

KONGELIG RESOLUSJON

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

Statsråd: Rigmor Aasrud

Ref nr.:

Saksnr.: 12/49

Dato: 1. februar 2013

**Forskrift om endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om
klagenemnd for offentlige anskaffelser**

KONGELIG RESOLUSJON

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

Statsråd: Rigmor Aasrud

Ref nr.:

Saksnr.: 12/49

Dato: 1. februar 2013

Forskrift om endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

1. Hva saken gjelder

Med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 12 legger Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet frem forslag til forskrift om endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

2. Bakgrunnen for forskriftsendringene

Ved opprettelsen av klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) ble det lagt stor vekt på at tvisteløsningsorganet skulle kunne løse tvister raskt og smidig, og dermed på et lavt konfliktnivå.

Departementet har derfor sett med bekymring på den økende saksbehandlingstiden i nemnda, som går utover nemndas rolle som et effektivt tvisteløsningsorgan.

For å forbedre situasjonen varslet departementet i Prop. 1 S (2011-2012) *Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet* en gjennomgang av klagenemnda for å se om det er behov for endringer i nemndas innretning og rammevilkår. Gjennomgangen ble delt i to, hvor den første delen omfattet økning av saksbehandlingsgebyret. Den fikk virkning fra 1. juli 2012, og saksbehandlingsgebyret tilfaller KOFAs budsjett fra dette tidspunktet. Formålet med den andre delen av gjennomgangen har vært å identifisere forbedringsbehov hos klagenemnda, herunder nemndas og sekretariatets regler og rutiner for behandling av klager, nemndas sammensetning og organisering, nemndas habilitet, kompetanse osv.

3. Høring

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet sendte forslag til endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser på høring den 6. juli 2012. Høringsfristen var 19. oktober 2012. Departementet mottok 40 høringsuttalelser, hvorav 30 uttalelser med merknader.

4. Forskriftsendringene

4.1 Nedfelling av habilitetsregler

Departementets oppfatning er at advokater i klagenemnda tilfører en viktig praktisk tilnærming til nemndas vurderinger. Siden nemnda ble opprettet har praktiserende advokater innenfor anskaffelsesområdet derfor blitt oppnevnt til nemnda. Dette har vært gjenstand for kritikk, da det ikke alltid er synlig for brukerne om habilitetshensyn er ivarettatt. Klagenemndas sekretariat har imidlertid strenge interne rutiner ved vurdering av habilitet i hver enkelt sak. Departementet foreslo derfor endringer i forskriften, for å synliggjøre sekretariatets interne rutiner, samt medlemmenes habilitet og uavhengighet. Videre ble det foreslått å innføre en regel som var særskilt rettet mot advokater.

Åtte høringsinstanser støtter departementet i at det er viktig av å ha advokater i nemnda. Bergen kommune fremhever at de er de eneste medlemmene i nemnda som jevnlig får praktisk anskaffelseserfaring. Tre høringsinstanser er kritisk til bruk av advokater i nemnda. Statens Vegvesen påpeker den dobbeltrollen som oppstår ved å være medlem av nemnda i noen saker og partsrepresentant i andre saker. Ingen høringsinstanser gikk imot forslaget om å synliggjøre sekretariatets interne rutiner, samt medlemmenes habilitet og uavhengighet i forskriften. To høringsinstanser mente at det ikke er hensiktsmessig å regulere særskilt en situasjon som åpenbart fører til inhabilitet for advokatene.

Departementets oppfatning om at det er viktig at advokater er representert i nemnda, er blitt styrket igjennom høringsprosessen. Departementet fastholder forslaget om å synliggjøre sekretariatets interne rutiner, samt medlemmenes uavhengighet. Departementet opprettholder imidlertid ikke forslaget om å innføre en regel som regulerer en særskilt situasjon som fører til inhabilitet for advokater – dette vil uansett omfattes av den generelle habilitetsbestemmelsen.

4.2 Fem medlemmer i nemnda i prinsipielle saker

Departementet foreslo å øke antall nemndmedlemmer til fem i saker av prinsipiell betydning, dvs. der man ønsker å endre lang praksis i klagenemnda, eller saker som har store konsekvenser for hvordan det offentlige organiserer sine anskaffelser. Hver enkelt avgjørelse vil få større tyngde, og dermed bidrar til økt rettsenhet og rettsavklaring. Det antas å kun bli behov for 1-2 slike behandlinger i året, slik at kostnadene blir minimale.

Ni høringsinstanser støtter forslaget og mange fremhever viktigheten av at prinsipielle avgjørelser er så gjennomtenkte som mulig. To høringsinstanser er imot. De fremhever at klagenemnda allerede har fattet en del prinsipielle avgjørelser uten at det har vært behov for å sette nemnda med fem medlemmer.

Departementet mener at det ikke har fremkommet momenter som endrer vurderingen av at nemnda bør kunne settes med fem medlemmer i saker av prinsipiell betydning og opprettholder forslaget.

4.3 Begrensning på åtte år for funksjonstid i nemnda.

Medlemmene oppnevnes i dag for fire år av gangen, men det er ingen begrensning på antall perioder/år. Departementet foreslo å innføre en tidsbegrensning på åtte år, med et handlingsrom for det tilfelle at mange trer ut av nemnda samtidig.

Samtlige åtte som uttalte seg om dette, støtter forslaget. KS vektlegger viktigheten av at de medlemmene som i dag har sittet over åtte år, skiftes ut over noe tid for å ivareta kontinuitet.

Ingen høringsinstanser går imot forslaget og departementet foreslår å innføre tidsbegrensningen på åtte år. Departementet vil sørge for å ta hensyn til kontinuitet ved utskiften av medlemmer.

4.4 Klagenemndas leder avgjør spørsmål om samtykke til bevisførsel

Der oppdragsgiver nekter innsyn i dokumentasjon ved behandling av en klagesak og påberoper seg at den er underlagt lovbestemt taushetsplikt, skal det aktuelle fagdepartement foreta en samtykkevurdering. Det forsinker saksbehandlingen at denne vurderingen er lagt til det aktuelle fagdepartementet. Dette er ikke en hensiktsmessig løsning, da klagenemnda er ment å være et effektivt og hurtig tvisteløsningsorgan. Departementet foreslo derfor at det er klagenemndas leder (og ikke departementet) som skal foreta samtykkevurderingen i første omgang, med overprøvningsmulighet til den aktuelle nemnda som skal behandle saken.

Fem høringsinstanser støtter forslaget. Én av disse er Justis- og beredskapsdepartementet, som bemerker at både samtykkekompetansen og overprøvningsadgangen vil ligge hos medlemmer av klagenemnda – henholdsvis dets leder og de medlemmene som deltar i behandlingen av den aktuelle klagesaken. De understreker videre at medlemmene av nemnda og nemndas leder skal være faglig uavhengige av hverandre. De legger også til grunn at Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har funnet den foreslåtte ordningen akseptabel med hensyn til de forventningene klager og oppdragsgiver kan ha til uavhengighet mellom instanser som skal delta i en totrinnsbehandling. KOFA går imot forslaget og kan vanskelig se at det er grunn til å fravike systemet i tvisteloven. De mener også at forslaget ikke vil øke klagenemndas effektivitet, men tvert imot innebære mer arbeid for dem. Advokatforeningen går også imot forslaget og mener at det er i strid med tvistelovens system, som sikrer at avgjørelsen om samtykke skal tas av et kompetent organ uavhengig av det som skal fatte selve avgjørelsen i saken.

Departementet vektlegger at Justis- og beredskapsdepartementet, som forvalter tvisteloven, ikke har innvendinger mot den foreslåtte endringen. Det er riktig, som klagenemnda selv påpeker i sin høringsuttalelse, at det kun er få tilfeller at departementene må vurdere spørsmålet om samtykke. De tilfellene viser imidlertid at det tar u hensiktsmessig lang tid for departementene å behandle denne typen saker. Departementet mener derfor at forslaget vil forkorte saksbehandlingstiden i disse sakene.

Vedrørende Advokatforeningens innspill om uavhengighet, understreker departementet at nemndas medlemmer sitter uavhengige av hverandre og klagenemndas leder. De kan dermed ikke instrueres faglig. Departementet mener derfor at forslaget ikke reiser problemer knyttet til at instansene i en totrinnsbehandling skal være uavhengige.

4.5 Avvisningshjemmel for klagenemnda

Forskriften inneholder ikke en hjemmel for klagenemnda til å avvise en sak som allerede er tatt til nemndbehandling. Det kan ikke være meningen at klagenemnda skal være avskåret fra å kunne avvise en sak som burde ha vært avvist av sekretariatet etter §§ 6 og/eller 9. I høringsnotatet foreslo departementet derfor å innføre en slik hjemmel.

Ingen høringsinstanser hadde innvendinger til at nemnda fikk en slik hjemmel, men tre uttalte at en slik avvisningsbeslutning må være endelig. Departementet foreslår derfor å innføre en avvisningshjemmel i forskriften og presiserer at en slik beslutning er endelig.

4.6 Mindre endringsforslag

I høringsnotatet ble det foreslått at Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet skal kunne oppnevne setteleder når klagenemndas leder er inhabil. Det foreslås også at det innføres en klagefrist på seks måneder der oppdragsgiver har avlyst konkurransen eller totalforkastet tilbudene i konkurransen.

Ingen høringsinstanser hadde innvendinger til disse forslagene og de foreslås gjennomført.

4.7 Forslag fra høringen som departementet velger å vente med

I høringsnotatet ba departementet om høringsinstansenes syn på to alternative forslag til forenklet saksbehandling i såkalte opplagte saker, samt synspunkter på eksisterende ordning der tre medlemmer avgjør den enkelte sak. Det første forslaget innebærer at nemnda settes med ett medlem (tre medlemmer er hovedregelen i dag). Avgjørelsen tilføres da den kvaliteten som nemnda, som består av høyt kvalifiserte jurister, besitter. Avgjørelsen vil ikke kunne påklages. Det andre alternative forslaget innebærer at sekretariatet får fullmakt til å avgjøre opplagte saker med klagemulighet til KOFAs leder.

Fem av høringsinstansene støttet det første alternative forslaget og trakk frem at nemndmedlemmene tilfører KOFAs uttalelser kvalitet på

grunn av deres bakgrunn og yrkeserfaring. Tolv høringsinstanser støttet det andre forslaget siden de antok at det ville være mest ressursbesparende, både med hensyn til tid og økonomi. Fire høringsinstanser gikk imot begge de skisserte forslagene.

KOFA så sterke betenkeligheter ved å innføre en forenklet saksbehandling i visse typer saker. De mente at dagens ordning fungerer bra, og at det ikke innebærer noen nevneverdig forsinkelse i saksbehandlingen at sakene avgjøres av tre medlemmer. KS, Advokatforeningen og Statsbygg fremhevet at det er viktig for å opprettholde nemndas legitimitet og videreføre dens viktige samfunnsrolle, at nemndas avgjørelser avsies av flere medlemmer.

De to alternative forslagene var utarbeidet i en tid hvor KOFA-situasjon var preget av stor saksmengde, restanser og lang saksbehandlingstid. Etter økningen i klagegebyret 1. juli 2012 har vist seg at antall innkomne saker til nemnda har gått betydelig ned. Saksbehandlingstiden har riktignok ikke gått ned enda, men departementet mener at det er naturlig å forvente at den vil forbedre seg i løpet av første halvdel 2013. Vi mener derfor at det er mest fornuftig å legge de alternative forslagene til forenklet behandling på is inntil høsten 2013. På det tidspunktet vil man kunne vurdere saksbehandlingstiden basert på ett års erfaring med økte klagegebyrer. Departementet velger derfor å vente med dette forslaget.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

t i l r å r

Forskrift om endring av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser fastsettes i samsvar med vedlagte forslag.

Forskrift om endring av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Fastsatt ved kongelig resolusjon 1. februar 2013 med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 § 12. Fremmet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

I

I forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser gjøres følgende endringer:

§ 3 skal lyde:

”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 annet ledd annet punktum skal lyde:

”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.”

Nytt annet ledd § 9 skal lyde:

”Selv om sekretariatet har tatt en klage til behandling, kan klagenemnda senere avvise klagen i medhold av første ledd og § 6. En slik avgjørelse er endelig.”

§ 11 tredje punktum oppheves.

§ 11 tredje og fjerde punktum skal lyde:

”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.”

§ 12 første ledd skal lyde:

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

Nytt annet og tredje ledd § 15 skal lyde:

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

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.”

II

Ikraftsetting

Endringene trer i kraft 1. mars 2013.