

Dato: 15.12.2014
Arkivref: 2014/22930-4

Saksnr	Utvalg	Møtedato
	Fylkesutvalg	02.02.2015

Høring - forslag om endring av yrkestransportloven – lovbruddsgebyr for brudd på EØS-regelverk ved tildeling av tjenstekonsesjonskontrakter

Innstilling

Akershus fylkeskommune støtter ikke departementets forslag til lovbruddsgebyr for brudd på EØS-regelverket ved tildeling av tjenstekonsesjonskontrakter.

Det bes om at departementet tar hensyn til de konsekvenser høringssvaret skisserer.

Sammendrag

Saken gjelder en høring hvor det foreslås at Samferdselsdepartementet skal pålegge offentlige oppdragsgivere et gebyr dersom de bryter EØS-retten i forbindelse med tildeling av tjenstekonsesjonskontrakter. Dette er en kontraktsform hvor transportøren får billettinntektene (nettokontrakt).

Hensikten med forslaget er å sikre statens forpliktelser med å etterleve EØS-regelverket der andre forvaltningsorgan inngår konsesjonskontrakter.

Ruter kjøper på vegne av fylkeskommunen ulike transporttjenester og har lang erfaring med forskjellige kontraktsformer. Dette saksfremlegg gjengir derfor hovedsakelig Ruters juridiske og administrative vurderinger. Ruter har innsigelser til forslaget.

Hovedargumentene mot forslaget er:

- Sanksjonene for konsesjonskontrakter (nettokontrakter) vil avvike fra det som gjelder for tjenstekontrakter hvor billettinntektene tilfaller oppdragsgiver (bruttokontrakter). Ulike regimer medfører derfor en ytterligere komplisering av et allerede vanskelig regelverk.
- Ifølge forslaget skal departementet ilegge gebyr dersom oppdragsgiveren bryter EØS-rettslige regler som skal sikre åpenhet og ikke-diskriminering i prosessen. Det legges således opp til en plikt til å ilegge overtredelsesgebyr («skal»). Ruter påpeker at tilsvarende regel på anskaffelsesområdet er skjønnsmessig («kan»).

- Et administrativt ilagt gebyr som foreslått, vurderes som en meget streng sanksjon. I og med at disse kontraktene ofte har stor verdi vil gebyret (maksimalt 15 % av kontraktsverdien) som hovedregel utgjøre flere millioner kroner.
- En eventuell hjemmel til å ilegge lovbruddgebyr bør ligge hos et annet organ. Samferdselsdepartementet bør kun avgjøre saker der hvor det er klart at det ikke foreligger noen form for interessekonflikt mellom fylke og stat.

Saksutredning

Bakgrunn og saksopplysninger

Samferdselsdepartementet har utarbeidet et forslag til endring i lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova).

Lovforslaget åpner for at Samferdselsdepartementet skal pålegge offentlige oppdragsgivere et lovbruddgebyr dersom de bryter EØS-retten i forbindelse med tildeling av konsesjonskontrakter som gjelder transporttjenester i følge yrkestransportlova. Lovbruddgebyret vil bare bli pålagt dersom bruddet på EØS-retten er konstatert enten ved dom i en norsk domstol, ved dom i EFTA-domstolen eller ved innrømmelse fra norske myndigheter.

Etterleving av EØS-regelverket blir i praksis vanskeliggjort av at kontrakt om tjenester etter yrkestransportlova hovedsakelig blir tildelt av autonome forvaltningsorgan, for eksempel fylkeskommunene. Samtidig er det staten som er folkerettslig forpliktet til å se til at EØS-retten blir etterlevd ved tildeling av kontraktene. Når tildelingen blir gjort av forvaltningsorgan som staten ikke kan instruere, kan staten ikke direkte rette opp i eventuelle brudd på EØS-retten.

Departementet peker på at det er viktig at reglene for tildeling av konsesjonskontrakter for transport etter yrkestransportlova blir etterlevd slik at man kan oppnå tilstrekkelig konkurranse om offentlige kjøp. Dette vil på sikt kunne føre til innsparinger for det offentlige.

Problemstillinger og alternativer

Ruter AS inngår denne type kjøp på vegne av fylkeskommunen, og er derfor bedt om å komme med innspill til høringsforslaget. På bakgrunn av deres juridiske vurderinger og erfaringer gjengis her hovedpunktene (brev vedlagt):

De fleste kontrakter Ruter inngår per i dag er tjenestekontrakter (bruttokontrakter). Det kan tenkes at Ruter i fremtiden i større grad vil benytte tjenestekonsesjonskontrakter. En lovendring som gjelder tjenestekonsesjonskontrakter vil dermed på kort sikt ha mindre betydning, men dette vil kunne endres på sikt.

Asymmetrisk sanksjonsregime

Som utgangspunkt mener Ruter at norske myndigheter bør være varsomme med å vedta særnorske regler som ikke er velbegrunnet og ikke bidrar til effektive og gode offentlige anskaffelser.

Samferdselsdepartementet foreslår et sanksjonsregime for konsesjonskontrakter som avviker fra det som gjelder for tjenestekontrakter (bruttokontrakter). Så vidt Ruter kan se argumenterer ikke departementet for at det er ulikt behov for sanksjoner for de ulike kontraktstypene. Ulike

regimer medfører en ytterligere komplisering av et allerede komplisert regelverk, i en tid da det i hele EØS-området arbeides for å forenkle reglene for offentlige anskaffelser.

I denne sammenheng har Ruter knyttet noen kommentarer til at gebyrmyndigheten skal være lagt til Samferdselsdepartementet. For tjenestekontrakter kan domstolen (norsk domstol og EU-domstolen) idømme overtredelsesgebyr. Samferdselsdepartementet har ikke myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr ved brudd på reglene for tjenestekontrakter. Departementet uttrykker i punkt 4.5 i høringsnotatet at et domstolsystem som for tjenestekontrakter, også er vurdert for brudd på reglene for konsesjonskontrakter. Etter å ha konkludert med at det også er et ønske om å ha et slikt system for handheving av konsesjonskontrakter, drøfter departementet ulempene. Det fremheves at et domstolsystem krever at en privat part bringer saken inn for domstolen og at private aktører vil ha liten økonomisk interesse i å sette i gang en lang, dyr og krevende domstolprosess i saker der en ikke er garantert en økonomisk gevinst ved en eventuell seier. Derfor foreslås det et administrativt lovbruddgebyr ilagt av departementet.

Hensynene som begrunner anbefalingen om at departementet skal kunne ilegge gebyr, er like relevante for tjenestekontrakter som for konsesjonskontrakter. Likevel er ikke slike administrativt ilagte bøter ansett som nødvendig for å håndheve anskaffelsesreglene for tjenestekontrakter. Bøtereaksjoner for brudd på regelverket ved inngåelse av tjenestekontrakter kan bare ilegges av domstolene. Behovet for å ivareta sentrale rettssikkerhetsgarantier har vært et sentralt hensyn i denne vurderingen.

Etter Ruters mening bør sanksjonssystemet i størst mulig grad være likt for tjenestekontrakter og konsesjonskontrakter. Ulikheter i sanksjonssystemer bør kun vedtas i den grad det anses nødvendig på grunn av kontraktens ulike karakter. Ruter kan ikke se at det foreligger slike særlige hensyn i dette tilfellet.

Deretter knytter Ruter noen kommentarer til forslaget om at gebyr skal ilegges ved regelbrudd. Lovbruddgebyr er en sanksjon som Samferdselsdepartementet foreslår tatt inn i det norske regelverket av eget tiltak, dvs. uten at det følger av EØS-retten. Da fremstår det som merkelig at denne frivillige sanksjonen er strengere enn den tilsvarende frivillige sanksjonen på anskaffelsesområdet (tjenestekontrakter uprioriterte tjenester).

I følge forslaget skal departementet ilegge gebyr dersom oppdragsgiveren bryter EØS-rettslige regler som skal sikre åpenhet og ikke-diskriminering i prosessen. Det legges således opp til en plikt til å ilegge overtredelsesgebyr («skal»), mens tilsvarende regel på anskaffelsesområdet er skjønnsmessig («kan»). For tjenestekontrakter er det således en rett, men ikke en plikt til å ilegge gebyr. Det er flere eksempler fra Klagenemda for offentlig anskaffelse (KOFA) og praksis på at nemnda har konkludert med at det ikke har vært riktig å ilegge gebyr selv om vilkårene er oppfylt.

Departementet begrunner ikke hvorfor det for konsesjonskontrakter ikke skal være tilsvarende mulighet til å finne rimelige resultater, for eksempel i prinsippavgjørelser, ved rettsvillfarelse/begrunnet tvil eller ved mindre, bagatellmessige overtredelser. Ruter mener at en slik manglende skjønnsadgang ikke gir samfunnsmessig god utnyttelse av ressursene. Ruter mener derfor at «skal» i så fall bør endres til «kan».

Det fremgår av forslaget sjuende ledd at departementet kan unnlate å ilegge lovbruddgebyr i de tilfellene der bruddet har ført til erstatning, terminering eller avkorting av kontrakten. Terminering og avkortning er alternative sanksjoner til gebyr i anskaffelsesregelverket. Ruter mener det bør være like regler for konsesjonskontrakter og tjenestekontrakter på dette området.

Er gebyr et hensiktsmessig virkemiddel?

Et administrativt ilagt gebyr som foreslått, mener Ruter er en svært streng sanksjon. I og med at disse kontraktene ofte har stor verdi vil gebyret (maksimalt 15 % av kontraktsverdien) som hovedregel utgjøre flere millioner kroner.

En slik gebyrtrussel, mener Ruter kan skjerpe frontene og øke behovet for rettsprosesser i saker om mulige brudd på EØS-avtalen. Dette gjelder særlig slik gebyrhjemmelen er bygget opp i dag, med tilnærmet objektive vilkår og manglende skjønsmessig kompetanse til å vurdere om gebyr er en riktig hjemmel.

Ruter påpeker at alternative sanksjonsformer ikke ser ut til å være vurdert av departementet.

Lovbruddets grovhet har ikke betydning for om gebyr skal ilegges

Det fremgår av utkastets første ledd at alle konstaterte brudd på EØS-regler som skal sikre åpenhet og ikke-diskriminering, skal sanksjoneres med gebyr. Regelbruddets alvorlighet har ikke betydning for om gebyr vil bli ilagt. Det er kun i utmålingen at lovbruddets grovhet vil komme inn i vurderingen.

Ruter mener at det kan tenkes flere brudd på EØS-regler om åpenhet og ikke-diskriminering som er av formell karakter og av underordnet betydning for konkurransen. Innkjøpsregelverkene (både forsyningsforskriften og gjeldende samt nye regler om inngåelse av konsesjonskontrakter) stiller relativt rigide og detaljerte krav til fremgangsmåten. Det er flere eksempler på at brudd på disse reglene ikke får praktisk betydning for konkurransen og for kontrakten man ender opp med. Slik reglene er utformet i dag, vil eksempelvis oppdragsgivere bli ilagt gebyr hvis de har brutt krav til likebehandling som kun er av hypotetisk betydning for konkurransen. Etter ordlyden skal for eksempel gebyr ilegges hvis det er stilt krav til busser som alle aktuelle operatører kan oppfylle, men som en hypotetisk operatør ville ha hatt problemer med å oppfylle. Et slikt regelbrudd vil ikke ha hatt praktisk betydning for konkurranse og gebyr er neppe en hensiktsmessig sanksjon på brudd som kanskje og i beste fall har betydning for hensynet til innovasjon og utvikling av markedet.

Dersom departementet kommer til at et administrativt lovbruddgebyr skal ilegges, foreslår Ruter at departementet vurderer å ta inn en begrensning om at gebyrsanksjoner bare er aktuelt ved grove brudd eller ved brudd med merkbar betydning for konkurransen. Da vil man gi insentiver til at oppdragsgivere holder seg innenfor det som er lovlig uten at gebyr pålegges lovbrudd som ikke har nevneverdig betydning for hverken partene eller samfunnet.

«Bruddet kan anses konstatert når norske myndigheter har innrømmet bruddet overfor ESA»

I lovforslagets første ledd alternativ a) og b) legger departementet opp til at lovbrudd skal være konstatert av en domstol. Både norsk domstol og EU-domstolen er bygget på alminnelige rettssikkerhetsprinsipper, som normalt gir en betryggende vurdering av de rettslige og faktiske omstendighetene før brudd konstateres. Ruter stiller imidlertid spørsmål ved om alternativ c) gir samme trygghet og rettssikkerhet. I følge alternativ c) kan lovbruddgebyr ilegges når norske myndigheter har innrømmet bruddet etter at saken er behandlet i ESA. Det fremgår av punkt 4.6 i forslaget at innrømmelsen fra norske myndigheter kan skje på ethvert trinn av saksbehandlingen i ESA og at det ikke er nødvendig at ESA har tatt formelle skritt i saken før slik innrømmelse finner sted.

Ruter mener det er en høyst reell risiko for situasjoner hvor departementet mener det er begått et regelbrudd, mens oppdragsgiver (administrasjonsselskapet) mener at det ikke er det. Ansvarlig departement har det overordnede ansvaret for å vurdere om og å sikre at Norge overholder EØS-avtalen, men departementets vurdering vil kunne bli mer overordnet og teoretisk enn et administrasjonsselskaps. I tillegg er det ikke gitt at departementet og administrasjonsselskapet vurderer grensetilfeller likt. Administrasjonsselskapet kan for eksempel ha et reelt behov for å utfordre grensetilfeller og eventuelt få en rettsavklaring, mens departementet kan legge vekt på å spare interne ressurser og noen ganger også et ønske om å unngå den samme rettsavklaringen.

I en av de få sakene som ESA har behandlet innen kollektivtransportsektoren, argumenterte Finnmark fylkeskommune for at kontrakter om kjøp av kollektivtransporttjenester med båt og buss av betydelig verdi var inngått i samsvar med EØS-forpliktelser. Selv om departementet var kjent med fylkeskommunens syn, valgte departementet høsten 2010 i sak 07/40 å «innrømme» brudd på EØS-avtalen. I sitt svarbrev til ESA viste departementet til at Fylkeskommunen fastholdt at kontraktene var inngått i samsvar med regelverket. Etter dette erkjente imidlertid departementet – uten nærmere begrunnelse – at kontraktene var inngått i strid med EØS-avtalen. Fylkeskommunens argumenter ble verken løftet frem eller vurdert i departementets erkjennelse av regelbrudd. En slik overprøving kan ikke oppdragsgiveren angripe ved klage eller lignende.

Slik regelen er utformet nå, vil departementet erkjenne regelbrudd med bindende virkning for det fylkeskommunale administrasjonsselskapet, og uten at administrasjonsselskapet kan få denne erkjennelsen overprøvd i forbindelse med gebyrsaken. Dette er også problematisk i forhold til prinsippet om (fylkes)kommunalt selvstyre.

Oppdragsgiver er en statlig aktør

Ruter er enig med departementet i at det vil reise seg særlige spørsmål knyttet til håndhevelseskompetansen i tilfeller hvor oppdragsgiver er en statlig aktør. Departementet vil kunne ha en egeninteresse i et spesielt utfall der en oppdragsgiver/kontraktspart er statlig (herunder underlagt Samferdselsdepartementet). Etter Ruters syn bør hovedregelen i slike tilfeller være at hjemmelen til å ilegge lovbruddgebyr overføres til et annet organ. Samferdselsdepartementet bør kun avgjøre slike saker der hvor det er klart at det ikke foreligger noen form for interessekonflikt.

Fylkesrådmannens anbefalinger

Høringen viser at departementet ikke opplever det som tilstrekkelig med de sanksjoneringsmidler det i dag er for konsesjonskontrakter. Innføringen av et lovbruddgebyr vil dermed gi departementet anledning til å gripe inn i forhold hvor EØS-rettslige regler brytes.

Fylkesrådmannen vurderer at departementet ikke har begrunnet tilstrekkelig hvorfor sanksjoner på konsesjonskontrakter skal behandles ulikt i forhold til tjenestekontrakter.

En innføring av et lovbruddgebyr med departementets mandat er problematisk i forhold til ulike forvaltningsnivå og prinsippet om fylkeskommunalt selvstyre. Den foreslåtte ordningen gir heller ikke ankemulighet.

Fylkesrådmannen slutter seg til Ruters vurderinger og anbefaler at Samferdselsdepartementet tar hensyn til de konsekvenser høringssvaret skisserer.

Oslo, 27.01.2015

Tron Bamrud
fylkesrådmann

Saksbehandler: Olav Tunold