



**OSLO KOMMUNES HØRINGSUTTALELSE - FORSLAG TIL ENDRINGER I ANSKAFFESESREGELVERKETS HÅNDHEVINGSREGLER**

Saksfremstilling:

*Innledende bemerkninger*

Denne saken gjelder Oslo kommunes høringsuttalelse til Nærings- og fiskeridepartementets (NFDs) forslag om endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser.

*Bakgrunnen for saken*

Direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet) ble vedtatt i EU 09.1. 2008. Formålet med direktivet var å forbedre effektiviteten av klageprosedyrene i anskaffelsesregelverket. Virkemidlene for å oppnå dette var blant annet å legge til rette for tvisteløsning før inngåelse av kontrakt gjennom bestemmelser om karenperiode og suspensjonsplikt. Videre ble sanksjoneringen av ulovlige direkte anskaffelser styrket ved at det ikke lenger var valgfritt, men pliktig, å ilegge sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser. Sanksjonene som ble innført var at kontrakten kjennes uten virkning, avkortning i kontraktens løpetid og ileggelse av overtredelsesgebyr.

Direktiv 2007/66/EF ble gjennomført i norsk rett med endringer i anskaffelsesregelverket som trådte i kraft 1.7.2012. I tråd med anbefalingen fra flertallet i Håndhevelsesutvalget i NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, ble det besluttet å legge samtlige nye sanksjoner til domstolene. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) mistet myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr, idet det ble ansett vanskelig å forene denne ordningen med de nye sanksjonene etter direktivet. Etter endringen som trådte i kraft 1.7.2012, var nemndas kompetanse på dette området begrenset til å uttale seg om hvorvidt det forelå en ulovlig direkte anskaffelse eller ikke. Håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser ble avhengig av søksmål til domstolen fra leverandørsiden.

NFD har i høringsbrev vedrørende forslag om endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser av 13.4.2015, med tilhørende høringsnotat, sendt forslag til nye regler på høring til en rekke instanser, herunder Oslo kommune.

Departementet har i høringsbrevet uttrykt at endringene i regelverket etter håndhevelsesdirektivet ikke har oppfylt sitt mål, og at håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser har blitt svekket. I den forbindelse er det særlig vist til at departementet kun er kjent med én rettsak hvor det er fremmet krav om at en avtale skal kjennes uten virkning (14-186866TVI-GJOV). Som en følge av at endringene i regelverket har vist seg ikke å ha hatt tilsiktet virkning, har NFD foreslått endringer av regelverket om offentlige anskaffelser. Forslaget omfatter endringer i lov om offentlige anskaffelser, forskrift om offentlige anskaffelser, forskrift om innkjøp i forsyningssektorene og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Formålet med de foreslåtte endringene, er å forbedre situasjonen og effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser.

Det ene sentrale forslaget i NFDs høringsnotat er at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) får utvidet kompetanse i saker om ulovlige direkte anskaffelser, slik at nemnda enten kan ilegge overtredelsesgebyr, eller bringe saken inn for domstolene ved søksmål. Det andre er at klager skal få tilbakebetalt klagegebyret i saker der KOFA kommer frem til at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse og i rådgivende saker der KOFA mener oppdragsgiver har begått saksbehandlingsfeil. I sistnevnte tilfeller kommer NFD med to alternative forslag. Det ene er at klager får tilbakebetalt gebyret i sin helhet, uavhengig av feilens art og omfang. Det andre er at klager får tilbakebetalt halvparten av gebyret ved mindre saksbehandlingsfeil, og hele gebyret ved feil som kan ha påvirket resultatet av konkurransen. ( I vedlagte forslag til forskrift sies det riktignok at gebyr i rådgivende saker skal tilbakebetales i sin helhet i tilfeller der oppdragsgivers brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter «har påvirket resultatet» av konkurransen. Det legges imidlertid til grunn at det her egentlig skulle stått «kan ha påvirket resultatet» av konkurransen, da sistnevnte uttrykk er det som benyttes for disse tilfellene både i departementets høringsbrev og høringsnotat og som dessuten er mest egnet for KOFA å ta stilling til.)

Departementet har satt høringsfristen til 14.08. 2015.

#### *Byrådens vurdering*

Byråden mener det er viktig å sikre en effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket, og er derfor spesielt opptatt av de konsekvensene NFDs forslag vil få for effektivitet og gjennomføring av håndhevelsen. Byråden stiller seg bak de fleste av departementets forslag. Noen steder nedenfor har imidlertid byråden belyst mulige problemstillinger og spørsmål som kan oppstå dersom de foreslåtte endringene blir gjennomført.

#### *Oslo kommunes høringsuttalelse*

Under vedtakspunktet i saken drøftes de av NFDs forslag til endring av regler som anses å være av størst betydning. Av de respektive drøftelsene fremkommer det hvorvidt Oslo kommune har stilt seg bak departementets forslag, eller om kommunen har en noe avvikende oppfatning av saken.

#### Lover og regelverk, tidligere vedtak

Det vises til byrådssak 1036/13 Strategi for Oslo kommunes anskaffelser for perioden 2013-2016, hvor det fremkommer at hovedmålet for strategien er at Oslo kommunes anskaffelser skal være innovative, økonomisk effektive og skapte tillit til Oslo kommune som innkjøper.

#### Økonomiske og administrative konsekvenser

Saken anses ikke å ha økonomiske eller administrative konsekvenser.

#### Vedtakskompetanse

Bystyret har i sak 218/01 av 30.5.2001 delegert til byrådet å avgi høringsuttalelse på kommunens vegne.

#### Byråden for finans innstiller til byrådet å fatte følgende vedtak:

Byrådet avgir etter delegert myndighet følgende høringsuttalelse til Nærings- og fiskeridepartementet vedrørende forslag om endring av håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser:

### 1. *Overtredelsesgebyr og søksmålskompetanse*

Håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser gjennom KOFA er i dag begrenset til rådgivende uttalelser uten noen rettslige konsekvenser for oppdragsgiver. Idet kun svært få saker er brakt til domstolene med påstand om ulovlig direkte anskaffelser i løpet av de nær tre år som har gått siden KOFA mistet sin gebyrmyndighet, mener departementet at privat håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser ikke er effektivt nok. Departementet foreslår på dette grunnlag å utvide KOFAs kompetanse i saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ved å

1. gjeninnføre klagenemndas myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr
2. gi klagenemnda kompetanse til å ta ut søksmål for domstolen

Departementet foreslår å gjeninnføre den tidligere gebyrhjemmelen i lov om offentlige anskaffelser § 7b, men med den endring at skyldkravet som tidligere var inntatt i bestemmelsen ikke videreføres. Dette henger sammen med at håndhevelsesdirektivet foreskriver at det skal ilegges sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser. Departementets forslag går ut på at KOFA, i saker hvor det konstateres at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, enten treffer vedtak om overtredelsesgebyr, eller bringer saken inn for domstolene ved å ta ut søksmål med krav om sanksjoner. Klagen til KOFA baseres på klagers initiativ, mens vurderingen av de etterfølgende steg vil avhenge av KOFAs vurdering. Departementet gir uttrykk for at det vil kunne være aktuelt for KOFA å ta ut søksmål hvor nemnda vurderer at vilkårene for å idømme sanksjonen uten virkning eller avkortning av kontrakt er oppfylt. Videre må det være behov for å få avsluttet kontrakten og gjenopprette konkurransesituasjonen.

Nedgangen i antall saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse for KOFA, samt de svært få sakene som er brakt inn til domstolene, tilsier at det må foretas grep for å bedre effektiviteten av håndhevelsen på dette området. Kontrakter anskaffet gjennom ulovlige direkte anskaffelser er alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket, og kan ha svært skadelig effekt på konkurransesituasjonen. Oslo kommune er derfor positiv til departementets forslag for å sikre mer effektiv håndhevelse på dette området. Imidlertid stilles det spørsmål ved om det i praksis vil kunne oppstå utfordringer knyttet til blant annet objektivitet ved at et organ opptrer både som "domstol" og "påtalemyndighet". Videre bemerkes det at KOFAs valg vil ha stor betydning for sakskostnadene den offentlige oppdragsgiver risikerer.

Departementet presiserer at oppdragsgiver ved å foreta en intensjonskunngjøring, og tidligst inngå kontrakt ti dager etter denne, kan unngå ileggelse av sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser. Departementet foreslår at det samme skal gjelde for ileggelse av overtredelsesgebyr av KOFA. Oslo kommune tiltrer dette synspunktet, og anser dette for å være fornuftig for å sikre et helhetlig og konsistent håndhevelsessystem.

Det er foreslått at gebyrets størrelse skal settes til inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi. Ved vurderingen av gebyrets størrelse, skal KOFA særlig legge vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkteanskaffelser, og overtredelsesgebyrets preventive virkning. Oslo kommune har ingen innvendinger til den foreslåtte gebyrstørrelsen i seg selv, forutsatt at skalaen faktisk blir brukt til å sikre konsistens og signalverdi i sakene. I motsatt tilfelle risikerer man at gebyrsummene blir uforholdsmessig store i visse tilfeller. Nå som skyldkravet i loven § 7b er fjernet, er det spesielt viktig at hele skalaen blir brukt.

Som illustrasjon kan nevnes KOFA-sak 2013/27 (Lenvik kommune). Innklagede kunngjorde en åpen anbudskonkurranse om prosjektering og utførelse av en

ungdomsskole. Innklagede hadde ved en tastefeil benyttet CPV-koden for "*Undervisning på ungdomsskole/videregående nivå*" for hovedanskaffelsen. Klagenemnda konstaterte at innklagede ved å benytte feil CPV-kode hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Bakgrunnen var at den feilaktige angivelsen av CPV-koden kunne likestilles med unnlattelse av å kunngjøre oppdraget i sin helhet. Slik Oslo kommune vurderer det, vil det gi urimelige utslag dersom overtredelsesgebyret i tilsvarende tilfeller ikke settes svært lavt. Det legges til grunn at KOFA's skjønnsutøvelse på dette punkt er så vid at det er mulig å differensiere sakene i tilstrekkelig grad.

Søksmålsfristene er angitt i lov om offentlige anskaffelser § 15 (to år/30 dager dersom kontraktstildeling er kunngjort). Departementet har foreslått at klage til KOFA er fristavbrytende. Oslo kommune stiller seg bak forslaget, og anser dette for å være en naturlig konsekvens av endringen i KOFA's myndighet. For øvrig synes dette å være overensstemmende med at klage til andre konfliktløsningsorganer avbryter foreldelsesfristen (eks. konfliktrådet).

Videre foreslår departementet en utvidet søksmålsfrist, slik at det gis en ny søksmålsfrist på 30 dager etter at KOFA har avvist en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse eller klagen ikke har ført frem. Som departementet påpeker, kan det tenkes at en part har interesse av å bringe en sak inn for domstolen til tross for at nemnda ikke har tatt klagen til følge. Dersom KOFA ilegger overtredelsesgebyr, er det foreslått en to måneders frist for oppdragsgiver til å vurdere om dette ønskes prøvd for retten. Denne fristen sammenfaller med betalingsfristen for overtredelsesgebyret. Oslo kommune er enig i forslaget, og forutsetter at klagegebyret får oppsettende virkning dersom saken blir brakt inn for retten. Dette både av hensyn til administrasjon hos KOFA, samt budsjettensyn hos den offentlige oppdragsgiver. Videre vurderer departementet problematikken som oppstår ved at domstolen og KOFA vil få overlappende kompetanse til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser. Departementet foreslår dette løst ved at KOFA skal stille behandlingen av saken i bero inntil endelig dom foreligger. Da har KOFA hjemmel til å avvise klagen, og evt. gjenoppta behandlingen dersom domstolen avviser saken/saken trekkes. Oslo kommune anser dette for en hensiktsmessig måte å løse denne problematikken på, og støtter således forslaget. Det antas at det legges til rette for en praktisk varslingsform mellom domstolen og KOFA i disse sakene, slik at en sikrer at det faktisk ikke oppstår tilfeller av dobbeltbehandling eller at saker ikke blir formelt avsluttet så raskt som mulig. Det antas imidlertid at problemstillingen neppe vil oppstå særlig ofte. I den forbindelse vises det til det svært begrensede antall saker som har vært brakt inn til domstolene på dette området. Videre vises det til at KOFA, både av hensyn til effektivitet og økonomi, trolig vil fremstå som et mer attraktivt alternativ for klager i disse sakene dersom de foreslåtte endringene blir vedtatt.

For det tilfellet at det anlegges søksmål for domstolen etter at KOFA har ilagt gebyr, foreslår departementet at KOFA alltid skal varsles ved søksmål fra privat part, og at KOFA opphever vedtak om overtredelsesgebyr dersom domstolen ilegger reaksjoner for samme forhold. På denne måten unngår man evt. "dobbeltstraff". Oslo kommune stiller seg bak dette forslaget, men bemerker også her at det bør sikres en god varslingsform slik at KOFA faktisk får slikt varsel til rett tid. Eksempelvis kan det være en løsning at domstolene pålegges en plikt til å varsle KOFA automatisk når stevning innkommer retten.

Departementet omtaler også forholdet til domstolskontroll i høringsbrevet. Retten vil kunne prøve alle sider av saken, ilegge andre sanksjoner enn nemnda, og retten er heller ikke bundet av partenes påstander. Også på dette punkt er Oslo kommune enig i departementets vurderinger, og stiller seg bak forslaget.

**Konklusjon:**

Oslo kommune støtter de foreslåtte endringene i KOFAs myndighet.

**2. Klagegebyr**

NFD redegjør for å ha fått innspill fra aktører om at økningen i klagegebyrene innebærer en så forhøyet terskel for å klage til KOFA at leverandørene og andre med saklig interesse for å klage nå avstår fra å klage. Departementet presiserer at det er viktig at klagegebyret ikke står i veien for en effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket; noe som er bakgrunnen for de foreslåtte endringene knyttet til klagegebyr.

Bakgrunnen for opprettelsen av KOFA i 2003 var å gjøre det raskt og rimelig for leverandører å få avgjort tvister knyttet til brudd på anskaffelsesregelverket. Oslo kommune er enig i at det er viktig at klagegebyr ikke hindrer effektiv håndhevelse, og når aktørene gir uttrykk for at klagegebyret er en skranke for å klage, vurderer Oslo kommune det slik at det er riktig å gjøre endringer på dette området. Oslo kommune antar imidlertid at KOFAs saksbehandlingstid, som frem til nylig har vært svært lang, også kan ha hatt innvirkning på klagetilfanget.

**2.1 Klagegebyret i saker om ulovlige direkte anskaffelser**

I saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er klagegebyret kr 1000. Før 1.07.2012 var det ikke gebyr for å bringe slike saker inn for KOFA. Bakgrunnen for økningen i klagegebyr, var blant annet å sørge for at saksmengden ikke skulle fortsette å øke uforholdsmessig.

I saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, foreslår departementet en endring i reglene om klagegebyr slik at klagere som får medhold i klagen får tilbakebetalt gebyret. Idet saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse er svært ressurskrevende for KOFA, samt klagekretsen i disse sakene er videre enn i andre saker, presiserer departementet at det ikke er fornuftig å fjerne tersklene for å klage fullstendig.

Oslo kommune er som nevnt av den oppfatning at det er viktig at klagegebyret ikke står i veien for effektiv håndhevelse, og stiller seg således bak departementets forslag. Som departementet påpeker, gjør de som klager en samfunnsnyttig handling ved å rette oppmerksomhet mot potensielle lovbrudd, og de som klager får selv heller ingen direkte gevinst ut av dette. Imidlertid deler Oslo kommune departementets standpunkt om at det må være en viss terskel for å klage. Hverken KOFA eller den offentlige oppdragsgiver er tjent med at det sendes inn helt grunnløse klager, jf. også hensynet til effektivitet og ressursbruk.

For øvrig antar vi at motivasjonen for å klage i disse sakene vil øke som følge av de foreslåtte endringene i KOFAs myndighet. Saksbehandlingstiden i KOFA har gått betraktelig ned de siste årene, jf. KOFAs årsrapport for 2014. En behandling i nemnda vil trolig både være raskere og rimeligere enn domstolsbehandling. I den forbindelse bemerkes det at det for alle parter - også for den offentlige oppdragsgiver- er viktig å få avklart saker hvor det er fremmet anførsel om ulovlig direkte anskaffelse så raskt som praktisk mulig. Videre antar Oslo kommune at et klagegebyr på kr 1000 ikke vil medføre at noen avstår fra å klage, spesielt ikke dersom KOFA får myndighet til å ilegge rettslige reaksjoner ved brudd, samt om klager får tilbakebetalt gebyret dersom anførselen om ulovlig direkte anskaffelse fører frem.

**Konklusjon:**

Oslo kommune støtter forslaget om at klager får tilbakebetalt klagegebyret dersom anførselen om ulovlig direkte anskaffelse fører frem.

## 2.2 Klagegebyret i andre (rådgivende) saker

For at saksmengden til KOFA ikke skulle øke i samme takt som tidligere, ble klagegebyret i andre (rådgivende) saker økt fra kr 860 til kr 8000 i 2012. Departementet presiserer at KOFA, til tross for gebyrøkningen, må anses som et lavterskeltilbud. Likevel har departementet mottatt innspill om at økningen i klagegebyrene innebærer en så forhøyet terskel for å klage at leverandørene avstår fra å klage.

Videre ytrer departementet forståelse for at det kan oppleves mer rettferdig for klager hvis vedkommende får refundert gebyret ved medhold i saken, og foreslår derfor å innføre tilbakebetaling. Som en følge av ovennevnte, foreslår departementet at leverandørene skal få tilbakebetalt gebyret dersom klagen fører frem. Departementet foreslår to alternative modeller, som det ønskes innspill på:

Alternativ 1) Klager får klagegebyret tilbakebetalt i sin helhet der KOFA konstaterer saksbehandlingsfeil hos oppdragsgiver; uavhengig av feilens art og omfang.

Alternativ 2) Det skilles mellom alvorlige brudd på regelverket og mindre alvorlige brudd. Ved alvorlige brudd på regelverket, som kan ha påvirket resultatet av konkurransen, vil klager få hele klagebeløpet tilbakebetalt. Ved mindre saksbehandlingsfeil får klager tilbakebetalt halvparten av klagegebyret, altså kr 4000.

Departementet ser at det kan reises motargumenter mot tilbakebetaling ved at det kan bli konfliktskapende og prosessdrivende hvis klager da kommer til å klage på flest mulige punkter for å øke sjansene for medhold. Videre påpeker departementet at det vil medføre en økt arbeidsbelastning for KOFA å måtte ta stilling til om det foreligger grunnlag for tilbakebetaling.

Oslo kommune antar at nedgangen av klager til KOFA de siste årene tilsier at gebyret delvis har hatt betydning for hvorvidt leverandørene klager. Som nevnt tidligere, er Oslo kommune av den oppfatning at det er viktig å fremme effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket og er derfor positiv til departementets forslag om tilbakebetaling av gebyr.

Når det gjelder de to alternative forslagene departementet fremsetter, vil Oslo kommune stille seg bak alternativ 2), men med én endring. Oslo kommune stiller seg bak forslaget om at klager får hele klagegebyret tilbakebetalt ved alvorlige brudd på regelverket, som kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Oslo kommune foreslår imidlertid at ikke noe av innbetalt klagegebyr betales tilbake ved mindre alvorlige brudd på regelverket, som ikke kan ha hatt betydning for resultatet av konkurransen. Bakgrunnen er hensynet til effektivitet, konfliktnivå, ressurser og saksbehandlingstid. Oslo kommune er av den oppfatning at klager til KOFA i praksis er langt mer omfattende enn stevninger til domstolen. Dette har muligens sammenheng med de konsekvenser unødvendig vidløftiggjøring kan ha for sakskostnadsansvaret i sivile saker, samt domstolens adgang til prosessledelse. Å håndtere et stort antall anførsler er selvsagt ressurskrevende både for klagenemnda og den offentlige oppdragsgiver. Videre krever rettsområdet såpass stor grad av presisjon at det ofte vil kunne være mulig å finne formale feil o.l. Det kan tenkes at klager har et incitament til å utbrodere saken i uhensiktsmessig stor grad dersom tilbakebetaling av (deler av) gebyret avhenger av at han finner en feil, uavhengig av feilens størrelse. De samme argumentene begrunner for øvrig også hvorfor Oslo kommune ikke stiller seg bak det foreslåtte alternativ 1).

Hva gjelder den arbeidsbelastning det vil medføre for klagenemnda å vurdere i hvilke tilfeller gebyr skal tilbakebetales, legger Oslo kommune til grunn at dette er helt håndterbart. Skillet mellom feil som kan ha hatt betydning for resultatet av konkurransen

og de som ikke kan ha hatt det, vil KOFA i stor grad vurdere uansett, slik at tilleggssarbeidet trolig er beskjedent. Videre pekes det på at vurderingene til en viss grad ligner på de skjønnsvurderingene retten foretar i sakskostnadsspørsmål i sivile saker.

Slik Oslo kommune ser det, innebærer Oslos skisserte forslag en hensiktsmessig terskel for å sikre et godt og effektivt lavterskeltilbud.

**Konklusjon:**

Oslo kommune støtter forslaget om tilbakebetaling av klagegebyret i saker hvor påstand om ulovlig direkte anskaffelse fører frem. Videre støttes forslaget om tilbakebetaling av hele klagegebyret i øvrige saker hvor brudd på anskaffelsesregelverket kan ha påvirket resultatet av konkurransen. Imidlertid foreslås det at ikke noe av gebyret tilbakebetales dersom bruddet på regelverket ikke kan ha hatt betydning for resultatet av konkurransen. Oslo kommune mener at dette er en hensiktsmessig terskel for å sikre et godt lavterskeltilbud.

Subsidiært stiller Oslo kommune seg bak det foreslåtte alternativ 2).

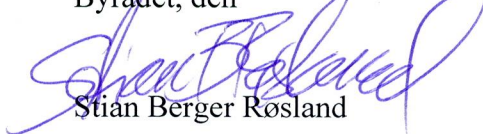
Byrådsavdeling for finans, den 06 AUG 2015



Eirik Lae Solberg

Byrådet tiltrådte innstillingen fra byråden for finans.

Byrådet, den 13 AUG 2015



Stian Berger Røsland

Vedlegg tilgjengelig på Internett:

1. Høringsbrev - Forslag om endringer i reglene om offentlige anskaffelser
2. Høringsnotat - Forslag om endringer i reglene om offentlige anskaffelser

Vedlegg ikke tilgjengelig på Internett: Ingen