



**Klagenemnda  
for offentlige anskaffelser**

Nærings og fiskeridepartementet  
Postboks 8090 Dep  
0032 OSLO  
Norge

*Deres referanse*  
15/1998-1

*Vår referanse*  
2015/37

*Dato:*  
14.08.2015

**KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – SVAR PÅ HØRING OM  
ENDRINGER I REGLENE OM HÅNDHEVELSE AV REGELVERKET OM  
OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

**Innledning**

Vi viser til departementets brev 13. april 2015 om forslag til endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser.

Klagenemnda støtter i hovedsak departementets forslag. I det store og hele er det nemndas syn at departementet har løst problemstillingene med at både domstolene og nemnda skal kunne sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser på en god måte. Klagenemnda har likevel et annet syn i spørsmålet om tilbakebetaling av gebyr i rådgivende saker og ellers noen merknader til forslagene.

Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å nevne at det kan være ulike meninger i nemnda om de forskjellige forslagene. Denne høringsuttalelsen uttrykker flertallets syn og representerer ikke nødvendigvis den enkeltes synspunkt.

**Overtredelsesgebyr og søksmålskompetanse**

Som departementet fremholder, har endringen i håndhevelsesreglene, hvor det er domstolen som nå skal sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, medført at håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser i praksis nærmest har stoppet opp. Dette er særlig uheldig fordi det her dreier seg om det alvorligste bruddet på anskaffelsesreglene. Så vidt man har brakt i erfaring, er det inntil i dag kun reist to søksmål for domstolene med påstand om sanksjon for ulovlig direkte anskaffelse. Det haster derfor med å få på plass en sanksjonsordning som fungerer i praksis. Det er også uten videre fornuftig at klagenemnda får tilbake sanksjonsmuligheten ved ulovlige direkte anskaffelser. Da klagenemnda før 1. juli 2012 hadde sanksjonsmyndigheten, avgjorde nemnda 352 slike saker og ila overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse i 81 saker.

**Postadresse:**  
Postboks 439 Sentrum  
5805 Bergen

**Besøksadresse:**  
Rådhusgaten 4  
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postk@kofa.no  
Telefaks: +47 55 59 75 99 [www.kofa.no](http://www.kofa.no)

Klagenemnda tiltrer også forslaget om at skyldkravet ved brudd som kan medføre overtredelsesgebyr, ikke opprettholdes. Erfaring fra klagenemndspraksis viser imidlertid at det er behov for en bestemmelse som gir adgang til å unnlate å ilegge gebyr i enkelte tilfeller. Som et eksempel kan nevnes klagenemndas avgjørelse i sak 2011/149, hvor et skisenter som i stor grad ble drevet gjennom dugnad og frivillighet, ikke ble ilagt overtredelsesgebyr for en ulovlig direkte anskaffelse av snøkanonanlegg. Tilsvarende har nemnda til nå ikke ilagt gebyr for kontraktsinngåelser etter utløpet av vedståelsesfristen, og hvor det altså har vært gjennomført en fullverdig konkurranse. Totalt har klagenemnda så langt kommet til at det har foreligget en ulovlig direkte anskaffelse, men ikke ilagt gebyr, i 33 saker. Disse avgjørelsene finnes på klagenemndas hjemmeside.

Når det gjelder forslaget om at nemnda skal kunne fremme søksmål for å få kjent en kontrakt uten virkning, er nemndas erfaring at ileggelse av overtredelsesgebyr i det vesentlige har vært en adekvat og tilstrekkelig reaksjon mot ulovlige direkte anskaffelser. I flere tilfeller har oppdragsgiver selv tatt initiativ til å bringe den ulovlige direkte anskaffelsen til opphør, med sikte på å redusere gebyrgrunnlaget. I mange tilfeller har også kontraktsperioden utløpt, eller utløpet vært nært forestående, slik at sanksjonen er uaktuell. Klagenemnda er likevel enig i at det kan være tjenlig med denne ekstra sanksjonsmuligheten, selv om den kun unntaksvis vil være aktuell.

Når det gjelder domstolsprøving av klagenemndas vedtak om å ilegge gebyr, er nemnda enig i forslaget om at det innføres en søksmålsfrist. To måneder bør være tilstrekkelig for oppdragsgiver til å avgjøre om vedtaket skal angripes rettslig. Nemnda kan imidlertid ikke se at det er en nødvendig konsekvens av håndhevelsesdirektivet, og lovens bestemmelser som implementerer dette, at søksmål om nemndas vedtak må behandles av domstolen som en sak om en ulovlig direkte anskaffelse, hvor domstolen må ilegge sanksjonene som følger av §§ 13 og 14 dersom vilkårene for dette er oppfylt. Her er det gode grunner til at domstolen kan nøye seg med å prøve alle sider av nemndas vedtak, derunder selve realiteten, uten at dette utløser en plikt for domstolen til også å ilegge andre sanksjoner som ordinært følger av en ulovlig direkte anskaffelse. Allerede rettssikkerhetsmessige hensyn taler for denne løsning. Med forslaget i høringsnotatet vil oppdragsgiver måtte ta i betraktning at domstolen kan ha plikt til å kjenne kontrakten uten virkning, hvis retten deler nemndas syn om at kontrakten representerer en ulovlig direkte anskaffelse. Selv om oppdragsgiver er uenig i nemndas bevisvurdering eller rettsanvendelse, herunder om en intensjonskunngjøring avskjærer nemnda fra å ilegge sanksjoner, vil det kunne fremstå som for risikabelt å søke en rettslig overprøving av nemndas vedtak, fordi resultatet også kan bli at kontrakten elimineres. Dette er uheldig. Som departementet påpeker, er kun to av nemndas overtredelsesgebyr brakt inn for domstolene. Det er nok flere årsaker til dette lave antallet, men uansett bør ikke incitamentet til å søke en rettslig overprøving av nemndas vedtak reduseres. Nemnda foreslår derfor at departementet erstatter den nå foreslåtte regel med en regel som gir oppdragsgiver rett til å bringe vedtaket fra klagenemnda inn til domstolene for en overprøving. Da skal domstolen altså kun overprøve om vilkårene for å ilegge gebyr er oppfylt, i første rekke om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og ta stilling til utmålingen av gebyret. For at andre sanksjoner skal kunne idømmes, må klagenemnda eller en annen med rettslig interesse bringe saken inn for domstolene med påstand om slik sanksjonering.

Særlige spørsmål oppstår når den som har brakt inn en sak om ulovlig direkte anskaffelse, senere ønsker å trekke saken. I enkelte tilfeller er dette helt uproblematisk, og også formålstjenlig fra klagenemndas side, eksempelvis når saksforberedelsen viser at det påklagde kjøpet ikke oversteg terskelverdien, eller når klagen er fremmet for sent. Ved flere slike

anledninger har sekretariatet også selv tatt initiativ til at klagen trekkes fordi det gir en hensiktsmessig avslutning av saken. I andre tilfeller kan dette være mer problematisk. I saker om ulovlig direkte anskaffelse var nemndas praksis å sende ut et forhåndsvarsel før overtredelsesgebyret ble ilagt. Ved flere tilfeller er sekretariatet blitt kontaktet av partene med forespørsel om det er mulig for klageren å trekke saken etter at nemnda har sendt ut forhåndsvarselet. Særlig i tilfeller hvor klageren for øvrig ikke har noen tilknytning til saken, eller lidd noe tap som følge av den ulovlige direkte anskaffelsen, vil det være en viss risiko for at klageren tilbys ytelser eller andre innrømmelser fra oppdragsgiver for å trekke saken. Her ligger også kimen til et uheldig pressmiddel på klagers hånd. Det er et uavklart spørsmål om det forhold at klagen trekkes etter at den er brakt inn for nemnda og forhåndsvarsel er utsendt, er bindende for nemnda. Uansett bør den offentlige interessen i forfølging av ulovlige direkte anskaffelser her være avgjørende. Det er nettopp dette som er, og var, begrunnelsen for at sanksjonsmyndigheten for disse alvorlige bruddene ble tillagt nemnda. Og det er disse offentlige rettshåndhevningssyn som begrunner at klager i disse sakene ikke behøver å ha saklig klageinteresse. Hvis nemnda nå gis tilbake myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr, bør dette forhold reguleres uttrykkelig. Prinsipielt er det for øvrig ikke grunn til å skille mellom situasjonen før og etter at forhåndsvarsel om gebyr er sendt. En hensiktsmessig regulering kan være at nemnda (eller sekretariatet hvis saken ikke er oversendt nemnda) kan velge om behandlingen av saken skal fortsettes selv om klager trekker klagen. Dette kan eksempelvis komme til uttrykk i nytt femte ledd i klagenemndeforskriften § 13a: "*Selv om klagen trekkes, kan klagenemnda velge å fortsette behandlingen av saken og ilegge overtredelsesgebyr eller bringe saken inn for domstolene.*"

Et annet forhold som ikke er omtalt i høringsnotatet, er den foreslåtte endringen av § 15, hvor det nå foreslås at hele forvaltningsloven skal gjelde for nemndas virksomhet, "*så langt det passer*". Dette skiller seg fra nåværende og tidligere regulering, hvor hele forvaltningsloven kun fikk anvendelse i saker om ulovlig direkte anskaffelser hvor nemnda hadde myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Det skaper også uklarhet når man for den enkelte regel må ta stilling til om den passer. Dersom departementet ønsker realitetsendringer, bes det om en redegjørelse for disse. Dersom det ikke ønskes realitetsendringer bør forvaltningsloven kun gis anvendelse så langt den passer for saker om ulovlig direkte anskaffelser. For de rådgivende saker, bør dagens regulering opprettholdes.

### **Endringer i reglene om klagegebyr**

Klagenemnda er enig i forslaget om at klager skal få tilbakebetalt gebyret når klagenemnda konstaterer at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette er en naturlig følge av at det her dreier seg om offentlig rettshåndhevelse, der klager ikke har noen personlig interesse i utfallet. En slik regel vil også være enkel å praktisere.

Når det derimot gjelder tilbakebetaling av klagegebyret i de rådgivende sakene, kan ikke nemnda tiltre departementets forslag. Dersom ethvert brudd på anskaffelsesreglene skal medføre tilbakebetaling, vil det kunne lede til en betydelig vidløftiggjøring av sakene med uønsket merarbeid for klageren, innklagede og klagenemnda. Forslaget om at ethvert brudd skal lede til full tilbakebetaling, vil kunne medføre at sakene blåses opp fra klagers side, og at likt og ulikt anføres i håp om å få konstatert et brudd. Det er selvsagt også lite rimelig at et bagatellmessig brudd skal gi krav på tilbakebetaling i en større klagesak. Men vidløftiggjøringen av sakene og saksbehandlingen vil enn mer kunne gjelde forslaget om å differensiere etter type brudd. I utgangspunktet skal ikke nemnda ta stilling til de rettslige konsekvensene av brudd, jf. klagenemndeforskriften § 12. Partenes fremstilling av saken, og sekretariatets og nemndas saksbehandling, er i tråd med dette. Normalt er sakene derfor ikke

opplyst med sikte på å gjøre nemnda i stand til å vurdere om bruddet "*kan ha*", slik departementet beskriver regelen i høringsnotatet, eller "*har påvirket resultatet av konkurransen*", slik forslaget til ordlyd i § 13 er utformet. En part kan også ha andre og gode grunner til å bringe en sak inn for nemnda enn å få påvist feil av betydning for resultatet. Klagen kan for eksempel være begrunnet i prinsipielle hensyn, eller i et ønske om å få en begrunnelse for valg av leverandør som man i henhold til regelverket har krav på. Undertiden kan også feil ved begrunnelsen reflektere mangler ved selve skjønnsutøvelsen, uten at nemnda har noen foranledning for å vurdere om dette kunne ha påvirket resultatet av konkurransen. Klagenemnda er bundet av partenes anførsler, og kan således ikke gå utenfor disse eller ta opp og vurdere andre regelbrudd på eget initiativ, hvilket likevel kan vise seg å være nødvendig dersom nemnda skal kunne foreta en forsvarlig avgjørelse av hvorvidt de brudd som er behandlet, har påvirket resultatet av konkurransen. Men en slik utvidelse av nemndas kompetanse vil kunne ha uanede konsekvenser, og kan i alle fall ikke begrunnes i behovet for å differensiere tilbakebetalingene av klagegebyret.

Disse forhold vil heller ikke være opplyst av partene, slik at klagenemnda kan måtte gå aktivt ut og etterspørre partenes synspunkter og slik sørge for kontradiksjon. Det kan i tillegg bli nødvendig å innhente ytterligere dokumentasjon.

Etter nemndas oppfatning bør eventuelle utfordringer knyttet til saksbehandlingsgebyret i første rekke løses ved å redusere dette, eksempelvis til kroner 4000. Som foreslått i vårt hørings svar av 18. april 2012 vil det for øvrig være en fordel om klagegebyret knyttes til rettsgebyret, slik at det justeres mer eller mindre automatisk. Nemnda har for øvrig forståelse for at klager kan oppleve det som lite rettferdig å måtte betale hele gebyret når det konstateres brudd. Etter omstendighetene kan imidlertid klager gjennom andre regler kreve disse utgiftene tilbake, jf. loven § 11 som gir rett til erstatning for brudd på regelverket, jf. også Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2008 side 982.

Nemnda må på denne bakgrunn fraråde at noen av de til nå foreslåtte alternativ innføres.

### **Definisjon av begrepet virkedager**

Begrepet "*fridager*" i den foreslåtte definisjonen kan gi opphav til misforståelser. Ettersom dagene dette relaterer seg til kun gjelder tre datoer, 1. januar, 1. mai og 17. mai, foreslås det at definisjonen enten uttrykkelig gjengir disse, eller bruker betegnelsen "*offentlige*", hvilket vil gjøre det klart hvilke dager dette relaterer seg til. Samme betegnelse bør brukes for begrepet helligdager. Nemnda foreslår på denne bakgrunn følgende definisjon: "*Virkedager er alle dager som ikke er offentlige helligdager eller offentlige fridager, søndager eller lørdager.*"

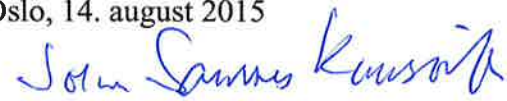
### **Økonomiske og administrative konsekvenser**

På dette punkt vises til regjeringens Utredningsinstruks, senest revidert 2005.

Utredningsinstruksen gir som kjent pålegg om at de økonomiske og administrative konsekvenser av utviklingsarbeid herunder regelverksendringer utredes. Av utredningsinstruksens pkt. 2.2. fremgår det også at det skal være en forhåndsvurdering av økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser når en sak begynner. Etter pkt. 2.3.1. i instruksen skal det alltid foreligge analyser av økonomiske og administrative konsekvenser, både inntekts- og utgiftsforhold. Nemnda kan ikke se at en slik analyse foreligger. En overføring av gebyrmyndighet til nemnda vil helt sikkert ha økonomiske og administrative konsekvenser. Når nemnda fikk gebyrmyndighet i 2007 ga dette vesentlige konsekvenser for nemnda knyttet til merarbeid og merkostnader. Vi ber derfor Nærings- og fiskeridepartementet utarbeide en analyse av de økonomiske og administrative konsekvenser i

henhold til Utredningsinstruksens bestemmelser, og at denne analysen følger saken inn i den videre beslutnings- og budsjettprosess. Nemnda bidrar gjerne med å gi innspill til analysen basert på våre erfaringer.

Oslo, 14. august 2015

*for*   
Georg Fredrik Rieber-Mohn  
*Klagenemndas leder*

