf. fvl. kapittel II, og reglene om taushets-plikt, jf. fvl. § 13.

Når det gjelder reglene om ugildhet, er disse begrenset til situasjoner hvor forvaltningsorganet treffer en "avgjørelse". Det kan by på en viss tvil om den rådgivende uttalelse som tvisteløsningsorganet avgir, kan karakteriseres som en "avgjørelse" i forvaltningslovens forstand, se drøftelsen av dette spørsmålet hos Eckhoff, Forvaltningsrett, 4. utg., s 434. Siden uttalelsene må forventes å bli oppfattet som autoritative, taler reelle grunner klart for å la ugildhetsreglene komme til anvendelse. Uansett bør det gjøres klart i regelverket for tvisteløsningsorganet at bestemmelsene i fvl. kapittel II skal gjelde for organets virksomhet. Enkelte av de beslutninger som tvisteløsningsorganet skal ta, så som beslutninger om framleggelse av dokumenter, er klart nok avgjørelser i forvaltningslovens forstand.

Etter fvl. § 13 første ledd påhviler taushetsplikten "enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan". Dermed er medlemmene av tvisteløsningsorganet undergitt reglene om taushetsplikt selv om de ikke er offentlige tjenestemenn.

For det andre kommer *offentlighetsloven* i utgangspunkt til anvendelse. Det innebærer at tvisteløsningsorganets saksdokumenter er offentlige, jf. offvl. § 2. Enhver kan dermed gjøre seg kjent med innholdet av dokumentene i en konkret sak. Innsynsretten omfatter ved siden av tvisteløsningsorganets egen uttalelse i utgangspunktet også dokumenter og skriv innsendt av partene. Her kan imidlertid dokumentenes innhold gjøre at de helt eller delvis er unntatt fra offentlighet, jf. offvl. §§ 5–6.

En slik vid adgang for offentligheten til å gjøre seg kjent med sakens akter, er etter arbeidsgruppens oppfatning ikke hensiktsmessig med tanke på tvisteløsningsprosessen. Det er derfor behov for visse beskrankninger. Denne problemstillingen vil imidlertid bli drøftet videre i punkt 8.3.7.

### **3.7.3 Sammensetningen i den enkelte sak**

#### **3.7.3.1 Forberedelse og rettsavklaring**

De innledende skritt i tvisteløsningsprosedyren vil gå ut på å klarlegge om tvisten kan bilegges uten en formell klagebehandling.

Dette skjer ved at det åpnes en dialog med partene. Denne kontakten vil imidlertid ikke ha karakter av megling. Dette skyldes at anskaffelser ved hjelp av en konkurranse er en mangepartsrelasjon. Å imøtekomme krav fra én leverandør vil kunne representere et rettsbrudd overfor de øvrige deltakerne i konkurransen. Illustrerende er de avgjørelser om avvisning som tas i løpet av anskaffelsesprosedyren. Dersom en leverandør bestrider rettmessigheten av at hans tilbud er avvist, kan ikke oppdragsgiver uten videre omgjøre en slik beslutning for å unngå en rettstvist. De øvrige deltakerne i konkurransen vil normalt ha krav på at avvisningen opprettholdes med mindre det er gjort feil ved vurderingen av spørsmålet. Tilsvarende synspunkter vil gjøre seg gjeldende ved utvelgelse av konkurransedeltakere og ved tildeling av kontrakten.

Opgaven til tvisteløsningsorganet vil derfor i fremste rekke gå ut på å foreta en rettsavklaring for partene, så langt dette kan gjøres ved en summarisk gjennomgang av saken.

Denne rettsavklaringen skal tjene en viktig sorteringsfunksjon. De saker hvor det ikke er grunnlag for tvist, skilles ut fra de saker som reelt sett volder problemer. Tanken er med andre ord at relativt klare misforståelser av regelverket kan ryddes av veien med et minimum av ressursbruk. Rettsavklaring er derfor en oppgave som skal kunne utøves (meget) raskt, normalt uformelt, og med få kostnader involvert hos noen av partene.

Forhåpentligvis vil et relativt høyt antall tvister kunne bilegges på denne måten. Rettsavklaringen blir derfor et ikke uviktig virkemiddel for å effektivisere tvisteløsningen.

Rettsavklaringen foretas naturlig av saksansvarlig, som er den som administrerer den enkelte tvistesak, se ovenfor. Framgangsmåten som benyttes ved denne dialogen, må legges opp slik han finner det mest hensiktsmessig i den enkelte tvistesak. Men det må benyttes en prosedyre som er i samsvar med formålet om en rask og uformell tvisteløsnings-funksjon. Særlig i

anskaffelsesfasen, hvor kontrakt ennå ikke er sluttet, er det helt påkrevet at rettsavklaringen kan skje ganske umiddelbart. Den mest nærliggende framgangsmåten er trolig at saksansvarlig tar telefonisk kontakt med partene.

### 3.7.3.2 Uttalelsen

Dersom rettsavklaringen ikke bærer frukter, blir det spørsmål om å avgi en rådgivende uttalelse i saken.

Nedenfor skal behandles enkelte sentrale organisatoriske spørsmål i tilknytning til at organet skal avgi en slik uttalelse.

#### a) Ènmanns-ordning eller kollegium

I. Et grunnspørsmål ved den foreslåtte tvisteløsningsmodellen er om ordningen skal baseres på bruk av enkeltpersoner, slik situasjonen normalt er ved domstolene i første instans, eller om det er et *kollegium* som skal tre i aksjon.

Flere argumenter kan tenkes anført mot bruk av et kollegium.

For det første vil en slik ordning bli mer ressurskrevende enn en énmanns-ordning. Videre vil saksbehandlingen måtte bli mer formalisert og dermed ta noe lengre tid. Et ytterligere argument er at tvisten vil bli brakt opp på et høyere konfliktnivå enn ved bruk av en énmanns-ordning. Det vil uvilkårlig knytte seg større prestisje til et tvisteløsningsorgan bestående av flere personer enn der kun én person gir sin uttalelse. Som anført tidligere er det et langsiktig mål å få til en tvisteløsning på et lavere konfliktnivå enn det en behandling ved domstolene representerer.

Verken hver for seg eller samlet er disse synspunktene etter arbeidsgruppens oppfatning tilstrekkelige tungtveiende til å fravike den ordning som generelt framstår som den mest betryggende ved tvisteløsning, nemlig bruk av et kollegium.

Et kollegium vil utvilsomt representere en større rettssikkerhet for partene enn en énmanns-ordning. Det er grunn til å anta at en rekke av de spørsmål som vil bli fremmet for tvisteløsningsorganet, er av utpreget skjønnsmessig karakter. Hva er eksempelvis god forretningsskikk ved anskaffelser? Selv om organets medlemmer forutsettes å ha særlig kompetanse innenfor anskaffelsesretten, vil denne type vurderinger bedre og mer betryggende kunne foretas av et kollegium.

Det er videre av betydning at den nye tvisteløsningsformen raskt vinner anseelse og tillit hos aktørene i markedet. Dette vil etter arbeidsgruppens mening lettere kunne oppnås ved bruk av et kollegium enn der tvistene forutsettes løst av én enkelt person. Her er situasjonen en ganske annen når det gjelder førsteinstansbehandlingen for domstolene. Denne behandlingsmåten utøves av en vel etablert samfunnsinstitusjon, den inngår som ledd i et system med ankeinstanser og vervene som dommere utøves av fast heltidsansatte personer.

Det legges dessuten opp til en skriftlig saksbehandling, og et kollegium synes godt egnet til å håndtere en slik prosessform.

II. Disse generelle hensynene må imidlertid vurderes opp mot hvilken *fase* i anskaffelsen man befinner seg.

Argumentene mot bruk av et kollegium har størst vekt i perioden før kontrakt er sluttet. I denne perioden vil det være tale om å gripe inn i anskaffelsesprosedyren. Kravet til en hurtig saksbehandling vil ofte være helt overordnet i slike situasjoner, sammenlign eksempelvis erfaringene fra Danmark. Tvister har erfaringsmessig en tendens til å oppstå først mot slutten av anskaffelsesprosedyren, ikke helt sjeldent i forbindelse med at oppdragsgivers beslutning om valg av leverandør blir kjent. Den tid som da står til rådighet for å gripe inn i prosedyren, vil være ytterst knapp. Et kollegium vil kunne trenge mer tid til sin saksbehandling enn det saken tillater.

Etter kontraktsslutningen vil situasjonen derimot være en annen. På dette tidspunktet er det ikke lengre spørsmål om å gripe inn i anskaffelsesprosedyren. Man har dermed tid til rådighet for en mer omstendelig saksbehandling. Tvisteløsningen i denne fasen spiller en helt annen funksjon enn under selve anskaffelsesprosedyren. Denne funksjonen vil, som allerede framhevet, best kunne fylles ved et kollegium hvor hensynet til rettssikkerhetsgarantiene er bedre ivaretatt enn ved en énmanns-ordning.

III. Til tross for de hensyn som kan tale for en énmanns-ordning, finner arbeidsgruppen at uttalelsene fra tvisteløsningsorganet skal gis av et kollegium. Dette framstår som den mest betryggende og tillitsvekkende behandlingsformen.

Heller ikke hvor særlige grunner taler for en hurtig behandling i tvisteløsningsorganet, bør det åpnes for en énmanns-uttalelse. Det hefter ikke helt uvesentlige betenkeligheter ved slike uttalelser. I disse tilfellene vil rettsavklaringen ikke ha ført fram. Som den store hovedregel bør da uttalelsen komme fra et kollegium. En énmanns-uttalelse vil kunne svekke hele ordningens legitimitet. Hvor det fordres en særlig hurtig saksbehandling, typisk fordi oppdragsgiver er i ferd med å inngå en kontrakt, vil organet kunne sette særlig korte frister med hensyn til oppdragsgivers anførsler og saksframstilling. Skulle enkelte sider ved saksforholdet bli mindre godt belyst som følge av dette, kan i tilfelle uttalelsen kunne gjøres betinget på disse punktene. Dette er et forhold som vil bli berørt senere. For øvrig må det forventes at en oppdragsgiver regelmessig vil avvente tvisteløsningsorganets uttalelse før kontrakt sluttet. Og skulle en leverandør frykte at oppdragsgiver ikke vil vise en slik måteholdenhet, vil han alltid kunne velge straks å kreve midlertidig forføyning etter tvangsl. kapittel 15.

Dersom det åpnes for en énmanns-uttalelse, vil det først og fremst være tiden som står til rådighet, og muligheten for et kollegium til å utforme en uttalelse innen dette tidsrommet, som vil måtte være retningsgivende for om denne uttalelsesformen skal velges. Men også tvistens art og størrelse, samt konse-kvensene av et inngrep (dersom en uttalelse i leverandørens favør etterleves), vil måtte tas i betraktning. Et annet forhold vil være partenes ønsker. Men at oppdragsgiver motsetter seg en slik framgangsmåte, kan ikke være utslagsgivende for beslutningen. Ellers ville mulighetene for en hurtiguttalelse fra tvisteløsningsorganet kunne blokkeres av oppdragsgiversiden.

#### **b) Hvorledes et eventuelt kollegium skal organiseres i den enkelte sak**

Det neste spørsmålet som må besvares, er hvorledes kollegiet som skal uttale seg i den enkelte sak skal settes. Flere ulike ordninger kan tenkes tatt i bruk, hvorav interessen skal konsentreres om to hovedvarianter:

Den ene ordningen er den som kan kalles nemndsmodellen (eller plenumsmodellen om man vil). Etter denne modellen vil tvisteløsningsorganet som institusjon og som uttalelsesorgan i den enkelte sak, være sammenfallende. Det innebærer at samtlige faste medlemmer av institusjonen deltar i behandlingen av den enkelte tvistesak. Svært mange responderende utvalg er organisert på denne måten.

Den andre ordningen kan kalles domstolsmodellen (eller rotasjonssystemet). Denne består av et rotasjonssystem hvor bare et visst antall av tvisteløsningsorganets faste medlemmer deltar i behandlingen av den enkelte sak. Klagenævnet for Udbud i Danmark er (i hovedsak) organisert på denne måten, jf. § 8.

Arbeidsgruppen har funnet at domstolsmodellen (eller rotasjonssystemet) best samsvarer med de grunnhensyn som man har ønsket å ivareta med den nye tvisteløsningsmodellen.

Nemndsmodellen vil det først og fremst være aktuelt å benytte der de ulike partsinteressene skal være representert (demokratihensynet). Et eksempel er Bankklagenemnda, hvor det ved siden av formannen skal være to representanter fra forbrukersiden og to fra bransjesiden, jf. § 2-1 første ledd. Et annet er Næringslivets Forum for offentlige anskaffelser hvor det responderende utvalg er bredt sammensatt med representanter fra både kjøper- og selgersiden.

Det har imidlertid ikke vært et siktemål med det nye tvisteløsningsorganet å få til denne type representasjon av partsinteressene. Organet er ment å fungere som et nøytralt ekspertorgan. Medlemmene av organet bør derfor ikke ha en for nær tilknytning til de berørte partsinteresser i en anskaffelseskonflikt.

Når dette er tilfelle, er det unødvendig tungvint å operere med et stort antall personer i hver enkelt sak. Det ville gjøre saksbe-handlingen mer komplisert og fordyre hele tvisteløsningsmodellen.

Arbeidsgruppen har blitt stående ved at tvisteløsningsorganet normalt bør settes med tre personer, men med mulighet for at formannen kan beslutte å supplere med særlige fagkyndige, se nedenfor.

Nå kan det naturlig nok vise seg at antall saker ikke blir større enn at tre personer vil kunne makte å behandle samtlige tvister. I så fall vil det være unødvendig å innføre et rotasjonssystem.

En annen mulighet er å la lederen for institusjonen (normalt) delta i samtlige enkeltsaker, slik at rotasjonssystemet bare skal virke for de øvrige medlemmene. En slik løsning har man eksempelvis valgt i Danmark, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 8.

Arbeidsgruppen finner imidlertid betenkeligheter knyttet til en slik ordning. For det første vil arbeidsmengden forventelig bli så stor for formannen at det måtte opprettes en heltidsstilling. Om det er mulig å rekruttere de rette personene til en slik stilling, er et åpent spørsmål. For det andre vil fordelingen av kompetansen blant tvisteløsningsorganets medlemmer over tid bli mindre gunstig. Uttalelsene kan få preg av å være en énmanns-uttalelse som de øvrige



medlemmene slutter seg til. Arbeidsgruppen vil av disse grunnene ikke anbefale denne ordningen.

### **c) Spørsmålet om faste møter**

En rekke responderende utvalg har faste møtetidspunkter, eksempelvis én gang i måneden, hvor innkomne saker blir behandlet. Ofte vil sakene da være godt forberedt på forhånd av et sekretariat, eksempelvis ved at det er utarbeidet en skriftlig redegjørelse for faktum og partenes anførsler, og kanskje også med et forslag til løsning. Denne behandlings-måten synes best tilpasset nemndsmodellen, hvor medlemmene drøfter og stemmer over forberedte forslag til avgjørelser i et felles møte.

Arbeidsutvalget går derimot inn for at tvisteløsningsorganet skal foretar en fortløpende behandling av de sakene som kommer inn. I det minste ved spørsmål om inngrep, er dette den eneste akseptable framgangsmåten. Når det gjelder rene spørsmål om hvorvidt det foreligger et rettsbrudd, vil i og for seg også en ordning med faste møter være akseptabelt. Men en fortløpende behandling av sakene er generelt den mest fleksible behandlingsmåten og den ordningen som tar kortest tid. Og dersom organet beslutter å gå over til en muntlig saksbehandling, vil det være problematisk med faste møtetider.

## **3.7.4 Sekretariatet**

### **3.7.4.1 Innledning**

Det er nødvendig å etablere en eller annen form for støtteapparat for tvisteløsningsorganet som kan ivareta sekretariatsfunksjonene. Henvendelser til organet må kunne rettes til et fast kontor, og det kan komme på tale å la sekretariatet i større eller mindre grad forestå saksforberedelsen.

Nedenfor skal først drøftes spørsmålet om arbeidsfordelingen mellom tvisteløsningsorganet og sekretariatet ved behandlingen av den enkelte sak, se punkt 7.4.2, samt hvilke tilleggsfunksjoner som sekretariatet naturlig kan fylle, se punkt 7.4.3.

Deretter skal ses på hvem som skal utøve denne funksjonen, se punkt 7.4.4.

### **3.7.4.2 Arbeidsoppgavene til sekretariatet i forbindelse med den enkelte sak**

Et hovedspørsmål når det gjelder sekretariatsfunksjonen, er arbeidsfordelingen mellom sekretariatet og tvisteløsningsorganet. Skal sekretariatet være et aktivt, saksforberedende organ eller skal det primært skjøtte rent kontormessige funksjoner? Svaret på dette spørsmålet vil være avgjørende blant annet for bemanningen av sekretariatet og for hvilke ressurser som er nødvendige for å fylle sekretariatsfunksjonen.

For å illustrere de to ytterpunktene kan sekretariatsfunksjonen i henholdsvis Bankklagenemnda og domstolene trekkes fram.

Viggo Hagstrøm, LoR 1995.503, se s 507 flg., gir en beskrivelse av sekretariatsfunksjonen i Bankklagenemnda. Sekretariatet består av fire til fem heltidsansatte advokater samt kontorhjelpe. Hagstrøm beskriver sekretariatet som et saksforberedende organ med tre hovedfunksjoner: 1) Det mottar klager og sørger for at sakene blir tilstrekkelig opplyst.

Sekretariatet kan i denne fasen foreslå forlik, noe som gjøres i stor utstrekning. Flesteparten av tvistene blir faktisk bilagt i denne fasen. 2) Sekretariatet utarbeider deretter et saks-sammendrag, som danner grunnlaget for behandlingen i nemnda. 3) Til slutt har sekretariatet oppgaven med å utarbeide utkast til begrunnelse og konklusjon – et forslag som skal utarbeides på grunnlag av første møte i nemnda. Hagstrøm karakteriserer sekretariatsfunksjonen for Bankklagenemnda som overordentlig viktig. Det hører med til dette bildet å nevne at nemnda får inn et stort antall klager hvert år, fra 1988 og fram til 1995 behandlet nemnda i alt 3.290 skriftlige klager, og sekretariatet håndterer dessuten årlig omkring 3.500 muntlige henvendelser.

Den motsatte ytterlighet møter vi ved den ordinære domstolsbehandlingen. Her står fagdommeren for det alt vesentlige av det saksforberedende arbeid. Prinsippene for den skriftlige saksforberedelse (i første instans), som er den vanlige, er fastlagt i tvml. §§ 313 til 317. Personalet ved det enkelte dommerkontor gjør bare det kontortekniske arbeidet, samt er behjelpelig med å beramme møter mv.

Det er et veivalg som må foretas når det gjelder arbeidsfor-delingen mellom medlemmene av tvisteløsningsorganet (fortrinnsvis saksansvarlig) og sekretariatet. Problemstillingen er hvem som mest effektivt kan utføre det saksforberedende arbeidet – medlemmene (saksansvarlig) eller sekretariatet?

Arbeidsgruppen har vært i tvil om dette spørsmålet.

På den ene siden vil det kunne hevdes at det normalt vil være gunstig å la deler av det forberedende arbeidet bli utført av et sekretariat. Særlig ved et høyt antall henvendelser til tviste-løsningsorganet vil en slik arbeidsfordeling være verdifull. De faste medlemmene av tvisteløsningsorganet vil presumptivt være høyt skattede personer i oppdragsmarkedet som skal utføre sine verv ved siden av andre hovedbeskjeftigelser. Dersom antallet henvendelser til tvisteløsningsorganet ikke blir liggende på et svært lavt nivå, framstår det som ressursbe-sparende å la enkelte sider ved saksforberedelsen bli utført av et fast sekretariat som har en heltidsbemanning. Dessuten vil et sekretariat med sete i Nærings- og handelsdepartementet ha særlig gode forutsetninger for å finne fram til relevante rettskilder i anskaffelsessaker. Dette vil ofte kunne være et tidkrevende arbeid, ikke minst når det gjelder utenlandske kilder, så som relevante dommer fra EF-retten, kjennelser fra Klagenævnet for Udbud, dommer fra den svenske forvaltnings-domstolen, uttalelser fra Nemnden för Offentlig Upphandling osv. Videre vil et fast sekretariatet over tid kunne representere en gunstig kontinuitet i arbeidet, gjennom oppbygging av erfaringsmateriale og utvikling av personell kompetanse.

På den andre siden vil et aktivt sekretariatsarbeid representere et ikke ubetydelig saksforberedende element i prosessen som vil kunne ta tid. Dette kan tenkes å sinke den rettsavklaringen som tvisteløsningsorganet skal foreta overfor partene. For å kunne utøve avklaringsfunksjonen på en tilfredsstillende måte, måtte saksansvarlig likevel sette seg inn i saksforholdet ganske umiddelbart etter at klagen kom inn. Men dermed vil det kunne oppstå en lite hensiktsmessig dobbeltbehandling av sakene.

Spørsmålet er om man ikke bør tilstrebe en mellomløsning, hvor sekretariatsfunksjonen går klart kortere enn for eksempel i Bankklagenemnda, men lenger enn til rent kontormessige funksjoner.

Arbeidsgruppen finner at et sekretariat utvilsomt vil kunne ha en verdifull støttefunksjon for medlemmene av tvisteløsnings-organet, og da i særlig grad saksansvarlig. Arbeidsoppgaver som vil være godt egnet for et sekretariat, er blant annet utarbeidelse av et sakssammendrag i den enkelte tvist og redegjørelse for partenes anførsler. Likeledes kan det være naturlig å benytte et sekretariat til å finne fram til relevante kilder for løsning av rettsspørsmålene, både nasjonale som internasjonale. Dessuten kan det være aktuelt å benytte en person fra sekretariatet som kan gå saksansvarlig til hånd under rettsavklaringen med partene, eksempelvis ved å ta notater, skrive ned faktum i saken, finne fram relevant rettsmateriale mv.

Et neste spørsmål er hvor langt arbeidsfordelingen i tilfelle skal drives. I bankklagesaker ser vi at sekretariatet utøver en meget viktig *sorteringsfunksjon*. De aller fleste henvendelser til Bankklagenemnda løses ved den umiddelbare rettsavklaringen som sekretariatet foretar. Skal sekretariatet til tvisteløsnings-organet inneha en tilsvarende aktiv rolle?

Etter arbeidsgruppens oppfatning bør den konkrete rettsavklaringen fortrinnsvis foretas av tvisteløsningsorganets faste medlemmer, normalt saksansvarlig. Derimot kan det være hensiktsmessig å la sekretariatet gi mer generelt preget informasjon om reglene, men uten direkte å gi til kjenne et standpunkt i den konkrete saken.

Men også dette er et veivalg som må foretas. Ønsker man et sekretariat som utelukkende skal saksforberede formelle henvendelser/klager til tvisteløsningsorganet eller skal det også yte en mer generell veiledningsfunksjon i anskaffelsessaker? Arbeidsgruppen finner ikke grunn til å ta et endelig standpunkt til dette spørsmålet da det må ses i sammenheng med blant annet det generelle spørsmålet om hvordan det offentlige skal drive sin informasjonsvirksomhet i framtiden, se det framlagte dokumentet fra Eidem-utvalget.

Dersom det velges en annen organisasjonsform for tvisteløsningsorganet enn den arbeidsgruppen tidligere har skissert, eksempelvis gjennom heltidsansettelse av medlemmene, vil sekretariatsfunksjonen kunne komme i et annet lys.

### **3.7.4.3 Mulige tilleggfunksjoner for sekretariatet**

Ovenfor har vi vært inne på at et sekretariat kan tenkes å skjøtte en del andre funksjoner i tillegg til det å bistå tvisteløsnings-organet i den enkelte sak.

For det første skal uttalelsene til tvisteløsningsorganet *publiseres*. I den forbindelse skal det utarbeides et kort resymé av sakene. Dette er en funksjon som for så vidt kan utføres av sekretariatet, men gode grunner kan tale for å la saksansvarlig, eller et annet medlem av tvisteløsningsorganet, gjøre dette. Han har utformet uttalelsen og det skulle være rimelig enkelt også å lage et utdrag. Dessuten har han den kompetanse og innsikt i saksforholdet som skal til for å få fram de vesentlige rettslige poengene i resymet.

For det andre kan det være aktuelt for sekretariatet å drive mer generell *informasjonsvirksomhet* om anskaffelser, avhengig av hvordan det offentlige vil organisere denne type virksomhet i framtiden. Informasjonsbehovet antas å være stort blant aktørene, både blant oppdragsgivere og leverandører. Eidem-utvalget har imidlertid utarbeidet en egen rapport om spørsmålet og arbeidsgruppen finner det derfor ikke hensiktsmessig å gå dypere inn i denne problematikken.

For det tredje vil sekretariatet kunne tenkes å spille en rolle med hensyn til *kompetanseoppbyggingen* i tvisteløsnings-organet. Skal medlemmene av tvisteløsningsorganet kunne fylle sine funksjoner på en tilfredsstillende måte, fordres det at de 1) bygger opp en grunnkompetanse innen offentlige anskaffelser, og at de 2) løpende holder seg a jour med utviklingen innen faget, så vel nasjonalt som internasjonalt. Sekretariatet vil kunne bistå medlemmene med denne kompetanseoppbyggingen, eksempelvis gjennom en fortløpende formidling av nyheter innen fagområdet, orientering om og avholdelse av seminarer, mv.

#### **3.7.4.4 Hvem som skal utøve sekretariatsfunksjonen**

Den organisatoriske plasseringen av sekretariatet kan tenkes løst på høyst forskjellige måter. Sekretariatet kan plasseres i Nærings- og handelsdepartementet, det kan plasseres i et annet departement (eksempelvis Arbeids- og administrasjons-departementet) eller annet offentligrettslig organ, eller det kan etableres som et selvstendig og uavhengig rettssubjekt.

Det vil etter arbeidsgruppens oppfatning være en klar fordel om sekretariatsfunksjonen kan plasseres hos Nærings- og handelsdepartementet. Man kan ved en slik plassering ikke bare trekke veksler på et eksisterende organisasjonsapparat, men også på en eksisterende kompetanse for håndtering av anskaffelsessaker (seksjonen for offentlige anskaffelser og offentlige støtte). Dessuten vil man kunne utnytte det nettverk for innhenting og spredning av informasjon for denne type saker som allerede er utviklet.

Den enkleste og minst ressurskrevende løsningen er trolig derfor å la Nærings- og handelsdepartementet utøve sekretariatsfunksjonen.

Selv om sekretariatet plasseres hos departementet, skal funksjonen naturlig nok utøves helt partsnøytralt. Noen form for instruksjonsmyndighet fra departementets side er det ikke tale om.

For å markere denne uavhengige posisjonen når det gjelder saker for tvisteløsningsorganet, kan det spørres om ikke sekretariatet bør skilles ut som en egen enhet i departementet, slik at tilknytningen til departementet først og fremst har karakter av en samlokalisering. Dette spørsmålet må utredes nærmere når sekretariatsfunksjonen er fastlagt.

## **3.8 Saksbehandlingen**

### **3.8.1 Iverksettelse av prosedyren**

#### **3.8.1.1 Klagen**

Tvisteløsningsorganet trer ikke i aksjon av eget tiltak. Saker for organet skal starte ved at en leverandør ber om en uttalelse (klage) angående en konkret anskaffelse.

Partenes henvendelse (eller klage) skal rettes til sekretariatet og være skriftlig. Klagen skal angi partene i saken, hvilket krav og påstand som framsettes, samt en kort redegjørelse for sakens faktum og hvilke omstendigheter kravet støttes på. Fordi tvisteløsningsorganet forutsettes bare å avgi uttalelser angående konkrete anskaffelsessaker, må henvendelsen angi oppdragsgiver og hvilken anskaffelse kravet knytter seg til.

Etter omstendighetene bør en forenklet klage kunne godtas. Det kan være aktuelt hvor leverandøren handler under sterk tidsnød.

### **3.8.1.2 Prosessforutsetningene**

Det første tvisteløsningsorganet må gjøre når en klage er kommet inn, er å avgjøre om forutsetningene for å avgi en uttalelse er til stede. Reglene for tvisteløsningsorganets kompetanse er gjennomgått tidligere, se punktene 4 til 6.

Kompetansegrensene bør i utgangspunktet være ufravikelige. Men fordi tvisteløsningsorganet ikke foretar bindende avgjørelser, vil håndteringen av kompetansespørsmålet bli noe særegen. For det første vil avgjørelsen av spørsmålet få mindre vidtrekkende konsekvenser enn om uttalelsene hadde vært bindende (skjønt den faktiske betydningen av en rådgivende uttalelse trolig vil være betydelig). For det andre må organet med endelig virkning kunne avgjøre om det er berettiget til å behandle tvisten. Det bør ikke være adgang til å bringe kompetansespørsmålet inn for domstolene til overprøving.

Dersom en sak er brakt inn for domstolsapparatet (litispendens) eller saken allerede er avgjort av en domstol (rettskraft), kan den ikke bringes inn for tvisteløsningsorganet. Det samme må gjelde i forhold til saker som verserer for en voldgiftsdomstol. Dette innebærer blant annet at en leverandør som er i tvil om han skal anke en dom avsagt av by- eller herredsretten, ikke kan få en uttalelse fra tvisteløsningsorganet.

Dette er ordningen i Bankklagenemnda, jf. § 2-2 femte ledd. En slik begrensning praktiseres også av Næringslivets Forum for offentlige anskaffelser (NFOA), men ikke av Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i Bergen (BFJR). Ved Klagenemnda for eiendomsmegler tjenester er regelen at nemnda kan "velge å utsette behandlingen av saken inntil denne er avgjort ved domstolsbehandlingen".

### **3.8.1.3 Avvisning som følge av bevisensyn mv.**

Tvisteløsningsorganets saksbehandling vil i enkelte tilfeller være mindre godt tilpasset den konflikten som er oppstått mellom leverandør og oppdragsgiver. Typisk vil det gjelde hvor løsningen av rettsspørsmålet beror på en vurdering av et vanskelig og omstridt faktisk saksforhold.

Organet må derfor gis en diskresjoner myndighet til å avvise saker hvor bevisensyn eller andre forhold tilsier at tvisten bør løses av domstolene. En slik avvisningsgrunn er eksempelvis tatt inn i hovedavtalen for Bankklagenemnda, jf. § 2-2 syvende ledd.

## **3.8.2 Rettsavklaringen**

Som nevnt tidligere under punkt 7.3.1, vil det innledende skritt i tvisteløsningsprosedyren bestå i så snart som mulig å se om tvisten kan bilegges uten en formell klagebehandling.

Denne avklaringen foretas naturlig av saksansvarlig, som er den som administrerer den enkelte tvistesak. Poenget er så raskt og enkelt som mulig å rydde av veien saker hvor det reelt sett ikke skulle være grunnlag for en tvist. Avklaringen kan dermed foretas så langt dette kan gjøres ved en summarisk gjennomgang av saken.

Arbeidsgruppen anser rettsavklaringen for å være en sentral oppgave for det nye tvisteløsningsorganet. Særlig i perioden fram til kontrakt er sluttet kan organet spille en viktig rolle i håndhevelsen av anskaffelsesreglene. For mange vil nok bruk av domstolsapparatet, i hvert fall i første omgang, fortone seg som et for dramatisk skritt å ta. Dermed kan henvendelsen til tvisteløsningsorganet være den eneste aktuelle aksjonsformen.

Framgangsmåten som benyttes ved denne dialogen mellom partene må legges opp av saksansvarlig slik han finner det mest hensiktsmessig i den enkelte tvistesak. Men det må benyttes en prosedyre som er i samsvar med formålet om en rask og uformell tvisteløsningsfunksjon. Telefonisk kontakt med partene vil nok i svært mange saker være den mest nærliggende måten å foreta rettsavklaringen på.

Særlig vil telefonisk kontakt være nærliggende i konkurranser hvor tildelingen er i ferd med å skje. Her må regelen være at saksansvarlig umiddelbart setter seg i kontakt med oppdragsgiver. Dersom rettsavklaringen ikke fører fram, bør leverandøren straks få en tilbakemelding om dette. En slik framgangsmåte er viktig for å unngå at inngrepsretten tapes på grunn av kontraktsslutning. Etter at leverandøren har fått tilbakemeldingen vil han kunne vurdere å bringe saken direkte inn for domstolene.

### **3.8.3 Den rådgivende uttalelsen – grunnprinsippene for saksbehandlingen**

#### **3.8.3.1 Innledning**

Dersom rettsavklaringen ikke fører til at partene bilegger tvisten, iverksettes prosedyren som skal lede fram til tvisteløsningsorganets rådgivende uttalelse.

Når det gjelder prinsippene for saksbehandlingen, er det grunnleggende spørsmålet hvor fritt tvisteløsningsorganet bør stå med hensyn til å avgjøre sin egen behandlingsmåte. Man kan tenke seg flere modeller i så henseende. Fra de sivile søksmål kan nevnes to motpoler. På den ene ytterfløy har vi prosessordningen for de ordinære domstoler som er strengt lovbunden med til dels meget detaljerte regler for gjennomføringen av rettergangen. På den andre ytterfløy har vi voldgiftsinstituttet. Med mindre partene har fastlagt reglene for framgangsmåten, bestemmer voldgiftsretten selv hvilke regler som skal følges, jf. tvml. § 459 andre ledd.

Det er ikke åpenbart hvilken modell som skal velges. Argumentene går i noe ulike retninger.

På den ene siden skal tvisteløsningsorganets uttalelser bare være rådgivende, ikke bindende. Ordningen er dessuten (delvis) frivillig – partene kan velge om de ønsker å benytte ordningen eller ikke. Dette skulle tilsi at organet blir gitt en stor grad av frihet til selv å velge egnet prosessmåte.

På den andre siden er institusjonen tiltenkt en sentral rolle i tvister om anskaffelser. Organet skal besettes med høyt kvalifiserte personer, dets uttalelser skal publiseres, for det offentlige representerer institusjonen en tvungen ordningen dersom leverandøren først velger å gå denne veien, og prosessen åpner for et langt dypere innsyn i sakens akter enn det som ellers er tilfelle. Dette er forhold som taler for å bygge opp rettssikkerhetsgarantier rundt tvisteløsningen gjennom fastere saksbehandlingsregler.

Arbeidsgruppen har kommet fram til at de motstående hensyn kan ivaretas ved en mellomløsning. Rettssikkerhetshensynene tilsier at rammen for tvisteløsningsorganets virksomhet fastlegges gjennom å streke opp hovedprinsippene for saksbehandlingen, se nedenfor. Innenfor disse rammene må det derimot være opp til tvisteløsningsorganet selv å bestemme saksbehandlingsreglene. Dette kan dels gjøres ved at tvisteløsningsorganet som institusjon vedtar supplerende eller utdypende retningslinjer for saksbehandlingen, et regelverk som kan revideres etter behov. Men organet bør dessuten ved behandling av den enkelte tvist gis en viss frihet til selv å velge framgangsmåte, tilpasset tvistens art, omfang og parter. Særlig hvor det er påkrevet med et rask svar på de spørsmålene som er brakt inn, bør tvisteløsningsorganet ha et spillerom i så måte.

Dette reiser spørsmålet om hvilke hovedregler som skal følges av tvisteløsningsorganet. I sivilprosessen og forvaltningsretten opereres det med en rekke såkalte grunnprinsipper for saksbehandlingen. Nedenfor skal drøftes hvilke av disse prinsippene som det er naturlig å følge for det nye tvisteløsningsorganet.

### **3.8.3.2 Kontradiktorisk saksbehandling mv.**

En bærebjelke i alle former for tvisteløsning er det kontradiktoriske prinsippet, jf. eksempelvis tvml. § 111 og fvl. § 16. Partene skal få anledning til å uttale seg om sakens *faktiske* sider, samt rett til å imøtegå motpartens synspunkter. Dette sikrer at de som avgjør saken, får et best mulig grunnlag å bedømme tvisten ut fra, og det inngir tillit til prosessordningen.

Når sakens fakta framstilles for tvisteløsningsorganet, må det kontradiktoriske prinsippet etterleves. Den faktiske bakgrunnen for tvisten skal kunne belyses av begge parter.

Når det gjelder opplysninger som framkommer under rettsavklaringen, må det på betryggende måte sørges for at disse også kommer til motpartens kunnskap.

På dette punktet skiller saksbehandlingen for det foreslåtte tvisteløsningsorganet seg klart fra behandlingen ved enkelte andre responderende utvalg. Verken Næringslivets Forum for offentlige anskaffelser (NFOA) eller Byggebransjens Faglig Juridiske Råd i Bergen (BFJR) åpner normalt for kontradiksjon om faktum. Her blir spørgerens framstilling av hendelsesforløpet uten videre lagt til grunn, se § 3 i regelverkene for de respektive organer. Verdien av de svarene som gis, vil derfor bero på hvor korrekt tvistens faktiske sider er framstilt.

Partene må også få anledning til å fremme sine syn på de *rettslige* sider ved tvisten. I anskaffelsessaker vil tvistene i utpreget grad gjelde sakens rettslige aspekter. Det er viktig at rettsspørsmålene blir belyst så godt som mulig. Og når først partene gis anledning til å uttale seg om de rettslige spørsmål, følger det av likhetsprinsippet at begge parter må gis like vilkår.

### **3.8.3.3 Muntlig kontra skriftlig saksbehandling**

Prosesslovgivningen i Norge bygger på et hovedprinsipp om muntlig saksbehandling. Det er partenes muntlige framstilling av saken som skal danne grunnlaget for rettens bedømmelse. Saksbehandlingen i forvaltningen er derimot i all hovedsak skriftlig, jf. fvl. kapittel IV.

Arbeidsgruppen har kommet fram til at prosessformen for tvisteløsningsorganet bør være skriftlig. Flere grunner tilsier et slikt skriftlighetsprinsipp.

Den viktigste grunnen til dette er hensynet til en rask og ressursbesparende beslutningsprosess. Riktignok har det ofte blitt trukket fram i rettslitteraturen at muntlighetsprinsippet blant annet ivaretar hensynet til en hurtig avgjørelse, se eksempelvis Skoghøy, Tvistemål, s 409, og Hov, Rettergang i sivile saker, 1994, s 66. Etter arbeidsgruppens erfaring kan det settes et spørsmålstejn ved synspunktets generelle bærekraft, særlig når prinsippet ses i sammenheng med reglene om bevisumiddelbarhet, se nedenfor.

Ikke sjeldent vil det kunne være vanskelig å rydde plass for datoer hvor samtlige aktører (og vitner) har muligheter til å møte. Denne vanskeligheten øker når vi tar i betraktning at tvisteløsningsorganet skal bestå av personer som utfører sine verv ved siden av ordinære arbeidsoppgaver. En skriftlig prosedyre vil trolig gjøre at sakene kan behandles mer fleksibelt.

Dessuten vil en prosedyre basert på skriftlighet trolig være mindre ressurskrevende enn en muntlig behandling. Muntlighetsprinsippet innebærer i realiteten en kombinert muntlig og skriftlig prosedyre. Det er bare hovedforhandlingen som foregår muntlig. Hele saksforberedelsen skjer skriftlig. Ved en skriftlig prosedyre unngår man denne dobbeltbehandlingen av saken.

Normalt vil en skriftlig prosedyre virke tilfredsstillende i anskaffelsessaker. Faktum i denne type saker vil i utpreget grad bli belyst gjennom skriftlig materiale, så som kunn-gjøringer, konkurransegrunnlaget, befaringsprotokoll, tilbud mv. Det er langt mindre behov for å supplere det skriftlige materialet ved vitneførsel eller befaringer, enn i mange andre typer saker. Dette henger nøye sammen med den tolknings situasjonen man står overfor ved formaliserte konkurranser om anskaffelser. I selve anskaffelsesfasen har vi med et mangepartsforhold å gjøre. Det er i slike konstellasjoner ofte betenkelig å legge vekt på tolkningsdata som ikke har relevans for hele deltaker-kollektivet, så som oppdragsgivers handlemåte overfor enkelte av aktørene. Naturlig nok kan det ha blitt stiftet spesielle forpliktelser overfor den enkelte aktør, men gjennomgående vil de individualiserende elementer i tolkningsprosessen bli neddempet. For eksempel vil det være ytterst liten plass for aktørspesifikke forutsetninger når partenes rettigheter og plikter skal klarlegges.

Skriftlig prosedyre synes å være den alminnelige fram-gangsmåten ved responderende utvalg, se eksempelvis Bankklagenemnda, jf. § 4-1 fjerde ledd, og Reklamasjonsnemnda for eiendomsmeglertjenester, Saksgangen. Når det gjelder Klagenævnet i Danmark, er skriftlig saksbehandling også her utgangspunktet, se lov om Klagenævnet for Udbud § 9.

Dersom særlige grunner skulle tilsi det, må det likevel være adgang for tvisteløsningsorganet til å beslutte muntlig forhandling. Bevis hensyn kan tilsi en slik prosessform. Alternativet ville i tilfelle være å avvise saken, se foran.

Dette er også situasjonen i Danmark, se nevnte lovs § 9. Bestemmelsen lyder:

"Sagsbehandlingen ved nævnet er skriftlig. Hvor særlige grunde taler derfor, kan formanden dog bestemme, at muntlig forhandling skal finde sted."



I Danmark har man imidlertid erfart at muntlighet har blitt normalprosedyren. Behandlingstiden for Klagenævnet er i snitt på mellom fire til seks måneder, det vil si et snitt som ligger tett opp til gjennomsnittlig saksbehandlingstid for A-saker ved herreds- og byrettene i Norge. Etter arbeidsutvalgets opp-fatning er dette en for lang behandlingstid, noe som kan ha sammenheng med den muntlige prosedyren. Tvisteløsnings-organet i Norge bør derfor være klart mer påholden med å gå over til denne prosessformen enn tilfellet er i Danmark. Eksempelvis bør ikke et felles ønske fra partenes prosess-fullmektiger i seg selv være tilstrekkelig grunn til å gå over til en muntlig prosedyre. Det kan dessuten være aktuelt å skille mellom på den ene siden en muntlig prosedyre, og på den andre siden det å foreta en full muntlig bevisførsel med avhør av parter og vitner. Den muntlige prosedyre kan blant annet benyttes for å spare tid, mens en muntlig bevisførsel ved avhør av vitner mv., gjerne er ganske tidkrevende.

### **3.8.3.4 Bedømmelsen av faktum**

#### **a) Innledning**

Tvisteløsningsorganet må ta standpunkt til hvilket faktum som skal legges til grunn ved løsningen av tvisten. Ikke sjeldent kan partene ha ulike oppfatninger av det faktiske hendelsesforløpet. I anskaffelsessaker vil dette gjerne komme opp som en uenighet om hvorvidt det var gitt muntlige opplysninger eller tilsagn i tillegg til det skriftlige materialet som ble sendt leverandørene. Det kan også være at konkurransegrunnlaget tolkes forskjellig av partene.

Partene i tvisten må ha hovedansvaret for å framskaffe det faktiske materialet for tvisteløsningsorganet. Det kan vanskelig tenkes at organet selv skal ta initiativ til å finne fram til relevante bevismidler. Her er situasjonen en annen for de responderende utvalg som tar standpunkt til ulike typer forbrukertvister. I utpreget grad må det såkalte *forhandlingsprinsippet* derfor ligge til grunn for framstillingen av sakens fakta for tvisteløsningsorganet. Dette gjelder også den andre siden av prinsippet, at organet ikke kan bygge på (i hovedsak) andre fakta enn de som er båret fram av partene.

*Bevisvurderingen* av de bevismidler som framlegges, må, slik som i prosessretten for øvrig, være fri, jf. tvml. § 183. Formelle regler om når et bevismiddel skal ha relevans, er det uaktuelt å operere med. Av skriftlighetsprinsippet kan det imidlertid flyte visse begrensninger, se straks nedenfor.

Dette innebærer videre at tvisteløsningsorganet i utgangs-punktet vil bruke *overvektsprinsippet* – prinsippet om at det mest sannsynlige faktum legges til grunn – ved vurderingen av bevismidlene. Men det vil naturlig nok kunne være plass for bevisbyrdebetraktninger i anskaffelsesretten, slik som på andre rettsområder. Et eksempel fra rettspraksis, som riktignok angår erstatningsspørsmål, er Rt. 1997.574 Lærlinge klausuldommen. Førstvoterende uttalte her følgende: "Gode grunner kan tale for at det ikke bør stilles strenge beviskrav for at anbydere ikke ville ha deltatt. En bevistvil bør i tilfelle gå ut over innbyderen."

#### **b) Begrensninger som følger av skriftlighetsprinsippet**

Et grunnprinsipp for behandling av tvistemål er at bevisene skal føres direkte for domstolene – det såkalte *bevisumiddel-barhetsprinsippet*. Partenes og vitnenes forklaringer skal gis

umiddelbart for domstolene. Retten foretar befaringer der dette er nødvendig, og skriftlige bevis legges fram for domstolen. Domstolene vil dermed kunne danne seg et umiddelbart inntrykk av sakens fakta.

En forutsetning for å kunne gjennomføre bevisumiddelbarhets-prinsippet er at prosessen bygger på muntlighet. Arbeids-gruppen har foreslått at prosessen normalt skal være skriftlig. Dette utelukker i tilfelle bevisumiddelbarhet når det gjelder alle andre bevismidler enn de skriftlige bevis. Som nevnt ovenfor kan det imidlertid komme på tale å åpne for en muntlig saksgang når særlig grunner foreligger, og dermed også for bruk av bevisumiddelbarhetsprinsippet. Nettopp når sakens fakta er omstridt, vil det kunne være aktuelt å ta i bruk en slik saksbehandlingsform.

Ved en skriftlig prosedyre må eventuelle parts- og vitneforklaringer legges ved som dokumenter i saken.

### **c) Framleggelse av dokumenter**

*I. Problemstillingen.* Framleggelse av skriftlige bevis vil få en viktig plass i behandlingen av anskaffelsessakene. Som antydnet tidligere vil dokumentene generelt spille en sentral rolle i denne typer tvister, og dokumentene vil normalt være de eneste originale bevismidler.

Fra tvistemålsloven kjenner vi reglene om framleggelse av skriftlige bevis, jf. tvml. kapittel 19. Det vil være aktuelt også å utforme slike regler for tvisteløsningsorganet.

Problemet er naturlig nok størst når det gjelder dokumenter som befinner seg hos motparten, eller hos en tredjemann. Dokumenter som den påberopende part selv sitter med, vil han av egeninteresse sørge for blir lag fram for tvisteløsnings-organet.

Den typiske utleveringssituasjonen vil være hvor leverandøren krever innsyn i oppdragsgivers sakspapirer. Spørsmålet vil derfor i første rekke berøre det offentliges utleveringsplikt. Dette danner en parallell til spørsmålet om en parts adgang til sakens dokumenter ved forberedelsen av enkeltvedtak, jf. fvl. kapittel IV.

Av lov om offentlighet i forvaltningen 19. juni nr. 69 følger det at allmennheten har adgang til å gjøre seg kjent med forvaltningens saksdokumenter. Denne innsynsretten vil bli behandlet senere i kapittel V punkt 3. Som det framgår av framstillingen der, er adgangen sterkt beskåret når det gjelder anbudskonkurranser. Anbud, tilbud og anbudsprotokoller er generelt unntatt fra offentlighet. Dessuten er dokumenter som et forvaltningsorgan har utarbeidet for sin interne saksforbe-redelse, unntatt fra allmennhetens innsynsrett. Spørsmålet som reises nedenfor er om partsoffentlighet for tvisteløsningsorganet skal strekkes lengre enn det som følger av reglene for den alminnelige offentlighet.

*II. Hovedregelen.* Regelen bør være at den offentlige oppdragsgiver i utgangspunktet har plikt til å utlevere relevant materiale til motparten, normalt ved oversendelse av en kopi av dokumentet.

Dette er utgangspunktet i fvl. § 18 første ledd når det gjelder enkeltvedtak, og en slik regel følger også av tvml. § 250 om plikt til utlevering av dokumenter som en part har i sin besittelse. Den samme grunnholdning finner vi i den danske lov om Klagenævnet for Udbud §

11, hvor det heter at "Nævnet kan kræve alle opplysninger, der findes nødvendige for dets virksomhed ..."

En slik regel fordrer at det ved lov pålegges oppdragsgivere som faller innenfor ordningen med det nye tvisteløsnings-organet, å utlevere dokumenter. Man kan også gjøre et unntak fra forskriftene som unntar anbudsdokumenter fra offentligheten, men da vil alle få innsikt i disse dokumentene, ikke bare partene.

*III. Unntak fra innsynsretten.* I likhet med partsoffentligheten innenfor forvaltning og rettergang, må dokumentinnsynet undergis visse begrensninger.

I første rekke vil det være aktuelt å unnta forretnings-hemmeligheter mv. fra partsoffentligheten, se de tilsvarende bestemmelsene i fvl. § 19 første ledd b) og tvml. § 250, jf. § 209.

Spørsmålet om hvilke opplysninger som på grunn av forretningsmessige forhold fortjener beskyttelse, kan være vanskelig å besvare i anskaffelsessaker. Denne problemstillingen tas blant annet opp av Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, 561 flg. Ved opplysninger av teknisk art vil det klart nok kunne foreligge et behov for beskyttelse mot innsyn. Tradisjonelt har leverandørsiden også ønsket å holde del- og enhetsprisene i tilbudene hemmelige. Spørsmålet om begrenset innsyn vil videre kunne reises for forretningsmessige vilkår som er inntatt i tilbudene. Denne problemstillingen vil bli nærmere behandlet i kapittel V punkt 3.3.

Mens offentlighetsloven opererer med et bloc-unntak for tilbud mv., se forskriften av 1986, må spørsmålet om en begrensning av innsynsretten i saker for tvisteløsningsorganet avgjøres etter en konkret vurdering. For at denne type spørsmål ikke i for stor utstrekning skal belaste organets ressurser, kan det være aktuelt å utarbeide visse retningslinjer for hvilke typer opplysninger som normalt ikke skal formidles videre til konkurrentene, eksempelvis at en leverandør ikke skal gis innsyn i konkurrerende leverandørers detaljprising av den etterspurte ytelse.

De opplysninger som skjermes mot innsyn, vil kunne ha betydning for sakens utfall. Tvisteløsningsorganet bør derfor uansett ha tilgang til disse opplysningene. Én mulig løsning er å forplikte oppdragsgiver til å gi samtlige opplysninger til tvisteløsningsorganet, og så la organet selv beslutte hvilke opplysninger som kan gis videre til leverandøren. Den løsningen som er benyttet i tvistemålsloven § 209 andre ledd, å la opplysningene bli meddelt i et lukket møte med pålegg om taushetsplikt, vil være lite egnet når leverandøren er en konkurrent til den som opplysningene angår. Ulempen ved bare å tillate et organ-innsyn er naturlig nok at det kontradiktoriske prinsippet ikke er virksomt for de opplysninger innsynsretten gjelder. Betydningen av dette må i tilfelle tvisteløsningsorganet selv avgjøre. Benyttes en ordning med utvidet organ-innsyn, vil tvisteløsningsorganet etter omstendighetene kunne få større tilgang til bedrifts- og forretningshemmeligheter enn det en ordinær domstol har.

Fordi retten til dokumentinnsyn ved anskaffelser generelt er kraftig beskåret, vil kravet om å få framlagt dokumenter i en sak for tvisteløsningsorganet kunne være svært betydningsfullt for leverandørene. Først ved å bringe inn en sak for tvisteløsnings-organet vil leverandørene få innsyn i sakens akter. En klagesak kan dermed først og fremst være begrunnet med behovet for innsyn i oppdragsgivers dokumenter.

*IV. Virkningene av at pålegg om utlevering ikke etterkommes.* I den danske lov om Klagenævnet for Udbud § 13 er opplysningsplikten sanksjonert med dagbøter. Om det er nødvendig med en formell sanksjonering når det dreier seg om en rådgivende uttalelse, lar arbeidsgruppen stå åpent.

En annen, og kanskje mer nærliggende, mulighet når det gjelder saker for tvisteløsningsorganet, er å benytte tvistemålslovens system. Dersom et pålegg om utlevering ikke etterkommes, avgjør retten etter en samlet vurdering hvilken betydning dette skal tillegges, jf. tvml. § 258. Det er den bevismessige betydning av å nekte å etterkomme pålegget som skal bedømmes.

### **3.8.3.5 Disposisjonsprinsippet mv.**

Ordinære tvistemål, hvor partene har fri råderett over det forhold saken gjelder, bygger på det såkalte disposisjonsprinsippet. Partene har herredømme over gjenstanden for prosessen.

Et tilsvarende prinsipp bør som utgangspunkt ligge til grunn for behandlingen av saker for tvisteløsningsorganet.

Dette innebærer for det første at organet i sin uttalelse må holde seg innenfor de krav og påstander som partene framsetter. Dersom leverandøren bare krever å få fastslått rettsstridsspørsmålet, kan ikke tvisteløsningsorganet av eget tiltak vurdere spørsmålet om inngrep i anskaffelsesprosedyren. Er det derimot prosedert på inngrep, vil tvisteløsningsorganet, om det finner at vilkårene for et inngrep ikke foreligger, kunne fastslå at regelverket er overtrådt. En slik uttalelse befinner seg innenfor leverandørens krav og påstand.

For det andre må tvisteløsningsorganet i sin uttalelse bygge på et faktum som i hovedtrekk ligger innenfor det partene har påberopt seg, se Skoghøy, Tvistemål, s 685 flg. Denne begrensningen kan også betraktes som utslag av forhandlingsprinsippet, at partene har hovedansvaret for å tilveiebringe sakens fakta for tvisteløsningsorganet.

Disposisjonsprinsippet stenger ikke for tvisteløsningsorganets adgang til å komme med *tilleggsyttringer* om rettsspørsmål som ikke er nødvendige for å begrunne resultatet i saken (såkalte obiter dicta). Slike tilleggsyttringer avgis i første rekke for å gi generell veiledning til aktørene i markedet. Fordi tviste-løsningsorganet ikke kan ta opp saker av eget tiltak, vil det etter omstendighetene kunne være hensiktsmessig å gi slike signaler til aktørene. I hvilken utstrekning tvisteløsningsorganet vil benytte seg av adgangen til å komme med tilleggsyttringer, må avgjøres av organet selv.

### **3.8.3.6 Utformingen av den rådgivende uttalelsen**

Med mindre tvisten mellom oppdragsgiver og leverandør(er) løses i minnelighet, må tvisteløsningsorganets uttalelse gis et formalisert uttrykk.

Grunnoppbyggingen av en dom synes å danne et naturlig utgangspunkt for redigering av uttalelsene. Tradisjonelt angis det i dommer innledningsvis helt kort hva tvisten gjelder, og det foretas en redegjørelse for faktum (så langt som partene er enige). Deretter gjengis hovedtrekkene i partenes påstander og prosedyre, og til slutt presenteres organets syn på tvisten og konklusjonen.

Etter arbeidsgruppens oppfatning bør *dissenser* gå fram av uttalelsen, og da slik at også dissensene er begrunnet. Dette vil kunne gi et verdifullt bidrag til å belyse kompleksiteten knyttet til tvistespørsmålet, og dermed også risikoen forbundet med å forfølge saken videre. Dette synes å være vanlig praksis for frivillige tvisteløsningsorganer.

Siden uttalelsene bare er rådgivende kan det være aktuelt for tvisteøsningsorganet å gjøre enkelte av sine standpunkter *betings* av at et bestemt faktum legges til grunn – og da uten at organet behøver å ta eksplisitt stilling til bevisspørsmålet. Den begrensede adgangen til å føre direkte beviser for organet, kan gjøre en slik framgangsmåte praktisk.

### 3.8.3.7 Offentlighetsprinsippet

I punkt 7.2.5 ble det slått fast at det nye tvisteløsningsorganet vil være et forvaltningsorgan. Det har blant annet som konsekvens at offentlighetslovens regler om dokumentinnsyn kommer til anvendelse. Spørsmålet er om allmennheten, på en eller annen måte, bør gis innsynsrett i tvisteløsningsorganets virksomhet.

Både for forvaltningen og for domstolene gjelder et offentlighetsprinsipp som skal gi allmennheten innblikk i organenes saksbehandling. Men utformingen av prinsippet er temmelig forskjellige innenfor de to institusjonene.

Saksbehandlingen i forvaltningen er i all hovedsak skriftlig. Avholdelse av offentlige møter vil dermed være uaktuelt. Derimot følger det av offentlighetsloven at alle forvaltningens saksdokumenter i utgangspunktet er offentlige, jf. offvl. § 2.

Når det gjelder domstolene, skal allmennheten først og fremst kunne få et innblikk i tvisteløsningsprosessen ved at retts-møtene er offentlige, jf. dstl. § 124 første ledd. Offentlighets-prinsippet har dermed fått en utforming som er tilpasset domstolenes særlige arbeidsform. Innsynet i sakens dokumenter er derimot meget begrenset. Enhver kan kreve å få utskrift av dommene, mens dokumentene for øvrig, det vil si stevning, tilsvaer, prosesskrift mv., er unntatt fra offentligheten, jf. tvml. § 135 første ledd.

Arbeidsgruppen har drøftet i hvilken grad offentlighetsprinsippet bør gjelde for det nye tvisteløsningsorganet.

Det kan først slås fast at offentlighet i sivilprosessens forstand regelmessig er utelukket. Saksbehandlingen for tviste-løsningsorganet skal som den store hovedregel foregå skriftlig.

Når det gjelder allmennhetens rett til innsyn i sakens dokumenter, finner arbeidsgruppen at et slikt prinsipp ikke bør gjelde. Rent faktisk innebærer dette at klage, tilsvaer mv. er unntatt fra offentligheten.

Det viktigste argumentet mot bruk av offentlighetsprinsippet er at partene skal kunne føre sine argumenter og bevismidler uten tanke på at dette er informasjon som skal kunne bli spredd videre. Formodentlig vil det kunne bidra til at terskelen for å bringe saker inn for tvisteløsningsorganet blir lavere, prestisjen knyttet til saken blir mindre, og håndteringen av sensitive opplysninger blir lettere.

Dersom tvisteløsningsorganet beslutter å gå over til en muntlig prosedyre, vil også rene ressurshensyn tilsi en slik løsning. De møtene som eventuelt skal holdes, trenger ikke

kunngjøres på forhånd og de kan holdes i lokaler uten tanke på at det skal være et publikum til stede.

De hensyn som i første rekke har båret offentlighetsprinsippet oppe, vil langt på vei bli ivare tatt på annen måte når det gjelder tvisteløsningsorganet. Uttalelsene fra organet er det meningen skal publiseres (fortløpende eller samlet per år). Disse uttalelsene vil ganske sikkert bli gjenstand for stor oppmerk-somhet, og praksisen til tvisteløsningsorganet vil dermed bli undergitt den kontroll og debatt som offentlighetsprinsippet skulle sikre. Hvorvidt uttalelsene skal publiseres i anonymisert form slik at partenes identitet ikke tilkjennegis, lar arbeidsgruppen stå åpent.

Siden tvisteløsningsorganet vil være et forvaltningsorgan, vil standpunktet som arbeidsgruppen her har inntatt måtte følges opp med et lov- eller forskriftsbasert unntak fra offentlighets-loven. I den sammenheng kan det pekes på at loven ikke gjelder for saker som behandles etter rettspleielovene, jf. offvl. § 1 tredje ledd. Et tilsvarende unntak fra reglene om offentlighet bør gjøres for saker som er til vurdering i tvisteløsningsorganet.

### **3.8.4 Partenes holdning til den avgitte uttalelsen**

#### **3.8.4.1 Frist for domstolsbehandling**

Det kan være spørsmål om å sette en frist for den tapende part til å bringe saken inn for domstolene. Dersom fristen oversittes, vil i tilfelle partene være bundet av den rådgivende uttalelsen.

En slik ordning finner vi i NF 92 art. 16.4 tredje ledd (6 måneders frist) når det gjelder de såkalte ekspertavgjørelsene. Når det gjelder den danske lov om Klagenevnet for Udbud, bestemmer § 5 stk. 4 at Klagenevnets avgjørelser må "indbringes for domstolene senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt de pågældende".

Innføring av en slik frist innebærer at man i realiteten står overfor en voldgiftsordning, se Kaasen, Kommentar til NF 92, s 406–407, angående ekspertavgjørelsene i offshore. Riktignok er voldgiftsordningen av en noe spesiell type, fordi avgjørelsene kan ankes. Men gjøres ikke dette, vil uttalelsene fra tviste-løsningsorganet være bindende. Prinsipielt sett skal ikke bruk av tvisteløsningsorganet bero på en avtale mellom partene, og en preklusiv frist må i tilfelle innføres ved lovgivning.

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at en preklusiv frist for å forfølge saken for domstolene, ville komme i konflikt med grunnideen bak tvisteløsningsorganets rådgivende uttalelse: Uttalelsen skal være en veiledning for partene, og man ønsker dermed å unngå at tvisten for raskt bringes inn på et høyt konfliktnivå.

Dersom det innføres en preklusiv frist, vet partene at saken enten får sin avgjørelse ved tvisteløsningsorganets uttalelse eller ved en senere domstolsavgjørelse. Dermed blir det ytterst konsekvensrikt å bringe saken inn for tvisteløsningsorganet. Riktignok kan partene også i dette systemet komme til en utenrettslig enighet, men realiteten vil nok være at det skjer en skjerpelse av konfliktnivået. Det foreligger heller ikke det samme behovet for preklusive frister som innenfor tilvirkningskontraktene, hvor det er viktig å få avklart uløste tvistesporsmål fortløpende.

På den andre siden er det ikke noe i veien for at partene på forhånd blir enige om at tvisteløsningsorganets uttalelse skal være bindende. Ikke helt sjeldent ser vi at oppdragsgivere og leverandører kommer fram til en slik enighet som grunnlag for sin henvendelse til responderende utvalg. Dette er en mulighet når partene kan enes om framstillingen av faktum.

### **3.8.4.2 Tilbakemelding om hvorvidt uttalelsen vil bli respektert**

Selv om det ikke oppstilles en preklusiv frist for søksmål, tilsier flere grunner at den offentlige oppdragsgiver blir pålagt en plikt til å gi tvisteløsningsorganet en tilbakemelding om hvorvidt uttalelsen vil bli respektert. Dette er eksempelvis regelen for saker som føres for Bankklagenemnda, se § 2-3 andre ledd hvor det bestemmes at innklagede skal "gi begrunnet melding til sekretariatet innen 3 uker dersom uttalelsen ikke vil bli fulgt".

## **3.9 Oppsettende virkning**

### **3.9.1 Innledning**

Når kontrakt er sluttet, opphører etter dagens system leverandørenes muligheter til å gripe inn i anskaffelses-prosedyren. Leverandørene er da i stedet henvist til å kreve erstatning for det tapet som rettsbruddet har påført dem.

Senere, under kapittel V punkt 5, drøftes om det bør innføres en generell karenstid slik at oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling (eller kontraktsinngåelse) kan omgjøres i en viss periode. Karenstiden vil i tilfelle virke som en klagefrist for leverandørene.

Det er imidlertid nærliggende å spørre om ikke en henvendelse til tvisteløsningsorganet skal gis oppsettende virkning for den anskaffelsen som klagen gjelder. En svakhet ved regelverket slik det er i dag, er at leverandører ofte ikke rekker å aksjonere før kontrakt er sluttet. Oppsettende virkning ville innebære at den omstridte beslutningen ikke iverksettes av oppdragsgiver før organet har avgitt sin uttalelse, og eventuelt i en viss periode deretter. Problemstillingen vil være aktuell hvor leverandøren ber om en uttalelse angående retten til å gripe inn i en anskaffelsesprosedyre.

Nedenfor skal denne problemstillingen drøftes, se punkt 9.3. Men det kan være behov for først nærmere å fastslå skjæringstidspunktet for når inngrepsmuligheten opphører etter gjeldende rett. Det gis derfor først en orientering om denne problemstillingen, se punkt 9.2.

### **3.9.2 Når opphører inngrepsmuligheten**

Etter lov om offentlige anskaffelser består retten til å kreve inngrep i anskaffelsesprosessen bare "Inntil kontrakt er inngått", jf. den nye offanskl. § 7 andre ledd første punktum. Innenfor forsyningssektoren foreligger overhodet ikke noen inngrepskompetanse, jf. bestemmelsens andre punktum.

Det nærmere skjæringstidspunktet for inngrepskompetansens opphør bestemmes av den avtalemekanisme partene har benyttet. Dersom oppdragsgiver sender en aksept av leverandørens tilbud, følger det av tilbakekallelsesregelen i avtl. § 7 at avtalen er endelig når leverandøren har fått kunnskap om aksepten. Etter dette tidspunktet kan ikke aksepten lenger trekkes tilbake.

Den interne beslutningen om å velge en bestemt leverandør, er derimot ikke tilstrekkelig til å avskjære inngrepskompetansen. Selv ikke når leverandøren har fått kunnskap om beslutningen, inntreer denne virkningen. Det er først når oppdragsgiver avgir en aksept som mottas av den valgte leverandøren at det foreligger en avtale.

Avtaleloven stiller ikke opp noen *formkrav* til aksepten av et tilbud. En muntlig aksept av leverandørens tilbud skulle derfor være tilstrekkelig. Utformingen av EØS-regelverket gjør det imidlertid berettiget å spørre om det ikke er innført et formkrav for anskaffelser som faller innenfor forskriftenes virkeområde. Forskriftenes definisjon av en kontrakt er: "Gjensidig bebyrdende kontrakt som inngås skriftlig", jf. § 1 nr. 1 i samtlige forskrifter. Definisjonen er en direkte oversettelse av EU-direktivenes bestemmelser på dette punktet.

Problemstillingen kom opp i Regeringsrätten i Sverige (øverste forvaltningsdomstol), se mål nr. 2803-1995 av 26. juni 1996. Retten framholdt i sine premisser at "förevarande lagstiftning får anses bygga på att ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen". Riktignok fortolket Regeringsrätten den svenske lovgivningen, men på dette punktet inneholdt den svenske loven en definisjon som helt ut samsvarte med EU-direktivet.

Dette taler for at det også i Norge gjelder et formkrav. En skriftlig aksept må imidlertid være tilstrekkelig. Det kan vanskelig utledes av bestemmelsene et krav om at det må foreligge ett felles underskrevet dokument. Det kan i denne sammenhengen nevnes at § 21-3 i NOU 1997:21 bestemmer at tildeling av kontrakt skjer "når *skriftlig* melding om at tilbudet er valgt er kommet fram til leverandøren".

Fra et effektivitetssynspunkt er det en fordel om prosessen først gjøres irreversibel ved mottakelsen av en skriftlig aksept. Dette skaper en viss notoritet over tildelingen og det gir misfornøyde leverandører ofte noe lenger tid til rådighet.

Dersom en tildeling gjøres om etter at en leverandør har fått et muntlig tilsagn, men før formkravene er etablert, kan det utløse krav om erstatning på den negative kontraktsinteressen til fordel for den som fikk tilsagnet.

### **3.9.3 Vurdering av et system med oppsettende virkning**

Å gi en klage oppsettende virkning betyr at den beslutning som påklages, ikke kan iverksettes før klagen er endelig avgjort.

En ordning med oppsettende virkning i anskaffelsessaker vil først og fremst være av interesse for å hindre at oppdragsgiver iverksetter irreversible steg i prosedyren. Det mest dramatiske er naturlig nok å hindre at oppdragsgiver slutter kontrakt med en av de øvrige leverandørene. At inngrepsmulighetene opphører ved kontraktslutning, har vist seg å være en svakhet ved dagens håndhevelsessystem. Men også andre typer handlemåter kan rent faktisk enten stenge for eller i vesentlig grad vanskeliggjøre en senere omgjøring av prosedyren. Dersom eksempelvis en leverandør nektes å delta i en konkurranse, vil han vanskelig kunne tillates å gi inn tilbud etter at tilbudsfristen er løpt ut.

Fordi behovet for å stille anskaffelsesprosedyren i bero mens tvisteløsningsorganet utøver sitt verv vil kunne variere ganske meget, vil det ikke være aktuelt å gi klagen automatisk oppsettende virkning. Spørsmålet vil være om tvisteløsningsorganet skal ha anledning til å beslutte at klagen skal gis en slik virkning. En individuell vurdering av behovet er da også



normalordningen ellers i rettssystemet hvor klage er gitt oppsettende virkning, jf. for eksempel fvl. § 42 om utsatt virkning av vedtak i forvaltningen.

Selv om det i enkelttilfeller kan være behov for å gi en klage oppsettende virkning, finner arbeidsgruppen at tviste-løsningsorganet ikke bør gis en slik kompetanse.

Den viktigste årsaken til dette er at en midlertidig inngreps-kompetanse harmonerer dårlig med at organet ellers bare skal ha en rådgivende funksjon. Riktignok er det ikke noen logisk brist å gi tvisteløsningsorganet en rett til å beslutte oppsettende virkning. Men dette ville utvilsomt bringe tvisten opp på et høyere konfliktnivå enn hvor organet ikke har en slik funksjon. Og man måtte i så fall spørre om man ikke skulle ta skrittet helt ut og dermed gi organet besluttende myndighet. Dersom organet skulle kunne stoppe prosedyren i saksbehandlings-tiden, hvorfor skulle det da ikke også kunne ta et endelig standpunkt til dette spørsmålet?

For øvrig er det grunn til å tro at med den respekt som tvisteløsningsorganet vil komme til å nyte, og med den publisitet som dets virksomhet vil bli gjenstand for, så vil oppdrags-giverne av egen interesse unngå å iverksette irreversible skritt mens klagen behandles. Med mindre det står vitale interesser på spill, og da vil et krav om oppsettende virkning gjerne ikke føre fram, vil det fortone seg som temmelig illojalt fra oppdragsgivers side å iverksette sine beslutninger i løpet av tvisteløsningsperioden. Det vil nok fortone seg som ytterst problematiske å ta et slikt skritt i de fleste tilfeller, selv om muligheten i prinsippet står åpen for oppdragsgiver.

Vurderer leverandøren situasjonen slik at det er en reell grunn til å frykte for at oppdragsgiver vil iverksette sine beslutninger uaktet tvisteløsningsorganets behandling, har han alltid muligheten til å kreve midlertidig forføyning etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 13.

Arbeidsgruppens konklusjon er basert på at den foreslåtte ordningen virker etter sin hensikt. Dette er et svært viktig punkt for leverandørrepresentantene i gruppen. Skulle det mot formodning vise seg at tvisteløsningsorganets uttalelser blir neglisjert i større omfang, vil spørsmålet derfor måtte vurderes på nytt.

## **3.10 Økonomiske spørsmål**

### **3.10.1 Finansieringen av tvisteløsningsorganet**

Ordningen med et rådgivende, men høyt kompetent, tvisteløsningsorgan, må grunnleggende sett finansieres av staten.

Det kan eventuelt komme på tale å la enkelte større bransje-organisasjoner yte et visst bidrag til ordningen. Når det gjelder dekning av utgiftene til Bankklagenemnda, kan det nevnes at det er avtalt en fordelingsnorm mellom på den ene siden Forbrukerrådet og på den andre siden bransjeorganisasjonene, jf. hovedavtalen § 1-2. Hvor realistisk det er å få til en slik løsning når det gjelder offentlige anskaffelser, har ikke arbeidsgruppen vurdert.

### **3.10.2 Klagegebyr**

Arbeidsgruppen går inn for at den part som bringer en sak inn for tvisteløsningsorganet, skal belastes med et mindre klagegebyr.

Grunnen er at et klagegebyr vil kunne hindre unødvendige og useriøse klager. Men også rent finansielle hensyn er av en viss betydning for standpunktet.

Etter det arbeidsgruppen erfarer er praksisen på dette området noe varierende. Som kjent betales det et rettsgebyr for å få brakt saker inn for de ordinære domstolene, og en slik ordning finner vi også ved den danske Klagenævnet for Udbud, jf. § 12. For Næringslivets Forum for offentlige anskaffelser betales det derimot ikke noe gebyr, mens Næringslivets konkurranseutvalg på sin side belaster klageren med et noe større behandlingsgebyr.

### **3.10.3 Saksomkostninger**

Partene vil i større eller mindre grad bli påført omkostninger i forbindelse med behandlingen for tvisteløsningsorganet. En klage skal forberedes, påstander skal imøtegås, bevis skal framskaffes, partene skal kanskje møtes, mv. Dette reiser spørsmålet om hvorvidt hver av partene skal bære sine egne omkostninger eller om det skal åpnes for en adgang til å fordele omkostningene etter utfallet av tvisten.

Ved saker som føres for domstolene er grunnprinsippet at den som taper en sak fullstendig, skal betale motpartens saksom-kostninger, jf. tvml. § 172 første ledd. Også ved klagebehandling av enkeltvedtak har vi regler om dekning av saksom-kostninger, jf. fvl. § 36. Disse er utformet mer skjønnsmessig enn sivilprosessens regler, men gir klageren en viss rett til å få dekket sine kostnader dersom klagebehandlingen fører fram.

Arbeidsgruppen har vurdert om tilsvarende synspunkter skal legges til grunn for tvisteløsningsorganet, men har etter en samlet vurdering kommet til at man i stedet bør falle ned på prinsippet om at hver av partene skal bære sine egne omkostninger. Flere hensyn ligger bak dette standpunktet.

Et bærende prinsipp ved utformingen av reglene for det nye tvisteløsningsorganet er å unngå at konfliktnivået blir for høyt. Dersom en klage til organet ikke blir oppfattet som en direkte konfrontasjon med oppdragsgiver, vil trolig flere reelle tvister kunne bringes fram i lyset. Ved forliksløsninger er det vanlig at partene bærer hver sine omkostninger. Når det samme prinsippet benyttes for tvisteløsningsorganet, nedtones nettopp konfliktelementet i tvisten mellom partene. I stedet understrekes at organets uttalelse er ment å være et ledd i en minnelig ordning.

Et annet viktig prinsipp som er lagt til grunn, er å holde kostnadene og tidsforbruket på et lavt nivå. Når partene vet at de blir belastet med egne kostnader, vil det kunne være en spore til ikke å vidløftiggjøre saken.

Regelen om at hver av partene bærer sine egne kostnader, gjør også at tvisteløsningsorganet slipper å fatte en bindende avgjørelse om dette spørsmålet. Dette harmonerer bedre med at organet for øvrig bare avgir rådgivende uttalelser.

Det standpunktet arbeidsgruppen har kommet fram til, er ikke uten betenkeligheter. Rettferdighetshensyn taler for at leverandøren får dekket sine omkostninger når hans synspunkter først bærer fram. Eksempelvis ville det kunne føles mindre rimelig om en leverandør

som pådrar seg en rekke kostnader for å tilbakevise oppdragsgivers uriktige anførsler, ikke skulle få erstattet disse utgiftene.

Arbeidsgruppen finner likevel at de effektivitetshensyn som det er redegjort for ovenfor, veier tyngre enn de konkrete rett-ferdighetsbetraktningene. I avveiningen av de to hensyn er det lagt særlig vekt på at representantene for leverandørene i arbeidsgruppen har gått inn for en løsning med ansvar for egne kostnader.

Det kan i denne forbindelse nevnes at det ved länsrättene i Sverige ikke blir tilkjent saksomkostninger til noen av partene.

### 3.11 Legalitetsprinsippet

Et grunnprinsipp i den norske rettsorden er at rettslig bindende beslutninger trenger et kompetansegrunnlag, se Eckhoff, Forvaltningsrett, 4. utg., s 140. Det kan tenkes en rekke forskjellige slike grunnlag, så som eierådighet- og avtale-kompetanse, organisasjons- og instruksjonsmyndighet, sedvane mv. Dersom det ikke foreligger denne type grunnlag for å fatte bindende beslutninger, må kompetansen søkes i lovgivningen.

Umiddelbart synes virksomheten til det nye tvisteløsnings-organet å falle utenfor denne problemstillingen. Som redegjort for i punkt 3, er det meningen at organet bare skal komme med rådgivende uttalelser på de saker som bringes inn for organet. En slik type faktisk virksomhet (informasjonstjeneste, om man vil) må kunne drives uten et særlig kompetansegrunnlag. Likevel vil det kunne være hensiktsmessig å forankre tvisteløsningsorganet i lovgivningen. Det vil kunne øke organets faktiske status, gi etableringen av nyordningen større bleet, mv.

Enkelte sider av tvisteløsningsorganets virksomhet er dessuten av bindende karakter. Når det gjelder disse funksjonene, må kompetansespørsmålet avklares. For det første er ordningen bindende for oppdragsgiverne i den forstand at de ikke kan unndra seg selve prosessen dersom en leverandør først har brakt en sak inn for organet. Videre vil tvisteløsningsorganet i løpet av saksbehandlingen kunne beslutte at relevante dokumenter skal legges fram, enten bare for organet eller også for motparten. Denne innsynsretten går lengre enn det som følger av de ellers gjeldende regler. Til slutt kan nevnes at dersom det innføres en ordning med oppsettende virkning, vil også dette innskrenke oppdragsgivers handlefrihet.

De bindende sider ved virksomheten som retter seg mot leverandørene, kan forankres i en avtalekonstruksjon. Ordningen er frivillig for leverandørene, og når de velger å benytte denne ved å sende inn en klage, kan de sies å ha akseptert det regelverk som gjelder. Dersom oppdragsgiver er klager, passer ikke denne konstruksjonen like godt. Riktignok kan leverandøren i prinsippet unnlate å delta i prosessen, men i praktisk politikk er dette ofte ikke mulig.

For oppdragsgiverne stiller dette seg annerledes. De kan som nevnt ikke unndra seg tvisteløsningsprosedyren.

Når det gjelder den statlige sektor, vil Regjeringen i medhold av sin organisasjons- og instruksjonsmyndighet kunne gi et generelt pålegg (kgl. res.) om at de statlige oppdragsgivere skal respektere tvisteløsningsorganets beslutninger. Overfor andre oppdragsgivere, typisk

overfor kommunale og fylkes-kommunale oppdragsgivere, vil et slikt pålegg ikke kunne benyttes. Det eneste praktiske kompetansegrunnlaget overfor disse sektorene er lovhjemmel.

Som ellers er det tilstrekkelig at Stortinget gir en fullmaktslov som legitimerer opprettelsen av den nye organet. Selve regelverket for virksomheten til det nye tvisteløsningsorganet kan gis i forskrifts form.

#### 4 Kapittel IV: Tilsynsfunksjonen i forhold til lov om offentlige anskaffelser

### 4.1 Innledning

Framstillingen i kapittel II og III viser at anskaffelsesregelverket som helhet ikke synes å bli etterlevd på en fullt ut tilfreds-stillende måte. Her kan nevnes de undersøkelsene som Nærings- og handelsdepartementet og Næringslivets Hovedorganisasjon har innhentet. Ulike tiltak kan tenkes iverksatt for å forbedre dagens situasjon, så som å utvikle informasjonsapparatet og eksisterende tvisteløsnings-mekanismer. Det kan imidlertid reises spørsmål om også tilsynsfunksjonen kan og bør utvikles ytterligere.

Nærings- og handelsdepartementet fører i dag et generelt tilsyn med at anskaffelsesregelverket følges, se kapittel II. Departementet går imidlertid i liten grad selv inn i enkeltsaker med unntak av saker som tas opp enten gjennom EFTAs overvåkningsorgan eller det uformelle internasjonale nettverket på anskaffelsesområdet.

I dette kapitlet drøftes nærmere behovet for å utvide den gjeldende tilsynsvirksomheten, herunder spørsmålet om det bør etableres en særskilt tilsynsmyndighet.

### 4.2 Gjeldende tilsyn

#### 4.2.1 Hvilke plikter har regjeringen og departementet i dag?

Lov om offentlige anskaffelser med forskrifter inneholder i dag ingen plikter for Nærings- og handelsdepartementet til å utøve tilsyn.

Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet m.v. (REFSA) er gitt som instruks. REFSA's regler begrenser seg til å være saksbehandlingsregler på statens eget område og inneholder ingen plikter for departementet til å utøve tilsyn.

EØS-avtalen inneholder imidlertid bestemmelser som innebærer at Nærings- og handelsdepartementet må utøve tilsyn i enkeltsaker. ESA skal påse at regelverket gjennomføres ved en korrekt implementering av de relevante rettsakter og ved praktiseringen av regelverket i hvert enkelt EFTA-land. ESA kan i den forbindelse pålegge Regjeringen å innhente relevant informasjon i enkeltsaker. For å unngå traktatbrudd innebærer dette at Regjeringen må kunne få innsyn i anskaffelsessaker hos offentlige oppdragsgivere.

Grunnlaget finnes i ODA-avtalen art 23, jf protokoll 2 art 1 nr 3, som pålegger vedkommende EFTA-stat innen 21 dager – etter at ESA har varslet om en klar overtredelse av reglene i anskaffelsesdirektivene – å svare på en av følgende tre måter: Be oppdragsgiver om å korrigere regelbrudd, gi en grunnlagt redegjørelse ("reasoned submission") om hvorfor tilside-

settelsen av reglene ikke er korrigerert eller stille anskaffelses-konkurransen i bero enten fra oppdragsgivers side eller på grunnlag av de håndhevelsesregler som er opprettet på nasjonalt nivå (suspendere kontraktsprosedyren).

I henhold til ODA-avtalen artikkel 6 kan ESA i forbindelse med utøvelsen av sine plikter dessuten anmode om alle nødvendige opplysninger fra regjeringer og vedkommende myndigheter i EFTA-statene og fra foretak og sammenslutninger av foretak.

## **4.2.2 Hvilken kompetanse har regjeringen eller departementet?**

### **4.2.2.1 Inngrepskompetanse**

*Lov om offentlige anskaffelser § 3* (§ 11 i den nye loven) gir Kongen i statsråd hjemmel til å fatte enkeltvedtak for å ivareta forpliktelser i henhold til EØS-avtalen. Det er imidlertid ikke delegert beslutningsmyndighet til departementet. Inngrep etter offanskl. § 3 er dermed lite anvendelig og vil vanskelig kunne ha noen større praktisk betydning.

*Instruksjonsmyndighet* kan brukes i forhold til statlige etater, enten fra Regjeringens side, eller direkte fra Nærings- og handelsdepartementet overfor egne underliggende etater.

*Kommuneloven § 59* inneholder bestemmelser blant annet om lovlighetskontroll av kommunale vedtak og om opplysningsplikt. Bestemmelsene innebærer at alle kommunale og fylkes-kommunale vedtak kan gjøres til gjenstand for slik kontroll, enten etter lovlighetsklage fra tre eller flere kommunestyre- eller fylkestingsmedlemmer, jf. punkt 1, eller etter departementets eller eventuelt fylkesmannens eget initiativ, jf. punkt 5.

Det er bare endelige avgjørelser – realitetsvedtak – som kan bringes inn for lovlighetskontroll, ikke innstillinger avgitt av administrasjonen eller folkevalgte organ, heller ikke uttalelser som ledd i andre organers saksbehandling. Men det er ikke noen betingelse at det er tale om et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, se Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s 300.

Ved Kgl. res.18 des.1992, forskrift nr. 1079, er det i pkt. V fastsatt at det enkelte departement kan foreta lovlighetskontroll "bare [av] vedtak som er truffet i medhold av de lover vedkommende departement forvalter". Kommunaldepartementet skal underrettes om de avgjørelser som treffes i medhold av denne fullmakten, og kan gi nærmere regler om departementets lovlighetskontroll. Det er foreløpig ikke foretatt noen videre myndighetstildeling i disse sakene. Kommunaldepartementet har opplyst (i rundskriv H-25/92 pkt.4) at man vil komme tilbake til dette spørsmålet som særskilt vedtak.

Lovlighetskontrollen har ikke karakter av administrativ klageadgang og innebærer ikke kompetanse for departementet til å fatte nye avgjørelser, bare til å oppheve den foreliggende avgjørelse hvis den er ugyldig. Det er videre lagt til grunn at avgjørelser i saker om lovlighetskontroll heller ikke kan påklages etter forvaltningslovens regler. Kommunelovutvalget uttalte at "lovlighetskontrollen er et middel til å få avgjort rettslig tvil eller uenighet innen kommunen, ikke et selvstendig styrings- eller kontrollredskap på statens hånd", jf. Kommunelovutkastet s. 408.

På denne bakgrunnen er det heller tvilsomt om koml. § 59 etablerer noen egnet hjemmel for et aktivt tilsyn fra departementene med den offentlige anskaffelsesvirksomheten.

#### 4.2.2.2 Innsynskompetanse

*Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker* av 10. februar 1976 (forvaltningsloven) har i § 18 bestemmelser om, og gir den som er part i en enkeltsak rett til å få, innsyn i saksdokumentene. Reglene i fvl. § 18 gjelder etter lovens § 3 bare saker angående enkeltvedtak.

Bestemmelsene om partsoffentlighet i forvaltningen har imidlertid liten betydning i anskaffelsessaker. For det første regnes ikke departementet som part etter fvl. § 2 e) slik at det av den grunn ikke får innsyn i dokumentene i den enkelte anskaffelsessak. For det andre faller så vel forretningssaker som saker vedrørende organets interne forhold, samt generelle saker, utenfor vedtaksbegrepet, jf. fvl. § 2 a) og b).

*Lov om offentlighet i forvaltningen* av 19. juni 1970 nr. 69 (offentlighetsloven) gir enhver rett til innsyn i forvaltningsmyndighetenes saksdokumenter når annet ikke er fastsatt i eller i medhold av lov. Det kreves ikke at vedkommende er part i eller har noen spesiell tilknytning til saken. Offentlige tilsynsmyndigheter kan derfor i prinsippet benytte denne innsynsmuligheten.

I forskrift til offentlighetsloven av 14. februar 1986 nr 351, V nr. 12 framgår imidlertid at anbud, tilbud og anbudsprotokoller omtalt i forskrifter for kjøp av varer og tjenester til staten og i forskrifter for kontrahering av bygg- og anleggsarbeider i staten kan unntas fra offentlighet i medhold av offentlighetsloven § 11, 2. ledd. Dette er fulgt opp i REFSA § 3 som fastslår at disse dokumentene er unntatt offentlighet.

Dermed er de viktigste dokumentene i en anskaffelsessak unndratt fra det innsyn som allmennheten i utgangspunktet har etter offentlighetsloven.

#### 4.2.3 Hvilken kontrollfunksjon administrasjonen utøver i dag

Departementet utøver i dag et *generelt tilsyn*. Dette gjøres blant annet gjennom egne undersøkelser, jfr NORUT-rapportene, som kartlegger hvorledes regelverket virker i praksis, og generelt gjennom kontakt med aktører i anskaffelsesmarkedet. Innhentelse av denne type informasjon danner igjen grunnlaget for tiltak av generell karakter.

Departementet fyller i praksis en viss tilsynsfunksjon i "*enkeltsaker*" ved å respondere på enkelthenvendelser fra oppdragsgivere eller leverandører og avgir i den forbindelse generelle tolkningsuttalelser. I slike saker vil imidlertid ikke departementet direkte ta stilling til om regelverket er brutt. Departementet kan likevel tenkes å gå inn med anmodninger i saker av spesiell karakter (uformell sanksjonering).

Når det gjelder saker initiert fra *ESA* og det internasjonale nettverk, stiller situasjonen seg annerledes. Her innhenter departementet informasjon, avholder møter, samt anmoder eventuelt oppdragsgiver om endringer (uformell sanksjonering). I *ESA*-saker kan det også i prinsippet være aktuelt å fatte vedtak som gir pålegg overfor oppdragsgivere. Dette har imidlertid ikke skjedd til nå.

I saker som tas opp gjennom det uformelle nettverket av internasjonale anskaffelsesmyndigheter, går departementet inn i enkeltsaker og ber om opplysninger, eventuelt gir anbefalinger. Departementet går i disse sakene lengre enn ved henvendelser direkte fra norske leverandører.

## 4.3 Behov for en utvidet tilsynsfunksjon?

### 4.3.1 Hensyn bak etablering av særlige tilsynsmyndigheter

#### 4.3.1.1 Generelt om tilsynsmyndigheter i norsk forvaltning

Et grunnleggende premiss når man skal vurdere en eventuelt utvidet tilsynsvirksomhet på anskaffelsesområdet, er hvilken rolle tilsynsfunksjonen spiller i norsk forvaltning. Utgangspunkt må her tas i maktfordelingsprinsippet som blant annet innebærer at ansvaret for sanksjonering av brudd på regelverk, ligger hos domstolene. Prinsippet har en viktig funksjon med å bidra til rettsikkerheten for partene.

På visse forvaltningsområder har man imidlertid sett behov for å etablere en formalisert tilsynsfunksjon med et tilliggende sanksjonsapparat. Lovligheten av tilsynsmyndighetens inngrep kan likevel prøves for domstolene. Slike tilsynsmyndigheter har nok kommet til ved en erkjennelse av at en domstolsbehandling på enkelte områder ikke er tilstrekkelig for å ivareta rettighetene til de berørte parter. Og domstolskontrollen vil heller ikke være tilstrekkelig for å oppnå rettseffektivitet for samfunnet som helhet. Man kan således ikke sikre en tilfredsstillende håndhevelse av et regelverk alene gjennom domstolsapparatet.

Eksempler på tilsynsmyndigheter som opererer på særlige forvaltningsområder, er arbeidstilsynet, forurensingstilsynet, kredittilsynet og konkurransetilsynet.

#### 4.3.1.2 Hensyn som kan tale for etablering av en tilsynsfunksjon

Det er flere forhold som alene eller samlet kan tilsi at domstolskontrollen på et område ikke er tilstrekkelig.

For det første kan dette være tilfelle når man på et område typisk ikke vil kunne finne én part som blir berørt av regelbruddet, eventuelt kan sies å ha lidd et tap. I slike tilfeller vil det ikke være en *skadelidende part* som kan bringe saken inn for domstolen.

På samme måte er det problemer med håndhevelse av regelverk der den eller de som er rammet av regelbruddet ressursmessig står såvidt svakt, eller står i et slikt avhengighetsforhold til motparten, at saksanlegg i praksis skjer i liten grad. Slike forhold gjør seg eksempelvis i stor grad gjeldende ved ulovlig forurensing i naturen og ved brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Et annet forhold som kan begrunne en egen tilsynsmyndighet, er at domstolene vanskelig kan *etterprøve* de faktiske forhold knyttet til et rettsbrudd. Eksempler kan her være regler vedrørende fysiske forhold knyttet til sikkerhet på arbeidsplassen.

Videre vil tilsyn kunne være nødvendig når den skadelidte ikke har *innsyn* i skadevolders forhold, slik at vedkommende ikke er i stand til å vurdere sannsynligheten for om et rettsbrudd foreligger, eller i det hele tatt ikke blir kjent med muligheten for et slikt brudd. Elementer av slike forhold finnes i saker vedrørende ulovlig kartellvirksomhet i konkurransesektoren.

Selv om ikke noen av de ovennevnte forhold foreligger, kan det tenkes innført en tilsynsfunksjon som et rent *supplement* til domstolene for å bidra til en effektiv regelhåndhevelse. Det er imidlertid vanskelig å finne eksempler på slike tilsynsorganer. Dette henger nok sammen med en klar skepsis til å endre på arbeidsdelingen mellom domstolene og forvaltningen, og til å etablere nye, kostnadskrevenne oppgaver i forvaltningen.

### **4.3.2 Bør det etableres en egen tilsynsmyndighet for offentlige anskaffelser?**

#### **4.3.2.1 Vurdering av de hensyn som kan tilsi en egen tilsynsordning**

Nedenfor skal hensynene som har båret fram de særskilte tilsynsordningene på ulike rettsområder, bli vurdert opp mot situasjonen på innkjøpssektoren. Spørsmålet er i hvilken grad de samme hensynene gjør seg gjeldene ved offentlige anskaffelser.

*I. Part som har lidt tap/manglende innsyn.* Spørsmålet er her om det i innkjøpsaker finnes én part som har lidt tap, og i så fall om denne har tilstrekkelig innsyn i saken til å eventuelt forberede saksanlegg. Det er her nødvendig å skille mellom to ulike typer regelbrudd. For det første brudd på prosedyreregler ved anskaffelser der markedet er gjort kjent med at det gjennomføres en konkurranse. For det andre der oppdragsgiver regelstridig har unnlatt å gjøre oppmerksom på at han skal foreta en anskaffelse.

I førstnevnte situasjon vil interesserte leverandører ha en mulighet til å melde sin interesse for å delta, og brudd på prosedyrereglene vil derfor normalt berøre parter som allerede er involvert i prosessen, og som eventuelt kan påvise at de har lidt et tap ved et regelbrudd. Disse leverandørene har videre rett til begrunnelse for at de er avvist eller forkastet (det vil si ikke tildelt kontrakten), begrunnelse for kansellering av hele konkurransen, opplysninger om hvem som fikk oppdraget og om dette tilbudets relative fordeler.

I slike situasjoner er leverandørene i en posisjon som gjør de i stand til å vurdere om det foreligger et rettsbrudd. Muligheten for å bedømme sine egne rettslige stillinger, herunder prosessrisikoen ved å forfølge saken, vil imidlertid variere avhengig av hvor mye informasjon det er mulig å få tilgang til. Her er det begrenset hva som kan framvinges gjennom offentlighetsloven. På den annen side vil det eksempelvis i kommunene ofte foreligge offentlige innstillinger og vedtak som kan gi nyttig informasjon om de faktiske forholdene.

Når det gjelder oppdragsgivere som ignorerer plikten til å kunngjøre konkurranser, er situasjonen annerledes. Her kan man ikke uten videre peke på en part som har lidt tap, og det kan være vanskelig å oppdage slike brudd. Det blir derfor i praksis ikke reist saker ved nasjonale domstoler om denne type forhold. Dette er for øvrig erkjent som et allment rettshåndhevelsesproblem i hele EØS-området.

*II. Skadelidtes ressurssituasjon eller avhengighetsforhold.* De aktører som er skadelidende på grunn av rettsbrudd hos oppdragsgivere, vil være profesjonelle næringsdrivende. I utgangspunktet må det derfor forventes at disse kan ivareta sine egne interesser gjennom rettsapparatet, noe som i sin tur vil bidra til å ivareta totalinteressen til samfunnet. De kan imidlertid ofte stå i et avhengighetsforhold til oppdragsgiveren. Det vil særlig være aktuelt dersom oppdragsgiver er en større offentlig oppdragsgiver hvor det kan forventes framtidige kundeforhold. Overfor slike oppdragsgivere vil leverandørene ikke sjeldent vegre seg for å gå til sak selv ved temmelig klare brudd på regelverket. Rent faktisk kan posisjonen til en stor offentlig oppdragsgiver være uforholdsmessig sterk sammen-lignet med en liten leverandør.



Men denne utilbøyeligheten kan overvinnes ved andre tiltak enn etablering av en tilsynsmyndighet. Eksempelvis reises det i Sverige et meget stort antall klager per år for forvaltningsdomstolene til tross for at man her har en næringsstruktur som ligger tett opp til den norske. Når det gjelder kostnadene ved saksanlegg kontra muligheten for å oppnå en tilfredsstillende erstatning, kan det synes som om mange leverandører mener det svært sjelden svarer seg å gå til sak.

*III. Etterprøvbarehet for domstolene.* Brudd på prosedyre-reglene er en type saker som domstolene uten særskilte problemer må kunne håndtere. Bevismaterialet vil i hovedsak være dokumenter, og tvistesporålet knytter seg i stor grad til anbudsrettslige problemstillinger. Faktumet i disse sakene er ikke mer komplekse enn på en rekke andre saksområder som domstolen har til behandling.

#### **4.3.2.2 Vurdering av hensynene**

Som framholdt under kapittel II og III, tyder mye på at blant annet forholdet til oppdragsgiveren, begrenset innsyn i innkjøps-prosessene og relativt høye saks kostnader vurdert mot mulighet for erstatning, virker hemmende på saksanlegg om anskaffelser. Som det videre framgår av de nevnte kapitlene, kan det virke som en tradisjonell tvisteløsningsmekanisme på anskaffelsesområdet per i dag ikke dekker samfunnets behov for en effektiv regelhåndhevelse. I tillegg passer håndhevelses-systemet mindre godt der kontrakter overhodet ikke utlyses.

Dette er imidlertid ikke forhold som er genuine for anskaffelses-området, og området kan vel ikke sies å skille seg fra øvrige rettsområder i samme grad som noen av de "klassiske" tilsynsområdene, som for eksempel virkefeltet for arbeidstilsynet og helsetilsynet.

Spørsmålet er likevel om svakhetene kan avhjelpes på en hensiktsmessig måte gjennom å styrke tilsynsfunksjonene. Dette alternativet må vurderes opp mot andre aktuelle tiltak. Arbeidsgruppen antar at forslaget til en ny tvisteløsnings-mekanisme, som det er redegjort for under kapittel III, i tilstrekkelig grad vil kunne bidra til en mer effektiv håndhevelse av regelverket for offentlige anskaffelser. Terskelen for å bringe saker inn for organet vil være langt lavere enn når det gjelder søksmål for de ordinære domstolene. Videre foreslår arbeidsgruppen en viss utvidelse av innsynsretten til leverandørene. Spesielt gjelder det for saker som fremmes for tvisteløsnings-organet. I tillegg kommer andre typer effektivitetstiltak. Det meget kompliserte regelverket vi i dag har på området for offentlige anskaffelser, skal gjennomgå en betydelig omstrukturering og forenkling. Dessuten er informasjons-tjenesten omkring regelverket planlagt styrket i framtiden. Til sammen vil disse tiltakene kunne gjøre det langt enklere for aktørene å ta affære ved krenkelse av anskaffelsesreglene.

I praksis har det vist seg at de selvkontrollerende mekanismer (så som klage mv.) ofte er mer effektive og smidige, og mindre kostbare, enn topptunge tilsynsordninger. Arbeidsgruppen ser det derfor som en fordel hvis man kan unngå en mulig "byråkratisering" av området ved innføring av en formell tilsynsfunksjon. I denne vurderingen er det verdt å merke seg at ingen EU-land ser ut til å ha etablert et eget tilsynsapparat med formell beslutningskompetanse når det gjelder offentlige anskaffelser.

Arbeidsgruppen vil på bakgrunn av disse vurderingene ikke anbefale at det ved siden av et nytt tvisteløsningsorgan etableres en særskilt tilsynsordning (med formell kompetanse) når det gjelder offentlige anskaffelser.

### 4.3.3 "Uformell" tilsynsfunksjon

Selv om det ikke opprettes en formell tilsynsordning, kan det tenkes andre, og mer uformelle former for kontroll med offentlige anskaffelser. Det kan for eksempel komme på tale å videreutvikle den praksis som Nærings- og handelsdepartementet utøver i saker som tas opp av ESA, eller at man i større grad tar i bruk det nettverket mellom internasjonale myndigheter med ansvar for anskaffelsesregelverket som allerede er etablert, jf kapittel II. Den danske konkurransemyndigheten har eksempelvis etablert en praksis der de på uformell basis årlig går inn i et betydelig antall saker og gir klare anbefalinger overfor offentlige oppdragsgivere.

Danskene synes å ha gode erfaringer med sitt system, mens de svenske myndighetene, som også har en egen tilsyns-myndighet uten formelle beføyelser, er utsatt for mer kritikk. Dette kan ha sammenheng med en noe ulik forvaltningskultur i de to landene. Sverige søker å operere under mer formelle rammer, mens danske myndigheter har en mer pragmatisk tilnærming. Den norske forvaltningskulturen ligger nok i denne henseende nærmere den svenske, og det er vanskelig å finne norske eksempler på omfattende ulovfestede tilsynsfunksjoner.

En svak formell forankring av tilsynsordningen gjør at den er sårbar for endringer i politiske prioriteringer mv. I tillegg kan det diskuteres om oppdragsgivernes uavhengighet i forhold til regjeringen ivaretas på en tilfredsstillende måte under et slikt formelt system. Arbeidsgruppen vil videre peke på at en omfattende tilsynsvirksomhet i enkeltsaker uten legal forankring, synes å være i dårlig samsvar med praksis for øvrig i norsk forvaltning. Dersom en tilsynsfunksjon skulle være ønskelig, bør den etter gruppens mening gis en formell ramme.

Arbeidsgruppen ser imidlertid et behov for at myndighetene vurderer tiltak i de tilfeller der oppdragsgivere fullstendig unndrar seg regelverket ved ikke å kunngjøre anskaffelser. Her vil ikke tvisteløsningsmekanismene kunne virke som et korrektiv, siden det vanskelig kan identifiseres mulige klagere.

### 4.3.4 Plasseringen av en eventuell tilsynsfunksjon

Dersom det på tross av arbeidsgruppens anbefaling er aktuelt å etablere en tilsynsfunksjon, oppstår spørsmålet om hvilket organ som skal utøve denne funksjonen.

Det vil ikke være naturlig å legge en formalisert tilsynsfunksjon til Nærings- og handelsdepartementet, eller andre departementer. Dette har sammenheng med at en tilsynsmyndighet må forutsettes å håndtere et betydelig antall saker, herunder fatte nødvendige vedtak. Departementene på sin side er å anse som statsrådets politiske sekretariater der statsråden står ansvarlige for alle beslutninger som fattes, jf St.meld. 4, 1987-88 s 33. Under disse forutsetningene vil det normalt ikke bli ansett verken politisk eller administrativt hensiktsmessig å legge mer omfattende tilsynsfunksjoner til departementene. Muligheten for å klage på inngrepsvedtak blir også i praksis dårligere ivare tatt dersom klager skal behandles i statsråd.

En *uformell* tilsynsfunksjon vil ikke ha de samme politiske implikasjoner. Men ut ifra tanken om at departementene skal konsentrere seg om å legge politiske føringer, mens mer omfattende forvaltningsfunksjoner bør plasseres i under-liggende etater, bør likevel en slik tilsynsfunksjon bli lagt utenfor departementene.

I Norden har svenske myndigheter valgt å legge en tilsynsfunksjon til en egen nemnd utenfor departementene. Danskene har plassert funksjonen til konkurransestyrelsen. Denne delen av styrelsen synes ikke fullt ut å være en egen etat, men er underlagt næringsministerens myndighet. Ikke i noen av disse tilfellene er det imidlertid knyttet formelle sanksjoner til tilsynsfunksjonen.

5 Kapittel V: Spørsmål om effektivisering av enkelte andre sider ved håndhevelsessystemet

## 5.1 Innledning

Det nåværende håndhevelsessystemet kan tenkes effektivisert gjennom utbygning eller supplering av flere av de allerede eksisterende ordninger. Nedenfor skal ses på en del slike forhold.

Først drøftes spørsmålet om kretsen av søksmålsberettigede for de ordinære domstolene bør utvides i forhold til dagens ordning, se punkt 2.

I punkt 3 behandles spørsmålet om hvorvidt leverandørene og allmennheten bør få økt innsyn i oppdragsgivers sakspapirer mv.

Deretter tas opp til vurdering i punkt 4 et forslag fra stortingsrepresentantene Jan Petersen, Kristin Krohn Devold og Erna Solberg om en støtteordning for mindre bedrifters prosesskostnader.

Spørsmålet om innføring av en karenstid, eller klagefrist, etter at tildeling er foretatt, tas opp i punkt 5.

Til slutt i punkt 6 rettes søkelyset mot erstatningsreglene og deres betydning for en effektivisering av anskaffelsesinstituttet.

## 5.2 Utvidelse av kretsen av søksmålsberettigede

I kapittel III punkt 6 ble spørsmålet om hvem som skulle ha klageinteresse overfor det nye tvisteløsningsorganet, behandlet. Her skal det ses på den parallelle problemstillingen når det gjelder adgangen til å bringe en sak inn for de ordinære domstolene.

De som anlegger sak mot et rettssubjekt, må ha en viss tilknytning til søksmålgjenstanden (såkalt aktiv søksmåls-kompetanse). For fastsettelsessøksmål følger det av tvml. § 54 at de må ha en "rettslig interesse" i saken. Et tilsvarende krav er underforstått i tvml. § 53 om adgangen til å reise et fullbyrdelsessøksmål.

Innholdet av dette kravet er noe forskjellig for privatrettslige og offentligrettslige rettsforhold.

I begge søksmålstyper gjelder som utgangspunkt at det er den eller de materielt berettigede som kan reise søksmål. I privatrettslige rettsforhold er det bare gjort få unntak fra dette utgangspunktet, mens det i offentligrettslige rettsforhold er en noe friere adgang til å la andre reise søksmål, typisk at foreninger eller organisasjoner med en nær og naturlig tilknytning til søksmålgjenstanden gis søksmålskompetanse.

I særlige tilfeller vil det kunne være knyttet bruk av myndighetsutøvelse til offentlige anskaffelser, se eksempelvis saksforholdet i Rt. 1998.1389 Torghatten-dommen. Saken gjaldt tildeling av ferjekonsesjon, en tildeling som skjedde på bakgrunn av en konkurranse. Men i de langt fleste tilfeller vil offentlige anskaffelser dreie seg om privatrettslige rettsforhold.

Det må legges til grunn at de ulike bransjeorganisasjoner eller andre typer organisasjoner regelmessig er uten søksmåls-kompetanse ved offentlige anskaffelser og derfor heller ikke kan ta ut søksmål på vegne av sine medlemmer. De er derfor henvist til å støtte sine medlemmer på en mer indirekte måte, blant annet gjennom juridisk og økonomisk bistand.

Spørsmålet er om det ut fra et effektivitetssynspunkt ville være gunstig å la organisasjonene i større grad enn i dag få søksmålskompetanse. En slik ordning er, som tidligere nevnt i kapittel III, innført for det danske Klagenævnet for Udbud. Etter lovens § 4 stk. 2 kan klage inngis av "de organisationer og offentlige myndigheder, som erhvervsministeren tillægger klageadgang". Med grunnlag i denne bestemmelsen er det opprettet et eget bilag med en uttømmende liste over de organisasjoner som har klageadgang.

Arbeidsgruppen er imidlertid oppmerksom på at et eget utvalg er nedsatt i regi av Justisdepartementet for å se på en revisjon av tvistemålsloven (tvistemålsutvalget). Spørsmålet om en mulig utvidelse av søksmålskompetansen hører etter arbeidsgruppen naturlig hjemme her. Utvalget har en mulighet til å behandle spørsmålet på generell basis som arbeidsgruppen ikke har, og til å vurdere det i sammenheng med prinsippene for søksmål i sin helhet. Arbeidsgruppen vil av den grunn avholde seg fra å forfølge problemstillingen videre.

## **5.3 Større grad av dokumentinnsyn**

### **5.3.1 Innledning**

EØS-forskriftene om offentlige anskaffelser pålegger oppdragsgiver å begrunne de sentrale beslutningene i løpet av anskaffelsesprosedyren, men inneholder ingen regler om innsynsrett. De bestemmelsene forskriftene har om protokoll-førsel, gir heller ikke leverandørene en selvstendig rett til innsyn.

Regelverket for Statens anskaffelsesvirksomhet m.v. (REFSA) har visse regler om anbydernes rett til å få opplysninger fra anbudsåpningen. Slike regler inneholder også NS 3400, se punkt 11. Ut over dette er det ikke gitt særlige regler om innsynsrett til fordel for leverandørene. Tvert i mot så finner vi bestemmelser i REFSA som fastslår at anbudspapirene ikke er offentlige dokumenter, jf. byggeforskriftenes § 6 tredje ledd.

Utenfor anskaffelsesretten har vi derimot regler om innsynsrett, særlig lov om *offentlighet* i forvaltningen (offentlighetsloven) 19. juni 1970 nr. 69. Etter lovens § 2 er i utgangspunktet alle forvaltningens dokumenter offentlige. Men loven inneholder en rekke unntak som dels gir forvaltningen rett til å unnta dokumenter og dels pålegger den en plikt til å holde utenfor visse dokumenter.

Særlig reglene om taushetsplikt for forretningshemmeligheter synes å være aktuell i anbudssaker. Om forholdet mellom offentlighetsloven og reglene om taushetsplikt i forvaltnings-loven kan det vises til Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s 564 flg.

Det er imidlertid gitt forskrifter i medhold av § 11, 2, jf. forskrift 14. februar 1986 nr. 351, V nr. 12. Anbud, tilbud og anbuds-protokoll (forskriftene av 1986). Disse reglene gir forvaltningen adgang til å unnta fra offentlighet: "Anbud, tilbud og anbuds-protokoller ...". I praksis benyttes denne adgangen til å foreta et en bloc-unntak fra offentlighetsloven i meget stor utstrekning. Siden interne dokumenter også er unntatt, jf. offvl. § 5, inne-bærer det at nær sagt samtlige dokumenter i en anbudssak er unntatt fra offentlighet.

Det kan stilles spørsmål om ikke innsynsretten *bør utvides* når det gjelder anbuds- eller andre anskaffelsesdokumenter. I kapittel III punkt 8 ble leverandørenes innsynsrett i en klagesituasjon drøftet. Her er spørsmålet om aktørenes og andres innsyn i sakspapirene uten at klage eller søksmål er tatt ut. Det er med andre ord den alminnelige innsynsretten i denne type papirer som skal behandles.

### **5.3.2 Tidligere vurderinger av spørsmålet**

Spørsmålet om utvidet innsynsrett har vært drøftet flerer ganger siden forskriften av 1986 kom på plass.

I *Ot. prp. nr. 100 (1991-92)* s 20 flg. tas dette spørsmålet opp. Her konkluderes det med at "de beste grunner taler for å endre forskriften til offentlighetsloven", men på grunn av det daværende arbeidet med å implementere EF-direktivene om offentlige anskaffelser, ønsket man å avvente situasjonen.

Det som skjedde i forbindelse med implementeringen av EF-direktivene, var at oppdragsgiver ble pålagt en begrunnelses-plikt, se ovenfor. Denne har gjennom senere revisjoner blitt noe utvidet. Dessuten bygger EØS-forskriftene på et generelt gjennomsiktighetsprinsipp. Dermed har leverandørene en klart bedre posisjon i dag når det gjelder informasjon om saksbehandlingen enn da *Ot. prp. nr. 100* ble utarbeidet.

Spørsmålet har på ny vært oppe til vurdering i forbindelse med utarbeidelse av forslaget til nye forskrifter om offentlige anskaffelser, se *NOU 1997: 21* s 95 flg. Etter en samlet vurdering fant utvalget at "gode grunner taler for å opprettholde dagens unntak fra offentlighet i forbindelse med offentlige anskaffelser". Særlig to hensyn trekkes fram som begrunnelse for standpunktet.

Det første er hensynet til leverandørene. De bør være sikret at forretningshemmeligheter ikke blir formidlet videre til konkurrentene. Et system med individuelle vurderinger av hvert enkelt dokument, eller sågar en vurdering av de forskjellige opplysningene i det enkelte dokument, innebærer i så måte en risiko for leverandørene.

Det andre hensynet er den arbeidsbelastning en individuell vurdering representerer for offentlige oppdragsgivere. Det vil kunne dreie seg om et stort antall tilbud, og hvert tilbud kan være meget omfattende.

Utvalget fant likevel grunn til å komme med en anbefaling om at "oppdragsgiverne i større grad vurderer meroffentlighet i forbindelse med anskaffelsesprotokollen enn det som ser ut til å være praksis i dag".

### **5.3.3 Arbeidsgruppens vurderinger**

### 5.3.3.1 Innledning

Spørsmålet om en utvidet rett til dokumentinnsyn, drøftes mest hensiktsmessig i relasjon til de to hovedtyper av dokumentasjon som foreligger ved offentlige anskaffelser, nemlig tilbudene og anskaffelsesprotokollen. De rent interne saksbehandlings-papirene, så som innstillinger og vurderinger, holdes utenfor siden de i all hovedsak kan unntas fra offentlighet i medhold av offvl. § 5.

I punkt 3.3.2 ses på de opplysningene som tilbudene inneholder. Her vil problemstillingen først og fremst være om hensynet til tilbyderne tilsier at opplysningene ikke gis videre.

I punkt 3.3.3 drøftes så innsynsretten i forhold til anskaffelses-protokollen. Her er det hensynet til det offentlige som rykkes i forgrunnen. Bør disse dokumentene av hensyn til oppdrags-giverne være unntatt fra offentligheten?

### 5.3.3.2 Tilbudene

En utvidelse av innsynsretten kan naturlig nok ikke gå på bekostning av den lovbestemte taushetsplikten. Dersom man ønsker å fjerne en bloc-unntaket i forskriftene for anbuds-dokumentene, må taushetsplikten følgelig prøves individuelt. Dette kan, som påpekt i så vel Ot. prp. nr. 100 (1991-92) s 20–21 som i NOU 1997: 21 s 95 flg., føre til flere ulemper. Arbeidsgruppen er enig med utvalget for revidering av det offentlige anskaffelsesregelverk at disse ulempene er av vesentlig betydning for utformingen av innsynsretten.

Skal det derfor gis en utvidet innsynsrett, må dette skje på grunnlag av relativt sett enkelt håndterbare kriterier som på en betryggende måte ivaretar leverandørens behov for å holde forretningshemmeligheter skjult. Det enkleste ville være å la allmennheten få tilgang til bestemte dokumenttyper, eventuelt først etter at tildeling har funnet sted.

La oss først se på taushetsplikten i relasjon til de ulike typer opplysninger som gis i tilbudene.

Arbeidsgruppen finner det rimelig klart at det ikke bør være offentlighet omkring de *delprisene* som oppgis i tilbudet, enten det dreier seg om enhetspriser, timepriser, påslagsprosenten eller lignende. Det samme må gjelde tilbud om *tekniske løsninger* i vid forstand.

For det første vil slike opplysninger ofte kunne være forretningshemmeligheter. Og for det andre ville det være en urimelig oppgave for den enkelte saksbehandler å avgjøre dette spørsmålet for samtlige opplysninger som finnes i tilbudene. Slike opplysninger må derfor unntas fra offentligheten i sin helhet.

De samme hensynene gjør seg til en viss grad gjeldende for de forretningsmessige *forbehold* som leverandørene tar mot ulike sider av konkurransegrunnlaget. Riktignok vil ikke forbeholdene like hyppig kunne karakteriseres som forretningshemmeligheter, men fremdeles vil det måtte tas individuelle vurderinger, med de ulemper dette medfører.

Én mulighet som har vært diskutert, er om leverandørene bør gis adgang til *anbuds- eller tilbudsbrevene*. Det har i mange bransjer vært en lang tradisjon med å legge ved et særskilt undertegnet anbuds- eller tilbudsbrev som skal inneholde totalsummen for tilbudet (tilbudssum) og eventuelt tilbudt leveringstid, samt avvik fra konkurransegrunnlaget

(forbehold mv.). Denne praksisen er nå foreslått regelfestet i utkastet til nye forskrifter for offentlige anskaffelser, jf. § 19-7 nr. 2. I så fall vil innsynsretten være knyttet til ett bestemt dokument, noe som skaper større forutberegnelighet og vil gjøre oppgaven lettere for saksbehandlerne.

Arbeidsgruppen viker likevel tilbake fra å åpne for innsyn i disse brevene. For det første vil også dette nødvendiggjøre en individuell vurdering av forbeholdene, og dermed utløse de uheldige konsekvenser som er omtalt ovenfor. Dernest vil en slik regel kunne påvirke måten leverandørene utformer sine anbuds- eller tilbudsbrev på. Avvik fra konkurransegrunnlaget kan søkes ført inn i anbuds- eller tilbudspapirene for øvrig, enten direkte eller gjennom ulike typer henvisningsteknikker. Dette vil igjen gjøre den ordinære behandlingen av tilbudene mer omstendelig og tidkrevende.

På denne bakgrunnen finner arbeidsgruppen at tilbudene i sin helhet bør unntas fra offentlighet.

### **5.3.3.3 Anskaffelsesprotokollen**

Anbuds- eller anskaffelsesprotokollene er i dag unntatt fra offentlighet, jf. forskriften av 1986. Det innebærer at allmennheten ikke kan kreve å få innsyn i disse protokollene.

Leverandørene en noe bedre stillet. De vil i en viss utstrekning ha krav på de opplysninger som finnes i protokollene, enten direkte eller indirekte.

Når innsynsretten drøftes nedenfor, må disse to relasjonene tas for øyet. Men et gjennomgående spørsmål er om det er hensiktsmessig å skille mellom allmennheten generelt og leverandørene når det gjelder innsynsretten.

#### **a) Leverandørens navn og tilbudssummer**

I utkastet til nye forskrifter er det foreslått at opplysningene om blant annet leverandørens navn og tilbudssummer (total-summene), skal sendes samtlige leverandører som har deltatt i konkurransen, jf. NOU 1997: 21 § 19-20 nr. 7. Opplysningene skal gis uoppfordret og senest syv dager etter anbuds- eller tilbudsåpning.

Dette går klart lenger enn det som i dag følger av vare- og tjenesteforskriften i REFSA, hvor anbydernes navn ikke skal oppgis, jf. § 14 tredje ledd. Imidlertid samsvarer forslaget med det man sedvanlig har opplyst om innenfor bygge- og anleggs-bransjen – også for offentlige anskaffelser – jf. henvisningen i REFSA § 10 første ledd til NS 3400. Og mange offentlige oppdragsgivere gir allmennheten, og ikke bare leverandørene, tilgang til disse opplysningene.

Arbeidsgruppen finner at det heller ikke foreligger noen tungtveiende grunner for å nekte å gi allmennheten tilgang til disse opplysningene dersom leverandørene først gis en slik rett. Utgangspunktet i offentlighetsloven er innsynsrett for allmennheten. De som i første rekke vil ha nytte av en slik utvidet innsynsrett, er pressen.

I prinsippet vil adgangen til disse opplysningene være begrenset av taushetsplikten om forretningshemmeligheter mv. Det er imidlertid lite trolig at navn og totalsum på et produkt er opplysninger av en taushetsbelagt karakter.

## **b)Beslutninger**

En annen type opplysninger som protokollene skal inneholde, er viktige beslutninger som tas i løpet av anskaffelsesprosessen (så som avvisning, tildeling og unnlatt kunngjøring), samt begrunnelsene for disse.

I all hovedsak er dette opplysninger som leverandørene, men ikke allmennheten, har krav på å få som ledd i oppdragsgivers begrunnelsesplikt. Per i dag gjelder en slik plikt bare innenfor EØS-regelverket, menplikten foreslås gjort generell, jf. NOU 1997: 21 kapittel 22. Det kan derfor argumenteres med at det ikke er behov for innsyn i disse delene av anskaffelsesprotokollene. Men denne argumentasjonen kan like gjerne snus; hvorfor skal ikke leverandørene ha rett til et slikt innsyn når de likevel kan få opplysningene gjennom begrunnelsesplikten.

I NOU 1997: 21 s 96 framholdes det at det vil være forskjeller mellom de begrunnelsene som inntas i anskaffelsesprotokollene og de som gis eksternt. De eksterne begrunnelsene vil typisk få en knappere og mer formell form enn de interne. Åpnes det for innsyn i protokollene, vil man derfor kunne forvente en uheldig vridning over mot denne måten å begrunne beslutningene på.

Dette reiser spørsmålet om anskaffelsesprotokollenes funksjon. Bør protokollene være rent interne dokumenter eller bør omverdenen ha tilgang til disse dokumentene?

I dag synes protokollene å fylle en mellomfunksjon. Dens hovedoppgave er å lette internkontrollen av anskaffelsesprosessen. Viktige opplysninger om de enkelte konkurransene skal være samlet ett sted. Dermed vil kontrollerende organer, så som revisjonen, Sivilombudsmannen, ESA, m.fl., ha en enkel tilgang til denne informasjonen. Erfaringsmessig er det minimumsopplysninger som tas inn i protokollene. Den mer utfyllende informasjon om prosessen finnes i saksmappen hos den enkelte saksbehandler. Ikke minst finner vi her sammenstillingene og vurderingene av de innkomne tilbud.

Dersom det først pålegges oppdragsgiverne å ta inn begrunnelser for sine avgjørelser i anskaffelsesprotokollen, er arbeidsgruppen av den oppfatningen at dette bør være den offisielle versjonen. Den mer utdypende, og mindre formaliserte vurdering av tilbudene, hører hjemme i sakspapirene til saksbehandler. Internkontrollen vil da vite hvilke begrunnelser som gis tilbyderne.

Det er ikke dermed sagt at leverandørene automatisk bør få tilgang til protokollen på dette punktet. Det kommer an på opplysningenes art.

Beslutninger om avlysning av konkurransen, totalforkastelse og valg av tilbyder, bør leverandørene ha tilgang til. Ved avvisning av enkelttilbud kan dette stille seg annerledes. Det vil være tilfelle dersom avvisningsgrunnen er tilbyderens tekniske eller økonomiske forhold. Avvisning på grunn av at tilbudet har kommet inn for sent eller inneholder formfeil, skulle det derimot være uproblematisk å la de øvrige leverandørene få innsyn i.

Dersom leverandørene gis innsynsrett i protokollen (med unntak for enkelte avvisningstilfeller), må dette samordnes med begrunnelsesplikten. Siden protokollen skal ha det samme innholdet som oppdragsgivers begrunnelse overfor leverandørene, vil oppfyllelse av innsynsretten samtidig representere en oppfyllelse av begrunnelsesplikten. Dette kan enten



gjøres automatisk ved at samtlige leverandører innen bestemte frister får utskrift av protokollen, eller etter anmodning ved at bare de leverandører som ber om det, får tilsendt en kopi av protokollen.

Arbeidsgruppen er mer i tvil om også andre enn leverandørene (allmennheten) bør ha de samme rettighetene. Det er leverandørene som har direkte interesse i de opplysningene som protokollen inneholder. På den andre siden er det grunn til å minne om offentlighetslovens hovedregel.

### **c)Øvrige opplysninger**

I henhold til forslaget i NOU 1997: 21 § 19-20 nr. 6 skal oppdragsgiver også ta inn "Andre opplysninger som har betydning for bedømmelsen av konkurransen." Arbeidsgruppen er noe usikker på i hvilken grad anskaffelsesprotokollen i dag faktisk benyttes til å ta inn supplerende opplysninger om konkurransen.

Men i den grad dette gjøres, vil hensynet til oppdragsgiver komme klarere inn. I stor utstrekning vil slike opplysninger kunne unntas i henhold til offvl. § 5 om interne dokumenter.

## **5.4 Dekning av prosesskostnader**

Dok. nr. 8: 60 (1996-97) Forslag fra stortingsrepresentantene Jan Petersen, Kristin Krohn Devold og Erna Solberg om at Stortinget ber Regjeringen opprette en støtteordning for små og mellomstore bedrifters prosesskostnader ved søksmål i forbindelse med brudd på EØS-avtalen.

Støtteordningen bør ifølge forslagsstillerne rettes inn mot små og mellomstore bedrifter og administreres av Nærings- og handelsdepartementet. For at støtte skal gis, må det være en rimelig grunn til å tro at det har vært brudd på EØS-regelverket. Nærmere retningslinjer må utarbeides av regjeringen på et senere tidspunkt.

Arbeidsgruppen finner ikke å ville gå inn for et slikt forslag. Generelt mener arbeidsgruppen at det er betenkelig å fjerne den økonomiske risikoen ved å anlegge et søksmål for de ordinære domstolene. Det vil kunne føre til at ufunderte søksmål fremmes. Skal man avvike fra dette alminnelige prinsippet innenfor sivilprosessen, må det foreligge sterke grunner. Etter arbeidsgruppens oppfatning vil det normalt ikke foreligge så tungtveiende grunner i anskaffelsessaker at en støtteordning er påkrevet.

For det første dreier det seg om profesjonelle aktører, selv om de støtteberettigede er begrenset til de små og mellomstore bedriftene. Og disse aktørene vil kunne få både faglig og finansiell bistand av sine organisasjoner.

Videre vil de forslag arbeidsgruppen har fremmet for øvrig, gjøre behovet for en støtteordning mindre framtrædende. Det viktigste er forslaget om opprettelsen av et nytt tvisteløsningsorgan. Her skal partene få anledning til på en billig og rask måte å få avklart sine rettsposisjoner.

Det vil for det tredje knytte seg ikke helt ubetydelige vanskeligheter til å håndtere en slik støtteordning. Skal støtteordningen være effektiv, må det dreie seg om et forhåndstilsagn om

bistand. Først da vil leverandørene oppnå den nødvendige økonomiske tryggheten som ordningen tilsikter. Dette innebærer at Nærings- og handelsdepartementet, eller et annet organ som skal administrere ordningen, må gjennomgå saken på forhånd og avgjøre om det foreligger en rimelig klagegrunn. Dessuten må det avgjøres hvor stor støtten skal være. Man må i tillegg utarbeide retningslinjer om hvilke leverandører som kan karakteriseres som "små eller mellomstore".

Det kan til slutt også pekes på et paradoks med en slik ordning. Støtten vil i utgangspunktet bare ha selvstendig betydning der leverandøren ikke hadde rett i sin påstand om regelbrudd og derfor taper i domstolene. Fører søksmålet fram, følger det av reglene i tvistemålsloven om saksomkostninger at det offentlige skal dekke leverandørens utgifter, jf. tvml. § 172.

## 5.5 Innføring av "karenstid" (klagefrist)

Som påpekt i kapittel III punkt 2, fremmes det per i dag nesten ikke inngrepssaker for norske domstoler. I den grad tvister om anskaffelser blir gjenstand for sivilt søksmål, later det til at leverandørene venter til etter at kontrakt er sluttet med å ta ut søksmål. Dette er utvilsomt et ineffektivitetstegn ved dagens håndhevelsessystem.

Bakgrunnen for denne tilstanden er det kort redegjort for i kapittel III. Særlig to forhold er her trukket fram.

Det første er *tidsaspektet*. Retten til å kreve inngrep i anskaffelsesprosedyren opphører idet avtale er inngått. Ofte vil det gå kort tid mellom det tidspunktet da leverandørene aner uråd, gjerne i forbindelse med at realavgjørelsen tas, og tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Dermed levnes de liten tid til å ta en eventuell beslutning om å kreve inngrep, samt å forberede et slikt skritt. Mellom annet kan nevnes at det vil kunne være vanskelig å få bransjeorganisasjonene på banen i løpet av så kort tid som det her ofte er tale om.

Det andre er *avhengighetsaspektet*. Trolig vil mange leverandører kvie seg for å gå til et så drastisk skritt som å kreve et inngrep når oppdragsgiver ennå ikke har tatt en definitiv beslutning om valg av leverandør. Man "sitter på gjerdet og venter". Etter at kontrakt er sluttet, og slaget for så vidt er tapt, ser vi nemlig en større prosessvillighet hos leverandørene.

En måte å avbøte denne ineffektiviteten på er å innføre en ordning med karenstid. Med dette menes at det skal gå et visst tidsrom etter valget av leverandør hvor de øvrige deltakerne har muligheter til å aksjonere. Leverandørene får dermed en minimumsfrist til å reagere på. Og samtidig vet de utfallet av konkurransen slik at de ikke lenger ligger noen gevinst i å avvente utviklingen.

En ordning med klagefrist er innført i *Finland* med virkning fra 1. mars 1998. En leverandør kan klage en sak inn til konkurransrådet selv om kontrakt er sluttet så langt klagen "har inngetts inom 14 dagar från det att anbudsgivarna fått del av anbuds-tävlingens utgång eller ett beslut därom", jf. LOU 9 a §. Men dette er ikke en regel om å gripe inn i den sivilrettslige gyldigheten av avtalen, se omtalen av ordningen i den finske prp. 69/1997 s 23. I stedet kan konkurransrådet tilkjenne leverandøren en særskilt godtgjørelse etter 9 § 1.

Det har også vært hevdet at *EUs håndhevelsesdirektiv* bygger på en forutsetning om at det skal være et tidsintervall mellom den interne tildelingen og den eksterne kontraktsslutningen, jf. artikkel 2 nr. 6, hvor det heter: "Hvilke følger myndighets-utøvelsen nevnt i nr. 1 skal ha

for den kontrakt som inngås *etter* kontraktstildelingen, skal fastsettes i nasjonal lovgivning [vår utheving]". Et slikt synspunkt kan dessuten tenkes støttet på effektivitetsprinsippet innen EF-retten.

Det arbeidsgruppen har hatt i tankene med en karenstid er en ordning hvor man kan gripe direkte inn i kontraktsslutningen. Vi kan tenke oss to hovedmodeller for utformingen av en slik ordning. Den første består i at det innføres en tidsfrist etter den interne beslutningen om valg av leverandør. Før utløpet av denne fristen har oppdragsgiver ikke rett til å inngå kontrakt med leverandøren. Den andre går ut på at det innføres en regel om at en kontrakt kan gjøres om innen en bestemt frist etter kontraktsinngåelsen. I begge tilfeller dreier det seg reelt sett om en klagefrist på beslutningen om tildeling av kontrakten.

Uansett hvilken modell som velges, må konkurransedeltakerne gis informasjon om valg av leverandør for at ordningen med karenstid skal kunne fylle sin funksjon.

Trolig vil innføring av en karenstid etter disse linjer føre til en effektivisering av klagemulighetene. Men samtidig representerer en karenstid et temmelig drastisk inngrep i anskaffelsesprosedyren som det er knyttet ikke ubetydelige ulemper til.

Dersom karenstiden skal ha noen effekt, må tidsrommet ikke være for kort. Man kan eksempelvis tenke seg en frist på 5 til 7 dager. Men dette ville bety at samtlige anskaffelser måtte belastes med en tidsforsinkelse på 5 til 7 dager. Hva dette ville innebære samfunnsøkonomisk er uklart. Men trolig dreier det seg om en ikke helt ubetydelig ressursøkning. Riktignok vil kontraktene ofte ikke effektueres før en viss tid etter avtale-slutningen. Men en klagefrist vil generelt representere et ineffektivitetselement i anskaffelsesprosessen.

En slik tidsforskyvning av den endelige beslutningen om å velge leverandør vil dessuten komme i forlengelsen av de allerede eksisterende kunngjøringsfrister mv. som gjelder innenfor EØS.

Hvis karenstiden på den andre siden ble satt kortere, eksempelvis 2 til 3 dager, ville effekten av ordningen bli tilsvarende mindre.

Oppgaven består i å avveie fordelene med å effektivisere klagemulighetene mot de ulempene som er knyttet til bruk av en karenstid. Arbeidsgruppen er av den formening at de samfunnsmessige kostnadene samlet sett vil bli for store sett i forhold til de fordeler man kan høste av en ordning med karenstid. Den forlengelse av beslutningsprosessen som karenstiden representerer, vil ramme samtlige anskaffelser, ikke bare de hvor det er grunn til å reagere på framgangs-måten.

Dette standpunktet må ses på bakgrunn av de øvrige tiltakene som foreslås gjennomført. Ikke minst vil opprettelsen av et nytt tvisteløsningsorgan kunne bidra til en økt effektivisering av håndhevelsesreglene i fasen før kontrakt sluttes.

Det kan dessuten pekes på enkelte andre problemer knyttet til en generell regel om karenstid. Man kan vanskelig tenke seg at en karenstid skal kunne gjelde uavkortet. Det måtte blant annet åpnes for unntak ved såkalte hastesaker. En slik unntaksregel ville nødvendigvis måtte få en temmelig skjønnsmessig utforming. Men dermed ville innføringen av karenstiden i seg

selv være en motivasjon for de enkelte oppdragsgivere til å definere anskaffelsene som hastesaker.

På samme måte som under spørsmålet om å gi klage til det nye tvisteløsningsorganet oppsettende virkning, se kapittel III punkt 9, er forutsetningen for gruppens standpunkt at de øvrige tiltakene virker etter sin hensikt.

Dersom en riktig forståelse av håndhevelsesdirektivene innebærer at det skal forløpe en viss tid mellom tildeling og kontraktsslutning, må naturlig nok dette innarbeides i systemet.

## 5.6 Regulering av erstatningsspørsmålet

Krav om erstatning er den alminnelige sanksjonen som står til leverandørenes rådighet når det foreligger brudd på anskaffelsesreglene, se kapittel II punkt 1.4. Sanksjonen kan gjøres gjeldende både før og etter at kontrakt er inngått, overfor såvel offentlige som private oppdragsgivere, og uavhengig av hvilket regelverk som er overtrådt. Forutsetningen er at vilkårene om ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap er oppfylt.

Erstatningsreglene har dermed en sentral posisjon for forståelsen av hvorledes brudd på anskaffelsesreglene håndheves i Norge. Krav om erstatning har vært den dominerende sanksjonen ved brudd på anskaffelsesreglene, og vil trolig fortsatt beholde en viktig posisjon selv ved en effektivisering av inngrepsstraffsaksjonen.

Arbeidsgruppen har tolket mandatet for sitt arbeid slik at erstatningsspørsmålet i all hovedsak faller utenfor utvalgets arbeidsområde. På grunn av erstatningsreglenes sentrale betydning for effektiviteten ved et håndhevelsessystem vil arbeidsgruppen likevel kort peke på hvorledes utformingen av erstatningsreglene kan påvirke denne problematikken.

Når en leverandør vurderer spørsmålet om å reise et erstatningssøksmål mot oppdragsgiver, må han veie ressursbruken ved en prosess (samt eventuelt den "bad will" en slik prosess kan avføde) opp mot den mulige gevinst ved et søksmål. To sentrale forhold ved en slik avveiningsprosess kan trekkes fram:

Det første er *usikkerheten* knyttet til forståelsen av reglene. Desto mer forutberegnelig reglene er, jo mer effektiv vil beslutningsprosessen være om hvorvidt tvisten skal forfølges videre. Dette innebærer at det er større sannsynlighet for at det er de "riktige" sakene som fremmes for retten når reglene har fått en klar eller lett tilgjengelig utforming. Dersom det eksempelvis knytter seg stor usikkerhet til betingelsene for å få erstatning, så som usikkerhet med hensyn til kravet til årsaks-sammenheng, vil dette bidra til å vanskeliggjøre denne prosessen.

Det andre forholdet er *størrelsen* eller nivået på erstatningen. Dersom det saksøker primært har i utsikt å oppnå ved et søksmål er dekning av sine utgifter (den negative kontraktsinteresse), vil incitamentet til å gå til søksmål ofte være lite. Dersom samtlige krenkede leverandører har rett til en slik erstatning, vil incitamentet kunne bli noe større. Det skyldes at saksøkerne da kan forene krefter og sammen bære omkostningene ved en prosess. Og dessuten vil avskrekkings-effekten for oppdragsgiver i disse tilfellene bli kraftigere. Er det mange leverandører det er tale om, vil den samlede erstatning kunne overstige den positive kontraktsinteressen til én enkelt leverandør.

Effektivitetshensynene slik de kort er redegjort for ovenfor, råder imidlertid ikke grunnen alene. Det må også vurderes hvilken innflytelse en bestemt form for erstatning vil kunne få på oppdragsgivers håndtering av anskaffelsessaker. Vil eksempelvis krav om den positive kontraktsinteresse på en uheldig måte bidra til at oppdragsgivers vurderinger forenkles, typisk i retning av at pris blir eneste kriterium, for dermed å unngå et tyngende erstatningskrav?

Per i dag er utviklingen av erstatningsretten ved anskaffelses-saker overlatt til *domstolene*. Riktignok er det vedtatt en generell bestemmelse om erstatning i den nye loven om offentlige anskaffelser, jf. § 10. Men det framkommer av forarbeidene at "forslaget ikke er ment å innebære noe nytt i forhold til gjeldende rett". I de seneste årene har Høyesterett hatt til behandling spørsmålet om erstatning i et par tilfeller, jf. Rt. 1997.574 Lærlingeklausuldommen og Rt. 1998.1398 Torghatten-dommen. I en viss utstrekning er rettsituasjonen blitt klarlagt gjennom disse dommene. Men fortsatt gjenstår en del.

Domstolene har tatt utgangspunkt i de alminnelige erstatnings-rettslige prinsipper i norsk rett ved sin håndteringen av brudd på anskaffelsesreglene. Det kan spørres om et slikt utgangspunkt fullt ut tilfredsstillende de særskilte behov man møter i anskaffelsessaker.

De to sentrale spørsmål som er reist ovenfor, er for det første om innholdet av reglene, så langt de er avklart, kan sies å fungere effektivt og for det andre om domstolene (alene) bør stå for rettsutviklingen på området (og ikke lovgiver). På grunn av den begrensningen som ligger i arbeidsgruppens mandat, vil disse problemstillingene imidlertid ikke bli forfulgt videre her.

6 Kapittel VI: Administrative og økonomiske konsekvenser av forslaget

## 6.1 Innledning

I dette kapitlet skal ses på de administrative og økonomiske konsekvensene av arbeidsgruppens forslag til tiltak for å effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesreglene.

Slike virkninger vil primært være knyttet til gruppens forslag om opprettelsen av et nytt tvisteløsningsorgan. Drøftelsen vil derfor i all hovedsak bli konsentrert om de administrative og økonomiske følgene av en slik nyordning.

I punkt 2 ses på de rent administrative konsekvensene for statsadministrasjonen.

Dernest i punkt 3 drøftes de økonomiske sider ved ordningen. Først foretas en generell nyttevurdering av tiltaket. Så gjennomgås de direkte kostnadene som er forbundet med å opprette et nytt tvisteløsningsorgan. I dette punktet kommer arbeidsgruppen også inn på de konsekvenser som en eventuell innføring av en karenstid vil ha.

## 6.2 Administrative konsekvenser

Med administrative konsekvenser menes endringer i arbeidsmengde, bemanning, ansvarsfordeling og kompetansekrav m.v. for statsadministrasjonen.

Selve tvisteløsningsorganet skal være uavhengig og frittstående i forhold til administrasjonen.

*Sekretariatsfunksjonen* foreslås imidlertid lagt til Nærings- og handelsdepartementet. Denne plasseringen er begrunnet med at den administrative byrde ved opprettelsen av tvisteløsningsorganet vil kunne reduseres hvis organets sekretariat legges til en etat som allerede har administrativ kapasitet. Valget av denne løsningen er også motivert med at sekretariatet kan benytte det eksisterende nettverk og den kompetanse som departementet besitter i dag, se kapittel III punkt 7. Videre vil det være lettere å sikre kompetanseoverføring mellom tvisteløsningsorganet og departementet.

Det er nødvendig å avsette midler til en person på heltid til sekretariatet. Det er viktig at personen får et øremerket ansvar og nødvendig kapasitet tilgjengelig, slik at den nødvendige kvalitetssikringen kan oppnås. Antall årsverk vil også i denne sammenhengen være avhengig av saksmengden.

Den foreslåtte modellen for tvisteløsningsorganet bygger på at det skal være *skriftlig saksbehandling*.

Arbeidsgruppen ser det som viktig å utarbeide mer faste saksbehandlingsregler og rutiner for tvisteløsningsorganet. Dette vil øke organets effektivitet og styrke partenes rettssikkerhetsgarantier. De mest sentrale reglene vil bli uttømmet i selve stiftelsesakten for organet (lov eller forskrift). Men det vil kunne være nødvendig å utarbeide supplerende regler for organets arbeid. Dette må i tilfelle gjøres i ettertid, og da trolig mest hensiktsmessig av tvisteløsningsorganet selv.

## **6.3 Økonomiske konsekvenser**

### **6.3.1 Almennelige nytte-betraktninger**

Etableringen av et nytt tvisteløsningsorgan vil ha økonomiske konsekvenser i form av så vel gevinster som kostnader.

De offentlige anskaffelsesreglene er innført for å øke kostnads-effektiviteten ved de offentlige innkjøp. Forutsettes regelverket å ha en slik virkning, vil samfunnet kunne høste inn en effektivitets-gevinst ved å bedre regeldisiplinen hos oppdragsgiverne. Etableringen av et nytt tvisteløsningsorgan er ett blant flere tiltak for å nå dette målet. Det er grunn til å anta at selv mindre forbedringer i regeletterlevelsen fra offentlige oppdragsgivere på sikt vil kunne gi ikke ubetydelige gevinster.

Leverandørene vil som en konsekvens av et nytt regelverk, der prosedyrebestemmelsene også skal gjelde for anskaffelser under terskelverdiene, gis den samme klageordning som tidligere bare gjaldt for EØS-anskaffelser. Effektiviserings-potensialet utgjøres dermed av de samlede offentlige anskaffelser (Det ses da bort fra "bagatell"-sakene.).

Det offentlige kjøpte varer og tjenester for 206,3 milliarder kroner i 1997. Målt som andel av bruttonasjonalproduktet (BNP) utgjorde offentlige innkjøp 19,0 prosent i 1997 mot 18,2 prosent i 1996. Offentlig forvaltning stod for 60,6 prosent av de offentlige innkjøpene, mens forretningsdriften stod for 39,4 prosent. Statistikken omfatter hele den offentlige forvaltningen, det vil si både statsforvaltningen og kommuneforvaltningen medregnet fylkeskommunene. Videre omfattes statlig, kommunal og fylkeskommunal forretningsdrift. Offentlig eide aksjeselskaper og særlovselskaper, som konkurrerer i et kommersielt eller

industrielt marked, er ikke med i tallene. Statistikken over offentlige innkjøp bygger blant annet på det sentrale statsregnskapet, kommuneregnskapene og regnskapsopplysninger fra statlig og kommunal sektor.

Ved vurderingen av konsekvensene må det tas i betraktning at det ved siden av forslagene fra arbeidsgruppen er fremmet flere andre tiltak som tar sikte på å effektivisere offentlige anskaffelser. For det første er det foreslått tiltak for å bedre informasjonsspredning og kompetansehevingen på området, se innstillingen fra Eidem-utvalget. Dernest er det i gang et omfattende arbeid med å lage et enhetlig og dermed et lettere tilgjengelig regelverk for offentlige anskaffelser, se NOU 1997: 21 mv.

Et nytt tvisteløsningsorgan vil også kunne trekke etter seg andre konsekvenser.

Tanken med den nye ordningen er å opprette et organ som kan avgi raske avgjørelser på et relativt lavt konfliktnivå. Sannsynlig-vis vil en slik ordning kunne forebygge lange og kostnads-krevende konflikter for de ordinære domstolene. Dette vil både være ressursbesparende for aktørene ved offentlige anskaffelser og være en avlastning for domstolene.

Tvisteløsningsorganets betydning for arbeidsmengden til Nærings- og handelsdepartementet, seksjon for offentlig støtte og anskaffelse, er noe mer usikker. På den ene siden vil den nye tvisteløsningsmodellen kunne frigjøre ressurser i departementet blant annet i form av mindre telefonhenvendelser og generelle tolkningsuttalelser. Men her vil utviklingen kunne vise seg å bli en annen. Med de nye tiltakene kan fokus i større grad enn i dag bli rettet inn mot området offentlige anskaffelser og leverandørenes rettigheter. Dette vil derfor kunne gi en økt arbeidsbyrde for departementet.

Opp mot denne gevinsten må holdes de kostnader som direkte er knyttet til opprettelsen og driften av tvisteløsningsorganet, se det etterfølgende punktet.

### **6.3.2 Direkte kostnader forbundet med opprettelsen av et nytt tvisteløsningsorgan**

Når det gjelder de direkte kostnader forbundet med etablering av et nytt *tvisteløsningsorgan*, kan det gjøres følgende merknader:

Som angitt under kapittel III punkt 7, mener arbeidsgruppen at det vil være mest hensiktsmessig å opprette et sentralisert *tvisteløsningsorgan*, felles for hele landet. Tvisteløsnings-organet foreslås bygget opp med et antall oppnevnte faste medlemmer. Det forutsettes at medlemmene besitter en høy juridisk kompetanse, eksempelvis dommere, advokater, universitetsansatte eller andre med den nødvendige faglige bakgrunn og uavhengighet.

De enkelte sakene skal avgjøres av et kollegium på tre medlemmer.

Hvilket antall faste medlemmer av tvisteløsningsorganet det er behov for, vil dels bero på saksmengden og dels sakenes vanskelighetsgrad. Dette er parametere som kan variere meget. Som anført i kapittel III punkt 7.2.2, vil det eksempelvis være behov for hele 12 medlemmer dersom saksmengden ligger på 60 saker per år og hvert medlem av organet tar del i 15

uttalelser på årsbasis. Fordobles derimot saker per medlem, vil det med nevnte saksmengde bare være behov for seks faste medlemmer i tvisteløsningsorganet.

Det må avsettes midler til å lønne både leder for tviste-løsningsorganet og dets faste medlemmer. Lederen kan tenkes lønnet med en fast del og en del som er timebasert avhengig av antall saker han medvirker i. De faste medlemmene kan tenkes honorert timebasert per sak eller som en kombinasjon av fast og timebasert honorar.

Videre må midler stilles til rådighet slik at tvisteløsnings-organets medlemmer til en hver tid kan holdes oppdatert, noe som blant annet innebærer en fortløpende kompetanseoppbygging. Dette anser arbeidsgruppen for å være et viktig ledd i tvisteløsningsorganets interne virksomhet.

Enkelte saker kan være av en slik karakter at det blir nødvendig for organets medlemmer (i første rekke saksansvarlig) å opp-søke partene for å få gjennomført den innledende rettsavklaring på en tilfredsstillende måte. Dette nødvendiggjør midler til en viss reisevirksomhet. Denne kostnad vil antagelig være lav også sett ut fra de elektroniske hjelpemidler som man i dag har til disposisjon.

I enkelte tilfeller vil det også kunne være påkrevet med personer med særlig kyndighet innenfor bestemte fagområder. Kostnadene til dette må tas med ved budsjetteringen av utgiftene til tvisteløsningsorganet.

Som nevnt under punkt 2, vil *sekretariatet* kunne benytte et eksisterende organisasjonsapparat ved å utnytte de administrative tjenester som er i departementet, noe som vil gi en bedre utnyttelse av ressursene samlet sett.

Det er nødvendig å avsette midler for å kunne ansette en person på heltid til sekretariatet. Tvisteløsningsorganets faktiske saksmengde kan likevel med tiden vise seg å bli så omfattende at man må vurdere antall årsverk i sekretariatet. Men for at organet skal få den autoritet som etterstrebtes, er det viktig at sekretariatsfunksjonen blir tydelig i departementet og at sekretæren får avsatt nødvendig kapasitet til å utføre de oppgaver som foreslås lagt dit.

Kostnaden ved ett årsverk er avhengig av de oppgaver som blir lagt til sekretariatet. Kommer man fram til at sekretariatet skal fungere som et aktivt, saksforberedende organ, er det eksempelvis nødvendig med en høy kompetent person som behersker fagfeltet. Skal sekretariatet derimot i første rekke utføre kontortekniske tjenester, vil avlønningen bli lavere.

De *budsjettmessige kostnader* for Nærings- og handels-departementet vil etter dette minimum utgjøre midler til ett årsverk avsatt til sekretæren. Utover dette er det nødvendig med lønnsmidler til tvisteløsningsorganets leder og faste medlemmer, en viss reisevirksomhet mv.. Disse utgiftene må påregnes i all hovedsak å bli dekket over statsbudsjettet.

Arbeidsgruppen har foreslått at den som bringer en sak inn for tvisteløsningsorganet, skal belastes med et mindre *klagegebyr*, se kapittel III. Dette anses hensiktsmessig blant annet for å unngå useriøse klager. Men gebyret vil også ha en viss betydning for finansieringen av klageordningen.

### 6.3.3 Karenstid



Arbeidsgruppen har etter en samlet vurdering funnet at det ikke vil anbefale å innføre en såkalt karenstid eller klagefrist. Som redegjort for under kapittel V punkt 5, anser gruppen at de totale samfunnsmessige kostnadene vil bli for store sett i forhold til den gevinst en slik ordning vil kunne gi. I denne vurderingen er tatt hensyn til de effektiviseringstiltakene som for øvrig er foreslått.

Dersom det likevel besluttes å innføre en karenstid, vil de relevante kostnadene ved ordningen først og fremst være det effektivitetstap som karenstiden representerer generelt. Samtlige kontrakter må som utgangspunkt belastes med en slik periode hvor en kontrakt ikke kan effektueres.

Det er vanskelig å gjøre seg opp en mer bestemt oppfatning av hvilket kostnadsnivå man i tilfelle ligger på. Beregningsopp-gaven består i å estimere hvilke merkostnader det offentlige påføres ved at anskaffelsesprosessen, og dermed også iverksettelsen av selve tiltaket, forsinkes en viss tid. Dette kan dreie seg om både økonomisk og ikke-økonomisk tap. Arbeidsgruppen har ikke funnet det hensiktssvarende å forfølge denne problematikken nærmere. Men helt generelt vil en karenstid føre til at det offentlige får dårligere rammebetingelser enn det private.

Det "tap" som består i at det vil bli grepet inn i flere kontrakts-tildelinger ved innføring av en karenstid enn tidligere (det vil si merkostnader til avbrytelse av konkurranser, utlysning på nytt, mv.), er derimot ikke relevant i denne sammenhengen. En slik virkning er nettopp det man etterstreber med en karenstid. Derimot må de konkrete kostnadene ved det enkelte inngrep vurderes når domstolene skal avgjøre om misforholds-begrensningen i tvangsl. § 15-2 andre ledd slår inn.