

Bergen
Oslo
Trondheim
Singapore

Informasjonsbrev fra Advokatfirmaet Vogt & Wiig AS

vogtwiig.no

vogtwiig[®]

endringer i lov om offentlige anskaffelser



Til leverandørindustrien og offentlige oppdragsgivere:

Store endringer er på trappene – Endringer i lov om offentlige anskaffelser

Den 11. november i år la Regjeringen frem forslag til nye og skjerpede regler for håndhevelse av offentlige anskaffelser. Reglene innebærer at oppdragsgivere kan bli gjenstand for både nye, strenge og vidtrekkende sanksjonsmidler dersom regelverket ikke følges. I følge pressemelding fra Fornyings-, Administrasjons- og Kirkedepartementet av 11. november 2011 fremgår det at hensikten med de nye reglene er det nå skal bli lettere for leverandører som ikke har nådd opp i konkurransen, å sikre sine rettigheter.

Reglene skal også bekjempe grove brudd på regelverket. Dette gjelder særlig brudd på kravet til åpne konkurranser om offentlige anskaffelser. Om endringene heter det videre i pressemeldingen at "En domstol vil kunne annullere kontrakter som inngås i strid med regelverket. Skulle prosessen ha kommet så langt at en annullering av kontrakten vil ha vesentlige samfunnsmessige konsekvenser, kan kontrakten avkortes i tillegg til at oppdragsgiver kan legges bøter".

Vi har sett nærmere på disse lovendringene som er foreslått.

Lovforslaget til endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) er inntatt helt sist i artikkelen.



Advokat Tor-Arne Holand
th@vogtwiig.no

1. Innledning - bakgrunnen for endringene og lovforarbeidet

Lovforslaget gjennomfører EUs direktiv 2007/66/EF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter (nytt håndhevelsesdirektiv på anskaffelsesområdet) i norsk rett. Forslaget er en oppfølging av utredningen Håndhevelse av offentlige anskaffelser (NOU 2010:2), der et offentlig utvalg kom med sin anbefaling til hvordan EUs nye håndhevelsesdirektiv burde gjennomføres i norsk rett.

Direktivet har også særlig fokus på håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, og det innføres nye sanksjoner for denne typen overtredelser. Dette innebærer at håndhevelsesorganet skal gis adgang til å kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Slike sanksjoner skal også gjelde ved visse andre grove brudd på regelverket.

Lovforslaget inneholder forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven.

2. Gjeldende regler i Norge og forholdet til EU-retten

Offentlige anskaffelser har ingen lang rettsstradisjon i Norge. Det første regelverket som ga private leverandører rettigheter og som kunne håndheves for domstolene, kom med lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser. Loven trådte i kraft 1. januar 1994, og gjennomførte

EU/EØS-direktiver om offentlige anskaffelser i norsk rett, som Norge hadde forpliktet seg til gjennom EØS-avtalen.

Det ble snart klart at regelverket hadde behov for en fullstendig revisjon. Resultatet ble en ny lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, som trådte i kraft 1. juli 2001. Med hjemmel i den nye loven ble det fastsatt en forskrift om offentlige anskaffelser og en forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon.

EU reviderte sine direktiver på anskaffelsesområdet i 2004, og vedtok to direktiver til erstatning for de tidligere: et hoveddirektiv for "klassisk offentlig sektor" og et for forsyningssektorene (vann, energi, transport og posttjenester). Direktivene ble inntatt i EØS-avtalen, og gjennomført i

norsk rett gjennom enkelte endringer i lov om offentlige anskaffelser, ny forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, som i dag er det sentrale regelverket på området, og forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene.

Også de nye forskriftene om offentlige anskaffelser inneholder særlige norske regler i tillegg til regler med opphav i EU/EØS. De to typene regler har dermed forskjellig rettskildemessig bakgrunn, som gir følgende utslag i praksis: De EU/EØS-baserte reglene skal tolkes ut fra utviklingen i EU-domstolen, og har krav på forrang fremfor annen norsk rett så langt dette følger av EØS-loven 27. november 1992 nr. 109 § 2. Det er dermed både relevant og avgjørende å ha kunnskap om det EU-rettslige opphavet til reglene og til utviklingen i EU-domstolens praksis. Av denne årsak skal vi kort redegjøre for bakgrunnen for og formålet med det nye håndhevelsesdirektivet (se pkt. 3 under).

3. Direktiv 2007/66/EF (nytt håndhevelsesdirektiv)

Direktiv 2007/66/EF skal forbedre effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter. Direktivet ble vedtatt 11. desember 2007 og endrer håndhevelsesdirektivene 89/665/EØF (innenfor klassisk sektor) og 92/13/EØF (innenfor forsyningssektoren).

Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen ved vedtak av 1. juli 2011.

Bakgrunnen for det nye direktivet er at EU-kommisjonen, gjennom høringer og EU-domstolens praksis, avdekket en rekke svakheter ved de eksisterende nasjonale klageordningene. Særlig var det mange leverandører som mente at de eksisterende håndhevelsesreglene ikke alltid gjorde det mulig å rette opp feil i anbudsprosessene.

EU-kommisjonen identifiserte to hovedproblemstillinger:

1. For det første var ikke de rettslige klagemulighetene før kontrakt ble inngått tilstrekkelig effektive, og disse burde derfor styrkes.
2. For det andre skulle ulovlige direkte anskaffelser bekjempes med sterkere midler.

Direktiv 2007/66/EF innfører flere nye materielle håndhevelsesregler. De tre hovedelementene er:

1. En obligatorisk ventetid, såkalt karensperiode, fra oppdragsgiver meddeler sin beslutning om hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås;

2. en suspensjonsplikt, slik at klage til håndhevelsesorganet i visse tilfeller medfører at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes;

3. og nye sanksjoner for visse alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket.

Ad 1:

Når det gjelder den nye bestemmelsen om krav til karensperiode, er dette en kodifisering av rettspraksis fra EU-domstolen, men med en presisering av en absolutt minimumsperiode. Det følger av direktivet at oppdragsgiver må vente i minst 10 eller 15 dager (avhenging av kommunikasjonsmiddel) før han kan inngå kontrakt med valgte leverandør.

Dette skal gi leverandørene tid til å undersøke tildelingsbeslutningen og vurdere hvorvidt det er grunnlag for å innlede en formell klageprosess, slik at leverandørene får en reell mulighet til å stoppe inngåelse av en kontrakt i strid med regelverket.

Direktivet gir mulighet for å gjøre unntak fra kravet om karens i tre tilfeller:

- ved lovlige direkte anskaffelser;
- der det bare er én berørt leverandør; og
- ved kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger.

Ad 2:

Bestemmelsen om suspensjon innebærer at en klage skal ha automatisk oppsettende virkning når oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt påklages innen utløpet av karensperioden. Dette betyr at oppdragsgiver ikke har rett til å inngå kontrakt før klageorganet har truffet avgjørelse, enten vedrørende en begjæring om midlertidig forføyning eller den materielle klagen.

Ad 3:

Det innføres en plikt til i visse situasjoner å kjenne en kontrakt uten virkning. Formålet er særlig å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som en av de groveste overtredelsene av anskaffelsesregelverket.

Sanksjonen "uten virkning" skal også innføres for andre grove brudd på regelverket, når det samtidig skjer brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon. Sanksjonen skal også innføres når kontrakter basert på rammeavtaler/dynamiske innkjøpsordninger tildeles i strid med prosedyrereglene. Bare når det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser kan håndhevelsesorganet unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning. I slike tilfeller må alternative sanksjoner (bot eller avkorting av kontraktens løpetid), benyttes i stedet.

Medlemsstatene kan fritt bestemme om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc). Kjennes en kontrakt uten

virkning kun for fremtiden, må oppdragsgiver i tillegg ilegges alternative sanksjoner.

Endelig krever direktivet at sanksjonen "uten virkning" eller alternative sanksjoner innføres for mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon.

Oppdragsgiver kan imidlertid sikre seg mot å bli ilagt sanksjoner:

- Dette kan for eksempel skje ved å kunngjøre at han har til hensikt å tildele en kontrakt uten å følge de alminnelige prosedyrereglene (en såkalt intensjonskunngjøring). Det vil være aktuelt der oppdragsgiver er i tvil om hvorvidt det er hjemmel til å foreta en direkte anskaffelse. Dersom oppdragsgiver i tillegg venter i 10 dager med å inngå kontrakt, kan han ikke senere ilegges sanksjoner. Det gjelder selv om det faktisk viser seg at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- Ved kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, kan oppdragsgiver sikre seg mot sanksjoner ved å overholde en frivillig karensperiode.

4. Forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser

4.1 Suspensjon

Det foreslås nye regler om suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning.

Gjeldende rett: Etter gjeldende norsk rett kan det begjæres midlertidig forføyning mot brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Dette gjelder likevel ikke der kontrakt er inngått, eller mot brudd innenfor forsyningssektorene, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8.

De alminnelige reglene som finnes i tviseloven kapittel 34, jf. kapittel 32, gjelder for begjæring om midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesreglene. En slik begjæring har ikke i seg selv oppsettende virkning (det vil si at det ikke er forbud mot å gjennomføre den påklagede beslutning før det er tatt stilling til begjæringen). En oppdragsgiver kan derfor i prinsippet forhindre en midlertidig forføyning ved å inngå kontrakt før retten rekker å ta stilling til begjæringen, og dette har også skjedd i praksis.

Forslag til lovendring: Dersom oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt påklages innen utløpet av karensperioden, stiller håndhevelsesdirektivet krav om at adgangen til å inngå kontrakt skal suspenderes inntil klagen er behandlet (i første instans). I praksis vil det innebære at en begjæring om midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesreglene skal føre til en automatisk utsettelse av adgangen

til å inngå kontrakt, frem til domstolen har behandlet begjæringen om midlertidig forføyning. Departementet foreslår at direktivets nye regler om suspensjon bare gjennomføres så langt EU/EØS-retten krever det.

Ettersom suspensjonen skal inntre automatisk etter direktivet, vil det ikke være mulig å ta hensyn til eventuelle uheldige konsekvenser som stans i kontraktsinngåelsen vil kunne få. Departementet mener derfor at lovhjemmelen bør begrenses slik at det kun kan gis forskriftsbestemmelser om at suspensjon skal inntre når det er fremmet begjæring om midlertidig forføyning.

Utvalget foreslår også å begrense suspensjonen til begjæring som fremsettes innenfor den karenperioden som følger etter tildeling av kontrakt eller etter intensjonskunngjøring. Dette svarer etter Departementets oppfatning godt til formålet bak bestemmelsene om karens: Forbigåtte leverandører skal ha rimelig tid til å vurdere om det kan lønne seg å klage. Når karenperioden utløper, og det ikke i denne perioden er inngitt begjæring om midlertidig forføyning som medfører suspensjon, kan oppdragsgiver trygt signere kontrakten.

Departementet mener videre at det ikke bør inntre automatisk suspensjon i tilfeller der oppdragsgiver ikke har fastsatt en karenperiode, selv om oppdragsgiver faktisk plikket å gjøre det. Her bør heller de alminnelige reglene om midlertidig forføyning få anvendelse. Viser det seg at oppdragsgiver faktisk hadde en plikt til å overholde en karenperiode, men ikke har gjort det, vil dette uansett også være et brudd på bestemmelsene om karens, som for visse anskaffelser skal føre til overtredelsesgebyr eller eventuelt avkortning av kontrakt. Har kontrakt blitt inngått, og har det i tillegg skjedd et brudd på anskaffelsesregelverket som har påvirket utfallet av konkurransen, risikerer oppdragsgiver også at kontrakten blir kjent uten virkning.

Departementet mener at det ikke bør innføres bestemmelser om suspensjon i forskrift om offentlige anskaffelser del II, altså for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Nye bestemmelser om suspensjon endrer ikke på at tvistelovens bestemmelser om midlertidig sikring, herunder § 32-11 om erstatning, gjelder ved begjæring om midlertidig forføyning. Det er imidlertid Departementets vurdering at tvistelovens bestemmelser i § 32-11 om erstatning ved midlertidig sikring ikke vil få anvendelse på eventuelle tap som oppdragsgiver (saksøkte) måtte lide som følge av at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes. Departementet finner det heller ikke hensiktsmessig å innføre regler om at leverandøren (saksøker) blir objektivt ansvarlig for slike tap, da terskelen for å begjære midlertidig forføyning da kan bli for høy.

4.2 Inngått kontrakt kan eller skal kjennes uten virkning

Gjeldende rett: Etter gjeldende rett kan forbigåtte leverandører, ved brudd på anskaffelsesprosedyrene, begjære midlertidig forføyning for å stanse en kontraktsinngåelse, jf. lov om offentlige anskaffelser §8 første ledd. Etter at kontrakt er inngått mellom oppdragsgiver og leverandør, vil forbigåtte leverandører imidlertid ikke kunne angripe den inngåtte kontrakten som ugyldig. Den aktuelle reaksjonsmuligheten etter kontraktsinngåelse er erstatning, dersom vilkårene for å få tilkjent dette er oppfylt, jf. lov om offentlige anskaffelser § 10.

Ved ulovlige direkte anskaffelser har det ikke vært avholdt noen konkurranse og det vil ikke være noen leverandører som kan få erstatning for tap i den forbindelse (den negative kontraktsinteressen). Det vil også i praksis være umulig for en leverandør å sannsynliggjøre at han ville ha fått tildelt kontrakten dersom det faktisk hadde vært avholdt en konkurranse, og derfor vil det heller ikke være mulig å godtgjøre at vilkårene for å få erstatning for oppfyllesinteressen (positiv kontraktsinteresse) er til stede.

Fra 1. januar 2007 har derfor Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) hatt hjemmel til å ilegge oppdragsgivere overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b. Bestemmelsen om overtredelsesgebyr retter seg utelukkende mot ulovlige direkte anskaffelser, det vil si anskaffelser som i strid med reglene ikke på forhånd er kunngjort slik anskaffelsesforskriftens og forsyningsforskriftens bestemmelser om kunngjøring krever. Bestemmelsen om overtredelsesgebyr retter seg således mot alle anskaffelser over den nasjonale terskelverdien på 500 000 kr omfattet av anskaffelsesforskriften, mens den i forsyningssektorene retter seg mot alle anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene. Et overtredelsesgebyr kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi. Det må videre foreligge grov uaktksomhet eller forsett hos oppdragsgiver for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Oppdragsgivere kan i dag ikke ilegges sanksjoner for andre brudd på anskaffelsesregelverket enn ulovlige direkte anskaffelser.

Forslag til lovendring: For visse typer overtredelser av reglene om offentlige anskaffelser stiller direktivet krav om at den inngåtte kontrakten skal kjennes uten virkning. Det gjelder først og fremst ved ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som særlige grove brudd på regelverket.

Videre må denne sanksjonen også innføres for visse andre grove brudd på regelverket.

Både utvalget og de fleste høringsinstansene uttrykte generell skepsis mot den

nye sanksjonen "uten virkning". Derfor ver det bred enighet om bare å innføre denne sanksjonen så langt Norge er forpliktet til det. Dette innebærer at sanksjonen "uten virkning" bare skal gjelde for EØS-anskaffelser; sanksjonen "uten virkning" innføres derfor kun for varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene (det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og IV samt forsyningsforskriften del II).

Når det gjelder sanksjoner for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II (kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og for kjøp av såkalte uprioriterte tjenester), foreslås det å innføre de alternative sanksjonene (overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt) for ulovlige direkte anskaffelser.

Departementet går imidlertid lenger; det foreslås innført overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt også for andre grove brudd etter del II, altså ikke bare for ulovlige direkte anskaffelser.

Videre foreslår Departementet at domstolen skal gis adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc). Adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc begrenses imidlertid til de tilfeller hvor kontraktsgjensstanden kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og mengde.

Etter håndhevelsesdirektivet (og dermed etter forskriftens del III) er det obligatorisk å ilegge sanksjoner, det vil si at klageorganet skal ilegge sanksjoner der nærmere angitte brudd konstateres. Her er det altså verken mulig å ta hensyn til overtredelsens grovhet, om oppdragsgiver har handlet forsettlig/grovt uaktsomt eller andre relevante forhold. Når det gjelder brudd på bestemmelsene i forskriftens del II har Departementet ønsket å utnytte den fleksibiliteten som del II gir mulighet for, slik at det her bare innføres en "kan-regel". Klageorganet forpliktet ikke til å ilegge sanksjoner, men det kan i stedet ta med alle relevante hensyn i vurderingen av om det i en konkret sak faktisk bør ilegges sanksjoner. Her vil klageorganet også kunne ta hensyn til om det kan tilkjennes erstatning.

4.3 Alternative sanksjoner

Direktivet krever altså at man i tillegg innfører såkalte "alternative sanksjoner", som vil si bot (overtredelsesgebyr) og avkortning av kontraktens løpetid, i stedet for eller i tillegg til at en kontrakt kjennes uten virkning.

Det skal benyttes alternative sanksjoner dersom domstolen unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning på grunn av ves-

entlige hensyn til allmennhetens interesser, eller der kontrakten kun kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Departementet foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene, og at disse kan kombineres.

Departementet støtter også utvalgets forslag om å innføre samtlige mulige unntak til kravet om sanksjoner; det vil si (i) der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger, (ii) der oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring, og (iii) der oppdragsgiver ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale/dynamisk innkjøpsordning overholder en "frivillig" karensperiode.

Når det gjelder overtredelsesgebyrets størrelse, videreføres dagens nivå for KOFA-overtredelsesgebyret, slik at det fastsettes en øvre ramme på 15 prosent av kontraktens verdi.

4.4 Mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon

Ved mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon for EØS-anskaffelser, skal det utelukkende kunne ilegges alternative sanksjoner (det vil si overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt).

4.5 KOFAs overtredelsesgebyr

De nye sanksjonene som innføres med gjennomføringen av direktivet, medfører at KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr som KOFA fikk i 2007, ikke kan videreføres. Departementet foreslår derfor å oppheve lov om offentlige anskaffelser § 7b, slik at KOFA går tilbake til å bli et rent rådgivende tvisteløsningsorgan.

4.6 Søksmålsfrister

Gjeldende rett: For erstatningskrav, som i dag er den aktuelle sanksjonen etter at kontrakt er inngått, må søksmål reises innenfor foreldelseslovens frister. Erstatningskrav utenfor kontrakt foreldes som et utgangspunkt tre år etter at leverandøren fikk eller burde skaffet seg kunnskap om seg kunnskap om regelbruddet.

I ordinære klagesaker for KOFA, må klage til KOFA må fremsettes "senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver", jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 annet ledd annet punktum.

Klager til KOFA hvor det anføres at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan fremsettes inntil to år etter at kontrakt er inngått, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd.

Forslag til lovendring: Direktivet gir mu-



lighet for å innføre en rekke søksmålsfrister.

Departementet anbefaler her at det innføres særskilte søksmålsfrister for krav om sanksjoner, som er kortere enn for vanlige søksmål. Der oppdragsgiver har kunngjort resultatet av konkurransen eller meddelt inngåelsen av kontrakten til berørte leverandører, settes søksmålsfristen til 30 dager.

I de tilfeller oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene, eller underrettet de deltagende leverandørene om inngåelsen av kontrakt, settes fristen til to år.

Departementet foreslår også at oppdragsgiver gis mulighet til, på frivillig basis, å innføre en frist for å fremsette begjæring om midlertidig forføyning mot visse beslutninger undervis i anskaffelsesprosessen. Det gjelder oppdragsgivers beslutninger om å avvise eller forkaste en forespørsel fra en leverandør om å delta i konkurransen. Dette gjelder likevel bare ved begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog, det vil si i tilfeller der leverandøren ennå ikke har levert inn tilbud.

4.7 Særlig om forsyningssektoren

Gjeldende rett: Når det gjelder forsyningssektorene (det vil si for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og post) har man i Norge valgt at det bare kan gis mulkt for overtredelser av anskaffelsesreglene, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8 annet ledd. Retten kan altså ikke for denne gruppen anskaffelser sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosess eller treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, jf. § 7 annet ledd og § 8 annet ledd. Bakgrunnen var at man vurderte at det generelt ville kunne få store konsekvenser og føre til uforholdsmessig store tap å stoppe en anskaffelse i disse sektorene. Reglene om erstatning og over-

tredelsesgebyr gjelder imidlertid også for forsyningssektorene, jf. § 10 og § 7b.

Forslag til lovendring: Her innfører håndhevelsesdirektivet endringer som i hovedsak er identiske med endringene for klassisk sektor.

Dette gjelder nye regler om suspensjon og sanksjoner. Bestemmelsen om suspensjon reiser imidlertid spørsmål om dagens løsning, der domstolen i forsyningssektorene bare har kompetanse til å fastsette mulkt, og altså ikke til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, fortsatt er hensiktsmessig. Departementet foreslår her en endring, slik at domstolene også i forsyningssektorene gis adgang til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe beslutning om midlertidig forføyning.

Det kan gi uheldige konsekvenser dersom anskaffelser i forsyningssektorene stoppes. At nye regler om suspensjon og midlertidig forføyning må innføres også for forsyningssektorene er imidlertid en konsekvens av det nye håndhevelsesdirektivet. Det må i den forbindelse understrekes at domstolene i en vurdering av om det faktisk skal gis midlertidig forføyning, uansett må ta hensyn til slike konsekvenser.

Det følger av tvisteloven § 34-1 annet ledd at midlertidig forføyning ikke kan besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet. Dersom det fører til uforholdsmessig store tap å stoppe en konkret anskaffelse vil det således være begrenset adgang til å stoppe prosessen ved en avgjørelse om midlertidig forføyning.

På noen punkter fremmer videre Departementet forslag til regelendringer som fremstår som hensiktsmessige, for å ivareta hensynet til et konsistent og

samlet regelverk: Departementet foreslår at reglene på forskriftsnivå om begrunnelse i forsyningssektorene harmoniseres med reglene i klassisk offentlig sektor. Dette forutsetter at det foretas endringer i lov om offentlige anskaffelser, da loven bare gir begrenset adgang til å regulere forsyningssektorene gjennom forskrift.

4.8 Endringer i kommuneloven

Gjeldende rett: Etter kommuneloven § 59 kan anskaffelser etter anskaffelsesregelverket i dag gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll etter nærmere omstendigheter. I henhold til bestemmelsen kan tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget bringe en avgjørelse truffet av et folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjonen inn for departementet for kontroll av avgjørelsens lovlighet.

Forslag til lovendring: Departementet mener at denne kontrollen bør ses i sammenheng med håndhevelsessystemet for øvrig, og foreslår å innføre et unntak fra kommuneloven § 59 slik at spørsmål om det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket ikke lenger kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

Departementet mener at unntaket i kommuneloven § 59 for denne sakstypen innebærer at de folkevalgtes mulighet for kontroll i anskaffelsessaker blir avskåret i kun begrenset grad. For det første finnes det flere alternative instanser som kan prøve lovligheten av anskaffelsesprosessene. For det andre innebærer ikke lovforslaget at saker om offentlige anskaffelser unntas fra kommuneloven § 59 som sådan. Unntaket begrenses til å gjelde hvorvidt anskaffelsesregelverket er fulgt. Anskaffelsessaker kan dermed fortsatt bringes inn for lovlighetskontroll for andre formål, for eksempel for spørsmål om habilitet eller brudd på andre offentligrettslige regler.

4.9 Begrunnelse

Gjeldende rett: Begrunnelsen for tildeling av kontrakt skal gis automatisk sammen med oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutning. Begrunnelsen skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg er saklig og forsvarlig, og i samsvar med angitte tildelingskriterier.

Dersom en leverandør ber om det, skal oppdragsgiver innen 15 dager i tillegg gi en nærmere begrunnelse for hvorfor en leverandør ikke har fått tildelt kontrakten. Kravet til innhold og omfang av den nærmere begrunnelsen er høyere enn hva som gjelder for den automatiske begrunnelsen. Den skal således inneholde navnet på den valgte leverandøren, og en nærmere rede-



gjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler.

Forslag til lovendring: Lovforslaget innebærer at det innføres like regler om begrunnelse i klassisk sektor og forsyningssektorene, derfor foreslås en endring i lov om offentlige anskaffelser § 11. De nærmere regler om begrunnelse vil bli gitt i forskrift.

Departementet foreslår at forskriftsbestemmelsene om begrunnelse endres, slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse, mot dagens regler der oppdragsgiver etter omstendighetene må gi to begrunnelser. Den nye begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen.

4.10 Håndhevelsen av reglene

Gjeldende rett: I Norge har man valgt å la de alminnelige domstolene behandle saker etter anskaffelsesregelverket, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7.

For det første kan retten treffe avgjørelse om midlertidig forføyning (typisk for å stanse en beslutning om å tildele kontrakt).

Inntil kontrakt er inngått kan retten desuten sette til side ulovlige beslutninger, jf. § 7 annet ledd. For forsyningssektorene kan domstolene ikke treffe avgjørelser om midlertidig forføyning eller sette til side ulovlige beslutninger. Her kan domstolene i stedet fastsette mulkt, jf. § 8 annet ledd.

For det tredje kan retten tilkjenne erstatning, jf. lovens § 10. Domstolenes behandling er supplert med uformell, rådgivende behandling gjennom KOFA. Fra januar 2007 har KOFA i tillegg fått kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr.

Forslag til lovendring: Det er i utgangspunktet opp til nasjonal lovgiver å bestemme hvordan EU/EØS-reglene prosessuelt skal håndheves, herunder om dette skal skje ved domstolene eller ved et administrativt klageorgan. Håndhevelsesdirektivet stiller imidlertid visse krav til klage-

organenes kompetanse og prosedyrer.

I norsk anskaffelsesrett har man som nevnt over, tradisjonelt lagt til grunn en domstolsmodell, i den forstand at all formell klagebehandling og sanksjoner etter håndhevelsesdirektivet har vært lagt til de ordinære domstolene. Dette har fra 2003 vært supplert med KOFA, som et alternativt og rådgivende lavterskeltilbud. Departementet mener at håndhevelsen av anskaffelsesretten i Norge fortsatt bør bygge på en domstolsmodell, kombinert med rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at sanksjonene mv. som følger av det nye håndhevelsesdirektivet legges til domstolene. Overtredelsesgebyret i KOFA faller bort som sanksjon, slik at KOFA igjen blir et rent rådgivende organ.

Dette vil i hovedsak kunne gjøres innenfor rammen av alminnelig prosessrett, men reiser enkelte særlige prosessuelle utfordringer, som foreslås særskilt regulert.

5. Avslutning

Det er forventet at Stortinget vil behandle lovforslaget innen rimelig kort tid. Siden det er budsjettbehandlingen som har fokus før jul, vil Stortinget tidligst rekke å behandle forslaget på vårsesjonen. Tidligste ikrafttredelse for de nye reglene vil i så fall antakelig bli 1. juli 2012.

Ved spørsmål til noe av dette, kan undertegnede kontaktes på telefon eller e-post.

6. Det konkrete forslaget til lovendringer

Forslag til lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett):

I

I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjøres følgende endringer:

Gjeldende § 7 blir § 8. Bestemmelsens annet ledd siste punktum oppheves.

Gjeldende § 7a blir § 12, som skal lyde:

§ 12 Rådgivende tvisteløsningsorgan

Kongen kan opprette et rådgivende organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter denne lov og forskrifter hjemlet i denne.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgivere som omfattes av loven her er pliktige til å delta i prosessen for tvisteløsningsorganet.

Kongen kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet, herunder bestemmelser om partenes rett til innsyn i sakens dokumenter.

Offentleglova får anvendelse på den virksomhet som drives av tvisteløsningsorganet.

Gjeldende § 7b oppheves.

Gjeldende § 8 blir § 9, som skal lyde:

§ 9 Beslutning om midlertidig forføyning

For behandling av begjæring om midlertidig forføyning gjelder tvisteloven, om ikke annet er bestemt i eller i medhold av denne lov. Mot overtredelser av bestemmelser i eller i medhold av denne lov, kan det ikke besluttes midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlertidig forføyning, når begjæringen er fremsatt innenfor en fastsatt karenperiode.

Kongen kan gi forskrift om at oppdragsgiver kan fastsette en frist for når begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, må være fremsatt.

Gjeldende § 9 blir § 10, som skal lyde:

§ 10 Underrettningsplikt for retten

Retten skal underrette departementet om saker som idømmes etter § 8, samt forføyninger etter § 9.

Gjeldende § 10 blir § 11.

Gjeldende § 11 blir ny § 16, som skal lyde:

§ 16 Forskrifter og enkeltvedtak

Kongen kan gi forskrift til utfylling og gjennomføring av loven. Kongen kan gi oppdragsgivere de pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven. Overfor andre oppdragsgivere enn statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer kan det likevel bare gis pålegg som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner om offentlige anskaffelser. *Kongen kan likevel gi forskrift om begrunnelsesplikt.*

Kongen kan gi forskrift om tvunget verneting for søksmål som nevnt i § 8 og for begjæring om midlertidig forføyninger som nevnt i § 9.

Gjeldende § 11a blir § 7.

Gjeldende § 12 blir ny § 17.

Ny § 13 skal lyde:

§ 13 Søksmål om å kjenne kontrakt uten virkning

Retten skal kjenne en kontrakt uten virkning når

a) *kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og*

b) *oppdragsgiver enten har*

1. foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
2. tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift gitt i medhold av loven, eller
3. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

Første ledd bokstav b nr. 1 gjelder ikke om oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen. Første ledd bokstav b nr. 2 gjelder ikke om oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karenperiode.

Når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne kontrakten uten virkning. Dersom konsekvensen av at kontrakten kjennes uten virkning i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser, kan retten ikke kjenne kontrakten uten virkning.

En kontrakt kan kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, kan kontrakten kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse.

Ny § 14 skal lyde:

§ 14 Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme overtredelsesgebyr

Retten skal avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når

a) *kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og*

1. retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 tredje ledd, eller
2. oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13, eller

b) *kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, og oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.*

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

Retten kan idømme sanksjoner som nevnt i første ledd når

a) *kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, og*

b) *oppdragsgiver enten har*

1. tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskrift gitt i medhold av loven, eller
2. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

Første ledd bokstav b gjelder ikke om oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen. Tredje ledd bokstav b nr. 1 gjelder ikke om oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karenperiode.

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

Ny § 15 skal lyde:

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

Ved søksmål om forhold som beskrevet i §§ 13 og 14, plikter saksøker å varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet. Varslet gis ved oversendelse av kopi av stevningen.

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

En rettskraftig dom som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning eller at kontraktens løpetid avkortes, er bindende for alle og enhver og legges til grunn i alle forhold hvor spørsmålet har betydning.

Sanksjoner etter §§ 13 og 14 kan bare idømmes når sak reises innen to år fra kontrakt er inngått.

Dersom oppdragsgiver har kunngjort

konkurranseresultatet når en kontrakt er til-delt uten kunngjøring av konkurransen, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 1 eller § 14 første ledd bokstav b bare idømmes, når sak reises innen 30 dager fra kunngjøringen.

Dersom oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 2 eller 3, § 14 første ledd bokstav a nr. 2 eller § 14 tredje ledd bare idømmes, når sak reises innen 30 dager fra meddelelsen er sendt.

II

I lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner skal § 59 nr. 1 lyde:

Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Det samme gjelder avgjørelser om møter skal holdes for åpne eller lukkede dører, jf. § 31, og avgjørelser om habilitet. Avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed er ikke gjenstand for lovlighetskontroll. Spørsmål om det foreligger brudd på bestemmelser gitt i eller i medhold av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser kan heller ikke gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.

III

1. Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Kongen kan sette i kraft de enkelte bestemmelsene til forskjellig tid.
2. Kongen kan gi nærmere overgangsregler.