



Innst. 185 L

(2011–2012)

Innstilling til Stortinget fra næringskomiteen

Prop. 12 L (2011–2012)

Innstilling fra næringskomiteen om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

Til Stortinget

1. Sammendrag

1.1 Proposisjonens hovedinnhold

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet legger i proposisjonen frem et forslag til hvordan EUs direktiv 2007/66/EF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter (nytt håndhevelsesdirektiv) kan gjennomføres i norsk rett. Det fremmes forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven.

Formålet med det nye direktivet er å forbedre effektiviteten av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket, bl.a. ved å sikre leverandører bedre inngrepsmuligheter før kontrakt inngås. Direktivet har også særlig fokus på håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, og det innføres nye sanksjoner for denne typen overtredelser. Dette innebærer at håndhevelsesorganet skal gis adgang til å kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Slike sanksjoner skal også gjelde ved visse andre grove brudd på regelverket.

Innføringen av de nye håndhevelsesreglene reiser en rekke problemstillinger, ikke bare på anskaffelsesområdet, men også vedrørende kontrakts- og erstatningsretten. Det at inngåtte kontrakter skal kjennes uten virkning bryter med alminnelig norsk kontraktsrett, og ordningen etablerer en særregulering på

området for offentlige anskaffelser. På bakgrunn av dette ble det nedsatt et offentlig utvalg som skulle anbefale hvordan håndhevelsesdirektivet best kunne gjennomføres i norsk rett, for å legge til rette for et helhetlig og velfungerende norsk håndhevelsessystem. Proposisjonen tar utgangspunkt i utvalgets utredning, NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

Proposisjonen fremmer ikke bare forslag til gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler, men tar også stilling til hvordan det samlede norske håndhevelsessystemet best kan organiseres. Videre fremmes det forslag til endringer som ikke følger direkte av håndhevelsesdirektivet, men som er hensiktsmessige for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk.

Anskaffelsesregelverket regulerer ikke hvordan det offentlige skal organisere sin virksomhet. Det er det offentlige organet selv som avgjør om en ytelse bør utføres av eget personale (produksjon i «egenregi») eller om det bør benyttes en ekstern leverandør. Dersom en ytelse leveres i egenregi, faller dette utenfor anskaffelsesregelverket. Regelverket kommer først til anvendelse når det besluttes at oppgaven skal løses eksternt. Forslagene som legges frem i proposisjonen endrer ikke på dette.

Det skal også innføres nye sanksjoner. For visse typer overtredelser av reglene om offentlige anskaffelser stiller direktivet krav om at den inngåtte kontrakten skal kjennes uten virkning. Det gjelder først og fremst ved ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som særlig grove brudd på regelverket. Videre må denne sanksjonen også innføres for visse andre grove brudd på regelverket.

Departementet foreslår at sanksjonen «uten virkning» kun innføres for varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene. Videre foreslås at domstolen skal gis adgang

til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc). Adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc begrenses imidlertid til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og mengde.

Direktivet krever også at man innfører såkalte «alternative sanksjoner», som vil si bot (overtredelsesgebyr) og avkorting av kontraktens løpetid, i stedet for eller i tillegg til at en kontrakt kjennes uten virkning. Det skal benyttes alternative sanksjoner dersom domstolen unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning på grunn av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, eller der kontrakten kun kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Departementet foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene, og at disse kan kombineres.

Endelig krever direktivet at sanksjonen «uten virkning» eller alternative sanksjoner innføres for mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon. Ved slike brudd foreslår departementet at det bare innføres alternative sanksjoner.

Dersom det foretas ulovlige direkte anskaffelser eller det skjer andre tilsvarende grove brudd på regelverket for kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og for kjøp av såkalte uprioriterte tjenester, foreslår departementet at domstolen skal kunne avkorte kontraktens løpetid og/eller ilegge overtredelsesgebyr.

De nye sanksjonene som innføres med gjennomføringen av direktivet medfører at KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ikke kan videreføres. Departementet foreslår derfor å oppheve lov om offentlige anskaffelser § 7b, slik at KOFA går tilbake til å bli et rent rådgivende tvisteløsningsorgan.

Endelig gir direktivet mulighet for å innføre en rekke søksmålsfrister. Departementet anbefaler her at det innføres særskilte søksmålsfrister for krav om sanksjoner, som er kortere enn for vanlige søksmål. Der oppdragsgiver har kunngjort resultatet av konkurransen eller meddelt inngåelsen av kontrakten til berørte leverandører, settes søksmålsfristen til 30 dager. I de tilfeller oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene, eller underrettet de deltakende leverandørene om inngåelsen av kontrakt, settes fristen til to år.

Departementet foreslår også at oppdragsgiver gis mulighet til, på frivillig basis, å innføre en frist for å fremsette begjæring om midlertidig forføyning mot visse beslutninger underveis i anskaffelsesprosessen. Det gjelder oppdragsgivers beslutninger om å avvise eller forkaste en forespørsel fra en leverandør om å delta i konkurransen. Dette gjelder likevel bare ved begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog.

Når det gjelder forsyningssektorene innfører håndhevelsesdirektivet endringer som i hovedsak er identiske med endringene for klassisk sektor. Dette gjelder nye regler om suspensjon og sanksjoner. Bestemmelsen om suspensjon reiser imidlertid spørsmål om dagens løsning, der domstolen i forsyningssektorene bare har kompetanse til å fastsette mulkt, og ikke til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, fortsatt er hensiktsmessig. Departementet foreslår her en endring, slik at domstolene også i forsyningssektorene gis adgang til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe beslutning om midlertidig forføyning.

Det er i utgangspunktet opp til nasjonal lovgiver å bestemme hvordan EU/EØS-reglene prosessuelt skal håndheves, herunder om dette skal skje ved domstolene eller ved et administrativt klageorgan. Håndhevelsesdirektivet stiller imidlertid visse krav til klageorganenes kompetanse og prosedyrer.

I norsk anskaffelsesrett har man tradisjonelt lagt til grunn en domstolsmodell. Dette har fra 2003 vært supplert med KOFA, som et alternativt og rådgivende lavterskeltilbud. Departementet mener at håndhevelsen av anskaffelsesretten i Norge fortsatt bør bygge på en domstolsmodell, kombinert med rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at sanksjonene mv. som følger av det nye håndhevelsesdirektivet legges til domstolene. Dette vil i hovedsak kunne gjøres innenfor rammen av alminnelig prosessrett, men reiser enkelte særlige prosessuelle utfordringer, som foreslås særskilt regulert.

I tillegg til de forholdene som direkte reguleres av det nye håndhevelsesdirektivet, blir også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte berørt av direktivet. På noen punkter fremmer departementet forslag til regelendringer som fremstår som hensiktsmessige, for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk.

Departementet foreslår at reglene på forskriftsnivå om begrunnelse i forsyningssektorene harmoniseres med reglene i klassisk offentlig sektor. Dette forutsetter at det foretas endringer i lov om offentlige anskaffelser, da loven bare gir begrenset adgang til å regulere forsyningssektorene gjennom forskrift. Videre foreslås at forskriftsbestemmelsene om begrunnelse endres, slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse, mot dagens regler der oppdragsgiver etter omstendighetene må gi to begrunnelser. Den nye begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen.

Etter kommuneloven § 59 kan anskaffelser etter anskaffelsesregelverket i dag gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll etter nærmere omstendigheter. Departementet mener at denne kontrollen bør ses i sammenheng med håndhevelsesystemet for øvrig,

og foreslår å innføre et unntak fra kommuneloven § 59 slik at spørsmål om det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket ikke lenger kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

De gjeldende håndhevelsesdirektivene stiller krav om at håndhevelsesorganet skal ha kompetanse til å tilkjenne erstatning, men direktivet oppstiller ellers ikke krav til nasjonal erstatningsrett. De nye reglene kan aktualisere erstatningsrettslige problemstillinger som ikke tidligere har vært fremme i norsk rett. Det gjelder særlig når en inngått kontrakt kjønes uten virkning, da det kan reises erstatningskrav først og fremst fra medkontrahenten, men krav om erstatning kan også reises av de øvrige leverandører som deltok i konkurranse om kontrakten. Departementet foreslår ikke noen ny regulering, men enkelte problemstillinger diskuteres likevel i proposisjonen.

Etter offentlighetsloven er tilbudene i en konkurranse etter anskaffelsesregelverket offentlige fra tidspunktet for oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Utvalget mener det er uheldig at leverandørene kan få innsyn i hverandres tilbud før kontrakten er endelig inngått, særlig i situasjoner hvor oppdragsgiver finner å måtte avlyse konkurransen og utlyse den på nytt. Departementet er enig i dette, men mener at utfordringene langt på vei kan løses innenfor handlingsrommet i eksisterende regelverk og foreslår derfor ingen lovendring.

I proposisjonen redegjøres for noen spørsmål i utvalgets forslag til endringer på forskriftsnivå. Det gjelder regler om karenperiode, vedståelsesfrister og oppdragsgivers adgang til å foreta dekningskjøp.

1.2 Bakgrunnen for lovforslaget

Nye håndhevelsesregler med direktiv 2007/66/EF

Direktiv 2007/66/EF skal forbedre effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter. Direktivet ble vedtatt 11. desember 2007 og endrer håndhevelsesdirektivene 89/665/EØF og 92/13/EØF. Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen ved vedtak av 1. juli 2011.

Bakgrunnen for det nye direktivet er at EU-kommisjonen, gjennom høringer og EU-domstolens praksis, avdekket en rekke svakheter ved de eksisterende nasjonale klageordningene. Særlig var det mange leverandører som mente at de eksisterende håndhevelsesreglene ikke alltid gjorde det mulig å rette opp feil i anbudsprosessene. EU-kommisjonen identifiserte to hovedproblemstillinger: For det første var ikke de rettslige klagemulighetene før kontrakt ble inngått tilstrekkelig effektive, og disse burde derfor styrkes. For det andre skulle ulovlige direkte anskaffelser bekjempes med sterkere midler.

Direktiv 2007/66/EF innfører flere nye materielle håndhevelsesregler. De tre hovedelementene er

- en obligatorisk ventetid, såkalt karenperiode, fra oppdragsgiver meddeler sin beslutning om hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås,
- en suspensjonsplikt, slik at klage til håndhevelsesorganet i visse tilfeller medfører at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes, og
- nye sanksjoner for visse alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket.

Den nye bestemmelsen om krav til karenperiode er en kodifisering av rettspraksis fra EU-domstolen, men med en presisering av en absolutt minimumsperiode. Det følger av direktivet at oppdragsgiver må vente i minst 10 eller 15 dager (avhengig av kommunikasjonsmiddel) før vedkommende kan inngå kontrakt med valgte leverandør. Dette skal gi leverandørene tid til å undersøke tildelingsbeslutningen og vurdere hvorvidt det er grunnlag for å innlede en formell klageprosess, slik at leverandørene får en reell mulighet til å stoppe inngåelse av en kontrakt i strid med regelverket. Direktivet gir mulighet for å gjøre unntak fra kravet om karen i tre tilfeller: ved lovlige direkte anskaffelser, der det bare er én berørt leverandør og ved kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger.

Bestemmelsen om suspensjon innebærer at en klage skal ha automatisk oppsettende virkning når oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt påklages innen utløpet av karenperioden. Dette betyr at oppdragsgiver ikke har rett til å inngå kontrakt før klageorganet har truffet avgjørelse, enten vedrørende en begjæring om midlertidig forføyning eller vedrørende den materielle klagen. Dette er en ny regel som har til formål å sikre at håndhevelsesorganet får tilstrekkelig tid til å behandle en klage som innleveres kort tid før utløpet av karenperioden, og med dette unngå at oppdragsgiver inngår kontrakt med en gang karenperioden løper ut når det er inngitt klage.

Når det gjelder de nye sanksjonene, innføres det en plikt til i visse situasjoner å kjenne en kontrakt uten virkning. Formålet er særlig å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som en av de groveste overtredelsene av anskaffelsesregelverket. Sanksjonen «uten virkning» skal også innføres for andre grove brudd på regelverket, når det samtidig skjer brudd på bestemmelsene om karen og suspensjon. Sanksjonen skal også innføres når kontrakter basert på rammeavtaler/dynamiske innkjøpsordninger tildeles i strid med prosedyrereglene. Bare når det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser kan håndhevelsesorganet unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning. I slike tilfeller må alternative sanksjoner benyttes i stedet.

Medlemsstatene kan fritt bestemme om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc). Kjennes en kontrakt uten virkning kun for fremtiden, må oppdragsgiver i tillegg ilegges alternative sanksjoner. Oppdragsgiver kan imidlertid sikre seg mot å bli ilagt sanksjoner. Dette kan for eksempel skje ved å kunngjøre at han har til hensikt å tildele en kontrakt uten å følge de alminnelige prosedyrereglene (en såkalt intensjonskunngjøring). Direktivet innfører også noen nye frivillige håndhevelsesregler.

VIRKEOMRÅDET FOR DIREKTIVET

Direktiv 2007/66/EF medfører endringer både i håndhevelsesdirektivet for klassisk offentlig sektor (direktiv 89/665/EØF) og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene (92/13/EØF).

Håndhevelsesdirektivet i klassisk sektor (direktiv 89/665/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF) får anvendelse på kontrakter som omfattes av anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF), med mindre kontraktene uttrykkelig er unntatt. Anskaffelsesdirektivet og håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor gjelder for oppdragsgivere i offentlig sektor, det vil si statlige, kommunale og fylkeskommunale oppdragsgiver, samt offentligrettslige organer.

Håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene (direktiv 92/13/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF) får anvendelse på kontrakter som omfattes av forsyningsdirektivet (direktiv 2004/17/EF), med mindre kontraktene er unntatt. Forsyningsdirektivet og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene gjelder for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og post.

Håndhevelsesdirektivene gjelder for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene (2004/17/EF og 2004/18/EF), det vil si kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene (EØS-anskaffelser). Håndhevelsesdirektivene gjelder dermed i utgangspunktet også ved kjøp av såkalte uprioriterte tjenester over EU/EØS-terskelverdiene. Uprioriterte tjenester omfatter bl.a. hotell- og restaurantvirksomhet, visse transporttjenester, juridiske tjenester, tjenester vedrørende undervisning og yrkesutdanning, helse- og sosialtjenester og fritids-, kultur- og sportstjenester. Inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester er imidlertid kun delvis regulert i anskaffelsesdirektivene. Slike kontrakter er utelukkende underlagt prosedyrereglene om tekniske spesifikasjoner og om kunngjøring av konkurranseresultater. Direktivenes øvrige detaljerte prosedyreregler gjelder derimot ikke for inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester.

Kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene er verken omfattet av anskaffelsesdirektivene eller håndhevelsesdirektivene.

Håndhevelsesutvalget

Ved kongelig resolusjon 19. desember 2008 ble det oppnevnt et utvalg som skulle utrede og anbefale hvordan det nye EU/EØS-direktivet om håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser best kan gjennomføres i norsk rett.

Utvalgets mandat er omtalt i proposisjonen.

Den 16. april 2010 ble utvalgets utredning, NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, overlevert fornyings-, administrasjons- og kirkeministeren.

Utvalget la i utredningen frem forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser, forskrift om offentlige anskaffelser, forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

I tillegg til de spørsmålene som direkte reguleres av direktivet, så utvalget at også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte blir berørt. I tråd med mandatet vurderte utvalget derfor behovet for øvrige regelendringer for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk.

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet sendte den 16. april 2010 NOU 2010:2 ut på høring, med invitasjon til høringsinstansene om å gi sitt syn på lovutvalgets forslag. Høringsinstansene ble også bedt om å vurdere eventuelle underliggende instansers behov for å avgi uttalelse. Høringsfristen ble satt til 20. august 2010, men ble ved brev av 27. mai 2010 forlenget til 20. september 2010. Organisasjoner som ikke stod på høringslisten kunne også uttale seg.

Utvalgets innstilling ble ettersendt på høring 6. oktober 2010 med høringsfrist 17. november 2010 til en del instanser med særskilt interesse for spørsmål knyttet til offentlighetsloven.

Direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Et direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, direktiv 2009/81/EF, ble vedtatt 13. juli 2009. Direktivet gir en ny europeisk lovgivningsramme for inngåelse av følsomme offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet. Målet er å etablere et effektivt europeisk marked for forsvarsmateriell og samtidig sikre en konkurransedyktig forsvarsindustri. Norge er forpliktet til å gjennomføre dette direktivet etter at det er innlemmet i EØS-avtalen.

Vedtaket av direktivet medfører at det skjer en tredeling av hvordan forsvars- og sikkerhetsanskaffelser reguleres etter EØS-avtalen. Noen anskaffelser vil fortsatt være unntatt etter EØS-avtalens artikkel 123. I et midtre sjikt vil man finne de anskaffelsene

som er regulert av det nye direktivet. Ikke-følsomme anskaffelser til Forsvaret, sikkerhetsmyndighetene med flere skal fortsatt følge det ordinære anskaffelsesdirektivet.

Direktiv 2009/81/EF er i høy grad basert på oppbygningen av og filosofien bak anskaffelsesdirektivet 2004/18/EF, og det inneholder flere bestemmelser som svarer til bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet.

Ettersom direktiv 2009/81/EF først ble vedtatt etter at håndhevelsesutvalget var nedsatt, ble en henvisning til dette direktivet ikke tatt med i utvalgets mandat. Direktivet er således verken omtalt i NOU 2010:2 eller i departementets høringsbrev. De nye håndhevelsesbestemmelsene må imidlertid utformes på en slik måte at også kravene etter direktiv 2009/81/EF ivaretas.

1.3 Gjeldende rett

Anskaffelsesregelverket

Lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser trådte i kraft 1. januar 1994, og gjennomførte EU/EØS-direktiver om offentlige anskaffelser i norsk rett, som Norge hadde forpliktet seg til gjennom EØS-avtalen.

Loven var primært en fullmaktslov, som ga Kongen myndighet til å gi nærmere regler i forskrift. Med hjemmel i loven ble det gitt en rekke forskrifter, som i hovedsak gjorde EU/EØS-direktivene ordrett til norsk rett. Norges tilslutning til WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, (GPA) i 1994, og handelsavtaler med tredjeland gjennom EFTA-samarbeidet, krevde også enkelte tilpasninger i de norske reglene.

Resultatet av disse prosessene ble et komplisert og lite enhetlig regelverk. Myndighetene så det raskt som nødvendig å foreta en full revisjon av regelverket. Resultatet ble en ny lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, som trådte i kraft 1. juli 2001. Med hjemmel i den nye loven ble det fastsatt en forskrift om offentlige anskaffelser og en forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Ved utforming av disse forskriftene gikk man bort fra den tidligere teknikken med ordrett innlemming av EU/EØS-direktivene, og man søkte heller å innpasse reglene materielt og retts teknisk inn i norsk rett på en helhetlig og oversiktlig måte. I tillegg til å inkorporere EU/EØS-rett ble det i forskriftene også gitt utfyllende nasjonale regler, som norsk lovgiver fant det hensiktsmessig å vedta.

EU reviderte sine direktiver på anskaffelsesområdet i 2004, og vedtok to direktiver til erstatning for de tidligere: et hoveddirektiv for «klassisk offentlig sektor» og et for forsyningssektorene (vann, energi, transport og posttjenester). Direktivene ble inntatt i EØS-avtalen, og gjennomført i norsk rett gjennom

enkelte endringer i lov om offentlige anskaffelser, ny forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, som i dag er det sentrale regelverket på området, og forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene. Også den nye forskriften om offentlige anskaffelser inneholder særlige norske regler i tillegg til regler med opphav i EU/EØS. Resultatet er et rettsområde som er en særegen blanding av EU/EØS-rett og nasjonalt utformet rett.

EU/EØS-direktivene gir detaljerte prosedyregler for anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene (heretter omtalt som «EØS-anskaffelser»). Terskelverdiene utgjør per i dag 1,6 mill. kroner for vare- og tjenestekontrakter (1,1 mill. kroner for sentrale statlige etater), og 40,5 mill. kroner for bygge- og anleggskontrakter. Norge er forpliktet til å gjennomføre direktivbestemmelsene for EØS-anskaffelser.

Håndhevelse av reglene

EU/EØS-retten er basert på et grunnleggende prinsipp om nasjonal prosessuell autonomi. Det betyr at EU/EØS-reglene i hovedsak er materielle regler, som medlemsstatene er forpliktet til å overta og gjennomføre. Hvordan disse reglene prosessuelt skal håndteres på nasjonalt plan av nasjonale forvaltningsorganer og domstoler, er overlatt til nasjonal forvaltnings- og prosessrett. Håndhevelsesdirektivene krever prosessregler som gir klager en reell og effektiv mulighet til å få saken prøvet dersom man mener det foreligger regelbrudd. Ved gjennomføringen av EU/EØS-reglene om offentlige anskaffelser i norsk rett vurderte man ulike alternativer og falt ned på at den nasjonale håndhevelsen skulle legges til det ordinære domstolsapparatet.

Før kontrakt er inngått kan domstolene i vanlige saker etter lov om offentlige anskaffelser § 7 sette til side ulovlige beslutninger som er truffet under anskaffelsesprosessen. I denne perioden har retten også hjemmel til å beslutte midlertidig forføyning etter § 8 første ledd. Dette gjelder likevel ikke i forsyningssektorene, her kan det i stedet ilegges mulkt.

Etter at kontrakt er inngått, kan domstolene etter gjeldende rett ikke sette kontrakten til side, selv om det skulle vise seg at regelverket er brutt. Det kan heller ikke begjæres midlertidig forføyning. Etter at kontrakt er inngått, kommer saker om offentlige anskaffelser derfor kun til domstolene i form av erstatningssaker.

Fra 2003 ble Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) etablert gjennom en endring i lov om offentlige anskaffelser, som en alternativ tvisteløsningsmodell til ordinær domstolsbehandling. Det uavhengige, administrative organet skulle gi rådgi-vende uttalelser i tvister på anskaffelsesområdet, og

være en raskere og rimeligere klagemulighet for leverandørene.

Frem til 2007 var erstatning ilagt av domstolene den eneste formen for reaksjon som kunne rettes mot en oppdragsgiver etter at kontrakt var inngått i saken. For tilfeller av ulovlige direkte anskaffelser ble dette i 2007 supplert med adgang for KOFA til å ilegge et overtredelsesgebyr. Ved domstolene behandles saker som gjelder mulige brudd på anskaffelsesregelverket i hovedsak etter de vanlige prosessreglene i tvisteloven.

1.4 Rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivet i norsk rett

Utvalgets forslag

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aalto, understreker at anskaffelsesretten er et område der kryssende interesser gjør seg gjeldende og må avveies, både ved tolkningen av de krav EU/EØS-retten stiller, og ved gjennomføringen av disse i nasjonal rett. Flertallet følger opp disse synspunktene ved i hovedsak å foreslå at reglene i håndhevelsesdirektivet ikke gjøres gjeldende i videre omfang enn man er forpliktet til. Det innebærer bl.a. at de nye reglene ikke innføres for kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, peker bl.a. på at den tid og de ressurser som brukes på å etterleve anskaffelsesregelverket, får samfunnet i sum igjen i form av gode offentlige anskaffelser. Mindretallet ønsker i større grad å gjøre reglene i håndhevelsesdirektivet gjeldende også for anskaffelser etter forskriftens del II, da anskaffelser etter forskriftens del II utgjør hoveddelen av de offentlige anskaffelsene i Norge.

Høringsinstansenes syn

Mange høringsinstanser har generelle synspunkter på i hvilken utstrekning direktivet bør gjennomføres i norsk rett. Høringsinstansene deler seg stort sett i to grupper, der representantene for oppdragsgiversiden generelt støtter flertallets synspunkter, mens representantene for leverandørsiden generelt støtter mindretallet.

Et flertall av høringsinstansene er enige med flertallet om å vektlegge kryssende hensyn ved innføring av de nye sanksjonsreglene. En rekke høringsinstanser fra kommunesektoren uttaler dette.

De høringsinstansene som støtter mindretallets synspunkter, legger særlig vekt på at det er hensiktsmessig med like håndhevelsesregler for like brudd, og mener at flertallets forslag generelt vil svekke en effektiv håndhevelse av anskaffelsesreglene. Det pekes særlig på at det av hensyn til små og mellom-

store bedrifter er viktig med effektive håndhevelsesregler også i anskaffelsesforskriftens del II.

De høringsinstansene som støtter mindretallet, fremhever generelt at det vil være en forenkling med identiske regler i forskriftens del II og III. De høringsinstansene som støtter flertallet er ikke enige i dette – for disse innebærer forenkling at reglene i del II gjøres mest mulig enkle og fleksible.

Departementets vurdering

Departementet støtter i hovedsak flertallets vurderinger av hvor langt håndhevelsesdirektivet bør gjennomføres i norsk rett. Departementet mener de hensyn som gjør seg gjeldende mot å ha for komplekse og faste regler om offentlige anskaffelser, bør tillegges vekt.

Departementet deler oppfatningen av at like regler i forskrift om offentlige anskaffelser del II og III ikke uten videre innebærer en forenkling av regelverket, og mener at det ikke er et mål i seg selv å ha samme håndhevelsesregler i disse delene. Allerede i dag er det forskjell på reglene for ulike typer anskaffelser og i de ulike delene av forskriften. For anskaffelser som gjennomføres etter forskriftens del II, er det generelt et mål at reglene skal være enklere og mer fleksible. Departementet støtter i hovedsak flertallets syn i at enklere prosessregler for forskriftens del II vil være en viktigere forenkling enn likelydende regler i forskriftens ulike deler.

1.5 Gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler

1.5.1 Suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning

DIREKTIVETS KRAV

Håndhevelsesdirektivet krever at visse klager til håndhevelsesorganet skal ha oppsettende virkning. Dette følger av artikkel 2 nr. 3 og gjelder først og fremst der oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt påklages innen utløpet av karensperioden. I et slikt tilfelle skal oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes inntil klageorganet har truffet avgjørelse enten vedrørende begjæring om midlertidig forføyning eller inntil klagen er behandlet.

Formålet med bestemmelsen er at innlevering av klage kort tid før utløpet av karensperioden, ikke bør føre til at klageinstansen berøves nødvendig tid til å gripe inn. Det bør derfor fastsettes en selvstendig minimumsfrist med oppsettende virkning, som ikke utløper før klageinstansen har truffet avgjørelse om begjæringen.

Håndhevelsesdirektivets regler om suspensjon gjelder bare for EØS-anskaffelser. Det gjelder ikke for kontrakter om uprioriterte tjenester eller kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene.

UTVALGETS FORSLAG

Utvalget forstår bestemmelsen i direktivet slik at suspensjon i nasjonal rett kan begrenses til å inntre der det begjæres midlertidig forføyning, og mener at en slik begrensning bør innføres. Dette begrunnes i at det bare er hensiktsmessig at suspensjon inntre der leverandøren bestrider tildelingsbeslutningen og faktisk ønsker å stanse anskaffelsesprosessen for å unngå at kontrakt blir tildelt feil leverandør. På denne bakgrunnen foreslår utvalget å innføre en lovbestemmelse som gir Kongen hjemmel til å gi forskrift om at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesregelverket.

Av utvalgets forslag til forskriftsbestemmelse om suspensjon fremgår det at suspensjon bare skal inntre ved begjæringen om midlertidig forføyning i to tilfeller: for det første når begjæringen fremsettes før utløpet av en karenperiode fastsatt av oppdragsgiver. For det andre der begjæringen fremsettes i de 10 dagene etter en intensjonskunngjøring, der oppdragsgiver er forpliktet til ikke å inngå kontrakt. Suspensjonen skal bare inntre ved begjæring til første instans, ikke ved anke til andre instanser.

Utvalget peker på at den nye bestemmelsen om suspensjonen innebærer en markert endring i norsk rett, idet en begjæring om midlertidig forføyning automatisk skal ha oppsettende virkning.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, anbefaler at direktivets nye regler om suspensjon bare gjennomføres så langt EU/EØS-retten krever det.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnnes, anbefaler at reglene om suspensjon også gis anvendelse for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester. Mindretallets utgangspunkt er at håndhevelsesreglene ikke må forskjellsbehandle leverandørers praktiske og juridiske mulighet til å gjenopprette opprinnelige kontraktsmuligheter.

HØRINGSINSTANSENS SYN

De fleste høringsinstansene i offentlig sektor (56 høringsinstanser, herunder KOFA og Regjeringsadvokaten), samt KS, NIMAs offentlige komité og Norges taxiforbund, støtter flertallets anbefaling om å innføre regler om suspensjon bare for EØS-anskaffelser. Flere av disse høringsinstansene uttrykker generell bekymring over de nye bestemmelsene om suspensjon. Suspensjon vil i praksis kunne føre til at anskaffelsesprosessene kan bli vesentlig forsinket, og at systemet blir sårbart for at det utnyttes ved grunnløse klager. Flere høringsinstanser viser til at det allerede etter dagens regler er mulig for forbigåtte leverandører å fremsette begjæring om midlertidig

forføyning før kontraktsinngåelse, hvilket vil være tilstrekkelig etter anskaffelsesforskriften del II.

14 høringsinstanser på leverandørsiden, samt Advokatforeningen, Helse Vest RHF og KOFA-medlem Kai Krüger, støtter mindretallets forslag om å innføre regler om suspensjon også for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II. Flere av disse høringsinstansene peker på at dagens håndhevelsesregler ikke gir tilstrekkelige klagemuligheter før kontrakt er inngått. Mange ser derfor på den nye suspensjonsbestemmelsen som en av de viktigste nyvinningene.

Endelig mener en del høringsinstanser at det vil bidra til en forenkling av regelverket, dersom det innføres like håndhevelsesregler i anskaffelsesforskriften del II og III.

Regjeringsadvokaten viser i sin høringsuttalelse til at det må følge av tvisteloven § 32-11 at leverandøren vil kunne bli erstatningsansvarlig for det tap som er påført oppdragsgiver som følge av den automatiske suspensjonen, der det viser seg at det ikke foreligger noe brudd på anskaffelsesregelverket.

Flere kommuner, fylkeskommuner og NIMAs offentlige komité viser også til at reglene om sikkerhetsstillelse for mulig erstatningsansvar i tvisteloven og i tvangsloven uansett må gjelde ved begjæring om midlertidig forføyning. Noen av disse ber i tillegg departementet om å vurdere å innføre en obligatorisk regel om at leverandørene skal stille sikkerhet for mulige tap.

DEPARTEMENTETS VURDERING

Norge er forpliktet til å innføre bestemmelsen om suspensjon. Departementet foreslår derfor å innføre en lovhjemmel og å fastsette nærmere bestemmelser om suspensjon i forskrift.

Det er departementets vurdering at bestemmelser om suspensjon i noen tilfeller vil kunne skape reelle problemer for oppdragsgivere som har behov for raskt å inngå kontrakter om kritiske ytelser. Departementet er derfor enig i at lovhjemmelen bør begrenses slik at det kun kan gis forskriftsbestemmelser om at suspensjon skal inntre når det er fremmet begjæring om midlertidig forføyning. Departementet slutter seg i den forbindelse til utvalgets begrunnelse. Utvalget foreslår også å begrense suspensjonen til begjæringer som fremsettes innenfor den karenperioden som følger etter tildeling av kontrakt eller etter intensjonskunngjøring. Dette svarer etter departementets oppfatning godt til formålet bak bestemmelsene om karen: Forbigåtte leverandører skal ha rimelig tid til å vurdere om det kan lønne seg å klage.

Der det ikke stilles krav om karen, vil heller ikke behovet for suspensjon være tungtveiende.

Når oppdragsgiver har fastsatt en karenperiode må suspensjon inntre, uansett om oppdragsgiver har

vært forpliktet til å fastsette en slik karenperiode eller dette har skjedd på frivillig grunnlag. Tilsvarende ville det bli vanskelig for domstolene å ta stilling til en automatisk suspensjonsplikt i tilfeller der oppdragsgiver ikke har fastsatt en karenperiode, men egentlig har plikt til det. Departementet mener derfor at det ikke bør inntre automatisk suspensjon i tilfeller der oppdragsgiver ikke har fastsatt en karenperiode, selv om oppdragsgiver faktisk pliktet å gjøre det. Her bør heller de alminnelige reglene om midlertidig forføyning få anvendelse.

Det nærmere omfang av suspensjonen, særlig spørsmålet om hvilke anskaffelser suspensjonen skal gjelde for, vil bli regulert nærmere i forskrift. Også det nærmere skjæringstidspunkt for når suspensjonen skal inntre og nærmere krav til domstolens saksbehandling, vil bli regulert i forskriftsbestemmelsene.

Nye bestemmelser om suspensjon endrer ikke på at tvistelovens bestemmelser om midlertidig sikring, herunder § 32-11 om erstatning, gjelder ved begjæring om midlertidig forføyning. Det er imidlertid departementets vurdering at tvistelovens bestemmelser i § 32-11 om erstatning ved midlertidig sikring ikke vil få anvendelse på eventuelle tap som oppdragsgiver (saksøkte) måtte lide som følge av at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes. Departementet finner det heller ikke hensiktsmessig å innføre regler om at leverandøren (saksøker) blir objektivt ansvarlig for slike tap, da terskelen for å begjære midlertidig forføyning da kan bli for høy.

1.5.2 Sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m.

DIREKTIVETS KRAV

For visse typer brudd på anskaffelsesreglene stiller håndhevelsesdirektivet krav om at den inngåtte kontrakten skal kjennes uten virkning. Det gjelder først og fremst ved ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som en særlig grov overtredelse av regelverket.

Kontrakten skal også kjennes uten virkning ved andre grove brudd på regelverket der konkurransen har vært kunngjort. Det gjelder brudd som har påvirket klagerens muligheter til å få tildelt kontrakten, og som skjer i kombinasjon med brudd på reglene om karen eller suspensjon. Det er en betingelse at bruddet på reglene om karen eller suspensjon skal ha fratatt leverandøren muligheten for å iverksette rettslige skritt før inngåelsen av kontrakten.

Endelig skal en kontrakt basert på en rammeavtale/ dynamisk innkjøpsordning kjennes uten virkning, når den er tildelt i strid med prosedyrereglene.

I ovennevnte tre tilfeller er håndhevelsesorganet i utgangspunktet forpliktet til å kjenne en inngått kontrakt uten virkning, når vilkårene for dette for øvrig er oppfylt.

Følgene av at en kontrakt kjennes uten virkning skal fastsettes i nasjonal rett.

Det følger av direktivet at det kan gjøres unntak fra kravet om at en inngått kontrakt skal kjennes uten virkning der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. Videre skal det gjøres unntak i to tilfeller. For det første skal det gjøres unntak der oppdragsgiver på nærmere vilkår har foretatt en såkalt intensjonskunngjøring. For det andre skal det gjøres unntak ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale/dynamisk innkjøpsordning, der oppdragsgiver «frivillig» har overholdt en karenperiode.

Direktivet krever også at det innføres såkalte «alternative sanksjoner», det vil si overtredelsesgebyr (bot) og avkorting av kontrakt, i stedet for eller i tillegg til at en kontrakt kjennes uten virkning.

Endelig krever direktivet at sanksjonen «uten virkning» eller alternative sanksjoner innføres for mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karen og suspensjon.

Den EU/EØS-rettslige forpliktelsen til å innføre nye bestemmelser om sanksjoner gjelder bare for EØS-anskaffelser. Norge er således ikke forpliktet til å innføre slike regler for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene eller for uprioriterte tjenester.

UTVALGETS FORSLAG

Utvalget foreslår at sanksjonen «uten virkning» kun innføres for anskaffelser omfattet av anskaffelsesdirektivene, dvs. i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Videre foreslår utvalget at håndhevelsesorganet gis adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc), men at adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontrakts-gjenstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde.

Videres anbefales det å innføre alle de tre mulige unntakene fra sanksjonen «uten virkning».

Utvalget foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene (overtredelsesgebyr og avkorting av kontrakt), og at disse kan kombineres. Hva gjelder overtredelsesgebyrets størrelse, foreslår utvalget å videreføre dagens nivå for overtredelsesgebyr i KOFA, dvs. maksimalt 15 prosent av kontraktens verdi.

Ved mindre alvorlige brudd anbefaler utvalget at det bare innføres slike alternative sanksjoner og ikke sanksjonen «uten virkning».

Dersom det foretas ulovlige direkte anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del II, foreslår utvalget at håndhevelsesorganet kun skal kunne avkorte kontraktens løpetid og/eller ilegge overtredelsesgebyr.

Utvalget foreslår at det skal innføres et unntak fra adgangen til å ilegge slike sanksjoner der oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, ønsker ikke å innføre sanksjoner for andre brudd på regler i anskaffelsesforskriftens del II, mens utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnnes, ønsker sanksjoner i del II for samme typer brudd som skal sanksjoneres etter del III.

Utvalget foreslår videre en rekke prosessuelle regler i tilknytning til søksmål som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner.

HØRINGSINSTANSENS SYN

Mange høringsinstanser peker på at sanksjonen «uten virkning» er et ukjent virkemiddel som bryter med vanlig norsk kontraktsrett. Sanksjonen vil være svært inngripende, ikke bare for oppdragsgiver, men også for den (eventuelt godtroende) leverandøren som har fått tildelt kontrakten. Flere viser også til at sanksjonen reiser vanskelige problemstillinger knyttet til erstatning og etteroppgjør. Dette taler for å begrense innføringen av sanksjonen mest mulig. På denne bakgrunnen er høringsinstansene generelt enige med utvalget i at sanksjonen «uten virkning» ikke bør innføres for mindre alvorlige brudd i del III. For slike brudd bør det utelukkende innføres «alternative sanksjoner».

Når det gjelder de alternative sanksjonene, støtter 11 høringsinstanser uttrykkelig utvalgets forslag om å innføre både overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt, og å overlate det til håndhevelsesorganet å fastsette den sanksjonen som er mest egnet i det konkrete tilfellet.

9 høringsinstanser i kommunal og fylkeskommunal sektor mener at det vil være urimelig for oppdragsgiver dersom sanksjonene kombineres. 13 kommuner og fylkeskommuner foreslår imidlertid å begrense overtredelsesgebyret ytterligere oppad, eksempelvis til 10 prosent av anskaffelsens verdi, som bl.a. er grensen i Sverige og Finland. Det anføres at den preventive virkningen i de fleste tilfeller vil kunne oppnås med bøter av langt mindre størrelse enn det som følger av den senere tids praksis i KOFA.

Sanksjoner i forskrift om offentlige anskaffelser del II

Høringsinstansene støtter generelt opp om utvalgets forslag om ikke å innføre sanksjonen «uten virkning» i forskriftens del II. Det er også generell enighet om at det i stedet bør innføres alternative sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser i forskriftens del II.

Når det gjelder andre grove brudd på reglene i forskriftens del II, støtter 16 høringsinstanser flertal-

lets forslag om ikke å innføre sanksjoner for slike brudd.

10 høringsinstanser støtter derimot mindretallet i at det også bør innføres alternative sanksjoner for andre grove brudd i forskriftens del II (Advokatforeningen).

De begrundes primært i at like brudd bør behandles likt i del II og III; det er ingen grunn til å gjøre forskjell. Sanksjonene vil dessuten ha en preventiv effekt.

47 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder KOFA, samt Advokatforeningen, KS og NIMAs offentlige komité gir støtte til flertallets forslag om at overtredelsesgebyret etter lov om offentlige anskaffelser § 7b faller bort som sanksjonsmulighet, og at KOFA igjen blir et rent rådgivende organ. Dette anses som en nødvendig konsekvens av de nye sanksjonene som følger av håndhevelsesdirektivet.

13 høringsinstanser på leverandørsiden, samt Advokatfirmaet G-partner, Difi, Petroleumstilsynet og UDI uttrykker støtte til forslaget om at KOFA skal beholde myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr selv om de øvrige sanksjonene legges til domstolene. Disse høringsinstansene gir uttrykk for at fjerning av overtredelsesgebyret vil bety en klar svekkelse av håndhevelsen av anskaffelsesreglene, og NHO mener at «ulovlige direkte anskaffelser vil blomstre opp igjen».

DEPARTEMENTETS VURDERING

Hvilke sanksjoner skal innføres

Både utvalget og de fleste høringsinstansene uttrykker en generell skepsis mot den nye sanksjonen «uten virkning». På denne bakgrunnen er det bred enighet om bare å innføre denne sanksjonen så langt Norge er forpliktet til det. Dette innebærer at sanksjonen «uten virkning» bare skal gjelde for EØS-anskaffelser (det vil si anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften del III og forsyningsforskriften).

Tilsvarende er departementet enig med utvalget og de høringsinstansene som ønsker at håndhevelsesorganet skal ha adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc).

Når det gjelder spørsmålet om sanksjoner for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II, er det generell enighet om å innføre de alternative sanksjonene for ulovlige direkte anskaffelser. Også dette kan departementet slutte seg til; ulovlige direkte anskaffelser forekommer også ved anskaffelser omfattet av del II, og det vil derfor fortsatt være behov for håndhevelse av slike alvorlige brudd på regelverket. Trusselen om å kunne bli ilagt alternative sanksjoner vil derfor gi en viktig preventiv effekt overfor oppdragsgiverne.

Utvalget og høringsinstansene er imidlertid delt når det gjelder spørsmålet om det skal innføres alternative sanksjoner for andre brudd enn ulovlige direkte anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Departementet støtter på dette punktet mindretallet i at det bør innføres overtredelsesgebyr og avkorting av kontrakt også for andre grove brudd etter del II. Dette begrunnes med at det er viktig å demme opp for slike alvorlige brudd der oppdragsgiver har tildelt kontrakt til «feil leverandør» og samtidig avskåret øvrige leverandørers mulighet til å stanse kontraktsinngåelsen.

Etter håndhevelsesdirektivet (og dermed etter forskriftens del III) er det obligatorisk å ilegge sanksjoner, det vil si at klageorganet skal ilegge sanksjoner der nærmere angitte brudd konstateres. Her er det altså verken mulig å ta hensyn til overtredelsens grovhet, om oppdragsgiver har handlet forsettlig/grovt uaktsomt eller andre relevante forhold. Det vil imidlertid være naturlig å utnytte den fleksibiliteten som del II gir mulighet for, slik at det her bare innføres en «kan-regel». Det foreslås derfor at klageorganet ikke forpliktes til å ilegge sanksjoner, men at det i stedet kan ta med alle relevante hensyn i vurderingen av om det i en konkret sak faktisk bør ilegges sanksjoner. Her vil klageorganet også kunne ta hensyn til om det kan tilkjennes erstatning.

Når det gjelder overtredelsesgebyrets størrelse, støtter departementet utvalgets forslag om å videreføre dagens nivå for KOFA-overtredelsesgebyret, slik at det fastsettes en øvre ramme på 15 prosent av kontraktens verdi.

Departementet finner det videre hensiktsmessig at det åpnes for at klageorganet kan kombinere de alternative sanksjonene. Klageorganet bør også ha kompetanse til å ta i betraktning alle relevante forhold ved fastsettelse og utmåling av sanksjoner. Departementet mener at det bør overlates til klageorganet å fastsette den/de sanksjoner som er mest hensiktsmessig i det konkrete tilfellet, herunder fastsette overtredelsesgebyret på et fornuftig nivå. Det vises for øvrig til forslag til ny § 14.

Departementet støtter forslaget om å innføre samtlige mulige unntak til kravet om sanksjoner, det vil si der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger, der oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring og der oppdragsgiver ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale/dynamisk innkjøpsordning overholder en «frivillig» karenperiode. Når det gjelder unntaket begrunnet i hensynet til allmennhetens interesser, må dette utformes slik at også kravene etter direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ivaretas.

Det vises for øvrig til forslag til nye §§ 13 og 14.

Prosessuelle regler

Departementet er enig med utvalget i at det er behov for visse særlige prosessuelle regler i tilknytning til søksmål som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner. Det vises til utvalgets redegjørelse i NOU 2010:2, kapittel 15.3.

På denne bakgrunn anbefaler departementet at det innføres prosessuelle bestemmelser om prosessvarsel til oppdragsgivers medkontrahent, avgjørelsenes rettskraft og rettens plikt til å ilegge sanksjoner når vilkårene for det er oppfylt.

Departementet er også enig med utvalgets flertall i at kretsen av søksmålsberettigede i saker om ulovlige direkte anskaffelser mv. ikke skal utvides, og at det fortsatt skal gjelde et krav til rettslig interesse for å kunne reise sak for domstolene. Interesseorganisasjoner på leverandørsiden vil måtte antas å ha tilstrekkelig interesse i saker om ulovlige direkte anskaffelser, slik at de vil oppfylle kravet til «rettslig interesse».

Det vises for øvrig til forslag til ny § 15.

Konsekvensen for KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

Departementet er enig med flertallet i utvalget og flertallet av høringsinstansene i at overtredelsesgebyret etter lov om offentlige anskaffelser § 7b ikke bør videreføres som sanksjonsform.

Det er vanskelig å se hvordan de nye sanksjonene prinsipielt og praktisk kan kombineres med at KOFA fortsatt skal ha kompetanse til å ilegge et administrativt overtredelsesgebyr. Oppdragsgiver ville da for samme forhold kunne bli møtt med både et overtredelsesgebyr fra KOFA og at kontrakten blir kjent uten virkning av domstolene, supplert med et overtredelsesgebyr. En slik dobbel reaksjon vil være klart uforholdsmessig, og vil også kunne være i strid med forbudet mot dobbeltstraff slik dette er utledet av EMK protokoll nr. 7 artikkel 4 nr. 1. Departementet er oppmerksom på at en overgang fra dagens system med administrativt overtredelsesgebyr, til en modell der alle sanksjonene (herunder gebyr) må ilegges av domstolene, kan føre til at færre saker om ulovlige direkte anskaffelser blir håndhevet. Dette kan isolert sett anses som en ulempe ved den foreslåtte reformen. Departementet mener imidlertid at det som skal tillegges vekt først og fremst må være den preventive effekten. Det nye sanksjonssystemet må samlet sett anses å ha en minst like sterk preventiv effekt som dagens overtredelsesgebyr.

Videre må det antas at de nye reglene samlet sett vil føre til større åpenhet omkring direkte tildelinger, og at det nå blir mulig for oppdragsgiver å foreta en såkalt intensjonskunngjøring, med den konsekvens at kontrakten senere ikke kan kjennes uten virkning.

Endelig er det viktig å understreke at KOFA fortsatt vil ha adgang til å gi veiledende uttalelser om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det er således bare adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr som fjernes.

Departementet vil følge utviklingen over tid, for å se om håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser svekkes. Dersom dette viser seg å være tilfellet vil departementet vurdere å utrede behovet for å gi Konkurransetilsynet mulighet for å bringe saker om brudd på reglene inn for domstolen.

1.5.3 Søksmålsfrister og klageprosess

Utvalget anbefaler at det innføres søksmålsfrister for krav om at oppdragsgiver skal ilegges sanksjoner, dvs. sanksjonen «uten virkning», avkortning av kontrakt og/eller overtredelsesgebyr. Slike frister vil gi både oppdragsgiver og den valgte leverandøren sikkerhet for at kontraktsforholdet ikke vil kunne påvirkes av eventuelle søksmål fra andre leverandører etter utløpet av denne fristen.

Forslaget om å sette frister for krav om sanksjoner får bred støtte, og ingen høringsinstanser er imot. Det pekes i den forbindelse på at forslaget bidrar til mer effektive anskaffelsesprosesser, og til at oppdragsgivere og leverandører trygt vil kunne innrette seg etter avtalen etter fristens utløp.

Departementet er enig med utvalget og en lang rekke av høringsinstansene i at det bør innføres søksmålsfrister for krav om sanksjoner. Det kan være en tyngende sanksjon for både oppdragsgiver og den leverandør som er tildelt kontrakten, dersom en kontrakt kjennes uten virkning (eller avkortes). Søksmålsfrister vil, som påpekt av utvalget, bidra til sikkerhet rundt kontraktsforholdet.

Departementet er imidlertid uenig med utvalgets flertall om lengden på den søksmålsfrist som skal gjelde i de tilfeller oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene eller underrettet deltaende leverandører om inngåelsen av kontrakten. Her foreslår departementet en søksmålsfrist på 2 år, mot flertallets forslag på 1 år. Dette svarer til dagens klagefrist til KOFA for klager om ulovlige direkte anskaffelser.

Departementet ser at særlig sanksjonen «uten virkning» kan være mer inngripende for oppdragsgiver enn et overtredelsesgebyr. Departementet finner imidlertid ikke at dette er et viktig argument for å fastsette en kortere søksmålsfrist. Oppdragsgiver vil med de nye reglene få mulighet til å foreta en såkalt intensjonskunngjøring før kontraktsinngåelse. Oppdragsgiver vil også selv kunne påvirke hvilken søksmålsfrist som skal gjelde.

SØKSMÅLSFRISTER UNDERVEIS I ANSKAFFELSESPROSESSEN

Departementet går ikke inn for å innføre generelle preklusive frister for øvrige søksmål. Slike preklusive frister vil i seg selv kunne virke prosessdrirende.

Departementet er videre enig med utvalget som påpeker at hele anskaffelsesprosessen må sees i sammenheng.

Utvalgets mindretall og flere høringsinstanser har fremhevet argumentet om at like tilfeller skal behandles likt, og at leverandører ikke vil kunne vite om de er avvist på riktig eller galt grunnlag før det endelige resultatet av konkurransen foreligger. Dette synspunktet er departementet i utgangspunktet uenig i: I prinsippet spiller det endelige resultatet av konkurransen ikke noen rolle for den avviste leverandøren. Denne leverandøren blir verken mer eller mindre kvalifisert senere i prosessen.

Departementet finner det særlig hensiktsmessig at det er oppdragsgiver selv som kan vurdere om en frist for å begjære midlertidig forføyning er hensiktsmessig i den konkrete anskaffelsen.

Departementet viser til forslag til ny § 9 fjerde ledd.

KLAGEPROSCESS

Departementet er enig med utvalget i at reglene i tvisteloven § 5-2 vil være tilstrekkelige, og foreslår derfor ikke å innføre en plikt for leverandører til først å underrette oppdragsgiver før sak kan reises for domstolene. Departementet foreslår heller ikke å innføre en plikt for leverandører til først å klage til oppdragsgiver før sak kan reises.

SÆRLIG OM FORSYNINGSSEKTORENE

Det nye håndhevelsesdirektivet innfører endringer for forsyningssektorene som i hovedsak er identiske med endringene for klassisk sektor. Dette innebærer bl.a. at det skal innføres regler om karenperiode, suspensjon, sanksjonen «uten virkning» og alternative sanksjoner også for forsyningssektorene. Tilsvarende åpnes det for at det kan fastsettes søksmålsfrister og gis bestemmelser om at en leverandør først må ha underrettet eller klaget til oppdragsgiver, innen sak kan reises.

Det er utvalgets vurdering at det er like viktig å hindre brudd på anskaffelsesreglene i forsyningssektorene som i klassisk sektor, og at formålene bak håndhevelsesreglene i de to sektorene må antas å være de samme. Dette tilsier at håndhevelsesreglene i forsyningssektorene og i klassisk sektor bør være like, i den utstrekning særlige forhold ikke gjør seg gjeldende for forsyningssektorene.

KOFA og OED tiltrer uttrykkelig utvalgets vurderinger for forsyningssektorene, og Fagforbundet støtter «minimumsløsninger» for forsyningssektorene. Flere høringsinstanser uttrykker imidlertid bekymring over at det skal innføres nye regler om suspensjon for forsyningssektoren.

Departementet er enig med utvalget i at det bør være like håndhevelsesregler for forsyningssektorene og klassisk sektor, i den utstrekning særlige forhold ikke gjør seg gjeldende. Når det gjelder utformingen av bestemmelser om suspensjon, sanksjoner og søksmålsfrister ser departementet ikke at det foreligger slike særlige forhold.

Departementet er også enig i at de nye reglene om suspensjon innebærer at det er mest hensiktsmessig å oppheve bestemmelsen om mulkt i lov om offentlige anskaffelser § 8 annet ledd, og i stedet gi retten adgang til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning også for forsyningssektorene.

Det kan gi uheldige konsekvenser dersom anskaffelser i forsyningssektorene stoppes. At nye regler om suspensjon og midlertidig forføyning må innføres også for forsyningssektorene er imidlertid en konsekvens av det nye håndhevelsesdirektivet. Det må i den forbindelse understrekes at domstolene i en vurdering av om det faktisk skal gis midlertidig forføyning uansett må ta hensyn til slike konsekvenser.

1.6 Håndhevelsessystemet

EU/EØS-retten oppstiller noen grunnleggende krav til kompetansen til klageorganet/ene og til prosedyren for klagebehandling. Bl.a. gjelder det et generelt grunnleggende prinsipp om ekvivalens med nasjonal rett, som innebærer at håndhevelsen av EU/EØS-regler ikke må være mer byrdefull enn håndhevelsen av tilsvarende nasjonale regler. Kravene er i det vesentlige de samme etter endringene som følger av det nye håndhevelsesdirektivet.

Det er ikke krav om at alle sanksjonene/beføyelsene som er aktuelle på anskaffelsesområdet må kunne utøves av samme organ.

Utvalgets forslag

Utvalget er delt i synet på hvordan håndhevelsessystemet for klager i saker om offentlige anskaffelser bør organiseres i fremtiden.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, mener at håndhevelsen fortsatt bør bygge på en domstolsmodell, kombinert med fortsatt rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at alle beføyelsene og sanksjonene som følger av det nye håndhevelsesdirektivet legges til domstolene. KOFA skal ikke lenger ha kompetanse til å ilegge

overtredelsesgebyr, og blir igjen et rent rådgivende organ.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnnes, foreslår å omdanne dagens KOFA til et administrativt klageorgan med bindende vedtakskompetanse i første instans. Kompetansen til å idømme erstatning skal likevel fortsatt ligge hos domstolene.

Høringsinstansenes syn

Mange høringsinstanser kommenterer forslaget til håndhevelsesmodell. 54 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder KOFA og Regjeringsadvokaten, støtter forslaget fra flertallet, og ønsker at sanksjonene som følger av håndhevelsesdirektivet fortsatt skal håndheves av domstolene. 12 høringsinstanser på leverandørsiden, samt Difi, First Ventura AS, Namskogan kommune og UDI støtter forslaget fra mindretallet.

Flere høringsinstanser tar ikke definitivt stilling til valg av klageorgan, og ser at begge modeller har fordeler og ulemper. Noen av disse høringsinstansene anbefaler at nemndmodellen utredes nærmere før beslutningen treffes. Andre er opptatt av at klageorganet – uavhengig av modell – tilføres tilstrekkelig med ressurser til å sikre rask saksbehandling.

Nordland og Nord-Trøndelag Fylkeskommune støtter ingen av forslagene og foreslår en tilsynsmodell, der f.eks. Konkurransetilsynet fører tilsyn med og håndhever anskaffelsesregelverket. Konkurransetilsynet selv peker på at en tilsynsmodell vil kunne bidra til å redusere enkelte av utfordringene dersom en velger domstolsmodellen.

Mange høringsinstanser som ønsker en domstolsmodell begrunner sitt syn i hensynet til rettsikkerhet.

Departementets vurdering

Departementet foreslår at kompetansen til å ilegge samtlige beføyelser etter håndhevelsesdirektivet legges til domstolene, og at overtredelsesgebyret i KOFA faller bort som sanksjon, slik at KOFA igjen blir et rent rådgivende organ. Begrunnelsen er at departementet mener at KOFA har fungert godt som et konfliktløsende, lett tilgjengelig og relativt effektivt lavterskeltilbud, og at det bør legges til rette for at et slikt organ fortsatt kan eksistere. Departementet mener dette best lar seg gjøre ved at de formelle sanksjoner og beføyelser på anskaffelsesfeltet fortsatt legges til domstolene.

Utvalgets mindretall og en rekke høringsinstanser gir uttrykk for at videreutviklingen av et effektivt og tilgjengelig lavterskeltilbud best ivaretas ved å omdanne KOFA til et bindende vedtaksorgan. Departementet mener at disse høringsinstansene undervurderer hvilken betydning de endringene som nødvendigvis må gjøres når det gjelder KOFA saksbehand-

ling og prosedyrer – bl.a. av hensyn til rettssikkerheten – vil få for hvordan KOFA vil fungere som beslutningsorgan. Åpnes det opp for muntlig forhandling mv., vil KOFA langt på vei bli et domstollignende organ, med tilnærmet den samme terskelen for å ta saken dit som for de ordinære domstolene.

Etter departementets oppfatning legger heller ikke tilhengerne av nemndmodellen nok vekt på at KOFA i dag har myndighet til å avvise saker, bl.a. når de er «uhensiktsmessige» for behandling i klagenemnda. Dersom KOFA omdannes til å bli et klageorgan med formell myndighet, kan nemnda ikke lenger avvise slike saker. For å legge til rette for behandling av alle typer saker i KOFA vil sakene måtte gis en mer omstendelig og mer kostbar behandling, noe som vil få følger for saksbehandlingstiden og effektiviteten i KOFA.

Videre vil sanksjonen «uten virkning» få betydning også for oppdragsgivers medkontrahent (den leverandør som fikk kontrakten det klages på). Departementet mener at også dette vil stille nye krav til saksbehandlingsformen i klageorganet, og mener at domstolene er best egnet til å ivareta disse utfordringene.

Det er på det rene at en domstolsmodell kan føre til en høyere terskel for å bringe saker inn for håndhevelsesorganet. Departementet mener at dette til en viss grad er ønskelig. Når håndhevelsesdirektivet innfører mer inngripende sanksjoner, bør det tilsvarende være en noe høyere terskel for å klage inn en sak. Videre er det grunn til å tro at de strengere sanksjonene i seg selv vil virke preventive mot regelbrudd, og dermed veie opp virkningen av at terskelen for å gå i gang med en klageprosess blir noe høyere. Det vises også til den nye adgangen til å foreta såkalt intensjonskunngjøring.

Departementet ser at et tilsyn med kompetanse til å overvåke anskaffelsesområdet og muligheten til å ta ut søksmål ved brudd på regelverket, kunne ha avhjulpet en situasjon der de private partene har begrensede incitamentet til å klage eller terskelen for å reise sak ved domstolene oppleves som høy. Opprettelse av et mulig tilsynsorgan på anskaffelsesområdet reiser imidlertid en rekke spørsmål, både av prinsipiell og praktisk art. Departementet mener at det er hensiktsmessig å følge utviklingen en tid, for å se om de nye sanksjonene får de ønskede konsekvensene for etterlevelsen av regelverket. Departementet vil eventuelt på et senere tidspunkt vurdere behovet for et tilsynsorgan eller å gi et offentlig organ, for eksempel Konkurransetilsynet, kompetanse til å bringe saker om brudd på reglene inn for domstolene.

1.7 Andre konsekvenser for anskaffelsesregelverket

I tillegg til de forholdene som direkte reguleres av det nye håndhevelsesdirektivet, blir også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte berørt av direktivet. På denne bakgrunn fremmer departementet forslag til enkelte regelendringer som fremstår som hensiktsmessige, for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk.

Begrunnelsesplikten

DIREKTIVETS KRAV

Det følger av bestemmelsen om karenperiode i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 at oppdragsgivers meddelelse om tildeling av kontrakt skal inneholde en begrunnelse. Denne begrunnelsen skal oppfylle kravene til den nærmere begrunnelsen etter anskaffelsesdirektivet artikkel 41. Oppdragsgiver skal etter håndhevelsesdirektivets regler automatisk, og ikke lenger bare på anmodning, gi en begrunnelse. Kravene til begrunnelse på direktivnivå skjerpes. Også oppdragsgivers meddelelse om inngåelse av kontrakt etter artikkel 2f skal inneholde en slik begrunnelse. Denne meddelelsen fører til at søksmålsfristen for krav om sanksjoner forkortes til 30 dager. Det er redegjort nærmere for kravene til begrunnelse etter håndhevelsesdirektivet i NOU 2010:2, kapittel 13.2.4.

UTVALGETS FORSLAG

Utvalget påpeker at norske regler om begrunnelse må tilpasses de nye kravene etter håndhevelsesdirektivet. Utvalget ser ikke noen reell grunn til å stille forskjellige krav til begrunnelse i de forskjellige sektorene, og foreslår på denne bakgrunn at reglene i klassisk offentlig sektor og forsyningssektorene harmoniseres. Begrunnelsesplikten skal fortsatt reguleres i forskrift.

Når det gjelder kravene til innhold, er utvalget delt i to: Utvalgets flertall ønsker å endre reglene om begrunnelse, slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse. Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, ønsker å opprettholde dagens system med to begrunnelser – en som skal gis automatisk og en som skal gis etter anmodning.

HØRINGSINSTANSENS SYN

Reglene om begrunnelse engasjerer mange høringsinstanser. 56 høringsinstanser støtter forslaget fra utvalgets flertall om at oppdragsgiver utelukkende skal pålegges å gi én begrunnelse.

13 høringsinstanser på leverandørsiden, samt Advokatfirmaet G-partner, Advokatfirmaet Schjødt, Fagforbundet, Firstventura AS, KOFA-medlem Kai Krüger, Olje- og energidepartementet, Oslo universi-

tetssykehus, Petroleumstilsynet og UDI, støtter mindretallet i at dagens system med to begrunnelser bør videreføres. Mange av disse høringsinstansene mener at begrunnelsesplikten er en av hjørnesteinene i anskaffelsesregelverket, og det vises til at denne plikten ivaretar mange forskjellige hensyn. For det første er det hensynet til gjennomsiktighet. For det andre sikrer en utdypende begrunnelse i henhold til konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriene at tildelingsbeslutningen er forsvarlig fundert. For det tredje vil en manglende individuell begrunnelse kunne føre til unødvendige og ressurskrevende klageprosesser. For det fjerde fremheves det at også leverandørutviklingsperspektivet er viktig.

Flere høringsinstanser er uenige med flertallet i at det er ressurskrevende for oppdragsgivere å utarbeide individuelle begrunnelser, samtidig som plikten vil ha en oppdragende effekt.

DEPARTEMENTETS VURDERING

Departementet er enig med utvalget i at det bør innføres like regler om begrunnelse i klassisk sektor og forsyningssektorene, og foreslår derfor en endring i lov om offentlige anskaffelser § 11.

De nærmere regler om begrunnelse vil bli gitt i forskrift. Departementet vil foreslå nye regler om begrunnelse, slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse. Den nye begrunnelsen skal da gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Dette er for å sikre at leverandører får det fulle grunnlaget for å vurdere om det er grunn til å klage innen utløpet av karenperioden – det vil si på et tidspunkt der det fortsatt er mulig å forhindre kontraktsinngåelsen.

En modell med bare én begrunnelse vil være best i samsvar med systematikken i det nye håndhevelsesdirektivet. Fortsetter man derimot med en modell med to begrunnelser – en som skal gis automatisk, og en som skal gis på anmodning – samtidig som det innføres krav til karen på 10/15 dager, vil en stå overfor de samme problemstillingene som etter reglene i gjeldende anskaffelsesdirektiv. Leverandører vil ofte først få det fulle grunnlaget for å vurdere om det skal klages etter at karenperioden har utløpt. Dette ville være svært uheldig, og det er nettopp slike problemstillinger håndhevelsesdirektivet søker å motvirke.

Departementet er opptatt av at den ene begrunnelsen som gis, skal være god og dekkende. Begrunnelsen må således sette leverandørene i stand til, på et objektivt grunnlag, å vurdere om den konkrete anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket, og følgelig om det er grunnlag for å klage.

Der en leverandør mener at kravene til begrunnelse ikke er oppfylt, og oppdragsgiver ikke er enig i

dette, har leverandøren mulighet til å begjære midlertidig forføyning. Forføyningen skal da ha virkning frem til oppdragsgiver har gitt en tilstrekkelig begrunnelse og overholdt karenperioden. Departementet finner ikke at leverandører i forbindelse med en konkret anskaffelse skal ha et rettskrav på leverandørutvikling, der manglende oppfyllelse fører til sanksjoner, men at det heller legges til rette for leverandørutvikling på andre måter.

Lovlighetskontroll etter kommuneloven

Utvalget mener at lovlighetskontrollen bør sees i sammenheng med håndhevelsesystemet for øvrig, og ber lovgiver vurdere å innføre et unntak fra lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 for saker som gjelder offentlige anskaffelser.

Departementet er enig med utvalget i at det er en rekke betenkelige sider ved å foreta lovlighetskontroll med overholdelsen av regelverket om offentlige anskaffelser.

Bestemmelsene om lovlighetskontroll er problematiske i forhold til de nye bestemmelsene om at visse kontrakter skal kjennes uten virkning. Ifølge håndhevelsesdirektivet er det utelukkende håndhevelsesorganet som skal kjenne en kontrakt uten virkning.

Mangelen på rettssikkerhet ved denne type avgjørelser er betenkelig. Sakene er ofte meget kompliserte og krever omfattende utredninger av både faktum og jus. Særlig for fylkesmennene som ikke har spesialkunnskap om regelverket om offentlige anskaffelser, kan det være vanskelig å treffe en slik avgjørelse.

Erstatningsrettslige problemstillinger

De erstatningsrettslige problemstillingene som gjennomføring av direktivet vil kunne aktualisere, vil variere avhengig av de faktiske forholdene i den enkelte sak. Departementet foreslår at det ikke fastsettes noen overordnede retningslinjer for denne vurderingen. Å overlate den nærmere utvikling av erstatningsretten til domstolene er for øvrig i tråd med tradisjonen i norsk rett. I samsvar med utvalgets forslag foreslår derfor departementet at utviklingen og konkretiseringen av erstatningsretten på dette området overlates til domstolene.

Offentlighet for tilbud

Etter den nye offentlighetsloven er tilbud og protokoller offentlige, men det kan gjøres unntak fra innsyn i disse frem til valget av leverandør er gjort, jf. § 23 tredje ledd. Tilbud og protokoller er således offentlige etter dette tidspunktet, og vil dermed som utgangspunkt være offentlige i karenperioden.

Utvalget er prinsipielt enig i de hensyn som ligger bak den nye bestemmelsen om innsyn i tilbud inngitt i konkurranser etter anskaffelsesregelverket. Utvalget mener imidlertid at offentlighet om tilbud før karenstidens utløp er problematisk. De nye reglene om karenstid, i kombinasjon med kravet til begrunnelse, skal sikre at leverandørene får tilstrekkelig med tid og kunnskap til å vurdere om de ønsker å angripe oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Utvalget mener at leverandørenes behov for innsyn i prosessen før kontraktstildeling er sikret gjennom disse reglene.

65 høringsinstanser har uttalt seg om dette spørsmålet. 56 høringsinstanser (52 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder KOFA og Konkurransetilsynet, samt Firstventura AS, HSH, KS og NHO) støtter utvalgets forslag. De fleste av disse høringsinstansene fremhever at det er særlig uheldig at leverandørene får innsyn i hverandres tilbud i situasjoner der det etterpå skjer en avslutning og iverksettes ny konkurranse. Samtidig uttaler en rekke av dem at andre regler som begrunnelsesplikten og regler om karenstid, samt rett til innsyn i anskaffelsesprotokoll, er tilstrekkelig for å sikre at prosessen er etterprøvable.

Formålet bak offentlighetsloven § 23 tredje ledd er å sikre gjennomsiktighet i forvaltningens saksbehandling. En slik gjennomsiktighet vil bl.a. sikre at reglene om offentlige anskaffelser anvendes i tråd med de intensjoner som reglene bygger på, og kan bidra til å forhindre alvorlige forhold som korrupsjon o.l.

Samtidig har departementet stor forståelse for den bekymring som er uttrykt av utvalget og de fleste høringsinstansene. Det kan få uheldige konsekvenser dersom leverandørene får innsyn i hverandres tilbud før endelig kontrakt er inngått. Leverandørene kan da tilpasse seg hverandres tidligere tilbud dersom konkurransen avlyses før kontrakt er inngått og kontrakten må lyses ut på nytt.

Departementet har innhentet en tolkningsuttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 20. januar 2011 for å undersøke nærmere hvorvidt noen av de utfordringer som utvalget og høringsinstansene har beskrevet, kan løses innenfor dagens regelverk. Departementet vurderer situasjonen slik at offentlighetsloven inneholder unntak som langt på vei kan benyttes for å løse de utfordringer som utvalget og høringsinstansene har beskrevet. På denne bakgrunn vil ikke departementet foreslå endringer i offentlighetsloven på nåværende tidspunkt.

1.8 Noen spørsmål i utvalgets forslag til endringer på forskriftsnivå

Håndhevelsesutvalget foreslår i NOU 2010:2 en rekke endringer og nye regler på forskriftsnivå. For-

slagene har vært forelagt høringsinstansene. Selv om de ikke berører forslaget til lovendringer, er flere av temaene sentrale for utformingen av regelverket. Spørsmålene har derfor vært gjenstand for bred omtale av høringsinstansene. På denne bakgrunn – og for å gi et mer fullstendig bilde av regelverksarbeidet – gis det i proposisjonen en omtale av utvalgets forslag til nye regler om karenstid, vedståelsesfrist og dekningskjøp, som utelukkende skal reguleres i forskrift.

Nye regler om karenstid

Departementet er enig med flertallet i utvalget at det bør innføres en fast karenstid på minimum 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsform, for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Det er departementets vurdering at 10 dager i langt de fleste tilfeller vil være tilstrekkelig for leverandørene til å vurdere om det er grunnlag for å klage og/eller begjære midlertidig forføyning.

Departementet er enig med flertallet i at dagens regel om «rimelig tid» bør videreføres i anskaffelsesforskriften del II. Dette sikrer etter departementets vurdering effektivitet og fleksibilitet. Departementet ser også at dette er i tråd med systematikken i forskriften for øvrig, der det generelt i forskriftens del III anvendes absolutte frister, mot relative frister i del II.

Departementet anbefaler i tråd med utvalget og høringsinstansene at samtlige mulige unntak fra kravet om karenstid innføres, både i anskaffelsesforskriften del II og III og forsyningsforskriften del II.

På bakgrunn av høringsinnspillene foreslås det å videreføre dagens regel om skjæringstidspunktet for kontraktsinngåelse.

Det innebærer at kontrakt anses inngått når begge parter har signert kontrakten. Det legges da særlig vekt på at dagens regel er godt innarbeidet og har fungert bra i praksis.

Nye regler om vedståelsesfrist

Det nye håndhevelsesdirektivet regulerer ikke spørsmålet om vedståelsesfristen.

De nye reglene om karenstid, og særlig reglene om suspensjon, øker risikoen for at innkjøpsprosessen tar lengre tid enn det som det var tatt høyde for ved fastsettelsen av vedståelsesfristen. På denne bakgrunn foreslår utvalget for det første å forskriftsfeste KOFA praksis, som gir adgang til å forespørre leverandører om å forlenge vedståelsesfristen før fristens utløp. For det andre foreslår utvalget å åpne for at oppdragsgivere også etter utløpet av vedståelsesfristen skal kunne forespørre berørte leverandører om de fortsatt ønsker å fastholde tilbudene.

Det er bred tilslutning til forslagene om at oppdragsgiver skal kunne forespørre leverandører både om å forlenge vedståelsesfristen før denne har løpt ut og om å fastholde tilbudet også etter at fristen har løpt ut.

Departementet støtter utvalgets forslag om å forskriftsfeste at oppdragsgiver har adgang til å forespørre berørte leverandører om å forlenge vedståelsesfristen innen dennes utløp og om å fastholde sitt tilbud etter vedståelsesfristens utløp.

Når det gjelder forlengelse av vedståelsesfristen før denne har utløpt, ser departementet dette som helt kurant. Dette vil bare være en kodifisering av dagens praksis. Når det gjelder forespørsel om fastholdelse av tilbud etter fristens utløp, ser departementet at dette ikke er uproblematisk. Adgangen til å «gjenopplive» tilbud må derfor ikke bli en sovepute for oppdragsgivere.

Nye regler om dekningskjøp

Utvalget foreslår å innføre regler som gir oppdragsgiver adgang til å foreta dekningskjøp. Følgende betingelser må imidlertid være oppfylt for at dekningskjøp skal være mulig:

- Det er ikke mulig å overholde fristene som gjelder for hasteprosedyren.
- Dekningskjøp er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning.
- Oppdragsgiver kan bare inngå midlertidige dekningskjøp begrenset til den perioden det tar å gjennomføre en ny konkurranse i samsvar med anskaffelsesregelverket.

Utvalget anbefaler at reglene om dekningskjøp innføres både i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Bestemmelsen vil ikke være relevant for anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften del II, idet slike kontrakter ikke kan kjennes uten virkning.

Det er bred tilslutning til utvalgets forslag om å innføre regler om adgang til å foreta midlertidig dekningskjøp i tilfelle av at en kontrakt er kjent uten virkning.

Departementet støtter utvalgets forslag om å forskriftsfeste en adgang til å foreta dekningskjøp der kontrakten har blitt kjent uten virkning.

Departementet deler til en viss grad bekymringen ved bruk av dekningskjøp som noen høringsinstanser gir uttrykk for. Adgangen til å foreta dekningskjøp vil imidlertid være en svært praktisk regel, da oppdragsgivere i noen situasjoner ikke kan unnlate å foreta en anskaffelse. Alternativet ville da være, dersom det ikke finnes en slik bestemmelse, at oppdragsgivere tvinges inn i (en ny) ulovlig direkte anskaffelse.

Adgangen er således begrenset til tilfeller der det er helt nødvendig å foreta en anskaffelse, og dette ikke lar seg gjøre innenfor forskriftens alminnelige frister. Disse begrensningene er i tråd med utvalgets forslag.

1.9 Økonomiske og administrative konsekvenser

Generelt

Departementet legger til grunn at de foreslåtte endringene vil føre til færre brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, og gjennom dette bidra positivt til oppnåelsen av de mål som anskaffelsesregelverket skal fremme. Endringene gir styrket mulighet til å gripe inn og få rettet feil som er gjort underveis i prosessen, og til at dette kan skje på et tidligere tidspunkt. Endringsforslagene vil videre gi den gevinst at leverandører av varer og tjenester til det offentlige får større forutberegnelighet i form av økt mulighet til å få håndhevet sine rettigheter.

Samtidig innebærer endringsforslagene kostnader. Større aktsomhet vil kreve økte ressurser. Gjennomføring av de nye reglene kan føre til at anskaffelsen tar noe lengre tid. Endringene kan derfor gi både oppdragsgiver og leverandører økte transaksjonskostnader knyttet til å gjennomføre en anskaffelse. Videre vil gjennomføring av de nye sanksjonene kreve ressurser både for oppdragsgivere, leverandører og domstolsapparatet. Det er også mulighet for at endringsforslagene i noen tilfeller vil kunne føre til at en anskaffelse ikke gjennomføres av frykt for å gjøre feil, og man i stedet velger andre løsninger. Der anskaffelsen ellers ville vært en god og effektiv måte å løse en oppgave på, er dette en mulig negativ konsekvens av endringsforslagene.

Konsekvenser knyttet til de enkelte bestemmelsene

SUSPENSJON VED BEGJÆRING OM MIDLERTIDIG FORFØYNING

Det kan diskuteres hvor store konsekvenser nye regler om suspensjon vil få for oppdragsgivere og leverandører. Det er allerede i dag adgang til å begjære midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesreglene. Det som er nytt, er at denne begjæring i seg selv skal ha oppsettende virkning.

Bestemmelsene om suspensjon får administrative konsekvenser for håndhevelsesorganet/domstolene, ettersom organet plikter å varsle saksøkte (oppdragsgiver) om begjæringen og suspensjonsvirkningen. For at det skal være klart for oppdragsgiver at adgangen til å inngå kontrakt er suspendert når den midlertidige forføyningen er forkynt, må det gå klart frem av forkynnelsen. Dette vil kreve endringer i malbiblioteket i domstolenes saksbehandlingssystem, Lovisa, og det kan heller ikke utelukkes at det

krever endringer i domstolenes arbeidsprosedyrer knyttet til forkynnelse.

Bestemmelsen om suspensjon skal også gjelde for forsyningssektorene. Dette innebærer at domstolenes adgang til å fastsette mulkt oppheves, og at det i stedet skal gis adgang til å treffe avgjørelser om midlertidig forføyning og sette til side ulovlige beslutninger også for forsyningssektorene. At anskaffelser i forsyningssektorene stanses kan gi uheldige konsekvenser, siden det her kan være tale om store og omfattende anskaffelser. Endringen er imidlertid en nødvendig konsekvens av det nye direktivet. Nye regler om suspensjon antas ikke å få konsekvenser av betydning for KOFAs saksbehandling.

SANKSJONER MOT ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER MV.

Når det oppstår en tvist som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner, vil oppdragsgiver få kostnader forbundet med å ivareta sine interesser i saken. Dersom en kontrakt faktisk kjennes uten virkning eller avkortes, vil dette videre være svært inngripende for oppdragsgiver, og særlig sanksjonen «uten virkning» vil kunne føre til uheldige leveransebrudd. Oppdragsgivere vil likevel i noen grad kunne avhjelpe uheldige konsekvenser som følge av dette, ved å foreta midlertidig dekningskjøp. Departementet ønsker i denne forbindelse også å understreke at oppdragsgivere med de nye reglene har visse muligheter for å unngå eller begrense risikoen for å bli ilagt sanksjoner.

De nye sanksjonene vil også få konsekvenser for oppdragsgivers medkontrahent, som risikerer at den inngåtte kontrakten kjennes uten virkning eller avkortes. Oppdragsgivers medkontrahent vil således kunne ha et berettiget behov for å fremme egne synspunkter og interesser i denne type søksmål, hvilket vil være forbundet med visse direkte kostnader.

Det vil også være forbundet direkte kostnader for den leverandøren som ønsker å føre en sak som går ut på at oppdragsgiver skal ilegges sanksjoner. Når det gjelder konsekvenser for denne leverandøren og øvrige leverandører, vil sanksjonen «uten virkning» og avkortning av kontrakt imidlertid i noen grad kunne føre til at konkurransen gjenopprettes.

Denne type søksmål, som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner, stiller også krav til domstolenes saksbehandling.

BEGRUNNELSESPLIKTEN

Det åpnes i lovforslaget for at departementet kan fastsette forskriftsbestemmelser om begrunnelser også for forsyningssektorene som går lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organi-

sasjoner. Dette vil i noen grad kunne føre til at begrunnelsesplikten skjerpes for oppdragsgivere i forsyningssektorene.

Utvalgets forslag til endringer på forskriftsnivå innebærer at oppdragsgivere bare skal gi én begrunnelse. For leverandørene innebærer det umiddelbart en svekkelse i retten til begrunnelse når de ikke lenger vil ha et rettskrav på en slik nærmere begrunnelse. Det bemerkes imidlertid at den ene begrunnelsen som leverandøren har krav på, skal være god og dekkende.

VALG AV KLAGEORGAN

Det foreslås at domstolene fortsatt skal behandle saker etter anskaffelsesregelverket, og at KOFA ikke lenger skal kunne ilegge overtredelsesgebyr, men igjen bli et rent rådgivende organ. Dette forslaget får således noen konsekvenser for domstolenes og KOFAs oppgaver.

For KOFA vil fjerningen av gebyrsakene kunne føre til en viss nedgang i saksmengden. Antallet gebyrsaker er imidlertid lavt i forhold til ordinære saker. Størstedelen av KOFAs oppgaver vil videreføres uforandret. Det kan imidlertid tenkes at det uansett vil skje en viss nedgang i KOFAs samlede ressursbehov, ettersom KOFA i dag bruker relativt mer tid på gebyrsakene enn på ordinære saker. For domstolsapparatet innebærer endringene at domstolene som beskrevet ovenfor må innføre og forholde seg til enkelte nye rutiner og mulige sanksjoner på området for offentlige anskaffelser. Endringene vil kreve noe ekstra ressurser i innføringsfasen. For oppdragsgivere og leverandører vil forslaget ikke føre til endringer, med unntak av håndhevelsen av de ulovlig direkte anskaffelsene. Fjerning av KOFAs overtredelsesgebyr betyr at den som vil at det ilegges formelle sanksjoner for ulovlig direkte anskaffelser, må fremme saken overfor domstolene. Dette kan gi en noe høyere terskel for å bringe sakene inn for prøving. Både for oppdragsgivere og leverandører vil det være høyere kostnader forbundet med å føre sin sak for en domstol enn for KOFA.

2. Komiteens merknader

Komiteen, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Else-May Botten, Lillian Hansen, Arne L. Haugen, Ingrid Heggø og lederen Terje Aasland, fra Fremskrittspartiet, Per Roar Bredvold, Harald T. Nesvik og Torgeir Trældal, fra Høyre, Frank Bakke-Jensen, Svein Flåtten og Elisabeth Røbekk Nørve, fra Sosialistisk Venstreparti, Alf Egil Holmelid, fra Senterpartiet, Irene Lange Nordahl, og fra Kristelig Folkeparti,

Rigmor Andersen Eide, viser til regjeringens forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven i forbindelse med gjennomføring av EUs direktiv 2007/66/EF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter (nytt håndhevelsesdirektiv) i norsk rett, Prop. 12 L (2011–2012).

Komiteen viser til at offentlig sektor kjøper inn varer og tjenester for nesten 400 mrd. kroner årlig. Det er viktig at regelverket for offentlige anskaffelser bidrar til å sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive og samfunns-tjenlige innkjøp, og at offentlig sektor gjennom sine innkjøp bidrar til å utvikle et konkurransedyktig næringsliv.

Komiteen viser videre til betydningen av et tydelig regelverk og at man sikrer god håndhevelse av regelverket. Gode regler og et godt håndhevelses-system er imidlertid ikke nok for å få til vellykkede og gode anskaffelser, noe som også understrekes i St.meld. nr. 36 (2008–2009) Det gode innkjøp, om at innkjøpsfaglig kompetanse, økt lederforankring og bedre organisering er viktig.

Komiteen har merket seg at formålet med EUs håndhevelsesdirektiv er økt etterlevelse av anskaffelsesreglene, blant annet ved å gi leverandørene bedre inngrepsmuligheter før offentlige kontrakter inngås. Komiteen merker seg videre at de nye reglene spesielt har fokus på håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser. Komiteen støtter dette, og ser det som viktig at man gjør det lettere for leverandører som ikke har nådd opp i konkurransen å sikre sine rettigheter. Komiteen ser det også som viktig at reglene bekjemper grove brudd på regelverket. Dette gjelder særlig brudd på kravet til åpne konkurranser om offentlige anskaffelser.

Komiteen er kjent med at et offentlig utvalg har utredet hvordan direktivet bør gjennomføres i norsk rett, jf. NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, med forslag til endringer i reglene om offentlige anskaffelser.

Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet, støtter forslaget i Prop. 12 L (2011–2012) om at en domstol skal kunne annullere kontrakter som inngås i strid med regelverket. Dersom prosessen har kommet så langt at en annullering av kontrakten vil ha vesentlige samfunnsmessige konsekvenser, kan kontrakten avkortet i tillegg til at oppdragsgiver kan ilegges bøter.

Flertallet merker seg at utvalget har vært delt i synet på hvilket organ som skal ha kompetanse til å ilegge slike sanksjoner, men at et klart flertall i utvalget mener domstolene er best egnet til å behandle så

inngrepene sanksjoner som det nye regelverket tilsier. Flertallet støtter dette.

Flertallet er kjent med at KOFA i dag har adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser. På grunn av det nye sanksjonssystemet som innføres med håndhevelsesdirektivet, der hovedregelen blir at kontrakter skal kjøpes uten virkning, er det regjeringens syn at det ikke lenger vil være mulig å bevare KOFA's adgang til å ilegge overtredelsesgebyr. Dersom KOFA fortsatt skal kunne ilegge overtredelsesgebyr vil det kunne innebære at en oppdragsgiver vil kunne bli møtt med både et overtredelsesgebyr fra KOFA og at kontrakten kjøpes uten virkning av domstolene, for et og samme forhold. Dette vil kunne være problematisk i forholdet til forbudet mot dobbeltstraff i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK). Flertallet støtter derfor at KOFA's adgang til å ilegge overtredelsesgebyr oppheves, som en nødvendig konsekvens av det nye sanksjonssystemet.

Flertallet merker seg videre at KOFA fortsatt skal ha en rådgivende funksjon.

Flertallet er kjent med at etter dagens regler skal oppdragsgiver gi to begrunnelser i forbindelse med tildeling av kontrakt. Først én som skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandørene kan vurdere om oppdragsgivers valg er saklig og forsvarlig, og deretter en nærmere begrunnelse etter anmodning. Flertallet har merket seg at regjeringen foreslår å endre begrunnelsesplikten slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse, noe som er i samsvar med forslaget fra utvalgets flertall. Denne begrunnelsen skal gis automatisk, sammen med oppdragsgivers meddelelse om hvem som skal få tildelt kontrakten. På denne måten vil leverandøren med én gang få det fulle grunnlaget for å vurdere om anskaffelsesprosessen har gått rett for seg, eller om det er grunnlag for å klage.

Flertallet støtter dette, men understreker betydningen av at den ene begrunnelsen som gis skal være god og dekkende. Flertallet viser i denne forbindelse til at kravet til begrunnelse fyller en svært viktig rolle i anskaffelsesretten. Skal målet om effektiv håndhevelse nås, er det nødvendig at leverandørene får en tilstrekkelig begrunnelse. Flertallet understreker betydningen av at leverandørene ikke bare får kjennskap til hvem som har vunnet, men også får en beskrivelse av det vinnende tilbudets egenskaper og fordeler i relasjon til hvert enkelt tildelingskriterium. Kravene til denne ene begrunnelsen vil dermed bli større enn hva som gjelder for dagens automatiske begrunnelse, noe flertallet støtter.

Komiteen har videre merket seg at de nye håndhevelsesreglene ikke innføres for anskaffelser som følger den alternative prosedyren i forsyningsforskriftens kapittel 14, som bl.a. olje- og gassindustrien er underlagt. Dette henger sammen med at de nye håndhevelsesbestemmelsene er knyttet opp til brudd på spesifikke prosedyrekrav som ikke gjelder for anskaffelser som er underlagt den alternative prosedyren. Eksempelvis gjøres heller ikke kravene om karens gjeldende for slike anskaffelser, ettersom det ikke gis spesifikke regler om meddelelser for anskaffelser som følger den alternative prosedyren. Reglene om suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt som følge av begjæring om midlertidig forføyning i karensperioden forutsetter at det er regler om karensperiode. Dette innebærer at det heller ikke vil inntre suspensjon ved klage om anskaffelser som følger den alternative prosedyren. Heller ikke bestemmelsene om sanksjoner vil være relevante for slike anskaffelser. Det vises i denne forbindelse til statsrådets brev til komiteen, datert 19. januar 2012 (vedlagt innstillingen).

Komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet, Høyre og Kristelig Folkeparti viser til at formålet med det nye direktivet er å forbedre effektiviteten av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket, bl.a. ved å sikre leverandører bedre inngrepsmuligheter før kontrakt inngås. Direktivet har også særlig fokus på håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, og det innføres nye sanksjoner for denne typen overtredelser. Dette innebærer at håndhevelsesorganet skal gis adgang til å kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Slike sanksjoner skal også gjelde ved visse andre grove brudd på regelverket.

Disse medlemmer har registrert at innføringen av de nye håndhevelsesreglene reiser en rekke problemstillinger, ikke bare på anskaffelsesområdet, men også vedrørende kontrakts- og erstatningsretten. Det at inngåtte kontrakter skal kjennes uten virkning bryter med alminnelig norsk kontraktsrett, og ordningen etablerer en særregulering på området for offentlige anskaffelser.

Disse medlemmer viser videre til at proposisjonen fremmer ikke bare forslag til gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler, men tar også stilling til hvordan det samlede norske håndhevelsessystemet best kan organiseres. Videre fremmes det forslag til endringer som ikke følger direkte av håndhevelsesdirektivet, men som er hensiktsmessige for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk.

Disse medlemmer registrerer at det i proposisjonen legges opp til å innføre like regler om begrunnelse i klassisk sektor og forsyningssektorene, og at det derfor foreslås en endring i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 11.

Disse medlemmer er imidlertid skeptisk til å innføre regler om at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi kun én begrunnelse som avgis samtidig med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Disse medlemmer er av den formening at dette vil bryte med lang og innarbeidet praksis samt svekke kravet til rettsikkerhet.

Disse medlemmer er av den formening at dagens ordning med individuell begrunnelsesplikt som gis på anmodning, må opprettholdes.

Disse medlemmer registrerer at det i proposisjonen foreslås at kompetansen til å ilegge samtlige beføyelser etter håndhevelsesdirektivet legges til domstolene, og at overtredelsesgebyret i KOFA faller bort som sanksjon, slik at KOFA igjen blir et rent rådgivende organ.

Disse medlemmer er skeptiske til denne omorganiseringen. Disse medlemmer frykter for det første for at overføring av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket fra KOFA til domstolene vil være med på å svekke den ensartete tolking og håndhevelse av anskaffelsesregelverket KOFA har ivare tatt siden anskaffelsesregelverket trådte i kraft. Overføring av håndhevelsen av regelverket til domstolen kan i ytterste konsekvens gi seg utslag i regionale forskjeller i tolking og praktisering. For det annet frykter disse medlemmer for at å overføre håndhevelsen av anskaffelsesregelverket til domstolene vil være med på å heve terskelen for å klage inn saker innenfor anskaffelsesfeltet. Dette vil i stor grad kunne ramme rettsikkerheten for små og mellomstore lokale næringsaktører som ikke har den samme tilgangen på juridiske og økonomiske ressurser som store nasjonale og internasjonale foretak, samt at de gjerne bærer en større økonomisk belastning da de i enkelte tilfeller muligens er helt avhengig av offentlige kontrakter for å kunne overleve da disse kontraktene utgjør en majoritetsandel av kundeporteføljen til den enkelte.

Disse medlemmer viser til dagens forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Disse medlemmer mener at et fremtidig tvisteløsningsorgan (KOFA) kan organiseres i tråd med det utkast til forskrift for «nye KOFA» som mindretallet i håndhevelsesutvalget fremmet i NOU 2010:2, under pkt. 21.6:

«Del 1 – Innledende bestemmelser

Kapittel 1 Formål

§ 1-1 *Formål*

Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være et organ som skal behandle klager om brudd på lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Nemnda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Gjennom håndhevelse av regelverket vil nemnda bidra til en forsvarlig forvaltning av fellesskapets midler, herunder å bidra til å forhindre korrupsjon eller korrupsjonslignende adferd.

Kapittel 2 Uavhengighet, kompetanse og deltakelse i klagebehandlingen

§ 2-1 *Uavhengighet*

Kongen kan ikke instruere klagenemnda eller sekretariatet om lovtolkning, skjønnsutøvelse, avgjørelse av enkeltsaker eller saksbehandlingen.

§ 2-2 *Oppdragsgivers plikt til å delta i klagebehandlingen*

Oppdragsgiver som er omfattet av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne, plikter å delta i klagebehandlingen etter denne forskrift. Oppdragsgiver skal inngi tilsvaret og for øvrig følge de instruksjoner som klagenemnda gir om saksbehandlingen.

§ 2-3 *Nemndas kompetanse*

Nemnda kan gi uttalelse i klagesaker om regelverket for offentlige anskaffelser og ta stilling til om regelverket er brutt. Uttalelsen skal være bindende for partene, med mindre saken ankes inn for domstolene.

Nemnda kan kjenne en kontrakt uten virkning, eller avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver overtredelsesgebyr på de vilkår som følger av forskrift om offentlige anskaffelser.

Nemnda kan, etter anmodning, beslutte at en klage skal ha oppsettende virkning. Under de vilkår som følger av § 6-1, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når det begjæres oppsettende virkning.

Sekretariatet tar beslutning om oppsettende virkning. Beslutningen kan klages inn til nemndas leder.

Dersom den skade eller ulempe innklagede blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse klageren har i kontraktsinngåelsen, kan klagen ikke tillegges oppsettende virkning. Sekretariatet kan på ethvert tidspunkt beslutte at suspensjonen skal opphøre.

Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans, kan klagen ikke tas til behandling.

Kapittel 3 Organisering

§ 3-1 *Klagenemnda*

Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. I særlige tilfeller kan det oppnevnes medlemmer for en kortere periode. Blant medlemmene oppnevner Kongen en leder. Medlem-

mene kan ikke avsettes eller suspenderes i perioden, med mindre det foreligger særlig grunn.

Klagenemndas medlemmer kan ikke føre saker for nemnda som prosessfullmektig eller medhjelper for leverandører eller oppdragsgivere.

§ 3-2 *Sekretariat*

Konkurransetilsynet utpeker sekretariatet for klagenemnda. Sekretariatet ledes av en sekretariatsleder. Sekretariatet skal utføre de oppgaver som fastsettes i denne forskrift, samt oppgaver som klagenemnda eller dets leder delegerer til sekretariatet.

Nemnda kan fastsette retningslinjer for sekretariatets lovtolkning og skjønnsutøvelse, men kan ikke instruere i avgjørelser av enkeltsaker eller saksbehandling.

Del 2 – Saksbehandling

Kapittel 4 Klagegjensstand og klageinteresse

§ 4-1 *Klagegjensstand*

Klage til klagenemnda må gjelde brudd på reglene etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

§ 4-2 *Klageinteresse*

Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning. Foreninger og organisasjoner anses å ha saklig klageinteresse i saker som ligger innenfor organisasjonenes formål og naturlige virkeområde.

For saker som gjelder ulovlige direkte anskaffelser, gjelder ikke krav om saklig interesse.

Kapittel 5 Utforming og mottak av klage

§ 5-1 *Formelle krav til klagen*

Klagen skal inneholde klagers og innklagedes navn og adresse. Klagen skal være skriftlig og angi de faktiske og rettslige forhold klagen bygger på. De relevante dokumentbevis må vedlegges.

§ 5-2 *Mottak av klagen*

Dersom de formelle krav til klagen ikke er oppfylt, skal sekretariatet avvise klagen. Dersom klagen ikke avvises, skal sekretariatet umiddelbart orientere innklagede om at det er kommet inn en klage og eventuelt om hans adgang til å inngå kontrakt er suspendert, jf. § 6-1. Dette skal fortrinnsvis skje per telefon samme dag. Kopi av klage skal sendes til innklagede uten ugrunnet opphold. Klager skal likeledes orienteres om at innklagede er meddelt klagen, uten ugrunnet opphold.

Kapittel 6 Suspensjon av kontraktsinngåelsen

§ 6-1 *Oppsettende virkning og suspensjon*

Sekretariatet tar beslutning om oppsettende virkning.

Ved klage til klagenemnda over oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når:

- a) klager ber om oppsettende virkning
- b) oppdragsgiver har fastsatt en karenperiode etter forskriftene om offentlige anskaffelser

- c) begjæringen er fremsatt innen utløpet av karenperioden.

Suspensjonen inntreffer når klagenemnda har orientert oppdragsgiver om klagen.

Suspensjonen løper inntil klagenemnda har tatt stilling til oppsettende virkning. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karenperioden.

Kapittel 7 Prøving av klagen og videre saksforberedelse

§ 7-1 Åpenbart grunnløse klager

Sekretariatet kan avvise en klage som den finner åpenbart ikke fører frem.

En beslutning om avvisning kan ankes til klagenemnda.

§ 7-2 Prosesskrifter

Innklagede skal gis en frist for skriftlig tilsvare, som ikke bør overstige 14 virkedager. I tilsvaret skal innklagede opplyse om det framsatte krav godtas eller bestrides, eller om det gjøres gjeldende innsigelser mot at klagenemnda behandler saken.

Etter at tilsvare er meddelt klageren, skal klageren gis en frist som ikke bør overstige 10 virkedager til å kommentere tilsvaret.

Det kan gis partene adgang til ytterligere kommentarer dersom saken ikke anses tilstrekkelig belyst. Deretter kan saken tas opp til avgjørelse. Det samme gjelder om innklagedes eller klagers kommentarer ikke har kommet innenfor de angitte frister.

§ 7-3 Saksstyring

Sekretariatet skal aktivt og planmessig styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling. Straks tilsvare er innlagt, skal sekretariatet legge en plan for den videre behandlingen etter drøfting med partene, og herunder fastsette frister og treffe nødvendige beslutninger.

Klagenemnda skal bidra til at partenes anførsler og påstander blir så klare som mulig, og kan oppfordre partene til å ta stilling til relevante, faktiske og rettslige spørsmål og til å tilby bevis.

Klagenemnda kan på ethvert trinn i saken ta initiativ til å bilegge tvisten uten formell klagebehandling. Dette gjelder likevel ikke der det kan bli aktuelt å ilegge særlige sanksjoner etter forskrift om offentlige anskaffelser.

§ 7-4 Plikt til å fremlegge bevis

For partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis, gjelder tvistelovens regler. Eventuelle pålegg om fremleggelse gis av sekretariatet. Pålegg kan påklages til klagenemndas leder i samsvar med reglene i forvaltningsloven § 14.

Kapittel 8 Avgjørelse av saken

§ 8-1 Sekretariatets avgjørelse av saken

Dersom saken ikke reiser tvil om faktiske og juridiske spørsmål, kan sekretariatet avgjøre saken. Avgjørelsen kan klages inn for nemndas leder. Se-

ekretariatet kan treffe avgjørelser som kan avgjøres på skriftlig grunnlag og ikke er av prinsipiell karakter.

§ 8-2 Saksforberedelse for klagenemnda

Dersom saken ikke avgjøres av sekretariatet etter § 8-1, skal klagenemnda utpeke en saksordfører blant nemndmedlemmene. Saksordfører har ansvaret for saksforberedelsen av saken, herunder til å treffe beslutninger om det skal være en skriftlig eller muntlig fremleggelse av saken for nemnda. Saksordfører gir sekretariatet instruksjoner om hvordan saksforberedelsen skal gjennomføres.

§ 8-3 Nemndbehandling

Klagenemnda settes med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Beslutningen om uttalelsens innhold treffes med simpelt flertall.

§ 8-4 Muntlig høring

Saksbehandlingen for nemnda er som hovedregel skriftlig.

Nemnda kan beslutte muntlige forhandlinger dersom det er påkrevd av hensyn til saken.

Nemnda kan bestemme at partene skal avgi muntlige forklaringer gjennom bildeoverføring. Partene kan bli enige om at muntlig forhandlinger ikke skal gjennomføres.

Del 3 – Avsluttende bestemmelser

Kapittel 9 Offentlighet og innsyn, domstolsbehandling og tredjemanns inntreden i saken

§ 9-1 Offentlighet og innsyn

For offentlighet og innsyn i saksdokumentene gjelder tvistelovens regler tilsvarende, så langt de passer.

Kapittel 10 Saksbehandlingsfrister

§ 10-1 Saksbehandlingsfrister

Saken skal avgjøres innen 100 dager.

§ 10-2 Frister for å bringe saken inn for domstolene

Hver av partene kan bringe saken inn for de alminnelige domstoler innen 4 uker regnet fra det tidspunkt nemndas avgjørelse er meddelt partene. Dersom saken ikke blir brakt inn for domstolen innen fristen, er nemndas avgjørelse endelig.

Kapittel 11 Gebyr og omkostninger

§ 11-1 Partenes omkostninger og behandlingsgebyr

I tilfeller hvor en klager får helt eller delvis medhold i en sak som er innbrakt for klagenemnda, kan den pålegge oppdragsgiver å godtgjøre klageren de saksomkostninger denne har hatt i forbindelse med saken. Ved åpenbart grunnløse saker, kan klager bli ansvarlig for motpartens saksomkostninger.

§ 12-2 Klagegebyr

Klager skal betale fem ganger rettsgebyret.»

Disse medlemmer fremmer følgende forslag:

«I

I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjøres følgende endringer:

Gjeldende § 7 a blir § 12, som skal lyde:

§ 12 *Tvisteløsningsorgan*

Kongen kan opprette et organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter denne lov og forskrifter hjemlet i denne.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgivere som omfattes av loven her, er pliktige til å delta i prosessen for tvisteløsningsorganet.

Kongen kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet, herunder bestemmelser om partenes rett til innsyn i sakens dokumenter.

Offentleglova får anvendelse på den virksomhet som drives av tvisteløsningsorganet.

Ny § 13 skal lyde:

§ 13 *Søksmål om å kjenne kontrakt uten virkning*

Tvisteløsningsorganet (KOFA) skal kjenne en kontrakt uten virkning når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og
- b) oppdragsgiver enten har
 1. foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
 2. tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift gitt i medhold av loven, eller
 3. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

Ny § 14 skal lyde:

§ 14 *Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme overtredelsesgebyr*

Tvisteløsningsorganet (KOFA) skal avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og
 1. tvisteløsningsorganet (KOFA) unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 tredje ledd, eller

2. oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13, eller

- b) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, og oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Tvisteløsningsorganet (KOFA) skal idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse etter § 13.

Tvisteløsningsorganet (KOFA) kan idømme sanksjoner som nevnt i første ledd når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, og
- b) oppdragsgiver enten har
 1. tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskrift gitt i medhold av loven, eller
 2. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

Første ledd bokstav b gjelder ikke om oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen. Tredje ledd bokstav b nr. 1 gjelder ikke om oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karenperiode.

Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte overtredelser, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen. Tvisteløsningsorganet (KOFA) kan også kombinere sanksjonene. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Ny § 15 skal lyde:

§ 15 *Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14*

Tvisteløsningsorganets avgjørelser etter §§ 13 og 14 kan bringes inn for de ordinære domstoler ved søksmål etter reglene i tvisteloven.

Sanksjoner etter §§ 13 og 14 kan bare idømmes når sak reises overfor tvisteløsningsorganet innen to år fra kontrakt er inngått.

Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 1 eller § 14 første ledd bokstav b bare idømmes når sak reises overfor tvisteløsningsorganet innen 30 dager fra kunngjøringen.

Dersom oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 2 eller 3, § 14 første ledd bokstav a nr. 2 eller § 14 tredje ledd bare idømmes når sak reises overfor tvisteløsningsorganet innen 30 dager fra meddelelsen er sendt.»

Disse medlemmer fremmer videre følgende forslag:

«Stortinget ber regjeringen i forbindelse med utarbeidelse av forskrift til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser vedrørende Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), legge til grunn mindretallets forslag til forskrift slik det fremkommer i NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser.»

«Stortinget ber regjeringen i forbindelse med utarbeidelse av forskrift til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser vedrørende begrunnelsesplikten, legge til grunn kravet om individuell begrunnelsesplikt.»

Lovlighetskontroll

Disse medlemmer viser til at etter lov 25. september 1992 nr 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 59 kan anskaffelser etter anskaffelsesregelverket i dag gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll etter nærmere omstendigheter. Ifølge proposisjonen mener regjeringen at denne kontrollen bør ses i sammenheng med håndhevelsessystemet for øvrig, og foreslår å innføre et unntak fra kommuneloven § 59 slik at spørsmål om hvorvidt det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket ikke lenger kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

Disse medlemmer er generelt skeptisk til innskrenkninger i det kommunale selvstyrets mulighet for lovlighetskontroll av offentlig myndighet innenfor ulike forvaltnings- og tjenesteområder som kan være med på å svekke det kommunale selvstyrets mulighet for kontroll med egen forvaltnings- og tjenesteutøvelse.

Disse medlemmer vil derfor stemme imot forslaget til endringer i kommuneloven § 59.

3. Forslag fra mindretall

Forslag fra Fremskrittspartiet, Høyre og Kristelig Folkeparti:

Forslag 1

I

I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjøres følgende endringer:

Gjeldende § 7a blir § 12, som skal lyde:

§ 12 *Tvisteløsningsorgan*

Kongen kan opprette et organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter denne lov og forskrifter hjemlet i denne.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgivere som omfattes av loven her, er pliktige til å delta i prosessen for tvisteløsningsorganet.

Kongen kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet, herunder bestemmelser om partenes rett til innsyn i sakens dokumenter.

Offentleglova får anvendelse på den virksomhet som drives av tvisteløsningsorganet.

Ny § 13 skal lyde:

§ 13 *Søksmål om å kjenne kontrakt uten virkning*

Tvisteløsningsorganet (KOFA) skal kjenne en kontrakt uten virkning når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og
- b) oppdragsgiver enten har
 1. foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
 2. tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift gitt i medhold av loven, eller
 3. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

Ny § 14 skal lyde:

§ 14 *Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme overtredelsesgebyr*

Tvisteløsningsorganet (KOFA) skal avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og
 1. tvisteløsningsorganet (KOFA) unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 tredje ledd, eller

2. oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13, eller
- b) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, og oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Tvisteløsningsorganet (KOFA) skal idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse etter § 13.

Tvisteløsningsorganet (KOFA) kan idømme sanksjoner som nevnt i første ledd når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, og
- b) oppdragsgiver enten har
1. tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskrift gitt i medhold av loven, eller
 2. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

Første ledd bokstav b gjelder ikke om oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen. Tredje ledd bokstav b nr. 1 gjelder ikke om oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karenperiode.

Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte overtredelser, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen. Tvisteløsningsorganet (KOFA) kan også kombinere sanksjonene. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Ny § 15 skal lyde:

§ 15 Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14

Tvisteløsningsorganets avgjørelser etter §§ 13 og 14 kan bringes inn for de ordinære domstoler ved søksmål etter reglene i tvisteloven.

Sanksjoner etter §§ 13 og 14 kan bare idømmes når sak reises overfor tvisteløsningsorganet innen to år fra kontrakt er inngått.

Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 1 eller § 14 første ledd bokstav b bare idømmes når sak reises overfor tvisteløsningsorganet innen 30 dager fra kunngjøringen.

Dersom oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 2 eller 3, § 14 første ledd bokstav a nr. 2 eller § 14 tredje ledd bare idømmes når sak reises overfor tvisteløsningsorganet innen 30 dager fra meddelelsen er sendt.

Forslag 2

Stortinget ber regjeringen i forbindelse med utarbeidelse av forskrift til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser vedrørende Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), legge til grunn mindretallets forslag til forskrift slik det fremkommer i NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

Forslag 3

Stortinget ber regjeringen i forbindelse med utarbeidelse av forskrift til lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser vedrørende begrunnelsesplikten, legge til grunn kravet om individuell begrunnelsesplikt.

4. Merknader fra kommunal- og forvaltningskomiteen

Komiteens utkast til innstilling ble 9. februar 2012 oversendt kommunal- og forvaltningskomiteen til uttalelse. Kommunal- og forvaltningskomiteen uttaler følgende i brev av 13. februar 2012:

«Utkast til innstilling har vært forelagt kommunal- og forvaltningskomiteen til uttalelse.

Komiteen viser til de respektive partiers merknader i innstillingen, og har ikke merknader til innstillingen utover dette.»

5. Komiteens tilråding

Komiteens tilråding fremmes av komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet.

Komiteen har for øvrig ingen merknader, viser til proposisjonen og rår Stortinget til å gjøre følgende

vedtak til lov

om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

I

I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjøres følgende endringer:

Gjeldende § 7 blir § 8. Bestemmelsens annet ledd siste punktum oppheves.

Gjeldende § 7a blir § 12, som skal lyde:

§ 12 *Rådgivende tvisteløsningsorgan*

Kongen kan opprette et rådgivende organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter denne lov og forskrifter hjemlet i *denne*.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgivere som omfattes av loven her er pliktige til å delta i prosessen for tvisteløsningsorganet.

Kongen kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet, herunder bestemmelser om partenes rett til innsyn i sakens dokumenter.

Offentleglova får anvendelse på den virksomhet som drives av *tvisteløsningsorganet*.

Gjeldende § 7b oppheves.

Gjeldende § 8 blir § 9, som skal lyde:

§ 9 *Beslutning om midlertidig forføyning*

For behandling av begjæring om midlertidig forføyning gjelder tvisteloven, om ikke annet er bestemt i eller i medhold av denne lov. Mot overtredelser av bestemmelser i eller i medhold av denne lov, kan det ikke besluttes midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlertidig forføyning, når begjæringen er fremsatt innenfor en fastsatt karenperiode.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgiver kan fastsette en frist for når begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, må være fremsatt.

Gjeldende § 9 blir § 10, som skal lyde:

§ 10 *Underrettningsplikt for retten*

Retten skal underrette departementet om saker som idømmes etter § 8, samt forføyninger etter § 9.

Gjeldende § 10 blir § 11.

Gjeldende § 11 blir ny § 16, som skal lyde:

§ 16 *Forskrifter og enkeltvedtak*

Kongen kan gi forskrift til utfylling og gjennomføring av loven. Kongen kan gi oppdragsgivere de pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven. Overfor andre oppdragsgivere enn statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer kan det likevel bare gis pålegg som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner om offentlige anskaffelser. *Kongen kan likevel gi forskrift om begrunnelsesplikt.*

Kongen kan gi forskrift om tvungen verneting for søksmål som nevnt i § 8 og for begjæring om midlertidige forføyninger som nevnt i § 9.

Gjeldende § 11a blir § 7.

Gjeldende § 12 blir ny § 17.

Ny § 13 skal lyde:

§ 13 *Søksmål om å kjenne kontrakt uten virkning*

Retten skal kjenne en kontrakt uten virkning når

- a) *kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterete tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og*
- b) *oppdragsgiver enten har*
 1. *foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,*
 2. *tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift gitt i medhold av loven, eller*
 3. *foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.*

Første ledd bokstav b nr. 1 gjelder ikke om oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen. Første ledd bokstav b nr. 2 gjelder ikke om oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karenperiode.

Når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne kontrakten uten virkning. Dersom konsekvensen av at kontrakten kjennes uten virkning i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser, kan ikke retten kjenne kontrakten uten virkning.

En kontrakt kan kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, kan kontrakten kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse.

Ny § 14 skal lyde:

§ 14 Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme overtredelsesgebyr

Retten skal avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og
 1. retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 tredje ledd, eller
 2. oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13, eller
- b) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, eller uprioriterte tjenester, og oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Retten skal idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse etter § 13.

Retten kan idømme sanksjoner som nevnt i første ledd når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, eller uprioriterte tjenester, og
- b) oppdragsgiver enten har
 1. tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskrift gitt i medhold av loven, eller
 2. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

Første ledd bokstav b gjelder ikke om oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjø-

ringen. Tredje ledd bokstav b nr. 1 gjelder ikke om oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karenperiode.

Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte overtredelser, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen. Retten kan også kombinere sanksjonene. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Ny § 15 skal lyde:

§ 15 Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14

Ved søksmål om forhold som beskrevet i §§ 13 og 14, plikter saksøker å varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet. Varslet gis ved oversendelse av kopi av stevningen.

Retten skal, uavhengig av partenes påstander, idømme sanksjoner som beskrevet i §§ 13 og 14, dersom vilkårene for det er oppfylt.

En rettskraftig dom som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning eller at kontraktens løpetid avkortes, er bindende for alle og enhver og legges til grunn i alle forhold hvor spørsmålet har betydning.

Sanksjoner etter §§ 13 og 14 kan bare idømmes når sak reises innen to år fra kontrakt er inngått.

Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 1 eller § 14 første ledd bokstav b bare idømmes når sak reises innen 30 dager fra kunngjøringen.

Dersom oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 2 eller 3, § 14 første ledd bokstav a nr. 2 eller § 14 tredje ledd bare idømmes når sak reises innen 30 dager fra meddelelsen er sendt.

II

I lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner skal § 59 nr. 1 lyde:

Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Det samme gjelder avgjørelser om møter skal holdes for åpne eller lukkede dører, jf. § 31, og avgjørelser om habilitet. Avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed er ikke gjenstand for lovlighetskontroll. Spør-

mål om det foreligger brudd på bestemmelser gitt i eller i medhold av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser kan heller ikke gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

III

1. Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelserne til forskjellig tid.
2. Kongen kan gi nærmere overgangsregler.

Oslo, i næringskomiteen, den 16. februar 2012

Terje Aasland

leder

Per Roar Bredvold

ordfører

Vedlegg**Brev fra Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet v/statsråden til næringskomiteen, datert 19. januar 2012****Svar på spørsmål fra næringskomiteen til Prop 12 L (2011–2012) endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)**

I forbindelse med behandlingen av ovennevnte lovproposisjon, har næringskomiteen i brev av 12. januar 2012 stilt meg følgende spørsmål:

«Under den åpne høringen som ble holdt i Stortinget den 9.1.12 viste Oljeindustriens Landsforening (OLF) til at olje- og gasssektoren er underlagt såkalt 'alternativ prosedyre' i henhold til forsyningsforskriftens kapittel 14, noe som blant annet innebærer at sektorene ikke er omfattet av spesifikke prosedyreregler for anskaffelser. Det ble videre vist til at det i NOU 2010:2 slås fast at det nye håndhevelsesdirektivet ikke får betydning for anskaffelser som følger av den alternative prosedyre. Komiteen kan ikke se at NOU-utvalgets vurdering på dette punktet er behandlet i proposisjonen, og ber derfor om departementets synspunkter på denne saken.»

Svar:

De nye håndhevelsesreglene innføres ikke for den alternative prosedyren i forsyningsforskriftens kapittel 14, som olje- og gassindustrien er underlagt. Dette henger sammen med at de nye håndhevelsesbestemmelsene er knyttet opp til brudd på prosedyrekrav som ikke gjelder for anskaffelser underlagt den alternative prosedyren.

Karensperiode er en obligatorisk ventetid fra oppdragsgiver informerer leverandørene om hvem de har tenkt å tildele kontrakten til kontrakt kan inngås. Det er ikke krav om at oppdragsgivere underlagt den alternative prosedyren skal gi slik informasjon om tildelingen av kontrakten i forkant av kontraktsinngåelsen. Det betyr at det heller ikke vil bli stilt krav om å overholde en karensperiode før kontrakt kan underskrives.

Reglene om suspensjon (av adgangen til å inngå kontrakt som følge av begjæring om midlertidig forføyning i karensperioden) forutsetter at det er regler om karensperiode. Dette betyr at det heller ikke vil inntre suspensjon ved klage over anskaffelser som følger den alternative prosedyren. Dette står ikke direkte i lovproposisjonen, men det følger av proposisjonens punkt 6.2.5 at suspensjon bare skal inntre der det er krav om karens – og det er det altså ikke i den alternative prosedyren.

Når det gjelder de nye bestemmelsene om at kontrakter i visse situasjoner skal kjennes uten virkning, knytter disse seg til brudd på kunngjøringsregler eller overtredelser av karens- og suspensjonsbestemmelser. Det stilles ikke krav om kunngjøring av konkurransen eller om karens/suspensjon for anskaffelser som følger den alternative prosedyren. Følgelig er heller ikke bestemmelsene om «uten virkning» relevante for slike anskaffelser. Sistnevnte er uttrykkelig nevnt i kommentarene til § 13 i lovproposisjonen.