

AUDA!

Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlig DirekteAnskaffelser 31.mars 2003

Innholdsfortegnelse

Kap. I : Innledning

1. Bakgrunnen for utnevning av arbeidsgruppen.....	5
2. Arbeidsgruppens sammensetning og mandat.....	6
3. Arbeidsgruppens arbeidsform.....	7
4. Hva er en ulovlig direkteanskaffelse?.....	7

Kap II: Sammendrag

1. Sammendrag av arbeidsgruppens forslag.....	11
2. English summary.....	12

Kap III : Beskrivelse av problemet..... 15

Kap. IV : Vurdering av eksisterende sanksjonsmuligheter

1. Tilsidesettelse av beslutninger og midlertidig forføyning.....	17
2. Mulkt (forsyningssektoren).....	17
3. Erstatning.....	18
4. Pålegg i henhold til anskaffelsesforskriftens § 3-11.....	19
5. Andre sanksjonsmidler.....	20
5.1. Tjenestelig sanksjon.....	20
5.2. Korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven.....	21
5.3. Konkurranserettslige sanksjoner.....	22
5.4. Avtalerettslige sanksjoner.....	22
6. Oppsummering av arbeidsgruppens vurdering.....	23

Kap. V: Andre rettssystemer / internasjonal rett

1. Andre lands rett.....	25
1.1. De øvrige nordiske land.....	25
1.2. Tyskland.....	25
1.3. USA.....	25
2. EU/EØS rett.....	26

Kap. VI: Vurdering av om en bør innføre ytterligere sanksjoner for å

motvirke ulovlige direkteanskaffelser

1. Innledning.....	27
2. Ulike fremgangsmåter.....	27
2.1. Forenkle regelverket.....	27
2.2. Økt informasjon.....	28
2.3. Særskilte administrative rutiner.....	28
2.4. Innføre sanksjoner.....	28

Kap. VII: Vurdering av om en bør innføre et tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser

1. Bør en ha et særskilt tilsynsorgan ?.....	31
2. Aktivitetsrett og aktivitetsplikt.....	32
3. Anonym klageadgang.....	33
4. Forholdet mellom Klagenemnda for offentlige anskaffelser og Konkurransetilsynet.....	35
5. Er det behov for lovendring dersom Konkurransetilsynet skal fungere som et tilsynsorgan ?.....	36
6. Kompetanse etter anskaffelsesforskriftens § 3-11 i forhold til ulovlige direkteanskaffelser.....	37

Kap. VIII : Vurdering av forslag til nye sanksjonsmekanismer

1. Sivilrettslig bot.....	39
1.1. Innledning.....	39
1.1.1 Forholdet mellom sivilrettslig bot og straff.....	39
1.1.2 Terminologi.....	40
1.2. Er det prinsipielt ønskelig å innføre sivilrettslig bot ?.....	40
1.3. Håndhevingsorgan.....	41
1.3.1. Vurdering av hvilket organ som skal ilegge bot.....	41
1.3.2. Behov for lovendringer ?.....	42
1.4. Rettslige vilkår.....	43
1.5. Botens størrelse.....	45
1.6. Beviskrav.....	47
1.7. Tvangsfullbyrdelse.....	47
1.8. Foreldelse.....	48
2. Ugyldighet.....	49
2.1. Innledning.....	49
2.2. Ulike forslag som ble vurdert av arbeidsgruppen.....	49
A. Formalisering av avtaleinngåelsen.....	49
B. Pålegg om avbestilling.....	50
C. Ugyldighet.....	51
2.3. Er det prinsipielt ønskelig å innføre en adgang til å erklære en kontrakt for ugyldig ?.....	53
2.4. Håndhevingsorgan.....	54
2.5. Rettslige vilkår.....	54
2.5.1. Vilkår for ugyldighet.....	54
2.5.2. Rettsvirkninger av ugyldighet.....	55
3. Straff.....	57

3.1. Innledning.....	57
3.2. Er det prinsipielt ønskelig å innføre straff ?.....	57
3.3. Straffesubjekt.....	58
3.3.1. Foretaksstraff og/eller personstraff ?.....	58
3.3.2. Hvilke subjekter kan en ilegge straff ?.....	60
3.4. Rettslige vilkår.....	61
3.4.1. Straffesanksjon.....	61
3.4.2. Straffenorm.....	61
3.5. Beviskrav.....	64
3.6. Håndhevelse.....	64
3.7. Foreldelse.....	64
4. Erstatningsansvar overfor forbigåtte leverandører.....	64
5. Svartelisting.....	65

Kap. IX: Vurdering av andre virkemidler

1. Protokollføring av direkteanskaffelser.....	67
2. Kunngjøringsplikt for direkteanskaffelser over 200 000.....	68
3. Virksomhetens internkontroll.....	70
4. Revisjon.....	70
5. Utfordringsrett.....	71
6. Tap av offentlig støtte/ tilskudd.....	72

Kap. X : Arbeidsgruppens forslag

1. Oppsummering av arbeidsgruppens forslag.....	73
2. Forslag til bestemmelser.....	74
A. Sivilrettslig bot.....	74
B. Straff.....	74
C. Ugyldighet.....	75
3. Forholdet mellom sanksjonene.....	75

Kap. XI : Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget

1. Innledning.....	77
1.1. Hvem omfattes av anskaffelsesregelverket ?.....	77
1.2. Hvor mye handler det offentlige for ?.....	77
1.3. Hva kjøper det offentlige ?.....	78
2. Økonomiske og administrative konsekvenser av arbeidsgruppens forslag...	79
2.1. Virkninger for det offentlige.....	79
2.2. Virkninger for oppdragsgiverne.....	79
2.3. Virkninger for andre enn oppdragsgiverne	80

KAPITTEL I : INNLEDNING

1. BAKGRUNNEN FOR UTNEVNING AV ARBEIDSGRUPPEN

Hvert år foretas det i Norge anskaffelser i offentlig regi for NOK 200-220 milliarder, og det er derfor av stor samfunnsmessig betydning at disse midlene utnyttes best mulig.

I offentlige virksomheter har privatøkonomiske incitamentet tradisjonelt ikke vært like sterke som i private virksomheter, som har sterkt fokus på kostnadsbesparelser og effektiv konkurranse ved kjøp av varer og tjenester. Formålet bak anskaffelsesregelverket er å sikre det offentlige kostnadseffektive innkjøp og samtidig tilgodese næringslivets interesser gjennom effektiv konkurranse. Effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket vil bl.a. kunne forebygge korrupsjon og korrupsjonslignende forhold.

Hovedregelen i henhold til anskaffelsesforskriften¹ er at alle offentlige anskaffelser over NOK 200 000 skal kunngjøres². Statistikk hentet ut fra den obligatoriske kunngjøringsdatabasen DOFFIN viser imidlertid at svært få oppdragsgivere har foretatt kunngjøringer etter at det nye innkjøpsregelverket trådte i kraft 1. juli 2001. Ettersom det er grunn til å anta at et stort antall anskaffelser overstiger NOK 200 000, og vilkårene for å unnta fra kunngjøring er snevre, kan denne statistikken tyde på at mange oppdragsgivere foretar ulovlige direkteanskaffelser. En rekke oppslag i media og henvendelser til Nærings- og handelsdepartementet og NHO forsterker dette inntrykket.

I Innst.S.nr.101 (2001-2002) fra kontroll- og konstitusjonskomiteen ble Riksrevisjonens avdekking av manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser behandlet. Komiteen bemerket følgende: "*Komiteen ser videre alvorlig på at flere kontroller som er gjennomført på anskaffelsesområdet, viser manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser, både det nasjonale regelverket og EØS-reglene. Komiteen vil understreke betydningen av at regelverket blir etterlevet og forutsetter at de nødvendige tiltak blir iverksatt for å rette opp de påpekte forhold.*"

Nærings- og handelsdepartementet valgte på denne bakgrunn å nedsette en arbeidsgruppe for å vurdere om gjeldende sanksjonsregler i lov om offentlige anskaffelser er tilstrekkelige til å motvirke ulovlige direkteanskaffelser, eller om det bør innføres nye sanksjonsmekanismer.

¹ Jf. forskrift av 15.juni 2001 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) som regulerer den såkalte "klassisk sektor", i motsetning til "forsyningssektorene" som reguleres av forskrift av 16.desember 1994 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon (forsyningsforskriften).

² jf. anskaffelsesforskriften §§ 13-1 og 11-2.

2. ARBEIDSGRUPPENS SAMMENSETNING OG MANDAT

Arbeidsgruppen har vært ledet av avdelingsdirektør Tom Hugo-Sørensen (Nærings- og handelsdepartementet) og har for øvrig bestått av advokat Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten), førstestatsadvokat Morten Eriksen (Økokrim), advokat Arnhild Dordi Gjønnnes (Næringslivets hovedorganisasjon), advokatfullmektig Anders Hauger (Kommunenes Sentralforbund), juridisk direktør Elisabeth Roscher (Konkurransetilsynet), advokat Hedvig Svardal (Bedriftsforbundet) og seniorrådgiver Torvald Wettestad (Arbeids- og administrasjonsdepartementet)

Da Elisabeth Roscher begynte å jobbe som førstestatsadvokat hos Økokrim i desember 2002, overtok først seniorrådgiver Sigrid Steine-Eriksen, og deretter seniorrådgiver Per Langseth som representant fra Konkurransetilsynet. Elisabeth Roscher deltok i det videre arbeidet som vararepresentant for Økokrim. Mot slutten av arbeidet deltok advokatfullmektig Are Fagerhaug som representant for Bedriftsforbundet.

Seniorrådgiver Kristin Sletten (Riksrevisjonen) har deltatt som observatør.

Seniorrådgiver Eva Carina Aune var sekretær for arbeidsgruppen frem til Oktober 2002, deretter overtok førstekonsulent Hanne Gjerde sekretærfunksjonen.

Arbeidsgruppens mandat har vært å utrede sanksjonsmekanismer mot ulovlige direkteanskaffelser, heriblant:

- Vurdere om de gjeldende sanksjonsreglene i lov om offentlige anskaffelser er tilstrekkelig og fungerer etter hensikten. Dette gjelder:
 1. rettens kompetanse til å sette til side ulovlige beslutninger, jf. lovens § 7 andre ledd
 2. adgangen til å begjære midlertidig forføyning, jf. lovens § 8
 3. leverandørens adgang til å kreve erstatning, jf. lovens § 10.
- Vurdere andre gjeldende sanksjonsregler, -ordninger og -rutiner.
- Utarbeide forslag til nye eller endrede sanksjonsregler, -ordninger og -rutiner. Arbeidsgruppen skal ikke begrense sine forslag til innkjøpsregelverkets område. Det bør også vurderes forslag innen andre områder eksempelvis innen kontrakts- og konkurranselovgivning, revisjonens arbeidsområde m.m.
- Utrede administrative og økonomiske konsekvenser under det løpende arbeidet, i samsvar med Utredningsinstruksen kap. 2.1. Ved vurdering av de ulike forslagene skal konsekvensene tydelig fremgå.

Det ligger utenfor arbeidsgruppens mandat å vurdere om det bør innføres nye sanksjoner eller virkemidler for å motvirke andre brudd på anskaffelsesregelverket. Arbeidet avgrenses til ulovlig direkteanskaffelser.

3. ARBEIDSGRUPPENS ARBEIDSFORM

Arbeidsgruppen har hatt 13 møter fra 19. juni 2002 til 18. mars 2003. Før hvert møte har et medlem av arbeidsgruppen utarbeidet et notat om ett tema som danner grunnlaget for diskusjon. I etterkant av møtet har medlemmene gitt en skriftlig vurdering av diskusjonsnotatet. Disse innspillene har så blitt satt sammen til en konsolidert versjon som er blitt diskutert i påfølgende møte.

Arbeidsgruppen arrangerte et heldagsseminar 22.oktober 2002, der både oppdragsgivere og leverandører fikk anledning til å delta. Til sammen deltok ca. 40 representanter fra oppdragsgivere (statlige og kommunale) og leverandører. På seminaret holdt Økokrim og Konkurransetilsynet innlegg om hvilke sanksjonsmekanismer en har, og hvilke muligheter en har for å avdekke og forfølge ulovligheter. Deretter holdt to leverandører og to oppdragsgivere hvert sitt innlegg der de gav eksempler på ulovlige direkteanskaffelser, meddelte sine tanker om årsaker og fremsatte forslag til mulige sanksjonsmekanismer. Etter innleggene ble deltakerne inndelt i grupper som bl.a. diskuterte om det var ønskelig å innføre sanksjonsmekanismer for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser, og ev. hvilke sanksjonsmekanismer som kunne være hensiktsmessige å anvende. De ulike gruppene redegjorde for sine tanker i plenum etterpå. Dagen ble avsluttet med en paneldebatt der gruppelederne deltok.

Arbeidsgruppens inntrykk etter seminaret var at de fleste deltakerne stilte seg positive til bruk av sanksjoner ved ulovlige direkteanskaffelser, og synes det var viktig å ha flere sanksjonsmuligheter som kan brukes i samspill. Det syntes også å være enighet om at en må differensiere i forhold til hvor grov overtredelsen er.

4. HVA ER EN ULOVLIG DIREKTEANSKAFFELSE ?

En ”direkte” anskaffelse defineres i anskaffelsesforskriften³ som en ”anskaffelse som skjer ved direkte henvendelse til en eller flere leverandører.” Ved en direkteanskaffelse skjer det altså ingen forutgående kunngjøring.

Hovedregelen i henhold til anskaffelsesforskriften⁴ er at alle anskaffelser skal skje på grunnlag av forutgående kunngjøring og konkurranse mellom et tilstrekkelig antall leverandører. Det foreligger imidlertid noen snevre unntakshjemler som i visse tilfeller gir oppdragsgiver rett til å foreta en direkteanskaffelse, som det kort vil redegjøres for nedenfor. Tilfeller som ikke faller inn under disse unntaksbestemmelsene må følge de ordinære anbudsreglene. Dersom ikke dette gjøres, og oppdragsgiver inngår kontrakt direkte med en leverandør, er anskaffelsen en ulovlig direkteanskaffelse.

³ Jf. anskaffelsesforskriften § 1-4 bokstav k

⁴ Jf. anskaffelsesforskriften § 6-2

Anskaffelsesforskriften § 11-2 gir anledning til å foreta direkteanskaffelser⁵ i følgende tilfeller hvor:

- a. prisen på anskaffelsen ikke overstiger kroner 200 000 eks. mva.,
- b. anskaffelsen bare kan skje hos en leverandør i markedet,
- c. det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe ytelser til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser, og en anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke lar seg gjennomføre i det tidsrommet tilbudet foreligger,
- d. anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse,
- e. uforutsette omstendigheter gjør det nødvendig å utføre tilleggsytelser som er strengt nødvendige for kontraktens fullføring, forutsatt at tildelingen skjer til samme leverandør,
- f. det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, eller
- g. det gjelder varer eller tjenester som kjøpes på børs/råvarebørs eller lignende marked.

Det praktisk viktigste tilfellet hvor direkteanskaffelser vil være aktuelt er for anskaffelser der verdien ikke overstiger NOK 200 000. Beløpsgrensen på NOK 200 000 er ikke knyttet til noen bestemt kontraktstype, og gjelder derfor både ved kjøp, tjenester og entreprisoppdrag.

I forsyningsforskriften, som regulerer sektorene vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon, er det ikke fastsatt særskilte prosedyreregler for anskaffelser under de såkalte EØS/WTO terskelverdiene.

For anskaffelser over de såkalte EØS/WTO-terskelverdiene⁶ ligger den eneste mulighet anskaffelsesmyndigheten har for å gjennomføre en formløs forhandlet i den snevre unntakshjemmel i anskaffelsesforskriften § 4-3 (for forhandlet kontrakt uten forutgående kunngjøring), og i forsyningsforskriften § 17 annet ledd. Disse bestemmelsenes innhold svarer langt på vei til innholdet i anskaffelsesforskriften § 11-2.

Dersom anskaffelsen omfattes av anskaffelsesregelverket og foretas ved direkte kontakt med en/flere leverandører til tross for at anskaffelsen ikke faller inn under de ovenfor nevnte unntaksbestemmelsene, er anskaffelsen m.a.o. en ulovlig direkteanskaffelse.

⁵ Jf. anskaffelsesforskriften Del III (Anskaffelser *under terskelverdiene* og ved kontrahering av *uprioriterte tjenester*) § 11-2

⁶ Jf. anskaffelsesforskriften § 2-2, som angir terskelverdiene for klassisk sektor for 2002 (terskelverdiene justeres hvert år). For sentrale statlige oppdragsgiveres kjøp av varer og tjenester er terskelverdien NOK 1,3 mill. eks. mva. For andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekontrakter er terskelverdien NOK 1,6 mill. eks. mva. For bygge- og anleggskontrakter er terskelverdien NOK 40,5 mill. eks. mva. Se forsyningsforskriften § 12 for terskelverdiene på forsyningssektorene.

Eksempler på en ulovlig direkteanskaffelse er hvor:

- Oppdragsgiver tildeler en ny kontrakt direkte til en leverandør uten å foreta en forhåndskunngjøring i DOFFIN databasen samt en etterfølgende konkurranse, selv om anskaffelsen etter regelverket skal kunngjøres.
- Oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket.
- Oppdragsgiver benytter seg av rammeavtaler som andre oppdragsgivere lovlig har inngått, uten at kontrakten eller kunngjøringen lovlig rommer muligheten for at andre virksomheter enn de kontrakten er inngått med kan gjøre bestillinger fra den.
- Oppdragsgiver splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under beløpsgrensen på NOK 200 000, jf. anskaffelsesforskriften § 2-3 annet ledd.

KAPITTEL II: SAMMENDRAG

For en mer utførlig redegjørelse for arbeidsgruppens forslag og vurderingene som ligger til grunn for disse, vises til kapitlene VI, VII, VIII og IX.

1. SAMMENDRAG AV ARBEIDSGRUPPENS FORSLAG

Anskaffelsesregelverket krever som hovedregel at alle anskaffelser kunngjøres i forkant. Det er kun i visse avgrensede tilfeller at oppdragsgivere kan kjøpe direkte fra en leverandør, uten å ha kunngjort anskaffelsen i forkant. Statistiske undersøkelser tyder imidlertid på at mange oppdragsgivere foretar direkteanskaffelser også i de tilfellene dette ikke er tillatt etter anskaffelsesregelverket, såkalte ulovlige direkteanskaffelser.

Arbeidsgruppen mener eksisterende sanksjonsmidler ikke er tilstrekkelige for å hindre ulovlige direkteanskaffelser. For å bøte på dette anbefaler arbeidsgruppen følgende tiltak:

- Konkurransetilsynet får som oppgave å føre tilsyn med ulovlig direkteanskaffelser.
- Alle direkteanskaffelser over en viss størrelse skal føres i anskaffelsesprotokollen. Gruppens flertall mener at alle anskaffelser over NOK 50 000 bør føres i protokollen, mens to medlemmer mener grensen bør være på NOK 200 000.
- Alle direkteanskaffelser over NOK 200 000 skal forhåndskunngjøres minimum tre virkedager før kontraktsinngåelse, der det opplyses om hvilken unntaksbestemmelse anskaffelsen faller inn under.

I tillegg anbefaler arbeidsgruppen at det innføres følgende sanksjoner for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser:

- Konkurransetilsynet gis hjemmel til å ilegge sivil bot overfor oppdragsgivere som visste eller burde vite at de foretok en ulovlig direkteanskaffelse
- Arbeidsgruppens flertall ønsker at Konkurransetilsynet gis myndighet til i visse, avgrensede tilfeller å erklære en kontrakt for ugyldig. Den nærmere avgrensningen må utredes nærmere. Ett medlem går mot innføringen av en slik hjemmel.
- Konkurransetilsynet gis en tilsvarende kompetanse til å gi pålegg for å hindre ulovlige direkteanskaffelser, som Nærings- og handelsdepartementet har i henhold til anskaffelsesforskriften § 3-11.
- Arbeidsgruppens flertall går inn for at domstolene gis adgang til å ilegge straff overfor personer eller foretak dersom en grovt uaktsomt eller forsettlig foretar en ulovlig direkteanskaffelse. Straffenormen bør rette seg mot manglende kunngjøring, unnlattelse

av å begrunne hvorfor direkteanskaffelsen er lovlig, samt der det gis uriktige eller ufullstendige opplysninger i kunngjøringen. Et mindretall ønsker ikke at det innføres en straffebestemmelse.

Forslaget innebærer behov for økte budsjettmidler til Arbeids- og administrasjonsdepartementet / Konkurransetilsynet som følge av økte driftskostnader, og kan derfor på kort sikt medføre en generell økning av det offentliges anskaffelsesutgifter. Arbeidsgruppen mener imidlertid forslaget totalt sett vil medføre en betydelig innsparing for det offentlige, og at kostnadene ved å innføre og håndheve sanksjonene i et slikt perspektiv er beskjedne.

2. ENGLISH SUMMARY

The principal rule of the Norwegian procurement regulations requires public contracting authorities to advertise all procurements in advance. Only under specific circumstances are the contracting authorities allowed to purchase directly from a vendor without prior notification. Statistical analysis indicate that in many cases contracting authorities purchase directly and illegally from vendors without prior notification or competition, so-called illegal direct procurement.

The working group considers the existing regulations, with its limited set of sanctions, to be inadequate to deter illegal direct procurement. To counteract the problem the working group therefore suggests that:

- The Competition Authority should be given the power to monitor illegal direct procurement.
- Direct procurement over a certain amount of money should be recorded in the procurement protocol. The majority of the working group suggests that all direct procurements over NOK 50,000 should be recorded in the procurement protocol, while a minority of two members suggest a threshold of NOK 200,000.
- Direct procurement over NOK 200,000 should be notified minimum three working days in advance of contract signing, including information about the exclusionary provision that allows direct purchase.

Moreover, the working group recommends to initiate the following sanctions to counteract illegal direct procurement:

- The Competition Authority should be given the legal authority to impose a fine on contracting authorities that act negligently when they purchase illegally directly from a vendor.
- The majority of the group, all except one, suggests that the Competition Authority should be given the legal authority to, in specific cases, declare that a contract is invalid.

The group recommends that the limits of this authority is considered more closely.

- The Competition Authority should be given the legal authority to issue an order to prevent an illegal direct procurement, similar to the authority the Ministry of Trade and Industry now have in accordance with statutory provisions.
- The majority of the group suggest that the Ordinary Court of Law should be given the legal authority to penalise persons or agencies that gross or wilfully neglected the provisions when they made the illegal procurement. Punishment applies when the contracting authorities does not make a prior notification when this is obligatory, or one does not inform about the exclusionary provision that allows direct purchase in a specific case, or gives incorrect or incomplete information in the notification. A minority of the working group voted against the introduction of a penal provision.

The proposal implies the need for increased founding to the Ministry of Labour and Government Administration / Competition Authority, and may also imply increased costs for the contracting authorities in the short run. In the long run, however, the working group considers that the proposal will result in considerably reduced costs for the public sector, hence the costs of introducing new sanctions are modest in an overall perspective.

KAPITTEL III : BESKRIVELSE AV PROBLEMET

I Dokument nr. 1 til Stortinget har Riksrevisjonen gjennom flere år tatt opp en rekke saker som gjelder manglende etterlevelse av reglene for offentlige anskaffelser, både det nasjonale regelverket og EØS-reglene. Dette ble spesielt omtalt i forordet til Dokument nr. 1 (2001-2002) for regnskapsåret 2000. Det er blant annet avdekket en rekke kjøp av varer og tjenester uten konkurranse. I mange tilfeller er det heller ikke ført anskaffelsesprotokoll. Prosessen frem til valg av leverandør har ofte ikke vært tilstrekkelig dokumentert. Manglende dokumentasjon av måten anskaffelser har funnet sted på, gjør det umulig å kontrollere de vurderinger og avgjørelser som er foretatt i forhold til krav som gjelder for statlige anskaffelser. I forordet til Dokument nr. 1 (2002-2003) for regnskapsåret 2001 uttaler Riksrevisjonen at det fremdeles er betydelige feil og mangler knyttet til anskaffelsesvirksomhetene i staten. Manglene synes dels å skyldes for lite kompetanse på området, og dels at det ikke er etablert tilfredsstillende rutiner for oppfølging av gjeldende regelverk.

Som nevnt i innledningen i kap. I understreker kontroll- og konstitusjonskomiteen i Innst.S.nr.101 (2001-2002) betydningen av at regelverket blir etterlevet. Komiteen forutsetter at nødvendige tiltak iverksettes for å rette opp de påpekte forhold.

I Innst.S.nr.130 (2002-2003) til Dokument nr. 1 (2002-2003) uttalte kontroll- og konstitusjonskomiteen: *" at det fremdeles er betydelige feil og mangler knyttet til anskaffelsesvirksomheten i staten og at Riksrevisjonen etterlyser økt fokus på kompetanse og behovet for etablering av tilfredsstillende rutiner for oppfølging av gjeldende regelverk. Komiteen viser til at dette også var et tema under fjorårets behandling av statsbudsjettet og forutsetter at arbeidet med å etablere rutiner til å sikre at regelverket følges intensiveres."*

Det er ikke kartlagt hvor stort problemet med ulovlige direkteanskaffelser er i Norge. Det er imidlertid mye som tyder på at det er et reelt problem, jf. kap. I punkt 1. På bakgrunn av flere henvendelser fra leverandører har Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) tatt opp problemstillingen med NHD. I saker som er av så vital interesse for næringslivet, er NHO av den oppfatning at det i lov om offentlige anskaffelser må utformes en regel som hindrer oppdragsgivere eklatant å sette regelverket til side. NHO mener dette kan gjøres ved å innta en regel om "mulkt" for klassisk sektor på samme måte som det er gjort for forsyningssektorene, og at en slik regel enten kan gjøres generell eller tilpasses denne sektoren.

I Sverige har Nämnden for offentlig upphandling gjennomført en kartlegging av overtredelser av den svenske loven (SOU 1999:139). De feil som oftest forekommer er ulovlige direkteanskaffelser. Dette stemmer godt med den erfaring Nämnden har fått gjennom kontakt med leverandører. Av de totale antall poster på 578 som inngår i kartleggingen, er 89 stykker ulovlige direkteanskaffelser. En forholdsvis liten del av det kartlagte materialet stammer fra domsavgjørelser. Det antas at leverandører som oppdager

ulovlige direkteanskaffelser heller går til pressen og påtaler ulovligheten enn å gå til domstolen. Det antas at leverandører er av den oppfatning at det er vanskelig å nå frem i domstolen, både med å overbevise retten om at det har foregått en overtredelse, og at det er nesten umulig å vinne frem med et erstatningssøksmål.

Oppdragsgiver er hovedansvarlig for å etterleve anskaffelsesregleverket. Men det er leverandørene som har interessen i og muligheten for å avdekke brudd på regelverket. Svakheter ved at leverandørene i praksis har hovedansvaret for å avdekke og følge opp en ulovlig direkteanskaffelse er:

- Det er vanskelig for konkurrerende leverandører å få kjennskap til tildelte kontrakter. Dette skyldes bl.a. at direkteanskaffelser ikke kunngjøres, og at oppdragsgivere ikke sender ut skriftlig meddelelse til leverandører som kunne ha deltatt i en konkurranse om at de har inngått kontrakt⁷.
- Dersom leverandørene skal fungere som "vaktbikkjer" kreves det at de har tilstrekkelig kunnskap om regelverket, hvilket ikke alltid er tilfelle.
- Selv om en leverandør har kunnskap om direkteanskaffelsen og god kjennskap til anskaffelsesregelverket, er det ofte vanskelig for alternative leverandører å etterprøve oppdragsgivers vurdering av om unntakene i § 11-2 kommer til anvendelse.
- Mange leverandører vegrer seg i praksis for å innrapportere ulovligheter fordi de frykter å bli "svartelistet" av oppdragsgiveren de klager på, slik at de ikke vil bli tildelt kontrakt i en fremtidig anbudskonkurranse.
- Det er lite trolig at potensielle leverandører vil oppnå erstatning, jf. kap. IV punkt 3. Motivet for leverandørene til å forfølge ulovlige kontraktstildelinger er dermed svekket.

⁷ Se anskaffelsesforskriften § 3-8 tredje ledd, jf. §§ 10-3 og 17-3.

KAPITTEL IV : VURDERING AV EKSISTERENDE SANKSJONSMULIGHETER

Nedenfor følger først en gjennomgang av hvilke sanksjonsmuligheter en har i henhold til gjeldende rett, deretter arbeidsgruppens vurdering av om eksisterende sanksjonsmidler er egnete til å motvirke ulovlige direkteanskaffelser, jf. mandatet.

1. TILSIDESETTELSE AV BESLUTNINGER OG MIDLERTIDIG FORFØYNING

Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 7 annet ledd at retten kan sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med regelverket, dersom kontrakt ikke er inngått. Retten har også hjemmel til å beslutte midlertidig forføyning i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 8 dersom kontrakt ikke er inngått.

Den anbudsrettslige hovedregel dersom kontrakt er tildelt i strid med regelverket om offentlige anskaffelser, er m.a.o. at kontrakten ikke kan omgjøres med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser til skade for den som har oppnådd slik kontrakt.

Arbeidsgruppens vurdering

Dersom kontrakt er inngått, noe som hovedsakelig er tilfellet når en oppdager ulovlige direkteanskaffelser, vil retten ikke kunne sette til side beslutninger eller begjære midlertidig forføyning i medhold av lov om offentlige anskaffelser §§ 7 eller 8. Arbeidsgruppen finner derfor at disse bestemmelsene ikke er tilstrekkelig for å forhindre ulovlige direkteanskaffelser.

2. MULKT (FORSYNINGSSEKTORENE)

I henhold til lov om offentlige anskaffelser § 8 annet ledd kan retten ilegge mulkt dersom det er sannsynlig at bestemmelser i lov om offentlige anskaffelser eller forsyningsforskriften vil bli eller er overtrådt, og dersom overtredelsen ikke bringes til opphør eller forhindres, og kontrakt blir inngått.

Så langt arbeidsgruppen vet har bestemmelsen hittil ikke vært benyttet.

Arbeidsgruppens vurdering

Mulktbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 8 annet ledd er en særregel for

forsyningssektoren, og er ikke anvendelig på klassisk sektor. Bestemmelsen er derfor ikke tilstrekkelig til å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

3. ERSTATNING

I henhold til lov om offentlige anskaffelser § 10 har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet på reglene.

Lov om offentlige anskaffelser § 10 kan gi grunnlag for erstatning for både negativ og positiv kontraktsinteresse⁸. Spørsmålet om negativ interesse knytter seg særlig til forgjeves pådratte kostnader ved å gi et anbud, nærmere belyst i nyere norsk Høyesterettspraksis⁹. Ved direkte anskaffelse oppstår imidlertid ikke spørsmålet om negativ kontraktsinteresse, ettersom potensielle leverandører ikke har hatt noen kostnader ved en forutgående konkurranse.

Muligheten for å kreve positiv kontraktsinteresse er i norsk domspraksis hittil bare knesatt ved feil under anbudskonkurranser. Høyesterett har dermed ikke tatt stilling til om også potensielle leverandører ved en ulovlig direkteanskaffelse vil kunne få erstatning. Rettstilstanden er derfor uavklart. Uansett gjør kravet til årsakssammenheng at det skal mye til for at en potensiell leverandør skal få medhold i et krav om positiv kontraktsinteresse som følge av en ulovlig direkteanskaffelse.

En svensk høyesterettsdom illustrerer problemstillingen, den såkalte "Tvättsvamparna" dommen¹⁰:

Saken gjaldt tildeling av kommunalt vaskerioppdrag som feilaktig var tildelt uten forutgående anbudskonkurranse. Högsta domstolen godtar med henvisning til Kommisjonenens uttalelser i "Green Paper" COM(96) 583 pkt. 3.38. og svenske lovmotiver samt dommen i NJA 1998 s. 873 at anbudsfeil kan medføre ansvar for kontraktstap, men det fastslås at "beviskravet för att leverantören förlorat kontrakten till följd av överträdelsen måste vara högre i dessa fall än när ersättningsyrkandet avser kostnader." Domstolen mener allikevel at det "bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt" at han mistet kontrakten som følge av feilen. I saken besto feilen i at kommunen hadde foretatt et lovstridig direktekjøp uten anbudsbehandling. Saksøker hadde derfor ikke fått sjansen til å forberede et anbud, noe som etter domstolens oppfatning ikke var til hinder for at et erstatningskrav kunne gjøres gjeldende. Domstolen kom til at det ikke var sannsynliggjort at den forbigåtte leverandør ("Tvättsvamparna") ville vunnet i en eventuell konkurranse om oppdraget, og ettersom det derfor ikke var dokumentert årsakssammenheng kunne kravet på erstatning for kontraktstap ikke føre frem.

⁸ Krav om årsakssammenheng i kontraktserstatningsretten blir gjerne konsentrert om sontringen mellom positiv og negativ kontraktsinteresse. Den positive kontraktsinteresse innebærer at skadelidte stilles økonomisk som om han hadde fått riktig oppfyllelse. Begrepet "negativ kontraktsinteresse" anvendes der skadelidte kun får dekket det tap han har hatt ved å stole på kontrakten.

⁹ Se bl.a. "Torghatten-dommen" (Rt.1998 s.1398, "Firesafe-dommen" (Rt. 1997 s. 574) og Nucleus-dommen"(Rt. 2001 s. 1062)

¹⁰ NJA 2000.712

Högsta domstolen tilkjente altså ikke erstatning for kontraktstap, men en slik løsning avvises ikke på prinsipielt grunnlag. Det forutsettes at en potensiell leverandør kan kreve erstatning dersom han kan dokumentere at han ville hatt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet dersom det hadde blitt avholdt en konkurranse. Hvorvidt norske domstoler vil ha en tilsvarende holdning, er imidlertid som nevnt uavklart.

Arbeidsgruppens vurdering

Ved en ulovlig direkteanskaffelse vil ikke potensielle leverandører ha pådratt seg kostnader i forbindelse med en forutgående anbudskonkurranse, og de vil derfor ikke kunne kreve å få erstattet negativ kontraktsinteresse.

Selv om norske domstoler i prinsippet skulle åpne for erstatning av positiv kontraktsinteresse til potensielt forbigåtte leverandører ved en ulovlig direkteanskaffelse, gjør kravene til årsakssammenheng det lite trolig at disse vil oppnå erstatning etter lov om offentlige anskaffelser §10.

Det er derfor arbeidsgruppens oppfatning at lov om offentlige anskaffelser § 10 ikke er tilstrekkelig til å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

4. PÅLEGG I HENHOLD TIL ANSKAFFELSESFORSKRIFTEN § 3-11

Forskrift om offentlige anskaffelser av 15.06.2001 § 3-11 gir NHD hjemmel til å gi oppdragsgivere "de pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelsen av lov av 16. juli 1999 nr. 69 og denne forskrift."

Bestemmelsens ordlyd er meget vid. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at NHD har kompetanse til å gi pålegg for å forhindre en ulovlig direkteanskaffelse, da dette vil være med på å sikre oppfyllelsen av anskaffelsesforskriften.

I kgl.res. 28.06.2002, der myndighet etter lovens § 11 delegeres til NHD, nevnes et par eksempler på enkeltvedtak som kan være aktuelle etter § 3-11: "Dette kan være vedtak om å stanse en igangsatt innkjøpsprosedyre eller et pålegg om å omgjøre en beslutning som er ulovlig etter innkjøpsregelverket. I praksis vil dette gjelde anskaffelser hvor det er avgjørende med en rask inngripen, eksempelvis for å forhindre brudd på EØS- eller WTO-avtalens innkjøpsregler."

Den kgl.res. gir m.a.o. holdepunkter for at NHD har myndighet til å ilegge pålegg i tildelingsprosessen for å stanse/omgjøre en ulovlig tildeling. Uttalelsene i kgl.res. tyder på at bestemmelsen i praksis er ment å fungere som en "nødventil" for å sikre at regelverket blir overholdt.

Det er ikke nevnt i kgl. res. om NHD også skal ha hjemmel til å gi pålegg etter kontraktsinngåelse.

Arbeidsgruppens vurdering

Dersom en oppdragsgiver er i ferd med å foreta en ulovlig direkteanskaffelse, men ennå ikke har inngått kontrakt, gir anskaffelsesforskriften § 3-11 Nærings- og handelsdepartementet myndighet til å gi oppdragsgivere pålegg for å forhindre den ulovlige anskaffelsen.

Ettersom leverandører som regel ikke får kjennskap til en ulovlige direkteanskaffelser før kontrakt er inngått, har arbeidsgruppen vurdert om NHD med hjemmel i § 3-11 kan pålegge oppdragsgiver å gå fra en kontrakt som er inngått. Et slikt pålegg er inngripende, og ordlyden bør derfor tolkes i lys av legalitetsprinsippet. Det er arbeidsgruppens oppfatning at anskaffelsesforskriften § 3-11 ikke er klar nok til å hjemle inngrep i kontrakt som allerede er inngått. Heller ikke domstolene har hjemmel p.t. til å gripe inn overfor kontrakter som er inngått, jf. lov om offentlige anskaffelser §§ 7 og 8, og etter arbeidsgruppens oppfatning har det formodningen mot seg at lovgiver har ment å gi Nærings- og handelsdepartementet en mer vidtgående myndighet enn domstolene.

Arbeidsgruppen mener derfor at bestemmelsen ikke er tilstrekkelig til å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

5. ANDRE SANKSJONSMIDLER

5.1. Tjenestelig sanksjon

Dersom en offentlig ansatt ikke overholder anskaffelsesregelverket, kan han risikere å bli ilagt en tjenestelig sanksjon. En tjenestelig sanksjon er en sanksjon fra oppdragsgiver selv rettet mot en person som er ansatt hos oppdragsgiver. Dette er altså ingen reaksjon fra eksterne myndigheters side.

Tjenestelig sanksjon kan for eksempel være oppsigelse, suspensjon, avskjed eller forflytting eller ordensstraff i henhold til tjenestemannsloven § 14, slik som skriftlig irettesettelse, tap av ansiennitet eller at en settes i lavere stilling.

Tjenestelige sanksjoner kan kun anvendes dersom forsømmelsen er av en viss alvorlighetsgrad, og sanksjonene må stå i forhold til forsømmelsen (proporsjonalitetskrav). I den forbindelse vil det være sentralt om arbeidstakeren har fått tilstrekkelig opplæring.

Tjenestelig sanksjoner kan kun benyttes overfor ansatte. Ansatt må antakeligvis tolkes nokså snevert, slik at for eksempel eksterne oppdragstakere faller utenfor. Folkevalgte politikere vil ikke kunne rammes av tjenestelige sanksjoner, for eksempel kommunestyret.

Styrer i selskaper kan heller ikke utsettes for tjenestelige sanksjoner.

Arbeidsgruppens vurdering

Iverksettelse av tjenestelig sanksjon vil være opp til hver enkelt oppdragsgiver. Arbeidsgruppen antar at det i enkelte tilfeller vil kunne være grunnlag for å bruke tjenestelige sanksjoner dersom det foretas en ulovlig direkteanskaffelse. Særlig kan dette være aktuelt dersom regelverksbruddet er grovt og bevisst, og dersom det har vært foretatt ulovlige direkteanskaffelser før. Så vidt arbeidsgruppen kjenner til, har tjenestelige sanksjoner aldri vært brukt i slike saker.

Arbeidsgruppen mener det fortsatt må være opp til arbeidsgiver å vurdere om en bør bruke en tjenestelig sanksjon. Gruppen utelukker ikke at flere oppdragsgivere vil bruke tjenestelige sanksjoner dersom det innføres sanksjoner direkte mot organet.

5.2. Korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven

Begrepet korrupsjon har intet entydig meningsinnhold. Det synes imidlertid å være enighet om at enkelte sentrale elementer som vanligvis inngår i et korrupsjonsforhold er at det er tale om misbruk av den makt posisjonen i en organisasjon gir, at den som begår misbruket tilbys fordeler som ytes i den hensikt å påvirke en beslutningsprosess, og at avtalen mellom de involverte er hemmelig.

Det finnes flere lovbestemmelser i norsk straffelovgivning som rammer korrupsjon. Straffeloven (strl.) §§ 112 og 113 rammer offentlige tjenestemenn som mottar bestikkelser, mens strl. § 128 rammer den som aktivt bestikker en offentlig tjenestemann. Straffeloven §§ 275 og 276 (utroskapsbestemmelsene) anvendes ved korrupsjonsforhold i privat sektor, men kan også brukes ved korrupsjon i offentlig sektor.

Straffelovrådet fremla i desember 2002 et forslag til en ny straffebestemmelse som vil ramme aktiv og passiv korrupsjon i offentlig og privat sektor, jf. NOU 2002:22 En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon.

Arbeidsgruppens vurdering

Et av formålene med anskaffelsesregelverket er å forhindre korrupsjon. Det kan tenkes tilfeller der en kan bevise at en oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse i den hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning, hvor dette kan straffes i henhold til straffelovens korrupsjonsbestemmelser. Straffelovens korrupsjonsbestemmelser er derfor et viktig supplement til anskaffelsesregelverkets sanksjonsbestemmelser. Imidlertid vil det kunne være vanskelig å bevise at det er tatt slike utenforliggende hensyn.

Arbeidsgruppen antar imidlertid at årsaken til at det foretas en ulovlig direkteanskaffelse i de fleste tilfeller skyldes andre forhold enn korrupsjon / korrupsjonslignende forhold, slik som

manglende planlegging og regelverksforståelse. Straffelovens korrupsjonsbestemmelser er derfor etter arbeidsgruppens oppfatning ikke tilstrekkelig for å forhindre ulovlige direkteanskaffelser, ettersom korrupsjonsbestemmelsene har et snevrere nedslagsfelt.

5.3. Konkurranserettslige sanksjoner

Konkurranseloven (krrl.) § 3-10 gir Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1.

Konkurranselovens saklige anvendelsesområde avgrenses i lovens § 1-3. Loven omfatter ervervsvirksomhet av enhver art, uten hensyn til hva slags varer eller tjenester virksomheten gjelder og om virksomheten er privat eller drives av stat eller kommune.

Avtaler inngått i strid med forbud i konkurranseloven er ugyldige mellom partene, jf. krrl. § 5-1.

Arbeidsgruppens vurdering

Konkurranseloven har et vidt virkeområde. I utgangspunktet vil også offentlige anskaffelser anses som ervervsvirksomhet i konkurranselovens forstand, slik at det i prinsippet også er mulig å gjøre inngrep overfor ulovlig direkteanskaffelse etter konkurranselovens § 3-10.

Etter arbeidsgruppens vurdering er imidlertid § 3-10 ikke så velegnet til å gjøre inngrep overfor ulovlige direkteanskaffelser. For det første bør en etter arbeidsgruppens vurdering kunne sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser også der konkurransebegrensningskriteriet i § 3-10 ikke er oppfylt. For det annet er § 3-10 en inngrepsbestemmelse som retter seg mot fremtiden. Det som omfattes av bestemmelsens ordlyd er ikke forbudt før tilsynet eventuelt har truffet et konkret vedtak. En eventuell senere overtredelse av dette vedtaket kan imidlertid sanksjoneres. På denne bakgrunn vil det ikke være mulig å knytte rettsvirkninger til forhold som ligger forut for inngrepet. Dersom inngrepet for eksempel skjer etter at kontrakt er inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse, kan neppe kontrakten angripes med hjemmel i § 3-10.

Forøvrig er konkurranseloven under revisjon, og Konkurranselovutvalget skal levere sin innstilling innen 1. april 2003. I skrivende stund er det uklart om § 3-10 eller en lignende bestemmelse vil videreføres i en ny konkurranselov. Det må derfor under enhver omstendighet vurderes om det er hensiktsmessig å knytte håndhevelse/kontroll av ulovlige direkte anskaffelser til bestemmelser i gjeldende konkurranselov.

5.4. Avtalerettslige sanksjoner

Det foreligger ingen uttrykkelig hjemmel i anskaffelsesregelverket som tilsier at kontrakter inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse er ugyldige. Heller ikke en fortolkning av anskaffelsesregelverket tilsier at det er en gyldighetsbetingelse for avtalen at prosedyrene

loven oppstiller er fulgt.

Avtalelovens ugyldighetsbestemmelser¹¹ vil i prinsippet være anvendelige, men ettersom de hovedsakelig er rettet mot tilfeller av svik og tvang, har de begrenset rekkevidde når det gjelder å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

Arbeidsgruppens vurdering

Det foreligger ingen særskilt hjemmel for å erklære en avtale inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse for ugyldig, med mindre en av de alminnelige ugyldighetsbestemmelsene i avtaleloven er oppfylt. Ettersom avtalelovens ugyldighetsbestemmelser har begrenset rekkevidde, er det arbeidsgruppen vurdering at disse ikke er tilstrekkelig for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

6. OPPSUMMERING AV ARBEIDSGRUPPENS VURDERING AV GJELDENDE SANKSJONSMEKANSIMER

Ingen av de sanksjonene som foreligger i dag er etter arbeidsgruppen oppfatning tilstrekkelige alene eller samlet, for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser, jf. drøftelsen foran.

¹¹ Jf. avtaleloven(lov av 31. mai 1918 nr. 4) kap. 3 vedr. ugyldige viljeserklæringer

KAPITTEL V: ANDRE RETTSSYSTEMER / INTERNASJONAL RETT

1. ANDRE LANDS RETT

1.1. De øvrige nordiske land

Anskaffelsesregelverket i de øvrige nordiske land er hovedsakelig tilsvarende det norske. Ulovlig direkteanskaffelser antas også å være et problem i de øvrige nordiske landene, jf. kap. III om den statistiske undersøkelsen gjort av Nämnden för offentlig upphandling i Sverige. Svenske myndigheter vurderer på denne bakgrunn å innføre sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser.

1.2. Tyskland

Etter tysk rett er kontrakt om offentlige anskaffelser ikke gyldig med mindre oppdragsgiver informerer deltakerne i konkurransen om hvem som skal tildeles kontrakt og hvorfor. Det er imidlertid uklart om en slik bestemmelse er overførbar på ulovlig direkteanskaffelser, ettersom det i en slik situasjon ikke har vært en konkurranse.

1.3. USA

I USA er det fastsatt et regelverk for føderale myndigheters anskaffelser. De ulike statene fastsetter egne innkjøpsregler, som hovedsakelig er mindre detaljert enn det føderale anskaffelsesregelverket.

På føderalt nivå er det ansatt en/flere personer i hvert enkelt myndighetsorgan, såkalte "Contracting officers" (CO), som er de eneste som har formell kompetanse til å inngå kontrakt på vegne av organet. Andre representanter for organet kan diskutere innholdet i tilbudet mv. med leverandørene, men alle vesentlige beslutninger må godkjennes av CO for at en avtale skal være gyldig.

Føderale myndigheter anvender normalt en standardklausul i kontrakten som gir dem en vidtgående avbestillingsrett ("termination for convenience"). Det følger av rettspraksis at en slik avbestillingsrett også innfortolkes i kontrakten dersom den er uteglemt. Dersom oppdragsgiver benytter seg av avbestillingsretten, har leverandøren krav på å få dekket negativ kontraktsinteresse. En leverandør har derimot ikke krav på kompensasjon for positiv kontraktsinteresse dersom et føderalt organ benytter seg av sin avbestillingsrett.

I USA er det et eget organ, General Accounting Office (GAO), som bl.a. behandler klager over føderale anskaffelser. GAOs beslutning er kun rådgivende, men i praksis følges deres

anbefalinger i stor grad. Dersom et organ ikke følger GAOs råd, blir dette rapportert til Kongressen.

For at GAO skal ta klagen til behandling, må klagen innleveres innen 10 dager etter at kontrakt er inngått. Oppdragsgivere oppfordres til ikke å gå videre i prosessen inntil GAOs beslutning foreligger. Oppdragsgiver kan imidlertid på egen risiko velge å gå videre dersom de anser dette nødvendig, mot at dette nedfelles i anskaffelsesprotokollen. Dersom GAO kommer til at anskaffelsesreglene er brutt, og oppdragsgiver anbefales å gjennomføre anskaffelsen på nytt, vil oppdragsgiver benytte seg av sin avbestillingsrett.

2. EU/EØS RETT

Når det gjelder rettstilstanden innenfor EU/EØS, er Norge gjennom EØS avtalen forpliktet til å innføre regler om overprøving og erstatning, jf. EUs håndhevelsesdirektiver¹².

Direktivene avgjør imidlertid ikke hvordan spørsmålet om lovstridig kontraktstildeling skal håndteres, men overlater dette til nasjonal rett, jf. for klassisk sektor Dir 89/665/EF Art 2 nr 6 og for forsyningssektoren den mer vidtgående opsjon i Dir 92/13/EF Art 2 nr 6.

EUs håndhevelsesdirektiv inneholder således ingen særskilte sanksjonsmekanismer for ulovlige direkteanskaffelser.

EU vurderer for tiden å revidere håndhevelsesdirektivene.

¹² Rådets direktiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen av klageprosedyrene av offentlige innkjøps- og bygge- og anleggskontrakter, og rådets direktiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse av EF-reglene for fremgangsmåten ved tilbudsgiving innen vann- og energiforsyning og transport og telekommunikasjon.

KAPITTEL VI: VURDERING AV OM EN BØR INNFØRE SANKSJONER FOR Å MOTVIRKE ULOVLIGE DIREKTEANSKAFFELSER

1. INNLEDING

På bakgrunn av arbeidsgruppens konklusjon i kap. IV punkt 6. om at sanksjonene som eksisterer i dag ikke er tilstrekkelige for å forhindre ulovlige direkteanskaffelser, har arbeidsgruppen foretatt en prinsipiell vurdering av om det bør innføres ytterligere sanksjoner.

I utgangspunktet er det ikke ønskelig å styre adferden til offentlige organer med offentlige sanksjoner. Arbeidsgruppen antar at offentlige organer generelt er innstilt på å overholde regelverket. Terskelen for å innføre sanksjoner må på denne bakgrunn være relativt høy.

Tall fra DOFFIN, henvendelser til NHO, NHD og Konkurransetilsynet, og synspunkter som kom frem fra deltakerne på arbeidsgruppens seminar, danner til sammen et overordnet inntrykk av at omfanget av ulovlige direkteanskaffelser kan være betydelig, jf. for øvrig kap. III. Selv om arbeidsgruppen ville foretrukket å ha en grundigere dokumentasjon av omfanget av ulovlige direkteanskaffelser, er det vanskelig å se for seg at en storstilt undersøkelse for nærmere å kartlegge dette vil gi konkrete resultater.

Imidlertid etterlyser arbeidsgruppen konkret dokumentasjon om årsaken til at det foretas ulovlige direkteanskaffelser. Uten slik dokumentasjon er det vanskelig å ha noen sikker formening om hvilke tiltak det er hensiktsmessig å gjennomføre for å sikre etterlevelse.

2. ULIKE FREMGANGSMÅTER

Arbeidsgruppen har skissert fire fremgangsmåter for å sikre en bedre etterlevelse av regelverket, som kan anvendes hver for seg eller i kombinasjon:

- 1) forenkle regelverket
- 2) øke informasjonen om regelverket
- 3) særskilte administrative rutiner jf. kap IX
- 4) innføre sanksjoner, jf. kap. VIII

2.1. Forenkle regelverket

Forenkling av regelverket var noe av formålet da Nærings- og handelsdepartementet nylig reviderte anskaffelsesforskriften. Behovet for ytterligere forenkling må vurderes fortløpende av departementet. Arbeidsgruppen har ikke sett det som en del av sitt mandat å

vurdere om anskaffelsesregelverket burde forenkles eller om virkeområdet for lovlige direkteanskaffelser bør utvides. Representanten fra KS, Anders Hauger, peker imidlertid på at både forenkling av regelverket og vurdering av utvidelse av hjemlene for direkteanskaffelser vil være et nødvendig forarbeid før det innføres sanksjoner. Representanten fra Regjeringsadvokaten, Fanny Platou Amble fremholder at det i tilknytning til eventuell innføring av sanksjoner bør vurderes å heve beløpsgrensen i forskriften § 11-2 a. Hun mener det kan reises spørsmål 1) om oppdragsgivers totalkostnader ved å følge anbudsreglene, iallfall ved mer komplekse kontraktstyper, står i rimelig forhold til en beløpsgrense på kr 200.000, og 2) om de samfunnmessige kostnader ved å avdekke og forfølge regelbrudd i enkeltsaker står i rimelig forhold til en slik beløpsgrense.

2.2. Økt informasjon

Arbeidsgruppen har liten kunnskap om årsaken til at regelverket brytes. Arbeidsgruppen mener det kan være hensiktsmessig å foreta en nærmere utredning av årsaken til at det foretas ulovlige direkteanskaffelser. Arbeidsgruppen har imidlertid liten tro på at ytterligere generell informasjon alene vil kunne bidra til at det foretas færre ulovlige direkteanskaffelser. Derimot ser ikke arbeidsgruppen bort fra at en mer målrettet informasjon etter en slik utredning vil kunne bedre etterlevelsescraten. Økt informasjon kombinert med øvrige virkemidler antas å ha en god effekt, og vil i mange tilfeller være en viktig forutsetning for at ev. nye virkemidler skal få tilsiktet preventiv effekt.

Etter Fanny Platou Ambles (Regjeringsadvokaten) oppfatning bør en nærmere kartlegging av årsakene til at det foretas ulovlige direkteanskaffelser foretas *før* det besluttes hvilke tiltak – herunder sanksjoner – som eventuelt skal settes i verk.

2.3. Særskilte administrative rutiner

Innføring av særskilte administrative rutiner vil kunne øke oppdagelsesrisikoen for ulovlige direkteanskaffelser. Videre vil bedre interne rutiner hos oppdragsgiver bidra til å redusere risikoen for utilsiktede overtredelser. Arbeidsgruppen mener etterlevelsen av regelverket vil bedres ved innføring av tiltak som beskrevet i kap. IX, men at dette ikke er tilstrekkelig for å motvirke de bevisste tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser.

2.4. Innføre sanksjoner

Arbeidsgruppen mener innføring av sanksjoner overfor ulovlige direkteanskaffelser vil ha en preventiv effekt. Arbeidsgruppen mener trusselen om sanksjoner, og iverksettelse av sanksjoner overfor oppdragsgivere som foretar en ulovlig direkteanskaffelse, vil medføre at oppdragsgivere får et sterkere fokus på regelverket og etterlevelsen, og derigjennom presumptivt mer kostnadseffektive innkjøp. Innføring av sanksjoner vil således ha en allmennpreventiv effekt. Innføring av sanksjoner vil også gi oppdragsgivere et incitament til bedre etterlevelse av de krav som stilles til intern-kontroll, jf. kap IX punkt 3.

Arbeidsgruppen mener også at illeggelse av sanksjoner overfor den enkelte lovbrøyer vil medføre at lovbrøyeren vil avholde seg fra å bryte loven igjen, dvs. at sanksjonen har en individualpreventiv effekt.

Arbeidsgruppen mener en effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket vil øke bevisstheten blant offentlige ansatte om betydningen av å innhente konkurrerende anbud. Videre kan en effektiv håndhevelse av regelverket forebygge korrupsjon og korrupsjonslignende forhold. Det gir muligheten til å reagere i de tilfellene det har utviklet seg en uheldig kultur hos en oppdragsgiver, uten at det er bevist at det foreligger korrupsjon.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen mener etterlevelsen av regelverket vil bedres ved innføring av tiltak som beskrevet i kap. IX, men at dette alene ikke er tilstrekkelig for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

Arbeidsgruppen anbefaler at det innføres sanksjoner overfor oppdragsgivere som foretar ulovlige direkteanskaffelser. Arbeidsgruppen har derfor under kap. VIII vurdert nærmere hvilke sanksjonsformer som kan være anvendelige. De rettslige vilkår, herunder aktsomhetsnormen, vil bli vurdert for hver enkelt sanksjon.

KAP VII: VURDERING AV OM DET BØR INNFØRES ET TILSYNSORGAN FOR ULOVLIGE DIREKTEANSKAFFELSER

Ettersom arbeidsgruppen foreslår at det innføres sanksjoner, er det innledningsvis grunn til å vurdere om det er behov for å innføre et særskilt tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser.

1. BØR EN HA ET SÆRSKILT TILSYNSORGAN ?

I august 1998 nedsatte Nærings- og handelsdepartementet en arbeidsgruppe (Simonsen utvalget) som skulle gi forslag til effektivisering av håndhevelses- og overvåkningsreglene for offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen avgav sin innstilling 30. november 1999.

Simonsen-utvalget vurderte bla. om det var behov for et eget tilsynsorgan for offentlige anskaffelser, og konkluderte med at det ikke var behov for dette. Begrunnelsen for dette var hovedsakelig at Simonsen-utvalget foreslo en del nye tiltak som vil kunne bidra til en mer effektiv håndhevelse av regelverket, bla. innføring av en egen klagenemnd for offentlige anskaffelser. Simonsen-utvalget antok at klagenemnda i tilstrekkelig grad vil kunne bidra til en mer effektiv håndhevelse av regelverket, og mente at selvkontrollerende mekanismer (slik som klager m.v.) i praksis har vist seg mer effektive, smidige og mindre kostbare enn topptunge tilsynsordninger. Simonsen-utvalget ønsket derfor å unngå en ”byråkratisering” av området ved å innføre en formell tilsynsfunksjon, og viste til at ingen EU-land har etablert et eget tilsynsapparat med formell beslutningskompetanse når det gjelder offentlige anskaffelser.

Simonsen-utvalget pekte samtidig på at selvkontrollerende mekanismer ikke vil fungere når oppdragsgivere ignorerer plikten til å kunngjøre konkurranser, og viste til at dette var et allment retts håndhevelsesproblem i hele EØS-området. Arbeidsgruppen stiller seg på denne bakgrunn fritt til å vurdere hensiktsmessigheten av å innføre en tilsynsfunksjon for ulovlige direkteanskaffelser.

Selv om Klagenemnda for offentlige anskaffelser vil kunne føre til at flere ulovlige direkteanskaffelse blir avdekket, har Nemnda kun kompetanse til å gi rådgivende uttalelser. Forutsatt at et tilsynsorgan blir tillagt sanksjonsmyndighet, vil tilsynsorganet kunne være et effektivt, supplerende virkemiddel for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser. Dersom leverandørene har et tilsyn de kan henvende seg til kostnadsfritt (og i visse tilfeller anonymt, se punkt 3 nedenfor) vil dette medføre at myndighetene får økt kunnskap om ulovlige direkteanskaffelser. Å føre en sak for domstolene kan koste mye i tid og ressurser, og små og mellomstore bedrifter kan således vegre seg for å føre en sak for domstolene. Selv om det ikke er så kostbart å henvende seg til Klagenemnda, er det en videre krets av personer som kan tipse et tilsyn om en sak (for domstolene og klagenemnda kreves en rettslig interesse for å få behandlet saken). Dersom

den som tipser tilsynet i visse tilfeller har anledning til å være anonym vil dette også kunne tale i favør av et tilsynsorgan, ettersom en ikke har anledning til dette ved de alminnelige domstoler eller Klagenemnda jf. punkt 3 nedenfor og kap. III vedr. leverandørens frykt for å bli "svartelistet" av oppdragsgivere.

Arbeidsgruppen mener Konkurransetilsynet vil være et velegnet tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser. Dette vil være i samsvar med konkurranselovens formål om "å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse" jf. krrl. § 1-1¹³. Arbeidsgruppen mener det er en fordel at ett organ ser disse beslektede problemstillinger i sammenheng. Videre vil det innebære mindre administrative kostnader å anvende et allerede eksisterende tilsynsorgan sammenlignet med å opprette et nytt organ.

Konkurransetilsynet har imidlertid ikke tilstrekkelig kompetanse på området for offentlige anskaffelser p.t. En tilsynsfunksjon på området krever derfor rekruttering/oppbygning av spesialkompetanse i Konkurransetilsynet, som vil medføre høyere administrative kostnader.

Konkurransetilsynets metoder for å avdekke ulovlige direkteanskaffelser kan for eksempel være å utføre kontroller (muligheten for å utføre kontroller må sees på i forhold til revisjonen av konkurranselovens informasjonsinnhentingshjemler), og å opprette en tipstelefon. Tipstelefon øker kontaktflaten og finnes i dag hos Konkurransetilsynet vedr. kartellvirksomhet. Av hensyn til rettssikkerheten må det utarbeides retningslinjer for slik kontrollvirksomhet. Fysisk tilgang til å søke etter informasjon i forbindelse med en kontroll, vil naturlig forutsette at det foreligger en rettslig beslutning fra forhørsretten, på tilsvarende måte som for konkurransesaker i dag.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler ikke at det opprettes et særskilt tilsynsorgan, men at Konkurransetilsynet gis en tilsynsfunksjon for ulovlige direkteanskaffelser.

2. AKTIVITETSRETT OG AKTIVITETSPLIKT

Arbeidsgruppen mener Konkurransetilsynet bør ha en aktivitetsrett, dvs. at tilsynet kan ta opp saker av eget tiltak. Arbeidsgruppen ønsker derimot ikke at tilsynet skal ilegges en aktivitetsplikt, m.a.o. bør ikke anmelder/klagere ha et rettskrav på at tilsynet forfølger deres anmeldelse/klage. Det må i utgangspunktet være opp til tilsynet å prioritere bruken av sine ressurser.

¹³ Se for øvrig den beslektede formålbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 1 om "å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling".

Det å ikke ta saken til behandling er ikke et enkeltvedtak i henhold til forvaltningsloven. Det skal imidlertid nevnes at Konkurranselovutvalget i utkast til sin innstilling (lovforslagets § 3-3 tredje ledd) foreslår at Konkurransetilsynets avgjørelse om ikke å realitetsbehandle eller ikke å gripe inn når noen har anmodet tilsynet om å fatte et vedtak i tilknytning til adferdsreglene i loven (unnlattelse av å fatte vedtak), skal kunne påklages til en ny nemnd, Konkurransenemnda. Unnlattelse av å gripe inn mot et bedriftsserverv omfattes således ikke av denne klageadgangen. Når noen anmoder tilsynet om å treffe vedtak, vil tilsynet få en plikt til å grunngi avgjørelsen dersom tilsynet ikke følger opp anmodningen. Begrunnelsen må også kunne omfatte tilsynets vurdering i forhold til sin prioritering av ressurser. Både Konkurransetilsynets prioriteringer og andre grunner for ikke å realitetsbehandle en anmodning, vil dermed kunne være gjenstand for overprøving av Konkurransenemnda. En tilsvarende ordning vil kunne vurderes for ulovlige direkteanskaffelser.

Rettsikkerhetsmessige betraktninger tilsier at det er positivt å ha en slik klagemulighet.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen mener Konkurransetilsynet bør ha en aktivitetsrett, dvs. ha rett til å ta opp saker av eget tiltak. Arbeidsgruppen anbefaler derimot ikke at Konkurransetilsynet pålegges en plikt til å forfølge alle tips/klager.

3. ANONYM KLAGEADGANG

Arbeidsgruppen har vurdert om det er behov for anonymitet for en som klager til Konkurransetilsynet om en ulovlig direkteanskaffelse, ev. om det er behov for ytterligere anonymitet enn det som følger av dagens praksis slik at dette må lovreguleres.

Hensynet til rettsikkerhet taler imot at klagers identitet holdes hemmelig, ettersom det kan være vanskeligere for den innklagede å bestride de fremsatte påstandene og klagerens troverdighet. Dersom Konkurransetilsynet vurderer å fatte et vedtak basert hovedsaklig på klagers vitneutsagn, kan derfor identiteten til vitnet ikke holdes hemmelig. Dersom Konkurransetilsynet vil bygge sin avgjørelse på andre bevis, og tipset kun var utslagsgivende for at nærmere undersøkelse ble iverksatt, er det mer uproblematisk å holde identiteten til den som tipset tilsynet skjult for innklagede.

Når det gjelder anmelders legitime behov for beskyttelse, kan det videre reises spørsmål om de har noe velbegrunnet krav på å hemmeligholde sin anmeldelse, ettersom offentlige myndigheter vil være rettslig avskåret fra å legge vekt på at en leverandør har klaget på dem ved en senere anbudskonkurranse. En må kunne forutsette at grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper overholdes, og at eventuelle brudd på disse under enhver omstendighet kan forfølges rettslig av eventuelle fornærmede. Imidlertid kan en ikke utelukke at slike utenforliggende hensyn tas og dette vil være vanskelig å bevise for en

leverandør. Det er uansett en realitet at leverandørene frykter at de ikke vil bli tildelt en kontrakt ved neste konkurranse, og at de derfor avholder seg fra å klage, jf. kap. III. Dersom Konkurransetilsynet skal fungere som tilsynsorgan, er de avhenging av tips. Dette er derfor et viktig moment i favør av anonymitet.

Det kan tenkes at de som tipser Konkurransetilsynet ikke har beskyttelsesverdige motiver for å innrapportere en oppdragsgiver, for eksempel et ønske om å skade denne. Tipset kan for eksempel komme fra en ansatt som er blitt dårlig behandlet av sin arbeidsgiver, oppdragsgiveren det tipses om. Konkurransetilsynet vil alltid forsøke å finne ut hva som ligger til grunn for et tips og tipserens underliggende motiver for å skaffe seg et mest mulig nøytralt og korrekt bilde av saken. Selv om den som gir tipset har vikarierende motiver, kan tipset være verdifullt og gi Konkurransetilsynet kunnskap om ulovligheter, og på den måten rettfærdiggjøre muligheten for å holde klageren anonym.

Arbeidsgruppen finner etter dette at det er et legitimt behov i en del tilfeller for å hemmeligholde identiteten til den som tipser Konkurransetilsynet om en ulovlig direkteanskaffelser.

Arbeidsgruppen anser imidlertid ikke at den som tipser tilsynet om en ulovlig direkteanskaffelse foretatt av et offentlige organ har et større beskyttelsesbehov sammenlignet med de øvrige områdene Konkurransetilsynet forvalter i dag. Til en viss grad har Konkurransetilsynet i henhold til dagens praksis mulighet til å gi den som tipser Konkurransetilsynet anonymitet overfor den påklagede, og arbeidsgruppen legger til grunn at det vil være tilsvarende adgang til å gi anonyme tips dersom Konkurransetilsynet skal ha ansvar for ulovlige direkteanskaffelser. Arbeidsgruppen mener derfor at dagens praksis i Konkurransetilsynet for å hemmeligholde identiteten til tipsere er tilstrekkelig.

Dersom det oppstår et behov for å avsløre klagerens identitet, mener arbeidsgruppen at klager må kunne motsette seg dette dersom han ikke ønsker å røpe sin identitet. Selv om det offentlige har et legitimt ønske om å oppklare saken, er det etter gruppens syn viktigere at tilliten til Konkurransetilsynet opprettholdes for at overvåkningssystemet skal fungere effektivt i fremtiden. Klager må derfor kunne stole på at hans identitet ikke vil bli røpet mot hans vilje. Alle bør kun gi Konkurransetilsynet et tips om at det foregår en ulovlighet uten at de selv risikerer eller frykter at de vil bli utsatt for sanksjoner fra konkurrenter eller potensielle oppdragsgivere på et senere tidspunkt.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler at de som tipser tilsynet om en ulovlig direkteanskaffelse gis anledning til å være anonyme i samme utstrekning som i konkurransesaker.

Dersom oppfølgingen av en klage/et tips fører til at tilsynsorganet får behov for å avsløre klagerens identitet, mener arbeidsgruppen at klager/tipsere må kunne motsette seg dette.

4. FORHOLDET MELLOM KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG KONKURRANSETILSYNET

Dersom en leverandør mener en oppdragsgiver har brutt regelverket for offentlige anskaffelser, kan han bl.a. klage til den nyopprettede Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Ettersom arbeidsgruppen foreslår at Konkurransetilsynet skal ha en tilsynsoppgave når det gjelder ulovlige direkteanskaffelser, er det viktig å avklare forholdet mellom Konkurransetilsynet og Klagenemnda slik at det ikke oppstår forvirring blant brukerne av regelverket i fremtiden mht. til organenes kompetanse og ansvarsfordeling.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser ble opprettet med virkning fra 2. januar 2003, og kan motta klager fra leverandører eller organisasjoner med rettslig klageinteresse. Klagenemnda for offentlige anskaffelser kan ta i mot saker uansett hvilket beløp anskaffelsen gjelder, og kan således også behandle saker vedr. ulovlige direkteanskaffelser. Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være et rådgivende organ, jf. forskrift om Klagenemnda § 1. Klagenemnda har m.a.o. ikke kompetanse til å fatte bindende beslutninger eller ilegge sanksjoner.

En kan tenke seg følgende alternative løsninger for å avgrense forholdet mellom Konkurransetilsynet og Klagenemnda:

- 1) Konkurransetilsynet behandler ikke saken dersom saken allerede er brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelse. I så fall vil det være naturlig å utvide Nemndas kompetanse slik at den også kan ilegge sanksjoner.
- 2) Saker vedr. ulovlige direkteanskaffelser skal kun behandles av Konkurransetilsynet. Klagenemnda pålegges en plikt til å videresende saken vedr. ulovlige direkteanskaffelser til Konkurransetilsynet uten realitetsbehandling.
- 3) Klagenemnda gis myndighet til å ilegge sanksjoner og fatte bindende avgjørelser, m.a.o. bli en særdomstol.
- 4) Saker kan bringes inn for både Konkurransetilsynet og Klagenemnda.

Arbeidsgruppen anbefaler alternativ 4. Parallell behandling av saker vil naturligvis kunne være uheldig av ressurs hensyn og hensynet til ensartet praksis. Det vil også være uheldig for både Nemndas og Konkurransetilsynets anseelse dersom de kommer til ulik konklusjon i mange saker. Imidlertid vil disse to organene ha ulike roller: Klagenemnda er et tvisteløsningsorgan mellom to parter, mens Konkurransetilsynet er et tilsynsorgan som etterforsker saker bl.a. basert på henvendelser fra publikum. På den måten vil Konkurransetilsynet kunne fange opp tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser som ikke blir sendt inn til Klagenemnda, og på den måten være et nyttig supplement til Klagenemnda.

Arbeidsgruppen vil ikke anbefale å endre Klagenemndas kompetanse så kort tid etter opprettelsen. Et sentralt formål ved opprettelsen av Klagenemnda var at konfliktnivået

mellom partene som er involvert skal bli lavest mulig. Dersom Klagenemnda skal ha mulighet til å sanksjonere vil konfliktnivået bli som ved de alminnelige domstoler, og noe av formålet med Nemnda være borte. Arbeidsgruppen mener derfor at Klagenemnda ikke bør ilegge sanksjoner.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen mener en bør ha anledning til både å kunne klage til Klagenemnda og tipse Konkurransetilsynet om en sak.

Konkurransetilsynet bør som en del av sin tilsynsfunksjon holde seg orientert om det som skjer i Klagenemnda.

5. ER DET BEHOV FOR LOVENDRING DERSOM KONKURRANSETILSYNET SKAL FUNGERE SOM ET TILSYNSORGAN ?

I henhold til krrl § 1-1 er konkurranselovens formål samfunnsøkonomisk effektivitet gjennom virksom konkurranse. Samfunnsøkonomisk effektivitet er altså målet, og virksom konkurranse er middelet. I lov om offentlige anskaffelser er formålet angitt å være "økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling". Innholdet i de to formålsbestemmelsene er således delvis overlappende, men ikke sammenfallende.

Konkurranseloven omfatter ervervsvirksomhet av enhver art, uansett om den er privat eller drives av stat eller kommune.

Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at offentlige innkjøp omfattes av loven, jf. Ot.prp. nr. 97 (1998-99) om lov om endringer i konkurranseloven. Det fremgår der at bakgrunnen for endring av konkurranselovens § 1-2 var å fastslå at konkurranseloven kommer til anvendelse på det "offentliges innkjøp av varer eller tjenester til konsum i forbindelse med utøvelse av offentlig myndighet, f.eks. domstolenes innkjøp av juridisk litteratur eller det offentliges innkjøp av flyreiser."

Konkurransetilsynet skal i henhold til § 2-2 e) etter pålegg bistå andre myndigheter med å kontrollere etterlevelsen av andre regler der overtredelsen kan ha uheldige virkninger for markeds- og konkurranseforhold. Konkurransetilsynet kan altså med hjemmel i annen lov eller pålegg fra Kongen eller AAD kontrollere etterlevelsen av anskaffelsesreglene. Krrl § 2-2 (e) kan benyttes som hjemmelsgrunnlag for at Konkurransetilsynet ilegges en tilsynsfunksjon på anskaffelsesområdet.

Arbeidsgruppens anbefaling

Det er ikke nødvendig med lovendring ettersom Konkurransetilsynet kan pålegges en tilsynsfunksjon for ulovlige direkteanskaffelser i medhold av krrl. § 2-2 bokstav e. I skrivende stund er det imidlertid usikkert om denne bestemmelsen blir videreført i ny konkurranselov. Arbeidsgruppen mener uansett at hensynet til forutsigbarhet og brukervennlighet tilsier at ansvaret bør fremgå eksplisitt av konkurranseloven, m.a.o. at det bør foretas en lovendring.

Dersom tilsynsfunksjonen skal kombineres med myndigheten til å ilegge sanksjoner, er lovendring nødvendig.

6. KOMPETANSE ETTER ANSKAFFELSESFORSKRIFTEN § 3-11 I FORHOLD TIL ULOVLIGE DIREKTEANSKAFFELSER

Det vises til kap. IV pkt 4 vedrørende anskaffelsesforskriften § 3-11 som gir Nærings- og handelsdepartementet kompetanse til å gi pålegg for å forhindre brudd på anskaffelsesregelverket.

I og med at arbeidsgruppen foreslår at Konkurransetilsynet skal ha en tilsynsfunksjon for ulovlige direkteanskaffelser, synes det formålstjenlig og hensiktsmessig at Konkurransetilsynet overtar kompetansen som i forskriftens § 3-11 er tildelt Nærings- og handelsdepartementet, for så vidt gjelder ulovlige direkteanskaffelser.

Alternativt kan det innføres en særskilt bestemmelse i krrl. som gir Konkurransetilsynet nødvendig påleggskompetanse.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler at det tas inn et tillegg i forskriftens § 3-11 hvor det fremgår at for så vidt gjelder oppfyllelsen av forskriftens § 11-2, innehas påleggskomptansen av Konkurransetilsynet.

KAPITTEL VIII: VURDERING AV FORSLAG TIL NYE SANKSJONSMEKANISMER

Forslagene som diskuteres nedenfor kan som et generelt utgangspunkt anvendes alene eller i kombinasjon. Arbeidsgruppen kommer nærmere inn på forholdet mellom sanksjonene i kap. X punkt 2.

1. SIVILRETTLIG BOT

1.1. Innledning

1.1.1 Forholdet mellom sivilrettslig bot og straff

I dette kapitlet vurderer arbeidsgruppen sivilrettslig bøter som virkemiddel overfor ulovlige direkteanskaffelser. Straff, ilagt og fulgt opp av påtalemyndigheten, blir behandlet i kapittel punkt 3.

Bøter som ilegges av andre enn politi- og påtalemyndighetene, regnes tradisjonelt ikke som straff. Dersom et forvaltningsorgan ilegges en bot, for eksempel et gebyr i henhold til vegtrafikkloven, regnes det som en sivil sanksjon som ikke hører inn under strafferetten.

Sivilrettslige bøter er etter arbeidsgruppen forslag kun aktuelt overfor pliktsubjekter i h.t. lov om offentlige anskaffelser § 2.

Den som er anklaget for en straffbar handling ("criminal offence") i henhold til den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) har visse rettigheter, bl.a. krav på å anses uskyldig inntil hans skyld er bevist, jf. EMK art. 6. Begrepet "straffbar handling" må tolkes autonomt, og avgjøres derfor ikke av hvordan begrepet defineres i nasjonal rett. Handlinger som kan sanksjoneres med sivile bøter med pønalt formål kan omfattes av EMK art. 6. Det innebærer at rettighetskatalogen i artikkel 6 kan komme til anvendelse, noe som bl.a. kan få betydning når det gjelder beviskrav. Imidlertid er pliktsubjektet i henhold til anskaffelsesregelverket i hovedsak offentlige organer, som i utgangspunktet ikke vernes av EMK. I den utstrekning oppdragsgiver er selskaper eller lignende i.h.t. lov om offentlige anskaffelser § 2 litra b, vil disse kunne være rettighetssubjekter etter EMK. Det kan derfor ikke utelukkes at EMK i visse tilfeller kan innebære begrensninger i forhold til arbeidsgruppens forslag om sivilrettslige bøter. Imidlertid vil EMK ikke komme til anvendelse i de fleste saker vedr. offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen ser derfor ikke grunn til å drøfte nærmere EMKs anvendelse på sivilrettslige bøter, men nøyer seg med å vise til de grundige utredninger som nylig er gjort av Sanksjonsutvalget under ledelse av

Hans Petter Jahre (Justisdepartementet) og av Tilleggsskatteutvalget under ledelse av Mary-Ann Hedlund (Finansdepartementet).

Sivilrettslige bøter etter den modellen arbeidsgruppen foreslår reiser etter tradisjonell lære ikke problemer i forhold til Grunnloven § 96.

1.1.2. Terminologi

Arbeidsgruppen har vurdert hva som er den mest egnede betegnelsen for de sivilrettslige bøtene.

Lov om offentlige anskaffelser opererer allerede i lovens § 8 annet ledd med begrepet "mulkt" som sanksjonsmiddel. Imidlertid synes dette sanksjonsmidlet å være nær beslektet med tvangsmulktinstituttet, i og med at et hovedformål med illeggelsen synes å være å motivere til å treffe korrigerende tiltak i den aktuelle saken. Den sivilrettslige boten arbeidsgruppen foreslår vil primært bli ilagt med formål å hindre fremtidige overtredelser. Således er eksisterende begrepsbruk i loven ikke nødvendigvis førende for hvorledes det nye sanksjonsmidlet bør betegnes.

I annen norsk forvaltningslovgivning som inneholder sivilrettslige sanksjonsmidler, benyttes bl.a. betegnelsen "overtredelsesgebyr", se kringkastningsloven av 4. desember 1992 nr. 127 § 10-3 og børsloven av 17. november 2000 nr. 80 § 5-12.

Begrepet "bot" kan lede tanken hen på strafferetten. At det er vesentlige forskjeller mellom sivilrettslig og strafferettslig bot kan tale for at man velger en annen terminologi for den sivilrettslige boten. I utkast til ny konkurranselov anvendes imidlertid betegnelsen "bot" om administrativt ilagte bøter. Ettersom Konkurransetilsynet etter arbeidsgruppens forslag skal ilegge bøter, tilsier sammenhengen i rettssystemet at det er hensiktsmessig å anvende samme terminologi.

Arbeidsgruppen har også vurdert om betegnelsen "foretaksbot" bør anvendes, for å synliggjøre at personer ikke kan ilegges boten. Imidlertid er det ikke kun foretak som kan ilegges bot, men også offentlige organer. "Virksomhetsbot" ville således være mer treffende. Arbeidsgruppen vil imidlertid ikke anbefale dette, jf. begrunnelsen ovenfor om å ha en tilsvarende definisjon som konkurranseloven.

Arbeidsgruppens forslag

Arbeidsgruppen anbefaler at betegnelsen "bot" benyttes på de sivilrettslige sanksjonene.

1.2. Er det prinsipielt ønskelig å innføre sivilrettslig bot som sanksjonsmiddel?

Sivil bot er etter arbeidsgruppens oppfatning kun aktuelt å innføre overfor pliktsubjekter i h.t. lov om offentlige anskaffelser § 2 og ikke overfor fysiske personer.

Ettersom ulovlige direkteanskaffelser ofte oppdages etter at kontrakt er inngått,

oppfyllelsen er påbegynt eller kontrakten er oppfylt, vil det ofte ikke være hensiktsmessig å anvende andre sanksjonsmidler enn bøter. For eksempel vil sterke hensyn etter omstendighetene kunne tale mot å erklære en kontrakt for ugyldig dersom kontraktsavviklingen er godt i gang, jf. pkt 2 nedenfor.

Å innføre sivilrettslig bot vil gi en ytterligere signaleffekt til brukerne av regelverket om at ulovlige direkteanskaffelser er uønsket. Arbeidsgruppen mener innføring av bøter vil innebære en allmenn- og individualpreventiv effekt, jf. kap. VI. Den preventive effekt vil bl.a. avhenge av at de aktuelle oppdragsgiverne får kunnskap om sanksjonsrisikoen, at bøter faktisk ilegges slik at bestemmelsen ikke fremstår som en tom trussel, og at bøtene er såpass store at de får tilsiktet preventiv effekt.

Bøter er en vanlig sanksjonsmekanisme dersom regelverk brytes. Bøter oppleves normalt som mindre inngripende enn for eksempel straff mot person eller vedtak om at en kontrakt skal være ugyldig.

Det vil imidlertid kunne få uheldige ringvirkninger å bøtelegge for eksempel kommuner med dårlig økonomi, da dette vil kunne gå ut over kommunens innbyggere gjennom kompensierende økt prising av kommunale tjenester. Arbeidsgruppen mener imidlertid at det neppe er behov for høye bøter for å oppnå tilsiktet preventiv effekt, se punkt 1.5.1. nedenfor. Videre mener arbeidsgruppen at innføring av bøter på sikt vil bidra til en betydelig innsparing for det offentlige, og at bøtelegging derfor kan forsvares.

Innføring av bøter vil også, i likhet med innføring av andre sanksjonsmekanismer, føre til større administrative kostnader. Størrelsen på kostnadene vil bl.a. avhenge av hvilket organ som skal håndheve sanksjonsmekanismen, og hvordan en avgrenser bestemmelsen. Se for øvrig kap. XI om økonomiske og administrative konsekvenser av arbeidsgruppens forslag.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen mener etter en helhetsvurdering at bot vil være et velegnet sanksjonsmiddel ved ulovlige direkteanskaffelser.

1.3. Håndhevingsorgan

1.3.1. Vurdering av hvilket organ som skal ilegge bot

Arbeidsgruppen har vurdert om det alminnelige domstolsapparatet burde ilegge sivilrettslige bøter. Det er imidlertid tidkrevende og ressurskrevende å anvende domstolsapparatet, både for samfunnet og de involverte parter.

Arbeidsgruppen vurderte derfor om Klagenemnda for offentlige anskaffelser burde kunne ilegge bøter. Fordelen ved dette er bl.a. at organet har spisskompetanse på området. I henhold til gjeldende rett kan Klagenemnda kun gi rådgivende uttalelser. Hensikten med det nye tvisteløsningsorganet er at en får løst saker på en effektiv og kostnadsbesparende

måte, med lavest mulig konfliktnivå mellom partene. Dersom tvisteløsningsorganet skal ilegge sanksjoner, det vil si fatte bindende avgjørelser, vil saksbehandlingen bli mer omstendelig, tidkrevende og kostbar. Etersom Simonsen-utvalget grundig vurderte Nemndas kompetanse i 1999, og Nemnda bare for få måneder siden har begynt sin virksomhet, anser ikke arbeidsgruppen det hensiktsmessig å vurdere spørsmålet om Nemndas kompetanse på nåværende tidspunkt. Arbeidsgruppen vil derfor ikke foreslå at kompetansen til å ilegge bøter legges til Klagenemnda.

Arbeidsgruppen foreslår at Konkurransetilsynet skal være et tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser, jf. kap. VII. Arbeidsgruppen mener derfor at det er hensiktsmessig og kostnadseffektivt at Konkurransetilsynet også gis myndighet til å ilegge bøter/iverksetter sanksjoner. Konkurranselovutvalget foreslår at konkurransemyndighetene får hjemmel til å ilegge bot i konkurransesaker, tilsynet vil derfor opparbeide seg erfaring med å ilegge sivilrettslige bøter på et tilgrenset område. En slik oppgave vil således ha sammenheng med de øvrige oppgavene til Konkurransetilsynet, og håndhevingen antas å bli mer effektiv enn ved de alminnelige domstolene.

Av hensyn til rettsikkerheten må oppdragsgivere som bøtelegges ha anledning til å bringe saken videre for en eventuell overprøving. Arbeidsgruppen mener sivilrettslige bøter etter lov om offentlige anskaffelser bør ilegges etter tilsvarende foreleggssystem som foreslås i reglene om administrativ bot etter konkurranseloven. Således foreslås at forelegg utferdiges med en frist for vedtakelse på to måneder. Dersom forelegget ikke vedtas, må Konkurransetilsynet kunne reise sak for domstolen i den rettskrets foreleggsadressaten kan saksøkes. Søksmål bør reises innen tre måneder etter utløpet av vedtakelsesfristen. Det er ingen plikt for Konkurransetilsynet til å utferdige forelegg eller eventuelt å fremme en sak for domstolene.

Unnlatelse av å følge opp et saksforhold må som nevnt begrunnes av Konkurransetilsynet, og kan eventuelt påklages til Konkurransenemnda.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler at Konkurransetilsynet gis myndighet til å ilegge bøter ved en ulovlig direkteanskaffelse.

Arbeidsgruppen mener sivilrettslige bøter bør ilegges som forelegg. Dersom forelegget ikke vedtas, kan Konkurransetilsynet bringe saken inn for domstolen.

1.3.2. Behov for lovendringer ?

Innføring av sivilrettslig bot som sanksjon mot ulovlige direkteanskaffelser krever lovhjemmel. Hjemmelen bør etter gruppens oppfatning plasseres i lov om offentlige anskaffelser, for eksempel som § 8 bokstav a. For å sikre forutberegneligheten bør anskaffelsesforskriftens § 11-2 suppleres med en uttrykkelig henvisning til sanksjonsbestemmelsen.

Forholdet mellom mulktbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 8 annet ledd for forsyningssektoren må avklares. Arbeidsgruppen mener i utgangspunktet det bør utarbeides en hjemmel for sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser som er felles for både klassisk sektor og forsyningssektoren. Arbeidsgruppen antar imidlertid at ulovlig direkteanskaffelse er mest aktuelt på klassisk sektor fordi forsyningssektoren har høyere beløpsgrenser for direkteanskaffelser.

Konkurransetilsynet har i henhold til gjeldende rett ikke hjemmel til å ilegge sivilrettslig bot, kun tvangsmulkt for å sikre at enkeltvedtak de har fastsatt blir overholdt, jf. krrl. § 6-4 og forelegg på vinningsavståelse, jf. krr. § 6-5. I henhold til utkast til ny konkurranselov er det imidlertid foreslått at Konkurransetilsynet kan ilegge sivilrettslige bøter, men dette vil ikke utgjøre tilstrekkelig kompetansegrunnlag for å ilegge bøter etter lov om offentlige anskaffelser. Det anbefales at Konkurransetilsynets oppgaver og kompetanse etter lov om offentlige anskaffelser også beskrives eller vises til i konkurranseloven.

Arbeidsgruppens anbefaling

Innføring av sivilrettslig bot som sanksjonsmiddel i lov om offentlige anskaffelser krever lovendring.

Arbeidsgruppen anbefaler at det utarbeides en hjemmel som gir Konkurransetilsynet myndighet til å ilegge bot. De nærmere vilkår for boteleggelse bør angis i loven, men det kan også være aktuelt å gi lovhjemmel som bestemmer at nærmere regler kan reguleres i forskrift. Arbeidsgruppen mener det bør gjøres klart i en ev. ny bestemmelse at tilsynet gis anledning til å reise sak dersom boten ikke vedtas, jf. til sammenligning konkurranselovutvalgets forslag til ny bestemmelse om bot som kan danne mønster for en tilsvarende regel i lov om offentlige anskaffelser.

1.4. Rettslige vilkår

Sivilrettslig bot som sanksjon bør rette seg mot oppdragsgiver i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 2.

Et flertall i arbeidsgruppen mener det er hensiktsmessig å knytte handlingsnormen for sanksjonen direkte opp mot den regelen overtredelsen refererer seg til, nemlig at det er foretatt en direkteanskaffelse som ikke er lovlig i henhold til forskriftens § 11-2. Representanten fra KS, Anders Hauger, mener imidlertid at handlingsnormen bør være i overensstemmelse med det arbeidsgruppen har vurdert i forhold til straff, jf. punkt 3.2.4. nedenfor.

Arbeidsgruppen har vurdert om det skal kreves subjektiv skyld ved overtredelse, ev. hvilket aktsomhetskrav som skal legges til grunn, eller om det skal være tilstrekkelig å påvise at bestemmelsen objektivt sett er overtrådt.

Det finnes eksempler på administrative sanksjoner i annen norsk lovgivning som kan ilegges uavhengig av skyld. Eksempler på dette er reglene om overtredelsesgebyr i kringkastningsloven og børsloven. Brudd på ligningsloven forutsetter derimot at det er utvist skyld.

Adgang til å ilegge sivilrettslige bøter uavhengig av skyld vil kunne bidra til effektiv håndheving av anskaffelsesregelverket. Det er viktig å signalisere behovet for økt bevissthet om og etterlevelse av regelverket. På den annen side tilsier hensynet til forutberegnelighet at det innføres et krav om skyld. Det kan tenkes situasjoner der oppdragsgiver ikke kan klandres for at det har blitt gjort feil i forhold til et såpass komplisert regelverk.

Flertallet i arbeidsgruppen mener derfor at det bør være et vilkår for å ilegge bot at det kan påvises uaktsomhet fra foretaket eller av en som handler på vegne av foretaket. Også konkurranselovutvalget opererer med tilsvarende skyldkrav i sitt forslag om administrative bøter. Representanten fra KS, Anders Hauger, mener sanksjoner av denne art bør forbeholdes de forsettlige og grovt uaktsomme overtredelser frem til det er kartlagt mer om bakgrunnen for at regelverket brytes, og om det er mulig å forhindre brudd på regelverket ved andre tiltak enn sanksjoner.

Arbeidsgruppens flertall mener en bør legge til grunn et forholdsvis strengt aktsomhetskrav. Eksempelvis vil det være uaktsomt å ha manglefulle innkjøpsrutiner eller sørge for opplæring av innkjøpsansvarlig. Aktsomhetskravet bør skjerpes jo større anskaffelsen er og ved gjentakelse.

I henhold til lov om offentlige anskaffelser § 8 annet ledd kan mulkt kun ilegges når feilen ikke rettes opp. Riktignok er formålet om å skape effektiv konkurranse tilfredsstillt dersom feilen rettes opp. Imidlertid kan det foreligge grove brudd på regelverket der preventive hensyn taler for at det likevel bør være mulig å ilegge bøter. Arbeidsgruppen mener derfor at hjemmelen for å ilegge bøter for ulovlige direkteanskaffelser bør være generell, slik at det ikke tas inn et vilkår om at bot ikke kan ilegges dersom feilen er rettet opp.

Imidlertid må en foreta en helhetsvurdering når en vurderer å ilegge bøter, der et moment vil være om feilen er rettet opp. Ved avveiningen av om en skal ilegge bøter til tross for at feilen er rettet opp bør en vektlegge oppdragsgivers skyldgrad, om det har vært tilsvarende brudd på regelverket tidligere, og anskaffelsens størrelse. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak. Hvis det er lite å legge oppdragsgiver til last, bør bot som hovedregel ikke ilegges når feilen er rettet opp. En annen sak er at denne situasjonen antas å være mindre praktisk, da kontraktsavviklingen gjerne vil ha kommet så langt når en ulovlig direkteanskaffelse blir avdekket at forholdet/feilen vanskelig kan rette opp.

Arbeidsgruppen har vurdert om det kan være hensiktsmessig å ha et vilkår om at markedet "skades", dvs at tilsynsmyndigheten må sannsynliggjøre at anskaffelseskostnaden ligger over markedspris. Å håndheve et slikt bevistema vil imidlertid være ressurskrevende, og antakelig i betydelig grad svekke sanksjonens praktiske betydning. Gruppen anbefaler derfor ikke at et slikt vilkår tas inn i sanksjonsbestemmelsen. En annen sak er at dersom

oppdragsgiver påviser at markedet ikke er skadet ved det brudd som har funnet sted, bør dette tillegges vekt i utmålingen av boten, jf. nedenfor.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppens flertall mener at handlingsnormen bør knyttes opp mot den regelen overtredelsen refererer seg til, nemlig at det er foretatt en direkteanskaffelse som ikke er lovlig i henhold til anskaffelsesforskriften § 11-2. Ettersom anskaffelsesforskriften § 11-2 ikke gjelder på forsyningssektoren, og det heller ikke eksisterer noen tilsvarende bestemmelse i forsyningsforskriften, vil en slik henvisning innebære at bestemmelsen ikke gjelder for forsyningssektoren. Dette er et problem det må tas hensyn til ved den endelige utforming av regelverket.

Representanten fra KS, Anders Hauger, mener at handlingsnormen bør knyttes opp til manglende kunngjøring eller begrunnelse av direkteanskaffelser, og viser i den forbindelse til vurderingen i punkt 3.4.2.

Sivil bot bør kun rette seg mot oppdragsgiver i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 2, ikke privatpersoner.

Arbeidsgruppens flertall anbefaler at det kreves at oppdragsgiver visste eller burde vite at de brøt regelverket for at bot kan ilegges. En bør legge til grunn et forholdsvis strengt aktsomhetskrav. Aktsomhetskravet bør skjerpes jo større anskaffelsen er og ved gjentakelse. Representanten fra KS, Anders Hauger, mener at sanksjoner av denne art bør forbeholdes de forsettlige eller grovt uaktsomme overtredelser frem til det er kartlagt mer om bakgrunnen for at regelverket brytes og om det er mulig å forhindre brudd på regelverket ved andre tiltak enn sanksjoner.

Av hensyn til forutberegneligheten for brukerne og at regelen skal få tilsiktet effekt bør en ny hjemmel som gir adgang til å ilegge bøter etter arbeidsgruppens vurdering plasseres i lov om offentlige anskaffelser og henvises til i anskaffelsesforskriften § 11-2.

1.5. Botens størrelse

Bøter kan tenkes ilagt som et engangsbeløp eller som en løpende mulkt (tvangsmulkt). En ulovlig direkteanskaffelse vil normalt avdekkes på et så sent stadium at eksisterende sanksjonsmidler i lov om offentlige anskaffelser ikke er uanvendelige. Kryssende hensyn bl.a. til leverandøren som har fått kontrakten, kan tale mot å gripe inn i kontraktsavviklingen. Arbeidsgruppen foreslår derfor at sivilrettslig bot ilegges som et engangsbeløp.

Arbeidsgruppen ser for seg at det kan være hensiktsmessig å fastsette bøter som en prosentandel av kontraktsverdien. Ved at en tar utgangspunkt i kontraktens verdi vil botens størrelse kunne avspeile betydningen av lovovertrædelsen. Videre vil det gi større forutberegnelighet for oppdragsgiverne.

Arbeidsgruppen mener botens størrelse må fastsettes etter en konkret helhetsvurdering der en tar hensyn til kontraktens verdi, skyldgrad, gjentakelse, i hvilken utstrekning markedet er "skadet" osv. Grove overtredelser bør i utgangspunktet straffes hardest, men en bør også ta hensyn til systematiske mange små overtredelser.

Det vil kunne få uheldige ringvirkninger å bøtelegge for eksempel kommuner med dårlig økonomi, da dette vil kunne gå ut over kommunens innbyggere gjennom kompenserende økt prising av kommunale tjenester. Likevel mener arbeidsgruppen at prevensjons- og likebehandlingshensyn tilsier at oppdragsgivers økonomiske situasjon som hovedregel ikke bør tillegges betydning ved utmåling av boten.

Når det gjelder bøtenivået, vil arbeidsgruppen understreke at det er grunn til å tro at det neppe er behov for høye bøter for å oppnå tilsiktet preventiv effekt. Det kan være grunn til å tro at det offentlige organet som beskyldes for lovovertrødelse først og fremst vil være bekymret for sin anseelse utad dersom det fastslås at det har brutt loven, og at botens størrelse således ikke er det primære for å oppnå den preventive effekt.

Størrelsen på boten bør sees i forhold til nivået for administrative bøter på andre rettsområder, særlig på konkurranserettsområdet. Arbeidsgruppen antar at 20 % av anskaffelsens verdi kan være en veiledende yttergrense ettersom dette trolig vil gi tilstrekkelig fleksibilitet til at en oppnår tilsiktet preventiv effekt. Arbeidsgruppen antar at bøter opptil 20 % først og fremst vil være aktuelt for anskaffelser der kontraktsbeløpet er lavt for å virke tilstrekkelig preventivt. For større anskaffelser antar arbeidsgruppen at bøtenivået generelt bør ligge langt lavere enn 20% av anskaffelsesverdien med mindre særskilte forhold tilsier noe annet.

Gruppen har vurdert om det bør fastsettes en nedre grense for boten, for eksempel at boten minimum bør være en viss prosent av kontraktsverdien. Imidlertid vil bestemmelsen lovt teknisk sett bli enklere uten en slik nedre grense og gi større fleksibilitet ved utmålingen av boten. Arbeidsgruppen anbefaler derfor ikke at det fastsettes en nedre grense for boten.

Gruppen har også vurdert om det bør fastsettes en yttergrense i loven, for eksempel at boten ikke kan settes høyere enn 20 % av anskaffelsens verdi. Dette vil gi større forutberegnelighet for oppdragsgiverne. Imidlertid vil bestemmelsen lovt teknisk sett bli enklere uten yttergrenser og gi større fleksibilitet. Forslaget til ny konkurranselov, som harmoniserer med EUs retningslinjer vedr. utmåling av administrative bøter, har ikke minimums- eller maksimumsgrenser. En kan hevde at en øvre grense for botens størrelse vil kunne gi dårligere preventiv virkning enn en bestemmelse uten yttergrense, spesielt ved anskaffelser ned mot terskelverdien i anskaffelsesforskriften § 11-2 på NOK 200 000. I slike tilfeller vil kostnadene ved å følge regelverket kunne være større enn 20 % av kontraktssummen, og fristelsen til ikke å utlyse anbudskonkurranse derfor bli stor. Arbeidsgruppen har etter dette konkludert med at 20 % av kontraktens verdi kan gi en indikasjon på yttergrensen for botens størrelse, men at en ikke anbefaler at en slik yttergrense lovfestes.

Boten bør tilfalle statskassen.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen har konsentrert seg om administrativ bot gitt som et engangsbetrag, i motsetning til en løpende mulkt.

Arbeidsgruppen ser for seg at bøter i de fleste tilfeller vil kunne fastsettes som en prosentandel av kontraktsverdien. Arbeidsgruppen anbefaler at bøtenes størrelse fastsettes etter en konkret vurdering der en tar hensyn til kontraktens verdi, skyldgraden hos oppdragsgiver, gjentakelse, m.v.

Arbeidsgruppen foreslår ikke at loven fastsetter minimums- og maksimumsgrenser for botens størrelse som kompetansebegrensninger.

Det er neppe behov for høyt bøtenivå for å oppnå tilsiktet preventiv effekt. Arbeidsgruppen antar at 20 % av anskaffelsens verdi kan være en veiledende yttergrense. Arbeidsgruppen antar imidlertid at de fleste bøter vil ligge langt lavere enn 20 % av anskaffelsens verdi.

1.6. Beviskrav

Arbeidsgruppen har vurdert hvilke beviskrav som bør gjelde ved sivilrettslige bøter. Utgangspunktet er at domstolskontroll av administrative vedtak behandles etter tvistemålslovens regler. Tradisjonelt er kravene til bevisets styrke vesensforskjellig i sivil- og straffeprosessen. I sivile saker er utgangspunktet sannsynlighetsovervekt, det vil si at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn. I straffeprosessen er den klare hovedregel at enhver rimelig og fornuftig tvil skal lede til frifinnelse.

Det foreligger imidlertid avvik fra hovedregelen om sannsynlighetsovervekt i sivilprosessen på enkelte rettsområder der særlige hensyn taler for at man krever mer enn bare vanlig sannsynlighetsovervekt. Arbeidsgruppen har vurdert om det bør legges til grunn et beviskrav om klar sannsynlighetsovervekt. I utkast til konkurranselovutvalgets innstilling kreves det klar sannsynlighetsovervekt for å ilegge sivilrettslige bøter med den begrunnelse at disse likner på strafferettslige bøter. Etersom Konkurransetilsynet etter arbeidsgruppens forslag er tiltenkt håndhevingsoppgaver ved ulovlige direkteanskaffelser, og reglene i de to lover langt på vei skal fremme likeartede formål, tilsier sammenhengen i rettsystemet at en legger til grunn samme beviskrav. Arbeidsgruppen har på denne bakgrunn kommet til at beviskravet bør være klar sannsynlighetsovervekt.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen finner at beviskravet ved bøtlegging bør være klar sannsynlighetsovervekt.

1.7. Tvangsfullbyrdelse

Krav mot offentlig myndighet kan ifølge tvangsfullbyrdesloven § 1-2 ikke fullbyrdes.

Dette gjelder tilsvarende hvor virksomheten er organisert som forvaltningsorgan. Dette unntaket gjelder ikke hvor statlig eller kommunal virksomhet er organisert som eget rettssubjekt. Arbeidsgruppen har derfor vurdert om det bør innføres særregler om tvangsfullbyrdelse av bøter som ilegges en oppdragsgiver på grunn av en ulovlig direkteanskaffelse.

Bakgrunnen for tvangsfullbyrdsloven § 1-2 er i hovedsak at staten antas å kunne oppfylle sine forpliktelser. En forfølgning med dette siktemål må således antas å være overflødig. Det faktum at staten ikke kan slås konkurs, gjør at en adgang til tvangsdekning vil medføre en forfordeling av kreditorene, noe som ikke er ønskelig.

Bestemmelsens annet ledd er i samsvar med kommuneloven § 55. Begrunnelsen bak unntaket for kommuner følger av forarbeidene til kommuneloven NOU 1990: 13 s. 396: ”Kreditorbeslag av en kommunes eller fylkeskommunes eiendeler vil i de fleste situasjoner føre til uakseptable konsekvenser for borgerne og kommunens eller fylkeskommunens virksomhet. Det vil lett føre til en forfordeling kreditorene imellom, fordi kommuner og fylkeskommuner ikke kan slås konkurs, noe som medfører at individuelle sikkerhetsrettigheter ikke kan omstøtes som ledd i et bredere oppgjør...”

Arbeidsgruppen anbefaling

Arbeidsgruppen ser ingen grunn til å anbefale særregler om tvangsfullbyrdelse av sivilrettslige bøter som ilegges for ulovlig direkteanskaffelser.

1.8. Foreldelse

Arbeidsgruppen har vurdert foreldelsesfristens lengde.

I konkurranseloven er det 10 års foreldelsesfrist. Gruppen antar at det normalt vil være enklere å avdekke ulovlige direkteanskaffelser, slik at foreldelsesfristen kan være kortere. For straff er foreldelsesfristen etter straffeloven 2 år når strafferammen er bøter eller fengsel inntil 1 år. Arbeidsgruppen ser ingen grunn til å sette lenger foreldelsesfrist for bøter.

Gruppen antar at det er hensiktsmessig at foreldelsesfristen begynner å løpe når det lovstridige forhold har opphørt, og antar at dette vil være når kontrakt er inngått.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler en foreldelsesfrist på 2 år.

2. UGYLDIGHET

2.2. Innledning

Når en ulovlig direkteanskaffelse oppdages, har ofte oppdragsgiver allerede inngått kontrakt med en leverandør. Å ilegge en bot vil ikke reparere den feil som er gjort, men vil kunne virke preventivt. Arbeidsgruppen har vurdert om det kan være hensiktsmessig å ha en sanksjon som går ut på at oppdragsgiver ikke kan bygge på en avtale som er inngått i strid med regelverket.

EUs håndhevelsesdirektiver avgjør ikke hvordan spørsmålet om lovstridig kontraktstildeling skal håndteres, men overlater dette til nasjonal rett¹⁴. Direktivene er med andre ord ikke til hinder for at Norge for eksempel fastsetter en regel som gir et organ myndighet til å erklære kontrakter inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse for ugyldige.

Som nevnt under kap. V er en kontrakt om offentlige anskaffelser ikke gyldig i henhold til tysk rett med mindre oppdragsgiver informerer deltakerne i konkurransen om hvem som skal tildeles kontrakt og hvorfor. Arbeidsgruppen antar imidlertid at en slik bestemmelse ikke er overførbar på ulovlige direkteanskaffelser ettersom det i en slik situasjon ikke har vært en konkurranse.

2.2. Ulike forslag arbeidsgruppen har vurdert

A. Formalisering av avtaleinngåelsen

Arbeidsgruppen har vurdert hensiktsmessigheten av å innføre en ordning der avtaleinngåelsen blir formalisert for å sikre at anskaffelsesregelverket overholdes.

Dette kan tenkes gjennomført ved at utkast til avtale må godkjennes av et særskilt organ før avtalen får endelig virkning. Med det enorme antall anskaffelser som skjer i det offentlige vil det være meget ressurskrevende dersom et organ skulle ha oversikt over alle kontrakter, og godkjenne disse. En slik løsning vil også være meget byråkratisk og tidkrevende. Arbeidsgruppen fraråder derfor en slik løsning.

En annen måte å formalisere avtaleinngåelsen på er at kun en/flere uavhengige personer i hvert organ har kompetanse til å binde organet, tilsvarende ordningen i USA der kun Contracting Officer har anledning til å binde organet i forbindelse med en innkjøpsprosess, jf. beskrivelsen under kap. V, andre lands rett. Til forskjell fra USA gjelder anskaffelsesregelverket i Norge ikke bare på "føderalt nivå", men også for små kommuner og andre små enheter. En slik formalisering av avtaleinngåelsen krever derfor at den tilpasses norske forhold for å fungere. Arbeidsgruppen legger til grunn at Contracting

¹⁴ Jf. for klassisk sektor Dir 89/665/EF Art 2 nr 6 og for forsyningssektoren den mer vidtgående opsjon i Dir 92/13/EF Art 2 nr 6.

Officer må ha en uavhengig stilling i forhold til oppdragsgiver, bl.a. ved at ikke andre i organisasjonen kan pålegge en Contracting Officer å skrive under på avtaler dersom de har innvendinger mot innkjøpsprosessen.

Arbeidsgruppen antar at ordningen i USA vil kunne være overførbart til norske statlige organer av en viss størrelse. Statlige organer foretar betydelige anskaffelser hvert år, og de færreste har en egen innkjøpsansvarlig. Ettersom anskaffelsene foretas av mange ulike personer, som ofte ikke har kjennskap til anskaffelsesregelverket på forhånd, er risikoen for å bryte regelverket og å anvende mer tid enn nødvendig til stede. Arbeidsgruppen ser at det er en fare for å byråkratisere innkjøpsprosessen ved å innføre en slik formalisering av avtaleinngåelsen. Imidlertid mener arbeidsgruppen at en Contracting Officer vil kunne bidra til større effektivitet i innkjøpsprosessene ettersom de vil opparbeide seg grundig kunnskap til regelverket og kunne forhindre regelverksbrudd.

Etter arbeidsgruppens oppfatning er det imidlertid mange oppdragsgivere som faller inn under regelverket som er for små/har for liten organisasjon til at det er rimelig å pålegge dem å ha en egen, uavhengig, innkjøpsansvarlig som er den eneste som kan inngå avtaler på vegne av organet. En annen sak er at hvert organ i praksis kan velge å ha en egen innkjøpsansvarlig for å sikre etterlevelse av regelverket og effektive innkjøp, noe arbeidsgruppen mener vil være positivt. En kan eventuelt også tenke seg en ordning der små oppdragsgivere har en eller flere felles personer, for eksempel ved interkommunalt samarbeid, som har samme rolle som en amerikansk Contracting Officer. Arbeidsgruppen ser imidlertid at det kan oppstå problemer i forhold til hvilken myndighet som kan delegeres til organisasjoner og personer utenfor oppdragsgivers organisasjon. Faren for å byråkratisere innkjøpsarbeidet er også til stede ved en slik fremgangsmåte. På den annen side vil det å ha en eller flere som er ansvarlig og kjenner regelverket godt kunne medføre mer effektive innkjøp.

På bakgrunn av dette utelukker ikke arbeidsgruppen at det kan være hensiktsmessig å innføre en ordning med en Contracting Officer i deler av forvaltningen, men vil ikke foreslå å innføre en generell og obligatorisk ordning.

B. Pålegg om avbestilling

Arbeidsgruppen har vurdert om en bør innføre en adgang til å pålegge oppdragsgiver å avbestille en kontrakt inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse, slik at anskaffelsen senere settes ut på anbud.

Et pålegg om å avslutte kontrakten kan sies å ha en mindre inngripende form enn et vedtak om at avtalen er ugyldig, men realiteten er den samme. Avtalen skal avsluttes, og vil ikke bli oppfylt etter sitt innhold. Et pålegg om å avslutte kontrakten så fort som mulig vil gi avtalepartene en plikt til å avslutte avtaleforholdet. Det er imidlertid en risiko for at partene ikke følger pålegget. Det kreves derfor oppfølging fra myndigheten for å sikre at pålegget faktisk følges, og dersom pålegget ikke følges bør en eventuelt ilegge en subsidiær reaksjon, for eksempel en bot.

Et pålegg om å avbestille forutsetter som utgangspunkt at oppdragsgiver har kontraktsmessig adgang til å avbestille kontrakten. Dersom det ikke foreligger en ugyldighetsgrunn eller vesentlig mislighold fra medkontrahentens side vil oppdragsgiver misligholde kontrakten dersom han avbestiller/går fra kontrakten, med mindre kontrakten selv hjemler en avbestilingsrett eller dette følger av kjøpsrettslige regler. Et kontraktsbrudd vil kunne medføre at oppdragsgiver blir erstatningsansvarlig eller at medkontrahenten har krav på naturaloppfyllelse.

Det er mulig å lovfeste en generell avbestillingsrett for oppdragsgiverne. Å lovfeste en avbestillingsrett kun på området ulovlige direkteanskaffelser vil imidlertid innebære et avvik fra alminnelig kontraktsrett, noe arbeidsgruppen ikke anbefaler.

En generell adgang til å pålegge noen å avslutte en kontrakt, må lovreguleres.

C. Ugyldighet

Dersom det hefter mangler ved kontraktsslutningen kan kontrakten i visse tilfeller bli satt til side som ugyldig. Det er mange slags forhold som kan føre til at en kontrakt settes til side som ugyldig. Mangler ved tilblivelsen, avtalens innhold eller form kan i visse tilfeller medføre ugyldighet. Eksempelvis kan en avtale inngått etter utilbørlig press og påtrykk være en tilblivelsesmangel som kan medføre ugyldighet etter avtaleloven.

Ugyldighet innebærer først og fremst at avtalen ikke får tilsiktet virkning, dvs. at avtalepartene ikke har rett til å kreve avtalen gjennomført etter sitt innhold. I juridisk teori sondres det mellom ugyldighet som er til stede helt fra starten av (ugyldig ex tunc) og ugyldighet som først virker fra det øyeblikk den blir fastslått (ugyldig ex nunc), for eksempel ved dom.

Arbeidsgruppen har vurdert om en bør innføre en regel der kontrakter inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse er ugyldige fra starten av, eller om kontrakten kan kjennes ugyldig med virkning fra det øyeblikk ugyldigheten blir fastslått.

Dersom alle kontrakter inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse automatisk blir ugyldig fra starten av fordi den lovpålagte prosedyren er brutt, vil dette kunne få dramatiske følger. Det er ikke alltid hensiktsmessig å tvinge oppdragsgiver til å starte på nytt og holde en lovlig anbudskonkurranse, for eksempel dersom anskaffelsen gjelder et bygg som nesten eller allerede er oppført. Dersom kontrakten helt eller delvis er oppfylt er det neppe en fornuftig bruk av samfunnets ressurser/offentlige midler, som for øvrig er et av hensynene bak regelverket for offentlige anskaffelser, at ingen av partene kan bygge på kontrakten fordi den er ugyldig. Dersom avtalen skulle anses ugyldig ville det innebære en betydelig usikkerhet mht. rettsstillingen mellom oppdragsgiver og leverandør.

Arbeidsgruppen ønsker på denne bakgrunn ikke at enhver kontrakt automatisk skal anses ugyldig fra starten av (ex tunc) dersom den er inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse.

Arbeidsgruppen har derfor vurdert om det er hensiktsmessig å innføre en hjemmel som gir

et organ kompetanse til å erklære en kontrakt for ugyldig med virkning fremover i tid etter en konkret vurdering. Dette vil medføre at kontrakten raskt kan settes til side, i motsetning til pålegg om avbestilling, slik at oppdragsgiver kan iverksette en lovlig anbudskonkurranse. Dette vil være en fordel for forbigåtte leverandører. En fordel i forhold til alternativet med automatisk ugyldighet er at en har adgang til å bruke et skjønn i hver enkelt sak og vurdere hensiktsmessigheten av å erklære kontrakten for ugyldig. Arbeidsgruppen ønsker å vurdere nærmere om og i hvilken utstrekning, et organ skal gis adgang til å erklære kontrakten for ugyldig dersom det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse.

Hvilke konsekvenser ugyldighet vil ha, beror for det første på i hvor stor grad avtalen faktisk er gjennomført. Blir ugyldigheten fastslått etter at avtalen er oppfylt, betyr det normalt at de mottatte ytelsene skal gå tilbake. Restitusjon kan imidlertid være avskåret av praktiske grunner (bygget er reist). I slike tilfeller kan det hende at den som har krav på restitusjon har et erstatningskrav på motparten.

Et ev. erstatningskrav forutsetter at de alminnelige erstatningsvilkårene er oppfylt, dvs. at det foreligger et ansvarsgrunnlag, at leverandørene har lidt et økonomisk tap og at det foreligger årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og det forhold som utløser ansvar. På denne måten kan en ugyldig avtale få visse rettsvirkninger. Det kan for eksempel tenkes at leverandøren har krav på å få dekket de utgiftene han har hatt, dvs. å få dekket negativ kontraktsinteresse.

Etter tradisjonell lære har kreditor etter en ugyldig avtale kun rett til å få erstattet negativ kontraktsinteresse, mens kreditor etter en gyldig, misligholdt avtale må nøye seg med å kreve positiv kontraktsinteresse. Uttrykkene "negativ" og "positiv" kontraktsinteresse blir i dag bare oppfattet som betegnelser på rettsanvendelsesresultater. Grunnlaget for løsningen på hvilket tap kreditor har krav på baseres på årsaksbetraktninger, der en vektlegger rettsavgjørelser, rettstradisjon, logikk og reelle hensyn.¹⁵

Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen mener det ikke er hensiktsmessig å innføre en ordning der utkast til avtale forelegges et annet organ før avtalen får endelig virkning.

Arbeidsgruppen utelukker ikke at det kan være hensiktsmessig å innføre en ordning der en eller flere personer i hvert organ er de eneste som har kompetanse til å binde organet, men vil ikke foreslå å innføre en generell og obligatorisk ordning

Arbeidsgruppen ønsker ikke å innføre en ordning der et organ gir oppdragsgiver pålegg om å avbestille kontrakten som er inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse.

Arbeidsgruppen ønsker ikke at en kontrakt inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse automatisk skal anses for ugyldig, men ønsker å vurdere nærmere om det er hensiktsmessig at

¹⁵ Jf. Viggo Hagstrøm "Obligasjonsrett" (2003 utgaven) s. 520-525.

et organ kan erklære en kontrakt for ugyldig dersom det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

2.3. Er det prinsipielt ønskelig å innføre en ordning der kontrakter inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse blir erklært ugyldig ?

Ved lovstridig direktekjøp kan det i praksis by på problemer å anvende andre og mer tradisjonelle beføyelser, jf. kap. III og kap. V.

Innføring av en hjemmel til å erklære kontrakter for ugyldige vil gi et sterkt signal om at ulovlige direkteanskaffelser ikke er ønsket og antakeligvis ha stor preventiv effekt. Oppdragsgivere vil se at en risikerer å tape både tid og penger dersom kontrakten oppheves, særlig ettersom en risikerer å måtte betale erstatning til den en har inngått kontrakt med. Dersom tilsynsmyndigheten får inn en klage vil oppdragsgiver som er innklaget ha egeninteresse i å vente med å inngå kontrakt dersom de ellers kan risikere at kontrakten blir kjent ugyldig.

Dersom en innfører en adgang til å erklære en kontrakt for ugyldig, vil en kunne oppnå at oppdragsgivere foretar en lovlig anbudsprosess. Det vil oppleves rettferdig for forbigåtte leverandører at de gis anledning til å være med i konkurransen. Leverandører får dermed et incitament til å påse at reglene blir fulgt, ettersom de da kan få muligheten til å delta i en senere konkurranse.

Et vesentlig motargument mot å erklære en kontrakt for ugyldig er at det vil medføre mangelfull forutberegnelighet for den leverandøren som i god tro har inngått kontrakt med oppdragsgiver. Dette kan i en viss utstrekning avbøtes gjennom et ev. krav på erstatning. Han vil også ha mulighet til å delta i den nye anbudskonkurransen. Av hensyn til forutberegneligheten mener imidlertid arbeidsgruppen at et vedtak om ugyldighet bør ha virkning frem i tid, ikke ha tilbakevirkende kraft.

En ordning der et organ kan erklære kontrakter for ugyldige vil innebære kostnader for det offentlige. Saksbehandlingen ved organet vil kreve en del ressurser, videre risikerer oppdragsgiveren å måtte betale erstatning til den opprinnelig valgte leverandøren. Imidlertid vil en effektiv håndhevelse av regelverket medføre mindre kostnader for det offentlige på lang sikt, og virke både allmenn- og individualpreventivt, og dette kan etter arbeidsgruppens oppfatning rettferdiggjøre bruk av virkemiddelet i en del tilfeller.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler ikke at det innføres en generell hjemmel til å erklære kontrakter etter en ulovlig direkteanskaffelse ugyldig, men anbefaler at det innføres en hjemmel som gir anledning til å erklære kontrakt ugyldig i visse tilfeller. Avgrensingen av dette drøftes nærmere i punkt 2.5. nedenfor.

Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) kan på det foreliggende grunnlag ikke slutte seg til

anbefalingen om at et håndhevingsorgan gis hjemmel til å erklære en kontrakt ugyldig, selv om dette begrenses til nærmere avgrensede tilfeller. Hun viser særlig til at det er vanskelig å se at en slik regel på tilfredsstillende måte skal kunne ivareta de ulike kryssende hensyn: tilstrekkelig grad av rettssikkerhet for partene i den presumptivt ulovlig inngåtte kontrakten, interessene til den leverandøren som i god tro har fått kontrakten og oppdragsgivers interesse i å få gjennomført anskaffelsen innen rimelig tid.

2.4. Håndhevingsorgan

Siden ugyldighet vil være et svært inngripende virkemiddel har arbeidsgruppen vurdert om kompetansen til å fatte vedtak om ugyldighet bør tillegges de alminnelige domstoler. Det er imidlertid både tidkrevende og ressurskrevende å anvende domstolsapparatet, både for samfunnet og de involverte parter. Arbeidsgruppen mener derfor et annet organ bør ha ansvaret for å fatte vedtak i første instans.

Ettersom arbeidsgruppen mener Konkurransetilsynet bør ha tilsynsansvar overfor ulovlige direkteanskaffelser, bør også dette organet gis hjemmel til å fatte vedtak om ugyldighet for kontrakter inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse, jf. drøftelsen foran i punkt. 1.3.1 om at Konkurransetilsynet bør ilegge sivile bøter.

Dersom Konkurransetilsynet beslutter at kontrakten er ugyldig er dette et enkeltvedtak som må følge forvaltningsrettslige regler. For å ivareta rettssikkerheten bør en ha en uavhengig klageinstans for de vedtak Konkurransetilsynet gjør. Arbeidsgruppen mener Konkurransenemnda, slik denne er foreslått i utkast til Konkurranselovutvalgets innstilling som et uavhengig ekspertorgan, vil være et egnet klageorgan.

Arbeidsgruppen vurderte også om Arbeids- og administrasjonsdepartementet, Nærings- og handelsdepartementet, og Klagenemnda for offentlige anskaffelser skulle være klageorgan istedenfor Konkurransenemnda, men mente dette ikke var hensiktsmessig.

I tillegg til klagebehandling i Konkurransenemnda vil både oppdragsgiver og leverandør ha adgang til å bringe vedtaket inn for de alminnelige domstoler. Arbeidsgruppen mener retten til å få vedtaket prøvet for domstolene bør gjøres uavhengig av klageretten fordi tidsfaktoren her vil være viktig.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler at Konkurransetilsynet gis myndighet til å fatte vedtak om ugyldighet, med Konkurransenemnda som klageinstans og vanlig adgang til domstolsprøving.

2.5. Rettslige vilkår

2.5.1. Vilkår for ugyldighet

Arbeidsgruppen har vurdert hvordan en slik ugyldighets bestemmelse skal utformes. En

mulighet er å gi Konkurransetilsynet kompetanse til å fatte vedtak om ugyldighet etter en konkret vurdering. Skjønnsstemaet må i så fall reguleres i loven, der det fremgår at Konkurransetilsynet må ta hensyn til for eksempel hva anskaffelsen gjelder, hvor langt i anskaffelsesprosessen partene har kommet, partenes innrettelse og om det er hensiktsmessig å erklære ugyldighet.

Alternativt kan en fastsette vilkårene for ugyldighet mer presist i loven. Fordelen ved dette er at det innebærer en større grad av forutsigbarhet og dermed bedre rettssikkerhet for de involverte aktører.

Arbeidsgruppen mener en hjemmel til å erklære en kontrakt for ugyldig ikke vil være like anvendelig på alle kontraktstyper dersom oppfyllelsen reelt sett har påbegynt. Det vil for eksempel neppe være aktuelt å erklære en kontrakt for ugyldig der anskaffelsen gjelder en tilvirkningskontrakt og oppfyllelsen er kommet godt i gang. Ugyldighet vil imidlertid kunne være en praktisk og effektiv sanksjon overfor en rekke løpende tjenestekontrakter og rammeavtaler. Videre kan ugyldighet tenkes anvendt når oppdragsgiver automatisk forlenger en kontrakt etter kontraktens utløp, og hvor det ikke er lagt inn opsjoner i avtalen som tillater dette.

Arbeidsgruppen ønsker ikke å sette som vilkår at bruddet er av en viss grovhet, for eksempel at anskaffelsen er over en viss verdi, for å gi regelen størst mulig fleksibilitet.

Av hensyn til forutberegneligheten for avtalepartene har gruppen vurdert om det bør innføres en tidsbegrensning for hvor lenge etter kontraktsinngåelsen en kan erklære kontrakten for ugyldig. Arbeidsgruppen har imidlertid kommet til at dette ikke er nødvendig, ettersom en uansett må vektlegge oppfylleelsesgrad og partenes innrettelse ved vurdering av om det skal fattes vedtak om ugyldighet.

For at sanksjonen skal virke tilstrekkelig preventivt foreslår arbeidsgruppen at vedtak om ugyldighet fattes uavhengig av oppdragsgivers skyld.

Arbeidsgruppen har vurdert om det bør kreves en viss grad av skyld hos leverandøren for å beskytte leverandører i god tro, men har kommet til at en ikke vil anbefale dette. Et slikt vilkår ville medføre tildels vanskelige bevissspørsmål, spesielt ettersom leverandørene ikke plikter å påse at regelverket blir fulgt fordi regelverket retter seg mot oppdragsgiverne. En leverandør vil i de fleste tilfeller ha krav på erstatning for de kostnader han har hatt ved å stole på kontrakten, jf. punkt 2.2 bokstav c. Å erklære en kontrakt for ugyldig kan imidlertid få store konsekvenser for leverandøren, bl.a. fordi et ev. erstatningskrav ofte vil være begrenset til negativ kontraktsinteresse. Hensynet til opprinnelig leverandør tilsier derfor at adgangen til å fatte vedtak om ugyldighet gjøres relativt snever.

2.5.2. Rettsvirkninger av ugyldighet

Dersom avtalen kjennes ugyldig vil en leverandør/kontraktsmotparten ha krav på erstatning dersom de alminnelige erstatningsvilkårene er oppfylt, jf. ovenfor under punkt 2.2. bokstav c. Dette følger av alminnelig erstatningsrett, og trenger således ikke lovfestes i

anskaffelsesregelverket.

Arbeidsgruppen har vurdert om en eventuelt bør innføre en adgang for leverandøren til å få noe mer enn negativ kontraktsinteresse, for eksempel å få erstattet tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse) dersom erstatningsvilkårene er tilstede. Dette vil kunne få en preventiv effekt ettersom oppdragsgiver vil få en betydelig økonomisk belastning ved å måtte betale to ganger for en vare eller tjeneste. Leverandøren har et berettiget og beskyttelsesverdig krav på å holdes skadesløs. Imidlertid vil erstatningskrav av en slik størrelse kunne få meget uheldige ringvirkninger ettersom offentlige organer har et visst budsjett å forholde seg til og ivaretar mange viktige samfunnsoppgaver. I tillegg er det uheldig å innføre spesialregler for utmåling av erstatningen for en særskilt sakstype. Arbeidsgruppen vil ikke foreslå å fravike de alminnelige erstatningsregler.

Arbeidsgruppen mener imidlertid at pedagogiske hensyn tilsier at det bør tas inn en henvisning i ugyldighetsbestemmelsen om at leverandøren kan kreve erstatning i samsvar med alminnelige erstatningsrettslige regler. Denne bestemmelsen må i tilfelle samordnes med § 10 i lov om offentlige anskaffelser.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen mener hjemmel for å erklære en kontrakt ugyldig må avgrenses til de tilfeller der en slik bestemmelse vil være praktikabel. Gruppen har innenfor den tiden en har hatt til rådighet ikke hatt mulighet til å gå inn på de mange kompliserte spørsmålsstillingene som reiser seg i tilknytning til en slik avgrensning.

Gruppen vil likevel anbefale at det innføres en hjemmel til, i nærmere avgrensede tilfeller, å erklære en kontrakt for ugyldig. Den konkrete avgrensningen utredes nærmere.

Arbeidsgruppen foreslår at ugyldighet kan erklæres uavhengig av oppdragsgivers og leverandørens skyld.

En eventuelt ny bestemmelse om ugyldighet bør plasseres i lov om offentlige anskaffelser.

Når det gjelder erstatning til opprinnelig leverandør anbefaler arbeidsgruppen ikke å fravike de utmålingsreglene som følger av alminnelige erstatningsregler, det bør imidlertid henvises til disse i en ev. ny bestemmelse.

Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) viser til sine prinsipielle merknader under punkt 2.3.

3. STRAFF

3.1. Innledning

Straff defineres gjerne som et onde det offentlige tilføyer i den hensikt at det skal føles som et onde. Straff forfølges av politi og påtalemyndighet. Det følger av Grunnlovens § 96 at ingen kan straffes uten etter dom. Straff skiller seg derfor fra sivile bøter på flere punkter, jf. kap. VIII punkt 4.

3.2. Er det prinsipielt ønskelig å innføre straff mot ulovlige direkteanskaffelser?

Straff er en inngripende sanksjonsmekanisme som oppleves (og skal oppleves som) mer stigmatiserende for lovovertrederen enn å bli ilagt en sivil sanksjon.

Ikke alle ulovlige direkteanskaffelser anses som straffverdige. På en rekke lovområder der det er viktig med regeletterlevelse, vil noen overtredelser anses så kritikkverdige at det bør få følger i form av straff, mens man i andre tilfeller unnlater å reagere eller velger en sivil sanksjonsform. Dersom en ønsker å innføre en straffebestemmelse er det viktig å avgrense bestemmelsen, slik at den ut fra formålet om å sikre regeletterlevelse rammer de straffverdige tilfellene på en forutsigbar måte.

Ved vurderingen av spørsmålet om det er riktig å innføre en straffesanksjon, har arbeidsutvalget særlig lagt vekt på at omfanget av offentlige anskaffelser er svært stort (ca. NOK 200-220 milliarder i året), og at det derfor er av stor samfunnsmessig betydning å sikre at offentlige midler anvendes på en mest mulig effektiv måte. Et av virkemidlene for å sikre effektiv ressursbruk, er å sørge for at offentlige anskaffelser bygger på konkurranse. Erfaringen har vist at offentlige organer ikke alltid har nødvendige incentiver til å innhente forskjellige pristilbud.

Bruk av straff som sanksjonsform må ses i sammenheng med andre sanksjonsformer, og utgjøre et supplement til disse.

Arbeidsgruppen viser til at private eller offentlige forretningsmessige virksomheter er pålagt å sørge for at selskapets midler forvaltes på forsvarlig måte. Etter aksjelovens § 19-1 risikerer eksempelvis medlem av styret, daglig leder m.v. å bli ilagt bøter eller fengsel i opptil ett år dersom aksjelovens bestemmelser ikke overholdes. Aksjeloven har bl.a. som formål å sikre en forsvarlig formuesforvaltning. Arbeidsutvalget mener generelt at det ikke er saklige hensyn som tilsier mindre strenge regler ved forvaltning av offentlige midler, enn de som gjelder for private og offentlige forretningsvirksomheter.

Trussel om straff vil normalt virke preventivt, selv om den kun kommer til anvendelse ved de grove lovbruddene. Etter arbeidsgruppens oppfatning kan innføring av straffetrussel bidra til å sette større fokus på regelverket for offentlige anskaffelser. Forhåpentligvis vil innføring av sanksjoner, kombinert med informasjon om regelverket, medføre større bevissthet blant oppdragsgiverne både når det gjelder hvilke hensyn regelverket ivaretar,

og hvorfor brudd på disse grunnleggende bestemmelsene anses å være alvorlig. Innføring av en straffebestemmelse vil kunne være med på å skape en holdning blant brukerne av regelverket om at det er uetisk å foreta ulovlige direkteanskaffelser.

Arbeidsutvalget vil også peke på at en straffebestemmelse som retter seg mot ulovlige direkteanskaffelser, kan fange opp korrupsjon eller korrupsjonslignende tilfeller, der det er vanskelig å bevise at det faktisk foreligger bestikkelser. Eksempel på korrupsjonslignende tilfeller kan være situasjoner der en mistenker at tette bånd og vennskap har ført til at anbudskontrakter systematisk plasseres ut fra andre hensyn enn forretningsmessige. Selv om det ikke er mulig å bevise bestikkelser eller tildeling av uberettigede ytelser, kan en straffebestemmelse rettet mot ulovlige direkteanskaffelser være et viktig supplement til korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven og ha en preventiv effekt.

Arbeidsgruppens flertall har etter dette kommet til at en vil anbefale å innføre en straffebestemmelse, men at den må avgrenses til de grove, klare bruddene.

Et mindretall bestående av Anders Hauger (KS), Thorvald Wettestad (AAD) og Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) mener at det ikke er nødvendig eller ønskelig med en slik spesiell straffebestemmelse, og viser til at sanksjonen sivilrettslig bot samt oppdragsgivers mulighet for tjenestelige sanksjoner i forhold til sine ansatte er tilstrekkelig for å oppfylle de samme formål.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppens flertall anbefaler en straffebestemmelse mot ulovlige direkteanskaffelser. Denne bør avgrenses til de grove og klare bruddene. Et mindretall bestående av representantene fra KS, AAD og Regjeringsadvokaten anbefaler ikke at ulovlige direkteanskaffelser straffesanksjoneres.

3. 3. Straffesubjekt

3.3.1. Foretaksstraff og/eller personstraff ?

Spørsmålet er hvem en eventuell straffebestemmelse skal rette seg mot: fysiske personer og/eller foretak ?

Foretaksstraff rammer juridiske personer økonomisk. Skal man kunne ramme de som utfører lovbruddene, må ansvaret også kunne rettes mot de personene som står bak.

Forholdet mellom personansvar og foretaksansvar er grundig drøftet i forarbeidene til lov av 1991 nr. 66 om straffansvar for foretak. Med vedtakelsen av bestemmelsene i straffeloven (strl.) §§ 48 a og 48 ble foretaksstraff innført på generelt grunnlag, samtidig som man fjernet eksisterende spesialhjemler om foretaksansvar.

I foretaksproposisjonen fra 1991, drøftes bla spørsmålet om foretaksstraffen bør omfatte offentlige juridiske personer. (Se Ot.prp. nr 27 1990-91 s 27 flg). Det ble lagt til grunn at det ikke burde være avgjørende om foretaket var privat eller offentlig, ettersom målet var regeletterlevelse og ønske om å øke den allmennpreventive effekt. Videre ble det forutsatt at også regulære forvaltningsorganer i prinsippet kunne idømmes foretaksstraff, dersom virksomheten i liten grad skilte seg fra privat virksomhet (Se Ot.prp. nr 27 1990-91 s 30).

Det ble videre klart uttalt at foretaksansvar skulle være sekundært i forhold til personansvaret. I Ot.prp. nr 27 1990-91 heter det bl a følgende på side 6:

”Straffansvaret for foretak er av supplerende karakter. Det personlige ansvaret beholdes i prinsippet usvekket. Hvis man har funnet frem til en eller flere personer som er straffansvarlige, kan ansvar gjøres gjeldende mot dem. Påtalemyndigheten og domstolene må ut fra en helhetsvurdering avgjøre om også foretaket skal straffes.”

Personansvaret ligger således i ”bunn” av hele systemet. Foretaksstraff ble innført som et tillegg til personansvaret i hovedsak av tre grunner: For det første for å styrke allmennprevensjonen, for det andre for å gi mulighet til å tilpasse reaksjonen etter sakens grovhet og ikke bare etter de(n) skyldiges betalingsevne, og for det tredje for å kunne ramme anonyme og kumulative feil, jf Ot.prp. nr 27 1990-91 s 6 og 7.

Proposisjon åpnet ikke for løsninger hvor foretaksstraffen kan tre i stedet for det personlige ansvar. Tvert i mot uttales at en reaksjon bare mot foretaket, der vilkårene for personlig ansvar er oppfylt, er fremmed for vårt system. En strafferettslig immunitet for de skyldige fant man ikke å kunne anbefale. Eventuelt måtte påtaleunntatelse etter straffeprosessloven § 69 anvendes i slike tilfeller, jf Ot.prp. nr 27 1990-91 s 22-23.

I tillegg til de prinsipielle sidene av forholdet mellom sanksjon mot personer og foretak, er det andre hensyn som tilsier at reaksjon som rettes kun mot foretaket har vesentlige svakheter. Ved brudd på anskaffelsesregelverket vil ”foretaket” i praksis være stat og kommuner, eller statlige og kommune virksomheter. I noen tilfeller vil foretakets økonomi være så svak, at sanksjoner av noen økonomisk størrelse i realiteten vil gå ut over viktige sosiale velferdsoppgaver. Det vil lett oppfattes som urimelig dersom uskyldige innbyggere rammes, mens de som har begått lovbruddene går fri.

Også andre tilfeller kan tenkes hvor det er urimelig å anvende foretaksansvar. For det første kan man tenke seg at det har forekommet en ukultur hvor tette bånd og vennskap kan synes å ha ført til at anbudskontrakter systematisk er plassert ut fra andre hensyn enn forretningsmessige, uten at det kan påvises korrupsjon eller korrupsjonslignende forhold. Da er det ikke åpenbart rimelig at for eksempel kommunens innbyggere skal rammes av dette gjennom en følbare økonomisk sanksjon.

Videre kan det tenkes tilfeller hvor en ny ledelse ønsker å rydde opp i en ukultur som er utviklet eller opprettholdt under den gamle ledelsen. For en ny ledelse kan det være et viktig incitament til rydde opp i uheldige forhold, hvis dette kan gjøres uten å pådra ”foretaket” straffansvar for tidligere lovbrudd. Samtidig er det viktig å holde muligheten for personansvar åpen, hvis de som har representert ukultur har sluttet eller opptrådt illojalt.

Selv om det er viktig av prinsipielle og praktiske grunner å opprettholde personansvaret, har erfaringen fra andre områder vist at foretaksansvar i noen tilfeller brukes alene selv om vilkårene for bruk av personansvar synes å foreligge. Dette skyldes flere forhold, som også kan være relevante ved vurderingen av sanksjonsform ved brudd på anskaffelsesreglene. Brudd på regelverket kan i mange tilfeller ha pågått over flere år. Et stort antall personer kan i prinsippet oppfylle straffbarhetsvilkårene. Noen ganger er virksomheten omorganisert eller omdannet, slik at ansvaret også av den grunn kan tilbakeføres til en rekke personer. I slike tilfeller kan det av ressursmessige grunner være hensiktsmessig å begrense etterforskningen og sanksjonsbruken slik at i alle fall foretaket straffes. Alternativt kunne man plukke ut enkelte personer som gjøres ansvarlig, noe som kan virke tilfeldig og urimelig. Det er ofte mindre aktuelt å reagere overfor alle som har deltatt som hovedmenn eller medvirker, og dette vil under enhver omstendighet være svært ressurskrevende.

Praktiske hensyn kan ikke tillegges avgjørende vekt som begrunnelse for å redusere det personlige ansvar på prinsipielt grunnlag. Det vil gi uheldige signaler. Kriminalpolitisk er dette vanskelig å forsvare, og det er også i strid med de generelle prinsipper for bruk av foretaksansvar som ble vedtatt ved lovendringen i 1991.

Når det gjelder rekkevidden av foretaksansvar for stat og kommuner, vises det til St. prp. Nr. 27 (1990-91) s 27- 30.

3.3.2. Hvilke subjekter kan ilegges straff ?

I utgangspunktet bør ansvaret rettes mot de som leder virksomheten, eller som er tildelt myndighet til å fatte beslutning på organets vegne innenfor avgrensede saksområder. Samtidig er det vanskelig å angi personkretsen presist, ettersom straffebestemmelsen kommer til anvendelse på ulike organisasjonsformer. Det er derfor naturlig å anvende den vanlige formen, hvoretter straffansvaret rettes mot "den som" har oppfylt gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen, eller har medvirket til dette.

Primæransvarlig vil være de som er bemyndiget til å fatte beslutning på vegne av et organ innenfor angjeldende saksområde. Sekundæransvarlige (styret, øverste ledelse m.v.) kan rammes eksempelvis ved grovt uaktsomme brudd på rutiner, manglende instruksjon, oppfølging eller kontroll med regeletterlevelsen.

Noen ganger treffer folkevalgte organer eller personer beslutning om at det skal foretas anskaffelser i strid med regelverket. Dette kan skje mer generelt ved at det legges politiske føringer på innkjøpspolitikken, hvor det stilles krav om at anskaffelser skal skje direkte hos lokale leverandører. I andre tilfeller kan føringene skje i konkrete saker, hvor det bestemmes hvilken leverandør eller entreprenør m.v. som skal tildeles kontrakten direkte, selv om unntaksbestemmelsene ikke kommer til anvendelse. I slike tilfeller vil lovbruddene gjerne være bevisste, og da er det vanskelig å begrunne hvorfor folkevalgte bør være i en særstilling ved brudd på regelverket.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler at en i samsvar med lov om straffansvar for foretak kan straffe både personer og foretak, og at foretaksansvaret er subsidiært i forhold til personansvaret.

Straffansvaret bør rettes mot "den som" har oppfylt gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen, eller har medvirket til dette. I utgangspunktet bør ansvaret rettes mot de som leder virksomheten, eller som er tildelt myndighet til å fatte beslutning på organets vegne innenfor avgrensede saksområder.

3.4. Rettslige vilkår

3.4.1. Straffesanksjon

Private eller offentlige forretningsmessige virksomheter er pålagt å sørge for at selskapets midler forvaltes på forsvarlig måte. Etter aksjelovens § 19-1 risikerer eksempelvis medlem av styret, daglig leder m.v. å bli ilagt bøter eller fengsel i opptil ett år dersom aksjelovens bestemmelser ikke overholdes. Aksjeloven har bl.a. som formål å sikre en forsvarlig formuesforvaltning. Arbeidsutvalget mener som nevnt tidligere at det i utgangspunktet ikke er saklige hensyn som tilsier mindre strenge regler ved forvaltning av offentlige midler, enn de som gjelder for private og offentlige forretningsvirksomheter.

Arbeidsgruppen foreslår derfor en straffesanksjon som svarer til den som gjelder ved brudd på aksjeloven (asl.) og allmennaksjeloven (asal.) for medlem av styrer m.v, se asl./asal. § 19-2. Reaksjon i form av ubetinget fengsel må antas bare å komme til anvendelse i svært få tilfeller. Gjelder det store beløp, eller ulovlige direkteanskaffelser som har preg av "kameraderi" eller korrupsjonslignende tilfeller ("smøring"), kan det være aktuelt å vurdere bruk av fengselsstraff.

3.4.2. Straffenorm

På bakgrunn av volumet på offentlige anskaffelser, og ønsket om at samfunnets ressurser skal forvaltes best mulig, har arbeidsgruppen kommet til at det bør være adgang til å kunne ilegge sivilrettslige bøter ved uaktsomme, ulovlige direkteanskaffelser. Derimot ønsker arbeidsgruppen at terskelen for bruk av straff skal være høyere, m.a.o. at ikke alle ulovlige direkteanskaffelser skal kunne medføre straff. Arbeidsgruppen har funnet det ønskelig å utforme straffebestemmelsen slik at den rammer de grove bruddene.

Eksempler på tilfeller som etter arbeidsgruppens oppfatning vil være straffverdige er forsettlig ulovlige direkteanskaffelser som gjelder høye beløp. Er beløpene særlig store bør også straffansvar vurderes når det foreligger grov uaktsomhet. Videre bør bruk av straff vurderes ved gjentatte brudd, eller i de tilfellene lovbruddene er påpekt tidligere. Straffansvar bør også vurderes dersom den ulovlige direkteanskaffelsen innebærer at familie eller nærstående tilgodeses eller forholdet har preg av kameraderi eller korrupsjonslignende forhold. Eksempelene er ikke uttømmende, også andre særlig

kritikkverdige forhold bør vurderes straffrettslig.

En straffebestemmelse må utformes slik at den er enkel å forstå, samtidig som den i størst mulig grad bidrar til regeletterlevelse. En enkel og forutsigbar straffenorm vil også være enkel å etterleve og håndheve, noe som er en forutsetning for at straffebestemmelsen skal fungere i praksis og ha tilsiktet preventiv effekt. Straffebestemmelsen kan utformes teknisk på forskjellige måter, og med ulike krav til subjektiv skyld.

Når det gjelder skyldkravet ved bruk av straff, foreslår arbeidsgruppen at det ikke er tilstrekkelig at oppdragsgiver har utvist uaktsomhet, det må kreves grov uaktsomhet eller forsett for å ilegge straff. På den måten lukes de mer uskyldige lovbruddene ut. For å ilegge *fengselsstraff* foreslår arbeidsgruppen at det skal kreves forsett.

En måte å utforme bestemmelsen på er å knytte straffetrusselen direkte til overtredelse av pliktene etter anskaffelsesforskriften § 11-2. (Dette gir imidlertid et tomrom overfor ulovlig direkteanskaffelse på forsyningssektoren, ettersom anskaffelsesforskriften § 11-2 ikke gjelder på forsyningssektoren). Dette er en teknikk som brukes i en rekke reguleringslover, regnskapslovgivningen, aksjelovgivningen mv. Ulempen er at anskaffelsesforskriften etter arbeidsutvalgets oppfatning ikke har så høyt presisjonsnivå at det er naturlig å definere straffansvaret på denne måten.

En annen mulighet er å utforme straffenormen som en rettslig standard, der lovbruddet eksempelvis knyttes til interessekrenkelser, skadefølger, vesentlighetskrav eller andre generelle kriterier. Fordelen med en slik bestemmelse er at den er fleksibel. Ulempen er at den blir vanskeligere å anvende i praksis. Erfaringen har vist at domstolene kan være tilbakeholdne med å anvende standarder hvor rekkevidden er vidtfavnende og samtidig vanskelig å definere innholdsmessig. Dette kan muligens avbøtes ved å heve innslagpunktet for straffebestemmelsen, slik at den bare kommer til anvendelse ved anskaffelser over et visst beløp, for eksempel over NOK 500 000. Arbeidsgruppen ønsker imidlertid ikke å endre den grensen som er satt i regelverket til NOK 200 000, men tvert i mot å innføre sanksjoner som bygger opp under denne. En annen sak er at anskaffelsens beløp vil kunne være en faktor en vektlegger ved vurderingen av hvor straffverdig det er.

En tredje mulighet er å knytte straffenormen til noen få, enkle, men samtidig mest mulig objektive kriterier. Dette vil gjøre handlingsnormen enkel å håndheve og forutsigbar. Ulempen er at bestemmelsen gis en snever rekkevidde, som kun rammer et begrenset antall pliktbrudd. Etter arbeidsgruppens syn må det legges avgjørende vekt på å formulere straffenormen slik at den rammer på en måte som gir rimelig grad av effektiv etterlevelse, selv om straffenormens fokus er relativt smalsporet.

Etter en avveining av ulike hensyn er arbeidsgruppen kommet til at gode grunner tilsier at denne siste lovteknikken bør anvendes ved utforming av straffebestemmelsen.

I kap. IX punkt 2 foreslår arbeidsgruppen at alle direkteanskaffelser over NOK 200 000 skal kunngjøres i DOFFIN-databasen, og at det i kunngjøringen skal opplyses om hvilken unntaksbestemmelsen anskaffelsen faller inn under. Arbeidsgruppen foreslår at straffenormen knyttes opp til dette kravet om *begrunnelse* (dvs. hvilken

unntaksbestemmelse som begrunner at direkteanskaffelse er lovlig) og *kunngjøring*. Dette vil gjøre handlingsnormen enkel og forutsigbar. Den er enkel å etterleve og enkel å håndheve. Arbeidsgruppen antar at dette vil skjerpe bevisstheten om å følge anskaffelsesprosedyrene, samtidig som man kan forebygge uakseptable former for direkteanskaffelser. Ved å tvinge frem offentlighet omkring direkteanskaffelser, vil konkurrenter og andre interesserte få kunnskap om dette. Derved får de mulighet til å vurdere om det etter omstendighetene er grunnlag for å fravike hovedregelen om anbud. Videre antar arbeidsgruppen at det kan bidra til å forebygge korrupsjon eller korrupsjonslignende tilfeller, der dette ellers vil være svært vanskelig å oppdage og avsløre.

Arbeidsgruppen foreslår at straff kan ilegges dersom det ikke foretas kunngjøring når man har plikt til dette, det ikke opplyses i kunngjøringen hvilken unntaksbestemmelse som anvendes, eller det gis en uriktig eller ufullstendig begrunnelse i kunngjøringen.

Bestemmelsen har en rekkevidde som medfører at man i noen tilfeller risikerer å ramme en oppdragsgiver som har foretatt en lovlig direkteanskaffelse, men som har glemt å kunngjøre beslutningen. I en overgangsfase, før bestemmelsene har fått virke en tid, bør reglene derfor håndheves med forsiktighet. I tillegg medfører det foreslåtte skyldkravet, grov uaktsomhet eller forsett, at åpenbare og unnskyldelige tilfeller av forglemmelser ikke vil rammes av straffebestemmelsen. Typisk vil dette gjelde situasjoner hvor det foreligger et akutt behov for å handle raskt. I tillegg kan rettsstridsreservasjonen komme til anvendelse dersom straffebestemmelsen rammer et tilfelle som det åpenbart ikke er ønske om å ramme. Arbeidsgruppen forutsetter at høringsinstansene omtaler situasjoner som gir et bredt grunnlag for å vurdere tilfeller som ikke bør rammes strafferettslig.

Det følger av anskaffelsesforskriften § 2-3 hvilke kontrakter som skal slås sammen når en beregner anskaffelsens verdi. Å kreve kunngjøring av direkteanskaffelser over NOK 200 000 løser imidlertid ikke tilfeller hvor oppdragsgiver ulovlig deler opp anskaffelser for å omgå regelverket, jf anskaffelsesforskriften § 2-3 annet ledd. Slike bevisste omgåelser bør også være straffbare dersom oppdelinger eksempelvis utføres av samme person. Imidlertid vil slike bevisste omgåelser være vanskeligere å oppdage ettersom de ikke kunngjøres. Skyldes oppdelingen dårlig planlegging, eller manglende kunnskap om at andre i det sammen organet også skal foreta en tilsvarende anskaffelse, og ikke et bevisst ønske om å omgå regelverket, antar arbeidsgruppen at det normalt ikke kan legges til grunn at forholdet er grovt uaktsomt. Etter at loven har fått virke noen år kan det være grovt uaktsomt dersom det ikke foreligger forsvarlige rutiner som skal hindre at dette skjer. Dersom det innføres krav om protokollføring av direkteanskaffelser over NOK 50 000 slik arbeidsgruppens flertall foreslår i kap. IX punkt 1, vil revisjonen, overordnet forvaltningsledd og ev. andre kunne kontrollere om det er foregått bevisste oppdelinger, og eventuelt påtale dette i form av anmeldelse eller på annen egnet måte.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler at straff i form av bøter eller fengsel i inntil ett år, bare kommer til anvendelse ved grovt uaktsomme og forsettlig overtredelser. For å ilegge fengselsstraff foreslår arbeidsgruppen at det skal kreves forsett. Handlingsnormen bør rette seg mot manglende

kunngjøring av direkteanskaffelser, unnlattelse av å begrunne hvorfor direkteanskaffelse er lovlig, samt hvor det i kunngjøringen gis uriktige eller ufullstendige opplysninger.

3.5. Beviskrav

Beviskravet for å ilegge straff følger det vanlige prinsippet om at enhver fornuftlig tvil skal komme tiltalte til gode.

3.6. Håndhevelse

Anmeldelsen til politiet kan skje av Konkurransetilsynet eller andre, og politi og påtalemyndighet vil deretter følge opp saken. Det er de alminnelig domstoler som ev. vil ilegge straff, jf. kravet i Grunnloven § 96 om at straff kun kan ilegges av domstolene.

3.7. Foreldelse

Foreldelsesfristen er 2 år, jf strl. § 67 første ledd. Foreldelsesfristen begynner å løpe når det straffbare forhold opphører, jf strl. § 68 første ledd, hvilket antas å være når plikten til å kunngjøre opphører. Gjentatte overtredelser, splitting av kontrakter mv, kan etter omstendigheten anses som et fortsatt forhold. Da løper ikke fristen før det siste forholdet er avsluttet.

4. ERSTATNINGSANSVAR OVERFOR FORBIGÅTTE LEVERANDØRER

Som det fremgår av kap. IV pkt. 3 er det tvilsomt i hvilken utstrekning forbigåtte leverandører har krav på erstatning av oppdragsgiver i henhold til gjeldende rett ved en ulovlig direkteanskaffelse, og uansett er virkemiddelet lite egnet fordi det i praksis vil være svært vanskelig for den forbigåtte å godtgjøre årsakssammenheng, dvs. dokumentere at han ville fått kontrakten dersom det hadde vært konkurranse. Arbeidsgruppen har derfor vurdert om det bør innføres et særskilt erstatningsansvar for oppdragsgiver overfor forbigåtte leverandører i de tilfellene det er konstatert at en ulovlig direkteanskaffelse har funnet sted.

Fordelen med et erstatningsansvar sammenlignet med bøter, er at beløpet oppdragsgiver må betale tilkommer forbigåtte leverandører som dermed får et incitament til å forfølge ulovlige direkteanskaffelser.

Dersom et slikt særskilt erstatningsansvar overfor forbigåtte leverandører skal fungere forutsetter dette at man modifierer det vanlige erstatningsrettslige kravet til årsakssammenheng, og definerer i loven hvem som anses som skadelidt, dvs. hvem som skal ha krav på erstatning. I den aktuelle situasjonen vil gruppen av skadelidte være vanskelig å identifisere/avgrense. Man kunne tenke seg at det i forbindelse med

erstatningssaken ble arrangert en (fiktiv) ”anbudskonkurranse”, og at for eksempel den/de beste tilbudene fikk erstatning. En slik ordning vil imidlertid være kostnadskrevende, upålitelig og antakelig lite praktisk. Potensielle leverandører vil dessuten ha vanskelig for å sannsynliggjøre at de har lidt et tap, ettersom de ikke har hatt kostnader ved å levere et tilbud som ikke ble antatt. Av samme grunn har man heller intet grunnlag for å utmåle en positiv kontraktsinteresse. Erstatning må altså eventuelt utmåles som et standardisert beløp uavhengig av individuelt og konkret tap, for eksempel en viss prosent av kontraktssummen.

Det er altså betydelige prinsipielle og praktiske innvendinger mot et slikt særskilt erstatningsansvar. En slik løsning innebærer at det må gjøres justeringer i forhold til alminnelige erstatningsrettslige regler, både når det gjelder årsakssammenheng, erstatningsutmåling og ikke minst i forhold til hvem som skal være berettiget til erstatning.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen anbefaler ikke å innføre særskilte erstatningsregler overfor forbigåtte leverandører.

5. SVARTELISTING

Arbeidsgruppen har vurdert om bruk av svartelisting er anvendelig dersom en oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Dersom anskaffelsesregelverket påla leverandørene å følge regelverket, kunne en tenke seg bruk av svartelisting som innebar at leverandører som ble svartelistet i en viss karenstid ikke ble tildelt kontrakter fra det offentlige. Imidlertid er det ikke leverandørene, men det offentlige selv, som er oppdragsgiver og pliktsubjekt i henhold til anskaffelsesregelverket. Det er derfor de offentlige oppdragsgiverne som ev. skulle svartelistes dersom dette skulle ha en preventiv effekt for å forhindre ulovlige direkteanskaffelser.

Det er etter arbeidsgruppens vurdering utelukket at en sanksjon mot oppdragsgivere skal få den direkte følgen at oppdragsgivere stenges ute av markedet for en viss tid. En kan ikke hindre oppdragsgivere i å gjøre nødvendige innkjøp for å ivareta sine samfunnsoppgaver. Å svarteliste oppdragsgivere kun for å ”henge de ut” som regelbrytere er heller ikke ønskelig etter arbeidsgruppens oppfatning.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen mener bruk av svartelisting av oppdragsgivere er et uegnet sanksjonsmiddel mot ulovlige direkteanskaffelser.

KAPITTEL IX: VURDERING AV ANDRE VIRKEMIDLER

1. PROTOKOLLFØRING AV DIREKTEANSKAFFELSER

Ifølge forskrift om offentlige anskaffelser Del III § 15-1 første ledd skal oppdragsgiver "føre protokoll fra konkurransen som skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen." Forskriftens krav om protokollføring er et utslag av generelle gjennomsiktighets- og rettssikkerhetsprinsipper, og pålegger oppdragsgiver å føre protokoll gjennom hele anskaffelsesprosessen. Dette bidrar til at ulike instanser (nasjonale og internasjonale) kan føre kontroll med at oppdragsgivers beslutninger er fattet i samsvar med regelverket.

I Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet (REFSA) som nå er opphevet, var det et krav om at alle anskaffelser over NOK 150 000 skulle protokollføres. I den nåværende anskaffelsesforskriften § 11-2 annet ledd gjøres det imidlertid unntak fra regelen om protokollføring for direkteanskaffelser. Dersom en skal innføre et krav om å protokollføre ved direkteanskaffelser må en derfor endre § 11-2 annet ledd.

Arbeidsgruppen foreslår at kravet om protokollføring utvides til å gjelde direkteanskaffelser over et visst beløp, ettersom dette vil bevisstgjøre oppdragsgivere og forenkle kontrollen for revisjonen og andre. En mulig grense for å protokollføre kan være anskaffelser på NOK 50 000 eks. mva. Hensyn som taler for en relativt lav grense er å sikre at oppdragsgivere ikke omgår regelverket ved å oppdele anskaffelsen. På den annen side bør en ikke ha for lav grense for å unngå unødig byråkrati og papirarbeid. Arbeidsgruppens flertall foreslår derfor at grensen settes til NOK 50 000 eks. merverdiavgift. Et mindretall bestående av Anders Hauger (KS) og Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) mente imidlertid at en bør sette grensen til NOK 200 000 eks. mva.

For ikke å pålegge oppdragsgivere for store byrder, må kravene til innhold være noe enklere for direkteanskaffelsene, for eksempel avkryssing i et skjema eller liknende.

Protokollen kan etter forskrift gitt i medhold av offentlighetsloven unntas offentlighet, men oppdragsgiver skal til enhver tid vurdere praktiseringen av meroffentlighet. Det er viktig å bidra til åpenhet omkring alle offentlige anskaffelser.

Arbeidsgruppens anbefaling

På bakgrunn av ovenstående er arbeidsgruppens anbefaling at det bør foretas en utvidelse av plikten til protokollføring ved offentlige anskaffelser, herunder direkteanskaffelser, som ev. kan hjemles ved en endring eller et tillegg til eksisterende bestemmelser i forskriften § 11-2 og §15-1. Arbeidsgruppens flertall anbefaler at alle direkteanskaffelser over NOK 50 000 må protokolleres, mens representanten fra KS og Regjeringsadvokaten ønsket en grense på NOK 200 000.

For direkteanskaffelser anbefales et forenklet krav til innhold og utforming av protokollen.

2. KUNNGJØRINGSPLIKT FOR ALLE DIREKTEANSKAFFELSER OVER NOK 200 000

Arbeidsgruppen har vurdert å innføre en utvidet kunngjøringsplikt som et supplement til utvidet protokollføring.

Anskaffelsesforskriften krever i utgangspunktet at alle anskaffelser skal kunngjøres¹⁶. Det gjøres imidlertid visse unntak, bl.a. for (lovlige) direkteanskaffelser¹⁷ og i visse tilfeller når prosedyren konkurranse med forhandling benyttes¹⁸. Arbeidsgruppen anser det som hensiktsmessig at en ikke plikter å kunngjøre dersom en oppfyller kriteriene til å foreta en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Arbeidsgruppen vil derfor ikke foreslå å utvide kunngjøringsplikten til å gjelde også i disse tilfellene.

Arbeidsgruppen har imidlertid vurdert om en bør utvide kunngjøringsplikten i anskaffelsesforskriften til også å gjelde for direkteanskaffelser.

En mulig ulempe ved å utvide kunngjøringsplikten er at innkjøpsprosessen blir mer byråkratisk. Etter arbeidsgruppens oppfatning oppveier imidlertid de positive sidene ved en slik utvidet kunngjøringsplikt det negative: en vil bevisstgjøre oppdragsgiverne på regelverket og en kan få avdekket regelverksbrudd. Krav om kunngjøringsplikt er ikke omfattende plikter sett i forhold til hva som kreves på andre områder og til de enorme samfunnsverdiene som kan stå på spill i forbindelse med offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår derfor å utvide kunngjøringsplikten til også å omfatte direkteanskaffelser over NOK 200 000.

Det er videre et spørsmål om hvilke krav en skal stille til kunngjøringen, inkludert begrunnelsen for direktekjøpet. Begrunnelsen som anvendes internt i organet kan for eksempel være mer fyldig enn begrunnelsen som kunngjøres. Arbeidsgruppen har vurdert om det er tilstrekkelig om en kunngjør hvilken unntaksbestemmelse anskaffelsen faller inn under, eller om en også bør ha med litt om begrunnelsen for å bruke unntaksbestemmelsen.

I favør av at en også tar med litt om hvorfor en oppfyller kravene i unntaksbestemmelsen taler at andre leverandører ellers vil ha vanskeligheter med å vurdere om vilkårene er oppfylt, ettersom de ikke har innsynsrett i organets interne dokumenter/begrunnelse. Dersom en faller ned på dette alternativet, må oppdragsgiver ha med nok opplysninger til at andre kan vurdere om lovens vilkår er oppfylt. I den sammenheng bør en også ha i mente kravet til protokollføring slik dette er utformet i § 15-1.

¹⁶ Jf. anskaffelsesforskriften §§ 6-2 og 13-1. Se også forsyningsforskriften § 18.

¹⁷ Jf. anskaffelsesforskriften § 13-1 første ledd.

¹⁸ Jf. anskaffelsesforskriften § 4-3. Se også forsyningsforskriften § 17 annet ledd.

Alternativt krever en kun at oppdragsgiver opplyser hvilken unntaksbestemmelse en faller inn under, noe som vil være enklere å gjennomføre for oppdragsgiver. Selv om leverandører ikke får innsyn i begrunnelsen til oppdragsgiver, kan de tipse Konkurransetilsynet dersom de har mistanke om at det foregår noe ulovlig. Arbeidsgruppen mener derfor er tilstrekkelig at oppdragsgiver kunngjør hvilken unntaksbestemmelse (herunder hvilket alternativ i § 11-2) anskaffelsen faller inn under.

Uansett hvilket alternativ en faller ned på kan kunngjøringsplikten forenkles betydelig gjennom et tilbud om å benytte et kunngjøringsskjema (elektronisk mal der en enkelt kan krysse av).

Spørsmålet er videre om en skal kreve en kunngjøring i forkant av en direkteanskaffelse, eller om det er tilstrekkelig å kunngjøre i etterkant. Kunngjøring i forkant vil gjøre det mulig å få stoppet en ulovlig direkteanskaffelse på et tidlig tidspunkt. Leverandører kan for eksempel tipse Konkurransetilsynet og be de sjekke dette nærmere, og Konkurransetilsynet kan pålegge oppdragsgivere ikke å gå videre i prosessen. Imidlertid vil enkelte leverandører kunne misbruke denne muligheten, og reise tvil om at de for eksempel ville levert billigere og bedre, noe som kan medføre en uheldig forsinkelse for oppdragsgiverne. Arbeidsgruppen mener likevel at prevensjonshensyn tilsier at oppdragsgiver bør offentliggjøre i forkant. Dersom kunngjøringsprosessen gjøres så enkelt som mulig, og en for eksempel ikke krever noe mer enn at oppdragsgiver opplyser om hvilken unntaksbestemmelse en faller inn under, vil en kunngjøring i forkant ikke være til vesentlig ulempe for oppdragsgiveren.

En bør forhåndskunngjøre så tidlig som mulig, minimum 3 virkedager før kontraktsinngåelsen. Unntak fra minimumsfristen gis i force majeure tilfeller og liknende. Arbeidsgruppen anbefaler at det tas inn en reservasjon i bestemmelsen om at kunngjøring gjøres minimum 3 dager før kontraktsinngåelsen "så vidt mulig"/"dersom ikke særegne omstendigheter tilsier at dette ikke er mulig", og at en i bestemmelsens forarbeid utdyper hvilke særegne omstendigheter som skal til for at en godtar unntak fra minimumsfristen.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen foreslår å utvide kunngjøringsplikten til å omfatte alle direkteanskaffelser over NOK 200 000. Anskaffelsesforskriften § 13-1 første ledd og § 11-2 annet ledd må isåfall endres.

3. VIRKSOMHETENS EGEN INTERNKONTROLL

Det er ledelsen i en virksomhet som er ansvarlig for å etablere og utføre internkontroll i en kommune. Det er også ledelsens ansvar å sørge for at lover og regler blir fulgt, og vedtak etterlevd og iverksatt.

I henhold til økonomireglementet for staten¹⁹ må fakturaer og andre utbetalingsdokumenter være kontrollert og attestert av en tjenestemann som har nødvendig grunnlag for å kontrollere at ordren er i samsvar med de underliggende forhold og følger anskaffelsesregelverket, jf § 16.1.

Det følger videre av økonomireglementet at hvert departement skal etablere ordninger som på sine områder gir kontroll med at underliggende virksomheter utfører sine oppgaver i overensstemmelse med gjeldende lover og regler, herunder anskaffelsesregelverket, jf § 20.1.

I økonomireglementet presiseres også virksomhetslederens ansvar for virksomhetens interne økonomikontroll og for at intern-kontrolltiltakene fungerer som forutsatt, jf § 21.1.

Offentlig revisjon har bl.a. som oppgave å se til at tilstrekkelige interne kontrollrutiner er etablert og at de virker i praksis.

Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen viser til at lederne i de enkelte virksomheter og etater har en lovpålagt plikt til å sørge for at det er etablert rutiner som sikrer at gjeldende lover og regler blir fulgt, inkludert anskaffelsesregelverket. Arbeidsgruppen mener dagens regelverk bør være tilstrekkelig for å ivareta en god intern-kontroll.

Arbeidsgruppen ønsker imidlertid å understreke betydningen av at hvert enkelt organ følger opp disse kravene og har tilfredsstillende intern-kontrollrutiner.

4. REVISJON

Statlige organer, kommuner, fylkeskommuner, offentlige selskaper organisert etter spesiallover og etter aksjeloven er underlagt revisjonsplikt. Det er Riksrevisjonen og kommunal/fylkeskommunal revisjon som har revisjonsansvaret. I en del tilfeller har private revisjonsselskaper revisjonsoppdrag i offentlige selskaper.

Målet for revisjon på anskaffelsesområdet er å kontrollere om de krav som stilles til

¹⁹ Økonomireglementet for staten er fastsatt ved kongelig resolusjon 26. januar 1996.

offentlig anskaffelsesvirksomhet er innfridd, og om utgiftene i regnskapet til kjøp av varer og tjenester er uten vesentlige feil eller disposisjoner som ikke kan aksepteres.

Revisjonsinnsatsen på området blir vurdert ut fra risiko- og vesentlighetsbetraktninger i forhold til den enkelte virksomhets regnskap.

Avdekkede brudd på anskaffelses- og økonomiregelverket blir tatt opp med virksomhetens ledelse. Når det gjelder statlige virksomheter, blir overordnet departement, ev. annet overordnet forvaltningsledd, også orientert. Stortinget blir orientert om saker av alvorlig og/eller prinsipiell karakter gjennom det årlige Dokument nr. 1. I kommuner og fylkeskommuner vil alvorlige avvik på anskaffelsesområdet bli fulgt opp og rapportert av revisor til kommunens/fylkeskommunens ledelse og kontrollutvalget, ev. videre til kommunestyret/fylkestinget. Ved vesentlige avvik og feil skal slike tilfelle også bli rapportert til kommunen i revisjonsberetningen.

I nytt lovforslag om Riksrevisjonen hjemles adgang for Riksrevisjonen til å underrette politiet dersom det i forbindelse med revisjonen fremkommer forhold som gir grunn til mistanke om det er foretatt en straffbar handling, dessuten at Riksrevisjonen kan samarbeide med andre offentlige kontrollmyndigheter dersom det er aktuelt. Dette innebærer antakelig at Riksrevisjonen, dersom forslaget blir vedtatt, kan orientere Konkurransetilsynet om avdekkede brudd på forbudet mot ulovlige direkte anskaffelser. I praksis vil det kunne skje ved alvorligere brudd, og når Riksrevisjonen finner det formålstjenlig og hensiktsmessig.

Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen anser gjeldende revisjonsregler tilstrekkelig for å oppdage eventuelle ulovlige direkteanskaffelser.

5. UTFORDRINGSRETT

Danmark innførte sommeren 2002 en såkalt utfordringsrett. Loven pålegger Kommunestyret å etablere en skriftlig strategi for tjenestetilbudet, der også bruken av eksterne tjenesteytere (out-sourcing) skal være vurdert. Loven sier videre at dersom private henvender seg til kommunen med ønske om å overta produksjonen av en av kommunenes tjenester som utføres i egenregi (av kommunen selv), så skal Kommunestyret vurdere produksjonskostnadene i egenregi opp mot kostnadene ved en kontraktstildeling til en privat tjenesteyter. Grunnlaget for en slik vurdering skal være reelle, kommersielle, økonomiske betraktninger. Det er underforstått at kommunen bør sette ut denne tjenesten til andre dersom dette viser seg å være økonomisk mest fordelaktig. Ved en ev. beslutning om å sette tjenesten ut må kommunen følge prosessene som følger av anskaffelsesregelverket, det er ikke tillatt å akseptere tilbudet fra leverandøren som henvendte seg til kommunen direkte.

Arbeidsgruppens vurdering

Utfordringsrett er en måte å få kommunen til å vurdere å markedsutsette sine oppgaver istedenfor å utføre de selv. Utfordringsrett er ikke et tiltak som vil kunne motvirke ulovlige direkteanskaffelser, og arbeidsgruppen har derfor ikke vurdert dette nærmere.

6. TAP AV OFFENTLIGE MIDLER ELLER TILSKUDD

Gjennom Stortingsproposisjon nr.1 (Statsbudsjettet) vedtar Stortinget hvert år fordelingen av midler til offentlig sektor. I denne fremkommer også hvilke hel- eller delprivate organer og institusjoner som skal motta offentlig støtte. Det finnes en mengde støtteordninger som det ikke er formålstjenlig å liste opp i denne fremstillingen.

Dersom oppdragsgivere foretar en ulovlig direkteanskaffelse, og/eller ikke kan godtgjøre forsvarlige innkjøpsrutiner, vil midlene ikke forvaltes forsvarlig. Spørsmålet er om ulovlige direkteanskaffelser skal medføre at en mister muligheten til å motta offentlig støtte i fremtiden, eller om en ikke får motta offentlig støtte uten at en kan godtgjøres at en har forsvarlige innkjøpsrutiner. Bortfall av støtte vil virke preventiv, det vil sende klare signaler til oppdragsgiverne om at de må forvalte det offentliges midler på en forsvarlig måte. Det er fornuftig at det stilles krav om at en skal få mest mulig ut av de midlene en får.

Imidlertid vil et slikt tiltak kunne ramme oppdragsgivere uforholdsmessig hardt, og kunne få meget uheldige ringvirkninger. Redusert støtte vil kunne ramme offentlige kjerneoppgaver og de mest utsatte gruppene i samfunnet (barn, eldre og pleietrengende m.v.). Å ramme disse som en følge av at oppdragsgiver ikke følger anskaffelsesregelverket vil være i strid med våre grunnleggende rettstradisjoner om at det er den som begår regelbruddet som skal rammes, ikke andre. Dersom støtte gis til anskaffelsesformål, for eksempel opprettelse av et innkjøpsamarbeid, vil tap av støtte kunne være saklig begrunnet dersom samarbeidsforumet foretar ulovlige direkteanskaffelser. Imidlertid er støtte til slike formål lite praktisk.

En annen fremgangsmåte er å sette som vilkår for mottak av stønaden at anskaffelsesregelverket følges ved anskaffelser foretatt med stønadsmidlene. Dersom oppdragsgivere foretar ulovlige direkteanskaffelser vil det være et vilkårsbrudd, som kan medføre at en mister/får redusert støtten. Arbeidsgruppen mener dette kan være en fornuftig fremgangsmåte for å bevisstgjøre oppdragsgiverne om anskaffelsesregelverket.

Arbeidsgruppens anbefaling

Arbeidsgruppen, med unntak av Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten), mener at det ved enhver overføring av midler til offentlige oppdragsgivere bør vurderes om det er hensiktsmessig å ta inn et vilkår om at en kan miste / få redusert støtten dersom en bryter anskaffelsesregelverket. En generell ordning der oppdragsgiver kan tape offentlig støtte dersom en har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse anbefales imidlertid ikke.

KAP. X: ARBEIDSGRUPPENS FORSLAG

1. OPPSUMMERING AV ARBEIDSGRUPPENS FORSLAG

Arbeidsgruppen mener eksisterende sanksjonsmidler ikke er tilstrekkelige for å hindre ulovlige direkteanskaffelser. For å bøte på dette anbefaler arbeidsgruppen følgende endringer:

- Konkurransetilsynet får en tilsynsfunksjon overfor ulovlig direkteanskaffelser.
- Alle direkteanskaffelser over en viss størrelse skal føres i anskaffelsesprotokollen. Gruppens flertall mener dette bør gjelde alle anskaffelser over NOK 50 000, mens to medlemmer av gruppen mener grensen bør være på NOK 200 000.
- Alle direkteanskaffelser over NOK 200 000 må forhåndskunngjøres minimum tre virkedager før kontraktsinngåelse, der det opplyses om hvilken unntaksbestemmelse anskaffelsen faller inn under.

I tillegg anbefaler arbeidsgruppen at det innføres følgende sanksjoner for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser:

- Konkurransetilsynet gis hjemmel til å ilegge sivil bot overfor en oppdragsgiver som visste eller burde vite at de foretok en ulovlig direkteanskaffelse.
- Arbeidsgruppens flertall mener Konkurransetilsynet bør gis myndighet til i visse, avgrensede tilfeller å erklære en kontrakt for ugyldig. Den nærmere avgrensningen må utredes nærmere. Ett medlem var imot innføringen av en slik hjemmel.
- Konkurransetilsynet overtar Nærings- og handelsdepartementets kompetanse til å gi pålegg for å hindre ulovlige direkteanskaffelser (anskaffelsesforskriften § 3-11).
- Arbeidsgruppens flertall går inn for at domstolene gis adgang til å ilegge straff overfor personer eller foretak dersom en grovt uaktsomt eller forsettlig foretar en ulovlig direkteanskaffelse. Straffenormen bør rette seg mot manglende kunngjøring, unnlattelse av å begrunne hvorfor direkteanskaffelsen er lovlig, samt der det gis uriktige eller ufullstendige opplysninger i kunngjøringen. Et mindretall ønsker ikke at det innføres en straffebestemmelse.

2. FORSLAG TIL BESTEMMELSER

Arbeidsgruppen ser for seg en egen bestemmelse om ulovlige direkteanskaffelser hjemlet i lov om offentlige anskaffelser, der en regulerer hvilke sanksjoner en kan ilegge dersom det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

I utgangspunktet mener arbeidsgruppen at bestemmelsen bør gjelde generelt for både klassisk sektor og forsyningssektoren. Imidlertid er det visse lovgivningstekniske problemer ved å utforme en slik felles bestemmelse, særlig ettersom forsyningsforskriften ikke har særskilte prosedyreregler for anskaffelser under EØS/WTO-terskelverdien. Arbeidsgruppen antar imidlertid at ulovlig direkteanskaffelse er mest aktuelt på klassisk sektor fordi det her er en lavere beløpsgrense for når forskriften kommer til anvendelse, og har derfor konsentrert utforming av hjemmelen til klassisk sektor.

A. Sivilrettslig bot

"Oppdragsgiver i henhold til lovens § 2 kan ilegges bot dersom foretaket eller noen som handler på vegne av foretaket, forsettlig eller uaktsomt foretar en offentlig direkte anskaffelse i strid med unntaket i forskriftens §11-2.

Ved fastsettelse av botens størrelse skal det særlig legges vekt på størrelsen av den ulovlige anskaffelsen, overtredelsens grovhet og om det foreligger tidligere overtredelser.

Konkurransetilsynet kan utferdige forelegg på bot etter denne bestemmelse. Beslutning om å utferdige forelegg anses ikke som enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Forelegget skal ha en frist for vedtakelse på to måneder.

Vedtatt forelegg er tvangsgrunnlag for utlegg, jf. dog lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 2002 nr. 86 § 1-2. Dersom forelegget ikke vedtas, kan Konkurransetilsynet innen tre måneder etter utløpet av vedtaksfristen reise sak mot oppdragsgiver. Megling i forliksrådet er ikke nødvendig. Retten kan prøve alle sider av saken, men kan ikke fastsette en bot som er høyere enn forelegget. Saken følger forøvrig lov om rettergangsmåten for tvistemål.

Adgangen til å ilegge bøter foreldes etter 2 år. Foreldelsesfristen begynner å løpe når den lovstridige atferd er opphørt. Fristen avbrytes ved at Konkurransetilsynet tar skritt til sikring av bevis²⁰ eller ved at Konkurransetilsynet meddeler et foretak at det er mistenkt for å ha foretatt en ulovlig direkte anskaffelse."²¹

B. Straff

"Oppdragsgiver skal kunngjøre direkte anskaffelser etter forskriften § 11-2 nr 1 bokstav a-g. Kunngjøring kan skje i DOFFIN-databasen, eller på annen egnet måte. I kunngjøringen skal det fremgå hvilken unntaksbestemmelse som kommer til anvendelse.

²⁰ Bevis sikring kan foretas etter angitt hjemmel, ev. etter nåværende konkurranseloven §§6-1 og 6-2 eller §§5-1 og 6-1 i lovforslaget.

²¹ En kan ev. ta inn en bestemmelse om at Kongen kan gi nærmere regler om beregning av bøter.

Den som forsettlig eller grovt uaktsomt overtrer bestemmelsen i første ledd, straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år. Medvirkning straffes på samme måte. Fengsel kommer bare til anvendelse når det foreligger forsett eller det foreligger særlig kritikkverdige forhold omkring kontraktsinngåelsen.”

C. Ugyldighet

Arbeidsgruppen har ikke utformet forslag til bestemmelse vedr. ugyldighet, ettersom den nærmere avgrensningen av en slik bestemmelse må utredes nærmere.

3. FORHOLDET MELLOM SANKSJONENE

Arbeidsgruppen har vurdert om det kun bør innføres en type sanksjon for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser, eller om en bør innføres et system med alternative sanksjoner.

Fordelene ved et system der en ulovlig direkteanskaffelse kun kan medføre én type sanksjon, for eksempel bot, er at det gir større fouberegnelighet, og er retts teknisk enklere å gjennomføre. Videre unngår en å komme i konflikt med forbudet mot dobbeltstraff.

På den annen side taler hensynet til fleksibilitet, effektivitet og prevensjon for et system med alternative sanksjonsmidler. Selv om arbeidsgruppen antar at det dominerende antall av overtredelser vil være av en slik art at sivile bøter er tilstrekkelig, er det viktig å ha mulighet til å ilegge straff mot de mest alvorlige overtredelser. Arbeidsgruppens flertall mener sivile bøter, ugyldighet og straff er tre sanksjoner som vil kunne utfylle og supplere hverandre på en hensiktsmessig måte, og dermed gi myndighetene et egnet redskap for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser. Et mindretall bestående av Anders Hauger (KS) og Torvald Wettestad (AAD) mener det er unødvendig med en straffebestemmelse for å oppnå bedre etterlevelse av regelverket, men er for øvrig enig i gruppens vurderinger. Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) har tatt forbehold både når det gjelder straff og ugyldighet.

Arbeidsgruppens flertall ønsker et system med alternative sanksjoner, mens Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) tar til orde for sivil bot som eneste alternativ.

De øvrige tiltak som foreslås kommer i tillegg til sanksjoner.

KAPITTEL XI: ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER AV FORSLAGET

1. INNLEDNING

For å vurdere om det er hensiktsmessig å innføre sanksjoner eller andre virkemidler, og hvilke virkemidler en ev. bør innføre, er det viktig å ha bakgrunnskunnskap om hvilke aktører som er i markedet, hvor mye det offentlige handler for i året og hva de handler.

1.1. Hvem omfattes av anskaffelsesregelverket ?

Anskaffelsesregelverket retter seg bl.a. mot statlige, kommunale og fylkeskommunale organer, jf. lov om offentlige anskaffelser § 2. Også andre rettssubjekter kan omfattes, for eksempel dersom de er kontrollert av offentlige organer, tjener allmennheten og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Det er altså et bredt spekter av organer som omfattes av regelverket, og dette har hatt betydning for arbeidsgruppens vurdering av hvilke typer sanksjoner og andre virkemidler som er hensiktsmessige å innføre. For eksempel kan en tenke seg at ulike virkemidler kan være effektive i en liten kommune som Rømskog med ca. 700 innbyggere og i en stor kommune som Oslo med ca. 510.000 innbyggere.

1.2. Hvor mye handler det offentlige for ?

I 2001 gjorde det offentlige innkjøp for NOK 204,8 milliarder, mot NOK 223 milliarder i år 2000. Dette utgjorde rundt 14 prosent av bruttonasjonalproduktet i 2001, mot vel 15 prosent i 2000.

Offentlige innkjøp er i statistikken delt inn i to hovedbolker: innkjøp fra offentlig forvaltning og offentlig forretningsdrift.

Innkjøp fra *offentlig forvaltning* utgjorde i 2001 om lag 81 prosent av det offentliges samlede innkjøp, dvs. NOK 166,3 milliarder. Dette er en økning på NOK 12,3 milliarder eller 8,0 prosent fra året før. Offentlig forvaltning er i statistikken delt opp i statsforvaltningen og kommuneforvaltningen. Statsforvaltningen gjorde innkjøp for NOK 88,6 milliarder. Av dette beløpet gjorde Forsvaret innkjøp for NOK 15,2 mrd og den øvrige statsforvaltningen for de resterende NOK 73,4 mrd. Kommuneforvaltningen gjorde innkjøp for NOK 77,7 milliarder. Av dette beløpet stod kommunene for innkjøp til NOK 57,4 mrd, og fylkeskommunen for NOK 20,3 mrd.

*Offentlig forretningsdrift*²² gjorde innkjøp for 19 prosent av det offentliges samlede innkjøp i 2001, dvs. NOK 38,5 mrd. Offentlig forretningsdrift hadde en nedgang på NOK 30,4 milliarder kroner eller 44,1 prosent sammenlignet med år 2000. Den store nedgangen skyldes salg av andeler i statens direkte økonomiske engasjement (SDØE) i oljevirkosomheten til næringsdrivende i andre sektorer, og deres innkjøp hører ikke med til offentlige innkjøp. Andre sektorer omfatter også offentlig eide foretak som er egne juridiske personer, for eksempel Statoil ASA.

1.3. Hva kjøper det offentlige ?

Det offentliges innkjøp omfatter varer, tjenester og bygg- og anleggsarbeider.

Av alle offentlige anskaffelser i 2001 utgjorde produktinnsatsen, det vil si kjøp av varer og tjenester til bruk i produksjonen av varer eller tjenester, om lag 62 prosent av innkjøpene i *offentlig forvaltning*. Bruttoinvesteringer i fast realkapital, som er netto anskaffelse av realkapital med en varighet på mer enn ett år, og produktkjøp til husholdninger utgjorde henholdsvis 24 og 14 prosent av forvaltningssektorens samlede innkjøp.

Alle offentlige anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene skal kunngjøres i TED-databasen (Tenders Electronics Daily). En statistisk undersøkelse²³ i TED-databasen viser at det i 2001 ble tildelt 380 kontrakter til en verdi av NOK 20,75 milliarder.

I den statistiske undersøkelsen i TED-databasen ble ulike anskaffelser delt opp i fire kategorier: kontrakter som gjelder varer, tjenester, bygg- og anlegg og forsyningssektoren. I kunngjøringene i TED-databasen skal det henvises til artikkelkoder i Common Procurement Vocabulary (CPV), som angir produktet eller tjenesten en ønsker å anskaffe. Dersom en kontrakt omfatter flere CPV numre (en skal anskaffe flere typer produkter eller tjenester) ble disse i undersøkelsen talt én gang for hvert CPV nummer. Det totale antall kontrakter, og verdiene av kontraktene, blir derfor høyere enn det totale, reelle antallet (på 380 kontrakter). Med dette viktige forbeholdet viser undersøkelsen i TED-databasen at kontraktene som ble kunngjort kan grupperes slik:

- 171 kontrakter gjelder kjøp av varer for til sammen NOK 11 milliarder
- 135 kontrakter gjelder levering av tjenester for til sammen NOK 6,1 milliarder
- 86 kontrakter gjelder bygg og anlegg for til sammen NOK 5,7 milliarder
- 117 kontrakter gjelder forsyningssektoren for til sammen NOK 13 milliarder

Statistikken fra TED-databasen viser imidlertid ikke hvor mange kontrakter som ble inngått under terskelverdiene, eller om det ble inngått kontrakter over terskelverdiene som ikke

²² I statistikken utarbeidet av SSB for 2001 har de under betegnelsen *offentlig forretningsdrift* regnet med kommunal og fylkeskommunal næringsvirksomhet som er en del av staten, kommunene eller fylkeskommunene som juridisk person, samt selskaper hvor kommunene eller fylkeskommunene har ubegrenset økonomisk ansvar. SSB har ikke vurdert om denne grensen er sammenfallende med anskaffelsesregelverkets definisjon av hvilke rettssubjekter som omfattes av anskaffelsesregelverket. En kan derfor ikke utelukke at ytterligere rettssubjekter skulle vært med dersom statistikken hadde blitt knyttet til anskaffelsesregelverket.

²³ Statistisk undersøkelse foretatt av Euro Info etter oppdrag av Nærings- og handelsdepartementet

ble kunngjort i TED.

Når en vet at det offentlige gjorde anskaffelser for NOK 204,8 milliarder i 2001, tilsier dette at anskaffelser for ca. NOK 184 milliarder ikke ble kunngjort i TED-databasen. Dvs. at kun 10 prosent av alle offentlige anskaffelser ble kunngjort i TED-databasen. Det synes å være et misforhold mellom hvor mye penger det offentlige handler for og hvor få anskaffelser som kunngjøres i TED-databasen. Det vises for øvrig til kap. III for en nærmere beskrivelse av de funn/indikasjoner som er gjort mht. ulovlige direkteanskaffelser

Mange kontrakter kan ha flere enn én leverandør. Kun en liten prosent av kontraktene i klassisk sektor blir tildelt leverandører med utenlandsk adresse. Imidlertid er dette tallet noe misvisende ettersom mange norske leverandører er datterselskaper eller agenter for utenlandske selskaper.

2. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER AV ARBEIDSGRUPPENS FORSLAG

Arbeidsgruppen kjenner ikke til hvor mange ulovlige direkteanskaffelser som foretas i året, og det er derfor vanskelig å angi kostnadene ved å innføre og håndheve sanksjoner. Nedenfor skisseres imidlertid hvilke områder arbeidsgruppen tenker at forslaget vil kunne få administrative og økonomiske konsekvenser.

2.1. Virkninger for det offentlige

Arbeidsgruppen foreslår at Konkurransetilsynet får en tilsynsfunksjon for ulovlige direkteanskaffelser, noe som innebærer en endring i forhold til dagens praksis. Arbeidsgruppen foreslår også at Konkurransetilsynet gis myndighet til å ilegge sivile bøter og i visse tilfeller erklære en kontrakt ugyldig. Konkurransenemnda er foreslått som klageorgan for Konkurransetilsynets avgjørelser.

Ettersom Konkurransetilsynet er et eksisterende organ vil oppstartskostnadene hovedsakelig bestå i ansettelseskostnader og/eller opplæringskostnader. Driftskostnadene vil hovedsakelig bestå av lønn. Arbeidsgruppen foreslår at disse midlene tildeles som en ekstrabevilgning det første året, og videre som en løpende bevilgning til Arbeids- og administrasjonsdepartementet (Konkurransetilsynet). Arbeidsgruppen antar at Konkurransetilsynet i startfasen må legge til grunn et personalbehov på to årsverk.

Arbeidsgruppen antar at de økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget for politi- og påtalemyndighet ikke blir merkbare.

2.2. Virkninger for oppdragsgiverne

Arbeidsgruppens forslag om å innføre adgangen til å ilegge *sivil bot eller straff* retter seg

primært direkte mot oppdragsgiverne som omfattes av anskaffelsesregelverket, jf. lov om offentlige anskaffelser § 2. Ileggelse av sivile bøter eller straff vil innebære at penger fra et offentlig organ overføres til statskassen. Videre vil bøtlegging av offentlige oppdragsgivere unntaksvis kunne påføre det offentlige kostnader.

Forslaget om at kontrakter inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse i visse tilfeller skal kunne *erklæres ugyldig*, vil ramme oppdragsgiverne i den forstand at de må utlyse anskaffelsen på nytt og taper tid og penger, og risikerer å måtte betale erstatning til leverandøren de hadde valgt.

2.3. Virkninger for andre enn oppdragsgiverne

Å ilegge oppdragsgivere bøter vil unntaksvis kunne medføre økte anskaffelsekostnader, noe som vil kunne få uheldige ringvirkninger. Å bøtelegge for eksempel en kommune med dårlig økonomi vil kunne gå ut over kommunens borgere gjennom kompenserende økt prising av kommunale tjenester. Arbeidsgruppen antar imidlertid at økonomiske sanksjonsmidler vil medføre større grad av etterlevelse av regelverket og derved en mer effektiv konkurranse som gjør at oppdragsgivere på sikt sparer penger.

Å erklære kontrakten for ugyldig vil imidlertid også ramme leverandøren som hadde blitt tildelt kontrakten. Selv om leverandøren vil kunne ha krav på erstatning er det ikke sikkert at leverandøren får erstatning for tapt fortjeneste. En mulig konsekvens som følge av en slik økt risiko er at leverandørene priser sine varer og tjenester høyere, slik at prisen avspeiler den risikoen leverandøren tar ved å inngå en kontrakt direkte med det offentlige.

Arbeidsgruppens vurdering

Forslaget innebærer økt budsjettering til Arbeids- og administrasjonsdepartementet / Konkurransetilsynet som følge av økte driftskostnader, og kan på kort sikt medføre en generell økning av det offentliges anskaffelsesutgifter. Arbeidsgruppen mener imidlertid forslaget på sikt vil medføre en betydelig innsparing for det offentlige, og at kostnadene ved å innføre og håndheve sanksjonene i et slikt perspektiv er beskjedne ettersom en anvender allerede eksisterende organer.

Arbeidsgruppens forslag har til hensikt å bidra til å redusere omfanget av ulovlige direkteanskaffelser. Like konkurransevilkår vil gi besparelser for det offentlige og et riktigere prisnivå. Flere leverandører vil få mulighet til å delta i konkurransen om offentlige kontrakter, noe som må forventes å gi positive ringvirkninger for næringslivet generelt.

Arbeidsgruppen foreslår at det foretas en evaluering etter for eksempel en periode på to år, der en vurderer hvordan tilsynsorganet fungerer, hvor mange tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser som oppdages hvert år, og hvor store samfunnskostnadene er ved å anvende sanksjoner m.v.