

Vedtatte foreleggs betydning for avvisningsplikten i forskrift om offentlige anskaffelser – kommentar til Robert Myhre

Av advokatfullmektig Kristian Dahle Trygstad

Artikkelen er et svar på Robert Myhres artikkel i *Lov og Rett*, 2008 s. 226–230. Artikkelforfatteren argumenterer for at leverandører som vedtar forelegg for bestemte former for økonomisk kriminalitet, skal avvises fra konkurranser om offentlige kontrakter.

KRISTIAN DAHLE TRYGSTAD er ansatt i Advokatfirmaet G-Partner. Han har tidligere arbeidet i sekretariatet i Klagenemnda for offentlige anskaffelser og ga i 2006 ut boka *Tildeling av offentlige kontrakter*. I 2007 og 2008 var Trygstad juridisk sekretær for utvalgene som undersøkte innkjøpspraksis og næringslivskontakt i Forsvaret («Dalseide-utvalgene»).

1 INNLEDNING

I Lov og Rett nr 4/2008 har Robert Myhre en artikkel om avvisning av leverandører fra konkurranser om offentlige kontrakter på grunn av bestemte former for økonomisk kriminalitet.¹⁾ Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 første ledd bokstav e at oppdragsgiver skal avvise leverandører som er «rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger».²⁾ Myhre argumenterer for at denne avvisningsplikten inntreer når leverandøren er dømt i en straffesak, men derimot ikke hvis leverandøren har vedtatt et forelegg for et av disse forholdene.

Robert Myhre berører flere relevante forhold i sin artikkel, og jeg er enig i at den aktuelle avvisningsbestemmelsen med hell kunne vært mer presist utformet. I motsetning til Myhre mener jeg imidlertid at oppdragsgiver også er forpliktet til å avvise leverandører som har vedtatt et forelegg for et eller flere av de aktuelle lovbruddene.

- 1) Robert Myhre, «Avvisningsplikt i offentlige anbudskonkurranser for vedtatt forelegg på korrupsjon mv.», *Lov og Rett*, 2008 s. 226–230.
- 2) Bestemmelsen gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, men en tilsvarende avvisningsplikt gjelder for mindre anskaffelser, se forskriftens § 11-10 første ledd bokstav e.

Dette spørsmålet er av mer enn teoretisk interesse. Når § 20-12 første ledd bokstav e oppstiller en avvisningsplikt, innebærer det at anskaffelsesregelverket er brutt dersom oppdragsgiver unnlater å avvise leverandører som omfattes av bestemmelsen. Tildeling av kontrakt til en leverandør som skulle vært avvist, kan få store konsekvenser for en innkjøper, uavhengig av om årsaken er manglende vilje til å følge regelverket eller en misforståelse av reglens innhold. I ytterste konsekvens kan innkjøper i slike situasjoner bli erstatningsansvarlig for fortjenestetapet til leverandører som er forbigått.

2 AVVISNING AV LEVERANDØRER SOM BEGÅR ØKONOMISK KRIMINALITET

Avvisningsreglene i anskaffelsesforskriften er et av flere tiltak for å bekjempe organisert økonomisk kriminalitet. Avvisning av en leverandør fra en konkurranse kan ramme hardt, men reaksjonen må ses i lys av de forhold som begrunner avvisningen. Økonomisk kriminalitet er en trussel mot den frie konkurransen og da særlig konkurranse på like vilkår. Denne typen kriminalitet gir leverandører muligheter til å tilegne seg urettmessige midler og markedsposisjoner på konkurrentenes bekostning. Tungtveiende samfunnsmessige hensyn taler for å ha regler og systemer som verner om redelig og reell konkurranse og som beskytter leverandører som følger spillereglene.

I flere store saker de seneste årene har det sentrale spørsmålet vært om leverandører har skaffet seg ulovlige fortjenester på det offentliges bekostning. Avvisningsbestemmelsen understreker at slik opptreden anses som uakseptabel, og at det offentlige ikke vil ha forretningsforbindelser med leverandører som forgår seg på denne måten.

3 DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKTET

Flere vilkår må være oppfylt før en leverandør skal avvises etter § 20-12 første ledd bokstav e. Leverandøren må ha overtrådt en eller flere av de angitte straffebestemmelsene, og leverandøren må være «rettskraftig dømt» for dette forholdet. Til sammenligning skal det mindre til før oppdragsgiver har en rett, men ikke en plikt, til å avvise leverandøren etter § 20-12 annet ledd bokstav d. Den sistnevnte avvisningsbestemmelsen åpner for å avvise leverandører som «i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømligheter mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje», og de to avvisningsgrunnlagene har dermed et noe overlappende virkeområde.

Avvisningsplikten etter § 20-12 første ledd bokstav e inntreffer etter bestemmelsens ordlyd når leverandøren er «rettskraftig dømt». Vedtakelse av forelegg er ikke angitt som et forhold som utløser avvisningsplikt. Av straffeprosessloven § 258 annet ledd følger det imidlertid at et vedtatt forelegg har «virkning som en dom». Straffeprosess-

lovens regler om forelegg forutsetter altså at et vedtatt forelegg skal sidestilles med en dom.

Et forelegg er en alternativ prosessuell måte å gjøre opp et straffansvar på, gjerne beskrevet som et «tilbud til siktede om å gjøre opp straffeansvaret ved å betale en fastsatt bot».³⁾ En forutsetning for at påtalemyndigheten kan velge å utferdige et forelegg istedenfor å reise tiltale, er at saken bør avgjøres med bot eller inndragning, se straffeprosessloven § 255. Kompetansen til å utferdige forelegg svarer til kompetansen til å reise tiltale, og før et forelegg utferdiges, må påtalemyndigheten etter en konkret vurdering komme til at bevisene for straffbarhet vil være tilstrekkelige for domfellelse i en sak for domstolene. Beviskravene for utferdigelse av tiltale og ileggelse av forelegg er således de samme.

Forelegg kan utferdiges selv om siktede ikke har erkjent seg skyldig, og siktede står fritt til å nekte å vedta forelegget. I de sakene hvor forelegg ikke vedtas, fremmes saken normalt for vanlig domstolsbehandling ved at forelegget trer i tiltalebeslutningens sted, jf. straffeprosessloven § 268. Et utferdiget forelegg har altså ingen innvirkning på siktetes rett til å få sakens tema prøvet for domstolene og avgjort ved en rettskraftig dom. Siktede gis derimot anledning til å vedta forelegget og dermed la påtalemyndighetens forelegg tre istedenfor domstolens avgjørelse av saken. Vedtakelse av et forelegg innebærer følgelig at siktede frasier seg retten til å prøve saken for domstolene, noe som er bakgrunnen for at et vedtatt forelegg sidestilles med en dom.⁴⁾ En slik forenklet måte å avslutte saken på kan etter omstendighetene anses fordelaktig for siktede, typisk fordi siktede ønsker å unngå omdømmetap som følge av medieoppmerksomhet knyttet til saken, ønsker en hurtig avgjørelse av saken eller rett og slett ønsker å gjøre opp for seg.

Utgangspunktet er etter dette at et vedtatt forelegg skal likestilles med en rettskraftig dom. Hvis et vedtatt forelegg ikke skal utløse avvisningsplikten, må det i så fall bero på at særlige hensyn innenfor anskaffelsesretten, herunder EØS-rettslige forpliktelser, krever en annen løsning i denne spesielle sammenhengen. Artikkel 45 nr. 2 i EFs anskaffelsesdirektiv,⁵⁾ som den norske avvisningsregelen er en gjennomføring av, fastslår at det i det vesentlige er opp til medlemsstatene å bestemme hvordan avvisningsbestemmelsen skal gjennomføres, og legger dermed ingen bindinger på den norske løsningen. Spørsmålet blir dermed om andre anskaffelsesrettslige hensyn tilsier avvik fra utgangspunktet om at vedtatt forelegg skal likestilles med dom.

3) Slik Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud, *Straffeprosessloven. Kommentartutgave*, 3. utg., Oslo 2001, s. 927 flg.

4) Tilsvarende Johs Andenæs, *Norsk straffeprosess, bind I*, 3. utg., Oslo 2000, s. 319.

5) Direktiv 2004/18/EF.

4 SPØRSMÅLETS BETYDNING FOR BEDRIFTENE OG FOR KONKURRANSEN

Mens straffeprosessloven § 258 andre ledd likestiller et forelegg med en «dom», inntreffer avvisningsplikten etter anskaffelsesforskriften § 20-12 første ledd bokstav e når leverandøren er «dømt». Robert Myhre ser ut til å åpne for at denne distinksjonen kan tillegges rettslig betydning. Et slikt syn kan baseres på at det kun er en prosess ved en domstol som er betryggende nok til å utløse en avvisningsplikt. Tilsvarende resonnementer ligger bak regelen om at det er domstolen som avsier fellende dom i en straffesak, selv om påtalemyndigheten har kommet til at straffeskyld er tilstrekkelig bevist.

All den tid vedtakelse av et forelegg får samme virkning som en dom, fremstår en slik tolkning av regelverket likevel noe anstrengt. Lovgiver har akseptert at siktede i straffesaker kan frasi seg sin rett til domstolsbehandling av saken ved å vedta et forelegg. Når man innenfor strafferettens område har akseptert at siktede kan gi avkall på sine rettigheter til å prøve saken for en domstol, er det vanskelig å se hvorfor andre begrensninger skal gjelde innenfor anskaffelsesretten.

Straffeprosesslovens regel om at vedtatte forelegg skal ha samme virkning som en dom, er helt generelt utformet og ikke begrenset til strafferettslige følger. Vedtakelse av et forelegg får da også en rekke sivilrettslige konsekvenser. På samme måte som rettskraftige dommer skal vedtatte forelegg registreres i strafferegisteret, og slike forelegg kan blant annet føre til at man i en periode ikke får en advokatbevilling, at man nektes innreise i enkelte land, eller at man ikke kan utføre bestemte typer arbeid. Lovgiver har funnet dette ubetenkelig.

Det er i lys av disse forhold vanskelig å se hva Myhre bygger på når han argumenterer for at straffeprosessloven § 258 andre ledd kun regulerer strafferettslige virkninger av et forelegg og ikke sivilrettslige forhold. Når et vedtatt forelegg kan få inngripende sivilrettslige konsekvenser for enkeltpersoner, skal det neppe være slik at bedrifter skal behandles annerledes.

Praksis ved utferdigelse av forelegg viser at andre forhold enn overtredelsens grovhet er utslagsgivende for om forelegg ilegges. Dersom leverandøren ved å vedta et forelegg istedenfor å få saken avgjort for en domstol kan komme klar av avvisningsplikten, vil det etter dagens foreleggspraksis innebære at også leverandører som har begått alvorlig økonomisk kriminalitet, kan unngå avvisningsplikten ved å vedta et forelegg. For å sikre en effektiv håndhevelse av avvisningsregelen må i så fall påtalemyndigheten trekke dette forholdet inn i valget av reaksjonsform. En slik vurdering vil være kompleks og må nødvendigvis baseres på elementer som ligger utenfor påtalemyndighetens kjernekompetanse.

Det kan ikke være slik at avvisning fra konkurranser om offentlige kontrakter etter § 20-12 første ledd bokstav e skal sidestilles med rettighetstap eller næringsforbud.

Selv om det offentlige er en stor innkjøper, finnes det flere andre kundegrupper i markedet, og leverandører vil heller ikke uten videre kunne basere seg på at de vil få offentlige kontrakter de inngir tilbud på. Leverandørene vil ha anledning til fortsatt å drive sin næringsvirksomhet, og de mister ingen ervervet rett til leveranse ved avvisningen. I denne sammenheng kan det være på sin plass å minne om at proporsjonalitetskravet i EF-retten innebærer at leverandøren uansett ikke skal avvises for evig tid, det går kortere tid før avvisningsplikten faller bort ved mindre alvorlige forsømmelser.

Robert Myhre argumenterer i sin artikkel for at domstolsapparatet vil bli unødig belastet dersom man likestiller et vedtatt forelegg med en rettskraftig dom. Mye tyder på at domstolene i fremtiden vil behandle flere saker om økonomisk kriminalitet. Spørsmålet om vedtakelse av forelegg utløser avvisningsplikt etter § 20-12 første ledd bokstav e, vil imidlertid neppe ha stor betydning for den økte bruken av domstolsapparatet.

Riktignok er det slik at en avvisningsplikt antakeligvis vil føre til at leverandører i større grad enn tidligere nekter å vedta forelegg for denne typen lovbrudd. Faller man ned på den motsatte løsningen, slik at avvisningsplikten ikke inntreffer ved vedtatt forelegg, vil imidlertid leverandørene uansett løpe en stor risiko for å bli avvist etter avvisningsregelen i andre ledd dersom de vedtar forelegget. Når påtalemyndigheten etter etterforskning mener at straffeskyld kan bevises, må det påregnes at en rekke oppdragsgivere av denne grunn vil avvise leverandøren fra sine konkurranser. Leverandører som mottar et forelegg for økonomisk kriminalitet, vil derfor uansett ha en klar oppfordring til å nekte å vedta forelegget for deretter å overbevise domstolene om at forelegget er basert på uriktige oppfatninger. En annen sak er at oppdragsgiver trolig vil ha anledning til å avvise leverandøren i perioden frem til en eventuell frifinnende dom foreligger.

Det ser dermed ikke ut til å være særtrekk ved anskaffelsesretten som tilsier at man fraviker utgangspunktet om at vedtatt forelegg skal likestilles med rettskraftig dom. Avvisningsplikten etter § 20-12 første ledd bokstav e vil etter dette utløses også når leverandører har vedtatt et forelegg for overtredelse av en av de aktuelle straffebestemmelsene. En annen sak er at denne konsekvensen av et vedtatt forelegg med hell kunne gått klarere frem av forskriften. Lovgiver bør klargjøre bestemmelsens anvendelsesområde, særlig fordi en uriktig bruk av bestemmelsen kan få store konsekvenser både for leverandører og oppdragsgivere.