



Oslo kommune
Byrådsavdeling for miljø og samferdsel

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Dato: 23.01.2015

Deres ref:

Vår ref (saksnr):

Saksbeh:

Arkivkode:

201404656-9

Line Ringsøy Johnsen, 23 46 12 43

600

**OSLO KOMMUNES HØRINGSSVAR TIL HØRING OM ENDRING AV
YRKESTRANSPORTLOVEN - LOVBRUDDSGEBYR FOR BRUDD PÅ EØS-
REGELVERKET VED TILDELING AV TJENESTEKONSESJONSKONTRAKTER**

Byrådsavdeling for miljø og samferdsel viser til høringsbrev av 14.10.2014 vedørende endring av yrkestransportloven. Byrådsavdelingen avgir høringsuttalelse for Oslo kommune på delegert myndighet.

Forslaget som er på høring går ut på å gi Samferdselsdepartementet hjemmel til å pålegge offentlige oppdragsgivere er såkalt «lovbruddgebyr» dersom de bryter EØS-retten ved tildeling av konsesjonskontrakter etter yrkestransportloven.

1. Sammenheng med beslektet regelverk

Generelt er det viktig at norske myndigheter ved utarbeidelsen av nye sanksjonsregimer ser hen til hvilke vurderinger som er gjort på liknende områder. I dette tilfellet er det særlig viktig å se hen til både anskaffelsesregelverket og regelverket for tjenestekonsesjoner generelt.

Oslo kommune understreker at departementet bør være varsomme med å etablere avvikende sanksjonsregimer for spesielle kontraktstyper, med mindre det nettopp kan begrunnes i denne kontraktstypens særegenheter. Vi kan ikke se at dette er tilfellet her.

Departementet bør også være oppmerksomme på Justisdepartementets oppfølging av Sanksjonsutvalgets NOU 2003:15 Fra bot til bedring. Dette gjelder kanskje særlig ved vurderingen av om lovbruddgebyr er hensiktsmessig, jf. punkt 2 nedenfor. Stortinget har nylig fattet vedtak med anmodning til regjeringen om «snarest og senest innen utgangen av 2015 å fremme forslag om oppfølging av NOU 2003:15 om hvordan lovbestemmelser med hjemmel administrative sanksjoner bør utformes». Se Innst. 84 S (2014-2014).

Forslaget legger opp til en løsning der den offentlige oppdragsgiver skal kunne gå til søksmål mot staten. Det kan derfor være grunn til å se hen til det interdepartementale arbeidet som for tiden gjøres med å utrede ny tvisteløsningsordning for å løse konflikter mellom stat og kommune.

2. Hensiktsmessigheten av et lovbruddgebyr

Som utgangspunkt bør norske myndigheter være varsomme med å vedta særnorske regler som ikke er velbegrunnede og ikke bidrar til effektive og gode offentlige anskaffelser. Samferdselsdepartementet foreslår et sanksjonsregime for konsesjonskontrakter som avviker fra det som gjelder for tjenestekontrakter. Så vidt Oslo kommune 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.

Formålet med forslaget beskrives å være bedre etterlevelse av regelverket. Departementet synes å ta det for gitt at lovbruddgebyr bidrar til dette. Oslo kommune savner her en fylldigere utredning. Det er heller ikke vurdert om andre tiltak, slik som bedre retningslinjer, kompetansehevende tiltak mv., kan oppfylle det samme formålet. Kompetanseheving vil for eksempel kunne forebygge mange lovbrudd på et område som dette, som for mange synes å være veldig komplisert og uoversiktlig.

Vi stiller oss noe tvilende til at et lovbruddgebyr vil være et hensiktsmessig virkemiddel for å bedre etterlevelsen av regelverket. Gebyret skal ha en preventiv virkning og et pønalt preg. Dette vil kunne motvirke brudd som kan betegnes som grove og overlagte. I mange tilfeller vil imidlertid brudd komme av at tolkningen av regelverket er tvilsom og at flere tolkningsalternativer kan ha gode grunner for seg. Det er uheldig dersom et slikt gebyr maner offentlige oppdragsgivere til overdreven forsiktighet i tolkningen av regelverket. En annen vanlig årsak til at det begås brudd er mangelfull kompetanse og sviktende forståelse av regelverket. Heller ikke mot denne typen feil vil et gebyr være et effektivt virkemiddel.

En ytterligere uheldig effekt av et slikt gebyr er at det vil gi offentlige oppdragsgivere et insitant til å anke domsavgjørelser som man ellers ville ha innfunnet seg med. Vurderingen av anke er ofte bredt sammensatt. Det er ikke uvanlig at man er uenig i dommen og premissene, men lar være å anke blant annet på grunn av beløpets størrelse, prosessrisiko, ressursbruk mv. Dersom man risikerer et stort gebyr hvis dommen blir stående, vil det kunne være et viktig moment i vurderingen av anke. Dette gjelder særlig slik gebyrhjemmelen er bygget opp i dag, med tilnærmet objektive vilkår og manglende skjønnsmessig kompetanse til å vurdere om gebyr er en riktig hjemmel.

Det kan også tenkes at en domstol konkluderer med at det foreligger et brudd, men frifinner offentlig oppdragsgiver fordi vilkårene for erstatning for øvrig ikke er oppfylt. En slik avgjørelse vil ikke offentlig oppdragsgiver ha muligheter til å anke videre.

Oslo kommune mener et administrativt ilagt gebyr som foreslått, fremstår som en svært streng sanksjon. I og med at konsesjonskontraktene ofte har stor verdi vil gebyret (maksimalt 15 % av kontraktsverdien) som hovedregel utgjøre flere millioner kroner. Et slikt gebyr til fordel for statskassen, vil gå på bekostning av oppdragsgiverens mulighet til å bruke de samme midlene til nytte for befolkningen (og operatørene som gebyrtrusselen skal beskytte) gjennom kjøp av kollektivtransporttjenester. Gebyret kan også gjøre det vanskelig for oppdragsgiveren å iverksette andre, og kanskje mer egnede, tiltak for å hindre lignende lovbrudd igjen.

3. Tjenestekontrakter og konsesjonskontrakter

Oslo kommune viser til at departementets forslag innebærer at brudd på tjenestekontrakter og brudd på konsesjonskontrakter behandles ulikt. For tjenestekontrakter er det domstolen (norsk

domstol og EU-domstolen) som kan idømme overtredelsesgebyr. Samferdselsdepartementet har ikke slik myndighet ved brudd på reglene for tjenestekontrakter. Departementet uttrykker i punkt 4.5 i høringsnotatet at et domstolsystem som for tjenestekontrakter, også er vurdert ønskelig for brudd på reglene for konsesjonskontrakter. Det fremheves imidlertid 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.

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

4. Samferdselsdepartementet og domstolens kompetanse

Forslaget innebærer at Samferdselsdepartementet skal legge den aktuelle avgjørelse til grunn uten egen prøving av om avgjørelsen er riktig. Det er for eksempel ikke gitt at en underrettsavgjørelse er riktig. Oslo kommune mener Samferdselsdepartementet bør kunne gjøre en selvstendig prøving av om en avgjørelse er riktig, etter forutgående korrespondanse med oppdragsgiveren. Dette er særlig viktig dersom departementet blir stående ved at det skal være en plikt til å ilegge gebyr.

Det fremgår videre at domstolene skal kunne prøve alle sider av saken. Det er likevel noe uklart om dette også innebærer at domstolen kan gjøre en selvstendig prøving av om det er begått brudd, eller om den må legge den underliggende avgjørelse uprøvd til grunn. Oslo kommune mener domstolen bør kunne gjøre en selvstendig vurdering av om det er begått et brudd. En tingrettsavgjørelse bør eksempelvis ikke være avgjørende for høyere instanser ved etterfølgende prøving av lovbruddgebyret. Heller ikke bør domstolene være bundet av norske myndigheters innrømmelse overfor ESA.

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

5. 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. I tilsvarende bestemmelse på anskaffelsesområdet (tjenestekontrakter for uprioriterte tjenester) heter det at lovbruddgebyr «kan» ilegges. For konsesjonskontrakter blir det således en plikt til å ilegge lovbruddgebyr, mens det for tjenestekontrakter kun er en rett til å skjønnsmessig vurdere gebyrileggelse.

Lovbruddgebyr er en sanksjon som departementet foreslår tatt inn i det norske regelverket på eget initiativ, dvs. uten at det følger av EØS-retten. Oslo kommune mener det fremstår som lite helhetlig at denne frivillige sanksjonen er strengere enn den tilsvarende frivillige sanksjonen på anskaffelsesområdet (tjenestekontrakter uprioriterte tjenester), jf. lov om offentlige anskaffelser § 14 tredje ledd. Det vises også til at det er flere eksempler fra KOFA hvor 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 og bagatellmessige overtredelser. Oslo kommune mener at en slik manglende skjønnsadgang ikke gir samfunnsmessig god utnyttelse av ressursene.

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 samt gjeldende og 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 lovforslaget er utformet vil oppdragsgivere bli ilagt gebyr hvis de har brutt krav til likebehandling som kun er av hypotetisk betydning for konkurransen. Etter ordlyden skal gebyr for eksempel 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 tilfredsstille. Et slikt regelbrudd vil ikke ha hatt praktisk betydning for konkurransen, 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 det gås videre med lovforslaget bør bestemmelsen endres slik at Samferdselsdepartementet gis en skjønnsmessig adgang til å ilegge gebyr, fremfor en plikt. Som nevnt over, er det først og fremst de grove og overlagte brudd det kan være grunn til å reagere mot. I saker med begrunnet tvil, eller hvor bruddene er bagatellmessige, vil det være unødig å ilegge gebyr. Det bør også tas inn en bestemmelse som angir retningslinjer for et slikt skjønn. Det kan for eksempel være en løsning å begrense gebyrsanksjoner til grove brudd eller brudd med merkbar betydning for konkurransen. Da vil man gi insentiver til oppdragsgivere om å holde seg innenfor det som er lovlig, uten at gebyr pålegges for lovbrudd som ikke har nevneverdig betydning for hverken partene eller samfunnet.

6. Norske myndigheters innrømmelse 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. Oslo kommune stiller imidlertid spørsmål ved om alternativ c) gir samme trygghet og rettssikkerhet. I følge alternativ c) kan lovbruddgebyr ilegges når norske myndigheter har innrømmet lovbruddet 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.

Oslo kommune mener det er grunn til å være skeptisk til at Samferdselsdepartementet skal ilegge gebyr på bakgrunn av norske myndigheters innrømmelse overfor ESA. Dette vil lett kunne komme i konflikt med det kommunale selvstyret.

Det er en høyst reell risiko for situasjoner hvor departementet mener det er begått et regelbrudd, mens oppdragsgiver mener det ikke er det. Ansvarlig departement har det overordnede ansvaret for å vurdere om, og å sikre at, Norge overholder EØS-avtalen. Departementets vurdering vil kunne bli mer overordnet og teoretisk enn oppdragsgivers. I tillegg er det ikke gitt at departementet og oppdragsgiver vurderer grensetilfeller likt. Oppdragsgiver 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 av betydelig verdi om kjøp av kollektivtransporttjenester med båt og buss, var inngått i samsvar med EØS-forpliktelser. Selv om departementet var kjent med fylkeskommunens syn, valgte de 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 lovforslaget er utformet, vil departementet erkjenne regelbrudd med bindende virkning for oppdragsgiver, og uten at oppdragsgiver kan få denne erkjennelsen overprøvd i forbindelse med gebyrsaken. Dette er også problematisk i forhold til prinsippet om kommunalt selvstyre. Dersom departementet går videre med forslaget mener Oslo kommune at det bør lages en ordning som sikrer at offentlig oppdragsgivers syn blir tilstrekkelig hørt.

7. Oppdragsgiver er en statlig aktør

Oslo kommune er enig med departementet i at det vil reise 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 Oslo kommunes 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.

8. Utvidet rettslig interesse

Departementet bør vurdere om lovbruddgebyr vil utvide forbigåtte tilbyderes søksmålsadgang. Herunder om det vil gi tilstrekkelig rettslig interesse å gå til sak mot offentlig oppdragsgiver for å få etablert et grunnlag for lovbruddgebyr.

Med hilsen

Eivind Tandberg
kommunaldirektør

Hilde Terese Hamre
seksjonssjef

Godkjent og ekspedert elektronisk

Kopi til: Ruter AS