

07.08.2015

Høringsvar – Forslag til endringer i reglene om håndhevelse av offentlige anskaffelser

1. Innledning

KS Bedrift viser til departementets høringsbrev av 13. april med forslag til endringer i håndhevelsesregelverket. Endringene innebærer at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) igjen får mulighet til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser samt mulighet for selv å bringe saken inn for domstolene.

KS Bedrift er den ledende organisasjonen for bedrifter i kommunal sektor. Vi er arbeidsgiver og interesseorganisasjon for mer enn 500 kommunalt eide bedrifter, i ulike bransjer. De største bransjene leverer tjenester innenfor avfall, energi, havn samt brann og redning. I tillegg har vi interkommunale krisesentre, arkiv, konserthus, museum og idrettshaller som medlemmer.

- KS Bedrift ser at nåværende ordning, hvor domstolene skal ilegge gebyr, ikke fungerer på en effektiv og tilfredsstillende måte. Gebyr bør derfor kunne ilegges ved forsettlig eller grovt uaktsomme regelbrudd. Det vises videre til punkt 2 nedenfor.
- KS Bedrift er ikke enige i at KOFA gis søksmålskompetanse. Dette behandles i punkt 3.
- KS Bedrifts standpunkt om tilbakebetaling av klagegebyr, behandles i punkt 4.

2. Overtredelsesgebyr

Håndhevelsesdirektivet pålegger Norge å innføre flere sanksjoner for å sikre at anskaffelser gjennomføres i tråd med regelverket. Prinsipielt er KS Bedrift av den oppfatning at overtredelsesgebyr bør ilegges av domstolene. Overtredelsesgebyr har klare likhetstrekk med straff, og bør kun ilegges av domstoler etter en forutgående prosess hvor prinsipper som kontradiksjon og umiddelbar bevisføring er sentrale. Det vises i den forbindelse til flertallet i Håndhevingsutvalgets utredning (NOU 2010:2).

Samtidig innser vi at dagens ordning ikke fungerer i praksis. Vi er kun kjent med ett tilfelle hvor en sak om ulovlig direkte anskaffelse har blitt brakt inn domstolene. Dette står i sterk kontrast til det store antallet gebyrsaker KOFA behandlet før regelendringen. KS Bedrift ser derfor at en effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket, er i alles interesse.

KS Bedrift mener derfor at KOFA bør få tilbake adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr.

Gebyr bør derimot kun ilegges i opplagte saker. Med «opplagte saker» menes saker hvor oppdragsgiver har utvist forsett eller grov uaktsomhet.

Det å ilegge gebyr i andre saker (simpel uaktsomhet) bør fortsatt være forbeholdt domstolene. Grunnen til dette er at regelverket er vanskelig tilgjengelig. Det gjelder særlig mange av de unntaksbestemmelsene som resulterer i ulovlige direkteanskaffelser. Det være seg grensene for egenregi, tilleggsbestillinger, forhandlet prosedyre etter mislykket konkurranse, monopolunntaket osv.

Et annet argument for å begrense KOFAs myndighet til «opplagte saker» er at KOFAs vedtak kun kan overprøves av domstolene. Et slikt søksmål er svært resurskrevende.

3. Søksmålskompetanse

Departementet foreslår at KOFA skal ha søksmålsadgang ved mistanke om ulovlige direkte anskaffelser. KS Bedrift er i mot at KOFA skal få søksmålskompetanse der det er mistanke om ulovlige direkteanskaffelser. Tilsvarende løsning ble i sin tid forkastet av Håndhevelsesutvalgets flertall, jf NOU 2010:2 s 197 flg. Det ble her konkludert med at:

«Utvalgets flertall har på denne bakgrunn kommet til at det ikke er nødvendig eller hensiktsmessig ... å etablere noen form for offentlig søksmålsmyndighet i saker der det er mistanke om ulovlige direkte anskaffelser. Innenfor den modell som det nye håndhevelsesdirektivet medfører, vil slike saker måtte håndteres gjennom private søksmål. Det må antas at den preventive effekten av faren for at kontrakten skal kunne kjøpes «uten virkning» (samt de alternative sanksjonene), vil være tilstrekkelig til å ivareta formålet bak direktivet – også uten et stort antall tvister om dette. I tillegg kommer andre kontrollordninger, herunder revisjon foretatt av Riksrevisjonen og kommunerevisjonene, som i de senere år i praksis har vist seg å være et effektivt og viktig bidrag til håndhevelsen av regelverket.»

Det er uheldig at KOFA både innehar rollen som rådgivende organ og samtidig innehar «påtalekompetanse». Det at påtalekompetansen ligger hos et forvaltningsorgan (Konkurransetilsynet) representerer, etter vårt syn, et brudd med norsk rettstradisjon. Vi er heller ikke kjent med at andre nemnder har denne typen myndighet.

For statlige oppdragsgivere reiser det ytterligere problemstillinger når staten gjennom KOFA anlegger søksmål mot statlige oppdragsgivere. Regjeringsadvokatens rolle vil her kunne bli problematisk. Man kan få tilfeller hvor Regjeringsadvokaten gir råd til oppdragsgivere samtidig som han i andre saker prosederer saker på vegne av KOFA.

EU-kommisjonen er nå i gang med en evaluering av håndhevelsesdirektivet. Man bør avvente utfallet av denne prosessen, før man tillegger KOFA søksmålsmyndighet.

Om KOFA får tilbake gebyradgangen, vil den preventive effekten av dette alene være stor. Det vil fortsatt være adgang til å erklære kontrakter uten virkning, gjennom private søksmål. Den samlede preventive effekten vil være betydelig.

4. Tilbakebetaling av gebyr

4.1 Tilbakebetaling i saker om ulovlige direkteanskaffelser

KS Bedrift er fortsatt av den generelle oppfatning at klagegebyret i saker om ulovlige direkteanskaffelser bør økes. Til sammenligning betales DKR 20 000, i gebyr for Klagenævnet for Udbud når klagen gjelder EU-direktivene.

Forutsatt at KOFA kun gis kompetanse i opplagte saker, kan KS Bedrift støtte at klagegebyret tilbakebetales i sin helhet ved regelbrudd.

Om KOFA gis full kompetanse, også i de sakene som ikke er opplagte, mener KS Bedrift at gebyret bør differensieres. Da slik at det i saker hvor oppdragsgiver har vært i rettsvillfarelse, evt utvist simpel uaktsomhet, kun tilbakebetaler halve gebyret. KS Bedrift er i mot at KOFA skal foreta en konkret prøving av regelbruddets alvorlighetsgrad.

4.2 Tilbakebetaling i rådgivende saker

KS Bedrift er enige i at klager kan refunderes hele klagegebyret i saker hvor det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen.

Samtidig er vi i mot at klagegebyret refunderes ved mindre regelbrudd.

5.0 Øvrige endringer

KS Bedrift har ingen øvrige kommentarer til forslagene.

Med hilsen



Tone Molvær Berset
fagleder/advokat



Knut Reinert Skåre
advokat