



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

HØRINGSNOTAT – FORSLAG TIL ENDRINGER I REGLENE OM HÅNDHEVELSE AV REGELVERKET OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

1. INNLEDNING

Nærings- og fiskeridepartementet sender et forslag til endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser på høring. Dette omfatter endringer i lov om offentlige anskaffelser, forskrift om offentlige anskaffelser, forskrift om innkjøp i forsyningssektorene, og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

For det *første* foreslår departementet å utvide Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) sin kompetanse i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Nemnda gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr og til å bringe saker inn for domstolene ved søksmål.

For det *andre* foreslår departementet en endring i reglene om gebyr for å klage (klagegebyret). Klagere som får medhold i klagen, skal få gebyret tilbakebetalt.

For det *tredje* foreslår departementet endringer i håndhevelsesreglene som har sammenheng med departementets pågående høring om forslag om endringer i lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver med høringsfrist til 17. juni 2015. Som følge av dette er det nødvendig å foreta tekniske endringer i lovens sanksjonsbestemmelser. Departementet har også foretatt en generell gjennomgang av håndhevelsesreglene i anskaffelsesregelverket med sikte på forenklinger og foreslår visse språklige og regeltekniske endringer i loven.

Avslutningsvis foreslås en presisering av virkedager i forskrift om klagenemnda.

2. BAKGRUNNEN FOR ENDRINGSFORSLAGENE - STYRKING OG EFFEKTIVISERING AV HÅNDHEVELSEN

2.1 Gjennomføring av håndhevelsesdirektivet

EUs siste håndhevelsesdirektiv for offentlige anskaffelser (direktiv 2007/66/EF) ble gjennomført i norsk rett med endringer i anskaffelsesregelverket som trådte i kraft 1. juli 2012. Formålet med direktivet var todelt. For det første skulle de nye reglene effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesreglene og forbedre leverandørenes rettssikkerhet ved å legge til rette for tvisteløsning før kontrakt inngås (reglene om karenperiode og suspensjon). For det andre var det et formål å styrke sanksjoneringen av ulovlige direkte anskaffelser. Det ble innført nye inngripende sanksjoner som innebærer at en kontrakt kan bli kjent uten virkning, at kontraktens løpetid kan bli avkortet, eller at oppdragsgiver kan bli ilagt et overtredelsesgebyr.

I tråd med anbefalingen fra Håndhevelsesutvalget i NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, ble det besluttet å legge samtlige nye sanksjoner til domstolene. Klagenemnda mistet samtidig kompetansen til å ilagge overtredelsesgebyr, som ble innført gjennom en lovendring i 2007, da ordningen ble ansett vanskelig å forene med de nye sanksjonene etter direktivet. Direktivet medførte dermed grunnleggende endringer i håndhevelsen på dette rettsområdet.

Det er viktig å understreke at klagenemnda *ikke* ble fratatt sin kompetanse fordi man var misfornøyd med nemndas arbeid. Departementet mener tvert i mot at den administrative sanksjonen overtredelsesgebyr fungerte godt i perioden fra 2007–2012. Av anslagsvis ca. 350 saker med påstand om ulovlige direkte anskaffelser var det i perioden ilagt gebyr i 81 saker på til sammen over 100 millioner kroner. Gebyrskalaen på opp til 15 % er anvendt med sikte på å sikre konsistens og signalverdi i sakene. Det faktum at kun to saker¹ har vært sendt til domstolen for rettslig etterprøving kan tyde på at ordningen har fungert godt.

Klagekretsen ved domstolsbehandling følger de alminnelige prosessreglene, slik at det kreves rettslig interesse for å gå rettens vei. Etter at alle sanksjonene ble lagt til domstolene, har håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser derfor blitt avhengig av søksmål fra leverandørsiden.

I dag er det fortsatt mulig å klage til nemnda på ulovlige direkte anskaffelser, men nemndas kompetanse er begrenset til å uttale seg om det har skjedd et brudd eller ei. Klagekretsen ved KOFAs behandling er imidlertid videre enn ved domstolene siden enhver kan sende inn klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse til nemnda.

Departementet har fulgt utviklingen over tid, og er kun kjent med én rettssak (nylig avgjort) hvor det er fremmet krav om at en avtale skal kjennes uten virkning.² Det ser derfor ut som om endringene etter håndhevelsesdirektivet ikke har oppfylt sitt mål, og at håndhevelsen av

¹ Dette er KOFA saker 2011/209 og 2014/11. Sakene er berammet men ikke avgjort på nåværende tidspunkt.

² Saksnr: 14-186866TVI-GJOV, avgjort 23. mars 2015.

ulovlige direkte anskaffelser er svekket. Formålet med tiltakene som nå foreslås, er å forbedre situasjonen og effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser. Etter at de nye tiltakene har trådt i kraft vil enhver fremdeles kunne klage inn en ulovlig direkte anskaffelse til KOFA. Hvis nemnda konstaterer at det er tilfellet vil klagen 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.

Men det understrekes at endringene i 2012 også var av *preventiv* karakter. Departementet mener at de nye reglene har ført til større åpenhet omkring direkte tildelinger siden oppdragsgiver fikk muligheten til å publisere en intensjonskunngjøring om at han har til hensikt å inngå kontrakt direkte med en leverandør uten forutgående kunngjøring av konkurransen. Det er særlig relevant å benytte en intensjonskunngjøring i grensetilfeller, der det er usikkerhet knyttet til den rettslige vurderingen. En intensjonskunngjøring kan likevel bare brukes når oppdragsgiver faktisk anser at det foreligger hjemmel for ikke å kunngjøre, og det må her gjelde et aktsomhetskrav til oppdragsgiver, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 (Fastweb).

Opplysninger fra Doffin viser at det har vært publisert 1056 intensjonskunngjøringer siden 1. juli 2012. Antallet viser at slike kunngjøringer brukes i utstrakt grad. Dette har bidratt til mer gjennomsiktighet i markedet og mulighet for leverandører, og også for eksempel interesseorganisasjoner og pressen, til å ta kontakt med oppdragsgiver i en tidligere fase og dermed hindre en ulovlig direkte anskaffelse.

2.2 Gebyret for å klage til KOFA

Vinteren 2011–2012 foretok departementet en gjennomgang av KOFAs rammevilkår og regelverk. På dette tidspunktet befant klagenemnda seg i en vanskelig situasjon, med lang saksbehandlingstid og høye restanser. Som konsekvens av denne gjennomgangen ble gebyret for å klage økt til 8000 kroner (mot tidligere 860 kroner) for rådgivende saker og 1000 kroner (mot tidligere 0 kroner) for saker om ulovlige direkte anskaffelser. Økningen i klagegebyret var et nødvendig tiltak som sørget for at saksmengden ikke skulle fortsette å vokse fra år til år. Økningen trådte i kraft den 1. juli 2012.

Siden gebyrøkningen trådte i kraft, har departementet fått innspill fra flere aktører som hevder at økningen i klagegebyret innebærer en så forhøyet terskel for leverandører og andre at de nå avstår fra å klage. Departementet mener at det er viktig at klagegebyret ikke står i veien for en effektiv håndhevelse. Det foreslås derfor at klagegebyret skal tilbakebetales ved medhold i både rådgivende saker og saker om ulovlige direkte anskaffelser.

3. OVERTREDELSESGEBYR OG SØKSMÅLSKOMPETANSE

3.1 Effektivisering av håndhevelsen

Privat håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser gjennom domstolsmodellen har vist seg ikke å være effektiv nok siden kun én slik sak har vært brakt til domstolene i Norge frem til nå. Videre er håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser gjennom KOFA begrenset til at nemnda kan uttale seg om hvorvidt det har skjedd et brudd eller ei. Selv om nemnda kommer til at det har skjedd et brudd, får en slik avgjørelse ingen rettslige konsekvenser for oppdragsgiver.

Det er et klart behov for å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, både i klagenemnda og domstolene. Departementet foreslår derfor to tiltak. For det første å gjeninnføre klagenemndas myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. For det andre foreslår departementet å gi nemnda kompetanse til å ta ut søksmål. Fremgangsmåten vil være slik at der KOFA i en klagesak slår fast at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, skal nemnda *enten* treffe et vedtak om overtredelsesgebyr, *eller* bringe saken til domstolene ved å ta ut søksmål. Innsending av klagen vil fremdeles være basert på klagers initiativ mens etterfølgende steg vil være avhengig av nemndas vurdering av saken.

Når det nå foreslås at overtredelsesgebyret gjeninnføres, viser departementet til lovens tidligere gebyrhjemmel § 7b og forarbeidene. Det er det samme administrative overtredelsesgebyret som nå foreslås gjeninnført med følgende unntak: Når det nå er behov for å styrke håndhevelsen av reglene, foreslår departementet at nemnda *alltid* skal ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelser, til forskjell fra tidligere regler om overtredelsesgebyr da nemnda *kunne* ilegge gebyr ved forsettlige eller grovt uaktsomme ulovlig direkte anskaffelser. Lovens sanksjonsbestemmelser, som er en gjennomføring av håndhevelsesdirektivet, foreskriver at det *skal* ilegges sanksjoner i alle tilfeller av ulovlige direkte anskaffelser. Departementet mener at ved gjeninnføring av overtredelsesgebyr må utgangspunktet være det samme for klagenemnda. Skyldkravet etter tidligere § 7b videreføres derfor ikke. Etter de nye håndhevelsesreglene har oppdragsgivere dessuten mulighet for å publisere en intensjonskunngjøring. Dette gjør at oppdragsgivere i større grad kan ta forholdsregler og publisere intensjonskunngjøring når det for eksempel er usikkerhet om rettstilstanden.

Ved å foreta en intensjonskunngjøring, og tidligst inngå kontrakten ti dager etter kunngjøringen kan oppdragsgiver helt unngå å bli ilagt sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser, jf §§ 13 annet ledd og 14 fjerde ledd. Det er naturlig at det samme skal gjelde for illegelse av overtredelsesgebyr av KOFA.

I tråd med tidligere regler om overtredelsesgebyr skal KOFA ved fastsettelsen av gebyrets størrelse legge særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning. Overtredelsesgebyret skal ikke kunne settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Departementets forslag til nytt andre punktum i lovens § 12 første ledd gir klagenemnda hjemmel til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr og gå til søksmål. Departementets forslag til ny lovbestemmelse om overtredelsesgebyr og søksmålskompetanse fremgår av ny § 12a.

3.2 Momenter ved KOFA's vurdering

Klagenemnda vil ha et skjønn til å avgjøre om de skal ilegge administrativt overtredelsesgebyr, eller om de skal ta ut søksmål med krav om sanksjoner etter lovens §§ 13 og 14. Ulovlig direkte anskaffelser regnes som særlig grove overtredelser av regelverket. Når slike kontrakter er langvarige, låses markedet med skadelige konsekvenser for konkurransesituasjonen. Det er kun domstolene som kan gjenopprette konkurransesituasjonen ved å kjenne en kontrakt uten virkning, eller avkorte kontrakten. Utgangspunktet for å bringe slike saker til domstolen må være at nemnda vurderer det slik at vilkårene for å idømme sanksjonene uten virkning og avkortning av kontrakt etter lovens §§ 13 og 14 er oppfylt, og at det er behov for å få avsluttet kontrakten og gjenopprettet konkurransesituasjonen.

Det kan være flere grunner for at KOFA vil kunne mene at det *ikke* er grunnlag for å ta ut søksmål, selv om nemnda mener at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Dette kan for eksempel være tilfellet der kontrakten allerede har løpt ut, eller er i ferd med å løpe ut, eller nemnda mener det ikke er samfunnsmessig tjenelig å ta ut søksmål tatt i betraktningen kostnadene ved domstolsbehandling. Videre kan vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjøre det nødvendig å opprettholde kontrakten.³ Endelig kan den forkortete søksmålsfristen på 30 dager, jf § 15 femte ledd, allerede ha løpt ut, slik at KOFA ikke kan bringe saken inn for domstolene. Det bemerkes i denne forbindelse at fristen for å klage til KOFA over en ulovlig direkte anskaffelse fortsatt skal være to år i alle tilfeller, og at KOFA derfor også bør kunne ilegge overtredelsesgebyr selv om en eventuell kortere søksmålsfrist til domstolen har løpt ut innen saken ble brakt inn for nemnda.

3.3 Frist for å ta ut søksmål

Det følger av LOA § 15 at sanksjoner bare kan idømmes når en sak reises for domstolene innen to år fra kontrakt er inngått. Der oppdragsgiver har kunngjort kontraktstildelingen, må sak reises innen 30 dager fra kunngjøring. En av grunnene til å sette frister var at gi partene, både oppdragsgiver og oppdragsgivers medkontrahent, sikkerhet rundt kontraktsforholdet.

Når en klage først er rettet til KOFA og skal behandles der, før nemnda eventuelt reiser sak for domstolene, vil KOFA ha vanskelig for å overholde disse tidsfristene. Det er derfor behov for tilpasning, og departementet foreslår at fristen på to år/30 dager avbrytes ved klage til KOFA. Se departementets forslag til endringer i § 15 fjerde og femte ledd.

Den situasjonen kan også oppstå at klage på ulovlige direkte anskaffelser sendes til KOFA og nemnda enten avviser klagen eller kommer frem til at det ikke har skjedd et brudd på regelverket. I slike tilfeller må det tas høyde for at en med rettslig interesse kan ønske å bringe

³ Se nærmere omtale om dette i NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, pkt. 10.3.1. ⁴ NOU 2010: 2 side 169-170.

det samme forholdet til domstolen. Det foreslås derfor å innføre en utvidet søksmålsfrist, slik at det gis minimum 30 dager fra KOFA har avvist klagen eller truffet avgjørelse om at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, til å vurdere om saken skal bringes inn for domstolen. Se departementets forslag til nytt syvende ledd i lovens § 15.

3.4 Overlappende kompetanse i KOFA og domstolen til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser

Flertallet i håndhevelsesutvalget mente at det ikke kunne la seg gjøre å videreføre bestemmelsen i § 7b om overtredelsesgebyr parallelt med håndhevelsesdirektivets sanksjoner. Det ble påpekt at videreføring av KOFAs overtredelsesgebyr ville føre til at oppdragsgiver for samme forhold kunne bli møtt med både KOFAs gebyr og domstolens sanksjoner. Flertallet mente at hvis dette i det hele tatt lot seg kombinere, ville dette bli et meget komplisert system. En slik dobbel reaksjon ville klart være uforholdsmessig, og ville kunne reise problemer i relasjon til forbudet mot dobbeltstraff i EMK. Videre kunne flertallet heller ikke se at en slik dobbelt, og i hovedtrekk parallell, sanksjonsregulering ville bidra til regelverkets preventive effekt.⁴

Departementet ser disse utfordringene knyttet til forslaget om gjeninnføring av overtredelsesgebyret. Når det nå er et sterkt behov for å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser og gjeninnføre overtredelsesgebyret vil departementet derfor omtale disse utfordringene nedenfor.

3.4.1 Parallell behandling i KOFA og retten

En sak med påstand om en ulovlig direkte anskaffelse kan bringes til retten *samtidig* som KOFA behandler en sak om samme forhold. Det foreslås at KOFA i slike tilfeller skal stille behandlingen i ro. Når en endelig dom siden foreligger skal KOFA avvise saken etter eksisterende hjemmel i forskrift om klagenemnda § 6 tredje ledd. Dersom domstolen derimot avviser saken eller den trekkes, kan KOFA gjenoppta saken til behandling.

KOFA skal også avvise en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse dersom samme forhold *allerede* er avgjort ved dom, jf forskrift om klagenemnda § 6 tredje ledd.

En parallell behandling kan også oppstå der det anlegges et søksmål om ulovlig direkte anskaffelse med krav om sanksjoner etter loven i tidsrommet *etter* at KOFA har ilagt overtredelsesgebyr for samme forhold. Departementet bemerker at det virker lite sannsynlig at en privat part vil være motivert til å gå til søksmål for samme forhold der KOFA allerede har ilagt overtredelsesgebyr. Denne unntakssituasjonen innebærer likevel at spørsmålet om ”dobbeltstraff” kan oppstå. Departementet har ikke vurdert hvorvidt offentlige oppdragsgivere er beskyttet av forbudet mot dobbeltstraff i EMKs tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 nr 1. Illeggelse av overtredelsesgebyr i KOFA og sanksjonene etter lovens §§ 13 og 14 i domstolen

⁴ NOU 2010: 2 side 169-170.

for samme forhold og mot samme rettssubjekt vil etter departementets vurdering uansett være urimelig.

Om en part skulle bringe en slik sak til retten skal vedkommende varsle klagenemnda, jf. forskrift om klagenemnda § 8. Dersom retten treffer en dom vil klagenemnda måtte oppheve eget vedtak og tilbakebetale gebyret. Se departementets forslag til syvende ledd i ny § 12a.

3.4.2 Domstolskontroll

Etter tidligere gebyrhjemmel § 7b kunne retten prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse. Dette blant annet på bakgrunn av det ikke var noen ordinær klageadgang på vedtaket om overtredelsesgebyr. Når det nå foreslås å innføre ny lovhjemmel som gir KOFA myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr, vil domstolen dermed kunne prøve KOFAs skjønn.

Etter tvistelovens regler vil partene normalt ha fri rådighet over sakens gjenstand så lenge denne rådigheten ikke konkret er begrenset i lov. Lovens § 15 presiserer imidlertid at retten i saker om ulovlige direkte anskaffelser, uavhengig av partenes påstander, *skal* ilegge sanksjonene som følger av §§ 13 og 14 dersom vilkårene for det er oppfylt. Dette innebærer at domstolen ikke er bundet av partenes påstander. Det vil altså kunne bety at domstolen opphever klagenemndas vedtak om overtredelsesgebyr og ilegger "egne" sanksjoner etter loven. I slike saker vil retten derfor ha en særlig oppfordring til aktiv saksstyring, jf. tvisteloven § 11-6 og til å bruke sin veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5. Retten vil for eksempel kunne oppfordre en part til å tilby bevis.

Tidligere § 7b presiserer ikke hvilke frister som gjelder for å bringe saken til domstolen. Siden domstolen kan prøve alle sider av saken, og i praksis ilegge en annen sanksjon enn klagenemnda, er det særlig viktig for oppdragsgiver og hans medkontrahent med effektiv prosess og en forholdsvis kort klagefrist. Etter § 7b forfaller overtredelsesgebyret til betaling *to måneder* etter at vedtak er fattet. Departementet mener derfor at det er naturlig å gi oppdragsgiver samme frist til å vurdere om han vil gå rettens vei for å prøve vedtaket, det vil si to måneder fra partene mottok vedtaket.

4. GEBYR FOR Å KLAGE TIL KOFA

4.1 Gebyret foreslås tilbakebetalt der klagenemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse

Ulovlige direkte anskaffelser utgjør ofte de mest alvorlige bruddene på anskaffelsesregelverket. Klagekretsen er derfor videre i disse sakene enn i de rådgivende sakene. Det er ikke bare forbigåtte leverandører som kan klage, men også ikke-kommersielle aktører som privatpersoner og miljøorganisasjoner. For slike aktører kan klagegebyret på 1 000 kroner gjøre at de avstår fra å klage.

Samtidig er klager på ulovlige direkte anskaffelser særlig ressurskrevende for KOFA. Selve klagen inneholder som regel lite informasjon om forholdene, siden kontrakten oftest har vært

tildelt uten konkurranse. KOFA må derfor ofte sette i gang omfattende informasjonsinnhenting.

På denne bakgrunnen mener departementet at det ikke er fornuftig å fjerne terskelen helt for å sende inn klage på ulovlige direkte anskaffelser. Motivasjonen for å klage på ulovlige direkte anskaffelser vil også økes som følge av forslaget om effektivisering av håndhevelsen, slik at et gebyr på 1000 kroner antas ikke å representere en særlig høy terskel.

Det er imidlertid viktig at klagegebyret ikke står i veien for en effektiv håndhevelse. De som klager inn saker om ulovlige direkte anskaffelse, kan sies å gjøre en samfunnsnyttig handling ved å rette oppmerksomhet mot et lovbrudd uten å få en direkte gevinst av dette selv.

Det foreslås derfor at klager skal få gebyret tilbakebetalt der KOFA kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

4.2 Klagegebyret foreslås tilbakebetalt ved medhold i rådgivende saker

Etter økningen i klagegebyret i 2012 har mange aktører stilt spørsmål ved om det er rettferdig at klager i rådgivende saker, som kanskje påpeker flere saksbehandlingsfeil hos oppdragsgiver og får fullt medhold i KOFA, skal betale 8 000 kroner for saksbehandlingen. De har tatt til orde for at klager bør få klagegebyret refundert i slike tilfeller.

Klagenemndas rolle er å være et tvisteløsningsorgan på et lavere konfliktnivå enn domstolene. Nemndas avgjørelser gir god veiledning og rettsavklaring i en tvist som ellers ville kunne ha endt i retten. Tatt i betraktning kostnadene det medfører å føre en sak i retten, er klagenemnda et lavterskeltilbud, selv om klagegebyret er 8 000 kroner.

De prinsipielle motargumentene mot en tilbakebetaling er at det kan bli konfliktskapende og prosessdrivende hvis klager da kommer til å klage på flest mulige punkter for å få større sjanse til medhold. Et annet hensyn er at en slik ordning vil medføre en økt arbeidsbelastning for KOFA, siden KOFA i tillegg til å avgjøre saken også må ta stilling til om det foreligger grunnlag for tilbakebetaling.

Departementet har forståelse for at det vil oppleves mer rettferdig for klager hvis vedkommende får gebyret refundert ved medhold i saken. Det foreslås derfor å innføre en slik tilbakebetaling.

Departementet har to alternative forslag til hvordan dette kan gjøres:

- 1) Klager får klagegebyret på 8 000 kroner tilbakebetalt i sin helhet der KOFA konstaterer saksbehandlingsfeil hos oppdragsgiver, uavhengig av feilens art og omfang.
- 2) Det skilles mellom alvorlige brudd på regelverket og mindre alvorlige brudd. Dersom klager får medhold i at oppdragsgiver har begått feil, og feilene kan ha påvirket resultatet av konkurransen vil klager få hele klagebeløpet tilbakebetalt, det vil si 8 000 kroner. Ved mindre saksbehandlingsfeil er det naturlig å velge en enkel løsning hvor klager får tilbakebetalt en fast sum på 4 000 kroner.

Vi ber om høringsinstansenes innspill på disse to forslagene.

Departementets to alternative forslag til endringer i forskrift om klagenemnda fremgår av § 13.

5. ANDRE ENDRINGER I HÅNDHEVELSESREGLENE

5.1 Endringer som følge av nye anskaffelsesdirektiver

Som nevnt har departement en pågående høring om forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføringen av EUs tre nye anskaffelsesdirektiver i norsk rett. De nye direktivene gjør det nødvendig å gjøre enkelte justeringer i dagens håndhevelsesregler.

Skillet mellom prioriterte tjenester (tjenester som i dag fullt ut er omfattet av direktivets prosedyreregler) og uprioriterte tjenester (tjenester som i dag bare i begrenset grad er regulert av direktivet), videreføres ikke i de nye direktivene. Enkelte av tjenestene som i dag er uprioriterte, er fullt ut omfattet av de nye direktivene, andre er helt unntatt, mens helse- og sosialtjenester og en del andre særlige tjenester er underlagt et eget og mer fleksibelt sett av regler. Som følge av dette er det nødvendig å foreta tekniske endringer lovens bestemmelser om sanksjonen ”uten virkning” og alternative sanksjoner, jf. lovens §§ 13 og 14.

Det nye direktivet 2014/23/EU om konsesjonskontrakter endrer håndhevelsesdirektivene, slik at også konsesjonskontrakter blir underlagt reglene i disse direktivene, jf. konsesjonskontraktdirektivet artikkel 46 og 47. Endringene nødvendiggjør imidlertid ikke endringer i sanksjonsreglene i lovens §§ 13 og 14.

5.2 Endringer som følge av Forenklingsutvalgets forslag

Etter gjeldende rett kan domstolene ved anskaffelser under EØS-terskelverdiene avkorte en kontrakts løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver har tildelt kontrakten under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler i forskrift, jf. § 14 tredje ledd bokstav b nr. 1.

Forenklingsutvalget har foreslått at det under EØS-terskelverdiene ikke skal gjelde nærmere prosedyreregler om gjenåpning av konkurransen for tildeling av kontrakter under en rammeavtale, jf. forslag til ny § 5-5.⁵ Utvalget har også foreslått at regler om dynamiske innkjøpsordninger strykes under EØS-terskelverdiene.⁶ Departementet har foreløpig ikke tatt stilling til disse forslagene. Hvis Forenklingsutvalgets forslag blir gjennomført, vil imidlertid en logisk konsekvens være at regelen i § 14 tredje ledd bokstav b nr. 1 oppheves. Dette er markert med klammeparentes i departementets forslag til ny § 14 tredje ledd bokstav a.

⁵ Jf. NOU 2014: 4 side 291.

⁶ Jf. NOU 2014: 4 side 170–171.

Den samme sanksjonsregelen gjelder for kontrakter under EØS-terskelverdiene som tildeles under rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger som overstiger EØS-terskelverdiene, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 22A-2 tredje ledd. Plikten til å sanksjonere slike kontrakter følger ikke av håndhevelsesdirektivene. Den ble inntatt utelukkende for å sikre et helhetlig sanksjonssystem som følge av at rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger under EØS-terskelverdiene ble underlagt sanksjonsreglene. Når kontrakter under EØS-terskelverdiene som blir tildelt under rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger under EØS-terskelverdiene ble underlagt sanksjonsreglene, la departementet til grunn at det samme nødvendigvis måtte gjelde når rammeavtalen eller den dynamiske innkjøpsordningen overstiger EØS-terskelverdiene.

Dersom gjeldende § 14 tredje ledd bokstav b nr. 1 oppheves, vil en logisk konsekvens være at også regelen i gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser § 22A-2 tredje ledd oppheves.

5.3 Øvrige forenklinger i håndhevelsesreglene

Departementet har foretatt en generell gjennomgang av håndhevelsesreglene i anskaffelsesregelverket med sikte på forenklinger. Departementet foreslår visse språklige og regeltekniske endringer i lovens §§ 8, 9 og 11 til 15. Forslagene er ikke ment å innebære materielle endringer utover det som eventuelt måtte følge av endringene som omtalt i kapittel 5.2.

Hva særlig gjelder lovens § 13 om sanksjonen ”uten virkning”, § 14 om alternative sanksjoner og § 15 om prosessuelle særregler og tidsfrister, foreslår departementet å regulere disse forholdene utelukkende i lovteksten. I dag er reglene gjentatt og i noen grad utdypet i forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 13A og 22A og forsyningsforskriften kapittel 12A. Etter departementets vurdering utgjør dette en unødvendig og til dels forvirrende dobbeltregulering av disse forholdene. Det enkleste er å samle disse reglene fullt ut på samme sted. Departementet foreslår derfor visse endringer i §§ 13 til 15 for å sikre en fullstendig regulering i loven. De korresponderende bestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 13A og 22A og forsyningsforskriften § 12A foreslås da opphevet.

Departementets forslag til endringer fremgår av §§ 8, 9 og til 15.

6. ENDRINGER I FORSKRIFT OM KLAGENEMNDA

Forskrift om klagenemnda inneholder ikke en definisjon av begrepet virkedager. For å gjøre det rettslige bildet klarere foreslår departementet å innføre en slik definisjon. Artikkel 2 nr. 2 om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter i forskrift om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI⁷ sier at *"I denne forordning menes med virkedager alle dager som ikke er helligdager eller fridager, søndager eller lørdager."*

⁷ Forskrift om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71)

Mot denne bakgrunnen foreslås det å innføre en slik definisjon av virkedager i forskrift om klagenemnda § 10.

7. ØKONOMISKE/ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Gjeninnføring av overtredelsesgebyret og søksmålskompetanse til KOFA antas å ha preventiv virkning og dermed redusere omfanget av ulovlige direkte anskaffelser og styrke konkurransen.

Ordningen vil medføre en økning i ressursbehovet i klagenemnda siden ileggelse av en administrativ sanksjon innebærer mer omstendelig og tidkrevende saksbehandling sammenlignet med en rådgivende uttalelse. Samtidig antas det at de foreslåtte tiltakene, sammen med tilbakebetaling av klagegebyret ved medhold, vil medføre ytterligere interesse for å klage.

En ordning med tilbakebetaling av klagegebyret i rådgivende saker vil også medføre økt ressursbehov for KOFA, siden nemnda i tillegg til å avgjøre saken også må ta stilling til om det foreligger grunnlag for tilbakebetaling.

Når det gjelder KOFAs nye søksmålskompetanse, vil arbeidet med sakene som skal tas til retten, kreve ekstra ressurser. Konkurransetilsynet har anslått en gjennomsnittlig kostnad på ca. 200 000 kroner per sak, og at tilsvarende sum vil komme i tillegg hvis saken ankes til høyere rettsinstanser. Det er vanskelig å anslå hvor mange saker klagenemnda vil bringe til domstolene per år.

Klagenemnda ila overtredelsesgebyr for over 100 millioner kroner i perioden 2007–2012. Ut i fra utstrakt bruk av intensjonskunngjøringer, jf. pkt. 2.1. ovenfor, er det grunn til å forvente et lavere antall saker der klagenemnda vil ilegge overtredelsesgebyr etter de nye reglene.

Gebyret tilfaller statsbudsjettet.

Forslag til lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlig anskaffelser

I

§ 8. Søksmål

Søksmål om *brudd på loven* eller forskrift gitt i medhold av loven reises for tingretten uten forliksmekling.

Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som *oppdragsgiver har truffet i strid med regler i loven* eller forskrift gitt i medhold av loven.

§ 9. Midlertidig forføyning

Tvisteloven gjelder for behandlingen av begjæringer om midlertidig forføyning med mindre annet er bestemt i denne loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Etter at kontrakt er inngått, kan retten ikke beslutte midlertidig forføyning mot oppdragsgiver for brudd på loven eller forskrifter gitt i medhold av loven.

Departementet kan i forskrift fastsette at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlertidig forføyning, dersom begjæringen er fremsatt i en fastsatt karenperiode.

Departementet kan i forskrift fastsette at oppdragsgiver kan sette en frist for når en begjæring om midlertidig forføyning mot beslutninger om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, må være fremsatt.

§ 11. Erstatning

Saksøker har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrifter gitt i medhold av loven.

§ 12. Tvisteløsningsorgan

Kongen kan opprette et rådgivende organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter loven og forskrifter gitt i medhold av loven. *Organet skal ha myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr og ha søksmålskompetanse etter § 12 a.*

Departementet kan i forskrift fastsette at oppdragsgivere som er omfattet av loven, har plikt til å delta i prosessen for organet.

Departementet kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet, inkludert regler om partenes rett til innsyn i saksdokumentene.

Offentleglova gjelder for tvisteløsningsorganets virksomhet.

§ 12 a. Søksmålskompetanse og overtredelsesgebyr

Dersom tvisteløsningsorganet kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, skal organet enten ta ut søksmål dersom vilkårene for å idømme sanksjoner etter §§ 13 eller 14 er oppfylt, eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

Dersom oppdragsgiver har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift, og tidligst inngått kontrakten etter ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen, kan organet ikke ta ut søksmål eller ilegge overtredelsesgebyr etter første ledd.

Ved fastsettelse av overtredelsesgebyrets størrelse skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Gebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet sender oppdragsgiver en meddelelse om at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2.

Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Dersom tvisteløsningsorganet treffer vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr, og retten senere avsier dom om samme forhold etter §§ 13 og 14, skal organet oppheve vedtaket og tilbakebetale gebyret.

§ 13. Søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning

Retten skal kjenne en kontrakt med en verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene uten virkning

- a) når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,*
- b) når kontrakten tildeles under en rammeavtale med flere leverandører i strid med regler om gjenåpning av konkurransen fastsatt i forskrift eller tildeles under en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift, eller*
- c) når oppdragsgiver har foretatt andre brudd på forskrift som har påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten, og samtidig foretatt brudd på regler om karenperiode eller suspensjon fastsatt i forskrift som har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelsen.*

Retten kan likevel ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter første ledd bokstav a dersom oppdragsgiver har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift og tidligst inngått kontrakten etter ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

Retten kan likevel ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter første ledd bokstav b dersom oppdragsgiver har sendt meddelelse om valget av leverandør til berørte leverandører etter regler i forskrift og tidligst inngått kontrakten etter en frivillig karenperiode i samsvar med regler om karenperiode fastsatt i forskrift.

Dersom vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne kontrakten uten virkning. Dersom

konsekvensen av å kjenne en kontrakt uten virkning i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser, kan retten ikke kjenne kontrakten uten virkning. *I slike tilfeller skal retten fastsette sanksjoner etter § 14 første ledd bokstav a nr. 1.*

En kontrakt kan kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, kan kontrakten kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse. *Dersom kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal retten i tillegg idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr etter § 14 annet ledd.*

§ 14. Søksmål om å avkorte en kontrakts varighet eller idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr

Retten skal avkorte en kontrakts *varighet* eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr

- a) *når kontraktens verdi er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene og*
1. retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 fjerde ledd eller
 2. oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon enn dem som er omfattet av § 13 første ledd bokstav c, eller
- b) *når kontraktens verdi er lik eller overstiger en nasjonal terskelverdi fastsatt i forskrift, men ikke EØS-terskelverdiene, og oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.*

Retten skal idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse etter § 13.

Retten kan idømme sanksjoner som nevnt i første ledd *for kontrakter med en verdi som er lik eller overstiger en nasjonal terskelverdi fastsatt i forskrift, men ikke EØS-terskelverdiene, når oppdragsgiver har*

- a) [foreslås opphevet hvis forenklingsutvalgets forslag til endringer i regler om rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger gjennomføres]
- b) *foretatt brudd på forskrift som har påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten, og samtidig foretatt brudd på regler om karenperiode fastsatt i forskrift som har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelse.*

Retten kan likevel ikke idømme sanksjoner etter første ledd bokstav b dersom oppdragsgiver har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift og tidligst inngått kontrakten etter ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på *bruddets* grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte *brudd*, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen. Retten kan kombinere sanksjonene. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

§ 15. Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14

Ved søksmål om *brudd* som omfattet av §§ 13 og 14 plikter saksøker å varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet. Varslet gis ved oversendelse av kopi av stevningen.

Retten skal, uavhengig av partenes påstander, idømme sanksjoner etter §§ 13 og 14 dersom vilkårene for det er oppfylt.

En rettskraftig dom som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning, eller at en kontrakts varighet avkortes, er bindende for alle og enhver og skal legges til grunn i alle forhold.

Sanksjoner etter §§ 13 og 14 kan bare idømmes når søksmål reises innen to år etter at kontrakt er inngått. Dersom tvisteløsningsorganet mottar en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, avbrytes fristen.

Dersom oppdragsgiver har inngått en kontrakt uten kunngjøring av konkurransen, men kunngjort kontraktsinngåelsen etter regler fastsatt i forskrift, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav a eller § 14 første ledd bokstav b bare idømmes når søksmål reises innen 30 dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen. Dersom tvisteløsningsorganet mottar en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, avbrytes fristen.

Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen og gitt berørte leverandører en meddelelse om at kontrakt er inngått, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b og c, § 14 første ledd bokstav a nr. 2 og § 14 tredje ledd bokstav b bare idømmes når søksmål reises innen 30 dager regnet fra dagen etter at meddelelsen er sendt.

Dersom tvisteløsningsorganet avviser en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse eller klagen ikke fører frem, og søksmålsfristen i fjerde eller femte ledd løper ut innen 30 dager, gjelder en ny frist på 30 dager regnet fra dagen etter datoen for organets avgjørelse.

II

1. Endringene trer i kraft fra den tid departementet bestemmer.
2. Departementet kan gi nærmere overgangsregler.

Forslag til endringer i andre forskrifter gitt i medhold av anskaffelsesloven

I

I forskrift 15. november nr 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser foreslås følgende endringer:

Nytt tredje punktum i § 1 skal lyde: *Nemnda har kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr og ta ut søksmål etter lov om offentlige anskaffelser § 12 a.*

Nytt tredje punktum i § 10 første ledd skal lyde: *Virkedager er alle dager som ikke er helligdager eller fridager, søndager eller lørdager.*

Nytt fjerde ledd i § 13a skal lyde: *Nemnda kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, selv om klager ikke har nedlagt påstand om dette.*

Følgende endringer gjøres i annet punktum første ledd § 15:

15. Nærmere retningslinjer for saksbehandlingen

Klagenemnda kan innenfor rammene av denne forskrift fastsette nærmere retningslinjer for saksbehandlingen, herunder delegere oppgaver til leder og sekretariat. Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i *forvaltnings saker gjelder* for nemndas virksomhet så langt det passer.

Det vises til punkt 4.2 ovenfor hvor departementet skisserer to løsninger. Med utgangspunkt i den første vil § 13 lyde:

§ 13. Partenes omkostninger og klagegebyr

Partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. For klage til klagenemnda på ulovlige direkte anskaffelser skal det betales et gebyr på kr 1 000. *Dersom nemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse tilbakebetales gebyret.* For klager i øvrige saker skal det betales et gebyr på kr 8 000. *Dersom nemnda kommer til at det foreligger brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter tilbakebetales gebyret.* Klagen tas ikke til behandling før gebyret er betalt.

Med utgangspunkt i den andre løsningen vil § 13 lyde:

§ 13. Partenes omkostninger og klagegebyr

Partene bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. For klage til klagenemnda på ulovlige direkte anskaffelser skal det betales et gebyr på kr 1 000. *Dersom nemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse tilbakebetales gebyret.* For klager i øvrige saker skal det betales et gebyr på kr 8 000. *Dersom oppdragsgivers brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter har påvirket resultatet av konkurransen tilbakebetales hele gebyret. Ved mindre saksbehandlingsfeil tilbakebetales halve beløpet.* Klagen tas ikke til behandling før gebyret er betalt.

II

I forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser foreslås følgende endringer:

Kapittel 13A. Sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. oppheves

Kapittel 22A. Sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. oppheves

III

I forskrift av 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene foreslås følgende endringer:

Kapittel 12A. Sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. oppheves