

Kvittering på innsendt svar på Høring NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser

Saksnummer: 24/3624

Sak: Høring NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser

Levert: 20.08.2024 13:23

Svarstype: Med merknader

Jeg svarte som: Arbeidstakerorganisasjon

Avsender: Dommerforeningens fagutvalg for offentlig rett

Kontaktperson: Ingebjørg Tønnessen

Kontakt e-post: ingebjorg.tonnessen@domstol.no

Høringsuttalelse til NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser

Innledning

Den Norske Dommerforening organiserer embetsdommere i de alminnelige domstolene, i alle instanser. Foreningens formål er å verne rettsstaten og å samle dommere til felles arbeid for deres interesser og oppgaver for reformer innen rettslivet. Dommerforeningens høringsarbeid er organisert i fagutvalg. Denne høringsuttalelsen er forberedt og avgitt av fagutvalget for offentlig rett.

Dommerforeningens høringsinnspill til NOU 2024:9 gjelder forslagene til endringer i håndhevingen av anskaffelsesregelverket. Mer konkret er innspillet rettet mot utvalgets forslag om å avskjære muligheten for å kreve erstatning for tapt fortjeneste som følge av feil som kunne og burde vært anført før kontrakten ble inngått samtidig som myndigheten til å avgjøre om det er begått feil i den prekontraktuelle fasen flyttes fra domstolene til KOFA. Dommerforeningen deler utvalgets vurdering om at dagens håndhevingssystem i for stor grad er rettet inn mot etterfølgende erstatningssøksmål, og at systemet i større grad bør legge til rette for at feil kan påtales og rettes opp før kontrakt kan inngås. En slik dreining vil stille særlige krav til de organer som skal håndheve anskaffelsesregelverket. Etter vårt syn kan og bør disse utfordringene fortsatt håndteres innenfor en domstolsmodell. Dommerforeningen støtter følgelig ikke utvalgets forslag om å overføre den prekontraktuelle håndhevingen av anskaffelsesregelverket fra domstolene til KOFA.

Domstolene som samfunnets tvisteløser

Grunnlovens konstitusjonelle utgangspunkt er at avgjørelser av tvister ligger til domstolene. Prinsippene om allmenndomstoler og generalistdommere står sterkt i norsk rett og betraktes som en garanti for uavhengige domstoler, rettsenhet og domstolenes kommunikasjon med omverdenen. Utviklingen de siste tiårene har likevel vært at stadig flere tvister løses av klagenemnder og tvisteløsningsnemnder. Domstolkommisjonen pekte i sin andre delutredning på betenkelighetene ved en slik utvikling (www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2020-11/id2766587/?ch=3#kap7-4-2), og problemstillingen var også hovedtema under Advokatforeningens årstale 2021 (www.advokatforeningen.no/contentassets/8e60fcb20b994ee880214cba18738783/arstalen-2021.pdf).

Dommerforeningen er enig med utvalget i at dagens system for håndheving av regelverket om offentlige anskaffelser kan forbedres. Slike forbedringer vil kunne gjennomføres både innenfor en domstolsmodell (slik man har i Sverige og Finland) og innenfor for en nemndsmodell (slik man har på Island og i Danmark). Utvalget har etter Dommerforeningens syn ikke gitt noen tilfredsstillende analyse av hvorfor de foreslåtte

forbedringene av det norske regelverket ikke fortsatt skulle kunne gjennomføres innenfor en domstolsmodell.

Den praktiske konsekvensen av utvalgets forslag til nye håndhevingsregler vil være at anskaffelsessaker i liten grad vil bli prøvd rettslig av domstolene. Dommerforeningen ser flere prinsipielle betenkeligheter ved en slik overføring av reell håndhevingsmyndighet fra domstolene til KOFA:

Den første betenkeligheten knytter seg til KOFAs manglende uavhengighet. Et bærende hensyn for den norske modellen med allmenndomstoler, er domstolenes og dommernes uavhengighet slik dette kommer til uttrykk i Grunnloven § 95. KOFA er ikke en uavhengig domstol etter Grunnloven kapittel d og §95. KOFAs medlemmer har ikke samme stillingsvern som dommere. Prinsipielt sett innebærer dette en mulig avhengighet til forvaltningen. I tillegg er flere av KOFAs medlemmer praktiserende advokater som i sitt virke prosederer de samme rettsspørsmål som de i neste øyeblikk vil kunne bli bedt om å avgjøre som medlemmer av KOFA. Dette innebærer at KOFAs uhildethet også vil kunne trekkes i tvil.

Den andre prinsipielle betenkeligheten ved en overføring av håndhevingsmyndighet fra domstolene til KOFA handler om rettssikkerhet. Utvalget har i sin utredning hatt søkelys på å sikre en effektiv håndheving av de mindre anskaffelsessakene. Forlagene til nye regler er imidlertid generelle og vil dermed også omfatte anskaffelser av svært store verdier. Etter Dommerforeningens syn kan det reises spørsmål om en (bindende) nemndsbehandling av disse sakene vil gi tilfredsstillende rettssikkerhet for de involverte. Normalt vil en domstolsbehandling være å foretrekke for komplekse saker og saker som reiser bevissspørsmål. Norske generalistdommere har i tillegg erfaring med å håndtere saker på rettsområder som grenser opp mot anskaffelsesretten, som for eksempel generell kontraktsrett og erstatningsrett.

Den tredje betenkeligheten som Dommerforeningen vil trekke fram, handler om hensynet til rettsenhet. En reell overføring av håndhevingsmyndighet fra domstolene til KOFA vil også innebære at tilfanget av anskaffelsessaker til Høyesterett vil bli mindre. Dommerforeningen mener det er viktig at håndhevingssystemet legger til rette for at Høyesterett – og ikke KOFA – skal stake ut kursen for den norske rettsutviklingen for offentlige anskaffelser, på lik linje med den øvrige rettsutviklingen.

Kan behovet for en hurtig og kompetent behandling ivaretas innenfor en domstolsmodell?

Som nevnt innledningsvis er Dommerforeningen enig med utvalget i at dagens håndhevingsystem i for stor grad er rettet inn mot etterfølgende erstatningssøksmål. Dommerforeningen støtter i utgangspunktet forslagene om at feil i anskaffelsesprosessen skal måtte påtales og rettes opp før kontrakten inngås.

Dersom håndhevingen primært skal skje i den prekontraktuelle fasen, forutsetter dette at sakene kan undergis en hurtig og kompetent behandling. Det er uklart for Dommerforeningen om utvalget mener at norske domstoler ikke kan tilby en slik behandling. Utredningen omtaler i liten grad den behandlingen av anskaffelsessaker som i dag finner sted i domstolene. Kapittel 18 handler om dagens håndhevingsystem, og i punktene 18.2 – 18.10 omtales mange ulike organer som har befatning med anskaffelsesregelverket. Utvalget har imidlertid ikke gitt noen nærmere omtale av domstolene. Dette er en svakhet ved utredningen, sett i lys av den helt sentrale rollen domstolene har ved håndhevingen av anskaffelsesregelverket.

Selv om domstolenes behandling av anskaffelsessaker ikke er særskilt omtalt i utredningen, framgår det av tabell 21.1 at saksbehandlingstiden i tingretten for midlertidig forføyning (dagens system for håndheving i den prekontraktuelle fasen) er cirka 60 dager. KOFAs saksbehandlingstid for prioriterte saker ligger noe over dette (70 dager i 2023). Dommerforeningen har på denne bakgrunn vanskelig for å se at hensynet til hurtighet skulle være et argument for å flytte den reelle håndhevingsmyndigheten bort fra domstolene og over til KOFA.

I og med at dagens domstolsbehandling av anskaffelsessaker ikke er analysert eller omtalt særskilt i utredningen, er det uklart om utvalget mener at norske dommere ikke har god nok kompetanse til å kunne håndheve anskaffelsesregelverket. En del uttalelser i utredningen kan tyde på at utvalget har ment dette. Blant annet står det i punkt 21.3:

En revidert domstolmodell vil uansett ikke kunne tilby den spesialiserte kompetanse i anskaffelsesrett som KOFA tilbyr, og som gjenfinnes i den danske og den islandske klagemennda, den finske Marknadsdomstolen og i noen grad også i de svenske forvaltningsdomstolene.

I og med at utvalget ikke har analysert dagens domstolsbehandling av anskaffelsessaker, er det uklart hva utvalgets sammenligning av kompetansen til KOFA og domstolene er basert på. I den grad man skal sammenligne kompetanse, kunne det for eksempel vært nærliggende å gjennomgå de anskaffelsessakene Høyesterett har behandlet de siste tiårene og se om det er samsvar mellom Høyesteretts konklusjon og de vurderinger som er gjort av anskaffelsesregelverket i henholdsvis underinstansene og KOFA.

Selv om det i dag ikke er gitt egne vernetingsregler for domstolsbehandlingen av offentlige anskaffelser, behandles mange av dagens saker som gjelder den prekontraktuelle fasen av én avdeling i Oslo tingrett som er spesialisert på midlertidige avgjørelser. Dette skyldes at mange sentrale offentlige oppdragsgivere har verneting i Oslo. For dommerne i denne avdelingen utgjør anskaffelsessaker en sentral del av porteføljen, på samme måte som de gjør for deres finske kolleger i Marknadsdomstolen og deres svenske kolleger i forvaltningsdomstolene. I den grad lovgiver skulle mene at anskaffelsessaker krever mer spesialisert kompetanse enn den norske generalistdommeren kan tilby, vil et alternativ kunne være å gi regler om tvungent verneting. Slike regler er i dag blant annet gitt i immaterialrettssaker (som behandles av spesialiserte embetsdommere i Oslo tingrett) og saker om overprøving av Konkurransklagenemndas vedtak (som behandles av Gulating lagmannsrett). I saker med tvungent verneting vil domstolene normalt strekke seg langt for å gjennomføre rettsmøtet digitalt dersom partene holder til andre steder i landet og ønsker en slik behandling.

Etter Dommerforeningens syn vil de foreslåtte endringene i anskaffelsesregelverket (en dreining mot den prekontraktuelle fasen) kunne gjennomføres innenfor en videreført domstolsmodell uten at det gjøres vesentlige endringer i prosesslovgivningen. En sentral del av utvalgets begrunnelse for å ikke anbefale en videreføring av dagens modell, har vært at det må gjøres store endringer. I punkt 21.3 står det:

Det vil være snakk om en nokså stor omlegging av tingrettens håndtering av anskaffelsessaker og reise en rekke spørsmål om forholdet til tvistelovens generelle regler.

All den tid utvalget ikke er mer konkret på hva omleggingen består i, er det vanskelig å vite om utvalget har hatt en riktig oppfatning av hvordan prosessordningen fungerer i dag. Utvalgets uttalelser om forskjellen på domstolsbehandling og nemndsbehandling er heller ikke helt konsistente. Når utvalget i samme punkt (21.3) argumenterer for at en nemndsmodell vil være like god som dagens domstolsmodell, uttaler de:

Den eneste reelle forskjellene mellom en avgjørelse fra KOFA og domstolene er adgangen til muntlige forhandlinger. Til dette vil utvalget vise til at de andre nordiske landene har skriftlig behandling av sakene som hovedregel, og at det i praksis sjeldent er behov for muntlig bevisføring. Utvalget overlater til departementet å vurdere om også KOFA skal kunne åpne for muntlig forhandling i særlige tilfeller, og da fortrinnsvis digitalt av hensyn til effektiv saksavvikling.

Anskaffelsesforskriften § 25-3 tredje ledd åpner i dag for den muntlige forhandlingen i en forføyningssak i stedet skal være skriftlig dersom partene samtykker til dette. Tvisteloven § 9-9 åpner også for at saker kan avgjøres av domstolene etter skriftlig behandling dersom partene ønsker dette. Erfaringen er imidlertid at partene ofte foretrekker et muntlig rettsmøte (gjærne digitalt) i kombinasjon med skriftlig behandling, fordi en fullt ut skriftlig

prosess i praksis vil kunne virke kostnadsdrivende.

Kan behovet for en kostnadseffektiv behandling ivaretas innenfor en domstolsmodell?

Utvalgets hovedinnvending mot en videreført domstolsmodell er at en slik håndheving vil innebære for høye kostnader for partene. Heller ikke på dette punktet er utredningen underbygget med noen nærmere analyse av hva som er nivået på tilkjente sakskostnader i forføyningssaker for domstolene eller hva som er partenes egne advokatkostnader i forbindelse med behandlingen av saker i KOFA. Dommerforeningen bestrider ikke at høye sakskostnader er et generelt samfunnsproblem, men foreningen har vanskelig for å se at dette problemet ikke like gjerne skulle kunne håndteres innenfor en domstolsmodell som innenfor en KOFA-modell.

Ved drøftelsen av sakskostnader er det avgjørende å skille mellom de advokatkostnader en part selv pådrar seg i forbindelse med en tvist og de sakskostnader man risikerer å måtte betale til motparten.

Tvistelovens sakskostnadsregler handler primært om tapende parts plikt til å erstatte motpartens sakskostnader. Utgangspunktet er at den parten som vinner en sak, har krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Lovgiver har imidlertid vedtatt flere viktige unntak fra dette utgangspunktet. Et viktig unntak er reglene om småkravprosess, som gjelder for alle saker hvor tvistesummen er under 250 000 kroner. I småkravssaker kan tapende part bare dømmes til å betale inntil 20 prosent av tvistesummen i sakskostnader. Dette innebærer at en part som vinner fram med sitt krav i en småkravssak, fortsatt kan risikere å bli sittende igjen med store deler av regningen til egen advokat. Det finnes også andre eksempler på at lovgiver har fraveket utgangspunktet i tvisteloven om at den parten som vinner skal få full erstatning for sine sakskostnader. I den grad man anser risikoen for å bli idømt motpartens sakskostnader som et hovedproblem med dagens domstolsmodell for anskaffelsessaker, er det mulig å fastsette særlige lovbestemmelser som begrenser eller fjerner denne risikoen.

At sakskostnader ikke erstattes i forbindelse med en prosess, innebærer ikke partene ikke kan ha advokatkostnader forbundet med prosessen. Så vidt Dommerforeningen kan se, har ikke utvalget lagt fram noen tall som viser hvor mange leverandører som i dag bruker ressurser på rettslig bistand i forbindelse med sine klager til KOFA og hva som er størrelsen på disse kostnadene. På samme måte har utvalget heller ikke foretatt noen undersøkelser av kostnadene forbundet med tilsvarende prosesser i andre land. I punkt 21.2 står det:

Utvalget har ikke hatt kapasitet til å foreta empiriske undersøkelser av de samlede kostnadene som en leverandør i de ulike landene må være beredt til å investere, for å oppnå en bindende avgjørelse mot en oppdragsgiver som hevdes å ha overtrådt anskaffelsesregelverket, men utvalget mener likevel å ha grunnlag for å mene at Norge her skiller seg ut i Norden som det landet hvor disse kostnadene er klart høyest.

Dommerforeningen er ikke i tvil om at kostnadsspørsmålet står sentralt for mange leverandører som vurderer om de skal gå til rettslige skritt i forbindelse med en anskaffelse hvor oppdragsgiver etter deres syn har begått feil. Så lenge det ikke foreligger noen tall som kan belyse hva som vil være partenes utgifter til rettslig bistand ved en domstolsmodell vs. en KOFA-modell, mener Dommerforeningen at hensynet til partenes kostnader heller ikke kan være hovedbegrunnelsen for å gå bort fra dagens ordning om at anskaffelsesregelverket håndheves av domstolene. Det er grunn til å tro at anskaffelsens verdi og kompleksitet er de faktorene som i første rekke styrer partenes villighet til å betale for rettslig bistand. Disse faktorene påvirkes ikke av hvilket organ som håndhever regelverket.

Det er et generelt samfunnsproblem at mange parter i dag avstår fra å få sin sak vurdert av advokat og eventuelt prøvd rettslig fordi kostnadene forbundet med dette er for høye. Dette samfunnsproblemet bør etter Dommerforeningens syn også løses generelt, og ikke ved å unnta viktige saker fra domstolsbehandling.

Dommerforeningens fagutvalg for offentlig rett

v/ Ingebjørg Tønnessen

I

Alle svar må gjennom en manuell godkjenning før de blir synlige på regjeringen.no.