



Nærings- og fiskeridepartementet (NFD)

Vår referanse: 15/00904-3
Arkivkode: 0
Saksbehandler: Kristine Vigander
Deres referanse:
Dato: 03.07.2015

Høring- forslag om endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser

1. Innledning

Det vises til Departementets brev av 13. april 2015 med forslag til endringer i reglene om håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser.

Det sentrale forslaget i høringsnotatet er at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) får utvidet kompetanse i saker om ulovlige direkte anskaffelser, slik at nemnda enten kan ilegge overtredelsesgebyr, eller bringe saken inn for domstolene ved søksmål.

KS mener at KOFA kun bør gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser i tilfeller der oppdragsgiver har utvist forsett eller grov uaktsomhet. Nærmere om dette i punkt 2.

KS er i mot at KOFA gis søksmålskompetanse. Dette behandles i punkt 3.

KS sitt standpunkt om tilbakebetaling av klagegebyr fremstilles i punkt 4.

2. Overtredelsesgebyr

KS mente i høringsuttalelsen til NOU 2010: 2 «*Håndhevelse av offentlige anskaffelser*» at håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser må ligge hos domstolene. Dette er fortsatt KS sin prinsipale holdning. De inngripende sanksjonene som håndhevelsesdirektivet pålegger Norge å innføre, krever betryggende prosedyrer som sikrer sakens opplysning, prinsippet om kontradiksjon etc. Dette kan ikke KOFA oppfylle med kun skriftlig saksforberedelse/saksbehandling.

KS ser at saker om ulovlig direkte anskaffelser er betydelig redusert etter lovendringen i 2012.

KS mener det er i kommunesektorens interesse at man har en effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket. KS kan derfor støtte at KOFA gis en viss gebyrkompetanse. Gebyrkompetansen må imidlertid begrenses til å ilegge gebyr i kun de opplagte sakene.

Med «opplagte saker» sikter vi til saker hvor oppdragsgiver har utvist forsett eller grov uaktsomhet.

Dersom oppdragsgiver har vært i rettsvillfarelse, har utvist simpel uaktsomhet eller lignende bør kompetansen til å ilegge gebyr av hensyn til rettsikkerheten, fortsatt kun ligge hos domstolene.

KOFA er etter KS sin oppfatning ikke et egnet organ (uten muntlig forhandling og bevisførsel) til å ha slik kompetanse i alle tilfeller, da spørsmål om det har vært foretatt en ulovlig direkte anskaffelse kan innebære mange vanskelige vurderinger i forhold til bruk av regelverkets unntaksbestemmelser, f.eks. om egenregivilkår er oppfylt, tilleggsbestillinger fra samme leverandør og spørsmål om overgang til kjøp etter forhandling etter en mislykket anbudskonkurranse. Et overtredelsesgebyr kan utgjøre betydelig millionbeløp og krever en betryggende saksgang for å sikre tilstrekkelig rettsikkerhet.

Et ytterligere argument for at KOFA kun bør ha kompetanse til å ilegge gebyr i «opplagte saker», er at KOFAs gebyrvedtak ikke kan overprøves annet enn ved at den offentlige oppdragsgiver bringer saken inn for domstolen. Å gå til sak mot KOFA for å få overprøvd et ilagt overtredelsesgebyr er svært ressurskrevende.

3. Søksmålskompetanse

Departementet foreslår å gi KOFA kompetanse til å ta ut søksmål i saker om ulovlige direkte anskaffelser.

KS er imot at KOFA gis søksmålskompetanse i saker der det er mistanke om ulovlige direkte anskaffelser.

Tilsvarende spørsmål ble vurdert av håndhevelsesutvalget, jf NOU 2010:2, og det følger på side 197 flg., at utvalget ikke kunne anbefale en slik løsning.

At KOFA skal få søksmålskompetanse reiser flere prinsipielle og prosessuelle spørsmål.

Etter KS er sitt standpunkt det prinsipielt uheldig at KOFA gis flere roller. Kofa vil ved forslaget både inneha rolle som et rådgivende organ, et dømmende organ samt gis «påtalekompetanse». Det kan reises spørsmål om dette er forenelig med maktfordelingsprinsippet.

Det er videre prinsipielt betenkelig at staten skal kunne «gå til sak mot seg selv». Hvem skal for eksempel Regjeringsadvokaten representere og gi råd til; KOFA eller den innklagede oppdragsgiveren? Det kan ikke legges opp til ulike løsninger avhengig av om oppdragsgiver er statlig eller kommunal/fylkeskommunal.

KS kan ikke gå inn for å gi KOFA søksmålskompetanse når dette vil innebære at staten (felleskapets midler) skal bekoste og belaste rettsapparatet med rettssaker der offentlige instanser går til sak mot hverandre.

Vi er heller ikke kjent med at andre nemnder eller offentlige virksomheter har en slik søksmålskompetanse i dag. Hvis KOFA skal gis slik kompetanse vil det derfor være noe helt nytt som ikke er forsøkt tidligere. Eventuelle virkninger av dette er ikke tilstrekkelig redegjort for i departementets høringsbrev.

Endelig er KS kjent med at EU-Kommisjonen er i gang med en evaluering av håndhevelsesdirektivet. Man bør derfor uansett avvente denne evalueringen før man gjør noe så drastisk som å gi KOFA søksmålskompetanse.

KS mener derfor at slike saker bør håndteres gjennom private søksmål, slik som i dag. Dette er forøvrig i tråd med slik majoriteten av EU-land har implementert håndhevelsesdirektivet.

KS fastholder som fremmet i høring om implementering av håndhevelsesdirektivet i 2012, at direktivet ikke skal innføres i større utstrekning enn Norge er forpliktet til. Norge bør ha et tilstrekkelig effektivt håndhevingssystem, men vi bør ikke innføre mer enn det som er nødvendig.

Det må antas at den preventive effekten av faren for at kontrakten skal kunne kjøpes «uten virkning» eller avkortes, vil være tilstrekkelig til å ivareta formålet bak håndhevelsesdirektivet – også uten et stort antall tvister om dette (jf. også flertallets argumentasjon i NOU 2010: 2 side 198).

I tillegg kommer andre kontrollordninger, herunder revisjon foretatt av kommunerevisjonene, som i de senere år i praksis har vist seg å være et effektivt og viktig bidrag til håndhevelsen av regelverket. Våre medlemmer gir innspill på at kommunerevisjonen blir benyttet i større omfang for å avklare om regelverket er fulgt, både gjennom saker som løftes opp av Kontrollutvalget, men at også andre «varslinger» fanges opp der.

4. Vedrørende tilbakebetaling av gebyr

4.1 Tilbakebetaling ved ulovlige direkte anskaffelser

Forutsatt at KOFA kun gis kompetanse i opplagte saker, kan KS støtte at klagegebyret tilbakebetales i sin helhet.

Dersom KOFA gis full gebyrkompetanse mener KS at det bør innføres en differensiering, slik at det i saker hvor oppdragsgiver har vært i rettsvillfarelse, har utvist simpel uaktsomhet eller lignende, kun tilbakebetaler halve gebyret eller et fast beløp. KS er imot at KOFA skal foreta en konkret prøving av regelbruddets alvorlighetsgrad.

KS er fremdeles av den oppfatning at klagegebyret for saker om ulovlig direkte anskaffelser bør økes.

Det vises til KS sin høringsuttalelse av 16. april 2012 på sak 12/49 av 7. mars 2012, hvor KS fremmet forslag om å oppheve differensieringene av klagegebyrenes størrelser avhengig av regelbruddets art.

Det vises til at klagegebyrene i Danmark er betydelig høyere enn i Norge.

4.2 Tilbakebetaling i rådgivende saker

KS er enig i at klager kan refunderes hele klagegebyret i saker hvor oppdragsgiver har gjort feil som har påvirket utfallet av konkurransen.

KS er i mot at klagegebyrer refunderes delvis eller ved et fast beløp i saker om mindre alvorlige brudd.

5. Øvrige endringer

KS har ingen kommentarer til departementets forslag til øvrige endringer.

Med hilsen


Lasse Hansen
administrerende direktør


Kristine Vigander
advokat