

REGJERINGSADVOKATEN

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref

Vår ref
2015-0346 HER/HER

Dato
26.08.2015

HØRING - FORSLAG OM ENDRINGER I REGLENE OM HÅNDHEVELSE AV REGELVERKET OM OFFENTLIG ANSKAFFELSER

1 INNLEDNING

Vi viser til departementets høringsbrev og høringsnotat av 13. april 2015. Fristen for å avgi høringsuttalelse var i utgangspunktet 14. august s.å. I telefonsamtale med departementet ved Monica Auberg fikk Regjeringsadvokaten utsatt fristen til 26. august.

Vi vil i vår høringsuttalelse konsentrere oss om to forhold. I punkt 2 nedenfor har vi kommentert departementets forslag om å gi KOFA kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, jf. forslaget til ny § 12 a i lov om offentlige anskaffelser. I punkt 3 nedenfor har vi kommentert forslaget om å gi KOFA kompetanse til å gå til sak mot offentlige oppdragsgivere med påstand om å kjenne inngåtte kontrakter uten virkning / avkortning, jf. forslaget til ny §§ 12a og 13 i lov om offentlige anskaffelser.

2 DEPARTEMENTETS FORSLAG OM AT KOFA SKAL GIS KOMPETANSE TIL Å ILEGGE OVERTREDELSESGBYR VED ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER

Departementet foreslår at KOFA skal gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, jf. forslaget til ny § 12 a) i lov om offentlige anskaffelser.

Departementet begrunner dette med at det er «[...] et klart behov for å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser [...], jf. høringsnotatet s. 4. Departementet mener at privat håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser ikke har vært effektiv nok «[...] siden kun én slik sak har vært brakt til domstolene i Norge frem til nå.»

Regjeringsadvokaten ser at departementet har trukket frem flere momenter som kan tale for at man ser på om det er grunn til å endre på dagens sanksjonsregler. Vi finner imidlertid også grunn til å trekke frem at det er motargumenter til forslaget, som samlet sett kan tilsi at ordningen beholdes som den er i dag.

REGJERINGSADVOKATEN

Vi vil aller først bemerke at departementet var kjent med at antallet saker ville gå ned som en konsekvens av at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr ble flyttet til domstolene i 2012. Departementet fremhevet til og med dette som en ønsket utvikling i lovforarbeidene. Vi viser her til forarbeidene til gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet, Prop 12 L (2011-2012) s. 39-40:

«Departementet er oppmerksom på at en overgang fra dagens system med administrativt overtredelsesgebyr, til en modell der alle sanksjonene (herunder gebyr) må ilegges av domstolene, kan føre til at færre saker om ulovlige direkte anskaffelser blir håndhevet. Det følger bl.a av at terskelen for å reise sak for domstolene er høyere enn for å klage til KOFA, samt at kretsen av søksmålsberettigete vil være mer begrenset enn etter dagens ordning, der enhver kan klage til KOFA i saker om ulovlig direkte anskaffelse. Dette kan isolert sett anses som en ulempe ved den foreslåtte reformen. Departementet mener imidlertid at det som skal tillegges vekt først og fremst må være den preventive effekten. Det er ikke noe mål i seg selv å få så mange tvistesaker som mulig, men derimot å forebygge ulovlige direkte anskaffelser og andre regelbrudd i fremtiden. Det nye sanksjonssystemet må samlet sett anses å ha en minst like sterk preventiv effekt som dagens overtredelsesgebyr.»

Vi viser også til proposisjonen s. 53-54:

«Det er på det rene at en domstolsmodell kan føre til en høyere terskel for å bringe saker inn for håndhevelsesorganet. For det første mener departementet at dette til en viss grad er ønskelig. Når håndhevelsesdirektivet innfører mer inngripende sanksjoner, bør det tilsvarende være en noe høyere terskel for å klage inn en sak. Videre er det grunn til å tro at de strengere sanksjonene i seg selv vil virke preventive mot regelbrudd, og dermed veie opp virkningen av at terskelen for å gå i gang med en klageprosess blir noe høyere. I forbindelse med dette er det også relevant å vise til den nye adgangen til å foreta såkalt intensjonskunngjøring. Slik kunngjøring vil bidra til mer åpenhet om prosessene på et tidlig stadium, slik at brudd på reglene kan oppdages og rettes opp før det er behov for å bringe dem inn for et håndhevelsesorgan.»

Som det fremgår av det som er sitert fra proposisjonen fra 2011, var departementet opptatt av den preventive effekten av de nye sanksjonsreglene. Det sentrale spørsmålet er følgelig om sanksjonsreglene som ble innført i 2012, med den tilhørende domstolsmodellen, har hatt den ønskede preventive effekt (dvs: ført til færre ulovlige direkte anskaffelser). Slik vi ser det, kan det faktisk at det har vært anlagt få eller ingen saker om overtredelsesgebyr for domstolene, ikke nødvendigvis tas til inntekt for at sanksjonsreglene under dagens domstolsmodell ikke virker effektivt nok.

Vi vil i den forbindelse også minne om at det i perioden etter regelendringene i 2012 har vært publisert et betydelig antall intensjonskunngjøringer, jf. høringsnotatet s. 3. Det er etter vår oppfatning grunn til å tro at intensjonskunngjøringene er en medvirkende faktor til at det har blitt få saker for domstolene, da dette har gitt mulighet til å rette opp potensielle ulovlige direkte anskaffelser.

Vi mener det er rimelig grunn til å tro at sanksjonsreglene under dagens domstolsmodell har hatt en preventiv effekt, dvs. ført til færre ulovlige direkte anskaffelser. Det faktisk at svært mange oppdragsgivere har valgt å publisere intensjonskunngjøringer, kan i alle fall tale for at oppdragsgiversiden har ønsket å unngå å bli rammet av de nye sanksjonsreglene.

REGJERINGSADVOKATEN

Departementet gir også i høringsnotatet uttrykk for at sanksjonen overtredelsesgebyr fungerte godt da KOFA hadde kompetanse til å ilegge gebyret i perioden 2007-2012, jf. s. 2 i høringsnotatet. Departementet viser til at av anslagsvis 350 saker med påstand om overtredelsesgebyr i denne perioden, ble det ilagt gebyr i 81 saker. Departementet viser deretter til at kun 2 av disse sakene ble brakt inn til rettslig prøving, og at også dette indikerer at ordningen fungerte godt i perioden 2007-2012.

Vi er ikke umiddelbart enig i at de ovennevnte tallene kan tas til inntekt for at den tidligere ordningen fungerte godt. Man kan også se det slik at tallene viser at over 75 % av sakene hvor det var fremsatt krav om ileggelse av overtredelsesgebyr for KOFA, var ubegrunnede. Dette representerer et betydelig antall saker som krever saksbehandlingsressurser både hos KOFA, og hos de offentlige oppdragsgiverne.

Vi ville også vært noe varsom med å bruke det faktum at kun 2 av gebyrsakene har blitt brakt inn for domstolene til rettslig overprøving, som et mål for hvor godt ordningen hvor KOFA ilet overtredelsesgebyr fungerte. Etter vår oppfatning kan disse tallene også ses i lys av at de aller fleste offentlige organer vil ha en svært høy terskel for å anlegge søksmål mot en statlig nemnd, for å overprøve et gebyrvedtak. I praksis vil nok de fleste offentlige organer, uavhengig av hvor uenige de er i gebyrvedtaket, unnlate å bringe et slikt vedtak inn for domstolene.

Til slutt vil vi fremheve et motargument til forslaget som etter vår oppfatning ikke har kommet godt nok frem i høringsnotatet. Ved drøftelsen av spørsmålet om kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr skulle flyttes til domstolene ifbm gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet, ble det fra departementets side lagt stor vekt på viktigheten av å reddykke KOFAs rolle som et rådgivende organ. Vi viser her til det departementet skrev på s. 53-54 i proposisjonen:

«Departementet foreslår at kompetansen til å ilegge samtlige beføyelser etter håndhevelsesdirektivet legges til domstolene, og at overtredelsesgebyret i KOFA faller bort som sanksjon, slik at KOFA igjen blir et rent rådgivende organ. Begrunnelsen er for det første at departementet, i likhet med et samlet utvalg og samtlige høringsinstanser som har uttalt seg om valg av klageorgan, mener at KOFA har fungert godt som et konfliktløsende, lett tilgjengelig og relativt effektivt lavterskeltilbud, og at det bør legges til rette for at et slikt organ fortsatt kan eksistere. Departementet mener dette best lar seg gjøre ved at de formelle sanksjoner og beføyelser på anskaffelsesfeltet fortsatt legges til domstolene.

[...]

Ved å reddykke KOFAs rolle som rådgivende organ, vil KOFA nettopp kunne fortsette sin viktige funksjon som lavterskeltilbud i de sakene som utgjør størstedelen av KOFAs aktivitet i dag.»

For både leverandørsiden og de offentlige oppdragsgiverne er det av stor betydning at KOFA har kort saksbehandlingstid. KOFA har nå endelig klart å få saksbehandlingstiden ned til 3 måneder i alle saker: (<http://www.kofa.no/no/aktuelt/nyheter/2015/Na-behandler-vi-saken-din-innen-3-maneder/>). Det er etter vår oppfatning vanskelig å se for seg noe annet enn at behandlingen av saker hvor det er krevd ileggelse av gebyr, vil måtte gå på bekostning av saksbehandlingsressurser som kunne vært brukt på å opprettholde denne behandlingstiden på rådgivningssakene, eller å få den ytterligere ned. Vi kan ikke se at departementet har vektlagt dette når de har fremsatt forslaget om at KOFA skal gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr.

REGJERINGSADVOKATEN

3 DEPARTEMENTETS FORSLAG OM AT KOFA SKAL KUNNE GÅ TIL SØKSMÅL MOT OFFENTLIGE OPPDRAGSGIVERE VED ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER

Departementet foreslår at KOFA skal kunne anlegge søksmål mot offentlige oppdragsgiver dersom vilkårene for å kjenne en kontrakt uten virkning er oppfylt, jf. forslaget til ny § 12 a) i lov om offentlige anskaffelser. Også denne sanksjonsmuligheten er begrunnet i behovet for å styrke håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, jf. s. 4 i høringsnotatet.

Regjeringsadvokaten støtter ikke departementets forslag.

Etter hva vi kan se, representerer det noe nytt, at en offentlig klagenemnd eller lignende gis kompetanse til å saksøke et annet offentlig organ, herunder staten ved det ansvarlige departementet. Det reiser etter vår oppfatning en del strukturelle, prosessuelle og praktiske spørsmål, som bør utredes grundigere enn hva som er gjort i høringsnotatet. Vi vil for vår del peke på noen umiddelbare problemstillinger dette reiser:

For det første savner vi en grunnleggende problematisering av det strukturelle grepet ved at KOFA, som en uavhengig, men like fullt, statlig nemnd, skal kunne føre saker mot staten, herunder sitt eget fagdepartement, for alle instanser.

For det andre reiser det seg en rekke praktiske spørsmål knyttet til utøvelsen av en slik søksmålskompetanse. Hva er forholdet mellom de ulike nemndsmedlemmene i vurderingene av om man skal utøve søksmålskompetansen? Og hvilken rolle skal nemndas medlemmer ha ved beslutningen om å gå til søksmål mot de offentlige oppdragsgivere, og underveis i en prosess for domstolene. Er det nemndas leder som tar de endelige avgjørelsene, herunder beslutninger om saken skal trekkes, dersom saksforberedelsen gir grunn til det?

For det tredje reiser det seg flere prosessuelle spørsmål knyttet til forslaget. Vi forstår det for eksempel slik at søksmålskompetansen vil utøves på den måten at KOFA først konkluderer i spørsmålet om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og deretter treffer en beslutning / vedtak om å gå til søksmål mot oppdragsgiveren, jf. forslaget til § 12a). Skal beslutningen om å gå til søksmål (eller ikke gå til søksmål) anses som et vedtak, som kan være gjenstand for selvstendig domstolsprøvelse? Og hvordan trekker man i så tilfelle grensen for hvem som har søksmålskompetanse?

I tillegg til disse mer strukturelle innvendingene til departementets forslag, vil vi vise til de argumenter vi har pekt på punkt 2 ovenfor. Det ene gjelder det reelle behovet for å effektivisere håndhevelsen, det andre gjelder hvorvidt forslaget går på bekostning av hensynet til å dyrke KOFA som et rent rådgivende organ. Forslaget om å gi KOFA ikke bare kompetanse til å ilegge gebyr, men også søksmålskompetanse, leder etter vårt syn til en strukturell dreining bort fra denne sentrale rådgivende funksjonen i tvistesaker mellom partene.

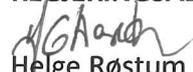
I tillegg vil det å gi KOFA søksmålskompetanse utvilsomt ta ressurser fra rådgivningsfunksjonen. Vi viser her til de momenter departementet selve pekte på da man forrige gang vurderte å gi KOFA søksmålskompetanse, jf. Prop 12 L (2011-2012) s. 55:

«Endelig vil en slik oppgave være ressurskrevende. Det vil særlig gjelde dersom organet gis frihet til å vurdere på fritt grunnlag om det skal reise søksmål i en gitt sak. Det vil også være ressurskrevende for organet å være part i sakene i retten. Det vil enten måtte føre sakene selv eller ha en prosessfullmektig, og organet må også følge sakene videre til eventuelle ankeinstanser.»

REGJERINGSADVOKATEN

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN


Helge Røstum
advokat



