



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

I følge liste

Deres ref.

Vår ref.  
08/766

Dato  
12. januar 2011

## Avvisning av straffedømte leverandører mv. i forbindelse med offentlige anskaffelser

### 1. Bakgrunn

I forskrift om offentlige anskaffelser som trådte i kraft 1. juli 2007, ble det innført en ny plikt til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for organisert kriminalitet, hvitvasking, bedrageri og korrupsjon. I tillegg ble en rett til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i andre straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, eller som i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige eller etiske krav i vedkommende bransje, videreført.

I kjølvannet av flere korrupsjonssaker, har det vært stor oppmerksomhet rettet mot anvendelsen av avvisningsbestemmelsene.

Disse avvisningsbestemmelsene har flere formål. Først og fremst er det viktig å motvirke økonomisk kriminalitet og lignende misligheter ved at det offentlige ikke handler med leverandører som for eksempel er straffedømt for korrupsjon. Bestemmelsene skal bidra til at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunns-tjenlig måte, og de kan også til en viss grad virke preventivt. Avvisningsbestemmelsene er i tillegg med på å sikre at oppdragsgivere i en konkret anskaffelse velger pålitelige leverandører som er i stand til å gjennomføre kontraktene på en god måte. Dermed bidrar bestemmelsene også til at offentlige midler brukes mest mulig fornuftig. Samtidig skal bestemmelsene bidra til å skape like konkurransevilkår for leverandørene; ”uhederlige” leverandører bør ikke få konkurransefordeler.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Se nærmere om formålene bak direktivbestemmelsene i artikkelen ‘Self-Cleaning as a Defence to Exclusion for Misconduct – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law’ av Sue Arrowsmith, Hans-Joachim Priess og Pascal Friton, *Public Procurement Law Review*, 2009, nr. 6, s. 257-282.

Av hensyn til aktørenes forutberegnelighet og rettsikkerhet, er det imidlertid viktig at reglene om retten og plikten til avvisning tolkes og anvendes på en enhetlig måte. Det å bli utestengt fra offentlige anskaffelser kan få store økonomiske konsekvenser for en leverandør. Samtidig risikerer en offentlig oppdragsgiver som feilaktig avviser en leverandør å bli erstatningsansvarlig, og i enkelte tilfeller kan avvisning også medføre høyere innkjøpspris som følge av redusert konkurranse.<sup>2</sup>

På denne bakgrunnen ønsker Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) å bidra med veiledning for departementenes praktisering av forskriftsbestemmelsene om rett og plikt til å avvise.

FAD bemerker innledningsvis at Norge etter EØS-avtalen er forpliktet til å innføre bestemmelser om rett og plikt til å avvise leverandører. Dette følger av artikkel 45 i direktiv 2004/18/EØF (anskaffelsesdirektivet). Ettersom artikkel 45 berører straffetretten, har medlemslandene en viss frihet til å gi utfyllende nasjonale bestemmelser. Rekkevidden av denne friheten er imidlertid uklar. Dette betyr at Norge bør trå varsomt i forhold til å foreta avklaringer på egen hånd, og at bestemmelsene uansett må tolkes i lys av EØS-avtalen og de alminnelige EØS-rettslige prinsipper.

EU-domstolen har på nåværende tidspunkt ikke uttalt seg om avvisningsbestemmelsene, og Kommisjonen har så langt ikke gitt veiledning om anvendelsen. Plikten til å avvise en straffedømt leverandør har også kun i begrenset omfang vært behandlet i norsk rettspraksis. Rettskildematerialet er således begrenset, og det knytter seg derfor usikkerhet til spørsmålene som behandles.

Endelig bemerkes det at det er domstolene, og ikke departementet, som har kompetanse til å fortolke regelverket om offentlige anskaffelser med bindende virkning. FAD vil likevel i det følgende, så langt det er mulig, gi sin foreløpige forståelse av hva som ligger i regelverket.

## **2. Rettsgrunnlaget for avvisning av straffedømte leverandører m.fl.**

### *2.1. Plikt til å avvise*

I henhold til forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 11-10 første ledd bokstav e og § 20-12 første ledd bokstav e har oppdragsgivere i forbindelse med en anskaffelsesprosess plikt til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for følgende straffbare handlinger:

- deltakelse i en kriminell organisasjon
- korrupsjon
- bedrageri
- hvitvasking av penger

---

<sup>2</sup> Motsatt vil en oppdragsgiver også kunne bli erstatningsansvarlig overfor øvrige leverandører, der han har en plikt til å avvise en leverandør, men ikke gjør det.

Opplistingen er uttømmende, slik at andre former for kriminalitet ikke vil medføre en plikt til å avvise. Det fremgår av bestemmelsene at plikten til å avvise ikke gjelder der allmenne hensyn gjør det nødvendig for oppdragsgiveren å inngå kontrakt med leverandøren.

Plikt til å avvise leverandører følger av anskaffelsesdirektivets artikkel 45 nr. 1.

## 2.2. *Rett til å avvise*

I henhold til FOA § 11-10 annet ledd og § 20-12 annet ledd har oppdragsgivere i forbindelse med en anskaffelsesprosess rett til å avvise leverandører blant annet<sup>3</sup> i tilfeller der leverandøren:

- ved en rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel (bokstav c)
- i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje (bokstav d)

Rett til å avvise slike leverandører følger av anskaffelsesdirektivets artikkel 45 nr. 2 bokstav c og d. Disse bestemmelsene viderefører bestemmelser i det tidligere varedirektivet (direktiv 93/36/EØF, artikkel 20), bygg- og anleggsdirektivet (direktiv 93/37/EØF, artikkel 24) og tjenstedirektivet (direktiv 92/50/EØF, artikkel 29).

### *Rettskraftig dom for straffbare forhold vedrørende den yrkesmessige vandel*

Når det gjelder straffbare forhold som vedrører den yrkesmessige vandel jf. FOA §§ 11-10 annet ledd bokstav c og 20-12 annet ledd bokstav c, tenkes det på andre forhold enn de som er listet opp i bestemmelsene om plikt til å avvise i første ledd.

Dette kan for eksempel gjelde leverandører som er dømt for økonomisk kriminalitet, blant annet ulovlig tilbudssamarbeid i strid med konkurranseloven. Andre eksempler er miljøkriminalitet eller brudd på arbeidsmiljøloven. Dersom en direktør i et IT-firma har fått en fartsbot, vil dette imidlertid ikke relatere seg til den yrkesmessige vandelen.

En rettskraftig dom vedrørende straffbare skatte- og avgiftsunndragelser vil sannsynligvis også kunne falle inn under den kategorien av straffbare forhold som vedrører den yrkesmessige vandel. Det bemerkes imidlertid at oppdragsgivere uansett har mulighet til å avvise en leverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter og avgifter, herunder trygdeavgifter, etter artikkel 45 nr. 2 bokstav e og f, jf.

---

<sup>3</sup> Listen over utelukkelsesgrunner i artikkel 45 nr. 2 viser også til situasjoner der leverandøren er konkurs, er begjært konkurs eller befinner seg i en lignende prosess (bokstav a og b), ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av trygdeavgifter (bokstav e) eller skatter (bokstav f), eller har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger mv (bokstav g). Disse utelukkelsesgrunnene behandles ikke nærmere i dette brevet. Den samlede listen i artikkel 45 nr. 2 over utelukkelsesgrunner er uttømmende når det gjelder oppdragsgivers adgang til å utelukke en leverandør på grunn av forhold vedr. hans yrkesmessige vandel, solvens og pålitelighet, jf. forente saker C-226/04 og 228/04 (La Cascina), C-213/07 (Michaniki) og C-538/07 (Assitur).

---

FOA § 11-10 (2) bokstav e og f og § 20-12 (2) bokstav e og f. Disse bestemmelsene krever ikke at det foreligger en dom, enn mindre en rettskraftig dom.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i et enkelt tilfelle uttalt seg om avvisning av en leverandør etter bokstav c, jf. sak 2009/28. I saken var en nøkkelperson i virksomheten dømt for dokumentfalsk, regnskapslovsbrudd, mva-lovbrudd og bedrageri. Disse forholdene ble imidlertid ikke bestridt i saken, men leverandøren anførte derimot at det ikke skulle skje identifikasjon mellom denne personen og virksomheten, se nærmere i punkt 3.5.1.

#### *Alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav*

Når det gjelder forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje, §§ 11-10 annet ledd bokstav d og 20-12 annet ledd bokstav d, gis det i FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser s. 161 eksempler på hva som kan utgjøre slike forsømmelser:

*”Brudd på en profesjons etiske retningslinjer og straffebestemmelser vil omfattes. Forsømmelsen må være av vesentlig betydning («alvorlige brudd») og være relevant for den konkrete anskaffelsen, jf. forholdsmessighetsprinsippet i kapittel 5.1.2.*

*Ved avvisning på grunn av brudd mot etiske standarder skal det foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor en blant annet tar hensyn til hvor alvorlig forseelsen er, tiltak leverandøren har gjort for å unngå nye forseelser, om det er en engangsforseelse eller gjentatte brudd og hvor lenge det er siden bruddet skjedde.*

*Eksempelvis kan brudd mot EØS-direktivene om likebehandling for arbeidstagere og manglende overholdelse av kravene om utstasjonerte arbeidstagere kunne utgjøre en alvorlig forsømmelse. Tilsvarende vil det være adgang til å avvise ved krenkelse av de grunnleggende ILO-konvensjonene, se kapittel 5.2.2 hvor disse er beskrevet.”*

Det bemerkes også at Europaparlamentet i sin første behandling av forslaget til direktiv 2004/18/EF la særlig vekt på overtredelser av arbeidsrettslig karakter. Europaparlamentet fremla da forslag til følgende endrede ordlyd til bestemmelsen [vår utheving]:

*”Fra deltakelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver **aktør**, som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, **herunder krænkelse af internationale centrale arbejdsstandarder som fastsat i bilag XI og overtrædelse af grundlæggende EU-lovgivning vedrørende beskyttelse på arbejdspladsen og arbejdsforhold i øvrig**, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret.”<sup>4</sup>*

Denne tilføyelsen ble imidlertid ikke vedtatt.

---

<sup>4</sup> EFT C271E/176 av 7.11.2002

Når det gjelder adgangen til å avvise en leverandør på grunn av dårlige erfaringer i tidligere kontraktsforhold eller lignende, har ikke EU-domstolen direkte tatt stilling til dette spørsmålet. Generaladvokaten omtaler likevel dette kort i sak C-71/92.<sup>5</sup> Saken gjaldt lovligheten av blant annet en spansk bestemmelse som stilte krav til leverandørene om å stille sikkerhet for korrekt gjennomføring av bygge- og anleggskontrakter. En bestemmelse i lovgivningen ga imidlertid oppdragsgivere mulighet til å fritta entreprenører som hadde oppnådd en klassifisering i det spanske Finansministerium. Generaladvokaten uttalte seg i den forbindelse om forståelsen av direktivbestemmelsen som gir oppdragsgivere rett til å avvise leverandører som i forbindelse med utøvelsen av ervervsvirksomhet har begått en alvorlig feil:

*”Disse bestemmelser giver i hvert fald de ordregivende myndigheder mulighed for at sanktionere en bevidst undladelse af at opfylde indgåede kontrakter – også for så vidt angår ikke-spanske entreprenører, som har godtgjort deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet på anden måde end gennem klassifikation – og eksistensen af denne mulighed skaber efter min opfattelse samme form for sikkerhed for opfyldelse af indgåede kontrakter, nemlig en ”trussel” om udelukkelse fra fremtidige licitationer, som den spanske regering mener at tilvejebringe gennem kravet om klassifikation.”*

Den danske klagememnda, Klagenevnet for Udbud, har også uttalt seg om denne avvisningsbestemmelsen i forhold til mislighold i tidligere kontraktsforhold.<sup>6</sup> Nemnda oppstiller tre betingelser for at en leverandør skal kunne avvises: feilen som er begått skal (1) vedrøre utøvelsen av leverandørens ervervsvirksomhet, (2) være av en viss betydelig grovhet, og (3) etter en saklig, objektiv vurdering være av vesentlig betydning for leverandørens egnethet som kontraktpart. Nemnda tilføyer at avvisningsretten for øvrig skal utøves i samsvar med det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsipp. I den konkrete saken var det forholdet at leverandøren i forbindelse med et tidligere kontraktsforhold urettmessig hadde hevet kontrakten ikke tilstrekkelig til å avvise leverandøren; annen og tredje betingelse var ikke oppfylt.

Når det gjelder bevis om at det foreligger en slik alvorlig forsømmelse, er det ikke, som etter bokstav c, krav om at det skal foreligge en (rettskraftig) dom for dette forholdet. Det må derimot foreligge objektiv dokumentasjon for slike brudd. Det at oppdragsgiveren har en mistanke om et slikt brudd, er ikke tilstrekkelig, jf. nærmere om krav til oppdragsgiveres objektive bevis i punkt 3.4.

Det kan synes noe uklart hva som er forskjellen på innholdet av utelukkelsesgrunnene i bokstav c og d, og om det faktisk er adgang til å avvise en leverandør med hjemmel i bokstav d for et forhold som i prinsippet faller inn under kategorien av straffbare handlinger som omfattes av bokstav c. Vil det for eksempel være mulig å utelukke en leverandør som er dømt i første instans for et strafferettslig forhold som vedrører den yrkesmessige vandel, men altså (ennå) ikke er dømt ved rettskraftig dom, med

---

<sup>5</sup> Kommisjonen mot Spania, se 'Samling af afgørelser 1993 side I-05923', særlig premissene 91-97.

<sup>6</sup> Kjennelse av 19. oktober 2009, DSV Transport A/S mot I/S Vestforbrænding – se [www.klfu.dk](http://www.klfu.dk).

henvisning til at leverandøren uansett har begått alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav?

EU-kommisjonens kontorer<sup>7</sup> har uttalt seg om dette spørsmålet på et møte i Rådgivende Komité for offentlige kontrakter. Deres umiddelbare oppfatning er at bokstav c omfatter forhold som ifølge nasjonal lovgivning defineres som strafferettslige overtredelser, og her er det påkrevet med en rettskraftig dom for å fastslå at leverandøren faktisk er ”skyldig”. Bokstav d omfatter brudd på andre regler mv. som ikke defineres som strafferettslige overtredelser. Kommisjonens kontorer finner i utgangspunktet ikke at det samme forholdet kan falle inn under både bokstav c og d.

FAD mener imidlertid at det er grunn til å nøyansere denne uttalelsen, idet FAD mener at det må være forskjell på den situasjon der det er tvil om fakta i saken, og den situasjon der det er tvil om hvordan et gitt faktum skal bedømmes.

Dette kan illustreres med to eksempler:

Først et eksempel som illustrerer et tilfelle hvor det er tvil om fakta i saken:

En leverandør er tiltalt for korrupsjon for å ha bestukket en offentlig ansatt, men det er tvil om denne handlingen faktisk har skjedd. Dette vil i utgangspunktet være et forhold som må karakteriseres som korrupsjon, men leverandøren må anses som uskyldig inntil det foreligger en rettskraftig dom. Det vil her være problematisk å avvise en leverandør etter bokstav d for et forhold som klart må anses som et strafferettslig forhold, når det ikke er endelig bevist at leverandøren faktisk har foretatt denne handlingen.

Dernest et eksempel som illustrer et tilfelle hvor det er tvil om hvordan et gitt faktum skal bedømmes:

En leverandør er tiltalt for korrupsjon, for eksempel for å ha betalt en dyr middag for en offentlig ansatt i forbindelse med en anskaffelsesprosess. Det er i saken ikke tvil om at leverandøren faktisk har betalt en slik middag, men det er tvil om hvordan dette forholdet skal bedømmes. Er dette et så alvorlig forhold at det må karakteriseres som korrupsjon etter straffeloven? Er betingelsene for straffbarhet til stede? Frifinnes leverandøren av den ene eller andre årsak, er det ikke utelukket at handlingen vil kunne karakteriseres som en alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav. Leverandøren vil således kunne avvises etter bokstav d.

Oslo Byfogdembete har i en sak fra juni 2010 uttalt seg om den fakultative avvisningsbestemmelsen i bokstav d.<sup>8</sup> Saken gjaldt en begjæring om midlertidig forføyning fra en leverandør som hadde blitt avvist på grunn av forsømmelser mot etiske krav.

Kommunen begrunnet dette i at leverandøren i forbindelse med et tidligere kontraktsforhold med kommunen hadde foretatt betydelig overfakturering mv. Det var strid

---

<sup>7</sup> Dette er altså ikke uttrykk for Kommisjonens (kollegiets) offisielle holdning.

<sup>8</sup> Kjennelse av 22. juni 2010, TOBYF-2010-90098

mellom partene om i hvilket omfang dette faktisk hadde skjedd, og dette spørsmål var gjenstand for en pågående rettssak om det økonomiske oppgjøret i det tidligere avtaleforholdet.

Retten uttalte at ”*tidligere forsettlig overfakturering – i hvert fall dersom den er vesentlig – vil være brudd på etiske krav, som kan gi grunnlag for avvisning av en leverandør om en tilsvarende kontrakt*”. I den konkrete saken tok retten ikke begjæringen om midlertidig forføyning til følge.<sup>9</sup>

Også KOFA har i noen avgjørelser uttalt seg om denne avvisningsbestemmelsen. Se blant annet KOFAs avgjørelser i sakene 2005/85, 2006/153 og 2008/02.

I sak 2006/153 ble kundepleietiltak i form av kostbare reiser, gaver, middager m.v. ansett som utslag av ”uetisk samrøre”, og i strid med bransjeetiske krav i næringslivet. KOFA kom til at tiltakene måtte anses som alvorlige forsømmelser. Oppdragsgiver kunne derfor med rette avvise leverandøren.

I sak 2008/02 fant KOFA at leverandørens tilbud til oppdragsgiver om middag og revybilletter i forbindelse med en demonstrasjon av de tilbudte maskiner, også var en slik alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav at avvisningen av denne leverandøren var berettiget.

### **3. Tolkningsspørsmål forbundet med avvisningsbestemmelsene**

#### *3.1. Avvisningsbestemmelsenes betydning for eksisterende kontrakter*

Anskaffelsesregelverket regulerer i hovedsak prosessen frem til signering av kontrakt, og bestemmelsene om avvisning av leverandører får ikke betydning for allerede inngåtte kontrakter. Det er altså ingen bestemmelser i anskaffelsesregelverket som pålegger oppdragsgiver å si opp en eksisterende kontrakt, dersom en leverandør etter kontraktsinngåelsen blir dømt for et straffbart forhold. Dette betyr at spørsmålet om avvisning av en leverandør i henhold til FOA utelukkende blir aktuelt i forbindelse med inngåelse av en ny kontrakt.

Om en eksisterende kontrakt kan heves som følge av at en leverandør blir dømt for et straffbart forhold, må avgjøres ut i fra kontraktsretten og den enkelte kontrakt.

#### *3.2. Kravet om rettskraftig dom*

Plikten til å avvise en leverandør etter FOA § 11-10 første ledd bokstav e og § 20-12 første ledd bokstav e, inntreffer først når en leverandør er *rettskraftig* dømt. Tilsvarende krever bestemmelsene vedrørende andre straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel at leverandøren er rettskraftig dømt for at han skal kunne avvises, jf. FOA § 11-10 annet ledd bokstav c og § 20-12 annet ledd bokstav c.

---

<sup>9</sup> Se nærmere i avsnitt 3.4 om rettens vurdering av oppdragsgivers objektive bevis i saken.

At en dom er rettskraftig innebærer at den ikke lengre kan angripes med ordinære rettsmidler, slik at den ikke kan bringes inn for en overordnet domstol.<sup>10</sup> Dette innebærer at en eventuell ankesak må være avgjort før leverandøren kan sies å være rettskraftig dømt, og oppdragsgiveren dermed får en plikt til å avvise ham.

Påtalemyndigheten kan velge å utstede et forelegg mot personer eller foretak som den mener har begått straffbare forhold, i stedet for å ta ut tiltale mot vedkommende for domstolen. Dersom forelegget ikke blir vedtatt, må påtalemyndigheten eventuelt bringe saken inn for retten. Vedtas derimot forelegget, oppstår spørsmålet om dette skal likestilles med en rettskraftig dom i henhold til avvisningsbestemmelsene i FOA.<sup>11</sup> Verken anskaffelsesdirektivet eller FOA gir et klart svar på dette. Ut i fra dagens regler må spørsmålet således avklares i rettspraksis.<sup>12</sup>

Det er FADs vurdering at det innenfor EØS-avtalen er adgang til nasjonalt å fastsette om "rettskraftig dom" skal forstås slik at det også omfatter vedtatt forelegg. FAD vil derfor vurdere om det kan være hensiktsmessig å presisere dette i FOA, og i så fall hva som er den mest hensiktsmessige løsningen.

FAD er imidlertid uansett av den oppfatning at det ved vedtatt forelegg i utgangspunktet vil være mulig å avvise en leverandør etter bestemmelsene i FOA § 11-10 annet ledd bokstav d og § 20-12 annet ledd bokstav d. Dette er fordi et vedtatt forelegg i henhold til FOA etter FADs oppfatning i de fleste tilfeller må anses å være tilstrekkelig dokumentasjon for at leverandøren har gjort seg skyldig i forsømmelser mot faglige og etiske krav.

### *3.3. Oppdragsgivers undersøkelsesplikt og krav til leverandørenes dokumentasjon*

Av FADs veileder til reglene om offentlige anskaffelser fremgår det at oppdragsgiver ikke har en plikt til å undersøke om en leverandør er straffedømt. Dette følger av formuleringen av bestemmelsen, der det fremgår at en leverandør skal avvises dersom "*oppdragsgiver kjenner til*" at han er rettskraftig dømt.

Det betyr at oppdragsgiver ikke er forpliktet til aktivt å etterspørre dokumentasjon fra leverandørene på at de ikke er strafferettslig dømt eller på annen måte har gjort seg skyldige i alvorlige forsømmelser mot faglige eller etiske krav i vedkommende bransje.

Oppdragsgivere kan naturligvis alltid velge å etterspørre slik dokumentasjon. Det er imidlertid FADs vurdering at dette ikke alltid er hensiktsmessig ved alle anskaffelser, fordi dette pålegger både oppdragsgivere og leverandørene ekstraarbeid.

---

<sup>10</sup> Jf. straffeprosessloven § 310.

<sup>11</sup> Det er i den juridiske litteraturen argument for og imot. Se Robert Myhre i Lov og Rett 2008 s. 226 og Kristian Dahle Trygstad i Lov og Rett 2008 s. 380.

<sup>12</sup> Det bemerkes at straffeprosessloven §§ 258 og følgende inneholder bestemmelser om virkningen av et vedtatt forelegg. Av § 258 fremgår det at et vedtatt forelegg har virkning som en dom, men denne bestemmelsen er, etter FADs oppfatning, ikke uten videre avgjørende for dette fortolkningsspørsmål.



Oppdragsgivere bør, for å unngå å pålegge leverandørene unødige byrder, vurdere hva som er nødvendig og hensiktsmessig for å ta stilling til om leverandørene er kvalifisert i forhold til de konkrete varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som skal leveres.

På denne bakgrunnen anbefaler FAD at oppdragsgivere først og fremst stiller dokumentasjonskrav til leverandørenes vandel når det gjelder kontrakter som etter sin art eller størrelse er særlig følsomme i forhold til strafferettslige overtredelser eller faglige/etiske forsømmelser, eller når det i den bransjen som kontrakten vedrører, er særlig mistanke om at leverandører kan ha begått misligheter.

KOFA har i sak 2006/153 og 2009/28 slått fast at oppdragsgivere ikke er forpliktet til på forhånd å angi at leverandører vil kunne bli avvist etter § 11-10 eller 20-12. Dersom oppdragsgiver underveis i en anskaffelsesprosedyre finner ut at en leverandør er straffedømt, vil han altså ikke være avskåret fra å utelukke denne leverandøren selv om han ikke opprinnelig har bedt om dokumentasjon for at slike forhold ikke er til stede.

Når en oppdragsgiver først har stilt dokumentasjonskrav, følger det av forskriftsbestemmelsene at utdrag fra strafferegister skal godtas som tilstrekkelig bevis, jf. FOA § 11-10 tredje ledd og § 20-12 tredje ledd. I mangel av et slikt utdrag skal oppdragsgiver akseptere et tilsvarende dokument som viser at kravene er tilfredsstilt, utstedt av en retts- eller forvaltningsmyndighet i leverandørens hjemstat eller oppholdsstat. Når leverandørens hjemstat ikke utsteder slike dokumenter, kan de erstattes av en erklæring avgitt under ed eller forsikring av den aktuelle personen overfor en retts- eller forvaltningsmyndighet, en notarius publicus eller annen kompetent myndighet i hjemstaten eller nåværende oppholdsstat.

I Norge kreves det særskilt hjemmel for å få utferdiget attest (politiattest) om en person har vært gjenstand for strafferettslige reaksjoner eller andre tiltak i anledning av straffbare handlinger som han har begått. En slik hjemmel foreligger ikke i forhold til å delta i offentlige anskaffelser. Dette innebærer at norske leverandører i utgangspunktet ikke har mulighet for å fremlegge et utdrag fra strafferegistret.

Oppdragsgiver kan i stedet kreve at norske leverandører fremlegger en forsikring avgitt overfor en notarius publicus. Dette innebærer at leverandøren avlegger en forklaring under forsikring overfor en dommer etter reglene i domstolsloven, og at leverandørens erklæring om ikke å være rettskraftig dømt for visse straffbare forhold får en offentlig bekreftelse. Ved en slik notarialbekreftelse foretas det imidlertid ikke noen faktisk undersøkelse av forholdene; dommeren forholder seg utelukkende til leverandørens forsikring. Det er likevel den forskjellen i forhold til en egenerklæring at leverandøren som avgir falsk forklaring overfor en notarius publicus, kan straffes etter straffelovens kapittel 15.

Det må imidlertid anses som mindre byrdefullt for leverandørene å gi en egenerklæring enn å avlegge en forsikring overfor en notarius publicus. FAD anbefaler derfor at oppdragsgivere vurderer om det i den konkrete anskaffelsen kan være tilstrekkelig å be leverandøren om en egenerklæring. Forskjellen fra en notarius-bekreftet erklæring er at en leverandør som avgir falske opplysninger i en egenerklæring sannsynligvis ikke kan straffes etter straffelovens kapittel 15. Dersom en leverandør gir grovt misvisende eller feilaktige opplysninger i en egenerklæring, vil dette imidlertid i seg selv være en mulig avvisningsgrunn, jf. § 11-10 annet ledd bokstav g og § 20-12 annet ledd bokstav g.

Når det gjelder dokumentasjon fra utenlandske leverandører, finnes det på Kommisjonens hjemmeside om offentlige anskaffelser en oversikt over hvilken dokumentasjon leverandører fra de forskjellige land har mulighet for å fremlegge og hvilke myndigheter som evt. utsteder dokumenter/attester:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/2004\\_18/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/2004_18/index_en.htm)

Dette kan være en praktisk hjelp for oppdragsgivere som skal vurdere tilbud fra utenlandske leverandører. Tilsvarende kan det være en hjelp for norske leverandører å vise til denne oversikten, dersom en utenlandsk oppdragsgiver i et konkret tilfelle krever at leverandørene fremlegger et utdrag fra strafferegistret.

#### 3.4. *Krav til oppdragsgivers objektive bevis ved forsømmelser mot faglige og etiske krav*

Det følger av anskaffelsesdirektivets artikkel 45 nr. 2 bokstav d at leverandører kan avvises på bakgrunn av alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje som oppdragsgiver beviselig har konstatert. Følgende formulering brukes i den engelske versjonen:

*" has been guilty of grave professional misconduct proven by any means which the contracting authorities can demonstrate". [FADs understreking.]*

I en slik situasjon er det således oppdragsgiver som må begrunne avvisningen, og oppdragsgiveren må kunne dokumentere at det har skjedd en slik forsømmelse. Verken direktivet eller FOA gir imidlertid nærmere regler om slik dokumentasjon.

Etter FOA § 11-10 første ledd bokstav e og § 20-12 første ledd bokstav e har oppdragsgiveren plikt (i motsetning til rett) til å avvise en leverandør som er dømt for visse straffbare forhold. For å kunne dømmes for et straffbart forhold stilles det kvalifiserte krav til bevisets styrke. Dette innebærer at tiltaltes skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil.<sup>13</sup>

Tilsvarende krav kan neppe stilles til bevisets styrke etter § 11-10 annet ledd bokstav d og § 20-12 annet ledd bokstav d. Etter disse bestemmelsene er det trolig tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt, hvilket tilsvarer beviskravet i sivile saker.

---

<sup>13</sup> Strandbakken, LoR 1998 s. 546, opererer med et beviskrav på over 90 %, mens andre forfattere i den juridiske litteraturen mener at en er nærmere 100 % sannsynlighet. Se for eksempel Andenæs, Norsk straffeprosess, 4. utgave, s. 161.

Dette støttes av kjennelsen fra Oslo Byfogdembete som er nevnt ovenfor.<sup>14</sup> I saken var det ifølge retten ”svært omstridt” i hvilken grad leverandøren hadde foretatt forsettlig overfakturering mv. Retten uttalte i den forbindelse følgende:

*”Det er ikke tilstrekkelig at det foreligger mistanke om slike forhold. Når det gjelder kravene til bevis, er retten av den oppfatning at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for at forholdet er korrekt, såfremt det foreligger konkrete forhold som lar seg objektivt bevise for forholdet.*

*[...]*

*Det er uklart og omstridt om de feil og mangler som foreligger ved [leverandørens] fakturering av kommunen er av et slikt omfang og en slik karakter, at det kan kvalifisere til en slik uetisk opptreden at det kan gi kommunen grunnlag for å avvise [leverandøren] som leverandør med hjemmel i FOA § 20-12 annet ledd, bokstav d). Retten finner imidlertid at dersom omfanget og måten overfaktureringen m.v. er skjedd på den måten som [kommunen] har anført, tilfresstiller det kravene i bestemmelsen. Som det fremgår ovenfor finner retten det sannsynlig at [leverandøren] har foretatt fakturering av tilleggsarbeider mv. uten tilstrekkelig grunnlag i kontraktsforholdet, samt at det foreligger tilfeller av dobbeltfakturering. Retten finner det ikke usannsynlig at dette kan ha skjedd forsettlig fra [leverandørens] side.”*

I den konkrete saken om begjæring om midlertidig forføyning fant retten det ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette. Begjæringen ble ikke tatt til følge, fordi retten konstaterte

*”at det ikke er klart at kommunen hadde overtrådt regelverket, og kommunen ved sin avgjørelse ikke har opptrådt vilkårlig eller at det er tale om myndighetsmisbruk. I en slik situasjon kan retten beslutte å unnlate midlertidig forføyning idet retten finner at de ulemper kommunen blir påført ved forføyning står i åpenbart misforhold til den interesse [leverandøren] har i at forføyning blir besluttet [...]”.*

I KOFAs sak 2006/153, hvor leverandøren ble avvist på grunnlag av forhold som fremkom av en granskningsrapport, ble kravet til bevis ikke problematisert. Dette tyder på at det kan være fullt forsvarlig å bygge på de resultater som fremkommer i en offentlig granskningsrapport.

Detaljert granskning av regnskaper og bilag, e-post korrespondanse og øvrig dokumentasjon som resulterer i en granskningsrapport som dokumenterer at det har foregått en handling i strid med § 11-10 annet ledd bokstav d eller § 20-12 annet ledd bokstav d, vil eksempelvis kunne være tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at det er alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det har foregått ting som må karakteriseres som alvorlige forsømmelser mot bransjeetik og kravene til lojalitet i kontraktsforhold.

---

<sup>14</sup> Se note 8.

Den formelle prosessen eller dokumenters formelle status er imidlertid ikke avgjørende. Det sentrale må være hvor sannsynlig det er at de faktiske forhold foreligger, jf. også uttrykket i den engelske versjonen ("by any means"). Behandlingsmåten er imidlertid viktig. Siden en slik avvisning innebærer en alvorlig belastning som kan ha ringvirkninger for leverandøren, må kravet til grundig saksbehandling, herunder mulighet for kontradiksjon, legges til grunn. Kravet til grundig saksbehandling overlappes til en viss grad av at oppdragsgiver har bevisbyrden for at det forhold som påberopes er korrekt.

### 3.5. *Rekkevidden av plikten til å avvise*

Dersom det først foreligger en rettskraftig dom mot en leverandør for et av de straffbare forholdene som er omfattet av § 11-10 første ledd bokstav e og § 20-12 første ledd bokstav e, og oppdragsgiver kjenner til dommen, oppstår det en plikt til å avise denne leverandøren. Spørsmålet er imidlertid hvilken rekkevidde denne plikten har.

Det fremgår av bestemmelsen at plikten til å avvise ikke er absolutt. Dersom allmenne hensyn gjør det nødvendig for oppdragsgiveren å inngå kontrakt med leverandøren, kan oppdragsgiver unnlate å avvise. Slike allmenne hensyn kan for eksempel være hensyn til liv og helse, for å forhindre ødeleggelser på eiendom, forsyningssikkerhet eller på annen måte ivareta andre viktige samfunnsinteresser. Rene økonomiske hensyn vil som hovedregel ikke være tilstrekkelige. For eksempel vil det ikke være mulig å unnlate å avvise en leverandør, bare fordi han har avgitt et mer økonomisk fordelaktig tilbud enn øvrige leverandører.

Bestemmelsen om pliktig avvisning må også tolkes i lys av det alminnelige prinsippet om forholdsmessighet.

Det å bli utestengt fra offentlige anskaffelser kan få store konsekvenser for en leverandør. Derfor må beslutningen om avvisning stå i forhold til den straffbare handlingen.<sup>15</sup> Det vil her være forskjell på alvorligheten i straffbare forhold. En straffedom for korrupsjon hvor en kunde er blitt tatt med på en middag med påfølgende operabesøk, som en del av ikke-kontraktsspesifikk kundepleie, og en straffedom for langvarig systematisk korrupsjon som har gjennomsyret bedriftskulturen, må vurderes ulikt. Fordi alle saker hvor en leverandør eller noen rundt dem er straffedømt er forskjellige, kan en regulering av plikten til å avvise som foreskriver en absolutt utestengingsperiode i et bestemt antall år i alle tilfeller, gi urimelige utslag i den enkelte situasjon.

KOFA har i sak 2009/28 uttalt følgende om forholdsmessighetsvurderingen:

---

<sup>15</sup> Oppdragsgiver bør være noe mer varsom med å legge vekt på hvor hardt en avvisning vil ramme leverandøren, herunder med henblikk på en leverandørs svake økonomi eller "ordretørke". Vurderingen av om det skal avvises må skje på objektivt grunnlag og i mindre grad på helt konkrete forhold på leverandørens side.

---

*”Etter gjeldende bestemmelse er det ikke satt noen absolutt grense for hvor lenge og i hvor mange tilfeller man kan avvise som følge av straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel. Oppdragsgiver må således utvise et skjønn hvor det må ses hen til hvor alvorlig forholdet er, tidsforløpet mellom den straffbare handlingen, og avvisningen, samt en generell vurdering av konsekvensene ved å opprettholde utestengning. Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn kan i begrenset grad overprøves rettslig. Klagenemnda kan prøve om innklagedes vurdering er i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, samt om evalueringen er basert på korrekt faktum, og ellers er saklig og forsvarlig.”*

Oppdragsgiver må altså, innenfor rammene av anskaffelsesregelverket, antas å ha en viss skjønnsfrihet.

At det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering fører imidlertid også til at det oppstår en rekke spørsmål i forbindelse med anvendelsen av bestemmelsen, herunder:

- Skal det skje identifikasjon mellom selskaper innenfor samme konsern eller mellom selskap og fysiske personer?
- Hvor lenge skal en leverandør være utestengt fra å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser?
- Vil det være mulig for en leverandør ”å rydde opp” i sin virksomhet og således unngå å bli utestengt eller bli utestengt i en kortere periode?

I det følgende vil FAD liste opp noen momenter som oppdragsgivere bør ta i betraktning ved anvendelsen av bestemmelsen. Disse momentene vil i utgangspunktet også være relevante for oppdragsgivers vurdering av om en leverandør kan og bør avvises etter den fakultative avvisningsbestemmelsen, jf. avsnitt 3.7 nedenfor.

### *3.5.1. Spørsmålet om identifikasjon*

Retten og plikten til avvisning gjelder den aktuelle juridiske personen (leverandøren) som leverer tilbudet. Dersom et selskap i et konsern blir rettskraftig dømt for f.eks. korrupsjon, oppstår imidlertid spørsmålet om dette smitter over på eventuelle mor-, søster- og datterselskaper eller mer avledede selskaper som for eksempel joint ventures.

Et annet spørsmål er om leverandøren (den juridiske personen) skal identifiseres med straffedømte fysiske personer (eiere, styremedlemmer, daglig leder, osv.)? Skal oppdragsgiver for eksempel avvise en leverandør når virksomhetens administrerende direktør er straffet for korrupsjon mens denne var administrerende direktør i en annen virksomhet? Det tidligere begåtte straffbare forhold har jo ikke direkte relasjon til leverandørens virksomhet, men det kan foreligge en reell frykt for at denne personen gjentar mislighetene som direktør i den nye virksomheten som nå avgir tilbud.

Som nevnt er disse spørsmålene ikke avklarte i EØS-retten.

Når det gjelder spørsmålet om det skal skje identifikasjon mellom adskilte juridiske personer, for eksempel mellom et mor- og datterselskap, må det foretas en konkret vurdering. Det vises i den forbindelse til den juridiske litteraturen. Professor Sue Arrowsmith<sup>16</sup> skriver følgende om spørsmålet om identifikasjon i forhold til den tidligere engelske bestemmelse som gjennomførte avvisningsbestemmelsene i de tidligere anskaffelsesdirektivene:

*"The directives and regulations do not deal expressly with the possibility of disqualifying a provider when one of the reg.14 grounds applies not to the provider himself but to another company in the same group – a parent or subsidiary, for example – or to an individual which is a director or owner of the provider. [...]*

*[...]*

*Secondly, there are probably cases in which another company in the same group or an individual closely associated with a company can be treated as the "same" company for the purpose of applying reg.14. There are many contexts in the domestic law of Member States in which the courts "pierce the veil" of corporate personality to treat legally separate entities as the same entity. [...] The same approach should also be adopted for reg.14. Thus, for example, an entity should clearly be permitted to exclude a provider that is a 100 per cent subsidiary of another firm when that other firm has criminal conviction that could disqualify it under reg.14, or when that other firm could be disqualified under reg.14 for failing to pay taxes or social security contributions. This is important, since a related company may be equally tainted by the situation that the government seeks to sanction or disassociate itself from – for example, a criminal offence – and also because entities may deliberately create subsidiaries etc to avoid procurement (and other) sanctions against the offending company. Member States and entities should be afforded a broad discretion to develop rules on this subject – for example, to decide what type of association creates a presumption that two companies should be treated as the same company. However, there are no doubt certain limits to this discretion: for example, it may be that companies can only be treated automatically as the same company when one has a dominant influence over the other."*

I forhold til den gjeldende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivets artikkel 45 skriver Sue Arrowsmith blant annet følgende<sup>17</sup>:

*"An obligation limited to a firm that itself has a conviction will be of limited effect, since frequently those involved operate through a network of organisations (often set up deliberately to conceal connections and to evade penalties placed on one organisation or individual). On the other hand, a more extensive obligation involving extensive checks on participants means significant additional bureaucracy that may deter competitive providers and is anyway difficult to apply effectively."*

---

<sup>16</sup> Sue Arrowsmith, *The Law of Public Utilities Procurement*, 2005, s. 749-750.

<sup>17</sup> Sue Arrowsmith, *The Law of Public Utilities Procurement*, 2005, s. 1310

Det er FADs vurdering at forholdsmessighetsprinsippet må føre til at graden av integrering mellom selskaper, herunder personfelleskap, styrefelleskap og omgåelsesbetraktninger, er relevant for vurderingen av om en leverandør skal eller kan avvises. Grensene for når en leverandør skal eller kan avvises på bakgrunn av identifikasjon må følgelig baseres på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

Når det gjelder spørsmålet om identifikasjon mellom leverandøren og tilknyttede fysiske personer som for eksempel eiere, styremedlemmer eller daglig leder vises det til anskaffelsesdirektivet artikkel 45 nr. 1. Det synes å følge direkte av bestemmelsens ordlyd at det må kunne tas hensyn til forhold vedrørende slike tilknyttede personer:

*”Hvis opplysningerne vedrører en ansøger eller en tilbudsgiver, der er etableret i et andet land end den ordregivende myndigheds land, kan den ordregivende myndighed anmode de kompetente myndigheder om samarbejde. Afhængigt af den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor ansøgerne eller tilbudsgiverne er etableret, vedrører sådanne anmodninger juridiske personer og/eller fysiske personer, herunder eventuelt virksomhedsledere eller andre med beslutnings eller kontrolbeføjelser i en virksomhed, der er bemyndigede til at repræsentere, træffe beslutninger vedrørende eller kontrollere ansøgeren eller tilbudsgiveren.”*

Her neves altså uttrykkelig følgende personer:

- Virksomhetsledere
- Personer som kan representere leverandøren
- Personer som kan treffe beslutninger vedrørende leverandøren
- Personer som kan kontrollere leverandøren

Igjen må det i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering av om identifikasjon er rimelig. Det synes imidlertid naturlig å tolke bestemmelsene slik at det som hovedregel ikke bør være mulig for oppdragsgiver å avvise en leverandør dersom bare helt underordnet personale uten beslutnings- eller kontrollkompetanse, er straffedømt. Dette kan kanskje likevel falle annerledes ut, der den juridiske personen – leverandøren – har profitert på handlingene, og slike handlinger er uttrykk for en generell virksomhetskultur.

At en rettskraftig dom over tilknyttede fysiske personer kan, eller i visse situasjoner skal, føre til utestenging av leverandøren, får betydning for hvilken dokumentasjon oppdragsgiver bør etterspørre. Det vil således ikke i alle tilfeller være tilstrekkelig bare å etterspørre dokumentasjon for at virksomheten ikke er straffedømt, men oppdragsgiver kan også etterspørre slik dokumentasjon for nøkkelpersoner i virksomheten.

KOFA har i to tilfeller tatt konkret stilling til spørsmålet om identifikasjon, jf. sak 2006/153 og 2009/28. Sakene vedrører riktignok de fakultative avvisningsbestemmelsene, men KOFAs generelle vurderinger vil også være relevante i forhold til den obligatoriske avvisningsbestemmelsen.

I sak 2006/153 uttalte KOFA blant annet følgende:

*”Med henvisningen til ”leverandører” tyder ordlyden i FOA § 8-12 (2) d isolert sett på at det er den formelle leverandøren som deltar i konkurransen som skal vurderes mot bestemmelsen i bokstav d. En slik snever forståelse ville medført at bestemmelsen var lett å omgå. Dette ville utelukke identifikasjon i tilfeller der omgåelseshensikt ikke er tiltenkt, eller kan bevises, men der identifikasjon etter en konkret vurdering likevel fremstår som naturlig. Etter klagenemndas oppfatning må således identifikasjon kunne skje i tilfeller der det er tette bånd mellom formell leverandør og fysiske eller juridiske personer hvis handlinger rammes av avvisningsgrunnen i § 8-12 (2) d.”*

I den konkrete saken fant KOFA at det kunne skje identifikasjon mellom leverandøren og daglig leders og største aksjonærs handlinger, og at dette dannet grunnlag for avvisning fra den aktuelle konkurransen.

I sak 2009/28 fant KOFA at en straffedømt fysisk person A hadde en så sentral stilling i selskapet at det var grunnlag for identifikasjon med selskapet S, og at selskapet med rette var avvist. Dette ble blant annet begrunnet i at A hadde myndighet til å representere selskapet utad og fremstod som daglig leder eller nøkkelperson i selskapet og at A hadde tette familiære forbindelser til aksjonærene i selskapet.

KOFA uttalte i den forbindelse følgende:

*”Det er således klagenemndas oppfatning at ikke bare ledere, men også nøkkelpersoner i virksomheten med oppgaver som knytter seg til forberedelsen av tilbud eller utførelsen av oppdrag for det offentlige, vil kunne anses som identifiserbare med selskapet for øvrig. Dette gjelder også i det tilfellet der vedkommende har en underordnet stilling, men allikevel er gitt oppgaver som er sentrale for driften av selskapet.”*

### 3.5.2. Spørsmål om utestengingsperiode

Det er heller ikke avklart i EØS-retten hvor lenge plikten til avvisning består. Kommisjonen foreslo opprinnelig å ta inn en grense på fem år i anskaffelsesdirektivet, men dette ble avvist av medlemslandene.<sup>18</sup>

Innkjøpsreglene for EU-institusjonene, finansforordningen<sup>19</sup>, inneholder i artikkel 93 bestemmelser om avvisning, der innholdet stort sett svarer til bestemmelsene i direktiv 2004/18/EF. Det følger av bestemmelsene at Kommisjonens skal fastslå den maksimale utestengingsperiode, og at denne ikke kan overstige 10 år. Av Kommisjonens forordning<sup>20</sup> fremgår det at leverandører som er rettskraftig dømt for et straffbart forhold, utelukkes i en periode på fem år regnet fra datoen for den rettskraftige dom, jf.

---

<sup>18</sup> Det kan ikke utelukkes at EU-domstolen vil ta utgangspunkt i det opprinnelige forslaget om 5 år ved en vurdering av hva som er en passende utelukkelsesperiode.

<sup>19</sup> Rådsforordning 1605/2002/EF som endret ved forordning 1995/2006/EF.

<sup>20</sup> Kommisjonens forordning 2342/2002/EF som endret ved forordning 478/2007/EF (gjennomføringsbestemmelser til rådsforordningen).

---



artikkel 133a nr. 2. Denne perioden kan forlenges til ti år i tilfelle av en ny forseelse innenfor de første fem år.

I den danske Konkurrencestyrelsens veiledning til reglene om offentlige anskaffelser antas det at en straffedømt leverandør skal være utestengt så lenge dommen fremgår av straffeattesten, dvs. utskriften fra strafferegisteret. Ifølge dansk rett fremgår en bøtestraff av straffeattesten i 2 år, og en fengselsstraff i 5 år.<sup>21</sup>

I Storbritannia er utestengingen i utgangspunktet permanent. I britisk strafferett operer man imidlertid med en rehabiliteringsperiode, og man taler om en straffedom er enten "unspent" eller "spent". Dette er nærmere regulert i "The Rehabilitation of Offenders Act" fra 1974. Ifølge det engelske Criminal Records Bureau gjelder følgende<sup>22</sup>:

*"A person convicted of all but the most serious criminal offences and who receives a sentence less than 2.5 years in prison, benefits from the Act if they are not convicted again during a specified period. This is called the rehabilitation period. In general terms, the more severe a penalty is, the longer the rehabilitation period.*

*Once a rehabilitation period has expired and no further offending has taken place, a conviction is considered to be 'spent'. [...]*

*[...]*

*A conviction is described as unspent if the rehabilitation period associated with it has not yet lapsed. A rehabilitation period is a set length of time from the date of conviction, according to the sentence imposed."*

Ettersom avvisningen av straffedømte leverandører er betinget av oppdragsgivers kjennskap til dommen, kan britiske oppdragsgivere – alt etter hva som er hensiktsmessig i den konkrete saken – velge å etterspørre dokumentasjon for straffedommer som enten er "unspent" eller "spent". På denne måten kan oppdragsgivere i praksis begrense utestengingsperioden.<sup>23</sup>

I Sverige har spørsmålet om utestengingsperioden vært behandlet i rettspraksis. Det følger av svensk lovgivning at leverandører som ved rettskraftig dom er dømt for visse overtredelser skal utelukkes, med mindre det foreligger særlige grunner. Ifølge forarbeider til loven, gjelder proporsjonalitetsprinsippet ved beslutning om utelukkelse. Det betyr at de nevnte overtredelsene ikke alltid skal føre til utelukkelse.

---

<sup>21</sup> Den danske veilederen finnes her:

<http://www.ks.dk/udbudsomraadet/vejledninger/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006-pdf-format-2523-kb/>

<sup>22</sup> Se nærmere på CRBs hjemmeside [www.crb.homeoffice.gov.uk/](http://www.crb.homeoffice.gov.uk/).

<sup>23</sup> Se nærmere i veileder fra det engelske Office of Government Commerce om "Mandatory Exclusion": [http://www.ogc.gov.uk/documents/Article\\_45\\_Guidance\\_Mandatory\\_Exclusion\\_update\\_Feb\\_2009.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/Article_45_Guidance_Mandatory_Exclusion_update_Feb_2009.pdf)

I en avgjørelse fra juli 2010 fant den svenske Forvaltningsdomstolen at en virksomhet ikke kunne avvises mer enn 12 år etter at en nøkkelperson i virksomheten (som har representasjonsrett) er rettskraftig dømt.<sup>24</sup> I den konkrete saken var personen i 1998 idømt 10 års fengsel for en alvorlig narkotikaforbrytelse. Han hadde sonet sin straff og var i 2005 blitt løslatt før tiden. I de 5 år som hadde gått etter løslatelsen, hadde han vært lovlydig, og intet tydet på at han nå skulle ha koblinger til noen kriminell organisasjon eller at det ville medføre en risiko for at formålet med den svenske avvissingsbestemmelsen ville forspilles dersom virksomheten ble tildelt kontrakten. På den bakgrunnen fant Retten at det i den konkrete saken forelå særlige grunner som måtte føre til at virksomheten ikke kunne utelukkes.<sup>25</sup>

I Norge fremgår bøter på en politiattest i to år etter at boten er avsagt ved dom, jf. lov om strafferegistrering. For fysiske personer fremgår en ubetinget fengselsstraff i fem eller ti år avhengig av lengde på idømt fengselsstraff. Som beskrevet ovenfor er det imidlertid ikke mulig å få utskrift fra strafferegisteret til bruk for deltakelse i offentlige anskaffelser.

KOFA behandlet den tidsmessige skranken for identifikasjon i sak 2006/153. Klagenemnda trakk frem grensen på fem år fra direktivforslaget, og sa så at "*[d]ette påbudet ble fjernet i den vedtatte bestemmelsen. Klagenemnda bemerker på denne bakgrunn at en periode på fem år mellom overtredelse og avvissning normalt ikke kan representere noen tidsgrense for identifikasjonsadgangen.*" I sak 2006/153, hvor "*forsømmelsen var begått i et kjerneområde i det forretningsmessige forholdet*" ble en tidsperiode på i overkant av fire år ikke ansett for å representere noen tidsmessig skranke for identifikasjon.

FAD mener at det ikke er hensiktsmessig med en fast utestengingsperiode, da det er behov for å avpasse denne i forhold til alvorligheten av det straffbare forholdet.

Der det faktisk foreligger en dom eller et forelegg, skal dette ikke forstås slik at oppdragsgiver selv skal foreta en egen vurdering av alvorligheten eller straffeverdigheten av handlingen. Her må oppdragsgiver se hen til den straffen som er ilagt, ved vurderingen av hvor alvorlig/straffeverdige handlingen var, for så å vurdere hvor lenge leverandøren skal være utestengt.

Perioden som anvendes etter lov om strafferegistrering vil i den forbindelse være et relevant moment, og utelukkelse bør i utgangspunktet ikke skje i en lengre periode enn etter denne loven. Dette bør imidlertid ikke være det eneste momentet; det bør for eksempel også være mulig å ta hensyn til i hvilken grad selskapet har ryddet opp, jf. nedenfor.

---

<sup>24</sup> Förvaltningsrätten i Stockholm, dom 2010-07-09, mål nr. 25630-10.

<sup>25</sup> Se også avgjørelse av 6. juli 2009 fra Kammarrätten i Stockholm, Mål nr. 3767-09. I denne saken fant retten at en forbrytelse (økonomisk kriminalitet/bestikkelse) som har foregått 8-10 år tilbake ikke kan begrunne at en leverandør avvises.

I sak 2009/28 uttalte KOFA seg om forholdsmessigheten av en utestenging litt over ett år etter en domfellelse:

*”Anskaffelsen gjelder en rammeavtale med 2 års varighet, samt 1 + 1 opsjonsår. Slike langvarige kontrakter forutsetter løpende lojalt samarbeid mellom partene. Generelt må det kunne legges til grunn at desto høyere grad av samarbeid det er mellom innklagede og leverandør, desto lavere terskel må det være for straffbare forhold hos leverandøren. Det er i dette tilfellet snakk om domfellelser som ligger litt over ett år tilbake i tid før inngivelse av tilbud i konkurransen, og domfellelsene må anses for å være alvorlige både i karakter og grad. Videre er klagenemnda av den oppfatning at de er relevante i forhold til anskaffelsen i dette tilfellet.”*

### 3.5.3. Spørsmål om betydningen av at leverandøren har ryddet opp – ”self-cleaning”

Det bør også være forskjell på den situasjon der en leverandør fortsetter sin virksomhet uten å foreta noen endringer i de forhold som førte til en straffbar handling, og situasjoner der en leverandør gjør et reelt forsøk på å rydde opp i sin virksomhet for å unngå at slike handlinger skjer igjen (såkalt ”self-cleaning”). Som eksempler på self-cleaning kan nevnes medvirkning til klargjøring av fakta, omfattende endringer av rutiner, avskjedigelse av berørte personer som for eksempel daglig leder, styremedlemmer og eiere, og andre interne tiltak.<sup>26</sup>

Self-cleaning aksepteres blant annet i Tyskland og Østerrike, og også kommisjonsforordningen som gjennomfører finansforordningen, jf. avsnitt 3.5.2, åpner opp for at self-cleaning kan føre til at leverandøren utestenges i en kortere periode. Artikkel 133a, nr. 1 første ledd, har således følgende ordlyd (FADs understreking):

*”For at fastlægge varigheden af udelukkelsen og for at sikre, at proportionalitetsprincippet overholdes, skal den ansvarlige institution især tage hensyn til, hvor alvorlige forholdene er, herunder deres indvirkning på Fællesskabernes finansielle interesser og image og hvor lang tid, der er gået, forseelsens varighed og eventuelle gentagelser, den pågældende enheds forsæt eller graden af uagtsomhed og de foranstaltninger, som den pågældende enhed har truffet for at rette op på situationen.”*

Arrowsmith, Preiss og Friton argumenterer for at oppdragsgivere er forpliktet til å ta hensyn til self-cleaning tiltak, når de anvender avvisningsbestemmelsene, og at leverandører som har gjennomført passende tiltak, ikke lenger kan avvises.<sup>27</sup>

I hvilket omfang slike tiltak skal/kan føre til at en leverandør likevel ikke skal eller kan utestenges eller bare utestenges i en kortere periode etter direktiv 2004/18/EF, er imidlertid fortsatt uavklart i EØS-retten.

FAD mener likevel at forholdsmessighetsprinsippet fører til at oppdragsgivere må gjøre seg slike vurderinger i forbindelse med en eventuell avvisning av en leverandør.

---

<sup>26</sup> Se mer om self-cleaning hos Arrowsmith, Preiss og Friton, jf. note 1.

<sup>27</sup> Se s. note 1.

### 3.6. Særlig om retten til å avvise

Det understrekes at bestemmelsene i FOA § 11-10 annet ledd og § 20-12 annet ledd gir oppdragsgivere en skjønnsmessig adgang til å avvise leverandører i visse situasjoner. Oppdragsgivere blir altså aldri i disse situasjonene forpliktet til å avvise en leverandør på grunn av de forhold som er nevnt i bestemmelsene.

KOFA har i sin avgjørelse i sak 2005/85 uttalt seg om den fakultative avvisningsbestemmelsen, der en oppdragsgiver ikke valgte å avvise en leverandør:

*”Klagenemnda har ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt [leverandøren] ved angivelig ikke å oppfylle løftet om å flytte til Oppeid, har gjort seg skyldig i ”alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav” i taxinæringen, jf forskriftens § 8-12 (2) bokstav d. Uansett har oppdragsgiver ikke plikt til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i slike forhold, ettersom avvisningsgrunnene i forskriftens § 8-12 (2) er såkalte ”kan”-avvisningsgrunner. Etter bestemmelsens 2. ledd har oppdragsgiver med andre ord en avvisningsrett, men ingen avvisningsplikt.”*

Oppdragsgivere har altså en større frihet til å vurdere om det konkret er ønskelig og hensiktsmessig å avvise en leverandør etter disse bestemmelsene. Ved en vurdering av om en oppdragsgiver faktisk har rett til å avvise en leverandør, må oppdragsgivere imidlertid også trekke inn forholdsmessighetsvurderinger. Det betyr at de spørsmålene om rekkevidden av plikten til å avvise som er diskutert ovenfor, også vil være relevante ved en eventuell fakultativ avvisning.

I EU-domstolens avgjørelse i forente saker C-226/04 og C-228/04, som riktig nok vedrører avvisning av leverandøren på bakgrunn av manglende oppfyllelse av forpliktelser vedrørende innbetaling av trygdeavgifter og skatter, uttaler domstolen seg om retten til å avvise (premiss 21 og 23 i dansk versjon):

*”Inden for rammerne af denne samordning opstiller direktivets artikel 29 syv grunde til udelukkelse af en tjenesteyder fra deltagelse i en udbudsprocedure, som vedrører tjenesteydernes faglige hæderlighed, solvens og troværdighed. Bestemmelsen overlader anvendelsen af samtlige udelukkelsestilfælde til medlemsstaternes skøn, hvilket udtrykket »fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes« i bestemmelsens indledning vidner om, og der henvises i litra e) og f) udtrykkeligt til de nationale retsfor skrifter.*

*[...]*

*Direktivets artikel 29 tilsigter således ikke en ensartet anvendelse af de i bestemmelsen nævnte udelukkelsesgrunde inden for Fællesskabet, for så vidt som medlemsstaterne har mulighed for at undlade at anvende disse udelukkelsesgrunde, for at vælge den bredest mulige deltagelse i udbudsproceduren eller at integrere dem i større eller mindre grad i den nationale lovgivning, på baggrund af retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nationalt plan. Herefter har medlemsstaterne kompetence til at lempe kriterierne i direktivets artikel 29 eller gøre dem mere fleksible.”*

Det bør således, i forhold til den frivillige avvisningsbestemmelsen, være større rom til å foreta presiseringer i nasjonale forskrifter og retningslinjer enn i forhold til den obligatoriske bestemmelsen.

#### **4. Videre arbeid med spørsmål knyttet til avvisningsbestemmelsene**

Som det fremgår av det ovennevnte er det mange vanskelige spørsmål som fortsatt er uavklarte, og det har derfor vist seg vanskelig å gi konkret praktisk hjelp. Dette henger blant annet sammen med at proporsjonalitetsprinsippet alltid må inndras, og at utfallet i hver enkel sak vil avhenge av et skjønn.

FAD kan opplyse at det i EØS-regi har vært en diskusjon rundt anskaffelsesdirektivets avvisningsbestemmelser, og mange land har tilkjennegitt at disse er uklare. På nåværende tidspunkt er det likevel intet som tyder på at Kommisjonen vil gi konkret veiledning om disse bestemmelsene. Det må imidlertid forventes at Kommisjonen også vil se på erfaringene med avvisningsbestemmelsene i forbindelse med den evaluering av anskaffelsesdirektivene som Kommisjonen har satt i gang,

FAD vil også løpende vurdere om, og i så fall hvordan, departementet på mest mulig hensiktsmessig måte kan bidra til å skape ytterligere klarhet rundt bestemmelsen.

Dette brevet vil bli lagt på departementets hjemmeside.

Med hilsen

Steinar Undrum (e.f.)  
ekspedisjonssjef

Monica E. Auberg  
konstituert avdelingsdirektør

**Adresseliste**

Arbeidsdepartementet	Postboks 8019 Dep	0030	OSLO
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet	Postboks 8036 Dep	0030	OSLO
Finansdepartementet	Postboks 8008 Dep	0030	OSLO
Fiskeri- og kystdepartementet	Postboks 8118 Dep	0032	OSLO
Forsvarsdepartementet	Postboks 8126 Dep	0032	OSLO
Helse- og omsorgsdepartementet	Postboks 8011 Dep	0030	OSLO
Kulturdepartementet	Postboks 8030 Dep	0030	OSLO
Kunnskapsdepartementet	Postboks 8119 Dep	0032	OSLO
Landbruks- og matdepartementet	Postboks 8007 Dep	0030	OSLO
Miljøverndepartementet	Postboks 8013 Dep	0030	OSLO
Nærings- og handelsdepartementet	Postboks 8014 Dep	0030	OSLO
Olje- og energidepartementet	Postboks 8148 Dep	0033	OSLO
Samferdselsdepartementet	Postboks 8010 Dep	0030	OSLO
Utenriksdepartementet	Postboks 8114 Dep	0032	OSLO
Statsministerens kontor	Postboks 8001 Dep	0030	OSLO