



Konkurransklagenemnda

Konkurransklagenemndas avgjørelse 21. desember 2018

Sak: 2018/332

Parter: Elektronettverk Service AS og Lysteknikk AS

Prosessfullmektig: Advokatfirmaet Hjort DA ved advokat Kristin Veierød

Konkurransklagenemndas medlemmer:

Karin Fløistad, Elisabeth Styrvold Wiggen og Tore Lunde

1 Innledning

- (1) Elektronettverk Service AS og Lysteknikk AS (heretter omtalt i felleskap som «parter» eller «partene») representert ved Advokatfirmaet Hjort DA (heretter «Advokatfirmaet Hjort») har i brev 21. september og senere prosesskriv fremmet krav om dekning av sakskostnader etter § 36 i lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker («forvaltningsloven»). Det er fremmet ett felles krav på vegne av overnevnte parter, og vedtaket retter seg derfor mot begge partene samlet.
- (2) Bakgrunnen for kravet er at Konkurransetilsynet 4. september 2017 fattet vedtak om overtredelsesgebyr som ble delvis omgjort av Konkurransklagenemnda ved vedtak av 31. august 2018. Vedtaket truffet av nemnda rettet seg både mot partene, i tillegg til El-Proffen AS/EP Contracting AS (heretter omtalt som «El-Proffen»), Arkel Asker og Bærum AS (heretter omtalt som «Arkel»), Hoel Elektro AS (heretter omtalt som «Hoel»), og Røa Elektriske AS (heretter omtalt som «Røa»).
- (3) El-Proffen, Arkel, Hoel og Røa har fremmet et eget sakskostnadskrav i brev 21. september 2018. Konkurransklagenemnda har truffet et eget vedtak for disse samlet.
- (4) Vedtaket som Konkurransklagenemnda delvis endret, var et vedtak hvor Konkurransetilsynet hadde ilagt partene, El-Proffen, Arkel, Hoel og Røa et overtredelsesgebyr på tilsammen 18,5 millioner kroner for brudd på konkurranseloven § 10. Nemnda fant, i likhet med Konkurransetilsynet, at partene hadde overtrådt konkurranseloven § 10 i form av et ulovlig anbudssamarbeid. Etter nemndas syn utgjorde anbudssamarbeidet en alvorlig formålsovertredelse. Nemnda reduserte imidlertid gebyrene for de seks foretakene til 4,7 millioner kroner. Gebyrene ble redusert både fordi nemnda la til grunn et annet utgangspunkt for hvilken verdi/omsetning som skulle legges til grunn for utmåling av gebyrene, men også fordi nemnda vurderte momentene under utmålingen og skyldkravet annerledes enn Konkurransetilsynet hadde gjort i sitt vedtak.

Postadresse

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no

- (5) Ved Konkurranseskilagenemndas behandling av gebyrsaken følger det av konkurranseloven § 37 andre ledd at nemnda skulle oversende «samtlige dokumenter det mottar i saken». Konkurranseskilagenemnda besluttet imidlertid delvis å unnta Konkurransetilsynets organinterne dokumenter fra partsinnsyn jf. forvaltningsloven § 18 a første ledd første punktum, og dermed ikke oversende deler av dokumentene. Nemndas avgjørelse ble påklaget til Nærings- og fiskeridepartementet i en felles klage fra partene og El-Proffen, Arkel, Hoel og Røa. Nærings- og fiskeridepartementet opprettholdt avgjørelsen om å unnta deler av Konkurransetilsynets organinterne dokumenter fra partsinnsyn.

2 Partenes krav

- (6) Konkurranseskilagenemnda mottok først krav om dekning av sakskostnader i brev 21. september 2018 pålydende 1 540 961 kroner. Videre oversendte partene krav om dekning for arbeidet Advokatfirmaet Grette AS hadde hatt i saken pålydende 175 018 kroner samme dag. Nemnda ba i e-post 15. oktober 2018 om å få oversendt advokatfirmaet Hjorts timelister usladdet. Timelistene ble oversendt ved e-post 16. oktober 2018, hvor det fremgår at kravet i all hovedsak knytter seg til salærkostnader.
- (7) Konkurransetilsynet ba i e-post av 28. september 2018 om å få inngi kommentarer til partenes sakskostnadskrav. Konkurransetilsynets kommentarer ble mottatt i brev av 11. oktober 2018. Konkurransetilsynet anførte i brevet at sakskostnadskravet måtte reduseres vesentlig, blant annet under henvisning til at deler av kravet fra partene ikke var inngitt rettidig, og at kostnadene ikke har vært nødvendige.
- (8) Konkurranseskilagenemnda ba videre i e-post av 27. november 2018 om at partene presiserte hvor stor del av kravet som knyttet seg til innsynsklagen til Nærings- og fiskeridepartementet. Partene svarte i e-post 29. november 2018 at de estimerte at arbeidet for dette utgjorde 5,5 timer og 18 150 kroner.
- (9) Lysteknikk og ENS har i brev av 24. oktober 2018 videre anført at det kan utfordre Konkurranseskilagenemndas uavhengige stilling at Konkurransetilsynet uttaler seg i en sak hvor det er Konkurranseskilagenemnda som skal treffe vedtak.
- (10) Til dette vil Konkurranseskilagenemnda kort bemerke at selv om spørsmålet om en part, skal få dekket sakskostnader, avgjøres av Konkurranseskilagenemnda alene, kan nemnda ikke se at det er motstrid mellom dette, og det forhold at Konkurransetilsynet gis anledning til å kommentere sakskostnadskravene. Det følger av forvaltningsloven § 17 første ledd at forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før saken treffes, og både Konkurransetilsynets kommentarer og partenes etterfølgende innlegg har bedre sikret at dette formålet er ivarettatt, herunder hensynet til kontradiksjon. At kravet er gjenstand for kommentarer fra underinstansen, er også i tråd med alminnelig forvaltningspraksis, uten at nemnda kan se at dette vil kunne ha betydning for nemndas uavhengighet.

3 Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (11) Kostnadene har vært nødvendige, jf. forvaltningsloven § 36 første ledd. Både sakens kompleksitet, vanskelighetsgrad og betydning for klager tilsier dette. Ordlyden i forvaltningsloven utelukker heller ikke at kostnader pådratt forut for vedtaket i

førsteinstansen, kan omfattes av retten til dekning. Videre er det heller ikke adgang til å begrense dekningen til de klagepunktene som faktisk fører frem, slik Konkurransetilsynet har anført. Skyldkravet dekker også hele den objektive gjerningsbeskrivelsen, og vurderingen av skyldkravet og overtredelsens grovhet forutsetter at man setter seg grundig inn i alle de relevante forholdene i saken. Utfallet av skyldspørsmålet og utmålingen henger nært sammen med de faktiske og rettslige vurderingene.

- (12) Konkurransesklagemennda endret videre tilsynets vedtak på vesentlige punkter, og overtredelsesgebyrene ble vesentlig redusert. Dette viser at det har vært nødvendig å bruke tid og ressurser på klagen, og at partenes anførsler langt på vei har ført frem.

4 Klagenemndas vurdering:

4.1 Innledning

- (13) Det følger av forvaltningsloven § 36 at:

«Når et vedtak blir endret til gunst for en part, skal han tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, med mindre endringen skyldes partens eget forhold eller forhold utenfor partens og forvaltningens kontroll, eller særlige forhold taler mot det.»

- (14) Konkurransesklagemennda la til grunn i vedtak av 31. august 2018 at det forelå grunnlag for illeggelse av overtredelsesgebyr, men at utmålingen av gebyret måtte reduseres vesentlig. Dette må anses å utgjøre et endringsvedtak til gunst for en part, og utgangspunktet er derfor at partene kan kreve sakskostnader dekket.

- (15) Etter forvaltningsloven § 36 tredje ledd tredje punktum må sakskostnadskravet fremsettes

«senest 3 uker etter at melding om det nye vedtaket er kommet fram til vedkommende, dog gjelder § 29 fjerde ledd samt §§ 30-32 tilsvarende.»

- (16) Klager mottok Konkurransesklagemenndas vedtak 31. august 2018. Kravet pålydende 1 715 979 kroner fremsatt i brev og e-post 21. september 2018, og er dermed rettidig, jf. forvaltningsloven § 36 tredje ledd.

4.2 Dekning av kostnader før vedtak ble truffet

- (17) Av det totale kravet pålydende 1 715 979 kroner utgjør 769 019 kroner salærkostnader som er påløpt før Konkurransetilsynet traff sitt vedtak. Partene har anført at ordlyden i forvaltningsloven § 36 ikke utelukker at kostnader påløpt forut for vedtak i førsteinstans kan omfattes av retten til dekning, og viser i denne sammenheng til en uttalelse fra Sivilombudsmannen (SOM-2014-1963). I følge partene førte arbeidet i forkant av klagen til at det ble brukt mindre tid til arbeidet med klagen og klagebehandlingen enn det ellers ville gjort. Det anføres derfor at kostnadene var nødvendige for å få endret vedtaket.

- (18) Det følger av Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) side 101 at «det offentliges ansvar må begrenses til de utgifter som har vært nødvendig for å endre vedtaket».

- (19) Justisdepartementets lovavdeling har senere fulgt dette opp, se blant annet JDLOV-1998-2787, hvor Lovavdelingen legger til grunn at også et vedtak om sakskostnader må følge de alminnelige reglene i forvaltningsloven § 36, «slik at det bare er kostnadene knyttet til

endring av vedtak, og ikke kostnader i forbindelse med førsteinstansbehandlingen, som kan kreves dekket.»

- (20) I Ot.prp. nr. 75 (1993–94) s. 52 heter det med henvisning til forarbeidene fra lovendringen i 1977, at bestemmelsen i forvaltningsloven § 36 ikke har hatt som siktemål å etablere en alminnelig rettshjelpsordning i tilfeller hvor en part er blitt påført kostnader ved å vareta sitt tarv i forhold til et forvaltningsorgan.
- (21) Konkurransesklagenemnda finner grunn til å vise til at Sivilombudsmannen i avgjørelsen partene selv har vist til, som omtalt over, uttalte at det i «*enkelte tilfeller*» kan tenkes at kostnader pådratt før vedtakstidspunktet kan være omfattet av bestemmelsen. Forutsetningen for at slike kostnader kan omfattes, må i tilfelle være at dette arbeidet blir nyttiggjort i klagesaken. Sivilombudsmannen understreket imidlertid at forvaltningspraksis har trukket en ganske entydig grense ved førsteinstansens vedtakstidspunkt, og kunne derfor ikke se at det var grunnlag for å kritisere fylkesmannen sin forståelse av loven, som ikke tilkjente saks kostnader for arbeid forut for vedtakstidspunktet.
- (22) Etter Konkurransesklagenemndas vurdering er rettskildene på dette området klare.
- (23) Konkurransesklagenemnda viser også til uttalelsen i JDLOV-1998-2787 om at formålet med forvaltningsloven § 36 ikke har vært å holde partene økonomisk skadesløse generelt, men å gi partene en begrenset adgang til dekning av de kostnadene som var nødvendige for å få endret vedtaket til gunst.
- (24) Konkurransesklagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det er grunnlag for en utvidelse av området for forvaltningsloven § 36 i foreliggende sak.
- (25) Konkurransesklagenemnda finner derfor ikke grunnlag for å foreta en nærmere vurdering av om det er grunnlag for å tilkjenne dekning for kravet på saks kostnader påløpt før førsteinstansens vedtak. Nemnda vil derfor begrense sin videre vurdering til salærkravet som er påløpt i tidsrommet 4. september 2017 til 6. september 2018, altså 946 960 kroner.

4.3 Dekning av kostnader etter vedtak ble truffet

- (26) Som redegjort for under punkt 4.2 kan partene kreve dekket vesentlige kostnader som har vært nødvendig for å få endret vedtaket. Det betyr at kostnader til å underrette partene om innholdet i vedtaket, og vurderinger knyttet til hvilke opplysninger i vedtaket som er å anse som forretningshemmeligheter, ikke er kostnader som var nødvendige for å få endret vedtaket, da kostnadene er påløpt etter vedtaket ble truffet. Kostnadene faller derfor utenfor anvendelsesområdet til forvaltningsloven § 36.
- (27) I følge timelistene til ENS og Lysteknikk er det påløpt 25 575 kroner i forbindelse med underretning om vedtak, og gjennomgang av timelistene etter at vedtaket ble truffet. Dette beløpet vil bli fratrullet i sin helhet.

4.4 Klagen til Nærings- og fiskeridepartementet

- (28) Ved gjennomgang av timelistene har partene krevd dekning for kostnader knyttet til klagen til Nærings- og fiskeridepartementet i forbindelse med at partene fikk avslag på krav om innsyn i Konkurransetilsynets organinterne dokumenter. Forutsatt at klagen hadde ført frem kunne partene krevd saks kostnader for arbeidet med klagen på selvstendig grunnlag etter forvaltningsloven § 36. Ettersom klagen ikke førte frem, er det

ikke grunnlag for å tilkjenne sakskostnader for dette arbeidet. Partene har selv opplyst at det ble brukt ■■■ timer og 18 150 kroner til dette arbeidet, som avkortes i sin helhet.

- (29) Konkurransklagenemnda legger derfor til grunn at ved vurderingen av om kostnadene var nødvendig jf. forvaltningsloven § 36 tas det utgangspunkt i et krav på 903 235 kroner.

4.5 Kostnadene må være nødvendige

- (30) Bestemmelsen i § 36 første ledd gir rett til dekning av «*vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket*».
- (31) Nødvendighetskriteriet innebærer at det må vurderes hvorvidt det var nødvendig å pådra seg utgiften for at forvaltningen skulle endre det opprinnelige vedtaket. Dette er et skjønnsmessig kriterium, som forutsetter en konkret vurdering av fremsatte krav. Det må legges vesentlig vekt på saksbehandlingsfeilens art og sakens vanskelighetsgrad, se Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) s. 101 spalte 2. Ved vurderingen av om kostnadene var nødvendige for å få endret vedtaket, skal det legges vekt på hva parten selv med rimelighet har oppfattet som naturlige tiltak.
- (32) Videre har Justisdepartementets lovavdeling lagt til grunn at det må være anledning for partene å engasjere en advokat med særlig sakkunnskap innen et fagområde, men at det da må kunne forventes at en slik advokat bruker kortere tid på saken enn «*gjennomsnittsadvokaten*». Videre uttaler lovavdelingen, at tendenser til at særlig høy tvistesum skal føre til særlig høyt salærkrav, ikke må aksepteres, se JDLOV-1989-1123. Det presiseres imidlertid samme sted at man «... likevel [må] godta at advokaten gjør ekstra grundig arbeid med å sjekke rettskilder og kontrollere faktum hvis det står om store verdier».
- (33) Konkurransklagenemnda har vurdert timelistene for tidsrommet 4. september 2017 til 28. august 2018, det vil si det kravet som knytter seg til arbeid etter at Konkurransetilsynet traff sitt vedtak og frem til Konkurransklagenemnda traff sitt vedtak. Timelisten omfatter ca. ■■■ timer, hvor tilnærmet alle timer er registrert med en pris på ■■■ kroner i 2017 og ■■■ kroner i 2018.
- (34) Konkurransklagenemnda har lagt til grunn at sakens kompleksitet og alvor tilsier at det var nødvendig med advokatbistand, og at det også kan ha vært nødvendig med advokatbistand av advokater med særlig kompetanse innen konkurranserett.
- (35) Konkurransklagenemnda har i sin vurdering også lagt vekt på at dette er den første saken nemnda behandler etter ny ordning, og at dette var en ukjent prosessform for partene, herunder at verken saksbehandlingsforskrift eller veileder var sendt på høring. Nemnda har derfor hensyntatt at det ble brukt noe mer tid til denne saken sammenholdt med fremtidige saker enn hva som kanskje vil være nødvendig i fremtidige saker.
- (36) Sammenlignet med timetallet til Thommessen har advokatfirmaet Hjort forholdsmessig brukt vesentlig færre timer, selv om man tar hensyn til at de hadde færre klienter, og mindre faktum som måtte utredes.
- (37) Likevel har partene brukt ikke ubetydelig tid på spørsmålet om samarbeidet utgjorde en formålsovertredelse. Denne anførselen førte ikke frem.

- (38) Konkurransetilsynet har i sine merknader anført at det ligger et krav om årsakssammenheng i nødvendighetsvilkåret som avgrenser kravet mot kostnader som ikke har sammenheng med klagesaken, med henvisning til Justisdepartementets uttalelse i JDLOV-1999-20138. Konkurransetilsynet legger derfor til grunn at kostnader som knytter seg til klagepunkter som ikke har ført frem, ikke skal kunne kreves dekket etter forvaltningsloven § 36.
- (39) Partene har anført at alle advokatkostnader var nødvendige, og at det ikke er adgang til å begrense dekningen av kostnader til de klagepunktene som førte frem. Det bestrides at det er adgang til å avkorte kravet begrunnet i at noen klagepunkter ikke førte frem, så lenge vedtaket ble endret til gunst. Partene hevder videre at det ikke er grunnlag for å skille mellom arbeid knyttet til skyld og utmåling. Skyldkravet dekker hele den objektive gjerningsbeskrivelsen, og vurderingen av skyldkravet og overtreddens grovhet forutsetter at man setter seg grundig inn i alle de relevante faktiske forholdene i saken. Utfallet av skyldspørsmålet og utmåling henger nært sammen med de samlede faktiske og rettslige vurderingene i saken.
- (40) Konkurransesklagene nemnda finner det klart at det i vurderingen av nødvendighetsvilkåret er adgang til å skille mellom anførsler som har ført frem, og anførsler som ikke har ført frem og som ikke har hatt betydning for endringen av vedtaket. Nemnda viser i denne forbindelse til Justisdepartementets uttalelse i JDLOV-2005-07958. Lovavdelingen uttaler blant annet at:

«En part vil ofte påberope seg flere grunnlag for at førsteinstansens vedtak må endres, og spørsmålet er da om kostnader til anførsler som ikke vinner frem i klageinstansen, kan avskjæres med henvisning til nødvendighetsvilkåret. Sivilombudsmannen uttaler i årsmeldingen fra 1983 s. 57 (på s. 58) at det ikke kreves at anførselene i klagen faktisk har vært avgjørende for å få endret vedtaket:

”Reindriftsstyret har nå uttalt at forvaltningslovens § 36 første ledd ikke krever at anførselene i klagen faktisk har vært avgjørende for at vedtaket ble endret. Jeg er enig i dette. I hvilken grad advokatens arbeid med klagen har vært av betydning for det endelige saksutfall, kan da i høyden bli et spørsmål om hvor stor del av sakskostnadene som skal dekkes.”

*Også her blir det spørsmål om det var forståelig at parten pådro seg de aktuelle utgiftene. Forholdene kan ligge meget forskjellig an fra sak til sak. De ulike grunnlagene kan f.eks. være vanskelige å skille klart fra hverandre, og parten kan ha hatt grunn til å tro at han kunne nå frem på flere grunnlag. **I noen situasjoner vil det være klart at parten har argumentert langs en linje som ikke har hatt betydning for endringen av vedtaket. Etter en konkret vurdering vil det i slike tilfeller være adgang til å avslå dekning fordi utgiftene ikke har vært ”nødvendige”** [Konkurransesklagene nemndas utheving].*

- (41) Dette synspunktet har også støtte i juridisk litteratur, se eksempelvis Hans Petter Graver, Alminneligg forvaltningsrett 3. utgave 2015, s. 507.:

«I vurderingen må forvaltningen avklare både hva som er gjort fra partenes side og i hvilken grad de ulike deler av dette arbeidet har gitt resultater [...] Begrensingen er først og fremst myntet på at det må være årsakssammenheng mellom utgiftene og det forhold at vedtaket ble endret. Får klageren bare delvis medhold, er det bare de

kostnader som knytter seg til de deler av klagen som fører frem, som erstattes. Bedømmelsen har i stor grad et element av skjønn. Det er imidlertid ikke tale om noe fritt skjønn i den betydningen at forvaltningen kan bestemme hva den synes er passende.»

- (42) Partene har i klagen og senere innlegg fokusert særlig på å argumentere for hvorfor overtredelsen ikke utgjorde en formålsovertredelse. Dette arbeidet har ikke vært relevant for avgjørelsen i klagesaken, da nemnda, i likhet med Konkurransetilsynet, fant at partene og El-Proffen, Arkel, Hoel og Røas samarbeid utgjorde en alvorlig formålsovertredelse. Det fremkommer ikke av timelistene hvor mye arbeid ved utarbeidelsen av klagen som knytter seg til spørsmålet om overtredelsen var en formålsovertredelse, og utredninger av jussen knyttet til dette. Nemnda har derfor måtte foreta en skjønnsmessig avkortning basert på beskrivelsene i timelistene.
- (43) Konkurransesklagene nemnda finner ut fra en samlet vurdering av saken at 80 prosent av tidsforbruket burde vært tilstrekkelig for å ivareta partenes interesser i saken, og sakskostnader tilkjennes etter dette skjønnsmessig med 722 588 kroner.
- (44) Vedtaket kan påklages innen tre uker fra mottak av dette brev, jf. forvaltningsloven § 29 første ledd. En eventuell klage stiles til Nærings- og fiskeridepartementet, men sendes til Konkurransesklagene nemnda.

5 Vedtak

- (45) Konkurransesklagene nemnda fatter etter dette følgende vedtak:

Elektronettverk Service AS og Lysteknikk AS tilkjennes sakskostnader med kroner 722 588 jf. forvaltningsloven § 36.

Avgjørelsen er enstemmig.

Dokumentet er godkjent elektronisk