



Korrupsjon og avvisning på grunn av alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske bransjekrav

UiO 4. november 2016 Advokat Kristian Jåtog Trygstad

Agenda

- **Korrupsjon og utilbørlig påvirkning i offentlig sektor**
- Beskyttelse mot uønsket påvirkning
- Plikt til å avvise
- Rett til å avvise
- Fellesspørsmål

*"En halv sannhet er farligere enn en hel løgn.
Den siste er lettere å oppdage enn den første,
som forkler seg for bedre å kunne bedra."*

Th. G. Hippel

Et (alltid like) aktuelt tema

Tilpasset, intensiv opplæring av innkjøpere for å bekjempe korrupsjonsrisiko

TEMAER: Kompetanse Korrupsjon



PwC har laget korrupsjonsrapport på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet, her ved statsråd Monica Mæland.

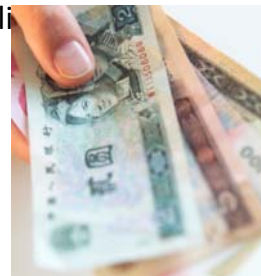
PUBLISERT AV: LENNART HØVLAND 7. SEPTEMBER 2016

Tilpasset og mer intensiv opplæring for personer som innehar ansvar for særlig utsatte risikoområder som innkjøp og kontraktsinngåelser. Finansielle kontroller og kontroller innen innkjøp for å avdekke korrupsjonsrisiko. Poengene fremgår av en fersk «korrupsjonsrapport».

www.anbud365.no

Behovet for beskyttelse

- Usunne bindinger muliggjør annen kriminalitet
- Reell konkurranse sikrer effektiv ressursbruk
- Forvaltere av fellesskapets penger er særlig utsatte for ulovlig tapping av verdier
- Det offentlige har et særlig behov for tillit
 - Omfattende fordelsoverføringer kan svekke publikums tillit til mottakeren
 - *There is no such thing as a free lunch*



Utlbørlig påvirkning

- Korrupsjon handler om skjulte avhengighetsforhold
 - Straffeloven § 387
 - Rammer «utilbørlig fordeler»
 - Både passiv og aktiv korrupsjon er straffbart
 - ...man trenger ikke være klar over at fordelene er utilbørlig
- Typisk et samarbeid mellom en leverandør og medarbeidere hos oppdragsgiver
 - Leverandøren priser sine tjenester svært høyt og er garantert leveranser
 - Samarbeidspartner på innsiden får deler av merfortjenesten i form av
 - Gaver eller kundepleie
 - Private gratistjenester
 - Kick back (pengeoverføringer)



Hva er en «fordel»?

- Ytelse til nytte for mottakeren
- «Kundepleie» – forskjellige typer berikelser/besparelser
 - Gjenstander
 - Pengeoverføringer/utgiftsdekning
 - Middager
 - Reiser/«events»
 - Fremtidig ansettelse
- Av og til uten direkte økonomisk verdi
 - Medlemskap i eksklusiv forening
 - Positiv omtale
 - «tilgodelapper»

Grensen for det «utilbørlige»

- Korrupsjon og påvirkningshandel ved *utilbørlige fordeler*
 - Sterk karakteristik – «Klart klanderverdige forhold»
 - Utilbørlighetsvurderingen kan slå ulikt ut for giver og mottaker
 - Ikke nødvendig å påvise regelbrudd eller økonomisk tap



Momenter i vurderingen

- Ytelsens verdi og art
- Offentlig eller privat sektor
- Giverens stilling/posisjon
- Mottakerens stilling/posisjon
- Motiv for overføringen
- Sammenhengen
- Åpenhet omkring ytelsen
- Brudd på tjenestemannslovens gaveforbud eller etiske retningslinjer

Risiko for uønsket påvirkning i offentlige innkjøp

- Det offentlige kjøper varer og tjenester for drøye 400 mrd årlig
- En virksomhet som tildeler begrensede goder er utsatt for påvirkningsrisiko om
 - den opererer med vide skjønnsfullmakter
 - beslutningene i begrenset grad kontrolleres eller overprøves



Risiko for uønsket påvirkning (ii)

- Skjerpede regler om næringslivskontakt de siste 10-15 årene
 - før mulighet for skattefradrag for kundepleie, nå strenge rammer for kontakten
- Tidligere redegjørelse til ligningsmyndighetene

«Vi vant runde 1, men tapte runde 2. Ut fra dette beklagelige faktum igangsatte vi en storstilt demonstrasjonsrunde fra vår side, og TUR 1 er den første med Forsvaret. Vi vant senere runde 3 og 4. Denne turen ble viderebelastet XX med NOK 103.650.»

Østlandssendingen

Brødre dømt for organisert korrupsjon i Bærum



En tidligere vedlikeholdsjef i Bærum kommune er også i lagmannsretten dømt for organisert kriminalitet.
Foto: NTB/NTB

En tidligere vedlikeholdsjef i Bærum kommune og en av hans brødre, er for andre gang dømt for organisert kriminalitet.

Østlandssendingen

Slik fikk Murud ut 89 mill. fra kommunen

Sendte 72 falske fakturaer fra en venns firma.



HER SKYLDIG Tidligere vedlikeholdsjef i Oslo kommunes vann og avfallsselskap, Frank Murud, nå sonefengslet for underslag og korrupsjon. Her fra en elektrisk faktura i glatte dager.
FOTO: OLA HUGGAUM/NTB

Østlandssendingen

Sju og et halvt års fengsel for korrupsjon



Tidligere vannverkssjef Ivar T. Henriksen ble i dag dømt til 7,5 års fengsel for grov korrupsjon og økonomisk utroskap.
Foto: Agderen, Bente/NTB

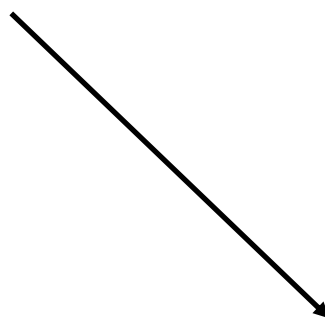
UNIBUSS: Ledelsen valgte selv å gå til politiet med mistanker i det som har blitt kjent som Un fra selskapets anlegg på Uthven.
Foto: J208

Åtte måneders dom i Unibuss-sak

To som er knyttet til Unibussaken, er funnet skyldig i å ha hjulpet Unibuss-direktøren med korrupsjon.

Risiko for uønsket påvirkning (iii)

1. Identifisering av behov
2. Konkretisering av behov
3. Innhenting/åpning av tilbud
4. Kvalifikasjon
5. Valg av leverandør
6. Endrings- og tilleggsarbeider
7. Forfølgning av feil og mangler





«En vellykket konsulent er en person med tilgang til de ansvarlige anbudsutformerne, som forklarer fordelene av enkelte systemer og MANs produkter. Hvis dette gjøres riktig, vil anbudsgrunnlaget skrives på en måte som favoriserer oss.»

Eksempel – Ruters behovsdefinisjon

- Effektiv påvirkning skjer typisk ved konkurransebegrensende krav
- Med få konkurrenter er det større sjanse for at man vinner (med høy pris)
- Ruter hadde benyttet krav/spesifikasjoner som fremsto som unaturlig spesifikke
 - Elektronisk bremsesystem
 - Leddbusser med lengde mellom 18,74 og 18,75 m
- Forholdet til bistand fra leverandørene ved planlegging av anskaffelser

Eksempel - Ruter-saken

- Ruter-ansatt dømt i Oslo tingrett (juni 2013), frikjent i Borgarting lagmannsrett (mai 2014)
 - Mottak av tre middager hvor potensielle leverandører og underleverandører deltok (hver på 1300-1800 kr)
 - Den ansatte var involvert i kartlegging av Ruters behov i anskaffelser
 - Ruter er «alltid» i en konkurransesituasjon
 - Den Ruter-ansatte hadde ikke aktivt opplyst om middagene, men han hadde heller ikke lagt skjul på disse
- Innebar dette en «utilbørlig fordel» og dermed straffbar korrupsjon?

Ruter-saken (Høyesteretts dom)

- Rettslig utgangspunkt
 - Forarbeidene viser til klart klanderverdige forhold
 - Rettslige standarder i straffebestemmelser må brukes med forsiktighet
 - Korrupsjonshandlingen kjennetegnes ved svikaktig og illojal opptreden
- HR fant at møtene også var ledd i en generell relasjonsbygging, og at møtedeltakerne ble valgt med det siktemål å oppnå en faglig dialog.
 - Kan også være nyttig for Ruter
- Bundet av at lagmannsretten ikke fant det bevist at middagene fant sted «i forbindelse med anbudskonkurranser», at deltakelsen ble holdt skjult, eller at A opptrådte i strid med interne etiske regler.
 - Ikke grunnlag for å konstatere forsøk på påvirkning
- Ot.prp.nr.78 (2002-2003) side 56:

«Selv offentlig ansatte må imidlertid kunne akseptere en invitasjon til en konsert, en middag eller et annet liknende arrangement betalt av andre enn arbeidsgiver, hvor også representanter for andre virksomheter eller etater er invitert, uten å stå i fare for å bli dømt for korrupsjon. Dette må gjelde selv om arrangementet ikke innebærer noe faglig opplegg.»

Agenda

- Korrupsjon og utilbørlig påvirkning i offentlig sektor
- **Beskyttelse mot uønsket påvirkning**
- Plikt til å avvise
- Rett til å avvise
- Fellesspørsmål

Dalseide-utvalget i 2006:

"Granskingsutvalgets hovedinntrykk er at de forhold av uheldig karakter som er påvist ikke i nevneverdig grad knytter seg til mangler ved regelverket, men snarere knytter seg til etterlevelsen av det."

Behov for mottrekk

- Sanksjoner mot leverandører som ikke oppfører seg
 - Beskyttelse av oppdragsgiver
 - Preventive hensyn/oppdragende effekt
 - Legge til rette for like konkurransevilkår
 - Sikre tilliten til det offentlige
 - Sikre at leverandører til det offentlige er skikket
- Det overordnede målet er å sikre at det «beste» tilbudet er det beste
- Straffehensyn ivaretas av reglene om foretaksstraff

Agenda

- Korrupsjon og utilbørlig påvirkning i offentlig sektor
- Beskyttelse mot uønsket påvirkning
- **Plikt til å avvise**
- Rett til å avvise
- Fellesspørsmål



Plikt til å avvise

Ny anskaffelsesforskrift § 24-2

- Oppdragsgiver *skal* avvise leverandører som
 - *oppdragsgiver* kjenner til
 - er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg
 - for deltakelse i en
 - kriminell organisasjon eller
 - for korrupsjon, bedrageri, terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet,
 - hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme,
 - barnearbeid og andre former for menneskehandel.
 - med mindre allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren



Grunnvilkår

- Opplistingen av lovbrudd er uttømmende angitt
- Avvisningsplikten inntreer når leverandøren er *rettskraftig dømt* for ett av lovbruddene
 - Er en fallende dom påanket, er vilkårene ikke oppfylt
- Vedtatt forelegg sidestilles med rettskraftig dom
 - Ny regel
 - Straffeprosessloven § 258
 - Artikler av Myhre og Trygstad i Lov og Rett 2008

Agenda

- Korrupsjon og utilbørlig påvirkning i offentlig sektor
- Beskyttelse mot uønsket påvirkning
- Plikt til å avvise
- **Rett til å avvise**
- Fellesspørsmål

Rett til å avvise

Forskriften § 24-2 (3) bokstav i

- Oppdragsgiver *kan* avvise leverandører som
 - *har begått alvorlige feil*
 - *som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet*
 - *så lenge avvising ikke er en uforholdsmessig reaksjon*
- Den tidligere bestemmelsen har vært vanskelig å benytte i praksis
- EU-domstolen har tatt stilling til flere av tolkningsspørsmålene i sak C-465/11 – Forposta.
- Dagens regel er langt på vei en kodifisering



Hvilke forsømmelser omfattes?

- Alvorlige feil
 - Forsømmelser som er (nært opp til) straffbare
 - Faglig uforsvarlig fremgangsmåte
 - Manglende rolleryddighet
- § 24-2 (3) lister også opp konkrete feil som sidestilles
 - alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold (bokstav c)
 - når det foreligger en interessekonflikt mellom oppdragsgiveren og leverandøren som kan ha negativ innvirkning på kontraktoppfyllelsen (bokstav d)
 - oppdragsgiveren har klare holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen (bokstav e)
 - tidligere begått et vesentlig kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner (bokstav f)
 - gitt grovt uriktige eller misvisende opplysninger som kan få vesentlig innflytelse på utfallet av konkurransen, eller som har unnlatt å gi slike opplysninger (bokstav g)
 - forsøkt å påvirke oppdragsgiverens beslutninger eller få tilgang til fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren en urettmessig konkurransefordel (bokstav h)

Bevistemaet

- Oppdragsgiver må «dokumentere»
 - Veiledning i det tidligere ansk.direktivet (art 45 nr 2 d)

*has been guilty of grave professional misconduct **proven by any means** which the contracting authorities **can demonstrate***
 - Gjentatt i Forposta-dommen samtidig som det presiseres at rettskraftig dom ikke er påkrevd (avsnitt 28)
- Sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig, og situasjonen på beslutningstidspunktet er avgjørende (Høgsta forvaltningsdomstolens beslut 26.09.13)

Rett til å avvise

- *kan avvise* betyr også *kan la være å avvise*
- Hvis vilkårene er oppfylt, skal oppdragsgiver foreta en forsvarlig vurdering av om avvisning er riktig reaksjon
 - Konkret og situasjonsbestemt vurdering (Forposta avsnitt 31)
- Typiske momenter
 - Forsømmelsens karakter
 - Behovet for beskyttelse av oppdragsgivers interesser
 - Preventive hensyn/oppdragende effekt
 - Tilrettelegging for like konkurransevilkår
 - Sikring av tilliten til det offentlige

Agenda

- Korrupsjon og utilbørlig påvirkning i offentlig sektor
- Beskyttelse mot uønsket påvirkning
- Plikt til å avvise
- Rett til å avvise
- **Fellesspørsmål**

Smith-utvalget i 1992:

"Det er viktig å understreke at de mange svakheter i utøvelsen av politisk styring og kontroll som er avdekket i Oslo kommune ikke primært kan tilskrives at regelverket er for dårlig. Det er i første rekke gjennomføringen av tilsynsoppgavene i praksis som har sviktet."

Identifikasjon

- Når skal leverandøren måtte svare for andres feil?
 - Leverandøren svarer også for feil begått av andre med tette bånd til leverandøren
 - Forskriften § 24-3 (1) og (2)
 - Skal/kan sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

Identifikasjon (ii)

- Identifikasjon mellom selskaper i konsernstrukturer?
- Forskriften § 24-3 (3)

Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter § 24-2, kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

KOFA 2013/69 G4S-UiO (avsnitt 36)

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

Identifikasjon (iii)

- Forsømmelser begått av underleverandører
 - Avvisningsplikt – plikt til å be om at underleverandøren skiftes ut
 - § 24-4 (1)
 - Avvisningsrett – rett til å be om at underleverandøren skiftes ut
 - § 24-4 (2)
- Oppdragsgiver kan be om dokumentasjon for å vurdere om avvisningsrett/-plikt foreligger – § 24-4 (4)

Tidsrom for avvisning

- Leverandøren skal ikke utestenges for evig tid
 - Avvisning må være en proporsjonal reaksjon

KOFA 2009/28 Pro Handy-GKI (avsnitt 34) – tidligere forskrift

Etter gjeldende bestemmelse er 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.

- Avvisningsplikt – forskriften § 24-6 (1) – inntil fem år fra dom/forelegg
- Avvisningsrett – forskriften § 24-6 (2) – inntil tre år fra hendelsen

Self cleaning

- Hva kan leverandører gjøre for å gjøre opp for seg og komme tilbake til varmen?
- Hvordan skal en slik regel forankres rettslig?

Self cleaning (ii)

- Leverandører har en mulighet til å komme seg inn i varmen igjen (kravene til proporsjonalitet og likebehandling)
- Leverandøren må ha vist reell vilje til å rydde opp i tidligere forsømmelser
- Forskriften § 24-5
 - (1) Oppdragsgiveren kan ikke avvise en leverandør etter § 24-2 annet ledd eller tredje ledd bokstav c, e, f og i, dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak som viser at han likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart:
 - a) betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,
 - b) aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og
 - c) truffet egnede tekniske, organisatoriske og personmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.
 - (2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiveren legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiveren ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal han gi leverandøren en begrunnelse.

Oppdragsgivers undersøkelser

En viktig del av forebyggingen er å kartlegge leverandører med belastende forhistorie

Det er også en utfordrende del av forebyggingen



**Siktet for grov kriminalitet -
pusser opp for regjeringen**

Aftenposten 27. mars 2014

Hvordan kan oppdragsgiver undersøke?



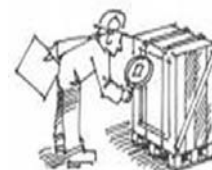
Jobbet på Skattedirektoratet - tiltalt for 28 mill. i svart arbeid



Slik omgikk leverandøren kommunens boikott

Oppdragsgivers undersøkelser

- Begrensninger i adgangen til å be om dokumentasjon
 - Selskaper får ikke vandelsattest til bruk i konkurranser, straffereg.lov §§ 2 og 5
 - Vil en egenerklæring være egnet?
- Enkle nettsøk i nyhetsaker
- Konkurrentene følger med!



Takk for meg!



Kristian Jåtog Trygstad

epost: kristian.trygstad@gmail.com

Tlf 95 16 46 46