

Fornyings- administrasjons- og kirke departementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

Deres ref: :

Vår ref: 12/1168-5/VEM

Oslo, 19.06.2012

HØRINGSINNSPILL OM UNNTAK FOR UTØVELSE AV OFFENTLIG MYNDIGHET I FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER


Vi viser til høringsbrev datert 21.3.2012. Departementet foreslår å endre forskrift om offentlige anskaffelser slik at avtaler om tjenesteytelser som omfattes av det EØS-rettslige unntaket for utøvelse av offentlig myndighet blir unntatt fra kunngjøringsplikten. Formålet er å bringe det nasjonale anskaffelsesregelverket i samsvar med EØS-retten slik at det nasjonale regelverket ikke går lenger enn Norges forpliktelser etter EØS-retten. Departementet har bedt om merknader til forslaget. UDI mener det er fordel om nasjonalt regelverk på området ikke går lenger enn EØS-retten og vi ser følgelig positivt på forslaget.

Utlendingsdirektoratet forstår det slik at det kun er kunngjøringsplikten i det nasjonale regelverket for anskaffelse av de aktuelle tjenestene som ikke er i samsvar med EØS-retten. De overordnede kravene til gjennomføring av offentlige anskaffelser i lov om offentlige anskaffelser vil fortsatt gjelde, herunder de grunnleggende kravene i lovens § 5 der det blant annet fremgår at "En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse." Dette kravet skal følges selv om anskaffelsen ikke blir kunngjort på vanlig måte. Vi legger til grunn at departementet mener at kravene til å likebehandle kvalifiserte tilbydere, finne fram til tildelingskriterier, evaluere og gjøre juridisk holdbare kontraktstildelinger skal opprettholdes også for denne type kontrakter selv om de er unntatt kunngjøringsplikt. Forskrift om offentlige anskaffelser gir anvisninger om dette i kapittelet *Alminnelige regler*.

Departementet understreker at begrepet offentlig myndighetsutøvelse er et autonomt EØS-rettslig begrep som må tolkes i samsvar med EØS-avtalen, uavhengig av hvordan begrepet ellers benyttes i nasjonal rett. Veiledning for hva som ligger i begrepet offentlig myndighetsutøvelse må hentes fra EU- og EØS-rettslige kilder, primært praksis fra EU-domstolen. De viser til at unntaket ikke omfatter private virksomheter som bare gjelder "veiledende eller forberedende funksjon til den senere egentlige myndighetsutøvelsen" og at unntaket ikke dekker aktører som er tildelt vedtakskompetanse "hvis lovgivningen også foreskriver at en offentlig myndighet skal utøve tilsyn med organene". Departementet viser til at EU-domstolen mener at medlemsstatenes (kontroll)interesser i et slikt tilfelle er ivaretatt gjennom tilsynet, og at aktørens virksomhet dermed ikke er offentlig myndighetsutøvelse. UDI har en del tjenestekjøp på asylmottaksfeltet som kan nærme seg denne typen tjenester. Siden begrepet "utøvelse av offentlig myndighet" i

denne sammenhengen ikke er synonymt med tolkningen etter norsk rett er det imidlertid uklart for oss hvor stor betydning endringen vil få for vår virksomhet. Vi mener det vil være en fordel om departementet kan bidra til å klargjøre tolkningen etter EØS-retten ytterligere for å avklare rettstilstanden og således skape større forutsigbarhet.

Med hilsen

for 

Frode Mortensen
avdelingsdirektør


for Marius Mølmen Møen
underdirektør