

# Høringsnotat – forslag til endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

## Innhold

1.	Innledning.....	3
1.1	Om høringen.....	3
1.2	Høringsnotatets innhold.....	3
2.	Bakgrunn .....	4
2.1	Behovet for gjennomgang av klagenemnda.....	4
2.2	De overordnede målene – effektivitet og kvalitet.....	5
2.3	Om prosessen.....	5
3.	Om klagenemnda .....	5
3.1	Organiseringen av klagenemnda.....	5
3.2	Oppgaver .....	6
3.2.1	Myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr – regelverksendringer.....	6
4.	Om klageadgangen i de andre nordiske land.....	7
4.1.	Danmark .....	7
4.2.	Sverige .....	7
4.3.	Island .....	7
4.4.	Finland .....	7
5.	Sammensetningen av nemnda – medlemmenes bakgrunn.....	8
5.1	Advokater i nemnda .....	8
5.1.1	Gjeldende praksis .....	8
5.1.2	Vurdering av habilitet.....	8
5.1.3	Bedre synliggjøring av medlemmenes habilitet og uavhengighet .....	9
5.2	Fagkyndighet .....	10
5.2.1	Bakgrunn.....	10
5.2.2	Behovet for særlig fagkyndighet i nemnda .....	11
6.	Beslutningsmyndighet ved behandling av den enkelte sak .....	11
6.1	Gjeldende rett - nemnda skal settes med tre medlemmer.....	11
6.2	Forenklet saksbehandling i opplagte saker .....	12
6.3	Nemnda settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning .....	14
7.	Tidsbegrensing.....	15
7.1	Bakgrunn .....	15

7.2	Behovet for å innføre tidsbegrensning.....	15
8.	Klagenemndas rettslige status som rådgivende.....	16
8.1	Instruksjonsmyndighet.....	16
8.1.1	Bakgrunn.....	16
8.1.2.	Behovet for endringer.....	17
8.2	Oppfølging av klagenemndas avgjørelser.....	17
8.2.1	Bakgrunn.....	17
8.2.2	Behovet for endringer.....	18
9.	Klagenemndas tvisteløsningsrolle.....	19
9.1	Tidlig tvisteløsning og nemndas mulighet til å bilegge tvister.....	19
9.1.1	Behov for endringer.....	19
9.2	Plikt til å behandle alle saker.....	20
9.2.1	Bør klagenemnda kunne prioritere sine ressurser i større grad?.....	20
10.	Oppnevning av setteleder.....	21
10.1	Bakgrunn.....	21
10.2	Departementet skal kunne oppnevne setteleder.....	21
11.	Saksbehandlingsregler.....	21
11.1	Dokumentasjon som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt.....	21
11.1.1	Bakgrunn.....	21
11.1.2	Forslag til endringer.....	22
11.2	Innføring av frist på seks måneder der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene.....	23
11.2.1	Bakgrunn.....	23
11.2.2	Endringsforslag.....	24
12	Avvisning av en klage – klagenemnda.....	24
12.1	Bakgrunn.....	24
12.2	Innføring av en ny avvisningshjemmel for klagenemnda.....	24
13.	Økonomiske og administrative konsekvenser.....	25
14.	Forslag til endringer i KOFA-forskriften.....	25

## **1. Innledning**

### **1.1 Om høringen**

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) sender med dette på høring forslag til endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA-forskriften).

### **1.2 Høringsnotatets innhold**

I *dette kapitlet* oppsummeres hovedelementene i departementets forslag til endringer i KOFA-forskriften.

I *kapittel 2* beskrives bakgrunnen for gjennomgangen.

I *kapittel 3* beskrives klagenemndas organisering og oppgaver slik nemnda er organisert i dag.

I *kapittel 4* gis en oversikt over klageadgangen i de andre nordiske landene.

I *kapittel 5* drøftes sammensetningen av klagenemnda og medlemmenes bakgrunn. Departementet foreslår her å synliggjøre medlemmenes uavhengighet bedre, samt å nedfelle noen krav i forskriften knyttet til habilitetsvurderinger.

I *kapittel 6* drøftes det om det er behov for en mer praktisk tilnærming ved behandling av den enkelte sak, avhengig av om saken er prinsipiell eller opplagt. For saker av prinsipiell betydning foreslår departementet å innføre en hjemmel i forskriften slik at nemnda skal kunne settes med fem medlemmer. Her presenteres også alternative løsninger for forenklet saksbehandling i opplagte saker. Vi ber om høringsinstansenes synspunkter på de skisserte løsningene.

I *kapittel 7* foreslås det å innføre en grense på antall perioder medlemmene kan sitte i klagenemnda.

I *kapittel 8* har departementet vurdert to spørsmål som tar for seg utfordringer knyttet til nemndas rettslig status som rådgivende organ. Departementet foreslår her ingen forskriftsendringer.

I *kapittel 9* drøftes klagenemndas rolle som tvisteløsningsorgan og hvilke muligheter nemnda har til å bidra til tvisteløsning og til å prioritere sine ressurser. Departementet foreslår ingen forskriftsendringer.

I *kapittel 10* foreslås det å innføre en hjemmel i forskriften som fastslår at departementet kan oppnevne setteleder når klagenemndas leder er inhabil.

I *kapittel 11* foreslås det to endringer i forskriften knyttet til saksbehandlingen i klagenemnda. For det første foreslås det å endre forskriftens bestemmelse om dokumentfremleggelse, slik at systemet for klagenemndas behandling av taushetsbelagte drift- og forretningshemmeligheter blir liggende så tett opp mot tvisteloven som mulig. For det andre foreslås det å innføre en klagefrist på seks måneder der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene.

I *kapittel 12* foreslås det å innføre en avvisningshjemmel for klagenemnda som tilsvarer sekretariatets avvisningshjemmel.

I *kapittel 13* redegjøres det for de økonomiske og administrative konsekvensene av endringsforslagene.

I *kapittel 14* gjengis forslagene til forskriftsendringer.

## 2. Bakgrunn

### 2.1 Behovet for gjennomgang av klagenemnda

Gjennomgangen av klagenemndas innretning og rammevilkår ble varslet i Prop. 1 S (2011-2012) *Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet*. Gjennomgangen ble delt i to, hvor *den ene delen* omfattet økning av klagegebyret. Denne delen er ferdigbehandlet og nye gebyrsatser gjelder fra 1. juli 2012.<sup>1</sup> Dette høringsnotatet er *den andre delen* av gjennomgangen. Her er departementets formål å identifisere konkrete forbedringsbehov og komme med forslag til endringer i KOFA-forskriften knyttet til klagenemndas rådgivende rolle, nemndas og sekretariatets regler og rutiner for behandling av klager, nemndas sammensetning og organisering, nemndas habilitet, kompetanse osv.

Ved gjennomføring av direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet) i norsk rett, ble klagenemndas rolle vurdert av et offentlig utvalg.<sup>2</sup> Utvalget vurderte og utredet fordelene og ulempene med nemndas rådgivende rolle. Mindretallet ønsket bl.a. å etablere klagenemnda som et bindende administrativt klageorgan. Flertallets konklusjon var imidlertid at klagenemndas avgjørelser bør være rådgivende. Regjeringen sluttet seg til flertallet, og la i november 2011 frem Prop. 12 L (2011-2012) om endring i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven, som fulgte opp utvalgets forslag. Lovforslaget ble vedtatt av Stortinget den 27. mars, og forskriftsendringer som følger opp lovendringene ble vedtatt av Kongen i statsråd den 8. juni 2012. De nye håndhevelsesreglene trådte i kraft 1. juli 2012. Dette innebærer at reglene om offentlige anskaffelser fortsatt skal håndheves innenfor et tosporet system, der bindende avgjørelser ligger til de alminnelige domstolene, men med den endringen at klagenemnda mister sin myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr og igjen blir et rent rådgivende tvisteløsningsorgan.

Dette er rammene for departementets gjennomgang av KOFA.

Klagenemnda har vært operativ siden 1. januar 2003. Sekretariatet har i løpet av den tiden vokst fra å bestå av 1-2 ansatte til over ti. Nemnda har behandlet nærmere 2200 saker.

Sett i lys av ovennevnte regelendringer knyttet til håndhevelse, de faktiske endringene som klagenemnda og sekretariatet har gjennomgått siden 2003 og vedvarende problemer med lang saksbehandlingstid (se nærmere nedenfor), var det nå behov for en gjennomgang av nemndas innretning og rammevilkår.

---

<sup>1</sup> Fra 1. juli er klagegebyret 1 000 kr for klager om ulovlige direkte anskaffelser og 8 000 kr for øvrige saker.

<sup>2</sup> NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

## 2.2 De overordnede målene – effektivitet og kvalitet

Ved opprettelsen av klagenemnda ble det lagt stor vekt på at tvisteløsningsorganet skulle kunne løse tvister raskt og smidig, og dermed på et lavt konfliktnivå.<sup>3</sup> Departementet har derfor i lang tid sett med bekymring på den økende saksbehandlingstiden i nemnda, som går utover nemndas rolle som et effektivt tvisteløsningsorgan. De overordnede målene med denne gjennomgangen har derfor vært å finne løsninger som kan øke klagenemndas *effektivitet* samtidig som *kvaliteten* på nemndas avgjørelser opprettholdes. Endringsforslagene i dette høringsnotatet er ment å ivareta disse målene.

## 2.3 Om prosessen

For få belyst endringsbehovene best mulig, har departementet hatt møter med sekretariatsleder og nestleder i klagenemndas sekretariat og representanter fra nemnda (nemndleder og tidligere høyesterettsdommer Georg-Fredrik Rieber Mohn, professor ved Universitet i Bergen Kai Krüger og leder av Arbeidsretten Jakob Wahl). Vi har også hatt møte med en referansegruppe med representanter fra leverandørsiden (NHO, Bedriftsforbundet og Virke), oppdragsgiversiden (Oslo kommune, KS og NAV), LO og Advokatforeningen.

## 3. Om klagenemnda

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er en uavhengig klagenemnd som ble etablert 1. januar 2003 med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 12 (daværende § 7a). Bakgrunnen for etableringen var et ønske fra Stortinget, regjeringen og næringslivet om å effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesregelverket. Undersøkelser viste at næringslivet mente at det ikke hadde reelle klagemuligheter på oppdragsgivers brudd på regelverket. Formålet med opprettelsen var derfor å effektivisere klage- og håndhevelsesreglene for offentlige anskaffelser.

Klagenemndas rolle er å være en rask og rimelig klagemulighet for næringslivet på et lavere konfliktnivå enn ved domstolene. Derfor ble også klagegebyret satt lavt ved etableringen av nemnda. Det er opp til leverandørene å velge om de vil klage en sak inn for nemnda for så eventuelt å bringe samme sak inn for domstolen, eller om de vil gå direkte til domstolen.

Høsten 2006 ble klagenemnda evaluert av et eksternt konsulentfirma på oppdrag fra FAD.<sup>4</sup> Hovedfunnet i rapporten var at nemnda fungerte godt. I følge flertallet av de spurte, ble nemnda vurdert som en funksjonell ordning, i tråd med de intensjonene som lå til grunn for opprettelsen. Nemnda opplevdes som et viktig alternativ til domstolene, men det fremkom også en del kritikk på grunn av lang saksbehandlingstid.

### 3.1 Organiseringen av klagenemnda

Klagenemnda består av en nemnd på 10 medlemmer og et sekretariat.

Nemnda og dens leder oppnevnes av regjeringen. Den består i dag av uavhengige advokater, dommere, personer fra akademia og forvaltningen. Oppnevningen skjer på faglig grunnlag og skal gi en sammensetning som sikrer teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. Nemnda settes med tre medlemmer i behandlingen av den enkelte sak og sammensetningen varierer fra sak til sak.

---

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 3 (2000-2001) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, side 17.

<sup>4</sup> Evaluering av KOFA 2006 av Resource-Partner.

Honoraret for ordinære nemndmedlemmer er i dag 4 600 kr per sak. Fast honorar for leder er 115 000 kr årlig.

Klagenemndas sekretariat forbereder sakene før nemnda tar stilling til om det foreligger brudd på regelverket. Ved utgangen av 2011 besto sekretariatet av 12 personer (1 sekretariatsleder, 2 gruppeledere, 8 saksbehandlere og 1 sekretær). Administrativt er sekretariatet en del av Konkurransetilsynet og sekretariatslederen er en del av tilsynets ledergruppe. Faglig sett er sekretariatet underlagt klagenemnda.

### 3.2 Oppgaver

Klagenemnda behandler klager på påståtte brudd på anskaffelsesregelverket.<sup>5</sup> Klagenemnda hadde opprinnelig en rent rådgivende rolle, men fikk i januar 2007 kompetanse til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser. Sakene som behandles er delt opp i følgende kategorier:

- Prioriterte rådgivende saker (saker hvor inngåelse av kontrakt avventer uttalelse fra klagenemnda)
- Rådgivende saker
- Prioriterte gebyrsaker (saker hvor inngåelse av kontrakt avventer uttalelse fra nemnda)
- Gebyrsaker

Klager til klagenemnda kan fremsettes av enhver som har *saklig interesse*, jf. forskriften § 6. Innholdet i formuleringen er nærmere tolket i nemndas praksis. Kravet til saklig klageinteresse innebærer blant annet et vilkår om tilstrekkelig tilknytning til det spørsmålet som tas opp. Kretsen av personer med saklig klageinteresse omfatter vanligvis leverandører som påstår seg usaklig forbigått i en konkurranse, eller i noen tilfeller potensielle leverandører. Videre kan nevnte leverandørers bransjeorganisasjoner ha selvstendig klagerett.

Sekretariatet har myndighet til å treffe avgjørelse i to tilfeller. For det første har den kompetanse til å avvise klager som er ubegrunnede eller uhensiktsmessige for behandling, jf. forskriften § 9. En rekke klager som åpenbart ikke kan føre frem, blir avvist med hjemmel i denne bestemmelsen. Videre har sekretariatet kompetanse til å gi pålegg om dokumentfremleggelse, jf. § 11. Sekretariatets beslutninger om avvisning og pålegg om dokumentfremleggelse kan påklages til nemndas leder.

Alle klagenemndas avgjørelser legges ut på klagenemndas hjemmeside [www.kofa.no](http://www.kofa.no) for å spre kunnskap og veiledning om nemndas tolkning av regelverket.

#### 3.2.1 Myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr – regelverksendringer

KOFA har siden januar 2007 hatt adgang til å ilegge overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av kontraktens verdi ved ulovlige direkte anskaffelser. Denne sanksjonen har vært ilagt i 50 saker og ingen av disse sakene har – så vidt departementet er kjent med – vært brakt inn for domstolene. Kravet om saklig interesse gjelder ikke for disse sakene og klagekretsen er derfor videre enn i rådgivende saker.

Endringer i anskaffelsesregelverket som følge av nye håndhevelsesregler, trådte i kraft 1. juli 2012. Endringene innebærer at alle formelle sanksjonsmidler nå er lagt til domstolene. Klagenemnda har dermed mistet kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr. Som følge av overgangsregler knyttet til disse endringene vil imidlertid klagenemnda fortsatt kunne ilegge overtredelsesgebyr i saker der kontrakt er inngått før 1. juli 2012.

---

<sup>5</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i loven.

For kontrakter inngått etter 1. juli 2012 har nemnda derimot ikke myndighet til å ilegge gebyr. Det er uansett fortsatt adgang til å klage ulovlige direkte anskaffelser inn for nemnda og det er fortsatt ikke et krav til saklig interesse, jf. forskriften § 13a første ledd. Klagenemnda vil her, som i andre saker, kunne avgi en rådgivende uttalelse.

## **4. Om klageadgangen i de andre nordiske land**

De andre nordiske landene har organisert sine klagesystem på ulike måter. Danmark og Island har selvstendige klagenemnder som treffer bindende avgjørelser, mens Sverige og Finland har lagt håndhevelsen til domstolene.

### **4.1. Danmark**

I Danmark kan en klager velge mellom å gå til det administrative klageorganet *Klagenævnet for Udbud* eller anlegge sak direkte for domstolene. Siden den siste muligheten svært sjelden benyttes, er *Klagenævnet* det viktigste forumet for tvisteløsning. Deres avgjørelser er bindende. I tillegg kan det klages til *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*, som kan gi veiledende uttalelser. Selv om uttalelsene kun er veiledende, etterleves de som regel av oppdragsgiverne. Skjer ikke dette, kan *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen* bringe saken inn for *Klagenævnet*, noe som kun er gjort i noen enkelte saker.

Saksbehandlingen i *Klagenævnet* minner mye om domstolenes saksbehandling. I den enkelte sak er *Klagenævnet* satt sammen av en formann, som er dommer av yrke, og to fagkyndige meddommere hvis det er behov. Hovedregelen er at det skjer muntlig forhandling med mulighet for vitneavhør. Får klageren helt eller delvis medhold, kan oppdragsgiveren pålegges å dekke klagerens saksomkostninger. Avgjørelsen kan bringes inn for overprøving for de alminnelige domstolene. Erfaringsmessig bringes relativt få saker inn for domstolene.

### **4.2. Sverige**

I Sverige er forvaltningsdomstolene klageinstans og alle sanksjonsmidler er lagt til domstolene.

I tillegg til tvisteløsningen i domstolene, fører *Konkurrensverket*, tilsyn med regelverket om offentlige anskaffelser. *Konkurrensverket* agerer både på eget initiativ og etter tips, og kan påpeke overtredelser av regelverket, men tilsynet har ikke kompetanse til å ilegge sanksjoner eller mekle i tvister.

### **4.3. Island**

På Island kan leverandørene velge mellom å gå direkte til de alminnelige domstolene, eller klage til *Kæruneftndar útboðsmála*, som er en særskilt klagenemnd. Den har hjemmel til å stanse kontraktsinngåelser og treffer bindende avgjørelser. Nemndas avgjørelser kan deretter bringes inn for domstolene. Klagenemnda settes av tre personer, hvor formannen er jussprofessor. De andre medlemmene har innkjøpsfaglig bakgrunn.

### **4.4. Finland**

I Finland er håndhevelsen av anskaffelsesregelverket lagt til domstolene. Leverandører som klager før kontraktsinngåelse, må klage til *Marknadsdomstolen*, som er en særskilt forvaltningsdomstol som bare behandler markedsrettslige saker, konkurransesaker og saker om offentlige anskaffelser. Saksbehandlingen er i hovedsak skriftlig. Unntaksvis blir en sak behandlet ved muntlig høring, typisk der det er behov for å avhøre vitner eller sakkyndige.

## 5. Sammensetningen av nemnda – medlemmenes bakgrunn

Departementet har vurdert to spørsmål knyttet til medlemmenes bakgrunn og fagkyndighet. For det første drøftes det om advokater fortsatt bør sitte i nemnda. For det andre om nemnda i større grad bør gjenspeile anskaffelsesmiljøet, herunder om klagenemnda trenger mer anskaffelsesfaglig kompetanse.

### 5.1 Advokater i nemnda

#### 5.1.1 Gjeldende praksis

Siden klagenemnda ble opprettet har praktiserende advokater innen anskaffelsesområdet blitt oppnevnt til å sitte i nemnda. Disse personene kan i så fall sitte i nemnda og avgjøre i én sak, samtidig som de kan representere en klient i KOFA i en annen sak. Denne praksisen har vært gjenstand for kritikk og diskusjon siden nemnda ble opprettet. Det har derfor vært reist spørsmål ved om habilitetsregler forhindrer nemndmedlemmene fra å føre saker for nemnda, også i de tilfellene der det aktuelle nemndmedlemmet ikke deltar i nemndbehandlingen.

Enhver tvil om habilitet kan undergrave klagenemndas tillit generelt. Leverandører kan også velge ikke å benytte KOFA når de finner ut at oppdragsgivers advokat også er medlem av klagenemnda, og at saken dermed avgjøres av kolleger til motpartens advokat. Departementet har derfor vurdert om advokater fremdeles bør sitte i nemnda.

#### 5.1.2 Vurdering av habilitet

Habilitetsreglene i forvaltningsloven (fvl.) kapittel II om ugildhet gjelder for nemndas virksomhet, jf. forskriften § 15. Dette innebærer at både de ansatte i sekretariatet og medlemmer av klagenemnda er omfattet av forvaltningslovens habilitetsregler.

Habilitetsspørsmål kan oppstå i klagenemnda i ulike sammenhenger. Etter fvl. § 6 første ledd bokstav d er det umiddelbart klart at en og samme person ikke kan være både nemndmedlem og fullmektig i samme sak. Medlemmet kan heller ikke tidligere ha vært fullmektig for parten etter at saken begynte. Det bør være opplagt når et medlem av klagenemnda er inhabil i de øvrige situasjonene i § 6 første ledd. Det omtales derfor ikke nærmere her. Tilsvarende må et nemndmedlem antas å være inhabil til å delta i nemndbehandling i en sak når en av sakens parter er representert av en prosessfullmektig fra samme firma som nemndmedlemmet, jf. fvl. § 6 annet ledd.

Klagenemndas sekretariat opplyser at de har strenge interne rutiner ved vurdering av medlemmenes habilitet i hver enkelt sak. Deres rutiner innebærer at sekretariatet foretar en habilitetsvurdering i første omgang og gjennomgår hvem som er parter og partsrepresentanter. Hvis en av partene er representert av en advokat fra samme advokatfirma som et medlem av klagenemnda, anser sekretariatet vedkommende medlem som inhabil i saken. Deretter sender sekretariatet ut en forespørsel på e-post til de nemndmedlemmene som skal behandle saken med informasjon om parter, partsrepresentanter og eierforhold (basert på informasjon fra Ravninfo). Deretter skal nemndmedlemmene selv vurdere sin habilitet.

Spørsmålet som ble reist her innledningsvis, er om habilitetsregler forhindrer nemndmedlemmene fra å føre saker for nemnda, også i de tilfellene der det aktuelle nemndmedlemmet ikke deltar i nemndbehandlingen. Dette spørsmålet kan vurderes fra flere innfallsvinkler. For *det første* kan det stilles spørsmål ved om nemndmedlemmet vil være inhabil som advokat fordi vedkommende er medlem av nemnda. Som advokat for en part utfører vedkommende ikke ”*tjeneste eller arbeid for*” nemnda, jf. fvl. § 10 og omfattes derfor ikke i denne egenskap av habilitetsreglene i fvl.



For *det annet* kan det stilles spørsmål ved om de øvrige nemndmedlemmene blir inhabile fordi en av partene er representert ved en person som ellers er nemndmedlem. I så fall ville det være uforenelig med nemndvervet å føre saker for nemnda. Dette spørsmålet må løses etter fvl. § 6 annet ledd. Det vil nok kunne oppfattes som et særegent forhold at nemnda skal behandle en sak som fra den ene siden representeres av en person som man både før og etter den konkrete saken, vil kjenne som nemndkollega.

Departementet mener imidlertid at de faktiske forholdene tilsier at dette ikke i seg selv vil være egnet til å svekke tilliten til nemndmedlemmets habilitet. Klagenemnda er sammensatt av 10 nemndmedlemmer, mens det i den enkelte sak kun er tre medlemmer som deltar. Disse tre personene sitter sammen i et halvt år av gangen. Deretter roterer medlemmene etter tilfældighetsprinsippet. Det kan derfor gå lang tid mellom hver gang en advokat, som også er nemndmedlem, fører en sak for nemndmedlemmer som tidligere har sittet i samme nemnd som advokaten. Departementet mener derfor at det er mulig å la nemndmedlemmer være aktive også som advokater i saker for nemnda.

For *det tredje* kan det stilles spørsmål ved om et nemndmedlem kan bli inhabil til å delta i nemndbehandling fordi vedkommende har representert eller vil representere en part i klagenemnda. I forhold til avsluttede saker er det vanskelig å se at et nemndmedlem skal kunne bli inhabil, med mindre medlemmet senere skal føre saken for domstolen. I så fall kan medlemmet ha interesse av et spesielt utfall i nye, sammenlignbare saker fordi nye nemndavgjørelser kan brukes som argument i rettssaken. Under slike forhold mener departementet at det vil være riktig av det aktuelle medlemmet av nemnda å erklære seg inhabil. Problemstillingen kan også oppstå i kommende saker for nemnda. Om et medlem av nemnda ser at saken til behandling reiser prinsipielle spørsmål med betydning for saker i vedkommendes portefølje som advokat, vil inhabilitet normalt foreligge. I så fall foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til om vedkommende medlem er upartisk.

På bakgrunn av dette mener departementet at habilitetsreglene i fvl. § 6 generelt ikke forhindrer nemndmedlemmene fra å representere en part for nemnda. Vi viser imidlertid til at i visse tilfeller, som drøftet ovenfor, bør nemndmedlemmet erklære seg inhabil. Departementet innhentet en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling i 2003 knyttet til problemstillingene som er beskrevet ovenfor. Departementets redegjørelse og konklusjon er i tråd med denne uttalelsen.

### **5.1.3 Bedre synliggjøring av medlemmenes habilitet og uavhengighet**

Både KOFAs sekretariat, representanter for klagenemnda og referansegruppen uttrykker at advokatene tilfører nemnda viktig faktisk innsikt i anskaffelsesprosesser, praktisk tilnærming og økt kompetanse. Departementets oppfatning er at advokater, som bistår sine klienter i anskaffelsesprosesser, er godt kjent med ymse praktiske problemstillinger gjennom sine innspill og faglige råd i alle ledd i anskaffelsesprosessene. Dermed tilfører advokatene en viktig praktisk tilnærming til nemndas vurderinger. Dette reduserer faren for ”skrivebordsuttalelser” fjernt fra den praktiske virkeligheten, noe som også er viktig for nemndas legitimitet i anskaffelsesmiljøet. Departementet mener på denne bakgrunnen at advokater fortsatt bør oppnevnes i klagenemnda.

Etter departementets vurdering er den formelle siden av habilitetsutfordringene godt ivaretatt, jf. drøftelsen ovenfor i forhold til fvl. § 6 og sekretariatets rutiner. Habilitet dreier seg imidlertid ikke bare om regler, men også om hvordan brukerne ser ting utenfra. Det er viktig å

ha ro og enighet i anskaffelsesmiljøet rundt nemndas medlemmer. Departementet foreslår derfor å gjøre endringer i KOFA-forskriften § 15 for bedre å synliggjøre sekretariatets interne rutiner, samt medlemmenes habilitet og uavhengighet. Deres uavhengighet betyr at de ikke kan instrueres faglig av departementet, sekretariatet eller de øvrige nemndmedlemmene (herunder klagenemndas leder). Det betyr også at de sitter uavhengig av sitt yrke, arbeidsgiver og sin øvrige stilling.

Departementet foreslår å innføre nytt annet, tredje og fjerde ledd i forskriftens § 15:

*”Klagenemndas medlemmer fungerer uavhengig av sitt yrke, arbeidsgiver og sin øvrige stilling. De kan ikke instrueres faglig av departementet, sekretariatet eller de øvrige medlemmene.*

*Før en sak sendes til nemndbehandling skal sekretariatet vurdere om forhold ved saken kan medføre inhabilitet for et nemndmedlem. Før saken sendes til nemndbehandling skal sekretariatet sende de nemndmedlemmene som skal behandle saken opplysninger som gjør det mulig for medlemmene å vurdere sin habilitet.*

*Et nemndmedlem anses som inhabil til å delta i behandlingen av en sak når en av sakens parter er representert av en prosessfullmektig fra samme firma som nemndmedlemmet.”*

## 5.2 Fagkyndighet

### 5.2.1 Bakgrunn

Når det gjelder nemndas personlige kvalifikasjoner sier høringsnotatet for opprettelsen av klagenemnda at:

*”Organets virksomhet vil være domstolslignende, idet det skal ta stilling til om konkrete handlemåter eller unnlatelser innebærer brudd på lov eller forskrift. Medlemmene bør derfor i hovedsak være jurister. Ønsket om raske uttalelser, autoritative uttalelser og at organet skal fungere som en viktig brikke i kompetansebyggingsvirksomheten, tilsier videre at organet bør bestå av høyt kvalifiserte jurister. I tillegg til jurister vil det kunne være hensiktsmessig at personer med teknisk eller økonomisk kompetanse utnevnes.*

*Det vil også være en åpenbar fordel om medlemmene har erfaring fra den bransje som den konkrete anskaffelsen gjelder. Det bør derfor blant organets medlemmer finnes personer med erfaring fra ulike bransjer.”<sup>6</sup>*

Om særlig fagkyndighet sier høringsnotatet:

*”Det kan oppstå behov for særskilt fagkyndighet i organet, f. eks. teknisk eller økonomisk. Et slikt behov kan tenkes hensyntatt på ulike måter. Et hovedskille går mellom å innhente en fagkyndig uttalelse eller å sette organet med særskilt fagkyndighet ved behandlingen av saken.*

*Det antas at avgrensningen av organets saklige kompetanse medfører at det sjelden vil være behov for særskilt fagkyndighet utover den bransjekunnskap som bør være representert blant organets faste medlemmer. Departementet ser derfor ikke at det er behov for at organet skal kunne settes med tilkalte fagkyndige, og dermed heller ikke*

---

<sup>6</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 10.

*at det skal opprettes et særlig utvalg av fagkyndige. Dersom det skulle oppstå behov for dette, kan organet i tilfelle innhente en fagkyndig uttalelse som et ledd i saksforberedelsen. Det er også mulig å overlate til partene å fremskaffe fagkyndige uttalelser.”<sup>7</sup>*

Høringsnotatet viser at man opprinnelig vurderte en mer variert sammensetning av nemnda. Etter høringsrunden valgte imidlertid departementet i stedet å vektlegge at nemnda til enhver tid skal bestå av høyt kvalifiserte jurister. Derfor har nemnda frem til nå vært sammensatt av jurister med særlig kompetanse innen praktisk tvisteløsning og anskaffelsesregelverket, dvs. dommere, advokater og personer fra academia. Det har vært departementets utgangspunkt ved oppnevningen av medlemmer å sikre kontinuitet i nemndas arbeid i kombinasjon med gradvis fornyelse. Videre er det tatt hensyn til at minst 40 prosent av medlemmene skal være kvinner, jf. likestillingsloven § 21 nr. 4 og rundskriv Q-4/2005 fra Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, samt at det må være en viss geografisk spredning.

### **5.2.2 Behovet for særlig fagkyndighet i nemnda**

I dag avviser klagenemnda saker etter forskriftens § 9 som krever teknisk eller faglig innsikt eller fagkyndighet som nemnda ikke besitter. Sporadisk reises også spørsmålet om det er behov for særlig fagkyndighet i nemnda. På bakgrunn av dette og høringsnotatets uttalelser ovenfor ønsker departementet derfor å drøfte spørsmålet om nemnda burde gjenspeile anskaffelsesmiljøet i større grad, for eksempel med bransjekunnskap, og ha mer variert bakgrunn (teknisk/økonomisk) enn nemnda har i dag.

Alternativt kan man se hen til Danmark hvor den danske *Klagenævnet for Udbud* er organisert slik at nemnda består av én dommer og et antall fagkyndige. De fagkyndige medlemmene utnevnes etter innstillinger fra visse departementer og interesseorganisasjoner. Departementet har derfor vurdert om det er hensiktsmessig å opprette en gruppe av fagkyndige, som kan tilkalles ved behov. I så fall kunne man se for seg en løsning hvor de fagkyndige sitter i nemnda som én av tre medlemmer. En slik løsning vil bidra til en mer variert bakgrunn blant nemndas medlemmer, og kan muligens redusere antall saker som blir avvist.

Departementet stiller seg tvilende til begge alternativene og mener at KOFA har fungert godt slik den har vært sammensatt siden 2003. Det er klagenemndas hovedoppgave å ta stilling til om konkrete handlemåter eller unnløtelser innebærer brudd på lov eller forskrift. Det viktigste er derfor å ha høyt kvalifiserte jurister i nemnda. Siden saksbehandlingen er skriftlig, er det heller ikke opplagt at kompliserte tekniske spørsmål er egnet for behandling i nemnda. Slike spørsmål er muligens bedre egnet for domstolsbehandling. Åpner man for særlig fagkyndighet i nemnda, som beskrevet ovenfor, er det ikke utenkelig at klagen vil bli mer omfattende og saksbehandlingstiden dermed også lengre. På denne bakgrunn vil ikke departementet foreslå endringer i nemndas sammensetning. Dialogen med referansegruppen, sekretariatet og nemnda understøtter også denne konklusjonen.

## **6. Beslutningsmyndighet ved behandling av den enkelte sak**

### **6.1 Gjeldende rett - nemnda skal settes med tre medlemmer**

Det følger av forskriften § 12 at:

---

<sup>7</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 11.

*”Klagenemnda settes med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Beslutningen om uttalelsens innhold treffes med simpelt flertall.”*

Høringsnotatet for opprettelsen av klagenemnda sier følgende om behandling i organet:<sup>8</sup>

*”Ønsket om raske avgjørelser medfører at tvisteløsningsorganet i den enkelte sak bør settes med relativt få medlemmer, og at rotasjonsmetoden benyttes. Det er neppe behov for at organet settes med flere enn tre medlemmer i den enkelte sak. At ikke alle saker avgjøres av organet i plenum kan i noen grad øke faren for sprikende avgjørelser. Vi anser imidlertid dette som et mindre problem, og et hensyn som må stå tilbake for hensynet til en rask saksavvikling.”*

Etter gjeldende regler er altså utgangspunktet at klagenemnda skal settes med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Ved opprettelsen av nemnda mente man også at det neppe var behov for at organet settes med flere enn tre medlemmer.

I dag er det slik at alle saker som ikke avvises tas opp til nemndbehandling og behandles dermed av tre nemndmedlemmer uavhengig av hvor opplagte eller prinsipielle de er. Departementet har ved denne gjennomgangen av KOFA vurdert om det er behov for en mer praktisk tilnærming ved behandlingen av den enkelte sak avhengig av hva slags type sak som behandles. Vi mener at det kan være naturlig å skille ut opplagte saker (se pkt. 6.2) og saker av prinsipiell betydning (se pkt. 6.3) og vurdere om det er hensiktsmessig å endre reglene for disse.

## **6.2 Forenklet saksbehandling i opplagte saker**

Klagenemnda er nå inne i sitt tiende driftsår og har behandlet opp i mot 2200 saker. I 2011 mottok nemnda 331 nye saker samtidig som restansene var 295. Den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i nemnda var 286 dager for rådgivende saker og 158 dager for gebyrsaker. De gjennomsnittlige kostnadene ved å behandle en sak er i underkant av 40 000 kr.

Departementet mener at stor saksmengde og restanser, lang saksbehandlingstid og de økonomiske midlene som brukes i hver enkelt sak viser at det kan være behov for å legge til rette for en mer ressursbesparende saksbehandling i opplagte saker. Med opplagte saker mener departementet saker hvor juss og faktum ikke er omstridt og hvor nemndas og/eller domstolens praksis er klar og tydelig. Saken kan heller ikke reise prinsipielle spørsmål. Det er også viktig at avgjørelsen i saken ikke krever oppfølging fra innklagedes side. Hvis innklagede for eksempel må avlyse konkurransen eller avvise en leverandør mener departementet at saken ikke er egnet for forenklet saksbehandling.

I dag avgjør sekretariatet i avvisningssaker og klager har klagemulighet til leder. Ved gjennomgangen av klagenemnda har departementet fått innspill om at vi bør vurdere muligheten for å utvide sekretariatets beslutningsmyndighet til flere typer av saker. Klagenemndas sekretariat mener at det ikke er urimelig å anslå at ca. 15-20 % av sakene kan anses å være opplagte. Dette betyr at man kan forkorte saksbehandlingstiden i disse sakene, samtidig som det er økonomiske besparelser å hente med å innføre en forenklet saksbehandling i disse sakene.

---

<sup>8</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 25.

Departementet vurderer derfor å innføre en mer fleksibel tilnærning i slike opplagte saker. Vi har to forslag til hvordan dette kan gjøres:

- 1) Nemnda kan settes med kun ett medlem (mot normalt tre medlemmer). Avgjørelsen vil ikke kunne påklages til klagenemndas leder.
- 2) Sekretariatet får fullmakt til å avgjøre med klagemulighet til klagenemndas leder. Klagenemndas leder kan i så fall opprettholde sekretariatets avgjørelse, eller avgjøre at saken reiser spørsmål som burde ha vært gjenstand for behandling av klagenemnda. I så fall skal leder henvise saken til nemndbehandling. Som nevnt har sekretariatet i dag myndighet til å avvise saker som ikke er egnet til behandling, med klagemulighet til leder.

Løsning nr. 1 innebærer at avgjørelsen ikke kan påklages, i motsetning til løsning nr. 2. Begrunnelsen for denne forskjellen er at oppnevning av medlemmer i klagenemnda er basert på medlemmenes særlige faglige kompetanse og yrkeserfaring. Oppnevningsprosessen skal også sikre deres uavhengighet. De samme kriteriene gjelder ikke for ansettelser i sekretariatet, hvor hoveddelen av de ansatte gjerne er yngre og nyutdannede jurister. Dette er også bakgrunnen for at man ved opprettelsen av KOFA la vekt på at sekretariatets avgjørelser skal kunne påklages.<sup>9</sup> Samme hensyn om overprøvningsmulighet gjør seg derfor ikke gjeldende for avgjørelser tatt av klagenemndas medlemmer.

Begge forslagene vil innebære økonomiske besparinger for KOFA. I dag koster nemndbehandling 13 800 kr (nemndhonorar er 4 600 kr per medlem). Besparelsen er 9 200 kr pr. sak hvis man velger løsning nr. 1. Hvis man velger løsning nr. 2 er besparelsen 13 800 kr (forutsatt at saken ikke påklages til nemndas leder, som i så fall skal honoreres med 4 600 kr for behandlingen av saken). Når det gjelder tidsbruk, vil løsning nr. 2 innebære kortere saksbehandlingstid siden saken ikke skal til nemndbehandling, men for de sakene om påklages er det mer usikkert om saksbehandlingstiden blir kortere.

Departementet understreker at siden KOFA er rådgivende er det avgjørende for organets legitimitet at det er høy kvalitet på avgjørelsene. Utskiftning av erfarne jurister i sekretariatet kan gjøre situasjonen i sekretariatet meget sårbar. Løsning nr. 1 vil tilføre avgjørelsen den kvaliteten som nemnda, som består av høyt kvalifiserte jurister, besitter.

Departementet har drøftet ovennevnte løsninger med referansegruppen, KOFA's sekretariat og nemnda. Det var delte meninger i om det er behov for en slik forenklet saksbehandling, og i så fall hvilken av de to løsningene som er å foretrekke. Departementet ber derfor om høringsinstansenes synspunkter på disse to løsningene, samt eksisterende ordning der tre medlemmer avgjør den enkelte sak.

Med utgangspunkt i løsning nr. 1 kan KOFA-forskriften § 12 første ledd formuleres på følgende måte (endringer i kursiv):

*”Klagenemnda settes som hovedregel med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Beslutningen om uttalelsens innhold treffes med simpelt flertall. I opplagte saker settes nemnda med ett medlem. Med opplagte saker menes saker hvor juss og faktum ikke er omstridt og hvor praksis er klar og tydelig. Saken kan ikke reise prinsipielle spørsmål. ”*

---

<sup>9</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 29.

Med utgangspunkt i løsning nr. 2 kan det innføres en ny bestemmelse § 12a i KOFA-forskriften som kan formuleres slik:

*” § 12a Opplagte saker*

*Sekretariatet kan uttale seg i opplagte saker. Med opplagte saker menes saker hvor juss og faktum ikke er omstridt og hvor praksis er klar og tydelig. Saken kan ikke reise prinsipielle spørsmål. Klager kan påklage avgjørelsen til klagenemndas leder. Klagen må foreligge senest tre virkedager etter at klager ble kjent med avgjørelsen.”*

### **6.3 Nemnda settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning**

Som nevnt følger det av KOFA-forskriften at klagenemnda skal settes med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Høringsnotatet om opprettelsen av KOFA drøftet ikke muligheten for at klageorganet skal kunne settes med flere enn tre medlemmer i saker av prinsipiell betydning.

Klagenemnda har som nevnt truffet opp i mot 2200 avgjørelser, og noen er mer prinsipielle enn andre. Slike saker kan for eksempel omfatte tilfeller hvor nemnda endrer lang praksis eller saker som har vidstrakte konsekvenser for hvordan oppdragsgivere organiserer sine anskaffelser. I lys av den totale saksmengden nemnda har, mener departementet at det er viss fare for at slike saker ikke får den oppmerksomheten som de fortjener.

Departementet mener at det er behov for en mer fleksibel tilnærming ved sammensetningen av nemnda i slike saker og foreslår å åpne for at nemnda kan settes med et høyere antall medlemmer. Den åpenbare fordelene med at slike avgjørelser behandles av flere medlemmer av klagenemnda, er at hver enkelt avgjørelse får økt prejudikatverdi og dermed bidrar til rettsenhet og rettsavklaring. Samtidig får medlemmene anledning til å drøfte problemstillingene med flere, noe som igjen bidrar til en grundigere behandling. Dette reduserer faren for sprikende avgjørelser i senere saker.

Det er rimelig å anta at behandlingen av en sak vil bli mer omfattende jo flere medlemmer som deltar. Det vil bli brukt mer tid på rådslagning enn i saker der et mindre antall medlemmer deltar i behandlingen. For å ivareta hensynet til rask saksbehandling mener departementet at det er tilstrekkelig at nemnda kan settes med fem medlemmer i slike saker.

Etter diskusjon med både klagenemndas sekretariat og representanter fra nemnda mener departementet at det er rimelig å anslå at det er behov for ca 1-2 slike omfattende behandlinger i året.

På bakgrunn av ovennevnte foreslår departementet å endre forskriften § 12 på dette punktet og åpne for at nemnda kan settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning. Det er naturlig at klagenemndas leder sitter i slike saker.

Etter disse endringene om saker av prinsipiell betydning vil forskriften § 12 første ledd lyde (endringer i kursiv):

*”Klagenemnda settes som hovedregel med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Beslutningen om uttalelsens innhold treffes med simpelt flertall. Nemnda kan settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning.”*



## 7. Tidsbegrensning

### 7.1 Bakgrunn

Forskriften § 3 lyder:

*”Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. I særlige tilfeller kan det oppnevnes medlemmer for en kortere periode. Blant medlemmene oppnevner Kongen en leder. Medlemmene kan ikke avsettes eller suspenderes i perioden med mindre det foreligger særlig grunn.”*

Denne bestemmelsen har vært endret én gang siden opprettelsen av klagenemnda i 2003. I 2006 innførte man setningen om at ” *I særlige tilfeller kan det oppnevnes medlemmer for en kortere periode*”.<sup>10</sup> Grunnen for denne endringen var at departementet gjennomførte en evaluering av nemnda høsten 2006<sup>11</sup> og man ønsket å sikre tilstrekkelig handlingsrom for å kunne gjennomføre eventuelle ønskede endringer i nemndas sammensetning etter evalueringen. I høringsbrevet fremkom det at departementet la vekt på nemndas uavhengighet, og at det skulle være mulig i særlige tilfeller å oppnevne medlemmer for en kortere periode enn fire år. I kjølevannet av forskriftsendringen ble medlemmene oppnevnte for en to års periode i 2006. Ved neste oppnevning ble medlemmene igjen oppnevnte for en to års periode. Grunnen var at regjeringen på daværende tidspunkt hadde nedsatt et offentlig utvalg for å vurdere det norske håndhevelsesssystemet, og man ønsket å sikre seg rom for å kunne gjøre endringer som følge av dette. Siste oppnevning av klagenemndas medlemmer var 1. juli 2011 og sittende medlemmer har virketid til 30. juni 2015.

Bestemmelsen setter ingen begrensninger på antall perioder eller år medlemmene kan sitte. Høringsnotatet for opprettelsen av klagenemnda inneholder heller ingen føringer på dette punktet.

Ved oppnevning av medlemmer til nemnda har det vært lagt vekt på å sikre en viss kontinuitet i nemndas arbeid og å sikre videreføring av kompetanse. Derfor har noen av medlemmene blitt oppnevnt flere ganger og har sittet i nemnda siden 2003. Av de ti medlemmene som ble oppnevnt sommeren 2011 var det én ny person som kom inn i nemnda. Fire personer har vært medlemmer av nemnda siden opprettelsen i 2003. To ble medlem i 2007, to i 2009 og ett medlem ble oppnevnt tidlig i 2011.<sup>12</sup>

Departementet har merket seg at Finansklagenemnda har en tidsbegrensning på åtte år.<sup>13</sup>

### 7.2 Behovet for å innføre tidsbegrensning

Under arbeidet med gjennomgangen av klagenemnda, har departementet fått innspill om at vi bør vurdere å innføre en grense på antall perioder medlemmene kan sitte i nemnda. Dette ble bl.a. begrunnet med at det er gunstig for anskaffelsesmiljøet å få en rotasjon av personer i nemnda, og at nemndvervet kan være et kommersielt gode som bør deles på (gjelder særlig for advokater).

---

<sup>10</sup> Endret ved forskrift av 15 desember 2006 nr. 1404.

<sup>11</sup> Evaluering av KOFA, 2006, av Resource-Partner.

<sup>12</sup> Kongelig resolusjon av 22. juni 2011 om oppnevning av medlemmer til Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

<sup>13</sup> Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda, fastsatt av styret 21. januar 2011, pkt. 13.

Innledningsvis vil departementet understreke at det er positivt at KOFA har skapt seg så godt omdømme i anskaffelsesmiljøet at det er prestisje knyttet til det å sitte som nemndmedlem. Det er viktig for nemndas legitimitet at høyt kvalifiserte jurister viser interesse for å sitte i nemnda. Frem til nå har fokuset ved oppnevning vært kontinuitet i nemndas arbeid for å sikre kvalitet på uttalelsene, og av naturlige grunner har utskiftningen vært gradvis. Departementet innser like fullt at det kan være hensiktsmessig å innføre en klar regel om dette. Det er viktig for anskaffelsesmiljøet å spre den kunnskapen som medlemmene tilegner seg gjennom vervet. Miljøet for fagkunnskap om anskaffelser har hatt en enorm utvikling siden opprettelsen av klagenemnda i 2003, noe som innebærer at det i dag finnes mange personer som er kompetente til å sitte i nemnda og som dermed kan bidra til noe mer rotasjon blant medlemmene i nemnda.

Ved innføring av en regel som begrenser nemndmedlemmenes virketid, er det viktig samtidig å sikre kontinuitet i nemndas arbeid. Dessuten er det fornuftig av praktiske grunner å ta utgangspunkt i at hovedregelen er at medlemmene oppnevnes for fire år av gangen. Det foreslås derfor å innføre en begrensning på virketid i nemnda på åtte år, som vil gjøre seg gjeldende fra neste oppnevning.

Departementet mener at det er behov for et handlingsrom for det tilfelle at mange medlemmer trer ut av nemnda samtidig. En slik situasjon kan gå utover kvaliteten til avgjørelsene. Det foreslås derfor å innføre en bestemmelse om at medlemmene unntaksvis kan oppnevnes for en lengre tidsperiode. Dette skal tolkes snevert.

Etter de foreslåtte endringene vil forskriften § 3 lyde (endringer i kursiv):

*”Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. I særlige tilfeller kan det oppnevnes medlemmer for en kortere periode. Maksimal funksjonstid er åtte år. Medlemmene kan unntaksvis gjenoppnevnes etter åtte år. Blant medlemmene oppnevner Kongen en leder. Medlemmene kan ikke avsettes eller suspenderes i perioden med mindre det foreligger særlig grunn.”*

## **8. Klagenemndas rettslige status som rådgivende**

Her har departementet vurdert to hovedspørsmål som tar for seg utfordringer knyttet til nemndas rettslige status som rådgivende organ. For det første har departementet vurdert om det er behov for endringer knyttet til klagenemndas instruksjonsmyndighet. For det andre har departementet vurdert om det er fornuftig at klagenemnda følger opp sine avgjørelser i større grad enn den gjør i dag.

### **8.1 Instruksjonsmyndighet**

#### **8.1.1 Bakgrunn**

Forskriften § 2 lyder:

*”Oppdragsgiver som er omfattet av lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne plikter å delta i klagebehandlingen etter denne forskrift. Oppdragsgiver skal inngi tilsvarende og for øvrig følge de instruksjoner som klagenemnda gir om saksbehandlingen.”*



Etter forskriften § 11 kan sekretariatet pålegge oppdragsgiver å fremlegge dokumentasjon, enten på eget tiltak eller på begjæring fra en av partene. Et slikt pålegg kan påklages til klagenemndas leder.

Høringsnotatet til opprettelsen av KOFA sier at *”Konsekvensen av manglende tilsvar eller annen respons på at klageprosedyre er igangsatt, vil under enhver omstendighet ikke hindre at sak allikevel tas opp til avgjørelse. En innklaget vil derved risikere å få sin sak avgjort uten selv å bli hørt. Etter departementets oppfatning vil en slik risiko i seg selv representere en sanksjon.”*<sup>14</sup> I merknader til § 11 sies det at dersom den part som skal fremlegge dokumentasjon, motsetter seg dette har klagenemnda *”ingen annen mulighet enn å tillegge dette bevismessig betydning. Typisk slik at organet legger til grunn motpartens fremstilling av den omstendighet som dokumentet kunne kastet lys over.”*<sup>15</sup>

Oppdragsgiver har med andre ord plikt til å delta i klagebehandlingen og sende inn etterspurt dokumentasjon, men nemnda har ingen mulighet til å ”tvinge” oppdragsgiver til å delta hvis oppdragsgiver ikke vil. Konsekvensene av manglende samarbeid fra innklagedes eller klagers side har derimot bevismessig betydning.

### 8.1.2. Behovet for endringer

Sekretariatet har opplyst at de i noen tilfeller har problemer med å få innklagede til å delta i klagebehandlingen. I enkelte tilfeller må de strekke seg ganske langt i behandlingen og oppfordre innklagede flere ganger til å delta mer aktivt. Konsekvensen er at slike saker kan trekke lenger ut i tid enn nødvendig. Slike saker kan også få bevismessige/andre konsekvenser.

Departementet har vurdert om det bør iverksettes tiltak for å bøte på dette problemet. Det kan for eksempel innføres dagbøter for brudd på plikten til å delta i klagebehandlingen, noe som ville vært et effektivt virkemiddel. Departementet er imidlertid noe skeptisk til å innføre inngripende tvangsmidler basert på et problem som ikke synes å være særlig utbredt. Etter departementets vurdering bør dagens ordning der manglende dokumentasjon fra oppdragsgiver kan tillegges bevismessig betydning være tilstrekkelig. Det foreslås derfor ingen endringer på dette punktet.

## 8.2 Oppfølging av klagenemndas avgjørelser

### 8.2.1 Bakgrunn

Forskriftens § 12 fjerde ledd lyder:

*”Dersom klagenemnda finner grunn til det, kan den rette en henvendelse til innklagede med forespørsel om hva som vil bli gjort for å rette feilen eller unngå tilsvarende feil i fremtiden.”*

Høringsnotatet sier om dette:<sup>16</sup>

*”Sivilombudsmannen anmoder i en del tilfeller det berørte forvaltningsorgan å vurdere hva som kan gjøres for å gjenopprette situasjonen, og hva som kan gjøres for å unngå tilsvarende feil i fremtiden. Fordi kontrakt allerede kan være inngått når*

<sup>14</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 6.

<sup>15</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 31.

<sup>16</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 16-17.

*organets uttalelse foreligger, og fordi organets kompetanse til å uttale seg om følgene av eventuelle brudd på anskaffelsesreglene er sterkt begrenset, er det grunn til å vurdere en tilsvarende ordning for tvisteløsningsorganet. Det må antas at en plikt til å gi et svar på dette fra den innklagede vil bidra til å skape et press på oppdragsgivere for rutineforbedringer, og således være et positivt bidrag til den ønskede opplæringseffekt av organets virksomhet.*

...

*For å effektivisere håndhevelsen, og av hensyn til opplæringseffekten av organets virksomhet, finner vi grunn til å foreslå at det forskriftsfestes at organet gis mulighet til å be om slik uttalelse fra den eller de innklagede.”*

Finansklagenemndas uttalelser er også rådgivende. Nemnda følger opp sine uttalelser, jf. pkt. 12 i saksbehandlingsreglene<sup>17</sup>

*”Uttalelsen er rådgivende, men nemnda ved sekretariatet skal varsles innen 30 dager dersom denne blir fraveket. Hvis slikt varsel ikke er sendt innen fristen, er finansforetaket bundet av uttalelsen, med mindre slikt varsel ikke er sendt som følge av forhold eller omstendigheter som er utenfor finansforetakets kontroll. Finansforetaket har tvilsrisikoen dersom det er uklart om varselet er sendt rettidig.*

*Sekretariatet skal, så langt det er mulig, sørge for at finansforetakene gir en skriftlig begrunnelse for at nemndsuttalelsen ikke aksepteres.*

*Sekretariatet skal orientere og veilede klager dersom foretaket ikke aksepterer nemndsuttalelsen....”*

## **8.2.2 Behovet for endringer**

Klagenemndas sekretariat opplyser at hjemmelen i § 12 fjerde ledd ble brukt i begynnelsen av nemndas drift, men prioriteres ikke i dag. Samtidig skjer det fra tid til en annen at oppdragsgiver av diverse grunner ikke retter seg etter nemnda avgjørelser. Departementet har derfor ved gjennomgangen vurdert om nemnda bør følge opp sine avgjørelser i større grad enn i dag.

Evalueringen av KOFA i 2006 viste at flertallet eller 72 % av innklagede følger klagenemndas avgjørelser, men at så mange som 21 % ikke gjør det.<sup>18</sup> Hovedbegrunnelsen var at det ikke får konsekvenser. Andre begrunnet dette i at de ikke hadde tid eller ressurser, eller var uenige i avgjørelsen. Evalueringen er riktignok seks år gammel og tar utgangspunkt i regelverket før klagenemnda fikk kompetanse til å fatte bindende avgjørelser om overtredelsesgebyr. Det er derfor ikke gitt at tallene er de samme i dag. Likevel mener departementet at det ikke er grunn til å anta at situasjonen rundt oppfølging av rådgivende saker har endret seg vesentlig.

Finansklagenemnda har, som vist ovenfor, en ordning hvor finansforetakene skal varsle klagenemnda dersom uttalelsene blir fraveket og begrunne det skriftlig. Finansklagenemndas årsberetning 2011 gir en grundig fremstilling av de ikke-aksepterte nemnduttalelsene og lister opp hvilke finansforetak som har vært innklaget, samt utfallet av sakene og om de er

<sup>17</sup> Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda, fastsatt av styret 21. januar 2011, pkt. 12.

<sup>18</sup> Evaluering av KOFA for Fornyings- og administrasjonsdepartementet 2006 av Resource-Partner

akseptert, eller ikke. I 2011 avgjorde nemnda 504 saker. Andelen av ikke-aksepterte uttalelser er på 10,6 % og det fremkommer at denne andelen har vært relativt stabil de siste 5 årene.<sup>19</sup>

Departementet forstår at det alltid vil være en del innklagede som ikke følger rådgivende avgjørelser. Vi mener imidlertid at 21 % er en for høy andel. Spørsmålet er hva som kan gjøres med dette. For å skjerpe etterlevelsen av uttalelser som konstaterer brudd, har departementet vurdert å endre forskriftens § 12 fjerde ledd og pålegge sekretariatet å sende en forespørsel til innklagede om hva som blir gjort for å rette feilen eller unngå tilsvarende feil i fremtiden. Et slikt pålegg hadde vært svært nyttig for å gi etterlengtet statistikk om etterlevelse jf. opplysningene i Finansklagenemndas årsrapport, samtidig som det ville øke innklagedes bevissthet om etterlevelse. Dette vil imidlertid også pålegge KOFA sekretariat en del merarbeid. I lys av dagens saksbehandlingstid i KOFA har departementet derfor, under tvil, kommet frem til at det ikke er hensiktsmessig å innføre et slikt pålegg på nåværende tidspunkt. Departementet vil imidlertid følge utviklingen i saksbehandlingstiden og ev. på et senere tidspunkt vurdere om sekretariatet skal pålegges å følge opp avgjørelsene i større grad.

## 9. Klagenemndas tvisteløsningsrolle

### 9.1 Tidlig tvisteløsning og nemndas mulighet til å bilegge tvister

Etter formålsparagrafen i KOFA-forskriften § 1 annet punktum skal nemnda ”*bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte.*”

Forskriftens § 10 annet ledd første punktum lyder:

*”Innklagede skal samtidig anmodes om å avgi svar til sekretariatet og klager innen en uke på om kontrakt vil bli inngått før klagenemndas uttalelse foreligger.”*

Forskriftens § 10 sjette ledd lyder:

*”Klagenemnda kan på ethvert trinn i saken ta initiativ til å bilegge tvisten uten formell klagebehandling.”*

I høringsnotatet for opprettelsen av klagenemnda er det tydelig at man la stor vekt på at organet skulle foreta en rettsavklaring på et tidlig stadium i saken og dermed bidra til å løse tvister på en effektiv, uhildet og grundig måte.<sup>20</sup>

#### 9.1.1 Behov for endringer

Erfaringen viser at muligheten til tidlig tvisteløsning benyttes. Antall nye saker til KOFA har økt vesentlig i de siste årene, og en rekke av sakene er prioriterte rådgivningssaker, dvs. saker hvor oppdragsgiver avventer inngåelse av kontrakt i påvente av uttalelse fra klagenemnda.

Ovennevnte hjemmel i forskriftens § 10 sjette ledd til å ta initiativ til å bilegge tvisten uten formell skriftlig klagebehandling benyttes imidlertid svært sjelden. Dette kunne passe i saker som sekretariatet ellers hadde avvist. Alternativt i saker hvor det kun foreligger ett eller få helt betydningsløse brudd i en ellers omfattende sak og hvor sekretariatet mener at de øvrige anførselene er ubegrunnede eller uhensiktsmessige for behandling i klagenemnda.

<sup>19</sup> Finansklagenemnda Årsberetning 2011, side 23

<sup>20</sup> Høringsnotat – Opprettelse av tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser, side 24-25.

I realiteten dreier det seg om at saken avgjøres uten en formell og endelig skriftlig uttalelse ved at saken trekkes fra klagers side. Her kunne man tenkt seg en ordning hvor sekretariatet tok kontakt med klager og innklagede, ga uttrykk for sitt foreløpige syn på saken og de ulike anførselene, og at klager ble gitt anledning til å trekke saken. Dette kunne vært ressursbesparende for sekretariatet siden det ikke trenger å lage en skriftlig uttalelse i saken.

For klagers del kunne dette vært fordelaktig siden han slipper å bruke mer ressurser på en sak som uansett ikke hadde ført frem. Siden klagenemnda da normalt vil ha brukt mindre ressurser på saken kunne det vært aktuelt å vurdere tilbakebetaling av hele eller deler av klagegebyret. Departementet stiller seg imidlertid tvilende til en slik løsning. Hensikten med å øke saksbehandlingsgebyret var bl.a. å heve terskelen noe for innsending av klager til nemnda med det som formål å redusere saksbehandlingstiden. Hvis departementet siden innfører en hjemmel for tilbakebetaling hvis klager trekker saken er det fare for at gebyrøkningen ikke får tilsiktet virkning.

Departementet mener derfor at det ikke er behov for forskriftsendringer på dette punktet, men understreker imidlertid at klagenemnda etter nåværende regelverk kan ta initiativ til å bilegge tvister uten formell skriftlig klagebehandling.

## 9.2 Plikt til å behandle alle saker

### 9.2.1 Bør klagenemnda kunne prioritere sine ressurser i større grad?

Høringsnotatet for opprettelsen av klagenemnda adresserer ikke direkte spørsmålet om nemnda har en plikt til å behandle alle saker. Det gjør imidlertid høringsnotatet om innføring av overtredelsesgebyr av 7. april 2005, hvor det står følgende:

*”Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr og utvidelsen av kretsen av klageberettigede, kan lede til en økning av antall klager. Spørsmålet er om de [red.anm. KOFA] fortsatt skal ha plikt til å behandle alle klagenemnda mottar, eller om det skal være opp til nemnda å prioritere sine ressurser.*

*I følge KOFA-forskriften § 9 avgjør sekretariatet om en klage skal tas til behandling, og kan avvise klager som er ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling. Departementet antar at denne adgangen til å avvise saker er tilstrekkelig. Følgelig foreslås det at nemnda fortsatt skal ha plikt til å behandle alle saker som ikke kan avvises med hjemmel i forskriftens § 9.”<sup>21</sup>*

For at KOFA skal kunne utføre sine oppgaver og opprettholde målet om å være et effektivt tvisteløsningsalternativ til domstolene, kunne det vært hensiktsmessig å ha en viss fleksibilitet ved avvising av saker. I dag behandler klagenemnda alle saker som ikke avvises etter §§ 6 og 9 i forskriften. Det er sekretariatet som avgjør hvilke saker som skal avvises, mens nemnda kan avvise enkeltanførsler i en sak når saken som sådan nemndbehandles. Departementet har derfor ved gjennomgangen av klagenemnda tatt opp spørsmålet om nemnda bør kunne prioritere sine ressurser i større grad. Argumentene for en slik løsning er at det kunne redusert saksbehandlingstiden i de aktuelle sakene som nemnda ønsker å prioritere. Argumentene mot en slik løsning er at det ville være uforutsigbart for klagerne, samtidig som det strider mot klagenemndas grunnleggende rolle som et tvisteløsningsorgan. Departementet synes

---

<sup>21</sup> Høringsnotat om forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (ved innføring av bl.a. overtredelsesgebyr), pkt. 6.3.3.

sistnevnte argumenter veier tyngst, og har derfor kommet frem til at det ikke er ønskelig med endringer på dette punktet. Dialogen med referansegruppen og klagenemnda understøtter denne konklusjonen.

## **10. Oppnevning av setteleder**

### **10.1 Bakgrunn**

Forskriften § 3 tredje punktum lyder:

*”Blant medlemmene oppnevner Kongen en leder.”*

Forskriften regulerer ikke hvordan en setteleder skal oppnevnes og forarbeidene for opprettelsen av klagenemnda omtaler ikke denne problemstillingen. Dette er imidlertid en praktisk problemstilling når leder er inhabil, siden leder er utpekt som klageinstans i avvisningssaker, jf. § 9.

### **10.2 Departementet skal kunne oppnevne setteleder**

Myndigheten til å oppnevne nemndmedlemmer er lagt til Kongen for å reflektere nemndas uavhengige rolle. I praksis oppnevnes nemndas medlemmer av Kongen i statsråd. Etter forvaltningsloven § 9 første ledd kan dette tale for at Kongen i statsråd også bør oppnevne setteleder. Dette er imidlertid svært upraktisk, og vil forsinke saksbehandlingen ved at departementet må fremme en kongelig resolusjon der setteleder blir oppnevnt. Det er i partenes interesse at saksbehandlingen er så effektiv som mulig, og departementet mener at en behandling i statsråd vil forsinke saksbehandlingen unødvendig. Departementet foreslår derfor å fastslå i forskriften at departementet kan oppnevne setteleder.

Departementet foreslår å innføre en ny bestemmelse i § 3 første ledd som vil lyde:

*”Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet kan oppnevne setteleder når leder er inhabil.”*

## **11. Saksbehandlingsregler**

I dette kapitlet foreslår departementet å endre regelverket som gjelder for behandling av spørsmålet om samtykke til fremleggelse av bevis for klageorganet. Endringsforslaget vil innebære at klagenemndas leder vil kunne avgjøre samtykkevurderingen, jf. tvisteloven § 22-3 annet ledd. Klagenemnda som skal behandle saken, kan overprøve beslutningen jf. tvl. § 22-3 tredje ledd.

Departementet foreslår også å endre § 6 annet ledd siste punktum. Det følger av denne bestemmelsen at klage til KOFA må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Det er imidlertid ikke fastsatt noen tilsvarende frist for å bringe saker inn for nemnda i de tilfeller der oppdragsgiver ikke har inngått noen kontrakt. Departementet foreslår nå å innføre en slik regel.

### **11.1 Dokumentasjon som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt**

#### **11.1.1 Bakgrunn**

Forskriften § 11 lyder:

*”For partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis, gjelder lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 21-3 annet ledd annet punktum, § 21-5 og § 26-5, jf. kapittel 22, og § 26-6 tilsvarende så langt de passer. Eventuelle pålegg om fremleggelse gis av sekretariatet, av eget tiltak eller på begjæring fra en av partene. Pålegg kan påklages til klagenemndas leder i samsvar med reglene i forvaltningslovens § 14.”*

Det fremgår klart av drøftelsen i forarbeidene av spørsmålet om dokumentinnsyn at klagenemnda og partenes rett til dokumentinnsyn skal tilsvare det som gjelder ved ordinær domstolsbehandling.<sup>22</sup> Det ville vært uheldig hvis partene hadde større adgang til taushetsbelagte bedrifts- og forretningshemmeligheter i klagenemnda sammenlignet med en domstolsprosess.

Tvisteloven (tvL.) § 22-3 oppstiller bevisforbud for drifts- og forretningshemmeligheter som oppdragsgiver har lovbestemt taushetsplikt om. Utgangspunktet er at det ikke kan føres bevis når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt, jf. tvL. § 22-3 første ledd. Systemet etter tvisteloven er at det først er oppdragsgiver som må vurdere hvilke opplysninger som er taushetsbelagt. Opplysninger som oppdragsgiver vurderer å være undergitt taushetsplikt, legges ikke frem for domstolene. En av sakens parter kan imidlertid begjære at departementet gir samtykke til at opplysningene likevel legges frem, jf. tvL. § 22-3 annet ledd. Nekter departementet å gi slikt samtykke, kan domstolen beslutte at opplysningene likevel skal gjøres kjent, jf. 22-3 tredje ledd. Departementet skal få redegjøre for sitt standpunkt før retten treffer sin avgjørelse.

Siden tvL. § 22-3 også gjelder for klagenemnda, må nemnda ha tilsvarende kompetanse som retten, jf. KOFA-forskriften § 11. Avgjørelsen om eventuelt samtykke fra departementet kan dermed overprøves av nemnda, men først etter at departementet har fått anledning til å redegjøre for sitt standpunkt, jf. tvL. § 22-3 tredje ledd. Etter forskriften § 11 annet punktum er det klagenemndas sekretariat som kan gi eventuelle pålegg om fremleggelse. Disse kan gis av eget tiltak eller på begjæring fra partene. Pålegg kan etter gjeldende rett påklages til klagenemndas leder i samsvar med reglene i forvaltningslovens § 14. Denne klagemuligheten har kun vært benyttet én gang, så vidt departementet er kjent med.

For tvisteløsning i KOFA innebærer et eventuelt samtykke fra departementet at opplysninger som er omfattet av lovbestemt taushetsplikt, kan fremlegges for klagenemnda og den andre parten i saken. Den andre parten ilegges i så fall taushetsplikt.

### **11.1.2 Forslag til endringer**

Etter tvL. § 22-3 annet ledd må departementet innhente dokumenter, og foreta vurderingen av om de inneholder forretningshemmeligheter. At denne vurderingen er lagt til departementet forsinker saksbehandlingen i KOFA. Dette er ikke en hensiktsmessig løsning, siden klageorganet er ment å være et effektivt og hurtig tvisteløsningsorgan. Departementet mener derfor at nåværende regelverk er ineffektivt på dette punktet og foreslår å endre KOFA-forskriften slik at samtykkevurderingen foretas av klagenemndas leder i første omgang, med overprøvningsmulighet for den aktuelle nemnda som skal behandle saken.

Vurderingstemaet for klagenemndas leder vil være det samme som etter tvisteloven § 22-3 annet ledd. I henhold til bestemmelsen i tvisteloven kan samtykke bare nektes når bevis-

---

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 3 (2000-2001) om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, side 18.



føringen kan utsette staten eller allmenne interesser for skade eller virke urimelig overfor den som har krav på hemmelighold. Sekretariatets anmodning om samtykke til klagenemndas leder vil skje enten etter begjæring om bevisfremleggelse fremsatt av en av partene eller av eget tiltak, jf. KOFA-forskriften § 11 annet punktum. Når nemndas leder har fattet en beslutning, vil sekretariatet opptre i henhold til denne.

Dersom klagenemndas leder samtykker, vil sekretariatet pålegge parten å fremlegge det aktuelle beviset som er underlagt lovbestemt taushetsplikt. De medlemmene av nemnda som skal behandle saken mottar deretter beviset. Etter tvistelovens 22-3 tredje ledd har nemnda muligheten til å foreta en selvstendig vurdering av om beviset skal føres selv om samtykke er nektet, eller at beviset ikke skal føres selv om klagenemndas leder har samtykket. Klagenemndas leder skal få redegjøre for sitt standpunkt før nemnda treffer avgjørelse, jf. § 22-3 tredje ledd siste punktum.

Siden samtykket til å gi pålegg om bevisfremleggelse, som er fattet av klagenemndas leder, kan overprøves av nemnda, vil tottrinnsbehandlingen av spørsmålet som tvisteloven § 22-3 legger opp til, være ivaretatt. Vurderingstema for nemnda vil være det samme som etter tvistelovens § 22-3 tredje ledd, og det vil bli foretatt en avveining av hensynet til taushetsplikten og hensynet til sakens opplysning i spørsmålet om beviset skal føres.

Etter de foreslåtte endringene vil KOFA-forskriften § 11 lyde (endringer i kursiv, slettet tekst overstrøket):

”For partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis, gjelder lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 21-3 annet ledd annet punktum, § 21-5 og § 26-5, jf. kapittel 22, og § 26-6 tilsvarende så langt de passer. Eventuelle pålegg om fremleggelse gis av sekretariatet, av eget tiltak eller på begjæring fra en av partene. *Klagenemndas leder kan samtykke til at bevis føres jf. tvl. § 22-3 annet ledd. Avgjørelsen om samtykke kan overprøves av klagenemnda, jf. tvl. § 22-3 tredje ledd. Pålegg kan påklages til klagenemndas leder i samsvar med reglene i forvaltningslovens § 14.*”

## **11.2 Innføring av frist for klage på seks måneder der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene**

### **11.2.1 Bakgrunn**

Det følger av forskriften § 6 annet ledd at:

*”Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnløstelse, handling eller beslutning. Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver.”*

Det er ikke fastsatt noen eksplisitt tidsfrist for de tilfeller der det ikke er inngått noen kontrakt, typisk der konkurransen blir avlyst eller tilbudene i konkurransen totalforkastes.

I slike tilfeller har nemnda vurdert om sak kan fremmes ut fra kravet til *saklig interesse*, jf. forskriftens § 6 annet ledd første punktum. Det vil si at det er foretatt en konkret vurdering av om klager (fremdeles) kan anses å ha saklig klageinteresse i saker der det ikke er inngått noen kontrakt. Det vises til klagenemndas saker 2008/216 og 2008/97.

### 11.2.2 Endringsforslag

For å gjøre det rettslige bildet klarere foreslår departementet å innføre en fast klagefrist for de tilfellene der det ikke er inngått kontrakt, dvs. der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene. Det er ønskelig med et enkelt regelverk og departementet foreslår derfor at fristen for å fremsette klage skal være like lang som der det er inngått kontrakt, dvs. seks måneder.

Etter de foreslåtte endringene vil KOFA-forskriften § 6 annet ledd lyde (endringer i kursiv):

”Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnløstelse, handling eller beslutning. Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver, *eller seks måneder etter at oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene i konkurransen.*”

## 12 Avvisning av en klage – klagenemnda

### 12.1 Bakgrunn

For at klagenemnda skal kunne utføre sine oppgaver og opprettholde målet om å være et effektivt tvisteløsningsalternativ til domstolene, er det i visse tilfeller nødvendig å avvise saker eller bestemte anførsler i en sak. Avvisning av en hel sak skjer som regel av sekretariatet, mens nemnda kan avvise enkeltanførsler i en sak når saken som sådan nemndbehandles. Avvisning skjer med hjemmel i klagenemndforskriften §§ 6 og/eller 9.

Avvisning etter § 6 skjer for eksempel når klagen ikke gjelder unnløstelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesregelverket, eller når klager mangler saklig interesse i å få avgjort de anførte bruddene. Det kan for eksempel være at klager ikke har noen tilknytning til den påklagede anskaffelsen ved at selskapet ikke har deltatt i konkurransen og heller ikke ville vært potensiell leverandør av det som er anskaffet. Når det gjelder interesseorganisasjoner må det vurderes konkret om disse kan ha saklig interesse. Klager som er gjort unødvendig vidløftige eller antall anførsler som ikke kan sies å stå i et rimelig forhold til sakens viktighet for klager har også vært avvist etter § 6.

Avvisning etter § 9, dvs. at klagen er ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling kan for eksempel skje i følgende tilfeller: Klagen kan åpenbart ikke føre frem, for eksempel fordi klagen i det vesentlige gjelder forhold som ligger innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Saken krever teknisk eller faglig innsikt eller kyndighet som klagenemnda som utelukkende består av jurister, ikke besitter. En avgjørelse av saken beror på bevissspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling. Klagers anførsler er for vage til at det er mulig å ta stilling til dem. Klagenemnda mangler tilstrekkelig faktisk grunnlag til å ta stilling til saken, eller enkelte anførsler i saken.

Dette viser at det er mange typetilfeller som kan lede til avvisning etter § 6 og/eller § 9.

### 12.2 Innføring av en ny avvisningshjemmel for klagenemnda

Forskriften inneholder ikke en avvisningshjemmel for klagenemnda der saken allerede er tatt opp til nemndbehandling. Verken forarbeider eller høringsnotatet for opprettelsen av klagenemnda inneholder føringer på dette punktet. Departementet mener imidlertid at det neppe har vært meningen at klagenemnda skal være avskåret fra å kunne avvise en sak som nemnda mener burde vært avvist av sekretariatet etter §§ 6 og/eller 9. Tvert i mot mener



departementet at det fremstår som uhensiktsmessig hvis klagenemnda er pliktig til å behandle en sak som de mener burde vært avvist.

For å unngå tvil om ovennevnte foreslår departementet å innføre en ny bestemmelse § 9a i forskriften om dette.

Forskriften § 9a vil lyde (endringer i kursiv):

*”§ 9a Nemndas avvisning av klage*

*Nemnda kan avvise klage etter denne forskrifts § 6 og § 9. Klager kan påklage avgjørelsen til klagenemndas leder som avgjør spørsmålet. Klagen må foreligge senest tre virkedager etter at klager ble kjent med avgjørelsen.”*

### **13. Økonomiske og administrative konsekvenser**

De gjennomsnittlige kostnadene ved å behandle en sak i klagenemnda er i underkant av 40 000 kr, hvorav selve nemndbehandlingen koster 13 800 kr (nemndhonorar er 4 600 kr per medlem).

Forslagene i kapittel 6 om forenklet saksbehandling i opplagte saker vil medføre økonomiske besparelser for klagenemnda. Besparelsen er 9 200 kr pr. sak hvis man velger å endre forskriften slik at ett nemndmedlem kan avgjøre opplagte saker. Hvis man velger å legge denne oppgaven til sekretariatet, er besparelsen 13 800 kr per sak (forutsatt at saken ikke påklages til nemndas leder, som i så fall skal honoreres med 4 600 kr for behandlingen av saken). Den sistenevnte løsningen innebærer kortere saksbehandlingstid siden saken ikke skal til nemndbehandling, men for de sakene om påklages er det mer usikkert om saksbehandlingstiden blir kortere.

Ovennevnte forslag i pkt. 6 om at nemnda settes med fem medlemmer i prinsipielle saker vil medføre økte kostnader. Nemndhonorar for en slik behandling vil koste 23 000 kr, dvs. 9 200 kr mer enn en ”ordinær” nemndbehandling. Dette antas å gjelde i 1-2 saker per år.

Endringsforslaget i kapittel 11 om dokumentfremleggelse innebærer at klagenemndas leder i første omgang må vurdere om de relevante dokumentene inneholder forretningshemmeligheter. Honorar i en slik sak er 4 600 kr. Sekretariatet anslår at det er ca 5 slike saker i året, noe som vil utgjøre 23 000 kr.

Departementet mener ikke at det er noen særlige administrative konsekvenser forbundet med forskriftsendringene.

### **14. Forslag til endringer i KOFA-forskriften**

I forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser skal følgende bestemmelser lyde (ny tekst i kursiv og slettet tekst overstrøket):

#### **§ 3. Klagenemnda**

Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. I særlige tilfeller kan det oppnevnes medlemmer for en kortere periode. *Maksimal funksjonstid er åtte år. Medlemmene kan unntaksvis gjenoppnevnes etter åtte år.* Blant medlemmene oppnevner

Kongen en leder. *Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet kan oppnevne setteleder når leder er inhabil.* Medlemmene kan ikke avsettes eller suspenderes i perioden med mindre det foreligger særlig grunn.

## **§ 6. Klagegjensstand og klageinteresse**

Klage til klagenemnda må gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning. Klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver, *eller seks måneder etter at oppdragsgiver har avsluttet konkurransen eller totalforkastet tilbudene i konkurransen.*

Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans kan klagen ikke tas til behandling.

## **§ 9a. Nemndas avvising av klage**

*Nemnda kan avvise klage etter denne forskrifts § 6 og § 9. Klager kan påklage avgjørelsen til klagenemndas leder som avgjør spørsmålet. Klagen må foreligge senest tre virkedager etter at klager ble kjent med avgjørelsen.*

## **§ 11. Dokumentfremleggelse**

For partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis, gjelder lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 21-3 annet ledd annet punktum, § 21-5 og § 26-5, jf. kapittel 22, og § 26-6 tilsvarende så langt de passer. Eventuelle pålegg om fremleggelse gis av sekretariatet, av eget tiltak eller på begjæring fra en av partene. *Klagenemndas leder kan samtykke til at bevis føres jf. tvl. § 22-3 annet ledd. Avgjørelsen om samtykke kan overprøves av klagenemnda, jf. tvl. § 22-3 tredje ledd. Pålegg kan påklages til klagenemndas leder i samsvar med reglene i forvaltningslovens § 14.*"

Det vises til pkt 6.2 ovenfor hvor departementet skisserer to alternative løsninger. Med utgangspunkt i løsning nr. 1 vil § 12 lyde:

## **§ 12. Nemndas rådslagning og uttalelse**

Klagenemnda settes *som hovedregel* med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Beslutningen om uttalelsens innhold treffes med simpelt flertall. *I opplagte saker settes nemnda med ett medlem. Med opplagte saker menes saker hvor juss og faktum ikke er omstridt og hvor praksis er klar og tydelig. Saken kan ikke reise prinsipielle spørsmål. Nemnda kan settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning.*

Klagenemnda skal uttale om det er begått brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Uttalelsen skal være skriftlig og begrunnet. Slutningen skal angi hvilke regler som i tilfelle er brutt og hvilke omstendigheter som representerer slikt brudd. Nemnda skal i slutningen ikke uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd. Dersom nemnda finner grunn til det kan den uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt.

Klagenemnda kan bare prøve lovmessigheten av unnlattelsen, handlingen eller beslutningen. Klagenemnda kan ikke gå utenfor partenes anførsler og påstander.

Dersom klagenemnda finner grunn til det, kan den rette en henvendelse til innklagede med forespørsel om hva som vil bli gjort for å rette feilen eller unngå tilsvarende feil i fremtiden.

Med utgangspunkt i løsning nr. 2 kan det innføres en ny bestemmelse § 12a i forskriften:

### **§ 12a Opplagte saker**

*Sekretariatet kan uttale seg i opplagte saker. Med opplagte saker menes saker hvor juss og faktum ikke er omstridt og hvor praksis er klar og tydelig. Saken kan ikke reise prinsipielle spørsmål. Klager kan påklage avgjørelsen til klagenemndas leder. Klagen må foreligge senest tre virkedager etter at klager ble kjent med avgjørelsen.”*

### **§ 15. Nærmere retningslinjer for saksbehandlingen**

Klagenemnda kan innenfor rammene av denne forskrift fastsette nærmere retningslinjer for saksbehandlingen, herunder delegere oppgaver til leder og sekretariat. Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker kapittel I til III gjelder tilsvarende for nemndas virksomhet.

*Klagenemndas medlemmer fungerer uavhengig av sitt yrke, arbeidsgiver og sin øvrige stilling. De kan ikke instrueres faglig av departementet, sekretariatet eller de øvrige medlemmene.*

*Før en sak sendes til nemndbehandling skal sekretariatet vurdere om forhold ved saken kan medføre inhabilitet for et nemndmedlem. Før saken sendes til nemndbehandling skal sekretariatet sende de nemndmedlemmene som skal behandle saken opplysninger som gjør det mulig for medlemmene å vurdere sin habilitet.*

*Et nemndmedlem anses som inhabil til å delta i behandlingen av en sak når en av sakens parter er representert av en prosessfullmektig fra samme firma som nemndmedlemmet.*