

REGJERINGSADVOKATEN

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref
2012-0273 GOF/GOF

Dato
19.06.2012

ENDRING I FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG FORSYNINGSFORSKRIFTEN

Det vises til høringsnotat av 21. mars 2012.

I høringsnotatet foreslås endringer i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften for å klargjøre at avtaler om tjenesteytelser som omfattes av det EØS-rettslige unntaket for utøvelse av offentlig myndighet, er unntatt fra forskriftenes anvendelsesområde.

Regjeringsadvokaten er enig med departementet i at det kan argumenteres godt for at det EØS-rettslige unntaket for utøvelse av offentlig myndighet kan innfortolkes i det nasjonale anskaffelsesregelverket allerede i dag. Ved tolkningen av begrepet tjeneste i lov og forskrift om offentlige anskaffelser taler de beste grunner for at man legger det samme innholdet i tjeneste som i de bakenforliggende anskaffelsesdirektivene. Regjeringsadvokaten viser til at dette var den alminnelige aksepterte tilnærningen for tjenstekonsesjonskontrakter før disse kontraktene ble regulert i anskaffelsesforskriften.

Siden begrepet tjeneste i lov og forskrift om offentlige anskaffelser neppe omfatter kontrakter om utøvelse av offentlig myndighet, kan det skapes noe uklarhet ved å innta unntaket for utøvelse av offentlig myndighet i anskaffelsesforskriftene. Begrepet tjeneste må i utgangspunktet antas å ha det samme innholdet i lovens § 3 og i forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (1). Når det gjøres et unntak fra forskriftens § 1-3 (1) for kontrakter om utøvelse av offentlig myndighet i § 1-3 (2) bokstav k, kan det skape inntrykk av at denne type kontrakter i utgangspunktet omfattes av begrepet "tjeneste" i § 1-3 (1), og derfor også av lovens § 3.

Regjeringsadvokaten har merket seg at det ikke var noe avgjørende argument mot å innta et slikt unntak i forskriftene for tjenstekonsesjonskontraktene. Generelt synes likevel Regjeringsadvokaten at det er en noe uheldig lovgivningsteknikk, og mener at det normalt hadde vært mer hensiktsmessig at departementets forståelse av loven og forskriften ble inntatt i departementets veileder for offentlige anskaffelser. Regjeringsadvokaten har imidlertid forståelse for at KOFAs uttalelse i sak 2010/364 gjør en slik fremgangsmåte mindre attraktiv.

Departementet bør i alle fall i forbindelse med en eventuell endring av forskriften være klare på om det mener at kontrakter om offentlig myndighetsutøvelse omfattes av lov om offentlige anskaffelser eller ikke. Spørsmålet har større betydning for denne typen kontrakter enn for f.eks.

REGJERINGSADVOKATEN

tjenestekonsesjonskontrakter der EU-domstolen uansett har oppstilt krav til transparens og likebehandling ut fra de generelle reglene om fri bevegelse.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN



Goud Heige Homme Fjellheim
advokat