

Vår dato Vår referanse
7.8.2015 15/00403-2

Deres dato Deres referanse
15/1998-1

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Saksbehandler:
Trygve Olavson Laake

Høringsbrev - Forslag om endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) viser til mottatt høringsbrev av 13.04.2015.

Difi har som en av sine overordnede oppgaver å effektivisere og videreutvikle offentlig sektor innenfor fagområdet offentlige anskaffelser. En viktig del av dette arbeidet innebærer å gi veiledning om praktiseringen av regelverket for offentlige anskaffelser og utvikle maler og sjekklister hvor regelverket er innarbeidet. I noen grad gir Difi også veiledning om klageadgangen og prosessen i den forbindelse.

I brev av 31.10.2014 leverte Difi hørings svar på NOU 2014:4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*. Som kjent deltok avdelingsdirektør Dag Strømsnes i Difi som utvalgsmedlem.

I brev av 17.06.2015 leverte Difi også hørings svar på departementets forslag om endring av lov om offentlig anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver.

Overtredelsesgebyr og søksmålskompetanse

Difi noterer at formålet med tiltakene som nå foreslås, er å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser. Etter at de nye lovendringene har trådt i kraft vil en klage til KOFA på en ulovlig direkte anskaffelse *enten* kunne ut i at oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr, *eller* at nemnda tar ut søksmål mot oppdragsgiver. En leverandør med rettslig interesse vil imidlertid fortsatt kunne gå direkte til domstolene med et søksmål om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Overtredelsesgebyrets størrelse vil kunne bli betydelig, inntil 15% av anskaffelsens verdi. Velger nemnda å gå til søksmål etter lovens sanksjonsbestemmelser, risikerer oppdragsgiver at kontrakten blir kjent uten virkning.

Difi er enig i departementets forslag om at intensjonskunngjøring skal ha samme virkning ift overtredelsesgebyr ved klage til KOFA, som ved søksmål for domstolene. Difi forstår det slik at KOFA uansett vil ha adgang til å behandle klagen og eventuelt konstatere regelbrudd. Dette kan presiseres.

Difi noterer videre departementets opplysning om at det har vært publisert 1056 intensjonskunngjøringene siden 1. juli 2012. Oppdaterte tall viser at det har vært publisert 1181 intensjonskunngjøringene pr 1. juli 2015. Difi mener at det er all grunn til en påminnelse til oppdragsgivere, slik departementet gjør, om at en intensjonskunngjøring bare kan brukes når oppdragsgiver faktisk anser at det foreligger hjemmel for ikke å kunngjøre, og at det her gjelder et

aktsomhetskrav til oppdragsgiver, slik følger av EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 (*Fastweb*).

Difi er enig i departementets forslag om at nemnda alltid *skal* ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, til forskjell fra tidligere regler da nemnda *kunne* ilegge gebyr ved forsettlig eller grovt uaktsomme ulovlige direkte anskaffelser. Forslaget innebærer at reglene blir konsistente med lovens sanksjonsbestemmelser som foreskriver at det skal ilegges sanksjoner i alle tilfeller av ulovlige direkte anskaffelser. Selv om nemnda, i tråd med de tidligere regler, ved fastsettelsen av gebyrets størrelse skal legge særlig vekt på overtredelsen grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen og eventuelle tidligere overtredelser og gebyrets preventive virkning, vil fjerning av skyldkravet antakelig medføre en forenkling og gjøre saksbehandlingen mindre ressurskrevende.

Difi kommenterer ikke de foreslåtte regler om frister, parallell behandling og domstolskontroll mv.

Tilbakebetaling av gebyr

Også Difi sitter med et inntrykk av at klagegebyret etter økningen kan få enkelte til å avstå fra å klage. I likhet med departementet mener Difi at det er viktig at klagegebyret ikke står i veien for en effektiv håndhevelse. Difi gir derfor sin tilslutning til departementets forslag om at klager skal ha mulighet for å få gebyret tilbakebetalt ved medhold i både rådgivende saker og saker om ulovlige direkte anskaffelser, som nærmere kommentert nedenfor.

Tilbakebetaling av klagegebyret i saker om ulovlige direkte anskaffelser

Difi er enig i at de som klager inn saker om ulovlige direkte anskaffelser kan sies å gjøre en samfunnsnyttig handling ved å rette oppmerksomhet mot et lovbrudd selv om de ikke har mulighet for å få en direkte gevinst av dette selv. Derfor bør slike klager oppmuntres. Difi forstår det også slik at nettopp dette er tanken bak forslaget om at klager skal kunne få gebyret tilbakebetalt der KOFA kommer frem til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Difi er imidlertid i tvil om den foreslåtte regel er tilstrekkelig. Difi noterer departementets opplysning om at av anslagsvis ca 350 saker med påstand om ulovlige direkte anskaffelser ble det ilagt gebyr i 81 saker på til sammen over 100 millioner kroner. På denne bakgrunn bør det vurderes å legge listen lavere, slik at gebyret tilbakebetales i de saker hvor klagen tas til realitetsbehandling, uansett utfall, mens det ikke tilbakebetales i saker hvor sekretariatet beslutter å avvise fordi klagen åpenbart er grunnløs eller ikke kan føre frem. Når nemnda tar saken til behandling viser det at det var tilstrekkelig grunn til å få saken prøvet, og det er da ingen grunn til at klageren skal måtte ta risikoen for om saken fører frem. Samtidig oppnår man å unngå/motvirke useriøse klager.

Tilbakebetaling av klagegebyret i andre saker

For andre saker enn ulovlige direkte anskaffelser har departementet to alternative forslag til hvordan tilbakebetalingen kan gjøres: *Enten* at klager får klagegebyret på 8 000 kroner tilbakebetalt i sin helhet der KOFA finner saksbehandlingsfeil hos oppdragsgiver, uavhengig av feilens art og omfang. *Eller* at det skilles mellom alvorlige brudd på regelverket som kunne ha påvirket resultatet av konkurransen, og mindre alvorlige brudd slik at klager får hele klagebeløpet tilbakebetalt ved alvorlige brudd og halve beløpet ved mindre saksbehandlingsfeil.

Det må erkjennes at det nok gjøres feil i mange anskaffelser, men antakelig er flertallet av disse feilene ikke av en slik art at det har hatt betydning for utfallet av konkurransen. Difi er av den oppfatning at det er ønskelig, slik KOFA ofte gjør, å presisere hvorvidt en feil er av en slik art eller ikke. Difi mener også det er en fordel for alle parter, både klageren, innklagede oppdragsgiver og – ikke minst – KOFA, om klager begrenses til de forhold som kunne hatt betydning for utfallet av konkurransen. En regel om at halve klagebeløpet tilbakebetales ved mindre saksbehandlingsfeil som ikke har hatt betydning for utfallet av konkurransen, kan tenkes å få den motsatte effekt, nemlig at klageren fremmer anførsler om alle mulige forhold i håp om å få medhold i hvert fall på noe. Difi mener det vil være formålstjenlig om reglene ikke oppmuntrer til dette. Det bør derfor vurderes om klagegebyret bør tilbakebetales bare hvor KOFA finner at

det er begått saksbehandlingsfeil som *kan ha hatt betydning* for utfallet av konkurransen, og ellers ikke. I disse sakene har klageren som oftest en egeninteresse i utfallet av saken, og følgelig vil hensynene bak forslaget om tilbakebetaling av klagegebyret i saker om ulovlige direkte anskaffelser i mindre grad gjøre seg gjeldende her.

Andre endringer i håndhevelsesreglene

Difi går ikke nærmere inn på departementets forslag til tekniske endringer i lovens sanksjonsbestemmelser som følge av implementeringen av EUs tre nye anskaffelsesdirektiver, eller øvrige endringer med sikte på forenklinger mv.

Difi er enig i departementets forslag til presisering av virkedager i forskrift om klagenemnda.

Økonomiske/administrative konsekvenser

Vi mener at departementets forslag supplert av våre tilbakemeldinger vil kunne bidra til å begrense den økning i ressursbehov som innføring av søksmålskompetanse og gjeninnføring av overtredelsesgebyr vil medføre.

Difi mener som nevnt at det er grunn til å minne oppdragsgivere om at en intensjonskunngjøring bare kan brukes når oppdragsgiver faktisk mener at det foreligger hjemmel for ikke å kunngjøre, og at det her gjelder et aktsomhetskrav til oppdragsgiver, slik det følger av EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 (*Fastweb*). En kort gjennomgang av en del tilfeldig utvalgte kunngjøringer viser at intensjonskunngjøring antakelig i en viss grad brukes for lettvinnt og at beskrivelser og begrunnelser er for lite informative og utilstrekkelige. Det er påregnelig at en del klager vil finne sitt grunnlag nettopp i disse intensjonskunngjøringene.

Difi noterer at høringsnotatet ikke gir noen nærmere beskrivelse av hvordan nemnda rent praktisk skal gjennomføre det skritt å gå til søksmål, herunder utarbeidelse av stevning, eventuelle muntlige forhandlinger osv. Håndhevelsesutvalget har antatt, og erfaringene fra eksempelvis Danmark har vist, at søksmål med sikte på å kjenne kontrakt uten virkning vil være ressurskrevende. Difi noterer videre opplysningen om at Konkurransetilsynet skal ha anslått en gjennomsnittlig kostnad på ca 200.000 kroner per sak, med tillegg av en tilsvarende sum i tilfelle anke. Difi har inntrykk av at saker om midlertidig forføyning ofte ligger på dette kostnadsnivået hos hver av partene, og gjerne mer, selv om disse ofte er mindre kompliserte og følgelig mindre ressurskrevende.

Vi benytter anledningen til å foreslå at departementet også vurderer andre tiltak for å begrense ressursbruken i den enkelte klagesak. Saksbehandlingsreglene legger i utgangspunktet opp til at saken skal være ferdig forberedt etter klage, tilsvarende og klagers kommentar til tilsvaret (replik), og at partene kan gis adgang til ytterligere kommentarer (bare) dersom saken ikke anses tilstrekkelig opplyst. Deretter skal saken normalt tas opp til avgjørelse. Vi har imidlertid inntrykk av at det ofte innleveres langt flere skrivelser enn dette. Det er påregnelig at innklagede normalt får anledning til en kommentar til klagers kommentar (duplikk), men det bør også kunne være hovedregelen at saken skal gå til avgjørelse etter totalt fire skrivelser. For både klager, innklagede og KOFA vil dette kunne medføre redusert ressursbruk.

Vennlig hilsen
for Difi

Ingelin Killengreen
Direktør

Dag Strømsnes
Avdelingsdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevne signaturer.