



Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Også sendt per e-post: postmottak@nfd.dep.no

Deres ref.: 15/1998-1
Vår ref.: 204370

Dato: 21. august 2015

HØRING - FORSLAG OM ENDRINGER I REGLENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 13.4.2015 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for Europa - og konkurranse rett, og lovutvalget for forvaltningsrett. Lovutvalget for Europa – og konkurranserett består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Helge Stemshaug og Monica Syrdal. Lovutvalget for forvaltningsrett består av Christian F. Galtung (leder), Ola Øverseth Nisja, Kaare Andreas Shetelig og Gislaug Øygarden.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Sakens bakgrunn

Advokatforeningen viser til departementets brev 13. april 2015 om forslag til endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser.

For det første foreslår departementet endringer i kompetansen til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("**KOFA**"). Departementets forslag gir KOFA kompetanse både til å ilegge overtredelsesgebyr og til å bringe saker inn for domstolene ved søksmål.

For det andre foreslår departementet endringer i klagegebyret til KOFA. Departementets forslag er at klager som får medhold i klagen, skal få gebyret tilbakebetalt; fullt ut i saker om ulovlig direkte anskaffelser, og enten fullt ut eller delvis i andre saker.

For det tredje foreslår departementet andre mindre endringer i håndhevelsesreglene, bl.a. tekniske endringer i lovens sanksjonsbestemmelser og andre språklige og regeltekniske endringer. Disse har sammenheng med departementets forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter, som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiv.

Advokatforeningen støtter i hovedsak forslaget om tilbakebetaling av klagegebyret ved medhold i klagen.

Advokatforeningen mener videre at endringene som er foreslått vedrørende KOFAs kompetanse, er hensiktsmessig for effektivisering av håndhevelsesregimet der det konstateres brudd på anskaffelsesreglene. Imidlertid må departementet vurdere om ordningen er i tråd med håndhevelsesdirektivet i lys av at "uten virkning" er den prinsipale sanksjon for ulovlige direkteanskaffelser som overstiger EØS-terskelverdi.

Endringene som departementet foreslår vil i realiteten kunne innebære at sanksjonene "uten virkning" og avkortning i kontrakt, erstattes med overtredelsesgebyr.

Videre vil KOFA få en dobbeltrolle gjennom departementets forslag. KOFA vil både kunne ilegge overtredelsesgebyr, dvs. ha domsmyndighet overfor oppdragsgiver, og kunne ta ut søksmål mot oppdragsgiver, dvs. være påtalemyndighet. En slik rolle for KOFA reiser spørsmål i forhold til den rollen som KOFA i dag har, nemlig å gi en uavhengig uttalelse av om oppdragsgiver har brutt regelverket eller ikke.

3. Kommentarer til de enkelte forslagene

3.1 KOFAs foreslåtte kompetanse: Overtredelsesgebyr og søksmålskompetanse

For å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkteanskaffelser foreslår departementet to tiltak:

- (i) å gjeninnføre KOFAs myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr; og
- (ii) å gi KOFA kompetanse til å ta ut søksmål.

I følge departementet skal fremgangsmåten være slik at i klagesaker der KOFA slår fast at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, skal KOFA enten treffe et vedtak om overtredelsesgebyr *eller* bringe saken inn til domstolene ved å ta ut søksmål (for å kjenne kontrakten uten virkning; avkorte kontrakten; eller ilegge overtredelsesgebyr).

3.2 Advokatforeningens syn på KOFAs nye rolle

At KOFA både skal ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr og til ta ut søksmål kan etter

Forslaget om endring av KOFAs kompetanse kan ses på som innføring av en to-trinnsbehandling i saker om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser, i samme retning som påtalemyndigheten i straffesaker og ESA konkurransesaker (uten sammenligning forøvrig). KOFA blir da et organ som kan avsi egne avgjørelser (overtredelsesgebyr), men som også kan bringe saken inn for et annet organ (domstolen) for å få fastslått visse rettsvirkninger. Dette kan være egnet til å effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesregelverket.

KOFA er i dag et rådgivende organ som avgir ikke-bindende uttalelser om mulige regelbrudd. Ileggelse av overtredelsesgebyr og forfølgelse for domstolene avviker i relativt stor grad fra de oppgaver KOFA i dag utfører. En forutsetning for å pålegge KOFA den myndighet departementet foreslår, er at KOFA får tilgang til tilstrekkelige ressurser for å kunne ivareta en eventuell utvidet kompetanse på en effektiv måte. Advokatforeningen er usikker på hvorvidt KOFA er organisert for å håndtere rettsaker, og departementet behandler ikke denne problemstillingen i høringsnotatet.

En annen mulig løsning være at KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr gjeninnføres, mens det blir forbeholdt tilbyder (eller andre med rettslig interesse) å ta ut søksmål mot oppdragsgiver Uavhengig av hvilken løsning som velges, må forslaget om endring av KOFAs kompetanse vurderes opp mot overholdelse av håndhevelsesdirektivet, noe som blir behandlet nærmere i det følgende.

3.3. Sanksjonene "uten virkning" og avkortning i kontrakt erstattes med overtredelsesgebyr

Når det gjelder KOFAs kompetanse til å ta ut søksmål, skriver departementet at:

"innsending av klagen [til KOFA] vil fremdeles være basert på klagers initiativ mens etterfølgende steg vil være avhengig av nemndas vurdering av saken".

Departementet fremholder at det er opp til KOFAs skjønn å avgjøre om det skal ilegges overtredelsesgebyr eller om det skal tas ut søksmål. Departementet viser videre til at KOFA bør bringe saker til domstolen der KOFA vurderer det slik at vilkårene for å idømme sanksjonene "uten virkning" og avkortning av kontrakt etter lovens §§ 13 og 14 er oppfylt, og det er behov for å få avsluttet kontrakten og gjenopprettet konkurransesituasjonen. Departementet viser til en rekke grunner til hvorfor KOFA vil kunne mene at det *ikke* er grunnlag for å ta ut søksmål. De hensyn som departementet viser til for ikke å ta ut søksmål, vil kunne medføre at terskelen for at KOFA tar ut søksmål der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, blir høy.

I realiteten vil ordningen kunne innebære at sanksjonene "uten virkning" og avkortning i kontrakt vil bli erstattet av overtredelsesgebyr. Etter nåværende lovs § 13 skal en kontrakt med verdi over terskelverdiene kjennes uten virkning dersom det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Domstolen skal idømme sanksjoner etter § 13 dersom vilkårene for dette er oppfylt, jf. § 15 annet ledd. Den prinsipale sanksjonen etter § 13 er dermed å kjenne kontrakten uten virkning.

Departementets forslag kan derfor være problematisk i relasjon til håndhevelsesdirektivet som LOA § 13 og § 14 skal gjennomføre. Sanksjonene "uten virkning" og avkortning i kontrakt ble innført ved dette direktivet, som Norge plikter å gjennomføre i norsk rett. Den skjønnsfriheten som tillegges KOFA, kan

dermed stride mot håndhevelsesdirektivets regler om at kontrakter inngått etter en ulovlig direkte anskaffelse skal kjennes uten virkning. Håndhevelsesdirektivet (artikkel 2d) oppstiller krav om at lovgiver innfører sanksjonen "uten virkning" ved blant annet ulovlige direkte anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Direktivet viser dermed at overtredelsesgebyr ikke alltid er en tilstrekkelig sanksjon. Når KOFA som offentlig klageorgan får valget mellom å legge overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelser over terskelverdi, der sanksjonen etter LOA § 13 ville vært "uten virkning", kan det derfor stilles spørsmål ved om dette er i strid med håndhevelsesdirektivet. Advokatforeningen mener at det er uklart om departementets forslag i tilstrekkelig grad gjennomfører håndhevelsesdirektivet når det gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Departementets forslag kan i prinsippet anses som en tilleggs-sanksjon mot offentlige oppdragsgivere, ved at KOFA kan ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlig direkteanskaffelser over terskelverdi. Aktører med rettslig interesse kan fremdeles kreve en kontrakt kjent uten virkning via domstolene. En slik tilleggs-sanksjon er i seg selv ikke problematisk i relasjon til håndhevelsesdirektivet. Problemet oppstår dersom tilleggs-sanksjonen reelt sett erstatter den prinsipale sanksjonen – "uten virkning". Dersom KOFA som offentlig avgjørelsesorgan nøyer seg med kun å ilegge gebyr for ulovlig direkte anskaffelser over terskelverdi, oppstår spørsmålet om håndhevelsesdirektivet blir tilstrekkelig ivaretatt, når kontrakten i utgangspunktet skal kjennes uten virkning.

På den annen side kan det tenkes det er tilstrekkelig i relasjon til håndhevelsesdirektivet at KOFA får en "tilleggskompetanse" uavhengig av domstolen til å ilegge gebyr som en ekstra sanksjonsmulighet, og at "uten virkning"-søksmål håndteres av domstolene som ikke får endret sin kompetanse. Selv om dette vil kunne lede til at "uten virkning" i realiteten erstattes med overtredelsesgebyr fordi terskelen er lavere for å klage til KOFA enn å gå til domstolene, vil det i det minste kunne lede til en mer effektiv håndhevelse enn dagens situasjon.

En mulig løsning vil kunne være å pålegge KOFA å ta ut søksmål der KOFA har lagt til grunn at det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse over EØS-terskelverdi, og der kontrakten har en viss løpetid igjen. En annen løsning vil kunne være at KOFA kun får kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr så fremt dette er i tråd med anskaffelsesdirektivet. Da vil "uten virkning" sakene være forbeholdt initiativ fra berørte leverandører.

Når det gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi, er overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt likestilte alternativer etter § 14. At KOFA kan ilegge gebyr i slike saker som eneste sanksjon, er dermed ikke problematisk i relasjon til håndhevelsesdirektivet. Det fremstår imidlertid som lite praktisk at KOFA i disse tilfellene skal ta ut søksmål for å få avkortet kontrakten, når KOFA i stedet kan ilegge overtredelsesgebyr. En mulig løsning er derfor å tillegge KOFA kompetanse til å gi overtredelsesgebyr for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Spørsmålet blir imidlertid om det er hensiktsmessig å skille mellom KOFAs kompetanse når det gjelder anskaffelser over og under EØS-terskelverdiene.

Departementets løsning vil i prinsippet kunne effektivisere håndhevelsen ved at flere saker blir bragt inn for KOFA, men det er en forutsetning at dette er i samsvar med håndhevelsesdirektivet. For å kunne tiltre departementets forslag fullt ut, mener Advokatforeningen at departementet i større grad må vurdere hvorvidt den forslåtte kompetanseoverføringen til et offentlig organ harmonerer med håndhevelsesdirektivet.

3.4 Søksmålsfrist

Advokatforeningen er enig i at søksmålsfristene bør avbrytes ved innsendelse av KOFA-klage. Dersom KOFA har lang saksbehandlingstid vil dette kunne ha innvirkning på KOFAs vurdering av hvorvidt det er hensiktsmessig å ta ut søksmål, f.eks. ved at den omtvistede kontrakten løper ut. En eventuell saksbehandlingstid bør ikke få konsekvenser for muligheten til domstolsprøving initiert av andre med rettslig interesse.

4. Gebyr for å klage til KOFA

Klagegebyret er per dags dato 1000 kr ved påstand om ulovlig direkte anskaffelse, mens klagegebyret er 8000 kr i andre saker.

Advokatforeningen er enig med departementet i at det er viktig at gebyret ikke står i veien for en effektiv håndhevelse, men er enig i at gebyret for å klage til KOFA ikke bør fjernes. Advokatforeningen støtter derfor departementets forslag om at klagegebyret skal tilbakebetales der klager får medhold av KOFA fullt ut i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Hva gjelder tilbakebetaling av klagegebyret i andre saker, mener Advokatforeningen at det kan være hensiktsmessig å skille mellom alvorlige brudd som kan ha påvirket resultatet av konkurransen, og mindre alvorlige brudd. KOFA må imidlertid ved en slik ordning bruke mer tid og ressurser i den enkelte sak på å vurdere om feilene kan ha påvirket utfallet av konkurransen.

Delvis tilbakebetaling kan holde antallet klager på et moderat nivå, mens full tilbakebetaling kan lede til flere klager.

Advokatforeningen mener at det er mest hensiktsmessig med full tilbakebetaling av gebyret.

5. Andre endringer som følge av endringer i lovverket

Advokatforeningen har ingen særskilte merknader til de øvrige endringene i håndhevelsesreglene.

6. Avslutning

Advokatforeningen støtter departementets forslag, og er helt enig i at det er nødvendig med en ytterligere effektivisering av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket. Imidlertid mener Advokatforeningen at departementet i større grad må vurdere om kompetanseoverføringen til KOFA som offentlig organ er i tråd med håndhevelsesdirektivet hva gjelder sanksjonen "uten virkning". Det er en forutsetning for Advokatforeningen at de foreslåtte endringene er i tråd med håndhevelsesdirektivet. Videre mener Advokatforeningen at KOFA ikke bør ha skjønnsfrihet til å velge hvilke sanksjoner som skal anvendes. Her bør det utformes klare regler som KOFA må forholde seg til.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no