

REGJERINGSADVOKATEN

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo

Deres ref
08/1165-JVW

Vår ref
2008-081 GOF/g

Dato
03.02.2009

HØRINGSUTTALELSE - UTKAST TIL ENDRINGER I YRKESTRANSPORTLOVEN OG JERNBANELOVEN

Det vises til høringsbrev av 12. desember 2008 der utkast til endringer i yrkestransportloven og jernbaneloven er vedlagt.

Endringsforslagene er ment som en gjennomføring av og en nasjonal tilpasning til rådsforordning (EF) nr. 1380/2007 om offentlig personbefordring med jernbane og på vei (kollektivtransportforordningen).

Jeg mener at både § 6 fjerde ledd og § 8 har fått en uheldig utforming i lovutkastet.

I utkastet til § 6 fjerde ledd synes man å ha oversett at "bruttokontrakter" vil bli tildelt etter regelverket om offentlige anskaffelser (med unntak av kontrakter om transport med jernbane som alltid synes å kunne tildeles direkte, jf. kollektivtransportforordningen artikkel 5 nr. 1 og nr. 6).

En bedre formulering av § 6 fjerde ledd kunne for eksempel være:

Løyve etter § 6 gis til den som tildeles kontrakt om offentlig tjenesteyting etter forordning (EF) nr. 1370/2007 eller etter lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.

Utkastet til § 8 kan etter min mening også formuleres enklere. En formulering kunne for eksempel være:

Tildeling av kontrakt om offentlig tjenesteyting skal skje etter konkurranse der et krav om bruk av anbudsprosedyre eller annen form for konkurranse følger av forordning (EF) nr. 1370/2007, forordning (EF) nr. 3577/92 eller lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.

Overskriften til § 8 må i tilfelle også endres til konkurranse ved tildeling av kontrakt om offentlig tjenesteyting.

Ved å velge formuleringer langs de linjer jeg har skissert ovenfor, vil man også oppnå at det fremgår klart av loven at tildeling av kontrakt og tildeling av løyve, er to forskjellige begivenheter.

Hva som er forholdet mellom tildeling av kontrakt og tildeling av løyve, har vært et tema i noen av de sakene som Regjeringsadvokaten har blitt forelagt de siste årene. Og det kan ha en rettslig betydning om man mener det er en kontrakt som tildeles ved anbudskonkurransen eller om man mener det er løyvet.

Da det uansett vil være en nær sammenheng mellom løyvetildelingen og tildelingen av kontrakten om offentlig tjenesteytelse, bør departementet også vurdere om man ikke bør innta bestemmelser som klargjør forholdet mellom de to disposisjonene. Det kunne for eksempel være hensiktsmessig å innta en bestemmelse i loven om at beslutninger i anbudsprosessen ikke regnes som enkeltvedtak. Dette vil for eksempel ha den følgen at de ikke kan påklages etter forvaltningslovens regler. Dette vil være en klar fordel da forvaltningslovens regulering av klageadgangen passer mindre bra i en anbudsprosess, jf. for eksempel at det er tre ukers klagefrist. Det er også en del andre problemstillinger man vil bli spart for dersom man inntar en slik bestemmelse.

Avslutningsvis vil jeg reise spørsmål om departementet ikke bør vurdere å gi nærmere regler for den anbudsprosedyre som må gjennomføres etter kollektivtransportforordningen.

Jeg merker meg at departementet mener at det bør være opp til kompetente offentlige myndigheter å velge hvilke prosedyrer de ønsker å benytte i det konkrete tilfellet, innenfor de rammene som kollektivtransportforordningen setter.

Et problem her er at det kanskje ikke er helt lett å si hva som ligger i kravet til at anbudsprosedyren skal være rettferdig og at den skal overholde prinsippene for åpenhet og likebehandling, jf. forordningens artikkel 5 nr. 3. Fylkeskommunene kunne derfor antakelig trenge litt veiledning om hvordan anbudsprosedyren kan og bør legges opp.

Departementet påpeker at det alltid vil være en mulighet å følge lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter. Dette er selvfølgelig riktig. Men det kan vel samtidig heller ikke være noe tvil om at denne loven med tilhørende forskrifter stiller strengere krav til oppdragsgiver enn det som gjelder etter kollektivtransportforordningen artikkel 5 nr. 3.

Uten en nærmere regulering fra departementet om hva som må anses som minstekrav etter kollektivtransportforordningen, er det vel derfor en fare for at fylkeskommunene vil falle tilbake på lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter ved gjennomføringen av konkurransene, og dermed begrense sin frihet til å legge opp en hensiktsmessig anbudsprosedyre i større grad enn det som følger av kollektivtransportforordningen. Med dette følger også en større risiko for at den enkelte anbudskonkurranse skal utløse et erstatningsansvar for oppdragsgiveren pga. feil som blir begått ved gjennomføringen av konkurransen.

Jeg gjør oppmerksom på at hvilke regler som må oppstilles for anbudsprosedyren etter kollektivtransportforordningen artikkel 5 nr. 3, er del av den mer generelle problemstillingen om hvilke regler som gjelder for tildelingen av tjenestekonsesjonskontrakter. Jeg antar derfor at hvis man forsøker å oppstille noen minimumsregler for anbudsprosedyren etter kollektivtransportforordningen, så vil disse også kunne gi veiledning for andre tjenestekonsesjonskontrakter.

Med hilsen
REGJERINGSADVOKATEN

Goud Helge Homme Fjellheim
advokat