

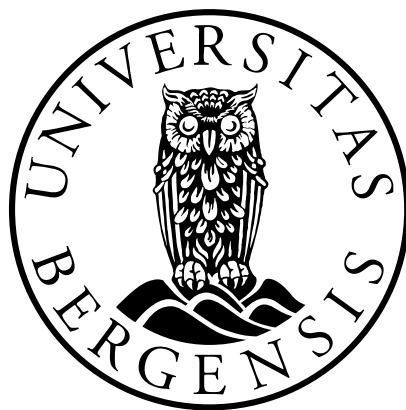
# *Avvisning fra offentlige anskaffelser.*

*Særlig i forhold til den rettslige adgangen for  
avvisning av leverandører som ikke er  
rettskraftig dømt for korrupsjon eller annen  
økonomisk kriminalitet.*

Kandidatnummer: 173887

Veileder: Tina Søreide

Antall ord: 14818



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2013

## **Forord**

Korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet innen offentlige innkjøpsprosesser er alvorlige kriminelle handlinger som forrykker en rettferdig tildeling av offentlige anbud, svekker konkurranse og befolkningens tillit til staten og det offentlige. Denne masteroppgaven er et resultat av min interesse for fagfeltene offentlige anskaffelser og korrupsjon.

Jeg vil først rette en stor takk til min fantastiske veileder, Tina Søreide, som har gitt god veiledning mot valg av tema. Hun vært en god støttespiller, motivator og sparringpartner under hele prosessen. Jeg håper andre masterkandidater får gleden av å ha henne som veileder.

Jeg retter også stor takk til Jonn Sannes Ramsvik og Linn H. Vetaas hos Klagenemnda for offentlige anskaffelser, for gode diskusjoner, innspill og inspirasjon til utformingen av oppgaven.

Advokatene Robert Myhre og Marianne Dragsten har også bidratt med gode innspill til masteroppgavens problemstillinger.

Sist, men ikke minst rettes en stor takk til familien min; mamma, pappa, mine to brødre og kjæreste. Dere har vært en utrolig god støtte, inspirert meg og bidratt med gode samtaler gjennom hele masterstudiet og ikke minst i forbindelse med masteroppgaven.

Bergen 8. desember 2013

Kandidat nr. 173887

## INNHALDSFORTEGNELSE

Forord.....	2
<b>DEL 1: INNLEDNING</b> .....	5
1.1 Plassering av tema og emne .....	5
1.2 Rettslig problemstilling .....	7
1.3 Metode .....	7
1.4 Avgrensninger .....	8
1.5 Fremstillingen videre .....	8
<b>DEL 2: RETTSBILDET</b> .....	9
<b>Uttestengelse på generelt grunnlag</b> .....	9
2.1 Innledning .....	9
2.2 EU regelverket .....	9
2.2.1 Introduksjon og bakgrunn for anskaffelsesdirektivet i EU-retten.....	9
2.2.2 Uttestengelse etter EU direktiv 2004/18 .....	10
2.2.3 Sentrale EU-rettslige prinsipper .....	10
2.2.3.2 Likebehandlingsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet.....	11
2.2.3.3 Prinsippene om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet .....	11
2.3 Det norske regelverket om offentlige anskaffelser .....	12
2.3.1 Gjennomføringen av EU-direktivet og utviklingen i norsk rett.....	12
2.3.2 Formålet bak avvisningsreglene.....	13
2.3.3 Avvisning av leverandører etter forskrift om offentlige anskaffelser .....	13
2.3.3.1 Obligatorisk avvisning av leverandør .....	13
2.3.3.1.1 Fortolkning av forskriften .....	14
2.3.3.1.2 Om vilkåret «kjenner til» .....	14
2.3.3.1.3 Om vilkåret «rettskraftig dom».....	15
2.4 Rekkevidden av plikten til å avvise .....	17
<b>DEL 3: DEN FAKULTATIVE AVVISNINGEN</b> .....	18
<b>Rettslig grunnlag for avvisning uten rettskraftig dom?</b> .....	18
3.1 Innledning .....	18
3.2 Rettsbildet – den fakultative adgangen til å avvise leverandøren fra anskaffelsesprosessen .....	18
3.2.1 Regelverket .....	18
3.2.2 Bestemmelsens andre ledd bokstav c) og d) .....	18
3.2.3.1 «Alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje» .....	20
3.2.3.2 Skyldkravet – «gjort seg skyldig».....	21
3.2.3.3 Beviskravet for at leverandøren har «gjort seg skyldig i» korrupsjon, hvitvasking, bedrageri eller deltakelse i kriminell organisasjon.....	22
<b>DEL 4: BEHOV FOR PRESISERING AV VURDERINGSELEMENTER</b> .....	25
4.1 Identifikasjonsspørsmålet.....	25
4.1.1 Innledende bemerkninger.....	25
4.1.2 Identifikasjon mellom leverandør og fysiske personer .....	25
4.1.3 Identifikasjon mellom selskaper .....	27
4.2 Tidsaspektet for identifikasjon og proporsjonalitetsprinsippet .....	28
4.3 Renvaskingstiltak som botemiddel for uttestengelse - «self-cleaning» .....	29
4.4 Uttestengelsens varighet.....	31

4.4.1 Rettsbildet – lovverket og praksis .....	31
4.4.2 Strafferegistrering som et moment for avvisningens varighet? .....	32
4.4.2.1 Den obligatoriske avvisningen og strafferegistrering som moment for varigheten av avvisningen .....	32
4.4.2.1.1. Politiattest – norsk rett .....	33
4.4.3 Medlemsstatenes praksis .....	33
4.4.4 Avvisningens varighet i forhold til den fakultative bestemmelsen .....	35
<b>DEL 5: HVORDAN KAN ET BEDRE REGELVERK OPPNÅS?</b> .....	37
5.1 Innledning .....	37
5.2 Teoretiske synspunkter for hvordan et bedre regelverk kan oppnås .....	37
<b>DEL 6: KONKLUSJON</b> .....	42
<b>DEL 7: KILDEREGISTER</b> .....	43
7.1 Lover .....	43
7.2 Forskrifter .....	43
7.3 Forarbeider .....	44
7.4 Domsregister .....	44
7.4.1 Norske dommer, kjennelser og avgjørelser .....	44
7.4.2 EU/ EØS-saker .....	44
7.4.3 Svensk rettspraksis .....	45
7.5 Praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) .....	46
7.6 Veiledninger til regelverket om offentlige anskaffelser .....	46
7.7 EU/ EØS-kilder .....	47
7.8 Litteraturliste .....	47
7.8.1 Litteratur .....	47
7.8.2 Artikler .....	48
7.9 Henvisninger til nettsider .....	50

## DEL 1: INNLEDNING

### 1.1 Plassering av tema og emne

Den offentlige sektor foretar årlig anskaffelser for omlag 400 milliarder norske kroner, hvilke utgjør omtrent 15% av bruttonasjonalproduktet.<sup>1</sup> Anskaffelsene favner over et vidt spekter av både tjenester, varer og bygge- og anleggsarbeider.<sup>2</sup>

For å sikre at samfunnet, som helhet, får mest mulig ut av det offentliges investeringer, har vi regler for hvordan anskaffelsene skal gjennomføres.

Det norske regelverket om offentlige anskaffelser består i hovedsak av lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)<sup>3</sup> og forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).<sup>4</sup> I tillegg foreligger det regler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og posttjenester,<sup>5</sup> samt forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften).<sup>6</sup> Dagens regelverk er i stor grad et resultat av implementeringen av EU direktiv 2004/18/EU.<sup>7</sup>

Hovedformålet med anskaffelsesregelverket er å sikre at statlige midler benyttes best mulig gjennom kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp, basert på prinsippene om forretningsmessighet og likebehandling,<sup>8</sup> og bidrar til utviklingen av et konkurransedyktig norsk næringsliv.

Kostnadseffektive innkjøp innebærer at det offentlige skal foreta gode innkjøp, som dekker samfunnets behov, og innehar beste pris-kvalitet kombinasjon. Regelverket skal derfor bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet i prosessen, for å sikre allmennhetens tillit til at statlige innkjøp skjer på en samfunnstjenlig måte.<sup>9</sup> Offentlige anskaffelser er dermed en viktig del av samfunnsøkonomien i sin helhet.

Gjennom EØS-avtalen og WTO-avtalen er Norge internasjonalt forpliktet til å følge visse fremgangsmåter ved offentlige anskaffelser over fastsatte terskelverdier.<sup>10</sup> Anskaffelser under terskelverdiene reguleres av nasjonale regler som gir større valgfrihet og fleksibilitet for oppdragsgiverne.<sup>11</sup>

En forutsetning for alle anskaffelser, uavhengig terskelverdi, er å sikre allmennhetens tillit til gode statlige innkjøp. Misligheter hos leverandører kan medføre dårligere og dyrere produkter.

---

1 Statistisk sentralbyrå. <http://www.ssb.no/offentlig-sektor/statistikker/offinnkj/aar/2012-12-07>

2 Anskaffelsesloven § 3

3 Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

4 Forskrift av 7. april 2006 nr. 402

5 Forsyningsforskriften av 7. april 2006 nr.403. Forskriften vil ikke behandles i oppgaven.

6 Forskrift av 15.nov 2002 nr.1288. Forskriften vil ikke behandles i oppgaven.

7 Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts.

8 Jf. anskaffelsesloven § 1

9 Anskaffelseslovens (formålsbestemmelse) § 1.

10 Se anskaffelsesforskriften § 2-1 om terskelverdiene. EØS/ WTO-terskelverdiene fastsettes av Fornyings- og administrasjonsdepartementet. (Se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser/terskelverdier.html?id=414970> ) Anskaffelser over terskelverdiene inngår under reglene i anskaffelsesforskriften del III, jf. anskaffelsesforskriften §§ 2-1(4) og 2-2.

11 FAD's veiledning s.11

Avdekking av flere saker,<sup>12</sup> knyttet til korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet, tydeliggjør en trussel mot korrekt anvendelse av anskaffelsesregelverket og dets formål.

Media omtaler stadig tilfeller hvor en virksomhet har hatt befatning med korrupsjon eller annen økonomisk kriminalitet, eller som mistenkes for å være involvert i slik virksomhet. Økt allmenn oppmerksomhet rundt temaet har bidratt til en skjerpelse av krav og regelverk, håndheving og overvåkning for å bekjempe økonomisk kriminalitet i den offentlige innkjøpsprosess.

Domfellelse for korrupsjon eller økonomisk kriminalitet, og også mistanke om slike lovbrudd, kan medføre økonomiske og omdømmemessige tap for den impliserte part. En annen konsekvens, og som denne masteroppgaven vil ta for seg, er ekskludering av virksomheter fra markedet.

Anskaffelsesregelverket inngår som et redskap i bekjempelsen av økonomisk kriminalitet, hvilke kommer eksplisitt til uttrykk i bestemmelsene om avvisning fra anbudskonkurransen. Regelverket pålegger oppdragsgiver å avvise leverandører som ved en rettskraftig dom er kjent skyldig i korrupsjon, bedrageri, hvitvasking og deltakelse i en kriminell organisasjon.<sup>13</sup> Utgangspunktet er at avvisningsbestemmelsene må sees i lys av anskaffelseslovens formål, og således sikre allmennhetens tillit til at det offentlige foretar gode og samfunnstjenlige innkjøp. Hvorvidt det skal avvises der leverandøren er under etterforskning eller siktet for korrupsjon eller annen økonomisk kriminalitet er uklart.

Et illustrerende tilfelle er Agusta Westland saken.<sup>14</sup> Regjeringen valgte, til tross etterforskning på bakgrunn av mistanker om korrupsjon ved kontraktsinngåelse i India, ikke å avvise selskapet fra anbudskonkurransen. Begrunnelsen er gitt utfra at mistanke ikke vil være tilstrekkelig som avvisningsgrunnlag. Derimot forbeholder Regjeringen seg retten til å revurdere saken dersom selskapet blir dømt.

Saken reiser spørsmål i forhold til den rettslige adgangen for avvisning hvor det ikke foreligger rettskraftig dom i Norge eller for utenlandsk domstol. Videre reises det spørsmål ved hvilke hensyn vurderingen om avvisning må bygge på, og da spesielt i forhold til den statlige innkjøpers ansvar for å sikre allmennhetens tillit til et kostnadseffektivt og godt innkjøp. En annen side av saken er Regjeringens hemmeligholdelse av den juridiske vurderingen. Er hemmeligholdelsen av hensyn til den pågående straffesaken? Og da sett i sammenheng med at konkurrenter kan benytte seg av informasjonen for å svekke selskapet, her Agusta Westland, for selv å profitere? Eller kan hemmeligholdelsen anses som tillit svekkende idet begrunnelse ikke offentliggjøres?

Videre illustrerer Ruter-saken i Oslo<sup>15</sup> tilfellet der avsløringer om mulig korrupsjon ble ansett som en alvorlig forsømmelse mot faglige og bransjetiske krav. Selskapet ble avvist fra anbudskonkurransen, før saken var realitetsbehandlet av domstolene. Saken tydeliggjør konsekvensen av mistenkeliggjøring og de rettslige følger en etterforskning kan ha for den enkelte leverandør. Videre viser dette tilfellet, sett i forhold til ovennevnte sak, at offentlige innkjøpere innehar en skjønnsvurdering hvor det ikke foreligger plikt til å avvise fra anbudet.

---

12 Eksempelvis: Undervisningsbygg-saken (LB-2007-177805), Unibuss-saken (se fotnote 15), Norconsult-saken (HR-2013-1394-A)

13 Anskaffelsesforskriften §§ 11-10 (1) e (gjelder anskaffelser under terskelverdiene) og 20-12 (1) e (anskaffelser over terskelverdiene).

14 Se blant annet følgende linker angående denne saken: <http://www.adressa.no/nyheter/innenriks/article8753015.ece> , <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Regjeringen-Uaktuelt-a-utsette-helikopterkjop-7385057.html>

15 Se bla. [http://kommunal-rapport.no/artikkel/ruter\\_kaster\\_unibuss\\_ut\\_av\\_anbudskonkurransen](http://kommunal-rapport.no/artikkel/ruter_kaster_unibuss_ut_av_anbudskonkurransen)

Som de ovennevnte saker illustrerer foreligger det behov for klarere retningslinjer og lovregler for den rettslige adgangen til å avvise, både i forhold til fortolkning av reglene, samt hvilke krav som bør stilles til avveiningen mellom innkjøpers forpliktelser til å sikre gode og samfunnstjenlige innkjøp, og leverandørens rett til å delta i anbudskonkurransen. Spesielt i forhold til avvsningsretten, er behovet stort for en slik klargjøring av rettssituasjonen.

## 1.2 Rettslig problemstilling

Masteroppgavens problemstilling lyder:

*Avvisning fra offentlige anskaffelser. Særlig i forhold til den rettslige adgangen for avvisning av leverandører som ikke er rettskraftig dømt for korrupsjon eller annen økonomisk kriminalitet.*

Problemstillingen reiser for det første spørsmål om anskaffelsesregelverket er tilstrekkelig egnet og klart i forhold til hvorvidt en aktør kan avvises fra offentlige anskaffelser. Regelverkets uklarheter knytter seg særlig til den fakultative avvsningsbestemmelsen.

For det andre reises det spørsmål ved forståelsen av regelverkets bruk av vilkårene «leverandør», «rettskraftig dom» og «alvorlige forsømmelser mot faglige og etisk krav». Herunder vil også beviskravet og skyldkravet for hvorvidt en leverandør kan anses å oppfylle regelverkets vilkår være av betydning.

Til sist beror problemstillingen på hvilke vurderinger oppdragsgiver må foreta for å sikre etterlevelse av formålet bak anskaffelsesregelverket. Dette innebærer at vurderingene den offentlige innkjøper foretar skal bidra til å sikre allmennhetens tillit til at det offentlige foretar kostnadseffektive og samfunnstjenlig innkjøp, samt hindre at offentlige midler tilfaller uhederlige aktører. Herunder vil spørsmålet om identifikasjon, utestengelsens varighet og renavaskingstiltak (self-cleaning) være momenter for hvorvidt det foreligger en rettslig avvsningsadgang.

## 1.3 Metode

Det norske anskaffelsesregelverket er i stor grad en implementering av EU-direktiver. På denne bakgrunn vil EU-direktiv 2004/18/EU og Kommisjonens fortolkningsuttalelser i sammenheng med EU-domstolens rettspraksis og Kommisjonens forvaltningspraksis være relevante rettskilder for å belyse problemstilling. Rettskildebruken baseres på de relevante kilder fra tidspunktet for revidering av de tidligere EU-direktivene som ligger til grunn for Direktiv 2004/18.

For norsk retts vedkommende er det sentrale regelverket anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. For å belyse problemstillingen anvendes domspraksis så langt det er mulig, i tillegg til juridisk litteratur og veiledende uttalelser gjennom regelverkets forarbeider og andre utarbeidede veiledere (herunder Fornyings- og administrasjonsdepartementets veiledende uttalelser). Hvor det er lite eller ingen rettspraksis på området, benyttes avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser til å belyse rettssituasjonen.

## **1.4 Avgrensninger**

Masteroppgaven avgrenses til en redegjørelse av den rettslige adgangen for avvisning fra anbudskonkurransen på grunnlag av forhold ved leverandøren, uavhengig type kontrakt anskaffelsen gjelder. Forholdene relaterer seg til korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet. Hvor oppgaven illustrerer forhold gjennom korrupsjon eller et av de andre straffbarhetsvilkårene, jf. anskaffelsesforskriften § 20-12 (1) e), vil vurderingene ha betydning også for de andre tilfeller.

Da EU direktiv 2004/18 bare får anvendelse på anskaffelser over terskelverdiene, jf. artikkel 7, avgrenses oppgaven til å vurdere den rettslige adgang for avvisning etter anskaffelsesforskriften del III. Vurderingene vil ha betydning også for anskaffelser under terskelverdiene.

Oppgaven vil, til tross for at menneskerettighetene alltid har en sentral rolle, avgrenses mot en vurdering av EMK og uskyldspresumpsjonens betydning i forhold til beviskravet for skyld etter anskaffelsesforskriften. Videre avgrenses det mot vurdering på bakgrunn av strafferettslig betydning av avvisning, samt eventuelle erstatningsrettslige spørsmål som konsekvens av prosessuelle feil i anskaffelsesprosessen.

## **1.5 Fremstillingen videre**

Jeg vil først kort introdusere EU-direktiv 2004/18 (anskaffelsesdirektivet) og de fundamentale EU-rettslige prinsipper. Deretter vil jeg redegjøre for det norske anskaffelsesregelverket, med særlig fokus på formålsbestemmelsen og den obligatoriske avvisningsregel.

I del 3 redegjøres det for den fakultative avvisningsadgangen, og hvorvidt det foreligger rettslig adgang til å avvise leverandører som ikke er rettskraftig dømt for det straffbare forhold. Del 4 vil deretter ta for seg sentrale vurderingsmomenter ved avvisningsadgangen.

Til sist vil del 5 vise til teoretiske synspunkter om hvordan rettssituasjon kan bedres, og uklarhetene ved dagens regelverk reduseres.



## DEL 2: RETTSBILDET

### Utestengelse på generelt grunnlag

#### 2.1 Innledning

Del 2 vil kort introdusere Direktiv 2004/18/EU (anskaffelsesdirektivet), samt de fundamentale EU-rettslige prinsipper som ligger til grunn for EUs og Norges anskaffelsesregelverk. Deretter vil det redegjøres for den norske anskaffelsesforskriften, med vekt på den obligatoriske avvísingsregel, formålet og avvísingsplikdens rekkevidde.

#### 2.2 EU regelverket

##### 2.2.1 Introduksjon og bakgrunn for anskaffelsesdirektivet i EU-retten

EU har de siste tiårene arbeidet for å utvikle metoder for å bekjempe korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet som kan svekke gjennomføringen av offentlige anskaffelser, samt vanskeliggjøre etterlevelse av de EU-rettslige prinsipper (se punkt 2.2.3). Et av tiltakene i denne sammenheng var utviklingen av det nye anskaffelsesdirektivet, direktiv 2004/18/EU, som trådte ikraft 30.april 2004, med frist for inkorporasjon i medlemsstatene 31.januar 2006.<sup>16</sup>

Gjennom innføring av nye prosedyreregler erstattet anskaffelsesdirektivet tre eksisterende direktiver for offentlig anskaffelser av varer, tjenester samt bygge- og anleggsarbeid, jf. direktiv 92/50/EØF, 93/96/EØF og 93/37/EØF, i tillegg til direktiv 93/38/EØF.<sup>17</sup>

Direktivets hovedformål var å forenkle, videreutvikle og modernisere, samt samle regelverket i ett direktiv, i forsøk på å gjøre det mer oversiktlig og lettfattelig.<sup>18</sup> Samtidig skulle et felles EU-rettslig anskaffelsesregelverk søke å utvikle et bedre rustet indre marked, ved å forby diskriminering mellom medlemsstatene i anbudsprosessen.<sup>19</sup> Dette kunne bare muliggjøres ved å fjerne restriksjoner på tilganger til anbud, samt tilrettelegge for en gjennomiktig prosess.<sup>20</sup>

Et utgangspunkt ved alle anskaffelser er at enhver leverandør har rett til å delta i anbudskonkurransen,<sup>21</sup> og både private og offentlige har rett til å kjøpe produkter av den man vil. Da offentlige oppdragsgivere foretar innkjøp på vegne av staten og befolkningen, begrenses retten idet anbudsreglene forplikter innkjøper til å foreta kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp.<sup>22</sup> Forpliktelsen innebærer at oppdragsgiver må foreta en vurdering av hvorvidt den enkelte leverandør, under hensyntagen til prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering, og under

---

16 Anskaffelsesdirektivet art.80

17 Direktiv 93/38/EØF relaterer seg til kontrakter innen vann, transport, energi og telekommunikasjon.

18 St.prp. nr.2 (2006-2007) s.2

19 Poulsen et. Al (2012) s.317

20 Williams (2006) s.3

21 Se direktivets bruk av begrepet «any candidate or tenderer» jf. art.45

22 Hjelmeng og Søreide (2013) s.670 og Poulsen et.al (2012) s.279-280

samme kjønn, er kvalifisert for det konkrete anbud.<sup>23</sup> Vurderingen beror i stor grad på hvilke leverandør(er) oppdragsgiver har tillit til, og hvilke leverandør som kan levere best pris-kvalitet. Som konsekvens kan kjønnsvurdering resultere i svekket konkurranse, samt bortfall av varer og tjenester. (Videre om dette under punkt 2.3.2.

## 2.2.2 Utestengelse etter EU direktiv 2004/18

Med begrepet *utestengelse* forstås generelt sett en diskvalifisering av en aktørs eller et rettssubjekts deltakelse i visse aktiviteter. Innen offentlige anskaffelser, innebærer utestengelse en begrensning i retten til fritt å delta i anbudskonkurranser.<sup>24</sup> Utestengelsen representerer dermed en administrativ reaksjonsform til bruk for myndighetene for å diskvalifisere leverandører fra offentlige anbud, anskaffelse eller utvidelse til allerede eksisterende kontrakter for påståtte lovbrudd eller brudd på etiske retningslinjer.<sup>25</sup>

I de tidligere direktiver, referert til over, forelå det bare en fakultativ adgang til utestengelse,<sup>26</sup> mens det nå er innført regler om obligatorisk avvisning av leverandører som oppfyller vilkårene etter direktivets artikkel 45 første ledd (se punkt 2.3.3.1). Den fakultative avvisningsadgangen er videreført i artikkel 45 andre ledd (se del 3).

Bestemmelsene tilrettelegger for utestengelse ved ulike straffbare handlinger, som kan kategoriseres i tre grupper;<sup>27</sup> (i) utestengelse på bakgrunn av spesielle handlinger som kvalifiseres som kriminelle, (ii) brudd på visse rettslige forpliktelser, eksempelvis unnlattelse av skattebetaling og (iii) uønskede forhold ved leverandøren, som kan anses mindre tilfredsstillende for økonomisk samarbeid, typisk konkurs og insolvens.

Avvisningsreglenes felles formål er utelukkende å sikre allmennhetens tillit til at det offentlige foretar en kostnadseffektiv og samfunnstjenlige innkjøpsprosess, og dermed forhindre at offentlige midler tilfaller useriøse og uhederlige aktører.

## 2.2.3 Sentrale EU-rettslige prinsipper

Ved anvendelse av direktivet må det tas hensyn til de fundamentale prinsippene som ligger til grunn for EU-retten og anskaffelsesdirektivet. Kravene som stilles til leverandøren må, i likhet med kravene til anskaffelsesprosessen i sin helhet, være forenelige med disse prinsippene. Begrunnelsen er at kravene er satt for å ivareta aktørenes rettssikkerhet i prosessen, sikre lik mulighet og tilgang på offentlige anskaffelser.<sup>28</sup>

### 2.2.3.1 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at det ikke skal stilles strengere krav enn nødvendig for å oppnå formålet med den konkrete anskaffelsen. Det må foreligge en sammenheng mellom kravet og

---

23 Jf. fortalet punkt 46 og direktivbestemmelsen art. 2

24 Arnáiz (2009) s.111-112

25 Schooner (2004) s.2, Arnáiz (2009) s.111-112, Hjelmeng og Søreide (2013) s.663

26 Hjelmeng og Søreide (2013) s.665

27 Arnáiz (2009) s.111-112 om kategoriseringen

28 Dragsten (2006) s.52

gjenstanden for kontrakten.<sup>29</sup> Videre må reaksjonen mot leverandøren stå i forhold til formålet bak avvisningsreglene, slik at forholdet ikke behandles strengere enn nødvendig.

I henhold til TEU art. 5 (3) gjelder proporsjonalitetsprinsippet all EU-rettslig lovgivning, hvilke innebærer at der EU-direktivet er gjennomført i norsk rett, vil det være sentralt også for vurderinger etter anskaffelsesforskriften.<sup>30</sup>

### **2.2.3.2 Likebehandlingsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet**

Prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering er utviklet gjennom EU-domstolens praksis, og kommer til uttrykk i anskaffelsesdirektivet artikkel 2.

Likebehandlingsprinsippet innebærer at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller ikke skal behandles ulikt,<sup>31</sup> slik også EU-domstolen har uttrykt i sak C-279/93.<sup>32</sup> Likebehandling av leverandørene er sentralt for å sikre en rettferdig anbudskonkurranse, og gjelder alle faser av anskaffelsesprosessen.<sup>33</sup>

Prinsippet står i sammenheng med ikke-diskrimineringsprinsippet, som innebærer at tilbydere, verken direkte eller indirekte skal diskrimineres på bakgrunn av nasjonalitet, etablerings- eller virksomhetsland.<sup>34</sup> Enhver leverandør skal ha lik mulighet til å delta ved offentlige anbud.

### **2.2.3.3 Prinsippene om gjennomsiktighet og etterprøvbarehet**

Kravet til en gjennomsiktig prosess er utviklet gjennom EU-domstolens praksis, på bakgrunn av forbudet mot diskriminering og likebehandling.<sup>35</sup>

Prinsippene innebærer at anskaffelsesprosessen skal være åpen, predikerbar og transparent. Videre skal konkurransegrunnlaget være såpass tydelig at det klart fremgår hvilke krav og beslutninger som ligger til grunn for det konkrete anbud. Formålet bak kravene er å sikre leverandørens rettssikkerhet, slik at beslutningen kan etterprøves.<sup>36</sup> Kravet om etterprøvbarehet referer også til offentlig innsyn i beslutningsprosessen for å sikre lovens formål om allmennhetens tillit til det offentliges innkjøp.

---

29 Se Dragsten (2013) s.187 og EU-domstolens sak C-265/87, hvor proporsjonalitetsprinsippet ble ansett å være en del av EU-rettens grunnleggende prinsipper.

30 Betydningen av proporsjonalitetsprinsippet er også understreket i direktivets fortale punkt 2

31 Dragsten (2013) s. 176, Hjelmeng og Søreide (2013) s.668.

32 Premiss 30, hvor det uttales «It is also settled law that discrimination can arise only through the application of different rules to comparable situations or the application of the same rule to different situations...» Sml. EU-domstolens forente saker i Sak C-21/03 and C-34/03 *Fabricom* para.27

33 Poulsen et.al (2012) s.53 jf. Sak C-470/99 *Universale Bau*, para.93

34 Direktivet Artikkel 3. Se også anskaffelsesloven § 5(5) a, anskaffelsesforskriften § 3-1 (2) og EØS-avtalen artikkel 4

35 Sak C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, para.32

36 Dragsten (2013) s.181

## 2.3 Det norske regelverket om offentlige anskaffelser

### 2.3.1 Gjennomføringen av EU-direktivet og utviklingen i norsk rett

Det norske regelverket om offentlige anskaffelser er i stor grad en gjennomføring av Norges forpliktelser gjennom EØS-avtalen. Anskaffelsesdirektivet ligger til grunn for det norske regelverket over EØS-terskelverdiene.<sup>37</sup>

Allerede før implementeringen av EU/EØS-retten i norsk rett eksisterte det et eget norsk regelverk om offentlige anskaffelser. I 1899 ble den første formelle forskriften om statlige kjøp av varer og tjenester vedtatt. Senere revidering, i henholdsvis 1923 og 1927, innebar ingen gjennomgripende endringer.<sup>38</sup>

Parallelt med utviklingen i norsk rett, var det i EU behov for mer detaljerte regler og krav til nasjonale offentlige anskaffelser, da disse var en viktig del under hovedreglene om de fire friheter og fri konkurranse. Reglene skulle sikre en reell og effektiv grenseoverskridende konkurranse, samt føre en proteksjonistisk linje overfor utenlandske leverandører.<sup>39</sup>

Gjennom ratifikasjonen av EØS-avtalen forpliktet Norge seg til å innføre og gjennomføre anskaffelsesdirektivene, med dets tilhørende rettspraksis fra EU-domstolen og forvaltningspraksis fra Kommisjonen. Gjennomføringen av EU/EØS-retten innebar en grunnleggende endring av reguleringen av offentlige anskaffelser, contra de tidligere norske interne retningslinjene som var tillagt offentlige anskaffelser. De nye EU/EØS-reglene var utformet som ordinære lovregler, som skulle utnytte konkurransemekanismer for å bedre innkjøpsprosessen, gi private rettslige krav ovenfor forvaltningen, samt håndheves for domstolene.

Noe av årsaken til endringene i det norske regelverket kommer av Norges tilslutning til WTO-avtalen om offentlige anskaffelser i 1994; Government Procurement Agreement (GPA).<sup>40</sup> GPA-avtalens dekningsområde er noe mer begrenset enn EØS-avtalen, men samlet sett medførte tilslutningen til disse store endringer i reguleringen av offentlige anskaffelser i Norge, som bidro til etableringen av et kvalitativt sett nytt rettsområde.<sup>41</sup>

Regelendringene fremsto fremdeles som kompliserte og lite enhetlige da endringene spesielt i norsk rett var ordrett inntatt, uten retts tekniske tilpasninger og supplerende regler. Ny revidering i 2004 resulterte i direktiv 2004/18 (kalt direktivet) og 2004/17 (direktivet vil ikke behandles i denne oppgaven). Direktivet ble inntatt i EØS-avtalen og vedtatt i statsråd 7.april 2006, som trådte i kraft i Norge 1. januar 2007. Gjennom innføringen i norsk rett, ble forskrift om offentlige anskaffelser inntatt, og er i dag det sentrale regelverket.

---

37 Jf. artikkel 7 og Dragsten (2013) s.54

38 NOU 2010: 2 s. 29

39 NOU 2010: 2 s. 29

40 NOU 2010: 2 s.29-30

41 NOU 2010: 2 s.29. Se Poulsen et.al (2012) s.49 om GPA-avtalen

## 2.3.2 Formålet bak avvisningsreglene

Det fremgår av anskaffelsesforskriftens formålsparagraf § 1-1 at reglene «...skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling...» samt «...bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte». <sup>42</sup> Reglene skal motvirke økonomisk kriminalitet og lignende misligheter. <sup>43</sup>

I utgangspunktet har både offentlige og private oppdragsgivere rett til å kjøpe varer og tjenester fra den leverandør de vil, jf. punkt 2.2.1. Gjennom anbudsreglene er de offentlige oppdragsgiverne derimot forpliktet til å sikre en god kvalitet-pris kombinasjon ved innkjøpene. Adgangen til å avvise forankres dermed i oppdragsgivers grunnleggende rett til å la være å kontrahere med leverandører oppdragsgiver ikke har tillit til, for å sikre gode statlige innkjøp. <sup>44</sup> Resultatet er en mulig konkurransehennende effekt idet antallet leverandører og en bredere kvalitet-pris kombinasjon svekkes, samtidig som oppdragsgivers vurderings- og handlingsrom reduseres. <sup>45</sup>

Til tross for reaksjonens negative effekt, vil den likevel bidra til å sikre tillit og verdiskapning i samfunnet, grunnet signaleffekten om hva som er akseptabel atferd.

At regelverket har en tilsiktet preventiv virkning har støtte i EU-rettslige kilder. <sup>46</sup> Til tross for at reglene i praksis fremstår å inneha en preventiv effekt, er de inntatt i regelverket med det siktemål å tjene som administrative reaksjoner til bruk for oppdragsgiver der mindre tillitvekkende forhold ved leverandøren tilsier en rettmessig avvisning. Hensynet til tillit fremstår dermed som det sentrale for å sikre en formålstjenlig anskaffelsesprosess, hvilke motiveres av at et selvstendig straffende formål knyttet til den administrative reaksjon utestengelsen representerer ville vært vanskelig å forsvare utfra forbudet mot dobbeltstraff. <sup>47</sup>

## 2.3.3 Avvisning av leverandører etter forskrift om offentlige anskaffelser

Avvisning fra offentlige tilbud er et viktig nasjonalt og internasjonalt middel ved bekjempelse av korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet, hvilke gjenspeiles i anskaffelseslovens § 1 og anskaffelsesforskriften § 1-1, jf. punkt. 2.3.2.

Anskaffelsesforskriften del III § 20-12 første og andre ledd angir lovhjemmelen for når oppdragsgiver skal (punkt 2.3.3.1) og kan (del 3) avvise en leverandør fra konkurransedeltakelse på grunnlag av forhold ved leverandøren.

### 2.3.3.1 Obligatorisk avvisning av leverandør

I anskaffelsesforskriften av 2007 ble det, gjennom inkorporasjonen av EU-retten, innført regler om

---

42 Jf. anskaffelsesloven § 1

43 Dragsten (2013) s.526, Hjelmeng og Søreide (2013) gjennomgående

44 Hjelmeng og Søreide (2013) s.670-671

45 Hjelmeng og Søreide (2013) s.670-671

46 Utfyllende om vurderingen se Hjelmeng og Søreide (2013) s.670-673

47 Hjelmeng og Søreide (2013) s.672

obligatorisk avvisning av leverandører ved offentlige anbud. Bakgrunnen for den obligatoriske avvisningsregelen bunner i viktigheten av at det offentlige ikke skal kontrahere med leverandører som er straffedømt for økonomisk kriminalitet, grunnet den negative signaleffekten dette innebærer nasjonalt og internasjonalt.<sup>48</sup>

Bestemmelsen i § 20-12 første ledd bokstav e) uttaler at oppdragsgiver plikter å avvise leverandører som;

*«... oppdragsgiver kjenner til er rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger, og hvor ikke allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren.»*

Anskaffelsesforskriftens bestemmelse er basert på EU-direktivets artikkel 45 nr.1. Utgangspunktet er at forskriften skal tolkes i samsvar med EU-rettens definisjoner, jf. punkt 2.3.3.1.1.

Det fremgår av EU-domstolens saker i *La Cascina*<sup>49</sup> og *Michaniki*<sup>50</sup> at opplistingen av avvisningsgrunner er uttømmende angitt med hensyn til hvilke typer økonomisk kriminalitet en leverandør skal avvises for.<sup>51</sup> EU-domstolen uttalte i *Michaniki* at opplistingen likevel ikke er til hinder for at medlemsstatene vedtar andre avvisningsgrunner for å sikre likebehandling og gjennomsiktighet, forutsatt at proporsjonalitetsprinsippet overholdes.<sup>52</sup> Andre former for straffbare handlinger *kan* derimot avvises etter FOA § 20-12 (2) (c) dersom vilkårene er oppfylt.

### **2.3.3.1.1 Fortolkning av forskriften**

Der anskaffelsesforskriften verken definerer eller gir utfyllende regler om forståelse av bestemmelsene, gjelder EU-domstolens prinsipp om direktivkonform tolkning.<sup>53</sup> Synspunktet støttes av EFTA-domstolen som legger til grunn at EØS-avtalen gir grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning.<sup>54</sup> Høyesterett har derimot begrenset prinsippet til ikke å rekke lenger enn presumpsjonsprinsippet, som gjelder i henhold til norsk rett.<sup>55</sup> Anskaffelsesdirektivet, samt EU-domstolens uttalelser er derfor sentrale rettskildefaktorer ved fortolkning og anvendelse av det norske regelverket.

### **2.3.3.1.2 Om vilkåret «kjenner til»**

Bestemmelsen stiller krav til at oppdragsgiver «kjenner til» at leverandøren er rettskraftig dømt for ett av de opplistede straffbare forhold.

I likhet med anskaffelsesdirektivet er anskaffelsesforskriften taus i forhold til hvorvidt det foreligger informasjonsplikt eller adgang for oppdragsgiver til å undersøke tidligere straffbare forhold ved

---

48 FAD's veiledning s. 165

49 EU-domstolens forente saker C-226/04 og C-228/04 (*La Cascina*) premiss 21 flg

50 Sak C-213/07 (*Michaniki*) premiss 46 flg

51 Tilsvarende de avvisningsgrunner som følger av anskaffelsesforskriften § 20-12.

52 Uttalelsen tydeliggjør medlemsstatene handlingsrom etter bestemmelsen

53 Sml. EØS-avtalen art.6 og ODA-avtalen art.3

54 EFTA sak E-1/07(A)

55 Rt.2000.1811 (*Finanger I*) og *Dragsten* (2013) s.54-55.

leverandøren.<sup>56</sup> Det er tilstrekkelig at oppdragsgiver innehar positiv kunnskap om at den aktuelle leverandør er rettskraftig dømt for forholdet. At det foreligger tvil hos oppdragsgiver om leverandørens vandel, enten dette skyldes et rykte i bransjen eller andre årsaker, er isolert sett ikke tilstrekkelig for avvisning.

Hvorvidt det derimot er hensiktsmessig å etterspørre dokumentasjon, eller undersøke om leverandøren i den aktuelle anbudskonkurranse er rettskraftig dømt, beror på den enkelte oppdragsgivers vurdering.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet (heretter FAD) anbefaler at oppdragsgivere først og fremst vurderer den konkrete situasjonen samt den aktuelle kontrakten, da innhenting av dokumentasjon kan pålegge både oppdragsgiver og leverandør en ekstra arbeidsmengde.<sup>57</sup> Oppdragsgivers dokumentasjonskrav til leverandørens vandel vil være hensiktsmessig «... når det gjelder kontrakter som etter sin art eller størrelse er særlige følsomme i forhold til strafferettslige overtredelser eller faglige og etiske forsømmelser, eller når det i bransjen som kontrakten vedrører, er særlig mistanke om at leverandøren kan ha begått misligheter».<sup>58</sup>

Undersøkelse av leverandøren kan også være nødvendig hvor oppdragsgiver mistenker eller er klar over at et selskap i relasjon til leverandøren i anbudskonkurransen, tidligere er dømt for eksempelvis korrupsjon.<sup>59</sup>

Mangelen på pliktig innhenting av informasjon om leverandørens vandel, innebærer en adgang for straffedømte leverandører til likevel og kunne delta i anbudskonkurransen. I tilfeller der oppdragsgiver ikke er bevisst en leverandørs vandel, eller unnlater å innhente informasjon som kan gi opplysninger om hvilke virksomhet kontrakt inngås med, vil konsekvensen av at forholdet blir oppdaget senere i anskaffelsesprosessen medføre en mindre effektiv og tillitvekkende prosess. Typisk kan dette medføre erstatningsansvar for brudd mot regelverket og kostnader i forhold til utforming og iverksettelse av ny anbudskonkurranse.

### 2.3.3.1.3 Om vilkåret «rettskraftig dom»

EU-direktivets artikkel 45 (1) oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å avvise leverandører som har vært «the subject of a conviction by final judgement». På grunnlag av medlemsstatenes ulike implementering av direktivet samt forståelse av begrepet, presiseres det at dommen må ha kraft av *res judicata* etter nasjonal rett for at plikten til å avvise inntre.<sup>60</sup>

I likhet med EU-direktivets krav «conviction by a final judgement», foreligger det etter norsk rett krav om «rettskraftig dom» for ett av bestemmelsens straffbarhetsvilkår.

Begrepet «rettskraftig dom» innebærer at dommen må være vedtatt av partene, eller fristen for anke er utløpt, jf. straffeprosessloven § 50. Dersom anke er begjært, innen de ordinære rettsmiddelfristene, vil dommen først være rettskraftig når saken er endelig avgjort av høyere instans. Saken kan ikke lenger angripes med ordinære rettsmidler eller bringes inn for en overordnet domstol, jf. straffeprosessloven § 310.

---

56 FAD's veiledning s.165 og Dragsten (2013) s.527

57 FAD (2011) s.8-9 sml. Dragsten (2013) s.533-535

58 FAD (2011) s.8-9

59 Williams (2006) s.28

60 Direktivets fortale punkt 43.

Utgangspunktet er at oppdragsgiver bare plikter å avvise en leverandør han kjenner til er dømt for den konkrete kriminelle handling, og hvor dommen er endelig.

I norsk rett er det reist spørsmål om vedtatt forelegg kan sidestilles med «rettskraftig dom», og dermed tjene som grunnlag for obligatorisk utestengelse.<sup>61</sup> Rettssituasjonen er fortsatt uklar.

Straffeprosessloven § 258(2) uttaler at et «...vedtatt forelegg [har] virkning som en dom». Lovens kommentarer<sup>62</sup> viser til at alle krav som er tatt med i forelegget, skal anses som rettskraftig avgjort ved vedtakelsen.

Myhre (2008) argumenterer for at et vedlegg skal ha *virkning* som en dom, ikke er ensbetydende med at en person er *dømt*.<sup>63</sup> Argumentasjon synes å bygge på at bestemmelsens annet ledd bare regulerer de strafferettslige virkningene av et forelegg, men unnlater dermed vurderingen av de sivilrettslige forhold.<sup>64</sup> Videre uttaler Myhre at et forelegg eksempelvis ved korrupsjon, hvitvasking eller bedrageri vil kunne miste sin praktiske betydning, samtidig som det vil påføre domstolsystemet en unødig belastning.

Trygstad (2008) argumenterer motsetningsvis for at oppdragsgiver vil være forpliktet til både å avvise leverandører som er rettskraftig dømt og de som har vedtatt forelegg for eksempelvis korrupsjon eller bedrageri.<sup>65</sup> Argumentasjon synes å ta utgangspunkt i at økonomisk kriminalitet er en trussel mot den frie konkurransen, samt de grunnleggende samfunnsmessige hensyn om en redelig og reell konkurranse. På denne bakgrunn vil man bedre sikre at uredelige aktører ikke tilegnes uberettigede offentlige midler eller markedsposisjoner.

En sidestilling av vedtatt forelegg og rettskraftig dom kan medføre at færre leverandører godtar et forelegg, da dette automatisk vil kunne lede til utestengelse.<sup>66</sup> Frykten for en slik automatisk reaksjon, skal blant annet ha vært noe av årsaken til at Siemens ikke vedtok forelegg for anklagene om forsettlig bedrageri av Forsvaret.<sup>67</sup>

FAD bekrefter at rettssituasjonen er uklar, men at straffeprosessloven § 258(2) ikke alene kan være rettslig grunnlag for en slik sidestilling.<sup>68</sup> Videre, åpner EØS-avtalen for en nasjonal fastsettelse av hva begrepet skal omfatte, og at det må vurderes hvorvidt det er hensiktsmessig å innnta i anskaffelsesforskriften om vedtatt vedlegg også skal falle innunder bestemmelsens ordlyd.<sup>69</sup> FAD konkluderer med at et vedtatt forelegg kan være tilstrekkelig som avvisningsgrunnlag ved den fakultative avvisningsadgangen, på bakgrunn av den dokumenterte faktiske skyld det vedtatte forelegg representerer ovenfor brudd mot etiske og bransjeetiske krav.

Uklarhetene rundt forståelsen av begrepet «rettskraftig dom» har også betydning utover den nasjonale reguleringen. I sammenheng med økende handel mellom medlemsstatene, oppstår

---

61 Problemet er reist blant annet hos Dragsten (2013) s.527, Hjelmeng og Søreide (2013) s.666. Se også Myhre (2008) og Trygstad (2008)

62 Rettsdata: note 1956 til straffeprosessloven § 258(2).

63 Myhre (2008) s.227

64 Trygstad (2008) deler dette synet.

65 Trygstad (2008) s.381

66 Sml. Trygstad (2008) s.384

67 [http://www.foyen.no/nyheter\\_og\\_publicasjoner/artikler/arkiv\\_2008/avvisning\\_i\\_offentlige\\_anbud\\_ved\\_korrupsjon\\_brudd\\_pa\\_etiske\\_krav\\_med\\_videre\\_07.11.2008](http://www.foyen.no/nyheter_og_publicasjoner/artikler/arkiv_2008/avvisning_i_offentlige_anbud_ved_korrupsjon_brudd_pa_etiske_krav_med_videre_07.11.2008)

68 FAD (2011) s.8. Motsatt synspunkt hos Myhre.

69 FAD (2011) s.8



spørsmålet om hvilke nasjonale domstoler norske oppdragsgivere skal forholde seg til, og hvilke utenlandske domstoler man har tillit til. Vil en norsk oppdragsgiver eksempelvis ha tillit til en lokal domstol fra et land som ligger på bunnen av Transparency Internationals korrupsjonsindeks?

Problemstillingen er utfordrende med hensyn til kravene om likebehandling og ikke-diskriminerende. Da masteroppgaven hovedsaklig vil vurdere den norske anskaffelsesprosessen vil problemstillingen ikke behandles i den videre fremstillingen.

Forståelse av «rettskraftig dom» tydeliggjør behovet for en klargjøring av rettssituasjonen på området, da en uriktig bruk av bestemmelsen vil kunne få store konsekvenser ved tildeling av anbud.

Det legges til grunn at rettskraftig dom må forstås som endelig, og alene tjene som grunnlag for obligatorisk avvisning.

## 2.4 Rekkevidden av plikten til å avvise

Unntak fra den obligatoriske avvisningsregel kan gjøres der «...*allmenne hensyn [likevel] gjør det nødvendig å inngå kontrakt*» med leverandøren, jf. anskaffelsesforskriften § 20-12 (1) e) siste setning.<sup>70</sup> Ordlyden indikerer at det ikke foreligger en absolutt plikt til å avvise i alle tilfeller hvor leverandøren er rettskraftig dømt for de forhold som fremgår av litra e).

Begrepet «allmenne hensyn» viser til vernet om liv og helse, hindre ødeleggelse av eiendom eller ivaretagelse av andre viktige samfunnsinteresser. De rent økonomiske hensyn, eksempelvis der en leverandør gir et lavere og økonomisk bedre anbud enn sine konkurrenter, vil som hovedregel ikke falle innunder ordlyden.<sup>71</sup>

Hvorvidt unntaksbestemmelsen får anvendelse beror på en helhetsvurdering av det konkrete tilfellet, i lys av anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsippene. Begrunnelsen skal være rent objektivt, og ikke påvirket av oppdragsgivers kunnskap om hvorvidt et tilsagn eller ikke vil påvirke leverandørens økonomi. Den straffbare handling må således stå i forhold til den konkrete beslutning om avvisning.

Hvorvidt avvisningen vil være forholdsmessig beror på en vurdering om identifikasjon av de impliserte parter, utestengelsens lengde samt adgangen til gjennomføring av renvaskingstiltak for å unngå utestengelse. (Vurderingsmomentene behandles i del 4)

---

70 Sml. Direktivets artikkel 45(1) tredje ledd.

71 FAD's veiledning s.165 og FAD (2011) s.12

## DEL 3: DEN FAKULTATIVE AVVISNINGEN

### Rettslig grunnlag for avvisning uten rettskraftig dom?

#### 3.1 Innledning

Del 3 vil redegjøre for rettsstilstanden og adgangen til å avvise leverandører fra offentlige anbud etter straffbarhetsvilkårene etter FOA § 20-12 (1) e, der det ikke foreligger rettskraftig dom for tilfellet.

Den aktuelle hjemmel må søkes ut fra den fakultative avvisningsadgangen etter anskaffelsesforskriften § 20-12 (2), sammenholdt med EU-direktivet artikkel 45 (2) og de respektive rettskilder.

#### 3.2 Rettsbildet – den fakultative adgangen til å avvise leverandøren fra anskaffelsesprosessen

##### 3.2.1 Regelverket

Anskaffelsesforskriften § 20-12 (2) angir, på lik linje med direktivets artikkel 45 nr.2, oppdragsgivers fakultative adgang til å avvise på grunnlag av forhold ved leverandøren.

Oppdragsgivers fakultative avvisningsrett gjelder blant annet der leverandøren «ved en rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel» (bokstav c) og der leverandøren «i sitt yrke har gjort seg skyldige i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje» (bokstav d).

##### 3.2.2 Bestemmelsens andre ledd bokstav c) og d)

Etter bokstav c) må leverandøren ha «gjort seg skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel» ved en «rettskraftig dom».

Begrepet «straffbare forhold» henviser til andre forhold enn straffbarhetsvilkårene etter første ledd bokstav e), typisk domfellelse for økonomisk kriminalitet i form av ulovlig prissamarbeid i strid med konkurranseloven.<sup>72</sup>

Om bestemmelsens innhold uttaler Klagenemnda<sup>73</sup> at;

*«...[d]e straffbare forholdene må relatere seg til den yrkesmessige vandel. Dette vil typisk gjelde leverandører som er dømt for økonomisk kriminalitet [...]. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at de straffbare forholdene må være av en viss*

---

72 FAD (2011) s.3-4

73 KOFA sak 2009/28 premiss 22 jf. FAD's veiledning s. 166

*betydning, og være relevant for den aktuelle anskaffelsen.»*

Bestemmelsen avgrenses mot de mer private domfellelser, typisk privat utpresning og lignende.

Bokstav c) krever, i motsetning til bokstav d), rettskraftig dom for det straffbare forhold. Foreligger ikke rettskraftig dom, men leverandøren har utvist atferd som kan oppfattes som «snuskete», kan oppdragsgiver avvise på bakgrunn av «alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav».

Ordlyden er noe videre enn bokstav c), men oppstiller krav til «alvorlige forsømmelser», hvilke innebærer at forsømmelsen må være av vesentlig betydning og relevant for den konkrete anskaffelsen.<sup>74</sup> Videre oppstilles det krav om objektiv dokumentasjon for det konkrete brudd. Mistanke vil ikke tilstrekkelig.<sup>75</sup>

Illustrerende er AugustaWestland saken. Til tross for korrupsjonsanklager i andre land, besluttet regjeringen i november 2013 å innlede forhandlinger med selskapet om nye redningshelikoptre i Norge.<sup>76</sup> I media har regjeringen argumentert for at det må foreligge mer enn mistanker om korrupsjon for at leverandøren kan avvises fra anskaffelsesprosessen.

Forskjellen på bestemmelsenes innhold er noe uklart. FAD har reist spørsmål ved hvorvidt det er adgang til å avvise en leverandør som i første instans er dømt for et straffbart forhold under bokstav c), under henvisning til at forholdet uansett må anses som en alvorlig forsømmelse mot faglige og bransjeetiske krav.<sup>77</sup>

Under et møte i den Rådgivende Komité for offentlige anskaffelser,<sup>78</sup> uttalte representanter for EU-kommisjonen<sup>79</sup> at bokstav c) skulle anses å omfatte forhold som etter nasjonal straffelovgivning defineres som strafferettslige overtredelser. Kravet om rettskraftig dom er dermed sentralt for å begrunne og sikre at leverandøren faktisk er skyldig i det konkrete lovbrudd. Bokstav d) skulle omfatte andre ikke-strafferettslig regelbrudd.

Uttalelsen synes å skille mellom bestemmelsen der tilfellet faller innunder strafferetten på den ene siden og andre regelbrudd på den andre. Utgangspunktet er dermed at de to bestemmelsene omfatter ulike lovbrudd.

FAD argumenterer for at uttalelse ikke må tas på ordet, idet det må skilles mellom situasjoner hvor det er tvil om faktum i den konkrete sak, og der det er tvil om hvordan et gitt faktum skal bedømmes.<sup>80</sup>

Etter sin ordlyd, burde bokstav d) dekke alle tilfeller som dekkes av bokstav c), men en slik forståelse vil ikke gi bokstav c) noe selvstendig meningsinnhold. En alternativ tilnærming kan være at hvor det er tale om straffbare forhold, bør det stilles strengere beviskrav i form av rettskraftig dom. Begrunnelsen beror på anskaffelsesregelverket formålsbestemmelse, om den offentliges innkjøpers plikt til å sikre gode og samfunnstjenlig innkjøp. Påstander om strafferettslige forhold må derfor behandles rettslig før leverandøren kan delta eller utestenges fra anbudskonkurransen.

---

74 FAD (2011) s.4

75 FAD (2011) s.5

76 <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10153201>,  
<http://www.thetimes.co.uk/tto/business/industries/engineering/article3685713.ece>

77 Problemet reist i FAD (2011) s.5-7

78 Se FAD (2011) s.6

79 EU-kommisjonens representanter gir ikke uttrykk for kollegiets offisielle holdning, jf. FAD (2011) s.6

80 Se FAD (2011) s.6

### 3.2.3 Kan anskaffelsesforskriften § 20-12 (2) d) tjene som hjemmelsgrunnlag for avvisning på bakgrunn av straffbare forhold etter første ledd bokstav e) uten at det foreligger rettskraftig dom?

Bestemmelsens ordlyd tilsier at oppdragsgiver *kan* avvise leverandører som «...i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje».

Begrepet «kan» viser til oppdragsgivers egen skjønnsvurdering om hvorvidt avvisning skal foretas, der vilkårene etter bestemmelsen er oppfylt.<sup>81</sup> Oppdragsgiver må ta hensyn til proporsjonalitetsprinsippet,<sup>82</sup> samt vurdere om det er hensiktsmessig og ønskelig å avvise en leverandør i det enkelte tilfellet. Oppdragsgivers skjønnsfrihet er derimot ikke absolutt i det de fundamentale rettsprinsipper begrenser skjønnet til ikke å være usaklig, vilkårlig eller diskriminerende, jf. anskaffelsesloven § 5.

Ifølge Dragsten vil en underrettsdom,<sup>83</sup> hvor straffbarhetsvilkårene etter § 20-12 første ledd bokstav e) er oppfylt og hvor skyldspørsmålet er uomtvistet, være en sterk presumpsjon for at forholdet er av en slik alvorlig grad at det må anses som brudd mot faglige og etiske krav.<sup>84</sup> For slike tilfeller vil det kunne avvises med hjemmel i bestemmelsens andre ledd bokstav d).

#### 3.2.3.1 «Alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje»

Anskaffelsesforskriften definerer ikke begrepet «alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav».

I *Forposta-saken*<sup>85</sup> tolket EU-domstolen begrepet «grave professional misconduct», og uttalte;

*«[...] the concept of 'professional misconduct' covers all wrongful conduct which has an impact on the professional credibility of the operator at issue and not only the violations of ethical standards in the strict sense of the profession to which that operator belongs, which are established by the disciplinary body of that profession or by a judgment which has the force of res judicata.*

*Indeed, point (d) of the first subparagraph of Article 45(2) of Directive 2004/18 allows the contracting authorities to prove professional misconduct by any demonstrable means. [...]*

*Consequently, the failure of an economic operator to abide by its contractual obligations can, in principle, be considered as professional misconduct.*

*Nevertheless, the concept of 'grave misconduct' must be understood as normally referring to conduct by the economic operator at issue which denotes a wrongful intent or negligence of a certain gravity on its part. Accordingly, any incorrect, imprecise or defective performance of a contract or a part thereof could potentially demonstrate the limited professional competence of the economic operator at issue, but does not*

81 KOFA sak 2007/30 premiss 48 og sak 2005/85 premiss 47.

82 Dragsten (2013) s.531

83 Her i betydningen av at dommen ikke er rettskraftig.

84 Intervju med Marianne Dragsten oktober 2013.

85 C-465/11 Forposta and ABC Direct Contact. Premissene 27-30

*automatically amount to grave misconduct.*

*In addition, in order to find whether 'grave misconduct' exists, a specific and individual assessment of the conduct of the economic operator concerned must, in principle, be carried out.»*

Begrepet «alvorlige forsømmelser» oppstiller ikke krav til et straffbart forhold, men forsømmelsen må være av en vesentlig betydning, og også relevant for den konkrete anskaffelsen.

«Ethiske krav» relaterer seg til krav av samfunnsmessig og sosial art, uavhengig varens kvalifikasjoner. Typisk vil dette være brudd mot habilitetsregler, brudd på ILO-konvensjonen, tilsidesettelse av miljølovgivningen og ikke minst brudd på en profesjons etiske retningslinjer og straffebestemmelser.<sup>86</sup> «Faglige krav i vedkommende bransje» relaterer seg til forsømmelser av betydning for leverandørens faglige troverdighet. Kravene beror på bransjespesifikke kvalifikasjonskrav til både leverandør og vare.

Ifølge FAD's veiledende uttalelser og juridisk teori må avvisning for brudd mot etiske standarder foretas på bakgrunn av en proporsjonalitetsvurdering, hvor det blant annet tas hensyn til hvor alvorlig forseelsen er, tiltak leverandøren har gjort for å unngå nye forseelser, om det er en engangsforseelse eller gjentatte brudd, samt hvor lenge det er siden bruddet skjedde.<sup>87</sup>

Klagenemnda har behandlet spørsmålet om «alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav» i et par saker. I sak 2006/153 la Klagenemnda til grunn at kundepleie i form av kostbare reiser, gaver, middager og lignende var å anse som «uetisk samrøre», hvilke stred mot bransjeetiske krav i næringslivet. Tilfellet var å anse som alvorlige forsømmelser, hvilke medførte en rettmessig avvisning av leverandøren.

I sak 2008/02 fant Klagenemnda at leverandørens tilbud til oppdragsgiver om middag og revybilletter i forbindelse med en demonstrasjon av de tilbudte varer, var å anse som en alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav, hvilke berettiget avvisning.

Juridiske teori og Klagenemndas uttalelser viser at korrupsjonshandlinger og annen økonomisk kriminalitet er å anse som alvorlige forsømmelser både mot faglige og bransjeetiske forutsetninger i næringslivet. Hvor det ikke foreligger rettskraftig dom, og faktum i saken ikke er bestridt, vil det trolig foreligge adgang til avvisning etter bokstav d).<sup>88</sup>

### **3.2.3.2 Skyldkravet – «gjort seg skyldig»**

Bestemmelsen krever at leverandøren har «gjort seg skyldig» for at oppdragsgivers fakultative avvisningsrett inntre.<sup>89</sup>

---

86 FAD's veiledning s.167

87 Se blant annet KOFA sak 2009/28 premiss 34 om forholdsmessighetvurderingen. (Saken gjaldt avvisning etter anskaffelsesforskriften § 20-12. Det forelå identifikasjon mellom aksjonær og selskap. På bakgrunn av grovt misvisende og feilaktige opplysninger, konkluderte klagenemnda at avvisningen var rettmessig.) Sml. FAD's veiledning s.161 sml. FAD (2011) s.4 og Dragsten (2013) s.531

88 Tilsvarende kan forstås av vurderingene i FAD (2011) s.4-7. Sml. Uttalelsene fra Anbudsvokaten. Link: [http://anbudsvokaten.no/n\\_5\\_Tolkningsuttalelse-fra-departementet-om-regler-om-avvisning.html](http://anbudsvokaten.no/n_5_Tolkningsuttalelse-fra-departementet-om-regler-om-avvisning.html)

89 Sml. Direktivteksten art.45 nr.1 d; «has been guilty of grave professional misconduct proven by any means which the contracting authorities can demonstrate».

Kommentarene til forskriftens bestemmelse uttaler at det må foreligge «objektive bevis» for at aktøren har foretatt de konkrete handlinger som kan medføre avvisning.<sup>90</sup> Hva begrepet omfatter er ikke klart definert. Rettspraksis synes å anvende begrepet uten videre redegjørelse av innholdet.<sup>91</sup>

En forståelse av begrepet «objektive bevis» kan likevel tilsi at det må foreligge konstaterbare fakta som underbygger påstanden i det konkrete forhold. Typisk vil dette være dokumentasjon på transaksjoner, telefonutskrifter, e-post eller ordinær brev korrespondanse, faktiske gaver/gjenstander som stammer fra et korrupsjonsforsøk og lignende. Er forholdet belyst i offentlige granskningsrapporter vil kravet til objektive bevis klart være oppfylt.<sup>92</sup> Antakelser om faktum, vitne- eller partsforklaringer faller dermed utenfor, da dette anses som mer subjektive oppfatninger.

Verken anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften oppstiller krav om et strafferettslig skyldkrav, men oppdragsgiver må begrunne avvisningen.<sup>93</sup> I motsetning til bestemmelsens første ledd bokstav e) hvor det stilles kvalifiserte krav til bevisets styrke, jf. begrepet «rettskraftig dom», uttaler FAD at beviskravet alminnelig sannsynlighetsovervekt trolig vil være tilstrekkelig for å oppfylle kravet om objektiv dokumentasjon.<sup>94</sup>

Kravet om forholdsmessighet viser til at vurderingen beror på mer enn leverandørens beviselige skyld eller ikke skyld. Leverandøren kan ha gjennomført en straffbar handling, men senere iverksatt renvaskingstiltak, som viser til at leverandøren ikke lenger er å anse som en trussel mot god konkurranse. Heller ikke kan leverandøren anses som kriminell i den sammenheng at det ikke foreligger rettskraftig dom. Typisk vil det tilfellet at det foreligger frifinnelse for et straffbart forhold tilsi at det ikke foreligger rettslig adgang for avvisning. Skyldes derimot frifinnelsen tvil om de faktiske forhold juridisk sett, men hvor de faktiske forhold ikke var uomtvistet, kan det likevel foreligge grunnlag for avvisning.<sup>95</sup>

Tilfellet der leverandøren tidligere har vært innblandet i kriminell aktivitet kan tilsi at allmennhetens tillit til den (selskapet eller dets sentrale personer) ikke lenger foreligger. På denne bakgrunn vil adgangen for oppdragsgiver til å avvise vedkommende være en sikkerhetsventil for å sikre et legalt anbud, og samtidig sende signaler om hvilke krav det offentlige setter til anbyderne.

### **3.2.3.3 Beviskravet for at leverandøren har «gjort seg skyldig i» korrupsjon, hvitvasking, bedrageri eller deltakelse i kriminell organisasjon.**

Avgjørende for effektiviteten av avvisningsretten er hvilke beviskrav som oppstilles for at det konkrete forhold skal utløse retten til å avvise på bakgrunn av hvorvidt leverandøren er å anse som «skyldig» i «alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav».

Det fremgår av direktivet at avvisningsretten inntreder der leverandøren «*has been guilty of grave professional misconduct proven by any means which the contracting authorities can*

---

90 FAD's veiledning s.161

91 Se blant annet Høyesteretts bruk av begrepet i Rt.1990.1082 og Rt.1996.864

92 FAD (2011) s.6 og Melbye (2008).

[http://www.foyen.no/nyheter\\_og\\_publicasjoner/artikler/arkiv\\_2008/avvisning\\_i\\_offentlige\\_anbud\\_ved\\_korrupsjon\\_brudd\\_pa\\_etiske\\_krav\\_med\\_videre\\_07.11.2008](http://www.foyen.no/nyheter_og_publicasjoner/artikler/arkiv_2008/avvisning_i_offentlige_anbud_ved_korrupsjon_brudd_pa_etiske_krav_med_videre_07.11.2008)

93 FAD (2011) s.10

94 FAD (2011) s.10. Samme synspunktet i KSI (2011) s.9

95 KSI (2011) s.9

*demonstrate*».<sup>96</sup> Utgangspunkt er dermed at oppdragsgiver må dokumentere forholdet som gir grunnlag for avvisningsretten. Nærmere veiledning om beviskravet gir verken direktivet eller anskaffelsesforskriften.

At leverandøren «har gjort seg skyldig» kan likevel tilsi at det må være tale om forsettelig eller uaktsom opptreden av en viss alvorlighetsgrad.<sup>97</sup>

For å kunne dømmes for et straffbart eller svært kritikkverdig forhold, er utgangspunktet at siktedes skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil.<sup>98</sup> At korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet er straffbart og svært kritikkverdige forhold, fremgår direkte av straffelovens bestemmelser. Kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt innebærer videre at det må foreligge en klar, betydelig eller sterk sannsynlighetsovervekt for at det skal anses som tilstrekkelig for å ilegge straff.<sup>99</sup>

Avvisning etter bestemmelsens første ledd viser til at leverandøren må være rettskraftig dømt for korrupsjon, hvitvasking, bedrageri eller deltakelse i organisert kriminalitet. Begrepet «rettskraftig dom» tilsier avvisningsplikten inntre bare hvor det foreligger en betydelig sannsynlighetsovervekt for faktisk skyld i det konkrete tilfellet. På bakgrunn av Høyesterettspraksis vedrørende kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for straff i sivile saker, og på grunnlag av at en part har gjort seg skyldig i et straffbart eller sterkt kritikkverdig forhold, taler dette for at beviskravet kan tas til inntekt ved den obligatoriske avvisningsbestemmelsen.<sup>100</sup>

Retten til å avvise gjelder forhold der det foreligger objektive bevis for at vedkommende har vært delaktig i korrupsjon eller annen økonomiske kriminell virksomhet, typisk der det er igangsatt etterforskning eller tatt ut siktelse på grunnlag av sakens faktiske stilling.

Etterforskning av straffbare forhold viser til den faktainnsamling som foretas for å undersøke om forholdet er straffbart, jf. straffeprosessloven § 224 (1). En mistenkt person under etterforskning får videre stilling som siktet når mistanken mot ham er såpass styrket at politiet erklærer ham for siktet, tiltale er tatt ut for retten eller automatisk når det er iverksatt tvangsmidler mot ham i etterforskningen som pågrepelse, ransaking, beslag eller liknende, jf. straffeprosessloven § 82.

Straffeprosessloven tilsier således at forholdet rettslig sett ikke er avklart, hvilke må bety at kvalifisert sannsynlighetsovervekt ikke kan oppstilles som beviskrav for tilfeller som faller innunder den fakultative avvisningsbestemmelsen.

Som nevnt under punkt 3.2.3.2, oppstilles det ikke krav om rettskraftig dom, men krav om objektive bevis for at vedkommende har gjort seg skyldig i det konkrete brudd mot faglige og etiske krav, hvilke avgrenser mot de rene mistanke tilfeller.<sup>101</sup> Videre gir den fakultative avvisningsbestemmelsen oppdragsgiver adgang til å foreta skjønnsvurderinger på bakgrunn av de objektive forhold som foreligger.

Ifølge Myhre kan det argumenteres for at skyldkravet må ligge opp mot kravene i strafferetten, da

---

96 Direktivet art.45 nr.2 d. Min understrekning.

97 <http://www.hjort.no/avvisning-av-leverandorer-som-folge-av-tidligere-kontraktsbrudd#.UpybQijFmMk>

98 Rt.1999.14, Skoghøy (2001) s.684 og Andenæs (2010) s.161

99 Se blant annet Rt.1990.688, Rt.1990.1082, Rt.1995.1641, Rt.1996.864 og Rt.1999.14

100 Synspunktet kan også sees i sammenheng ved at verken anskaffelsesloven eller forskriften gir uttrykk for at beviskravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt ikke skal legges til grunn for slike tilfeller som faller innunder dette rettsområdet.

101 FAD's veiledning s.161. Rettsdata note 247 til bestemmelsen.

reaksjonen har klare likhetstrekk med straff.<sup>102</sup> Et alternativ kan også være at reglene om offentlige anskaffelser grunnleggende sett gjelder oppdragsgivers private autonomi, og at hensynene bak bestemmelsen således må være å beskytte oppdragsgiver mot risiko knyttet til potensielt uærlige leverandører. Det siste argumentet taler for at skyldkravet må være lavere. Kravet kan likevel ikke være så lavt at det vil være tilstrekkelig med en ubegrunnet mistanke. En mistanke må underbygges av konkrete fakta og indisier, hvilke også må forstås som den riktige forståelse av kravet til objektive bevis, jf. punkt 3.2.3.2. Argumentene taler for at skyldkravet må være alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>103</sup>

FAD er av samme oppfatning da det uttales at det trolig vil være tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for «skyld» etter den fakultative bestemmelsen.<sup>104</sup> Synspunktet støttes også av Oslo Byfogdembete, der retten har uttalt om beviskravet at *«det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for at forholdet er korrekt, såfremt det foreligger konkrete forhold som lar seg objektivt bevise for forholdet»*.<sup>105</sup>

På bakgrunn av at avvisning er en administrativ reaksjon på mindre tillitvekkende forhold ved leverandøren, vil straffeprosesslovens regler ha begrenset relevans for beviskravet etter anskaffelsesregelverket.

Det legges til grunn at det riktige beviskravet etter anskaffelsesforskriften § 20-12 (2) d) er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

---

102 Intervju med Robert Myhre, oktober 2013.

103 Kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt er utviklet gjennom rettspraksis, og innebærer at det må foreligge en sannsynlighetsovervekt på mer enn 50% for at forholdet skal anses som bevist. Se Rt.1992.64 og Skoghøy (2001) s.674 flg.

104 FAD (2011) s.10

105 Se TOBYF-2010-90098. Synspunktet er senere fulgt opp i TOBYF-2010-172910



## DEL 4: BEHOV FOR PRESISERING AV VURDERINGSELEMENTER

### 4.1 Identifikasjonsspørsmålet

#### 4.1.1 Innledende bemerkninger

Oppdragsgivers plikt og rett til å avvise gjelder den juridiske personen, i forskriften kalt «leverandøren», som gir det konkrete anbud.<sup>106</sup> Spørsmålet om identifikasjon relaterer seg til forhold ved leverandøren som gir grunnlag for avvisning.

Hvor leverandørens daglige leder er rettskraftig dømt for hvitvasking, eller hvor leverandørens datterselskap er under etterforskning eller rettskraftig dømt (i Norge eller utland) for omfattende korrupsjonsvirksomhet, vil oppdragsgivers tillit til leverandøren svekkes. I de fleste tilfeller vil oppdragsgiver søke å unngå kontraktsinngåelse.

Det problematiske er hvorvidt leverandøren kan identifiseres med dens ansatte (de fysiske personer), leverandørens mor- og datterselskaper eller med mer avledede selskaper som typisk joint ventures.

Identifikasjonsspørsmålet er verken avklart i EU/ EØS-retten eller norsk rett. Vurderingen beror på en konkret vurdering om identifikasjon fremstår som rimelig, sett i sammenheng med proporsjonalitetsprinsippet.<sup>107</sup>

#### 4.1.2 Identifikasjon mellom leverandør og fysiske personer

Adgang til identifikasjon mellom leverandøren og fysiske personer, typisk daglig leder, styremedlemmer og eiere, er forutsatt i anskaffelsesdirektivet artikkel 45 nr.1 siste punktum.

Bestemmelsens ordlyd åpner for at det må tas hensyn til forhold ved personer tilknyttet selskapet;

*«...Where the information concerns a candidate or tenderer established in a State other than that of the contracting authority, the contracting authority may seek the cooperation of the competent authorities. Having regard for the national laws of the Member State where the candidates or tenderers are established, such requests shall relate to legal and/or natural persons, including, if appropriate, company directors and any person having powers of representation, decision or control in respect of the candidate or tenderer.»*

Som hovedregel må bestemmelsen forstås slik at det ikke kan foreligge adgang til identifikasjon mellom leverandøren og en helt underordnet fysisk person ansatt hos denne.<sup>108</sup> Unntaksvis vil identifikasjon likevel foreligge dersom leverandøren har profittert på den underordnede persons handlinger.<sup>109</sup>

---

106 FAD (2011) s.13 sml. Dragsten (2013) s.535 angående begrepet «leverandøren».

107 FAD (2011) s.13-16 sml. Dragsten (2013) s.535

108 FAD (2011) s.15 og Dragsten (2013) s.536

109 FAD (2011) s.15 og Williams (2006) s. 24

Klagenemnda vurderte spørsmålet om identifikasjon i sakene 2006/153 og 2009/28.<sup>110</sup>

I sak 2006/153<sup>111</sup> uttalte Klagenemnda angående spørsmålet om identifikasjon mellom leverandøren og daglig leders og selskapets største aksjonær;

*«Med henvisning til «leverandøren» tyder ordlyden ... isolert sett på at det er den formelle leverandøren som deltar i konkurransen som skal vurderes ... En slik snever forståelse ville medført at bestemmelsen var lett å omgå. Dette ville utelukke identifikasjon i tilfeller der omgåelseshensikt ikke er tiltenkt, eller kan bevises, men der identifikasjon etter en konkret vurdering likevel fremstår som naturlig. Etter klagenemndas oppfatning må således identifikasjon kunne skje i tilfeller der det er tette bånd mellom formell leverandør og fysiske eller juridiske personer hvis handlinger rammes av avvisningsgrunnen[e]...»*

Et tilsvarende synspunkt fremgår av sak 2009/28 hvor Klagenemnda, under henvisning til EU-direktivets artikkel 45 (1) siste ledd, uttalte;

*«Det er således klagenemndas oppfatning at ikke bare ledere, men også nøkkelpersoner i virksomheten med oppgaver som knytter seg til forberedelsen av tilbud eller utførelsen av oppdrag for det offentlige, vil kunne anses som identifiserbare med selskapet for øvrig. Dette gjelder også i det tilfellet der vedkommende har en underordnet stilling, men allikevel er gitt oppgaver som er sentrale for driften av selskapet.»<sup>112</sup>*

På bakgrunn av den straffedømtes sentrale stilling i firmaet, som daglig leder, dens representasjonsmyndighet for firmaet, samt nære familiære bånd med selskapets aksjonærer, konkluderte Klagenemnda med at det forelå tilstrekkelige grunner for identifikasjon.

I nyere tid har Klagenemnda behandlet spørsmålet om identifikasjon i sak 2011/206. Saken gjaldt hvorvidt Rana kommune hadde brutt sin plikt til å avvise en leverandør, der dens ansatt, A, var domfelt for grov korrupsjon. Klagenemnda fant at selskapets eierstruktur, som viste «et nettverk av selskaper hvor det er flere økonomiske linjer mellom A og valgte leverandør»,<sup>113</sup> isolert sett ikke kunne tas til inntekt for identifikasjon. Derimot ble A's stilling i den daglige og økonomiske driften av selskapet ansett som sentral.<sup>114</sup>

I sammenheng med A's nøkkelrolle, eierforhold og selskapsnettverket for øvrig, konkluderte Klagenemnda at det forelå tilstrekkelig grunnlag for identifikasjon. De iverksatte tiltak fremsto ikke tilstrekkelig for å unngå identifikasjon. Avvisningen var rettmessig.

Hvorvidt leverandøren kan identifiseres med sentrale fysiske personer, beror i stor grad på hvilke dokumentasjon oppdragsgiver etterspør, hvilke tydeliggjøres av de ovennevnte saker.

---

110 Sakene angår de fakultative avvisningsbestemmelsene. Klagenemndas generelle vurderinger vil være relevant også for den obligatoriske avvisning, jf. FAD (2011) s.15. Samme synspunkt i Arrowsmith (2005) s.750

111 Premiss 117

112 Premiss 28

113 Premiss 28

114 Premiss 30

### 4.1.3 Identifikasjon mellom selskaper

Vedrørende spørsmålet om identifikasjon mellom selskaper har Arrowsmith (2005) argumentert for at identifikasjon og avvisning klart må skje der et selskap er 100% eiet av et annet, og hvor morselskapet er ilagt straff som oppfyller kravene for avvisning.<sup>115</sup>

Tilsvarende fremgår av Kommissjonen uttalelse i *Tokai Carbon-saken*<sup>116</sup>;

*«...the responsibility of a parent company for the conduct of its subsidiary is based on the concept of undertaking as an economic entity and not on any kind of separate legal concept of 'attribution'...».*

Avgjørende for identifikasjon mellom et datter-/ underselskaps handlinger og morselskapet er interaksjonen mellom dem.<sup>117</sup> At et datterselskap følger instruksjer gitt av morselskaper taler for identifikasjon. Dersom identifikasjon ikke legges til grunn i slike tilfeller, vil leverandøren kunne opprette et heleid datterselskap for dermed å kunne omgå avvisning.<sup>118</sup>

Arrowsmith argumenterer videre for at medlemsstatene innehar et vidt skjønn i forhold til utvikling og praktisering av reglene om identifikasjon. Skjønnnet er likevel ikke helt fritt idet Arrowsmith uttrykker at identifikasjon trolig bare kan skje automatisk der det ene selskapet har dominerende innflytelse over det andre.<sup>119</sup> Typisk vil dette være et morselskap, selskaper i samme konsern, eller hvor det foreligger tette bånd mellom selskapene.<sup>120</sup> Vurderingen må bero på det konkrete tilfellet, samt på bakgrunn av graden av integrering mellom selskapene, herunder styre- og personfellesskap samt omgåelsesbetraktninger.<sup>121</sup>

Klagenemnda la samme begrunnelse til grunn for spørsmålet om identifikasjon mellom selskaper i sak 2006/153.<sup>122</sup> Klagenemndas uttalelse legges til grunn som riktig forståelse av rettsituasjonen.

Klagenemndas nylige avgjørelse i sak 2013/69 har en viss overføringsverdi i forhold til identifikasjonsspørsmålet mellom mor- og datterselskap. Klagenemnda la til grunn at *«...det kan ikke legges til grunn at det opplyste arbeidet, utført av klagers søsterselskap ..., har direkte relevans for klagers egnethet til å oppfylle kontraktsforpliktelsene i foreliggende anskaffelse...»*.<sup>123</sup>

Klagenemnda fant at den eneste forbindelse mellom selskapene var den rent selskapsrettslige tilknytningen, hvilke ikke kunne gjøres gjeldende for identifikasjon.

Samlet sett beror identifikasjonsspørsmålet på en helhetsvurdering av eierforholdet, personlige relasjoner, selskapets struktur samt den konkrete leverandørs rolle innad i selskapet. Et avgjørende element er hvorvidt det tilhørende selskap profitterer på det andres straffbare handlinger.

---

115 Arrowsmith (2005) s.749-750

116 Forente saker T-71/03, T-74/03, T-87/03 and T-91/03 para.384

117 Williams (2006) s.22

118 Dragsten (2013) s.536

119 Arrowsmith (2005) s.750

120 Dragsten (2013) s.535 og KOFA sak 2006/153 premiss 117

121 Dragsten (2013) s.535

122 Premissene 117-128

123 Premiss 36

## 4.2 Tidsaspektet for identifikasjon og proporsjonalitetsprinsippet

Anskaffelsesforskriften gir ingen klare regler for hvor lenge etter en straffbar handling, eller brudd mot faglige og bransjeetiske krav, en leverandør kan avvises. Dragsten viser til at det ikke foreligger noen absolutt grense, men antyder at strafferegistreringsloven kan være veiledende på dette punkt.<sup>124</sup>

I det opprinnelige forslaget til direktivtekst var det foreslått en 5 års grense, men forslaget ble ikke videreført i den opprinnelige bestemmelsen.<sup>125</sup> Fem år kan dermed ikke anses som en absolutt tidsgrense for identifikasjon, slik også Klagenemnda uttalte i sak 2006/153 premiss 135.

Av Klagenemnda vurderinger i sak 2006/153<sup>126</sup> fremgår at tidsaspektet mellom den konkrete forsømmelse og frem til avvisningstidspunktet er et relevant moment i vurderingen om identifikasjon, samt hvorvidt avvisningen vil fremstå som et uforholdsmessig tyngende inngrep.

Klagenemnda konkluderte at en forsømmelse fire år tilbake i tid før spørsmål om avvisning, ikke kunne «representere noen skranke for identifikasjon», da forsømmelsens art og graden av alvorlighet, sett i sammenheng med proporsjonalitetsprinsippet, var egnet til å svekke tilliten til leverandøren.

For forhold under de fakultative avvisningsbestemmelsene uttaler Klagenemnda i sak 2009/28, premiss 34, at;

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

Spørsmålet har også vært gjenstand for vurdering i svensk rettspraksis.<sup>127</sup> Domstolen uttalte at der den straffbare handlingen var begått 8-10 år forut for vurderingen av avvisning, ville en avvisning være uproporsjonal, og dermed ikke rettmessig.

Tidsaspektet for når avvisningen kan skje, må bero på en objektiv helhetsvurdering med hensyn til avvisningsreglenes formål og det konkrete tilfellet, og ikke hvorvidt det aktuelle tilfellet vil ramme leverandøren.<sup>128</sup> Proporsjonalitetsprinsippet tilsier at det ikke kan settes noen absolutt grense for hvor lenge etter den straffbare handling er skjedd at avvisning kan foretas.

---

124 Dragsten (2013) s.528-529 sml. FAD (2011) s.16-19

125 COM (2000) 275 art.46 nr.1; «Any economic operator shall be excluded from participation in the contract who, at any time during a five-year period preceding the start of the contract award procedure, has been convicted by definitive judgment...». Merk at 5 års grensen opprinnelig bare fremgikk ved den obligatoriske avvisningsregelen.

126 Se premissene 132-137

127 Avgjørelse fra Kammarrätten i Stockholm i mål 3767-09.  
Tilgjengelig på [http://www.kkv.se/beslut/\\_0707114847\\_001.pdf](http://www.kkv.se/beslut/_0707114847_001.pdf)

128 Dragsten (2013) s.529

### 4.3 Renvaskingstiltak som botemiddel for utestengelse - «self-cleaning»

Verken det nåværende EU-direktivet eller den norske anskaffelsesforskriften inneholder særskilte regler om self-cleaning.

Begrepet «self-cleaning» refererer til leverandørens mulighet til å unngå utestengelse fra offentlige anbud, ved at leverandøren gjennomfører nødvendige og tilstrekkelige tiltak som forsikrer omverden om at de tidligere feilaktige handlinger ikke vil inntre i fremtiden.<sup>129</sup> Oppdragsgiver skal på bakgrunn av de faktiske forhold, vurdere om de iverksatte tiltak er tilstrekkelige.

Anskaffelsesdirektivets bestemmelser er regelstyrende for hvorvidt self-cleaning inntas som et allment akseptert rettsprinsipp. Betydningen av at bestemmelsene implementeres ulikt i de respektive medlemsstater er synlig i denne sammenheng. Bare i enkelte medlemsstater har self-cleaning vokst frem til et godt etablert rettsprinsipp. Spesielt gjelder dette Tyskland og Østerrike, i motsetning til Hellas og Frankrike, som i praksis ikke tar hensyn til de respektive renvaskingstiltak i vurderingen om utestengelse.<sup>130</sup>

Likebehandlings- og proporsjonalitetsprinsippet setter grenser for hvilke sanksjoner og restriksjoner et foretak kan pålegges, og representerer dermed renvaskingstiltakenes forankring i anskaffelsesregelverket.<sup>131</sup> Forankringens begrunnelse er at utestengelsen må stå i forhold til avvisningsbestemmelsens formål. Utestengelse fra en anbudskonkurranse kan ikke anses proporsjonal dersom leverandøren har foretatt tilstrekkelige tiltak, og således fremstår som «ren».<sup>132</sup> Utestengelse av en «ren» aktør vil videre stride mot prinsippet om likebehandling.

I tiden etter direktivets og anskaffelsesforskriftens ikrafttredelse har etterspørselen om hvorvidt self-cleaning skal tas med i betraktningen, og dens eventuelle betydning, økt. I kjølvannet av Norconsult-saken etterlyste blant annet NHO klarere retningslinjer for renvaskingstiltak, under begrunnelsen om at selskaper som er dømt for korrupsjon, må ha mulighet til å renvaske seg for å unngå utestengelse.<sup>133</sup>

I forslag til nytt anskaffelsesdirektiv<sup>134</sup> er renvaskingstiltak innført i direktivteksten, hvor det heter;

*«Any economic operator that is in one of the situations referred to in paragraphs 1 and 3 may provide evidence to the effect that measures taken by the economic operator are sufficient to demonstrate its reliability despite the existence of a relevant ground for exclusion. If such evidence is considered as sufficient, the economic operator concerned shall not be excluded from the procurement procedure.*

*For this purpose, the economic operator shall prove that it has paid or undertaken to pay compensation in respect of any damage caused by the criminal offence or misconduct, clarified the facts and circumstances in a comprehensive manner by*

129 Arrowsmith et al. (2009) s.5

130 Arrowsmith et al. (2009) s.2 (Forfatterne begrunner ikke hvorfor self-cleaning anvendes ulikt i de ovennevnte land.)

131 Synspunkt hos Hjelmeng og Søreide (2013) s.668

132 Hjelmeng og Søreide (2013) s.682, FAD (2011) s.16

133 [http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource\\_id=4670](http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=4670)

134 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (Classical Directive). 2011/0438 (COD).

[http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Kommisjonsforslag\\_klassisk\\_direktiv.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Kommisjonsforslag_klassisk_direktiv.pdf)

*actively collaborating with the investigating authorities and taken concrete technical, organisational and personnel measures that are appropriate to prevent further criminal offences or misconduct.*

...

*An economic operator which has been excluded by final judgment from participating in procurement or concession award procedures shall not be entitled to make use of the possibility provided under the present paragraph during the period of exclusion resulting from that judgment in the Member States where the judgment is effective.»<sup>135</sup>*

Kommisjonens uttalelse og opplisting av obligatoriske tiltak er i stor grad inspirert av tysk rett, og må regnes som minstekrav innen EU-retten ved anvendelse av bestemmelsen i samsvar med renavaskingstiltakene.<sup>136</sup>

Forut for forslaget til nytt direktiv (av 2012) har Arrowsmith et. al (2009)<sup>137</sup> argumentert for at oppdragsgivere, i vurderingen om utestengelse, er forpliktet til å ta hensyn til hvorvidt det er foretatt renavaskingstiltak. Synspunktet støttes av FAD som argumenterer for at forholdsmessighetsprinsippet må føre til at slike tiltak tas med i vurderingen.

Juridisk litteratur har argumentert for at de ovennevnte argumenter for renavaskingstiltak ved obligatorisk avvisning også vil gjelde den fakultative avvisningsadgangen.<sup>138</sup> Begrunnelsen finnes i at de samme fundamentale EU-rettslige prinsipper også gjelder retten til å avvise. Utgangspunktet er dermed at en oppdragsgiver ikke kan avvise en leverandør etter den fakultative avvisningsbestemmelsen dersom leverandør har gjennomført tilstrekkelige renavaskingstiltak.

Som det fremgår av punkt 2.3.2 fremstår den norske avvisningsadgangen i praksis som en preventiv reaksjon. Motsatt hvor den i enkelte medlemsstater faktisk innehar et mer pønal formål, grunnet ulik implementering av direktivet. Proporsjonalitetsprinsippet setter grenser for at reaksjonen ikke skal være urimelig i forhold til den konkrete handlings alvorlighet, hvilke også bekreftes av EU-domstolens uttalelse i *Hansen-saken*;<sup>139</sup> «...that the [criminal] penalty ... is proportionate to the seriousness of the infringement committed»

Momentene viser at renavaskingstiltak skal tas til inntekt ved vurderingen, både i forhold til hvorvidt avvisning skal foretas og eventuelt varigheten av avvisningen. Videre vil tiltakene inneha en sentral rolle uavhengig medlemsstatenes implementering av direktivet.

Likevel vil ikke avvisning alltid være beste løsning for å sikre etterlevelse av anskaffelsesregelverkets formål. I noen tilfeller vil det være nødvendig for det offentlige å inngå kontrakt med en tidligere korrupsjonsdømt aktør, eller en som bare er mistenkt for et straffbart forhold. Forutsetningen er derimot at oppdragsgiver stiller tilstrekkelig krav til leverandør, typisk i form av omstrukturering eller innføring av compliance-systemer, eller krav som forsikrer at en korrupsjonsdømt person ikke skal delta i prosessen for den konkrete anskaffelsen.

Renvaskingstiltak står dermed sentralt i vurderingen om utestengelse er rimelig i det konkrete tilfellet, sett i forhold til hovedformålet om kostnadseffektive og samfunnstjenlig innkjøp.

---

135 Art.55 para 4.

136 Samme synspunktet hos Hjelmeng og Søreide (2013) og Arrowsmith et al. (2009).

137 Arrowsmith et. al. (2009) s.56

138 Arrowsmith et. al (2009) s.49-50

139 Sak C-326/88 Hansen (1990) ECR I-2911, para.20

## 4.4 Uttestengelsens varighet

### 4.4.1 Rettsbildet – lovverket og praksis

Spørsmålet angående utestengelsens varighet er uavklart både i EØS-retten og etter norsk rett.

I Kommisjonen opprinnelige forslag til direktiv 2004/18, ble det foreslått en maksimumsperiode for avvisningen på fem år. Forslaget lød;

*«Any economic operator shall be excluded from participation in the contract who, at any time during a five-year period preceding the start of the contract award procedure, has been convicted by definitive judgment..»<sup>140</sup>*

Hvorfor forslaget ikke ble inntatt i den endelige direktivteksten er usikkert.<sup>141</sup> Et alternativ kan være at en absolutt utestengelsesperiode fremstår ugunstig da en absolutt periode kan medføre et uforholdsmessig tidsperspektiv, og resultere i betydelig større tap for leverandøren. En absolutt avvisningsperiode vil videre stride mot proporsjonalitetsprinsippet, som blant annet tar hensyn til hvor alvorlig det konkrete bruddet er, hvorvidt det er foretatt renavaskingstiltak for å bøte på skadene, samt tidsforløpet fra handlingen ble begått til leverandøren står ovenfor en avvisning.<sup>142</sup>

Derimot er det under arbeidet med nytt direktiv foreslått følgende;

*«By law, regulation or administrative provision and having regard for Union law, Member States shall specify the implementing conditions for this article. They shall, in particular, determine the maximum period of exclusion if no measures as specified in paragraph 4 are taken by the economic operator to demonstrate its reliability. Where the period of exclusion has not been set by final judgment, that period shall not exceed five years from the date of the conviction by final judgment in the cases referred to in the first paragraph and three years from the date of the relevant event in the cases referred to in paragraph (3).»<sup>143</sup>*

Forslaget pålegger medlemsstatene å angi maksimumsperioden. Videre uttrykkes det at hvor det foreligger rettskraftig dom, skal avvisningen ikke overskride fem år. Vedrørende den fakultative avvisningen skal avvisningsperioden ikke overskride tre år.

Forslaget til nytt direktiv må forstås slik at den opprinnelig foreslåtte femårs-regelen ikke fremstår for kort, men som en maksimumsperiode for de mer graverende tilfeller. Treårsperioden vil dermed kunne tas til inntekt for å være veiledende, på bakgrunn av at den virkning avvisning representerer berører både leverandørens virke og mangfoldet av tilgjengelige produkter på markedet.

Etter Klagenemndas uttalelser blant annet i sak 2011/206 (premiss 21), sak 2006/153 og sak 2009/28 (premiss 34) står proporsjonalitetsprinsippet sentralt ved vurderingen om avvisningens varighet. I sistnevnte sak uttaler Klagenemnda at det ikke er fastsatt noen «*absolutt grense for hvor lenge og i hvor mange tilfeller*» det kan avvises for «*som følge av straffbare forhold som angår den*

---

140 COM (2000) 275 side 81, art.46 (1)

141 Hjelmeng og Søreide (2013) s.682

142 Samme synspunkt i FAD (2011) s.18; «det ikke er hensiktsmessig med en fast utestengningsperiode, da det er behov for å avpasse denne i forhold til alvorligheten av det straffbare forholdet».

143 2011/0438 (COD) artikkel 55 nr.4 a

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16725-re01.en12.pdf> )

yrkesmessige vandel». Oppdragsgiver skal utvise et skjønn i forhold til sakens alvorlighet, tidsaspektet mellom den straffbare handling, og etter en generell vurdering av «konsekvensene av å opprettholde utestengelsen».

Derimot vil det være uforholdsmessig å avvise for forhold som ligger langt tilbake i tid. Momentet krever altså nærhet mellom bruddet og en vurdering av hvorvidt avvisning vil være rimelig.

Spesielt i forhold til den fakultative avvisningsadgangen stilles krav til at avvisningen må være proporsjonal i forhold til identifikasjonen som foretas, og sakens alvorlighetsgrad. Bakgrunnen er at det ikke foreligger rettskraftig dom for at tilfellet faktisk har skjedd, men en objektiv skjønnsvurdering om det konkrete tilfellet kan anses å være tilstrekkelig krenkende mot de oppstilte faglige og etiske krav. For vurderinger som innehar større rom for vurdering, er det avgjørende med større gjennomsiktighet i beslutningsprosessen, for å sikre tilliten til et godt offentlig innkjøp.

#### 4.4.2 Strafferegistrering som et moment for avvisningens varighet?

Der direktivet ikke gir utfyllende regler, fremgår det direktivteksten at medlemsstatene «...shall specify, in accordance with their national law and having regard for Community law, the implementing conditions...». <sup>144</sup> Medlemsstatene skal således oppstille kriteriene og varigheten for avvisning, under hensyntagen til de fundamentale EU-rettslige prinsipper.

##### 4.4.2.1 Den obligatoriske avvisningen og strafferegistrering som moment for varigheten av avvisningen

Et relevant moment for den obligatoriske avvisning og utestengelsesperioden, vil være de nasjonale reglene om strafferegistrering. <sup>145</sup> Utdrag fra strafferegistre dokumenterer alvorligheten av forholdet leverandøren er rettskraftig dømt for.

Av anskaffelsesdirektivets artikkel 45 nr.3 fremgår det at

*«Contracting authorities shall accept the following as sufficient evidence that none of the cases specified in paragraphs 1 [...] applies to the economic operator:*

*(a) as regards paragraphs 1 [...] the production of an extract from the 'judicial record' or, failing that, of an equivalent document issued by a competent judicial or administrative authority in the country of origin or the country whence that person comes showing that these requirements have been met.»*

Den norske anskaffelsesforskriftens § 20-12 (3) uttaler tilsvarende at der «oppdragsgiver krever bevis for at leverandøren ikke omfattes av første eller annet ledd, skal utdrag fra strafferegister (..) godtas som tilstrekkelig bevis for første ledd bokstav e».

Direktivbestemmelsen kan ikke forstås på ordet da direktivet er innført tilnærmet ordrett i anskaffelsesforskriften, og uten tilpasninger til det norske rettssystemet, både i forhold til strafferetten generelt og reglene om strafferegistrering.

---

144 Direktivet art. 45 nr.1 (2) og 2 (2)

145 Dragsten (2013) s.528-529 og FAD (2011) s.16-19



Strafferegistreringsloven § 1 uttrykker at strafferegisteret omfatter «*opplysninger om dommer, vedtatte forelegg og andre avgjørelser*». <sup>146</sup> Derimot foreligger det ingen adgang til å få utskrift fra strafferegisteret for bruk ved offentlige anskaffelser, <sup>147</sup> hvilke tyder på at dette ville vært en lite adekvat løsning.

#### 4.4.2.1.1. Politiattest – norsk rett

Etter reglene om strafferegistrering skal politiet blant annet føre register over bøter for fysiske og juridiske personer. Informasjonen kan gis den berettigede som attest.

I forbindelse med offentlige anskaffelser vil politiattest, som utstedes til bruk for annet enn strafferettspleien, være aktuelt. Ot.prp. nr.108 (2008-2009) s.169 uttrykker at «*Strafferegistreringsloven hjemler kun utstedelse av politiattest til fysiske personer, og ikke til å utstede politiattest for foretak (juridisk person).*»

Ordlyden i FOA § 20-12 (3) første setning gir tilsynelatende hjemmel for utstedelse av politiattest for foretak. Dette kan likevel ikke være gjeldende rett, og må forstås som at forskriften viser til at en eventuell politiattest må anses som tilstrekkelig bevis på vandel. Momentet støttes av at heller ikke direktivteksten krever at medlemsstatene skal utstede slike attester, hvilke kan bety at departementet har inkorporert direktivet i norsk rett uten å se på sammenhengen med strafferegistreringsloven. <sup>148</sup> Slik rettsituasjonen er idag foreligger det ingen adgang til utstedelse av politiattest i forbindelse med offentlige anbud. <sup>149</sup>

#### 4.4.3 Medlemsstatenes praksis

Som resultat av ulik implementering av anskaffelsesdirektivet, varierer medlemsstatenes praksis vedrørende hvor lenge en leverandør kan avvises fra anskaffelseskonkurransen.

I dansk rett antas det at den straffedømte leverandør skal være utestengt fra anskaffelsesprosessen så lenge dommen fremgår av straffeattesten. Det fremgår av den danske Konkurrencestyrelsens veiledning at «*[b]ekendtgørelsen fastsætter på generelt plan, hvor længe en tilbudsgiver skal have et strafbart forhold registreret på sin straffeattest. Det vil sige 2 år i tilfælde af bødestraf og 5 år i tilfælde af fængselsstraf*». <sup>150</sup> Videre er «*[d]et ... Konkurrencestyrelsens opfattelse, at en virksomhed, der er dømt for nogle af de former for økonomisk kriminalitet, der er nævnt i art. 45, stk. 1, skal være "blacklistet" i den periode, hvor dommen fremgår af Kriminalregistret*».

Dansk rett legger til grunn en noe strengere forståelse enn norsk rett, da foretaket skal være utestengt så lenge dommen er strafferegistrert.

I tysk rett legges det til grunn at varigheten av avvisningsperioden må bero på en konkret vurdering

---

146 Lov av 11.juni 1971 nr.52 om strafferegistrering

147 Strafferegistreringsloven § 2 og forskrift om strafferegistrering av 1974 nr.4 § 12.

148 Tilsvarende synspunkt fremgår av FAD (2011) s.18

149 Det bemerkes at ny lov, politiregisterloven, er vedtatt av stortinget 28.mai 2010, jf. Ot.prp. Nr 108 (2008-2009). Loven er ikke trådt i kraft. Etter denne kan også foretak få politiattest, under forutsetningen av at det foreligger hjemmel for å be om attest i det konkrete tilfellet.

150 Den danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne av 30. juni 2006, se s.148-149.

av den aktuelle sak, slik tilfellet er for den fakultative avvisningsadgangen under direktivbestemmelsen artikkel 45 (2). Årsaken er at det antas at den nasjonale strafferegistrering er for langvarig, og vil medføre en uforholdsmessig avvisningsvarighet.<sup>151</sup>

Retten i Storbritania opererer i utgangspunktet med en permanent utestengelse. Dette har sammenheng med at britiske rett legger til grunn en rehabiliteringsperiode, samt hvordan begrepet «straffedom» forstås i britisk strafferett, og hvorvidt straffedommen anses «spent» eller «unspent».<sup>152</sup>

For den britiske retts vedkommende er det to muligheter til å fremskaffe informasjon om straffbare forhold;

*«... Basic and Standard. A Basic Disclosure will detail all convictions of an individual that are currently unspent under the Rehabilitation of Offenders Act 1974. A Standard Disclosure will detail all convictions of an individual on record, whether spent or unspent (under the Rehabilitation of Offenders Act 1974). A contracting authority should only need to consider the Standard Disclosure where it believes that the subject matter of the contract being awarded requires full disclosure.»*

*«Unlike convictions of individuals, corporate convictions do not currently become spent and there is no official central record kept. A corporate conviction for an offence that requires mandatory exclusion could therefore result, currently, in permanent exclusion of that company from public procurement contract opportunities, unless there are grounds for applying on a case by case basis the overriding requirements in the general interest exception.»<sup>153</sup>*

Der oppdragsgiver har grunn til å innhente informasjon om leverandøren, må den henvende seg til den kompetente myndighet, her «the Criminal Record Bureau» (CRB).

Ifølge FAD,<sup>154</sup> og henholdsvis det engelske Criminal Records Bureau, vil følgende være gjeldende;

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

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

*[...]*

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

---

151 Hjelmeng og Søreide (2013) s.684

152 FAD (2011) s.17 og UK guidelines; «Mandatory Exclusion of Economic operators». Utfyllende om begrepene se fotnoter (5 og 6) til dokumentets punkt 6.

[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://ogc.gov.uk/documents/Mandatory\\_Exclusion\\_Guidance\\_-\\_February\\_2010\\_Update\\_on\\_new\\_template\\_\(2\).pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://ogc.gov.uk/documents/Mandatory_Exclusion_Guidance_-_February_2010_Update_on_new_template_(2).pdf)

153 UK Guidelines «Mandatory Exclusion of Economic operators» pkt.6

154 FAD (2011) s.17

Etter det britiske rettssystemet vil oppdragsgiver derfor ha anledning til å etterspørre dokumentasjon fra CRB angående om straffedommen er «spent» eller «unspent», og således stå friere til å begrense varigheten av avvisningen.<sup>155</sup>

Den svenske lovgivningen har likhetstrekk med den norske anskaffelsesforskriften, da den uttrykker at leverandører som er rettskraftig dømt for visse overtredelser skal utelukkes, med mindre særlige grunner taler imot.<sup>156</sup> Ved vurderingen om avvisning skal foretas, vil proporsjonalitetsprinsippet stå sentralt, hvilke innebærer at avvisningen ikke er absolutt.

Sammenfatningsvis innebærer de ulike lands praksis og løsninger på uklarhetene som fremgår av anskaffelsesdirektivets, utfordringer med hensyn til å få europeiske markeder og internasjonale anbudskonkurranser til å fungere effektivt.

#### 4.4.4 Avvisningens varighet i forhold til den fakultative bestemmelsen

Utgangspunktet for avvisning etter den obligatoriske bestemmelsen er at oppdragsgiver må kjenne til at det foreligger en rettskraftig dom for et av straffbarhetsvilkårene. Hvor det faktisk foreligger dom eller vedtatt forelegg, innebærer det ikke at oppdragsgiver selv kan foreta vurderingen av handlingens alvorlighet eller straffverdighet.<sup>157</sup> Oppdragsgiver kan bare benytte den ilagte straff som veiledende i forhold til utestengelsens varighet.

Etter anskaffelsesforskriften, sammenholdt med proporsjonalitetsprinsippet, vil vurderingen bero på det konkrete forhold med hensyn til hvilke renavaskingstiltak som er iverksatt, og om tiltakene sikrer allmennhetens tillit til gode offentlige innkjøp. Typisk vil dette gjelde der tiltakene ovenfor den tidligere straffedømte juridiske eller fysiske person som identifiseres med virksomheten, har bidratt til endringer i eksempelvis eierstruktur og ansvarsområde.

Videre tilsier likebehandlingsprinsippet at der forholdet ligger langt tilbake i tid, dommen gjerne er ferdig sonet og det er foretatt tilstrekkelige renavaskingstiltak, vil det være forholdsmessig ikke å avvise leverandøren.

Svensk rettspraksis støtter det ovennevnte momentet i en dom fra 2010.<sup>158</sup> Forvaltningsdomstolen vurderte hvorvidt en tidligere domfellelse for deltakelse i organisert kriminalitet berettiget avvisning. På bakgrunn av det svenske anskaffelsesregelverket, EU-direktivet og betydningen av proporsjonalitetsprinsippet, konkluderte retten med at straffbare handlinger ikke automatisk kunne lede til avvisning. Bare straffbare handlinger av ringere art kunne motivere en avvisning.

Forvaltningsdomstolen uttrykte videre at den eneste årsak som kunne berettigede avvisning, ville være alvorlighetsgraden av den konkrete handling. At forholdet var foretatt langt tilbake i tid, vedkommende hadde sonet sin straff samt opptrådt lovlydig i de fem år etter løslatelsen, og vedkommende ikke lenger kunne antas å ha koblinger til en kriminell organisasjon, tilsa etter en helhetsvurdering at det ikke forelå særskilte grunner for avvisning.

På bakgrunn av at den obligatoriske og den fakultative bestemmelsen i utgangspunktet skal hjemle

---

155 FAD (2011) s.17

156 FAD (2011) s.17

157 FAD (2011) s.18

158 Förvaltningsrätten i Stockholm, dom 2010-07-09, mål nr.25630-10, tilgjengelig på <http://centrumforrattvisa.se/wp-content/uploads/files/Dom.%20Fidelia.pdf>

ulike straffbare handlinger, taler dette for at oppdragsgiver i utgangspunktet innehar større skjønnsfrihet ved vurderingen om avvisning under den fakultative bestemmelsen. Der vurderingene i større grad blir mer subjektive, innebærer det også et økt behov og krav til innsyn for det offentlige i vurderingene.

Derimot, er det ikke sagt at handlingene som faller under annet ledd er mindre alvorlige. Hensynet til forutberegnelighet, rettssikkerhet og likebehandling taler så vel for at aktører som unnslipper første ledd, skal komme bedre ut ved anvendelse av annet ledd. Illustrerende er en underrettsdom for grov korrupsjon som er til ankebehandling ved Høyesterett, og hvor skyldspørsmålet i alle tilfeller er avgjort. Til tross for at det konkrete tilfellet kvalitativt sett ikke faller innunder avvisningsadgangen etter første ledd, kan det argumenteres for at tilfellet burde behandles som om saken allerede var rettskraftig avgjort, både på bakgrunn av sakens alvorlighetsgrad og beviskravet.

På den annen side, vil det å behandle to nokså ulike tilfeller likt, strid mot likebehandlingsprinsippet. Forutsettes det at det foreligger en veiledende utestengelsesperiode på tre-fem år, ved utestengelsen etter første ledd, tilsier likebehandlingsprinsippet at det samme ikke kan gjøres gjeldende for avvisning etter annet ledd.

Det foreligger ingen retningslinjer på dette området, men juridisk teori, Klagenemndas praksis og medlemsstatenes praksis legger til grunn at proporsjonalitetsprinsippet er avgjørende for vurderingen om og hvor lenge en aktør kan utestenges fra anbudskonkurransen.

Det kan argumenteres for at en absolutt avvisningsperiode, både med hensyn til føre-var-prinsippet og forutberegnelighet for aktørene, vil være en god løsning. Men i den grad oppdragsgiver skal foreta vurderinger der forholdet ikke er av graverende art, vil avvisningen kunne fremstå uforholdsmessig.

Videre vil det tilfellet der det foreligger mindre, eller ingen rom for skjønnsvurderinger hos oppdragsgiver, virke mindre avskrekkende på aktører som ser større fordeler med å bevege seg på kanten av hva som kvalifiserer til avvisning og hva som anses akseptabelt etter regelverket. En slik situasjon vil vanskeliggjøre oppdragsgivers adgang til å avvise leverandøren den ikke har tillit til.

I alle tilfeller kan det argumenteres for en strengere utestengelsesperiode der forholdet faller innunder første ledd. Begrunnelsen finnes i kravet til rettskraftig dom, samt beviskravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Avgjørende for varigheten etter den fakultative bestemmelsen vil således bero på hvor alvorlig forholdet er, om det er et engangstilfelle, eller om leverandøren bevisst har foretatt handlingen over en lenger periode.

Jeg stiller meg kritisk til å fravike proporsjonalitetsprinsippet, og dens vurderinger, til fordel for en absolutt utestengelsesperiode, både etter den obligatoriske og den fakultative bestemmelsen.

## DEL 5: HVORDAN KAN ET BEDRE REGELVERK OPPNÅS?

### 5.1 Innledning

Anskaffelsesregelverkets hovedformål er å sikre allmennhetens tillit til at det offentlige foretar kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp.

Avvisning, i form av en administrativ reaksjon, kan likevel fremstå med en konkurransehemmende effekt i det mangfoldet produkter og leverandører svekkes. Som fremstillingen viser, kan avvisning likevel være rimelig hvor forhold ved leverandøren tilsier at den ikke lenger er pålitelig. Typisk gjelder dette ved korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet, som anses for å hindre økonomisk utvikling og virke konkurransevridende ovenfor andre aktører og allmennheten. Avvisning av leverandører hindrer dermed at offentlige midler tilfaller uhederlige og kriminelle aktører, og sikrer god konkurranse.

Fremstillingen viser videre til at det ikke alltid vil være rimelig å avvise enhver aktør som har vært delaktig i kriminell virksomhet, eller hvor det er tvilsomt om de faktiske forhold er korrekte. For slike tilfeller forutsettes det at oppdragsgiver stiller klare kriterier til hvilke tiltak leverandøren må foreta, for at allmennheten fortsatt skal ha tillit til at offentlige midler ikke tilfaller uhederlige eller kriminelle aktører.

Videre avgrenses det mot tilfeller hvor det bare foreligger mistanke om et straffbart forhold. Avgrensningen må sees på bakgrunn av at en slik adgang lettere ville kunne åpne for uetiske handlemåter hos konkurrenter, for lettere å kunne profitere på en annen aktørs utestengelse. En svekkelse av antallet leverandører vil også vanskeliggjøre oppdragsgivers plikt til å foreta gode, kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp.

Hvorvidt avvisningen påvirker den enkelte leverandørs finansielle situasjon, vil være uten betydning.<sup>159</sup> Illustrerende i dette tilfellet er Statens avvisning av NCC og Veidekke fra asfaltkontrakter i Trøndelag.<sup>160</sup> Til tross for det økonomiske tap avvisningen i dette tilfellet innebar, forelå det likevel adgang for leverandørene til å delta i anbudskonkurranser i andre deler av landet. Da Norge ikke har innført et nasjonalt svarteliste-regime, vil avvisning ikke automatisk påvirke andre offentlige innkjøperes beslutning, og avvisning kan foretas til tross økonomisk belastende for leverandøren.

### 5.2 Teoretiske synspunkter for hvordan et bedre regelverk kan oppnås

Fremstillingen har vist at det er behov for klarere regler som sikrer samsvar mellom regelverkets formål og praktiseringen av det. Regelverkets uklareheter relaterer seg til identifikasjonsspørsmålet, forståelsen av begrepet «convicted by final judgement» etter nasjonal rett, samt hvilke tiltak som

---

159 Se eks. Oslo byfogdembete argumentasjon i TOBYF-2010-172901. Retten argumenterer for at avvisning av den konkrete leverandør innebar altomfattende konsekvenser, da tilbyderer i hovedsak livnærte seg på offentlige anskaffelser. En slik konsekvens vil kunne ha betydning utfra et strafferettslig synspunkt. Men da avvisning er en administrativ reaksjon, vil det ikke ha betydning i vurderingen om avvisning skal foretas eller ikke.

160 Se blant annet: <http://www.adressa.no/nyheter/okonomi/article1780817.ece>

kan motvirke eller begrense avvisning, såkalt self-cleaning.<sup>161</sup>

Vedrørende forståelsen av begrepet «rettskraftig dom» og identifikasjonsspørsmålet vises det til den tidligere drøftelsen. I det følgende vil det fokuseres på renvaskingstiltak som mulige momenter for å bedre rettssituasjonen.

Renvaskingstiltakenes hensikt er, som nevnt under punkt 4.3, en mulighet for leverandøren til å gjenvinne allmennhetens tillit til dens pålitelighet, ved gjennomføring av tilstrekkelige endringer i virksomheten som helhet. Likevel kan tiltakene ikke tas til inntekt for å motvirke enhver senere forekomst av straffbare eller uetiske handlinger, da renvaskingstiltakene baseres på det enkelte tilfellet. Tiltakene må gjennomføres på bakgrunn av det konkrete tilfellet, og senere følges opp for å kunne virke etter deres formål.

For å bedre anvendelsen av avvisningsreglene har Arrowsmith et.al (2009) argumentert for at renvaskingstiltak, underlagt proporsjonalitetsprinsippet, må anses som en sentral faktor med hensyn til hvorvidt avvisningsreglene er egnet til å sikre regelverkets formål.

For at en suksessfull renvaskingsprosess kan gjennomføres oppstiller Arrowsmith et.al. fire hovedelementer.<sup>162</sup> Momentene overlapper delvis med hva som fremgår av forslag til nytt EU-direktiv.<sup>163</sup>

Det oppstilles for det første krav til at leverandøren, som står i fare for utestengelse på grunnlag av domfellelse eller alvorlige forsømmelsestilfeller, må bidra til å klarlegge fakta og omstendighetene ellers. Bare en fullstendig avdekking av de faktiske forhold kan bidra til å forsikre at tiltakene er tilstrekkelige og hensiktsmessig. Bakgrunnen er at dersom avdekking av forholdene ikke foretas, vil det ikke foreligge tilstrekkelig grunnlag for senere og kunne eliminere de feilaktige handlinger, ved eksempelvis innføring av compliance-systemer. For å sikre at avdekkingen av forholdene faktisk skjer, og på en tillitvekkende måte, argumenteres det for at klarleggingsprosessen skal bistås av uavhengige etterforskere, typisk en autorisert revisor. Under forutsetning av at klarleggingsprosessen er vellykket gjennomført, må virksomhet videre erstatte de eventuelle skader bruddet har medført.

For å forsikre omverdenen om at selskapet tar domfellelsen eller forholdene for øvrig på alvor, er det avgjørende å foreta endringer innad i selskapet. Herunder oppstiller Arrowsmith et.al (2009) krav om personelle tiltak. Domfelte personer og personer som har vært delaktig i de straffbare og uetiske handlinger, skal med hjemmel i nasjonal arbeidsrettslig lovgivning, avsettes fra stillingen. Videre skal det foretas tiltak som forhindrer straffedømte aksjonærers innflytelse i beslutninger som angår selskapets drift.

Det siste kravet innehar et fremtidsrettet aspekt, i det det skal foretas strukturelle og organisatoriske endringer innad i virksomheten. Typisk innebærer dette intern opplæring av ansatte i forbindelse med korrupsjons-, konkurranse- og anskaffelses regelverket. Videre kan det innføres interne retningslinjer med formål om innføring av gode etiske standarder egnet til å hindre korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet.

En form for dobbel-kontroll system, hvor de ansattes arbeidsoppgaver roteres jevnlig, kan videre

---

161 Hjelmeng og Søreide (2013) og Arrowsmith et.al. (2009) har argumentert for hvilke krav som må oppstilles for self-cleaning; hvilke vekt momentene skal ha og hvordan dette bidrar til en mer effektivt anskaffelsesprosess.

162 Arrowsmith et.al (2009) s.6-8

163 Se forslaget 2011/0438 (COD) art.55 para.4

bidra til å sikre en virksomhet fra og utsettes for uhederlige ansattes handlinger. I denne sammenheng argumenteres det for tilrettelegging av en ekstern person, eksempelvis ombudsmannen, som kontaktperson for varslere.

Tiltakene Arrowsmith et al (2009) oppstiller viser at det må foretas omfattende endringer i virksomhet som helhet. Videre viser momentene at korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet favner videre enn bare en del av selskapets virke. På denne bakgrunn må tiltakene anses å være av stor betydning for hvorvidt en leverandør kan anses å være pålitelig, og også i forhold til hvilke leverandører den offentlige oppdragsgiver bør kontrahere med.

Hjelmeng og Søreide (2013) har nylig tydeliggjort problemet med at det ikke foreligger et nasjonalt eller internasjonalt renavaskingsregime for de obligatoriske avvisningsreglene, og har utformet anbefalinger for hva som kan være en mulig løsning for å avhjelpe rettsituasjon.<sup>164</sup> Anbefalingene, vil behandles i den videre fremstillingen, og må tas til inntekt også for den fakultative avvisningsadgangen.

For at avvisningsreglene skal oppnå de tilsiktede konsekvenser, i form av kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp i et konkurransedyktig marked, er det avgjørende med klare retningslinjer som sikrer en lik og forutberegnelig praktisering av regelverket. Som Hjelmeng og Søreide (2013)<sup>165</sup> fremhever vil det foreligge tilfeller hvor oppdragsgiver ønsker å avvike fra avvisningsreglene, til fordel for en leverandør som yter god service eller leverer attraktive produkter. Motsatt kan tilfellet være at adgangen til å avvise er såpass begrenset at den eneste leverandøren på markedet avvises. Unntak fra slike tilfeller kan være ønskelig, men unntak vil også medføre svekket forutberegnelighet for anvendelsen av regelverket.

For å oppnå en bedre anvendelse av regelverket argumenterer Hjelmeng og Søreide (2013)<sup>166</sup> for at beslutningskompetansen om hvorvidt unntak skal foretas må flyttes til et (sentralt) organ uavhengig innkjøper. Typisk kan dette være et departementet med kompetanse innen anskaffelsesprosessen.

Momentet viser betydningen av hensynet til likebehandling og forutberegnelig. Ved en slik kompetanseomlegging vil den enkelte anbyder sikres mot å bli et offer for den kommunale, og muligens mindre habile instans. Motargumentet er derimot at oppdragsgiver må ta konsekvensen av andres beslutning. For å sikre både rettslige og bransjespesifikke vurderinger, samt oppfyllelse av regelverkets formål, må det stilles krav til et kompetent organ, med tilstrekkelig erfaring og kvalifikasjoner til å vurdere og foreta de konkrete beslutninger.

For det andre fremhever Hjelmeng og Søreide (2013) at utestengelsen ikke er en pønal reaksjon, men en administrativ reaksjon på det konkrete lovbrudd. Utestengningsperioden må vurderes primært i forhold til det administrative formålet med anskaffelsesregelverket. For at renavaskingstiltakene skal være proporsjonale, bør utestengningsperioden derfor være lenger ved mer alvorlig lovbrudd. Ut fra insentivteorien vil da fortjenesten være et bedre estimat enn eksempelvis konsekvensene for samfunnet.<sup>167</sup>

Etterlevelse av regelverket i sammenheng med en viss utestengelsesperiode er alene ikke tilstrekkelig som begrunnelse for at leverandøren har gjort endringer som forsikrer omverdenen om

---

164 Utfyllende om anbefalingene se Hjelmeng og Søreide (2013) s.673-678

165 Side 674

166 Side 674

167 Side 674-675

at de straffbare forhold ikke vil inntre i fremtiden.<sup>168</sup> Hjelmeng og Søreide (2013)<sup>169</sup> oppstiller derfor krav om et prinsipp for renavaskingstiltak.

Det uttales at prinsippet skal sikre «...*(i) en logisk sammenheng mellom varighet og tilbyderens fortjeneste av lovbruddet ...; (ii) en forventning om at bedriftens pålitelighet styrkes; og (iii) at det kan praktiseres uten for mange åpninger for å kunne gjøre unntak.*<sup>170</sup>

Hensikten bak renavaskingsprinsippet er gjennom hensynene til proporsjonalitet, tillit og praktisk gjennomførbarhet, nettopp å sikre allmennhetens tillit til gode innkjøp, men også virke forebyggende, under hensyntagen til de ovennevnte momenter.

På denne bakgrunn kan prinsippet om renavasking illustreres som en enkel grafisk sammenheng,<sup>171</sup> hvor aktøren kan redusere den fastsatte utestengelsens varighet ved at det foretas tilstrekkelige tiltak, typisk i form av interne strukturendringer eller omorganisering av mindre hederlige sentrale personer i bedriften.

Modellen er enkelt utformet, og viser en tydelig lineær sammenheng mellom bruddets alvorlighetsgrad og reaksjonens varighet. På denne bakgrunn vil renavaskingstiltakene fremstå som faktorer i vurderingen om hvorvidt en leverandør fremstår tillitvekkende, eller om det fortsatt foreligger indikasjoner på at tildeling av anbud kan svekke allmennhetens tillit til det offentlige vurderinger.

Hjelmeng og Søreide's (2013) modell for et velfungerende renavaskingsregime bygger på prinsippene om proporsjonalitet, forutberegnelighet og forbedring av forhold ved leverandøren.<sup>172</sup> Utover det som er nevnt tidligere om kompetanseomlegging, oppstilles det videre krav til klart formulerte renavaskingskriterier for å sikre en effektiv og forutberegnelig prosess.<sup>173</sup> Bare på denne måten vil avvisningen tjene avvisningsreglens formål.

Den siste anbefalingen angående harmonisering av renavaskingskriteriene, er kanskje den viktigste med tanke på økende handel mellom ulike EU/ EØS-land, samt at offentlige anskaffelser i større grad skjer over landegrensene. Harmonisering vil bidra til å sikre en best mulig effekt av renavaskingsreglene, samt unngå ineffektiviteter i form av at en utestengt aktør velger å fokusere på et annet marked, gjerne i et annet EU/ EØS-land, fremfor å gjennomføre de nødvendige tiltak som sikrer bedriften i sin helhet, samt tilliten til leverandøren.<sup>174</sup>

Modellen fremstår etter mitt syn med en logisk begrunnelse for hvordan renavaskingstiltak kan tas til inntekt for å redusere utestengelsens varighet. Videre ivaretar modellen de fundamentale prinsippene; proporsjonalitet, likebehandling og forutberegnelighet i prosessen, som skal sikre anskaffelsesregelverkets formål.

Å utestenge leverandører for en uforholdsmessig lang periode vil ikke være hensiktsmessig. Færre aktører på markedet kan medføre konkurransemessige ulemper i form av en leverandørs monopol, hvilke muliggjør monopolistens kontroll over produktenes pris-kvalitet kombinasjonen, i tillegg til

---

168 Tilsvarende fremgår av Arrowsmith et.al (2009) s.5

169 Side 676-678.

170 Side 676

171 Se Hjelmeng og Søreide (2013) s.676-677

172 Tilsvarende som Arrowsmith et.al (2009) som fremhever at hensynene til fri flyt av varer og tjenester, proporsjonalitetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet står sentralt ved renavaskingstiltak.

173 Hjelmeng og Søreide (2013) s.687

174 Det nye anskaffelsesdirektivet har ikke valgt å harmonisere anskaffelsesreglene.



maksimering av egen profitt. En helt sentral del av anskaffelsesprosessen er nettopp å sikre god konkurranse, hvilke bare muliggjøres ved flere aktører på markedet. Gjennomføring av renvaskingtiltak, som bidrar til fornyet allmenn tillit til leverandøren, må derfor anses som avgjørende for å sikre anskaffelsesregelverkets formål.

Videre kan innføring av et renvaskingsregime avhjelpe de subjektive vurderinger som tilfaller oppdragsgiver etter den fakultative bestemmelsen. Klarere retningslinjer vil videre forenkle og oppfylle kravet om offentlig begrunnelse og allmennhetens forståelse av avvisning i konkrete tilfeller. Et renvaskingsregime med klare retningslinjer for hvilke tiltak som bedre sikrer tillit til leverandøren, vil også ha betydning for avvisningsperioden.

## DEL 6: KONKLUSJON

Som avhandlingen har vist plikter oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften § 20-12 (1) e) å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet.

Hvor det ikke foreligger rettskraftig dom, foreligger det ingen eksplisitt plikt til å avvise. Derimot taler behovet for beskyttelse av oppdragsgiver mot uhederlige leverandører, og allmennhetens tillit til at offentlige midler ikke tilfaller uhederlige aktører, for en slik adgang. Vurderingen må bero på en helhetsvurdering av de grunnleggende prinsipper (proporsjonalitet, likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet), forholdets alvorlighetsgrad, hvorvidt forseelsen er et engangstilfelle eller gjentatte straffbare handlinger, og hvorvidt leverandøren har gjennomført tilstrekkelige renskingstiltak for å gjenvinne tillit. Beslutningen må være tilgjengelig for offentligheten for å sikre at allmennhetens tillit til det offentlige.

Terskelen for avvisning kan likevel ikke settes for lavt, idet proporsjonalitetsprinsippet setter grenser for når og hvor lenge den offentlige myndighet kan pålegge sanksjoner som kan fremstå som straff. Hensikten er ikke å svekke antallet leverandører på markedet, men sikre pålitelige leverandører til offentlige anskaffelser.

Avgjørende for enhver avvisning er klarere retningslinjer i forhold til forståelsen og anvendelsen av anskaffelsesregelverket. Kravene til hvor og i hvilke utstrekning identifikasjon mellom leverandør og fysiske eller juridiske personer kan foretas, betydningen av renskingstiltakene, samt hvor lenge avvisning vil være rettmessig står sentralt for et formålstjenlig, velfungerende og effektivt avvisningssystem.

## DEL 7: KILDEREGISTER

### 7.1 Lover

---

Anskaffelsesloven/ LOA	Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.
EØS-avtalen	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v..
EMK	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Straffeloven	Lov 22. mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig Straffelov
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr.25 om rettergangsmåten i straffesaker
Strafferegistreringsloven	Lov 11. juni 1971 nr. 52 om strafferegistrering
WTO-avtalen	Lov 15.april 1994 om offentlige innkjøp
ODA- avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol – Vedlegg til lov nr. 109/1992 (EØS-loven)

### 7.2 Forskrifter

---

Anskaffelsesforskriften/ FOA	Forskrift om offentlige anskaffelser, 7.april 2006 nr. 402
Forsyningsforskriften	Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester), 7. april 2006 nr.403
Klagenemndforskriften	Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser, 15.november 2002 nr.1288
Strafferegistreringsforskriften	Forskrift om strafferegistrering, 20. desember 1974 nr. 4

### **7.3 Forarbeider**

---

- NOU 2010: 2                      Håndhevelse av offentlige anskaffelser.  
Utredning fra Håndhevelsesutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon  
19. desember 2008. Avgitt til Fornyings-, administrasjons- og  
kirkedepartementet 16. april 2010.
- Ot.prp. nr. 108 (2008-2009)    Om lov om behandling av opplysninger i politiet og  
påtalemyndigheten (politiregisterloven)
- St.prp. nr. 2 (2006-2007)      Om samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr.  
68/2006 av 2. juni 2006 om innlemmelse i EØS-avtalen av EU-  
rettsakter om offentlige anskaffelser mv.

### **7.4 Domsregister**

---

#### **7.4.1 Norske dommer, kjennelser og avgjørelser**

- Rt.1990.688  
Rt.1990.1082  
Rt.1992.64  
Rt.1995.1641  
Rt.1996.864  
Rt.1999.14  
Rt.2000.1811 (Finanger I)  
HR-2013-1394-A (Norconsult-saken)
- Borgating lagmannsrett kjennelse LB-2007-177805 Undervisningsbygg-saken  
Borgating lagmannsrett kjennelse LB-2011-148517
- Oslo byfogdembete kjennelse 22.06.10 TOBYF-2010-90098  
Oslo byfogdembete kjennelse 08.12.10 TOBYF-2010-172910

#### **7.4.2 EU/ EØS-saker**

- Sak C-326/88 (Hansen)  
(Anklagemyndigheden v Hansen & Soen I/S)  
Judgment of the Court of 10 July 1990
- Sak C-279/93 (Schumacker)  
(Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker).  
Judgment of the Court of 14 February 1995
- Sak C-265/87 (Schröder)

(Aloys Schröder, Jan och Karl-Julius Thamann mot Europeiska kommissionen)  
Judgment of the European Court of 15 april 1997

Sak C-470/99 (Universale-Bau)  
(Universale-Bau AG vs. Entsorgungsbetriebe Simmering GesmbH)  
Judgement of the European court of 12 December 2002

EU-domstolens forente saker (Tokai Carbon-saken) T-71/03, T-74/03, T-87/03 and T-91/03  
Judgment of the Court of First Instance(Second Chamber) of June 2005

EU-domstolens forente saker C-21/03 and C-34/03.  
(Fabricom SA v Belgian State)  
Judgment of the Court (Second Chamber) of 3 March 2005.

EU-domstolens forente saker C-226/04 og C-228/04 (La Cascina),  
(La Cascina Soc. coop. arl og Zilch Srl mod Ministero della Difesa m.fl. (C-226/04) og  
Consorzio G. f. M. mod Ministero della Difesa og La Cascina Soc. coop. arl (C-228/04)).  
Judgment of the Court (First Chamber) of 9 February 2006

Sak C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur  
(Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS  
Originaltext Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte  
Genossenschaft mit beschränkter Haftung)  
Judgment of the Court (Third Chamber) of 19 June 2008

Sak C-213/07 (Michaniki),  
(Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias.)  
Judgement of the European Court of 16 December 2008

Sak C-465/11 (Forposta)  
(Froposta SA (formerly Praxis), ABC Direct Contract sp. Zo.o v. Poczta Polska SA.)  
Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 December 2012

EFTA-sak E-1/07(A)

### **7.4.3 Svensk rettspraxis**

Avgjørelse fra Kammarrätten i Stockholm i mål 3767-09.  
Tilgjengelig på: [http://www.kkv.se/beslut/\\_0707114847\\_001.pdf](http://www.kkv.se/beslut/_0707114847_001.pdf)

Förvaltningsrätten i Stockholm, dom 2010-07-09, mål nr.25630-10.  
Tilgjengelig på:  
<http://centrumforrattvisa.se/wpcontent/uploads/files/Dom,%20Fidelia.pdf>

## **7.5 Praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)**

KOFA sak 2005/85  
KOFA sak 2006/153 Ikon-saken  
KOFA sak 2007/30  
KOFA sak 2008/02  
KOFA sak 2009/28 Pro Hardy-saken  
KOFA sak 2011/206 Rana Bygg og Betongservice AS  
KOFA sak 2013/69 G4S- saken

## **7.6 Veiledninger til regelverket om offentlige anskaffelser**

FAD's veiledning «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser.» Utarbeidet av Det Kongelige Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement, 2006.

Link:

[http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/bro/2006/0006/ddd/pdfv/299663-veileder\\_reglene\\_offentlige\\_anskaffelser\\_rev.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/bro/2006/0006/ddd/pdfv/299663-veileder_reglene_offentlige_anskaffelser_rev.pdf)

FAD (2011) «Avvisning av straffedømte leverandører mv. i forbindelse med offentlige anskaffelser.» Utarbeidet av Det Kongelige Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement, 12. januar 2011.

Link: (lesedato: 19.09.13)

[http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse\\_avvisning\\_straffedømte\\_lev.pdf](http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedømte_lev.pdf)

-- Den danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne av 30. juni 2006.

Link: (lesedato 18.10.13)

[http://www.danskeark.dk/Medlemsservice/Raadgiverjura/Projektkonkurrence-og-udbud/~media/Dark/Medlemsservice-dokumenter/Raadgiverjura/Projektkonkurrence-og-udbud/2013\\_07\\_08\\_vejledning\\_udb\\_dir.ashx](http://www.danskeark.dk/Medlemsservice/Raadgiverjura/Projektkonkurrence-og-udbud/~media/Dark/Medlemsservice-dokumenter/Raadgiverjura/Projektkonkurrence-og-udbud/2013_07_08_vejledning_udb_dir.ashx)

-- UK guidelines «Mandatory Exclusion of Economic operators» by the Office of Government Commerce (OGC).

Link:

[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://ogc.gov.uk/documents/Mandatory\\_Exclusion\\_Guidance\\_-\\_February\\_2010\\_Update\\_on\\_new\\_template\\_\(2\).pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://ogc.gov.uk/documents/Mandatory_Exclusion_Guidance_-_February_2010_Update_on_new_template_(2).pdf)

## **7.7 EU/ EØS-kilder**

---

TEU	-	Consolidated version of the Treaty on European Union 2012/C 326/01
TFEU	-	Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union 2012/C 326/01
Direktiv 2004/18/EU	-	Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. (I teksten referert som direktivet/ anskaffelsesdirektivet.)
Direktiv 2004/17/EU	-	Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors
COM(2000) 275 final-		Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts
2011/0438 (COD)	-	Council of the European Union, 2011/0438 (COD) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text  Link: <a href="http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16725re01.en12.pdf">http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st16/st16725re01.en12.pdf</a>

## **7.8 Litteraturliste**

---

### **7.8.1 Litteratur**

Andenæs (2010)	Andenæs, Johs. (2010) Norsk straffeprosess, 4.utgave. Oslo: Universitetsforlaget
Arrowsmith (2005)	Arrowsmith, Sue. (2005) The Law of Public and Utilities Procurement, 2nd edition. London: Sweet & Maxwell.
Dragsten (2006)	Dragsten, Marianne H. (2006) Håndbok i offentlige anskaffelser. Oslo:

Universitetsforlaget.

- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne H. (2013) Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger. Oslo: Universitetsforlaget.
- Poulsen et.al (2012) Poulsen, S. T., Jakobsen P.S. & Kalsmose-Hjelmborg S.E. (2012) EU Public Procurement Law – The Public Sector Directive, The Utilities Directive. Copenhagen: DJØF Publishing.
- Skoghøy (2001) Skoghøy, Jens Edwin A.. (2001) Tvistemål 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget

### 7.8.2 Artikler

- Arnáiz (2009) Arnáiz, Teresa Medina. «EU Directives as anticorruption measures: Excluding corruption-convicted tenderers from public procurement contract». Publisert i Thai, K. «International public procurement: concepts and practices». International handbook of public procurement (2009): 257-282. Kapittel 5.
- Link:  
[http://www.untag-smd.ac.id/files/Perpustakaan\\_Digital\\_2/PUBLIC%20POLICY%20\(Public%20Administration%20and%20public%20policy%20146\)%20International%20handbook%20of%20public%20proc.pdf#page=34](http://www.untag-smd.ac.id/files/Perpustakaan_Digital_2/PUBLIC%20POLICY%20(Public%20Administration%20and%20public%20policy%20146)%20International%20handbook%20of%20public%20proc.pdf#page=34)
- Arrowsmith et.al. (2009) Arrowsmith, Sue, Hans-Joachim Prieß, and Pascal Friton. "Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?." Public Procurement Law Review 2009.6 (2009): 257-282.
- Link:  
[http://eprints.nottingham.ac.uk/1684/1/eprints\\_pplr\\_selfcleaning.pdf](http://eprints.nottingham.ac.uk/1684/1/eprints_pplr_selfcleaning.pdf)
- Hjelmeng og Søreide (2013) Hjelmeng, Erling & Søreide, Tina. «Avvisning av straffedømte leverandører – et regime mot sin hensikt?» Europarättslig Tidskrift nr. 4/2013: 663-689.
- Link:  
<http://www.ert.se/>



- KSI (2011) Rett og plikt til å avvise uhederlige leverandører. Av Christian Bendiksen og Anders Aasland Kittelsen, Advokatfirmaet Schjødt AS. Tidsskrift for KS Innkjøpsforum – Forsyning, nr. 2 2011 s.7-11.
- Link:  
<http://www.ks.no/PageFiles/5222/Forsyning%20desember%202011.pdf>
- Myhre (2008) Myhre, Robert. «Avvisningsplikt i offentlige anbudskonkurranser for vedtatt forelegg på korrupsjon mv.» LoR 2008 nr.04
- Melbye (2008) Melbye, Kristine Wang «Avvisning i offentlige anbud ved korrupsjon, brudd på etiske krav med videre», Føyen advokatfirma DA (2008)
- Link:  
[http://www.foyen.no/nyheter\\_og\\_publicasjoner/artikler/arkiv\\_2008/avvisning\\_i\\_offentlige\\_anbud\\_ved\\_korrupsjon\\_brudd\\_pa\\_etiske\\_krav\\_med\\_videre\\_07.11.2008](http://www.foyen.no/nyheter_og_publicasjoner/artikler/arkiv_2008/avvisning_i_offentlige_anbud_ved_korrupsjon_brudd_pa_etiske_krav_med_videre_07.11.2008)
- Schooner (2004) Schooner, Steven, «The Paper Tiger Stirs: Rethinking Exclusion and Debarment», (2004) 5 Public Procurement Law Review 211
- Trygstad (2008) Trygstad, Kristian Dahle. «Vedtatte foreleggs betydning for avvisningsplikten i forskrift om offentlige anskaffelser – kommentar til Robert Myhre.» Lov og Rett vol.47, 5-6. 2008 s.380-384.
- Williams (2006) Williams, Sope. "The mandatory exclusions for corruption in the new EC procurement directives." European Law Review 31.5 (2006): 711.
- Link:  
[https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/sope\\_exclusions\\_in\\_proc.pdf](https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/sope_exclusions_in_proc.pdf) (lesedato: 20.09.13)

## 7.9 Henvisninger til nettsider

---

<http://europa.eu>

<http://eur-lex.europa.eu/>

<http://www.kofa.no/>

<http://www.rettsdata.no/>

<http://www.lovdato.no/>

<http://www.regjeringen.no/nb.html?id=4>

<http://www.difi.no/>

<http://www.u4.no/>

<http://www.doffin.no/>

<http://www.domstol.no/>

<http://www.ssb.no/>

[http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource\\_id=4670](http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=4670)

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/terskelverdier.html?id=414970>

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/internal\\_market/businesses/public\\_procurement/122009\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/public_procurement/122009_en.htm)

<http://www.adressa.no/nyheter/innenriks/article8753015.ece>

<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Regjeringen-Uaktuelt-a-utsette-helikopterkjop-7385057.html>

<http://www.vg.no/nyheter/innenriks/artikkel.php?artid=10153201>

<http://www.thetimes.co.uk/tto/business/industries/engineering/article3685713.ece>

<http://www.hjort.no/avvisning-av-leverandorer-som-folge-av-tidligere-kontraktsbrudd#.UpybQijFmMk>

<http://www.adressa.no/nyheter/okonomi/article1780817.ece>