NOU Norges offentlige utredninger 2010: 2

Håndhevelse av offentlige anskaffelser

Norges offentlige utredninger
2010

Seriens redaksjon:
Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

---

1. Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet.
   Arbeidsdepartementet.

2. Håndhevelse av offentlige anskaffelser.
   Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

Omslagsillustrasjon: ©Anastasiia Kucherenko, iStockphoto

NOU Norges offentlige utredninger 2010: 2

Håndhevelse av offentlige anskaffelser

Utredning fra Håndhevelsesutvalget oppnevnt ved kongelig resolusjon 19. desember 2008. Avgitt til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 16. april 2010.

Departementenes servicesenter
Informasjonsforvaltning

Oslo 2010

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1048-5

07 Oslo AS, Oslo

Til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

Håndhevelsesutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 19. desember 2008 for å utrede og anbefale hvordan et nytt EU-direktiv om håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser bør gjennomføres i norsk rett.

Utvalget legger med dette frem sin utredning med forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser, forskrift om offentlige anskaffelser, forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

I tillegg til spørsmålene som direkte reguleres av det nye håndhevelsesdirektivet, blir også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte berørt av direktivet. I tråd med mandatet har utvalget vurdert behovet for øvrige endringer i ovennevnte regelverk så langt det har fremstått som hensiktsmessig, for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk.

Oslo 16. april 2010

Fredrik Sejersted
leder

Arnhild Dordi Gjønnes
Morten Goller
Hilde Hauge
Pål Hellesylt
Kari Mjølhus
Jørgen Aardalsbakke
Nina Ramstad Aatlo

Monica Auberg

Christina Paludan Melson

Forkortelser

Følgende forkortelser er brukt i denne NOU

Fullstendig angivelse	Forenklet angivelse
Rådets direktiv 89/665/EØF av 21. desember 1989 om samordning av lover og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige innkjøps- og bygge- og anleggskontrakter	direktiv 89/665/EØF
Rådets direktiv 92/13/EØF av 25. februar 1992 om samordning av lover og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse av EF-reglene for fremgangsmåten ved anskaffelser innen for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikasjon	direktiv 92/13/EØF
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter	direktiv 2007/66/EF
Det konsoliderte direktiv 89/665/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF	håndhevelsesdirektivet (i klassisk sektor)
Det konsoliderte direktiv 92/13/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF	håndhevelsesdirektivet i forsyningssektoren
Begge konsoliderte direktiver 89/665/EØF og 92/13/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF	håndhevelsesdirektivene
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenestekontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter	direktiv 2004/18/EF eller anskaffelsesdirektivet (i klassisk sektor)
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av kontrakter innen for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester	direktiv 2004/17/EF eller forsyningsdirektivet
Begge direktiver 2004/17/EF og 2004/18/EF	anskaffelsesdirektivene
Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser	lov om offentlige anskaffelser

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser	forskrift om offentlige anskaffelser eller anskaffelsesforskriften
Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)	forsyningsforskriften
Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenenmd for offentlige anskaffelser	forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser eller KOFA-forskriften

Innhold

Del I **Alminnelige motiver** ... 15

1 **Sammendrag** ... 17

2 **Utvalgets mandat og arbeid** ... 26

3 **Gjeldende rett** ... 29

4 **Nye håndhevelsesregler med direktiv 2007/66/EF** ... 40

5 **Rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivet** ... 43

6 **Direktivgjennomføring og håndhevelse i EU** ... 58

Del II **Materielle regler** ... 71

7 **Karensperiode** ... 73

8 **Suspensjon** ... 85

9 **Søksmålsfrister og klageprosess** ... 91

10 **Nye sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m.** ... 99

11 **Rekkevidden av de nye bestemmelsene** ... 122

12 **Forsyningssektorene** ... 139

13 **Andre mulige konsekvenser for norsk anskaffelsesrett** ... 150

Del III **Håndhevelsessystemet** ... 183

14 **Håndhevelsesorganets kompetanse og prosedyrer** ... 185

15 **Domstolsmodellen** ... 189

16 **Nemndmodellen** ... 207

Del IV **Avsluttende del** ... 219

17 **Flertallets avsluttende merknader** ... 221

18 **Mindretallets avsluttende merknader** ... 224

19 **Økonomiske og administrative konsekvenser** ... 228

20 **Merknader til de enkelte bestemmelsene** ... 231

21 **Forslag til ny lov- og forskriftstekst** ... 239

Vedlegg

1 Lov om offentlige anskaffelser slik den vil se ut etter endringene dersom flertallets forslag blir vedtatt ... 253

2 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EØS-relevant tekst) ... 257

Detaljert innhold

Del I Alminnelige motiver 15

1 Sammendrag 17
1.1 Oversikt 17
1.2 Materielle regler 17
1.2.1 Karensperiode 17
1.2.2 Suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt 18
1.2.3 Nytt sanksjonssystem ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. 18
1.2.4 Søksmålsfrister 19
1.2.5 Særlig om forsyningssektorene (vann, energi, transport, post) 19
1.2.6 Øvrige konsekvenser for norsk anskaffelsesrett 19
1.3 Håndhevelsessystemet 20
1.4 Summary 20
1.4.1 Mandate and composition of the Commission 20
1.4.2 Overview of the content of the Official Norwegian Report (NOU) 21
1.4.3 New remedies 21
1.4.4 Other consequences for Norwegian public procurement law 23
1.4.5 The institutional framework 24

2 Utvalgets mandat og arbeid 26
2.1 Utvalgets sammensetning og mandat 26
2.2 Utvalgets arbeid 28

3 Gjeldende rett 29
3.1 Utviklingen av regler om offentlige anskaffelser i norsk rett 29
3.2 Hovedtrekk ved dagens regelverk 30
3.3 Dagens håndhevelsessystem 31
3.3.1 Innledning 31
3.3.2 Domstolenes behandling av saker om offentlige anskaffelser 32
3.3.3 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) 33
3.3.4 EFTAs Overvåkningsorgan 34
3.3.5 Andre ordninger for kontroll med regelverket 35
3.4 Tidligere utredninger og vurderinger av håndhevelsessystemet 36
3.4.1 Opprinnelige vurderinger av håndhevelsessystemet 36
3.4.2 Arbeidsgruppen for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemer innen offentlige anskaffelser (1998-1999) 37
3.4.3 Arbeidsgruppen mot ulovlige direkte anskaffelser (2002-2003) 37
3.5 St.meld. nr. 36 (2008–2009) Det gode innkjøp 38

4 Nye håndhevelsesregler med direktiv 2007/66/EF 40
4.1 Innledning 40
4.2 Virkeområdet for direktivet 41

5 Rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivet 43
5.1 Nasjonalt handlingsrom ved gjennomføring av direktivet 43
5.1.1 Generelt om gjennomføringen av EU/EØS-rettens anskaffelsesregler 43
5.1.2 Særlig om gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet 44
5.2 Formål og hensyn ved gjennomføringen av direktivet 44
5.2.1 Innledning 44
5.2.2 Generelle hensyn bak reglene om offentlige anskaffelser 45
5.2.3 Hensyn bak håndhevelsesreglene 49
5.3 De berørte aktørene – flerpartsforholdene 51
5.4 Mindretallets vurdering av rammer og hensyn bak regelverket 53

6 Direktivgjennomføring og håndhevelse i EU 58
6.1 Innledning 58
6.2 Oversikt over utenlandske klage- og håndhevelsessystemer 58
6.2.1 Gjeldende rett – forskjellige nasjonale modeller for klage- og håndhevelsessystem 58
6.2.2 Endringer i de nasjonale modellene som følge av gjennomføringen av nye håndhevelsesregler? 60
6.3 Klage- og håndhevelsessystemet i Sverige 60
6.3.1 Gjeldende rett 60
6.3.2 Gjennomføring av nye håndhevelsesregler 61
6.4 Klage- og håndhevelsessystemet i Danmark 63

6.4.1 Gjeldende rett ... 63
6.4.2 Gjennomføring av nye håndhevelsesregler ... 64
6.5 Klage- og håndhevelsessystemet i Finland ... 66
6.5.1 Gjeldende rett ... 66
6.5.2 Gjennomføring av nye håndhevelsesregler ... 68

Del II Materielle regler ... 71

7 Karensperiode ... 73
7.1 Innledning ... 73
7.2 Karensperiodens lengde ... 74
7.2.1 Direktivets utgangspunkt ... 74
7.2.2 Vurdering av karensperiodens lengde ... 74
7.2.3 Skjæringspunkt for kontraktsinngåelse ... 75
7.2.4 Utvalgets vurdering ... 79
7.3 Innholdet i oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutning ... 79
7.3.1 Kravet til informasjon ... 79
7.3.2 Konsekvenser av mangelfull begrunnelse ... 79
7.4 Hvem har krav på å motta meddelelse om tildelings-beslutning? ... 80
7.4.1 Direktivets regulering ... 80
7.4.2 Nærmere om berørte tilbudsgivere ... 80
7.4.3 Nærmere om berørte leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen ... 81
7.4.4 Utvalgets vurderinger ... 81
7.5 Unntak fra krav til karensperiode ... 82
7.5.1 Innledning ... 82
7.5.2 Unntak ved lovlige direkte anskaffelser ... 82
7.5.3 Unntak der det bare er én leverandør ... 82
7.5.4 Unntak for kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger ... 83
7.6 Karensperiode for kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene? ... 83
7.7 Bestemmelser om karensperiode i forsyningssektorene ... 84

8 Suspensjon ... 85
8.1 Oppsettende virkning ved klage ... 85
8.2 Når inntrer suspensjon ... 86
8.3 Når opphører suspensjonen ... 88
8.4 Utvalgets anbefalinger ... 88
8.5 Suspensjon for kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene? ... 89
8.6 Bestemmelser om suspensjon i forsyningssektorene ... 89

9 Søksmålsfrister og klageprosess ... 91
9.1 Innledning – om søksmålsfrister og klageprosess ... 91
9.2 Gjeldende rett ... 91
9.2.1 Frist for å reise sak ved domstolene – generell preklusiv søksmålsfrist ... 91
9.2.2 Frist for å klage til KOFA ... 92
9.3 Særskilte søksmålsfrister under anskaffelsesprosessen ... 92
9.3.1 Om søksmålsfrister under anskaffelsesprosessen ... 92
9.3.2 Utvalgets vurderinger ... 92
9.4 Særskilte klagefrister for sanksjonen «uten virkning» ... 94
9.4.1 Innledning ... 94
9.4.2 Bestemmelser i nytt håndhevelsesdirektiv ... 95
9.4.3 Utvalgets vurderinger ... 95
9.5 Klageprosess: Plikt til først å underrette/klage til oppdragsgiver ... 97
9.5.1 Plikt til først å underrette oppdragsgiver ... 97
9.5.2 Plikt til først å klage til oppdragsgiver ... 97
9.6 Søksmålsfrister og klageprosess for kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene ... 98
9.7 Bestemmelser om søksmålsfrister og klageprosess i forsyningssektorene ... 98

10 Nye sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m. ... 99
10.1 Innledning ... 99
10.2 Sanksjonen «uten virkning» – vilkår og konsekvenser ... 100
10.2.1 Innledning – generelt om «uten virkning» som ny sanksjon ... 100
10.2.2 Vilkår for at en kontrakt skal kjennes uten virkning ... 101
10.2.3 Hva innebærer det at en kontrakt skal kjennes uten virkning? ... 105
10.2.4 Valget mellom ex tunc og ex nunc – oversikt over alternativene ... 107
10.2.5 Nærmere om «uten virkning» ex tunc ... 107

10.2.6 Nærmere om «uten virkning» ex nunc ... 109
10.2.7 Enkelte fellesspørsmål ... 110
10.2.8 Utvalgets vurderinger ... 110
10.3 Unntak fra sanksjonen «uten virkning» ... 113
10.3.1 Unntak ut fra vesentlige hensyn til allmennhetens interesser ... 113
10.3.2 Unntak ved frivillig «intensjonskunngjøring» ... 115
10.3.3 Unntak ved tildeling av rammeavtaler m.m. ... 115
10.3.4 Muligheten for alternative sanksjoner ved mindre alvorlige brudd ... 116
10.4 Alternative sanksjoner ... 116
10.4.1 Innledning ... 116
10.4.2 Generelt om alternative sanksjoner ... 116
10.4.3 Hensyn for og mot bruk av de ulike alternative sanksjonene ... 116
10.4.4 Utforming av regler om alternative sanksjoner ... 118
10.4.5 Utvalgets vurderinger ... 120
10.5 Fremgangsmåte ved direkte anskaffelser ... 120
10.5.1 Innledning ... 120
10.5.2 Handlingsalternativer ved direkte anskaffelser ... 121

11 Rekkevidden av de nye bestemmelsene ... 122
11.1 Innledning ... 122
11.2 Uprioriterte tjenester ... 122
11.2.1 Oversikt ... 122
11.2.2 Krav om gjennomføring av direktivet for uprioriterte tjenester? ... 123
11.2.3 Bør direktivets regler gis anvendelse også for uprioriterte tjenester? ... 125
11.2.4 Utvalgets anbefalinger ... 126
11.2.5 Særlig om håndhevelsesregler for anskaffelser av uprioriterte tjenester i forsyningssektorene ... 129
11.3 Anskaffelser under EØS-terskelverdiene ... 129
11.3.1 Oversikt ... 129
11.3.2 Ikke krav om gjennomføring av direktivet under terskelverdiene ... 130
11.3.3 Bør direktivets regler gis anvendelse også under EØS-terskelverdiene? ... 131
11.3.4 Utvalgets anbefalinger ... 132
11.3.5 Særlig om håndhevelsesregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene ... 134
11.4 Plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål ... 134
11.4.1 Oversikt ... 134
11.4.2 Plan- og designkonkurranser ... 134
11.4.3 Bygge- og anleggskonsesjoner ... 136
11.4.4 Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål ... 137

12 Forsyningssektorene ... 139
12.1 Innledning ... 139
12.2 Gjeldende regler for forsyningssektorene ... 139
12.2.1 Kort om anskaffelsesreglene for forsyningssektorene ... 139
12.2.2 Dagens håndhevelsesregler for forsyningssektorene ... 141
12.3 Nye håndhevelsesbestemmelser for forsyningssektorene ... 142
12.3.1 Særlige spørsmål ved gjennomføring i forsyningssektorene ... 142
12.3.2 Valg mellom mulkt og annullering av ulovlige beslutninger/midlertidig forføyning ... 142
12.3.3 Karensperiode ... 143
12.3.4 Suspensjonsplikt ... 143
12.3.5 Sanksjonen «uten virkning» ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. ... 144
12.3.6 Alternative sanksjoner ... 144
12.3.7 Klagefrister ... 145
12.3.8 Klageprosess ... 145
12.3.9 Opphevelse av bestemmelser om attestering ... 145
12.3.10 Opphevelse av bestemmelser om forliksprosedyre ... 146
12.4 Utvalgets anbefalinger ... 146
12.4.1 Valg mellom mulkt og annullering av ulovlige beslutninger/ midlertidig forføyning ... 146
12.4.2 Karensperiode ... 146
12.4.3 Suspensjonsplikt ... 146
12.4.4 Søksmålsfrister og klageprosess ... 147
12.4.5 Sanksjonen «uten virkning» og alternative sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. ... 147

12.5 Håndhevelse av uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene ... 148
12.6 Særlig om håndhevelse i olje- og gassektoren ... 148

13 Andre mulige konsekvenser for norsk anskaffelsesrett ... 150
13.1 Innledning ... 150
13.2 Begrunnelsesplikten ved valg av leverandør ... 150
13.2.1 Innledning ... 150
13.2.2 Gjeldende EØS-regler om begrunnelse ... 151
13.2.3 Gjeldende norske regler om begrunnelse ... 153
13.2.4 Regler om begrunnelse i direktiv 2007/66/EF ... 156
13.2.5 Utvalgets vurdering ... 158
13.3 Regulering av vedståelsesfristen ... 161
13.3.1 Innledning ... 161
13.3.2 Gjeldende rett ... 161
13.3.3 Innføring av nye regler for vedståelsesfrist? ... 162
13.3.4 Utvalgets anbefalinger ... 166
13.4 Konsekvenser for bestemmelsen om overtredelsesgebyr ... 167
13.4.1 Innledning ... 167
13.4.2 Lov om offentlige anskaffelser § 7b ... 167
13.4.3 Sammenlikning av bestemmelsen om overtredelsesgebyr og reglene om bot i direktiv 2007/66/EF ... 168
13.4.4 Videreføring av bestemmelsen om overtredelsesgebyr parallelt med håndhevelsesdirektivets sanksjoner? ... 169
13.4.5 Videreføring for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester? ... 170
13.5 Dekningskjøp når en kontrakt er kjent uten virkning ... 171
13.6 Erstatningsrettslige problemstillinger ... 174
13.6.1 Oversikt ... 174
13.6.2 Erstatningskrav fra medkontrahent hvis en kontrakt blir kjent uten virkning ... 174
13.6.3 Erstatningskrav fra øvrige leverandører dersom en kontrakt kjennes uten virkning ... 176
13.6.4 Frister for fremsettelse av krav om erstatning ... 176
13.7 Utfordringer knyttet til den nye offentlighetsloven ... 177
13.7.1 Innledning ... 177
13.7.2 Offentlighetslovens bestemmelser om innsyn ... 177
13.7.3 Om offentlighet for tilbud ... 177
13.8 Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 ... 178
13.8.1 Innledning ... 178
13.8.2 Nærmere om lovlighetskontrollen ... 178
13.8.3 Innhold av lovlighetskontrollen ... 179
13.8.4 Konsekvens av lovlighetskontroll ... 179
13.8.5 Problemstillinger ... 180

Del III Håndhevelsessystemet ... 183

14 Håndhevelsesorganets kompetanse og prosedyrer ... 185
14.1 Hovedtrekk ... 185
14.2 Håndhevelsesdirektivets krav til klageprosedyren og tilgjengelige beføyelser ... 185
14.3 Grunnleggende krav til tvisteløsning etter norsk rett ... 186
14.4 Håndhevelsesmodeller ... 187

15 Domstolsmodellen ... 189
15.1 Dagens domstolsmodell og behovet for tilpasninger ... 189
15.2 Midlertidig forføyning og suspensjon ... 190
15.2.1 Innledning ... 190
15.2.2 Krav om endringer i reglene om midlertidig forføyning og suspensjon ... 191
15.3 Søksmål med påstand om «uten virkning» m.m. ... 194
15.3.1 Nye typer søksmål ... 194
15.3.2 Søksmålskompetanse i saker om «uten virkning» m.m. ... 195
15.3.3 Partene i søksmål om «uten virkning» m.m. ... 198
15.3.4 Fri rådighet – forlik og domstolens forhold til partenes påstand ... 200
15.4 KOFAs rolle i domstolsmodellen ... 202
15.5 Flertallets vurdering av domstolsmodellen ... 203
15.6 Mindretallets vurdering av domstolsmodellen ... 204

16 Nemndmodellen ... 207
16.1 Innledning ... 207
16.2 Skisse til en mulig nemndmodell ... 207
16.2.1 Hovedtrekk ... 207

16.2.2 Nærmere om nemndas kompetanse og virkeområde 208
16.2.3 Besluttende og rådgivende funksjon 209
16.2.4 Organisering, bemanning og sekretariat 210
16.2.5 Saksbehandlingsregler 210
16.2.6 Gebyr og saksomkostninger 211
16.2.7 Etterfølgende domstolskontroll 211
16.3 Flertallets vurdering av nemndmodellen 212
16.4 Mindretallets forslag til nemndmodell («Nye KOFA») 213
16.4.1 «Nye KOFA» 213
16.4.2 Historikk 213
16.4.3 Generelle merknader og forslag til «Nye KOFA» 215
16.4.4 Mindretallets nærmere merknader til «Nye KOFA» 216

Del IV Avsluttende del 219

17 Flertallets avsluttende merknader 221

18 Mindretallets avsluttende merknader 224
18.1 Innledning 224
18.2 Likt håndhevelsesregime i forskriftens del II og III for samme type grove brudd på regelverket 224
18.3 KOFA som et bindende administrativt klageorgan 226

19 Økonomiske og administrative konsekvenser 228
19.1 Innledning 228
19.2 Konsekvenser for håndhevelsen av regelverket 228
19.3 Konsekvenser for hensynene bak anskaffelsesregelverket 229
19.4 Samlet vurdering av økonomiske og administrative konsekvenser 230

20 Merknader til de enkelte bestemmelsene 231

21 Forslag til ny lov- og forskriftstekst 239
21.1 Utkast til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser 239
21.2 Utkast til endringer i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser 241
21.3 Utkast til endringer i forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsynings-sektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) 246
21.4 Utkast til endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser 249
21.5 Mindretallets kommentarer til utkast til forskrift om «Nye KOFA» ... 249
21.6 Mindretallets utkast til forskrift om «Nye KOFA» 250

Vedlegg
1 Lov om offentlige anskaffelser slik den vil se ut etter endringene dersom flertallets forslag blir vedtatt 253
2 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EØS-relevant tekst) 257

Del I
Alminnelige motiver

Kapittel 1
Sammendrag

1.1 Oversikt

Formålet med Håndhevelsesutvalgets arbeid har vært å utrede og anbefale hvordan de nye håndhevelsesreglene for offentlige anskaffelser (direktiv 2007/66/EF) som vil bli inntatt i EØS-avtalen mest hensiktsmessig kan gjennomføres i norsk rett. Utvalget legger i denne utredningen frem forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser, forskrift om offentlige anskaffelser, forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Utredningen er delt inn i fire deler.

Den innledende delen med alminnelige motiver består av et sammendrag (kapittel 1), omtale av utvalgets mandat og arbeid (kapittel 2), gjeldende rett (kapittel 3), omtale av de nye håndhevelsesreglene i direktiv 2007/66/EF (kapittel 4), rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivet (kapittel 5) og gjennomføring av direktivet i andre EU/EFTA-stater (kapittel 6).

I del II gjennomgår utvalget de materielle endringene som følger av direktiv 2007/66/EF. Det redegjøres der for regler om karensperiode (kapittel 7), suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt (kapittel 8), søksmålsfrister og klageprosess (kapittel 9), nye sanksjoner (uten virkning, bot og avkorting av kontrakter) (kapittel 10), rekkevidden av de nye bestemmelsene (anvendelsen for uprioriterte tjenester, anskaffelser under EØS-terskelverdiene, plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål) (kapittel 11), gjennomføringen i forsyningssektorene (kapittel 12) og andre mulige konsekvenser for norsk anskaffelsesrett (begrunnelsesplikten, vedståelsesfristen, overtredelsesgebyret, erstatningsrettslige problemstillinger, utfordringer knyttet til den nye offentlighetsloven og lovlighetskontrollen etter kommuneloven § 59) (kapittel 13).

I del III gjennomgår utvalget håndhevelsessystemet, som vil si de institusjonelle og prosessuelle rammene for gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet. Det redegjøres for direktivets krav til håndhevelsesorganets kompetanse og prosedyrer (kapittel 14), samt en domstolsmodell (kapittel 15) og en alternativ nemndmodell (kapittel 16).

Til slutt, i del IV, gir flertallet og mindretallet sine avsluttende merknader (kapittel 17 og 18). Videre redegjøres det for økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag (kapittel 19), og utvalget legger frem sine forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter, samt merknader til lovendringene (kapittel 20 og 21).

1.2 Materielle regler

1.2.1 Karensperiode

Håndhevelsesdirektivet krever at det innføres en obligatorisk ventetid, såkalt karensperiode, fra oppdragsgiver har meddelt hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås. En slik venteperiode følger allerede av norsk rett, men må nå tidfestes klarere. Utvalgets flertall foreslår å innføre en fast karensperiode på 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsform, i forskrift om offentlige anskaffelser del III (anskaffelser over EØS-terskelverdiene), og at det fortsatt bare stilles krav om «rimelig tid» for anskaffelser omfattet av forskriftens del II (anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester). Utvalgets mindretall, ett medlem, foreslår at det generelt innføres en karensperiode på 15 dager.

Utvalget foreslår videre å gjennomføre unntak fra kravet til karensperiode i tre tilfeller: ved lovlige direkte anskaffelser, der det bare er én berørt leverandør og ved kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger.

Utvalget drøfter også hva som skal være skjæringstidspunktet for når kontrakt skal anses inngått i forhold til bestemmelsen om karens. Utvalget er her delt på midten: halvparten anbefaler å beholde dagens regel om at kontrakt anses inngått ved signering av begge parter, mens den an-

dre halvparten foreslår at kontrakt skal anses inngått når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept er kommet frem til leverandøren.

1.2.2 Suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt

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). Dette er en ny regel, som vil medføre en markert endring i norsk rett. 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.

Utvalgets flertall anbefaler at direktivets nye regler om suspensjon bare gjennomføres så langt EØS-retten krever det, og at det ikke innføres regler om suspensjon for anskaffelser under EØS-terskelverdiene eller for uprioriterte tjenester. Det foreslås at retten plikter å varsle oppdragsgiver straks begjæring har kommet inn, og understrekes at slike saker må behandles så raskt som mulig. Suspensjonen opphører når begjæringen er avgjort i første instans.

Utvalgets mindretall, ett medlem, anbefaler at reglene om suspensjon også gis anvendelse for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

1.2.3 Nytt sanksjonssystem ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.

For visse typer overtredelser av reglene om offentlige anskaffelser stiller direktivet krav om at den inngåtte kontrakten skal kunne kjennes uten virkning. Det gjelder først og fremst ved ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som en særlig grov overtredelse av regelverket. Videre må denne sanksjonen også innføres for andre grove brudd på regelverket dersom det skjer i kombinasjon med brudd på reglene om karens og suspensjon.

Som følge av at utvalget foreslår å benytte seg av adgangen til å lage et unntak fra kravet til karensperiode ved tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, foreslår utvalget å innføre sanksjonen «uten virkning» ved tildeling av kontrakter i strid med prosedyrereglene for tildeling under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

Utvalget foreslår at sanksjonen «uten virkning» kun innføres for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, det vil si for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og IV. Videre foreslår utvalget at håndhevelsesorganet 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), men at adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde.

Direktivet krever også at man innfører såkalte «alternative sanksjoner», som vil si bot (gebyr) og avkorting av kontrakt, i stedet for eller i tillegg til at en kontrakt kjennes uten virkning. Det skal således benyttes alternative sanksjoner dersom håndhevelsesorganet unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning på grunn av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, eller der kontrakten kun kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Utvalget foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene, og at disse kan kombineres.

Endelig krever direktivet at sanksjonen «uten virkning» eller alternative sanksjoner innføres for mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon. Ved slike brudd anbefaler utvalget at det bare innføres alternative sanksjoner.

Det nye sanksjonssystemet som direktivet legger opp til medfører at det ikke lenger er mulig i uendret form å videreføre dagens sanksjonssystem der Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser § 7b. Utvalgets flertall foreslår derfor å oppheve § 7b, og at KOFA går tilbake til å bli et rent rådgivende tvisteløsningsorgan. Mindretallet, ett medlem, foreslår å beholde lovens § 7b i noe endret form.

Dersom det foretas ulovlige direkte anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester (forskrift om offentlige anskaffelser del II), foreslår utvalget at håndhevelsesorganet skal kunne avkorte kontraktens løpetid og/eller ilegge bot. Utvalgets flertall ønsker ikke å innføre alternative sanksjoner for andre brudd på forskriftens del II, mens utvalgets mindretall, ett medlem, ønsker sanksjoner i del II for samme typer brudd som skal sanksjoneres etter del III.

Utvalget gir også veiledning om hvordan oppdragsgiver kan gå frem dersom det er uklart om det er adgang til å gjennomføre en anskaffelse uten å følge kunngjøringsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser.

1.2.4 Søksmålsfrister

Utvalget anbefaler at det for krav om «uten virkning» eller alternative sanksjoner innføres særskilte søksmålsfrister, som er kortere enn for vanlige søksmål. Oppdragsgiver vil kunne påvirke dette ved å kunngjøre den anskaffelsen som er foretatt. Dersom oppdragsgiver kunngjør at kontrakt er inngått, eller meddeler dette til berørte leverandører, settes søksmålsfristen til 30 dager. I de tilfeller oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene, eller underrettet de deltakende leverandørene om resultatet av konkurransen, settes fristen til ett år. Utvalget foreslår at søksmålsfristen skal gjelde både for anskaffelser over og under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Utvalgets flertall anbefaler 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 en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren, eller om å forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen etter utvelgelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere. Dette gjelder bare ved begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog. Mindretallet, ett medlem, ønsker ikke slike preklusive frister for begjæring om midlertidig forføyning.

1.2.5 Særlig om forsyningssektorene (vann, energi, transport, post)

Direktiv 2007/66/EF gir endringer for forsyningssektorene som i hovedsak er identiske med endringene for klassisk sektor. Dette innebærer blant annet at det foreslås å innføre regler om karensperiode, suspensjon, «uten virkning» og alternative sanksjoner også i forsyningssektorene. Forståelsen av bestemmelsene vil også i høy grad være den samme som i klassisk sektor.

Den nye bestemmelsen om suspensjon reiser imidlertid spørsmål om dagens løsning, der håndhevelsesorganet bare har kompetanse til å fastsette mulkt, og ikke til å annullere ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning i forsyningssektorene, fortsatt er hensiktsmessig. Utvalget 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.

De nye bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet får etter utvalgets oppfatning ikke betydning for anskaffelser i olje- og gassektoren som følger den alternative prosedyren.

1.2.6 Øvrige konsekvenser for norsk anskaffelsesrett

I tillegg til de forholdene som direkte reguleres av det nye håndhevelsesdirektivet, blir også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte berørt av direktivet. Utvalget har derfor vurdert behovet for øvrige regelendringer så langt det har fremstått som hensiktsmessig. På noen punkter kommer utvalget med konkrete forslag til regelendringer, mens det på andre områder anbefaler myndighetene å se nærmere på problemstillingen.

Begrunnelsesplikten

Utvalgets flertall forslår å innføre nye regler om begrunnelse, slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse, mot dagens regler der oppdragsgiver etter omstendighetene må gi to begrunnelser. I tillegg mener flertallet at KOFA har gått for langt i sin praksis når det gjelder hvilke krav som må stilles til oppdragsgivers begrunnelse, og foreslår at kravet til innhold endres. Den nye begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Mindretallet, ett medlem, ønsker å opprettholde dagens system med to begrunnelser.

Vedståelsesfrist

Utvalget foreslår å forskriftsfeste adgangen til å endre vedståelsesfristen før fristens utløp, samt å åpne for at oppdragsgivere også etter utløpet av vedståelsesfristen kan forespørre berørte leverandører om de fortsatt ønsker å fastholde tilbudene.

Dekningskjøp

Som en følge av at visse former for brudd på anskaffelsesreglene (ulovlige direkte anskaffelser m.m.) for fremtiden kan føre til at kontrakter kjennes uten virkning, foreslår utvalget å innføre regler som gir oppdragsgiver en viss mulighet til å kunne foreta midlertidige dekningskjøp uten forutgående kunngjøring, frem til ny korrekt anskaffelse kan skje.

Erstatningsrettslige problemstillinger

Direktiv 2007/66/EF stiller ikke direkte nye krav til nasjonal erstatningsrett, og utvalget foreslår ikke regelendringer på dette feltet. Gjennomføringen av direktivet kan imidlertid aktualisere erstatningsrettslige problemstillinger som ikke tidligere har vært fremme i norsk rett. Det hører under domstolene å avgjøre hvordan de nye problemstillingene best skal løses, som ellers i anskaffelsesrettslige erstatningsspørsmål. Utvalget kommer likevel med enkelte bemerkninger til noen nye typer problemstillinger som aktualiseres ved direktivet. Dette gjelder når en inngått kontrakt kjennes uten virkning, da det kan reise erstatningsspørsmål først og fremst for medkontrahenten (som mister kontrakten), men til en viss grad også for andre leverandører.

Utfordringer knyttet til den nye offentlighetsloven

Etter den nye offentlighetsloven er tilbudene i en konkurranse etter anskaffelsesregelverket offentlige fra tidspunktet for oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Utvalget mener det er uheldig at leverandørene kan få innsyn i hverandres tilbud før kontrakten er endelig signert, særlig i situasjoner hvor oppdragsgiver finner å måtte avlyse konkurransen og utlyse den på nytt. Utvalget anbefaler derfor at offentlighetslovens bestemmelse om innsyn i tilbud i karensperioden vurderes på nytt.

Utfordringer knyttet til lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59

Etter kommuneloven § 59 kan anskaffelser etter anskaffelsesregelverket gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll etter nærmere omstendigheter. Utvalget mener at denne kontrollen bør ses i sammenheng med håndhevelsessystemet for øvrig, og ber lovgiver vurdere å innføre et unntak fra lovlighetskontroll eller kommuneloven § 59, for saker som gjelder offentlige anskaffelser.

1.3 Håndhevelsessystemet

Det er i utgangspunktet opp til nasjonal lovgiver å bestemme hvordan EU/EØS-reglene prosessuelt skal håndheves på nasjonalt plan. Håndhevelsesdirektivet stiller imidlertid visse krav til hvordan håndhevelsessystemet organiseres, og til klageorganenes kompetanse og prosedyrer.

Ved den nærmere utformingen av et nasjonalt system for håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser kan det på et overordnet plan sies å være tre hovedmodeller: domstolsmodell, nemndmodell (administrativt klageorgan) og blandet modell (dels domstol og dels nemnd).

I norsk anskaffelsesrett har man tradisjonelt lagt til grunn en domstolsmodell, i den forstand at all formell klagebehandling og sanksjoner har vært lagt til de ordinære domstolene. Dette har fra 2003 vært supplert med KOFA, som et alternativt og rådgivende lavterskeltilbud.

Utvalgets flertall mener at håndhevelsen av anskaffelsesretten i Norge fortsatt bør bygge på en domstolsmodell, kombinert med fortsatt rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at de sanksjonene som følger av det nye håndhevelsesdirektivet bør legges til domstolene. Dette vil i hovedsak kunne reguleres av alminnelig prosessrett, men reiser enkelte særlige prosessuelle utfordringer, som foreslås særskilt regulert.

Som en del av utredningsoppdraget, skisserer flertallet også (subsidiært) hvordan det mener en alternativ nemndmodell bør utformes, dersom lovgiver likevel skulle komme til at det er ønskelig.

Utvalgets mindretall, ett medlem, foreslår å omdanne dagens KOFA til et formelt administrativt klageorgan med bindende vedtakskompetanse i første instans.

1.4 Summary

1.4.1 Mandate and composition of the Commission

By Royal Decree of 19 September 2008 the Norwegian Government appointed a Commission to examine how to best implement the new Remedies Directive (Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council) into Norwegian legislation.[1] The members of the Commission are:

- Fredrik Sejersted, Professor Dr. Juris, University of Oslo, (chair)
- Arnhild Dordi Gjønnes, Attorney-at-law, the Confederation of Norwegian Enterprise (NHO), Oslo

[1] Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the awarding of public contracts.

- Morten Goller, Attorney-at-law and Member of the Norwegian Complaints Board for Public Procurement (KOFA), Oslo
- Hilde Hauge, Associate Professor, University of Bergen,
- Pål Hellesylt, Deputy Director General, Ministry of Government Administration and Reform, Oslo[2]
- Kari Mjølhus, Judge, Hålogaland Court of Appeal, Tromsø
- Jørgen Aardalsbakke, Senior Adviser, Norwegian Public Roads Administration, Kongsberg[3]
- Nina Ramstad Aatlo, Attorney-at-law, The Norwegian Association of Local and Regional Authorities (KS), Oslo

The Commission's mandate was to propose new legislation in order to implement the Remedies Directive, and also to propose new legislation for contracts falling outside the scope of the Remedies Directive (e.g. contracts below EU thresholds) in order to create a coherent legislative framework for all public procurements. The Commission was also asked to give proposals on the institutional framework, i.e. how to organise the remedies system.

Today, the legal framework on public procurement consists of the Act on Public Procurement and regulations adopted pursuant to this Act. This includes the Regulation on Public Procurement (regulating procurements in the classic sector), the Regulation on Public Procurement in the Utilities Sector and the Regulation on the Public Procurement Complaints Board.

1.4.2 Overview of the content of the Official Norwegian Report (NOU)

The report is divided into four parts.

The Introductory Part, Part I, consists of a summary (Chapter 1), an overview of the mandate and work of the Commission (Chapter 2) and the current legislation (Chapter 3), a brief introduction to the new remedies directive (Chapter 4), scope of implementation and motives (Chapter 5) and an overview of the implementation of the Directive in other EU/EFTA-countries (Chapter 6).

In Part II, the Commission examines the new remedies introduced by Directive 2007/66/EC: New rules on standstill (Chapter 7), suspension (Chapter 8), time limits for applying for review (Chapter 9), new sanctions, i.e. ineffectiveness and alternative penalties (Chapter 10), scope of the new provisions in the remedies directive (Chapter 11), implementation in the utility sectors (Chapter 12), and a short account of other possible consequences for Norwegian public procurement legislation (Chapter 13).

In Part III, the Commission examines the institutional and procedural framework for a new remedies system. Firstly, it examines the requirements of the remedies directive for a remedies system (Chapter 14). Secondly, the Commission outlines a model based on review by the courts (Chapter 15) and, alternatively, a system based on review by an administrative complaints board (Chapter 16).

In Part IV, the majority and the minority of the Commission provide some concluding remarks (Chapters 17 and 18). Furthermore, the Commission gives an account of the economic and administrative consequences of its proposals (Chapter 19), and puts forward the necessary proposals for amendment of the Norwegian Act on Public Procurement and the regulations adopted pursuant to the Act (Chapters 20 and 21).

1.4.3 New remedies

Standstill period

The new Remedies Directive requires that Member States introduce a so-called standstill period. This implies that, following the decision to award a contract, the contract may not be concluded before the expiry of a period of at least 10 or 15 calendar days, depending on the means of communication. The standstill period shall give the tenderers concerned sufficient time, before the contract is signed, to examine the contract award decision and to assess whether it is appropriate to initiate a review procedure. Norwegian law already requires a standstill period. However, the current regulation requires a standstill period of a «reasonable time» only, and not a specific number of days.

The majority of the Commission submits a two-fold proposal for a standstill period. For procurements covered by Part III of the public procurement regulation (procurements above EU thresholds) it proposes a set standstill period of at least 10 or 15 days, depending on the means of communication. For procurements covered by Part II (procurements below EU thresholds and

[2] Now Deputy Director General, the Customs and Excise Administration.

[3] Now Associate Attorney-at-law/Special Adviser, Grette.

Annex B services), it proposes to maintain the existing requirement of «a reasonable time».

The minority of the Commission (one member) proposes to introduce a set standstill period of 15 days for both Part II and Part III procurements, irrespective of the means of communication.

The Commission proposes derogations from the standstill requirement in the following three cases, in line with the Remedies Directive:

- the procurement directive (2004/18/EC) does not require prior publication of a contract notice
- the only tenderer concerned is the one who is awarded the contract and there are no candidates concerned, and
- the contract is based on a framework agreement or a dynamic purchasing system.

Finally, the Commission discusses at what point in time a contract is to be considered concluded in relation to the provision on standstill, and which requirements should be set for the conclusion of a contract in order to ensure notoriety. Four members of the Commission propose to maintain the existing provision of the regulation, requiring the signatures of both parties for a contract to be considered concluded. The other four members propose to introduce a provision stating that a contract is concluded when the written acceptance of the contracting authority reaches the addressee, and that the information on the award decision does not in itself constitute an acceptance in contractual terms.

Suspension

Under the new Remedies Directive, Member States shall ensure that the contracting authority may not conclude the contract before the review body has made a decision on the application, either for interim measures or for review. In other words, the application for review automatically suspends the contract award procedure.

In line with this, the Commission proposes to introduce a provision automatically suspending the right of the contracting authority to conclude a contract when an application for interim measures is filed. This is an innovation in Norwegian law, compared to applications for interim measures in general.

The majority of the Commission proposes to introduce automatic supsension only to the extent required by the Remedies Directive, i.e. to contracts covered by Part III of the regulation. The minority of the Commission (one member), proposes that a provision on suspension should apply to contracts covered by both Part II and Part III of the regulation.

New sanctions for illegal direct awards etc.

Under the new Remedies Directive, certain infringements of public procurement law will result in the review body concluding the contract «ineffective». This includes, first of all, contracts awarded without prior publication of a contract without this being permissible (illegal direct awards). This is considered the most serious breach of Community law in the field of public procurement. In addition, contracts concluded in breach of the standstill period or automatic suspension will be considered ineffective if they are combined with infringements of the public procurement directives to the extent that those infringements have affected the chances of the tenderer applying for review to obtain the contract. Finally, as a consequence of the derogation from standstill for contracts based on framework agreements and dynamic purchasing systems, such contracts must also be considered ineffective when they are awarded contrary to the award procedures.

The Commission proposes to implement the ineffectiveness sanction only for contracts covered by the ineffectiveness provision of the Remedies Directive, i.e. contracts falling within Part III of the public procurement regulation.

With regard to the effects of a contract being considered «ineffective», the Commission recommends that the review body is empowered to decide on either retroactive cancellation of all contractual obligations or to limit the scope of the cancellation to those obligations which still are to be performed. However, retroactive cancellation is limited to those cases where the subject-matter of the contract can be returned in substantially the same condition and quantity.

Furthermore, the new Remedies Directive requires Member States to provide for penalties, i.e. the imposition of fines on the contracting authority or the shortening of the duration of the contract. Such penalties shall be imposed as an alternative to ineffectiveness when overriding reasons relating to the general interest require that the effect of the contract be maintained. When the contract is found ineffective in terms of cancellation of those obligations which still are to be performed, alternative penalties shall be imposed as an

addition to the ineffectiveness sanction. The Commission recommends implementing both types of alternative penalties and that these two may be combined.

For other formal infringements of standstill and suspension, the Remedies Directive requires that either the contract is considered ineffective or that alternative penalties are imposed on the contracting authority. For such infringements, the Commission proposes to impose alternative penalties only.

The new penalty system introduced by the Remedies Directive necessitates change to the current Norwegian penalty system, in which KOFA has the power to impose administrative fines for illegal direct awards. The majority of the Commission therefore proposes to repeal the provision on administrative fines, so that KOFA becomes once again purely an advisory dispute resolution body (as it was before 2007). The minority of the Commission, one member, however, proposes to maintain KOFA's power to impose administrative fines, subject to minor amendments.

For illegal direct awards below EU thresholds and of Annex B services (contracts covered by part II of the regulation), the Commission recommends introducing the alternative penalties (fines and shortening of the duration of the contract). Whereas the majority of the Commission, for procurements covered by part II of the Regulation, recommends alternative penalties only for illegal direct awards, one member proposes also to impose alternative penalties for other infringements, as in Part III.

Finally, the Commission provides its opinion on how contracting authorities may ensure legal certainty in cases where it is unclear whether it is permissible to award a contract without prior publication of a contract, e.g. by publishing a Voluntary Ex Ante Transparency Notice.

Time limits for applying for review

The Commission proposes to introduce time limits for the enforceability of the ineffectiveness of a contract. If the contracting authority publishes a contract award notice or informs tenderers and candidates concerned of the conclusion of the contract, application for review must be made before the expiry of 30 calendar days for the contract to be considered ineffective. In other cases, application for review must be made before the expiry of one year with effect from the conclusion of the contract. These time limits do not preclude other claims, e.g. claims for damages. The Commission proposes that the time limits should apply equally to contracts above and below the EU thresholds, as well as to public procurement of Annex B services.

Furthermore, the majority of the Commission proposes to allow contracting authorities to set a time limit for the application for interim measures. This only applies to applications with the aim of suspending the procedure for the implementation of a decision by the contracting authority to reject a candidate.

Particular implications for the utility sectors

Directive 2007/66/EC introduces new provisions in the utility sectors that are mainly identical to the provisions introduced in the classic sector. This implies inter alia the introduction of new provisions on standstill, suspension, ineffectiveness, alternative penalties and time limits also in the utility sectors. The interpretation of the provisions will, to a large extent, be similar in both sectors.

Pursuant to the current legislation, the courts do not have the powers to set aside unlawful decisions or take interim measures in the utility sectors. In these sectors, the courts can only make order for the payment of a particular sum with the aim of correcting any identified infringement and preventing injury to the interests concerned. The new provision on suspension, however, raises the question of whether this solution is still practical. The Commission's view is that it is not. The Commission therefore proposes to confer on the courts, also in the utility sectors, the powers to set aside unlawful decisions and to take interim measures.

For public procurement in the oil and gas sector, the Commission notes that the new Remedies Directive does not have any direct consequences for the procurements carried out pursuant to the alternative procedure.

1.4.4 Other consequences for Norwegian public procurement law

Even though not directly regulated by the new Remedies Directive, other provisions of the Norwegian public procurement law are, directly or indirectly, affected by the directive. Thus, the Commission has examined the need for further legislative amendments to ensure a practical and coherent legal framework. On some points, the Commission submits specific proposals for

amendments. On other points, it recommends that the authorities further examine the questions raised.

Relevant motives for the award decision

Under the current regulations, the communication of the award decision to tenderers and candidates concerned shall be accompanied by a summary of the relevant motives. In addition, the contracting authority shall, on request, give more detailed reasons for the award decision, including the characteristics and relative advantages of the successful tender.

The majority of the Commission holds the opinion that KOFA, in particular, has gone too far in its decisions with regard to the requirements for the contents of both the initial automatic motivation as well as the further motivation on request. The majority therefore proposes to alter the requirements, *inter alia* by requiring that the communication of the award decision is accompanied by a summary of the relevant motives, including the characteristics and relative advantages of the tender selected as well as the name of the successful tenderer. The contracting authority shall be under no obligation to give further motives. The minority of the Commission (one member) proposes to uphold the current system of giving relevant motives automatically and further motivation on request.

Tender validity period

The Commission proposes to establish by law the possibility of extending the period during which the tender is valid. This can be done both within the expiry of said period and also, under certain conditions, after the expiry.

Provisional procurements

As a consequence of the new proposed provisions on ineffectiveness, the Commission proposes to allow contracting authorities to make requisite, provisional procurements until a new procurement has been carried out in compliance with the procedural rules.

Damages

The Remedies Directive requires that the review body is granted power to award damages to persons harmed by an infringement of public procurement legislation. It does not, however, regulate the conditions for damages. The new Remedies Directive does not introduce new provisions on damages, but raises new questions in this regard.

The Commission does not propose to introduce new national legislation on the award of damages. It suggests leaving it to the courts to determine how to resolve new issues as they arise. Nevertheless, the Commission remarks on some of the problems that may arise from the new Remedies Directive, e.g. with regard to claims for damages from the contracting party when a contract is considered ineffective.

Access to information (Freedom of Information Act)

A new Freedom of Information Act entered into force on 1 January 2009, pursuant to which there is free access to the tenders from the time of the award decision. The Commission notes that it is unfortunate that tenderers have access to each others' tenders prior to the conclusion of the contract, in particular in cases when the contracting authority must cancel the procedure and start over. The Commission therefore recommends that the legislator reconsiders the access to tenders.

Legality control

Pursuant to the Local Government Act, decisions relating to public procurements can be made the object of legality control. The Commission notes that the legality control shall be seen in context with the remedies system in general, and recommends that the legislator considers introducing a derogation from the legality control in the field of public procurement.

1.4.5 The institutional framework

It is up to the Member States to determine how to set up the institutional framework for the enforcement of public procurement legislation. Nevertheless, the Remedies Directive lays down certain requirements which the review body must fulfil.

The Commission points to three models for an institutional framework in the field of public procurement:

- Enforcement by the court system
- Enforcement by an administrative complaints board
- Enforcement both by the court system and by an administrative complaints board, conferring

some powers on the courts and others on the complaints board.

In Norway, the enforcement of public procurement law has, traditionally, been left to the courts, in the sense that all formal handling of complaints and all powers were conferred on the courts. From 2003, KOFA, as an advisory dispute resolution body, has provided for a low-cost alternative to the court system.

The majority of the Commission takes the view that formal enforcement of public procurement legislation in the sense of the Remedies Directive should still take place within the court system, and that KOFA should function purely as an advisory dispute resolution body. This entails that the new powers stemming from the directive are conferred on the courts. As a main rule, general civil procedural law (the Dispute Act) will apply to legal proceedings in the field of public procurement. However, certain specific procedural provisions are required.

The minority of the Commission, one member, takes the view that public procurement law should be enforced by an administrative complaints board. In line with this, the minority proposes that all the powers of the remedies directive, except the power to award damages, are conferred on KOFA, and thus that KOFA is transformed into a formal review body in the sense of the remedies directive.

The majority of the Commission also outlines an alternative model for enforcement by an administrative complaints board, should the legislator prefer an administrative enforcement system.

Kapittel 2
Utvalgets mandat og arbeid

2.1 Utvalgets sammensetning og mandat

Ved kongelig resolusjon 19. desember 2008 ble det oppnevnt et utvalg for å utrede og anbefale hvordan et nytt EU-direktiv om håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser bør gjennomføres i norsk rett. Lovutvalget fikk ved oppnevningen følgende sammensetning:

- Fredrik Sejersted, Prof. dr. juris, Universitetet i Oslo, (leder)
- Arnhild Dordi Gjønnes, Advokat i Næringslivets Hovedorganisasjon, Oslo
- Morten Goller, Advokat og medlem av Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Oslo
- Hilde Hauge, Førsteamanuensis ved Universitetet i Bergen,
- Pål Hellesylt, Avdelingsdirektør i Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Oslo
- Kari Mjølhus, Lagdommer i Hålogaland lagmannsrett, Tromsø
- Jørgen Aardalsbakke, Seniorrådgiver i Vegdirektoratet, Kongsberg
- Nina Ramstad Aatlo, Advokat i KS, Oslo

I august 2009 gikk Pål Hellesylt over i ny stilling som avdelingsdirektør i Toll- og avgiftsdirektoratet. I januar 2010 gikk Jørgen Aardalsbakke over i ny stilling som advokatfullmektig/spesialrådgiver i Advokatfirmaet Grette. Både Hellesylt og Aardalsbakke fortsatte som utvalgsmedlemmer.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har ivaretatt sekretariatsfunksjonen for utvalget. Sekretariatet besto av seniorrådgiver Christina Paludan Melson og seniorrådgiver Monica Auberg. Frem til 1. september var også seniorrådgiver Marianne Guettler Monrad en del av sekretariatet. I tillegg har seniorrådgiver Peder Østbye i Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet og vitenskapelig assistent ved Universitet i Oslo, Carsten Eriksrud, bistått utvalget.

Utvalget ble gitt følgende mandat:

«Utredning om håndheving av reglene for offentlige innkjøp

1. Bakgrunn

Et nytt håndhevelsesdirektiv ble vedtatt i EU desember 2007, direktiv 2007/66/EF. Direktivet gjelder for kontrakter som er omfattet av innkjøpsdirektivene. Formålet med det nye direktivet er å øke effektiviteten av håndhevelsesreglene for innkjøpsregelverkene, blant annet ved å sikre leverandører bedre inngrepsmuligheter før offentlige kontrakter inngås. Det nye direktivet har et særlig fokus på håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser.

Innføring av de nye håndhevelsesreglene medfører en rekke problemstillinger, ikke bare på innkjøpsområdet, men også vedrørende kontrakts- og erstatningsretten. Særlig reises det mange problemer knyttet til at inngåtte kontrakter kan bli ansett å være uten virkning, idet denne rettsvirkningen bryter med alminnelig norsk kontraktsrett. Ordningen etablerer således en særregulering på området for offentlige anskaffelser.

På denne bakgrunnen nedsettes et utvalg som skal tilrettelegge gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet i norsk rett slik at det legges til rette for et helhetlig og velfungerende norsk håndhevelsessystem.

2. Oppdrag

2.1. Innledning

Utvalget skal utrede og anbefale hvorledes de nye håndhevelsesreglene (direktiv 2007/66/EF) kan gjennomføres i norsk rett.

Håndhevelsesdirektivet gir på flere punkter medlemslandene valgfrihet. På disse punktene skal utvalget vurdere fordeler og ulemper ved de alternative løsningene, samt komme med konkrete forslag til løsninger.

I den grad de nye reglene medfører behov for revurdering av tidligere valgte løsninger for det norske håndhevelsessystemet (gjennomføring av direktivene 89/665/EØF og 92/13/EØF, samt etableringen av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), jf. § 7a i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser), kan utvalget også fremme forslag om endring av disse.

Utvalget må, i samsvar med utredningsinstruksen, redegjøre for juridiske, økonomiske,

administrative eller andre vesentlige konsekvenser som følger av de forslag som utvalget fremmer, samt angi kostnadsdekning av eventuelle nye eller utvidede ordninger. Konsekvensutredningen skal omfatte konsekvenser for både oppdragsgiversiden, leverandørsiden og forvaltningen for øvrig.

Utvalget skal ikke vurdere konsekvenser av håndhevelsesdirektivet for EFTAs overvåkingsorgans kompetanse, herunder nødvendige endringer i ODA-avtalens protokoll 2.

2.2. Gjennomføring av det nye håndhevelsesdirektivet

Fornyings- og administrasjonsdepartementet har identifisert en rekke forhold som utvalget skal utrede i forbindelse med gjennomføringen av de nye håndhevelsesreglene.

Det er imidlertid vanskelig å identifisere alle aktuelle problemstillinger før utredningsarbeidet er i gang. Utvalget kan derfor selv gjøre avgrensninger, presisere og utfylle ovennevnte problemstillinger, samt ta opp andre problemstillinger som viser seg relevante under utredningsarbeidet, i forståelse med Fornyings- og administrasjonsdepartementet, jf. pkt. 6 nedenfor.

a) Direktivet stiller krav om at det innføres en fast karensperiode på 10/15 dager fra det tidspunkt leverandørene som har deltatt i konkurransen blir varslet om oppdragsgivers tildelingsbeslutning, og til kontrakt kan inngås. Dette innebærer at oppdragsgiver må vente med å skrive under kontrakten til karensperioden har utløpt. Det kan i visse situasjoner gjøres unntak fra kravet om karensperiode.

   Utvalget skal vurdere hvordan reglene om karensperiode best utformes.

b) Direktivet stiller krav om at det innføres en bestemmelse om midlertidig suspensjon ved klage til et klageorgan som er uavhengig av oppdragsgiver. Suspensjonen, som innebærer at oppdragsgiver må vente med å inngå kontrakt, varer inntil klageorganet har truffet avgjørelse om krav om midlertidig forføying eller tatt materielt stilling til klagen.

   Utvalget skal utrede hvordan reglene om suspensjonsplikt best utformes.

c) Direktivet innfører en ny rettsvirkning som innebærer at kontrakter som er inngått gjennom alvorlige brudd på innkjøpsregelverket, skal kjennes «uten virkning». Dette gjelder en rekke situasjoner der oppdragsgiver har inngått kontrakt før utløpet av karensperioden/suspensjonsperioden, og ved kontrakter inngått gjennom ulovlige direkte anskaffelser.

   Følgene av at kontrakten anses for å være «uten virkning» overlates til nasjonal gjennomføring. Det kan således fastsettes i nasjonal rett hvorvidt kontrakten skal anses «uten virkning» ex tunc (tilbakevirkende) eller ex nunc (for fremtiden). Hvis rettsvirkningen inntreder ex nunc skal dette kombineres med alternative sanksjoner.

   Det kan gjøres unntak for rettsvirkningen «uten virkning» i en rekke tilfeller. Dette kan skje i særlige tilfeller, etter frivillig intensjonskunngjøring, samt ved rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

   Utvalget skal utrede hvordan regler om rettsvirkningen «uten virkning» best utformes.

d) I tilfeller av mindre alvorlige brudd gir direktivet medlemsstatene mulighet for å innføre alternative sanksjoner, som bot og forkortning, i stedet for å innføre rettsvirkning «uten virkning». Valg av sanksjon kan i slike tilfeller overlates til klageorganets skjønn.

   Utvalget skal vurdere om Norge bør innføre alternative sanksjoner, eller om det kun skal sanksjoneres med sanksjonen «uten virkning». Utvalget skal vurdere og anbefale hvilke alternative sanksjoner som i så fall er aktuelle, samt komme med forslag til utforming.

e) Direktivet gir mulighet for å innføre en plikt for klager til (forutgående) å varsle oppdragsgiver om at en klage rettes til et klageorgan og/eller en plikt for klager til først å ha søkt en løsning hos oppdragsgiver før klage kan rettes til et uavhengig klageorgan.

   Utvalget skal vurdere om Norge bør innføre regler om slike plikter og i så fall hvordan disse regler best utformes.

f) Direktivet gir mulighet for å innføre visse klage- eller tidsfrister for at rettsvirkningen «uten virkning» skal kunne oppnås.

   Utvalget skal vurdere om det bør innføres slike klage- eller tidsfrister, og i så fall hvordan disse bør utformes.

g) Utvalget skal vurdere hvordan oppdragsgiver umiddelbart best kan dekke sine behov

i situasjoner/mellomfaser der inngåelse av en kontrakt er stoppet eller kontrakten kjennes uten virkning.

h) Utvalget skal utrede om det er særlige forhold i forsyningssektoren som tilsier andre løsninger for gjennomføring av håndhevelsesdirektivet enn de som foreslås i klassisk sektor.

For de ulike problemstillingene skal det spesielt utredes avtale- og erstatningsrettslige konsekvenser.

2.3. Særlig om håndhevelsesregler for kontrakter som ikke er omfattet av innkjøpsdirektivene
Utvalget skal vurdere om de nye håndhevelsesreglene utelukkende bør gjelde for anskaffelser som er omfattet av innkjøpsdirektivene, eller om disse reglene også – enten helt eller delvis – bør gjelde øvrige anskaffelser omfattet av lov om offentlige anskaffelser.

2.4. Organisering av håndhevelsessystemet
Utvalget skal vurdere hvordan det samlede norske håndhevelsessystemet best kan organiseres. I den forbindelse må det klargjøres hvilke krav som må stilles til et klageorgan iht. håndhevelsesdirektivet.

Det skal utredes hvorvidt domstolen, KOFA eller begge bør utføre oppgavene som ligger til klageorganet etter håndhevelsesdirektivet. Dersom det anbefales at KOFA gis oppgaver i henhold til håndhevelsesdirektivet, skal utvalget utrede og anbefale hvilke endringer som må foretas, herunder spørsmål om KOFAs struktur, kompetanse, saksbehandlingsregler, mv.

Dersom ikke vesentlige juridiske eller faktiske forhold ved gjennomføringen av de nye håndhevelsesreglene tilsier endringer i KOFAs rolle eller organisering, legges det til grunn at KOFA bevares som et uavhengig, rådgivende tvisteløsningsorgan.

2.5. Lov- og forskriftsforslag
Utvalget skal fremme et samlet forslag til lov- og forskriftsbestemmelser som gjør det mulig å gjennomføre utvalgets anbefalte håndhevelsessystem i Norge.

Utvalget skal lage en oversikt som viser i hvilke lover og forskrifter de forskjellige direktivforpliktelsene er foreslått gjennomført.

3. Arbeidsform
Fornyings- og administrasjonsdepartementet vil fungere som sekretariat for utvalget.

4. Offentlighet
Utvalgets rapport skal offentliggjøres i skriftserien Norges offentlige utredninger (NOU).

5. Tidsramme
Utvalget skal levere sin rapport til Fornyings- og administrasjonsdepartementet innen 1. januar 2010.

6. Endring av mandatet
Utvalgets mandat og sammensetning kan endres av Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

Eventuelle forslag til vesentlige avvik fra mandatet som fremsettes av utvalget, skal godkjennes av Fornyings- og administrasjonsdepartementet.»

2.2 Utvalgets arbeid

Utvalget hadde sitt første møte 30. januar 2009 og har i alt hatt 16 møtedager. I tillegg til at Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet har forestått sekretariatsfunksjonen for utvalget, har flere av utvalgsmedlemmene utarbeidet utkast til deler av utredningen.

I tillegg til de spørsmålene som direkte reguleres av direktiv 2007/66/EF, har utvalget sett at også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte blir berørt av direktivet. I tråd med mandat har utvalget derfor vurdert behovet for øvrige regelendringer for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk, så langt det har fremstått som hensiktsmessig. På noen punkter kommer utvalget med konkrete forslag til regelendringer, mens det på andre områder anbefaler myndighetene om å se nærmere på problemstillingen.

Som det fremgår av mandatet skulle utvalget levere sin rapport til departementet innen 1. januar 2010. Ved brev av 26. oktober 2009 ba imidlertid utvalget om å få forlenget mandatperioden med ca. tre måneder. Bakgrunnen for anmodningen var at arbeidet viste seg mer omfattende enn man opprinnelig kunne forutse, først og fremst fordi det underliggende direktivet reiste flere og langt mer komplekse problemstillinger enn først antatt. Det fremsto også som en utfordring å tilpasse direktivet til eksisterende norsk anskaffelses-, kontrakts- og prosessrett. Utvalget hadde derfor behov for ytterligere noe tid til å fullføre utredningen på en forsvarlig måte og sikre utredningens kvalitet.

Anmodningen om forlengelse ble innvilget ved brev fra departementet av 25. november 2009.

Kapittel 3
Gjeldende rett

3.1 Utviklingen av regler om offentlige anskaffelser i norsk rett

Reguleringen av offentlige anskaffelser er på mange måter et relativt nytt rettsområde i norsk rett, men har samtidig en lang forhistorie. Formelle forskrifter for statlige kjøp av varer og tjenester ble vedtatt for første gang allerede i 1899. Bakgrunnen den gang var et ønske om å sikre konkurranse ved offentlige anskaffelser, samt føre en proteksjonistisk linje overfor utenlandske leverandører. For å stimulere til størst mulig konkurranse var hovedregelen at man måtte ha en offentlig anbudsinnbydelse, men regelverket åpnet også for andre anskaffelsesmetoder, som begrenset anbudskonkurranse og direkte kjøp.

Regelverket ble endret blant annet i 1923 og 1927, men disse endringene inneholdt ingen gjennomgripende revisjon. Utviklingen utover på 1900-tallet medførte mer spesialiserte innkjøpsorganisasjoner, endret struktur på leverandørsiden og et utvidet omfang og et større spekter av varer og tjenester. Videre innebar økt internasjonalt samarbeid at adgangen til å favorisere norske leverandører ble begrenset. Det ble derfor nødvendig å foreta en fullstendig revisjon av det statlige regelverket, og på denne bakgrunn ble det nedsatt et utvalg i 1967. Utvalgets arbeid resulterte i Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet mv. (REFSA), vedtatt 16. desember 1978. Dette var formelt sett interne retningslinjer, som påla forvaltningen forpliktelser med hensyn til hvordan anskaffelsene skulle foregå, men som hovedregel ikke hadde ekstern virkning og ikke ga private leverandører noen rettslige krav.

Parallelt med utviklingen i Norge, var man i EU tidlig ute med å identifisere offentlige anskaffelser i medlemsstatene som et viktig område under hovedreglene om de fire friheter og fri konkurranse. For å utvikle et felles marked med reell og effektiv grenseoverskridende konkurranse ble det tidlig ansett nødvendig å utvikle detaljerte regler og krav til nasjonale offentlige anskaffelser. Allerede i 1971 ble det første direktivet med regler om offentlige bygge- og anleggskontrakter vedtatt. I 1977 kom det første direktivet om offentlige varekjøp, og i 1992 et direktiv om tjenestekjøp.

Da EØS-avtalen ble utformet tidlig på 1990-tallet, forelå det således et omfattende og detaljert EU-regelverk om offentlige anskaffelser, og dette ble inntatt i sin helhet i EØS. Herved forpliktet Norge seg til både å innføre og gjennomføre anskaffelsesdirektivene, og til å legge til grunn relevant rettspraksis fra EU-domstolen og forvaltningspraksis fra Kommisjonen.

I motsetning til de tidligere norske reglene (REFSA m.m.) var EU-reglene om anskaffelser som ble overtatt gjennom EØS-avtalen ikke bare interne retningslinjer for forvaltningen, men ordinære lovregler som var ment å gi private rettslige krav overfor forvaltningen, og som kunne håndheves for domstolene. Gjennomføringen av EU/EØS-reglene i norsk rett innebar derfor ikke bare nye regler om offentlige anskaffelser, men en grunnleggende endring i måten hele dette feltet rettslig sett var regulert på.

Måten EU/EØS-reglene ble gjennomført på, var gjennom en ny lov om offentlige anskaffelser av 27. november 1992, som trådte i kraft 1. januar 1994. Dette var først og fremst en fullmaktslov, som ga Kongen myndighet til å gi nærmere regler innenfor rammene av de internasjonale forpliktelsene Norge hadde påtatt seg. Med hjemmel i loven ble det så gitt en rekke forskrifter, som gjorde direktivene ordrett til norsk rett. Fra 1. januar 1995 var hele EU/EØS-regelverket på området på plass i norsk rett. Enkelte av endringene hadde også sammenheng med at Norge i november 1994 ble tilsluttet WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, Government Procurement Agreement (GPA). GPA er en selvstendig avtale mellom enkelte WTO-land, og har et noe mer begrenset dekningsområde enn EØS-avtalen. Norge har også, gjennom EFTA, en rekke handelsavtaler med tredjeland som inneholder forpliktelser på området for offentlige anskaffelser.

Gjennom EØS-avtalen og GPA skjedde det på denne måten store endringer i reguleringen av offentlige anskaffelser, som etablerte et kvalitativt sett nytt rettsområde i norsk rett. Resultatet var i første omgang et komplisert og lite enhetlig regelverk – hvilket blant annet skyldtes at EU/EØS-direktivene var inntatt ordrett i norsk rett, uten rettstekniske tilpasninger og supplerende regler. Fra myndighetenes side ble det derfor raskt ansett nødvendig å gjennomføre en full ny revisjon av regelverket. Resultatet ble en ny lov om offentlige anskaffelser, som ble vedtatt 16. juli 1999 og trådte i kraft 1. juli 2001. Den 15. juni 2001 ble det videre vedtatt å utvide loven til også å gjelde for kommuner og fylkeskommuner. Med hjemmel i den nye loven ble det så vedtatt to nye forskrifter – forskrift 15. juni 2001 om offentlige anskaffelser og forskrift 5. desember 2003 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Ved utformingen av disse forskriftene gikk man bort fra den tidligere teknikken med ordrett inkorporering av EU/EØS-direktivene, og over til en måte å gjennomføre på som søkte å innpasse reglene materielt og rettsteknisk inn i norsk rett på en mest mulig enhetlig og oversiktlig måte.

I 2004 reviderte EU på nytt anskaffelsesreglene, og vedtok to nye direktiver til erstatning for de gamle – et hoveddirektiv for «klassisk sektor» (gjelder både kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider) og et for forsyningssektorene (vann, energi, transport og posttjenester). Disse ble inntatt i EØS-avtalen. I forbindelse med gjennomføringen i norsk rett, ble det gitt en ny forskrift – av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser – som innebar en omfattende revisjon, og som i dag er det sentrale regelverk på området. Samtidig ble det også gjort flere viktige endringer i loven fra 1999. Videre ble det også vedtatt en ny forskrift av 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene.

I 2007 ble det gjort ytterligere endringer i loven og forskriftene om offentlige anskaffelser, blant annet om adgangen til å stille krav til lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Parallelt med utviklingen av de nye materielle anskaffelsesreglene siden 1994 og frem til i dag, har det vært en løpende utvikling i systemet for håndhevelse av reglene, gjennom domstolskontroll og fra 2003 også Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Dette er nærmere beskrevet nedenfor i kapittel 3.3. Videre har det vært en rivende utvikling i hvordan regelverket etterleves og gjennomføres i sentral- og lokalforvaltningen, og i næringslivets og juristtandens kunnskap om feltet. Til sammen har dette medført at offentlige anskaffelser i løpet av en 16-års periode har vokst frem til å bli et omfattende rettsområde i norsk rett, med et detaljert regelverk og betydelig retts- og forvaltningspraksis. Fortsatt må det sies å være et relativt nytt rettsområde, under stadig utvikling.

3.2 Hovedtrekk ved dagens regelverk

Et grunnleggende trekk ved reglene om offentlige anskaffelser slik de har utviklet seg, er kombinasjonen av EU/EØS-rett og vanlig nasjonal rett. Hovedstammen i regelverket er av EU/EØS-rettslig opprinnelse, og består av bestemmelser i lov og forskrift som gjennomfører de underliggende EU/EØS-direktivene. Dette er så supplert med utfyllende regler av intern nasjonal opprinnelse, som norsk lovgiver selv har funnet hensiktsmessige. Dels er det tale om mer detaljert regulering på flere felter, og dels har man fra norsk side gitt anskaffelsesreglene videre anvendelse enn det EU/EØS-retten krever, herunder på såkalt uprioriterte tjenester og under de EU/EØS-rettslige terskelverdiene. Samlet sett har lovgiver funnet grunn til å pålegge den offentlige forvaltning anskaffelsesregler som på mange punkter er betydelig strengere enn det som følger av EU/EØS-retten.

Resultatet er et rettsområde som er en særegen blanding av EU/EØS-rett og nasjonalt utformet rett. Ofte kan det i en og samme bestemmelse i lov eller forskrift være elementer av begge deler, og til tider vanskelig å vite nøyaktig hvor grensen går. For den daglige etterlevelse har dette ingen betydning, og det skaper få problemer i praksis. Prinsipielt sett er det imidlertid viktig å være klar over sondringen, ettersom de EU/EØS-baserte reglene har en helt annen rettskildemessig bakgrunn enn de nasjonale reglene, og skal tolkes ut fra utviklingen i EU/EØS-retten, herunder rettspraksis fra EU-domstolen. De har også en annen status, med krav på forrang fremfor annen norsk rett så langt dette følger av EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109 § 2. Videre er det ved enhver lovrevisjon viktig å være klar over sondringen mellom EU/EØS-baserte anskaffelsesregler og nasjonalt bestemte regler for å vite hvilket handlingsrom norsk lovgiver har til selv å videreutvikle dette rettsområdet slik man mener det er mest hensiktsmessig. For utvalgets arbeid har forholdet mellom EU/EØS-retten og vanlig

norsk rett vært en sentral problemstilling, som nærmere beskrevet i kapittel 5.1.

Et annet særtrekk ved offentlige anskaffelser er at forholdet mellom lov og forskrift er annerledes enn det som ellers er vanlig i norsk rett. Loven om offentlige anskaffelser (av 1999) er meget kort og generell, men er til gjengjeld supplert med et svært omfattende og detaljert forskriftsverk. En rekke substansielt viktige regler som ellers naturlig ville ha hørt hjemme på lovs nivå er kun gitt i forskrift. En konsekvens av dette er at loven gir relativt liten veiledning om hvilke regler som egentlig gjelder – og enhver aktør må uansett gå til forskriften, som i realiteten viser reguleringen av området. En annen konsekvens er at videreutviklingen av dette rettsområdet i større grad enn ellers er overlatt til regjering og forvaltning, uten at det er nødvendig å gå til Stortinget for å få vedtatt endringer. Den særegne reguleringsteknikken synes imidlertid å være akseptert av aktørene, og synes ikke å skape nevneverdige problemer i praksis.

Hovedinnholdet i lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 er å fastsette grunnleggende krav til anskaffelsesprosessene. Formålet med loven er blant annet å bidra til økt verdiskapning i samfunnet og til mest mulig effektiv offentlig ressursbruk. Loven, herunder de grunnleggende prinsippene, gjelder som hovedregel ved enhver anskaffelse, enten den reguleres nærmere av anskaffelsesforskriftene, eller anskaffelsen faller inn under et av unntakene fra forskriftene. De grunnleggende prinsippene i loven omfatter krav om at anskaffelser så langt det er mulig skal være basert på konkurranse, krav om likebehandling, krav om å sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen, samt et forbud mot nasjonal diskriminering.

Den sentrale forskriften om offentlige anskaffelser, av 7. april 2006 nr. 402, er delt inn i flere hoveddeler. Del III inneholder et regelsett som gjennomfører EØS-direktivene (samt WTO-reglene og EFTAs frihandelsavtaler med tredjeland). Disse reglene gjelder for kontrakter hvis anslåtte verdi overstiger EØS-terskelverdiene. Konkurranser om disse kontraktene skal kunngjøres i EØS-området. Denne delen av regelverket inneholder detaljerte prosedyreregler, som har som formål å åpne for internasjonal konkurranse ved alle større offentlige anskaffelser. Det er blant annet satt opp en rekke minimumsfrister for å melde sin interesse for å delta i konkurransen, og for innlevering av tilbud. Det er også regulert hvilke prosedyreformer som er tillatt i ulike situasjoner. Som hovedregel må oppdragsgiver benytte anbudskonkurranse, i motsetning til prosedyreformen konkurranse med forhandling.

Forskrift om offentlige anskaffelser del II inneholder et nasjonalt regelsett for offentlige anskaffelser hvis verdi overstiger 500 000 kroner, men som verdimessig ligger under EØS-terskelverdiene. Del II regulerer også kjøp av såkalte uprioriterte tjenester. Dette er tjenester (for eksempel helse- og sosialtjenester) som i all hovedsak ikke er underlagt EØS-direktivenes prosedyrebestemmelser. Det er kun tre av direktivbestemmelsene som gjelder for innkjøp av denne type tjenester over EØS-terskelverdi: krav til likebehandling, nøytrale tekniske spesifikasjoner og krav til etterfølgende kunngjøring av kontrakttildelingen. Konkurranser om kontraktene som faller inn under del II, skal kunngjøres i den nasjonale databasen Doffin. Reglene i forskriftens del II likner i stor grad på reglene som følger av EØS-direktivene, men er mer fleksible. Blant annet har oppdragsgiver alltid adgang til å velge prosedyreformen konkurranse med forhandling, og det er ikke oppstilt minimumsfrister.

Forskrift om offentlige anskaffelser del I inneholder en rekke grunnleggende bestemmelser, blant annet en presisering av de grunnleggende kravene i loven, definisjoner og bestemmelser om terskelverdiberegning. Denne delen gjelder for alle anskaffelser, også for anskaffelser under 500 000 kroner, samt for anskaffelser som er unntatt fra del II og III. For anskaffelser over 100 000 kroner stilles det krav om føring av protokoll og innhenting av skatteattest og HMS-erklæring.

Forskrift om offentlige anskaffelser del IV inneholder særlige prosedyreregler for plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.

3.3 Dagens håndhevelsessystem

3.3.1 Innledning

EU/EØS-retten er basert på et grunnleggende prinsipp om nasjonal prosessuell autonomi. Det betyr at EU/EØS-reglene i hovedsak er materielle regler, som medlemsstatene er forpliktet til å overta og gjennomføre. Hvordan disse reglene prosessuelt skal håndteres på nasjonalt plan av nasjonale forvaltningsorganer og domstoler er imidlertid som hovedregel overlatt til nasjonal forvaltnings- og prosessrett.

Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. På en rekke områder oppstiller EU/EØS-retten også mer eller mindre detaljerte prosessuelle krav, der dette er ansett nødvendig for å få en effektiv gjennomføring og håndheving av de materielle reglene. Anskaffelsesretten er et slikt område. Som utgangspunkt er det opp til nasjonal lovgiver å avgjøre hvordan EU/EØS-reglene om offentlige anskaffelser skal håndteres av nasjonal forvaltning og for norske domstoler. Men EU/EØS-retten stiller også en del krav til nasjonale prosedyrer og sanksjoner ved håndhevelsen av reglene. Disse reglene følger av de særskilte håndhevelsesdirektivene, som er direktiv 89/665/EØF (klassisk sektor) og direktiv 92/13/EØF (forsyningssektoren). Det nye direktivet 2007/66/EF, som er utgangspunktet for utvalgets arbeid, er et endringsdirektiv til de to håndhevelsesdirektivene, som videreutvikler kravene til nasjonal prosess.

Det sentrale kravet fra EU/EØS-retten er at de materielle reglene om offentlige anskaffelser må sikres gjennom prosessregler som gir klager en reell og effektiv mulighet til å få saken prøvet dersom man mener at det foreligger regelbrudd. Det oppstilles også visse mer detaljerte regler. Men utover dette er prosessen overlatt til nasjonal lovgiver, og det gjelder også det grunnleggende spørsmålet om klager over mulige regelbrudd i første runde skal behandles administrativt eller for domstolene. Ved gjennomføringen av EU/EØS-direktivene i norsk rett ble det vurdert flere mulige modeller for håndhevelsen: klage etter forvaltningslovens bestemmelser, klage ved særskilt opprettet administrativ klagenemnd, eller prøving for de ordinære domstoler. Man valgte å legge den nasjonale håndhevelsen til det ordinære domstolsapparatet, som nærmere beskrevet nedenfor.

I de første årene etter 1994 gjaldt de norske håndhevelsesreglene bare for klager om brudd på EØS-direktivene om innkjøp, slik disse var gjennomført i de norske forskriftene. Hva gjaldt offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdiene, var klagemulighetene for leverandører mer begrensede. I 1999 ble reglene om håndhevelsesadgang utvidet til også å omfatte statlige anskaffelser under terskelverdiene, og i 2001 ble også kommunale innkjøp omfattet.

3.3.2 Domstolenes behandling av saker om offentlige anskaffelser

Dersom noen mener at offentlige oppdragsgivere har brutt anskaffelsesreglene, kan dette tas opp med oppdragsgiver. Dersom man ønsker å fremme formelle krav, må det imidlertid skje for domstolene. I hovedsak styres dette av de vanlige prosessreglene i tvisteloven, men med visse særregler som fremgår av lov om offentlige anskaffelser. Herunder heter det i § 7 at søksmål kan fremmes for tingretten uten forliksmegling, og § 8 gir særlige regler om adgangen til å begjære midlertidig forføyning, som er praktisk viktig i denne typen saker.

Hvilke krav som kan gjøres gjeldende for domstolene i en sak om offentlige anskaffelser, avhenger av om kontrakt i saken er (privatrettslig) inngått eller ikke. Før kontrakt er inngått kan domstolen i vanlige saker etter § 7 sette til side ulovlige beslutninger som er truffet under anskaffelsesprosessen. I denne perioden har retten også hjemmel til å beslutte midlertidig forføyning etter § 8 første ledd.[1]

Etter at kontrakt er inngått, kan domstolene etter gjeldende rett ikke sette kontrakten til side, selv om det skulle vise seg at regelverket er brutt. Det kan heller ikke begjæres midlertidig forføyning. Etter at kontrakt er inngått, er således den som måtte mene at loven er brutt henvist til eventuelt å kreve erstatning. Etterfølgende saker om offentlige anskaffelser kommer derfor kun for domstolene i form av erstatningssaker. I § 10 i lov om offentlige anskaffelser heter det kort at saksøker «har krav på erstatning for det tap han har lidt» som følge av brudd på loven eller forskriftene. Vurderingen av om vilkårene for erstatning foreligger, og utmålingen av erstatningen, følger alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper. I praksis kan det i noen grad sies å ha dannet seg en egen rettspraksis for vurdering av erstatningskrav etter offentlige anskaffelser. Hovedskillet går mellom erstatning for henholdsvis negativ og positiv kontraktsinteresse, og domstolene har oppstilt nærmere kriterier for når hver av disse kan være aktuelle. Vilkårene for å få tildelt positiv kontraktsinteresse er relativt strenge, og det har bare vært et lite antall saker der dette er tilkjent. I kapittel 13.6 redegjør utvalget for hvilke nye erstatningsrettslige spørsmål som vil kunne oppstå som følge av de nye endringer som nå foreslås.

---

[1] Dette gjelder i klassisk sektor. I forsyningssektorene er det annerledes. Her kan retten verken sette til side ulovlige beslutninger, jf. § 7 annet ledd siste setning, eller beslutte midlertidig forføyning, jf. § 8 annet ledd. Bakgrunnen er at selv mindre forsinkelser i disse sektorene antas å kunne føre til uforholdsmessige store tap. I stedet har domstolen kompetanse til å ilegge mulkt, jf. § 8 annet ledd.

Frem til 2007 var erstatning den eneste formen for sanksjon som kunne rettes mot en offentlig oppdragsgiver som hadde brutt anskaffelsesreglene. For ulovlige direkte anskaffelser ble dette i 2007 supplert med adgang til å ilegge et «overtredelsesgebyr» etter § 7b. Kompetansen til å ilegge dette gebyret ble lagt til KOFA, men med mulighet for full rettslig etterprøving for domstolene. Så langt er det bare ilagt overtredelsesgebyr i noen få saker, og ingen av dem har ennå vært prøvet for domstolene. I kapittel 13.4 vurderer utvalget hvilke konsekvenser endringene i håndhevelsesdirektivet bør få for bestemmelsen om overtredelsesgebyr.

I de drøyt 16 år som har gått siden reglene om offentlige anskaffelser ble regulert på en måte som gir private rettigheter, har det gradvis utviklet seg en rettspraksis på området. De første årene var antallet rettssaker relativt lavt, men har siden steget en del, etter hvert som reglene har blitt bedre kjent. Etableringen av KOFA som en rådgivende og mindre ressurskrevende alternativ tvisteløsningsmekanisme i 2003, har samtidig medført at en stor andel tvistesaker som ellers kunne ha kommet opp for domstolene er kanalisert dit.

3.3.3 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Klagenemnda for offentlige anskaffelser ble etablert med en endring i lov om offentlige anskaffelser som innførte en ny § 7a i 2001, og trådte i kraft 1. januar 2003. Virksomheten er nærmere regulert i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288.

Bakgrunnen for etableringen av KOFA var at undersøkelser om hvordan det eksisterende håndhevelsessystemet i Norge fungerte for offentlige anskaffelser hadde vist behov for en alternativ tvisteløsningsmodell til ordinær domstolsbehandling. For å gi en raskere og rimeligere klagemulighet for leverandørene på et lavere konfliktnivå besluttet derfor Stortinget, gjennom innføring av § 7a i lov om offentlige anskaffelser, at det skulle opprettes en uavhengig klagenemnd for offentlige anskaffelser. Av den samme grunn ble klagegebyret satt lavt (for tiden 860 kroner), og partene kan ikke bli holdt ansvarlig for hverandres omkostninger.

Klagenemnda hadde opprinnelig en rent rådgivende rolle, og dette er fortsatt den vesentligste delen av virksomheten. Fra og med januar 2007 fikk imidlertid KOFA også adgang til å ilegge et overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av kontraktens verdi ved ulovlige direkte anskaffelser etter en ny bestemmelse i § 7b. Så langt er denne sanksjonen bare ilagt i et mindre antall saker.[2]

Siden etableringen har KOFA behandlet et stort antall saker. I 2007 ble for eksempel 217 saker realitetsbehandlet av nemnda, mens tallet for 2008 var 171 saker.

Klagenemnda består av en nemnd på 10 medlemmer og et sekretariat. Nemnda er oppnevnt av regjeringen og består dels av uavhengige advokater og dels av personer fra domstolene og universitetene. Oppnevningen er basert på et faglig grunnlag og med en sammensetning som sikrer teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. I den enkelte sak deltar tre av nemndas medlemmer. Administrativt er sekretariatet en del av Konkurransetilsynet og holder til i tilsynets lokaler i Bergen. Faglig er sekretariatet imidlertid underlagt klagenemnda. Enkelte avgjørelser er tillagt sekretariatet, blant annet kompetanse til å avvise klager som er ubegrunnede eller uhensiktsmessige for behandling, jf. KOFA-forskriften § 9. En rekke klager som åpenbart ikke kan føre frem blir avvist med hjemmel i denne bestemmelsen. Til illustrasjon ble 43 klager avvist i 2008, hvorav 38 på bakgrunn av at klagen ble ansett ubegrunnet/klart ikke kunne føre frem. Sekretariatets beslutninger kan påklages til klagenemndas leder.

Klagenemndas kompetanse er etter forskriftens § 6 begrenset til

> «unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne».

Klage kan fremsettes av

> «enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning».

Det nærmere innholdet i kriteriet «saklig interesse» er ikke beskrevet i forskriften, men må forstås videre enn begrepet «rettslig interesse». Den viktigste forskjellen synes i praksis å være at det er en videre adgang for interesseorganisasjoner mv. til å bringe saker inn for KOFA enn for domstolene.[3]

---

[2] Fra januar 2007 til februar 2010 har KOFA ilagt 13 gebyrer for ulovlige direkte anskaffelser.

[3] Det følger av forskriftens § 13 a at kravet til saklig interesse ikke gjelder for saker om overtredelsesgebyr, her kan m.a.o. klagen inngis av enhver. Det er i praksis eksempler på at for eksempel den politiske opposisjonen i en kommune benytter seg av dette.

Fristen for å bringe en sak inn for klagenemnda er seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver, men to år når det gjelder overtredelsesgebyr. En klage til KOFA har ikke oppsettende virkning, men sekretariatet vil ved mottagelsen av klagen alltid kontakte oppdragsgiver for å undersøke om denne er villig til å avvente nemndas behandling av saken. I følge KOFAs årsrapport for 2008 aksepterer oppdragsgiver å vente i ca 25-30 prosent av tilfellene.

KOFA kan ikke ta stilling til saker som er «avgjort ved dom i første instans», hvilket heller ikke er særlig praktisk på grunn av klagefristen. Det er samtidig ingen begrensning på adgangen til å bringe saker inn for KOFA etter at en domstol har frifunnet oppdragsgiveren i en sak om midlertidig forføyning, noe som etter utvalgets syn reiser noen prinsipielle betenkeligheter.

Nemndas saksbehandling er skriftlig, og nemnda kan etter forskriften § 12 ikke gå «utenfor partenes anførsler og påstander». Samtidig har nemnda (i praksis ved sekretariatet) etter § 10 en plikt til å

> «bidra til at partenes anførsler og påstander blir så klare som mulig, og kan oppfordre partene til å ta stilling til relevante faktiske og rettslige spørsmål og til å tilby bevis».

I hvilken grad nemnda har benyttet denne bestemmelsen til å drive materiell prosessledelse har variert noe over tid.

Den materielle kompetansen til nemnda i de alminnelige sakene (ikke overtredelsesgebyr) er nærmere beskrevet i forskriftens § 12:

> «Klagenemnda skal uttale om det er begått brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Uttalelsen skal være skriftlig og begrunnet. Slutningen skal angi hvilke regler som i tilfelle er brutt og hvilke omstendigheter som representerer slikt brudd. Nemnda skal i slutningen ikke uttale seg om de rettslige konsekvenser av brudd. Dersom nemnda finner grunn til det kan den uttale seg om vilkårene for klager til å kreve erstatning anses oppfylt.»

Klagenemnda skal således bare uttale seg om en regel er brutt, og ikke konsekvensene av dette. En rekke av nemndas avgjørelser gjelder derfor mer formelle feil, som ikke har påvirket utfallet av konkurransen, og som ikke ville kunne gi grunnlag for erstatning. Nemnda uttaler seg relativt sjelden om hvorvidt vilkårene for å kunne kreve erstatning er oppfylt.

Klagenemnda har som mål å holde en saksbehandlingstid på 3 måneder for vanlige klagesaker, og 4 måneder for saker som gjelder ulovlige direkte anskaffelser. Bakgrunnen for at det er angitt lengre saksbehandlingstid for gebyrsaker er at innklagede gis lenger frist for tilsvar, og at det gis forhåndsvarsel og en frist på 14 dager til å kommentere forhåndsvarslet før et eventuelt endelig gebyr ilegges. Videre er saksbehandlingen i noen av gebyrsakene mer krevende enn i vanlige klagesaker.

De sakene der oppdragsgiveren venter med å inngå kontrakt, blir prioritert tidsmessig av klagenemnda. I disse sakene er gjennomsnittlig saksbehandlingstid i dag ca 50-60 dager fra klage ble mottatt. Andre klagesaker hadde ved utgangen av 2007 en gjennomsnittlig saksbehandlingstid på 118 dager. Dette gir en saksbehandlingstid på ca. 4 måneder. For gebyrsaker var saksbehandlingstiden 144 dager. Dette utgjør en saksbehandlingstid på i underkant av 5 måneder.

Høsten 2006 ble KOFA evaluert på oppdrag fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet, og hovedfunnet i rapporten var at nemnda i hovedsak har fungert godt i sin rolle.[4] I følge flertallet av dem som ble spurt, ble KOFA vurdert som en funksjonell ordning, i tråd med de intensjonene som lå til grunn for opprettelsen. Den oppleves som rimelig, rask og mindre konfliktfylt enn domstolsbehandling.

Opprettelsen av Klagenemnda har bidratt til å effektivisere håndhevelsen av reglene om offentlige anskaffelser. KOFAs rolle ivaretar imidlertid ikke forpliktelsene Norge har etter EU/EØS-retten. Disse forpliktelsene ivaretas gjennom domstolssystemet. Norge har altså i dag et tosporet klagesystem. Det er fritt opp til leverandørene å velge om de vil bringe en sak inn for klagenemnda, for så eventuelt å klage samme sak inn for domstolen, eller om de vil gå direkte til domstolen. Klagenemnda behandler imidlertid ikke tvister som er brakt inn, eller senere bringes inn, for retten eller til voldgiftsbehandling.

3.3.4 EFTAs Overvåkningsorgan

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) er et overnasjonalt kontrollorgan som er opprettet for å påse at nasjonale myndigheter i EFTA-statene etterlever sine EØS-forpliktelser lojalt.

---

[4] Se Evaluering av Klagenemnda for offentlige anskaffelser – KOFA, Resource-Partner, 2006: http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/prm/2006/0067/ddd/pdfv/302844-kofa_evaluering.pdf.

Så langt reglene om offentlige anskaffelser er basert på underliggende EU/EØS-rett, faller dette innenfor området for den kontroll som ESA fører med at avtalen etterleves. I tillegg til sin alminnelige kontrollkompetanse, er ESA på området for offentlige anskaffelser gitt særlige beføyelser gjennom ODA-avtalen artikkel 23 og protokoll 2. Den skjerpete kontrollen ligger særlig i at ESA kan ta opp saker der det er mistanke om brudd på regelverket, og gi norske myndigheter en frist på 21 dager til enten å rette opp forholdet eller gi en begrunnet redegjørelse for hvorfor dette ikke har skjedd.

Det pågår til enhver tid en rekke enkeltsaker der ESA har satt i gang en granskning, enten på eget initiativ eller etter klage. ESA har plikt til å undersøke alle klager som hører under dets kompetanse, men kan selv prioritere hvilke saker det vil forfølge videre. Ettersom det er Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) som har ansvaret for å forvalte anskaffelsesregelverket og som derfor opptrer på vegne av Norge, skjer korrespondansen i en klagesak mellom ESA og FAD. Departementet innhenter nødvendig informasjon om den konkrete anskaffelsen hos den relevante oppdragsgiver, og bearbeider og videreformidler dette til ESA. Til enhver tid er det ca. mellom 6 og 10 slike pågående granskninger.[5] Enkelte av sakene legges vekk fordi det viser seg at det ikke var begått feil, men de fleste sakene avsluttes med at oppdragsgiver innrømmer feil.

Der det ikke finnes en slik minnelig løsning kan ESA anlegge traktatbruddssøksmål mot Norge for EFTA-domstolen. Dette gjelder både der ESA mener at det er begått brudd på regelverket generelt eller i en enkeltsak. Til nå har det ikke vært anlagt noen saker for EFTA-domstolen på området for offentlige anskaffelser.[6]

3.3.5 Andre ordninger for kontroll med regelverket

Fornyings,- administrasjons- og kirkedepartementet (FAD)

FAD[7] har ansvaret for å forvalte regelverket for offentlige anskaffelser og skal sørge for at regelverket til enhver tid er i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser.[8]

Departementet har også et veiledningsansvar og har blant annet publisert en rekke fortolkningsuttalelser[9] og en omfattende veileder til anskaffelsesregelverket[10]. I tillegg skal Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi), som er underlagt FAD, være en pådriver for at offentlige virksomheter følger anskaffelsesregelverket og blir bedre på å gjennomføre anskaffelser. Difi har blant annet etablert fagportalen www.anskaffelser.no, der det tilbyr kunnskap, veiledning og et møtested for nettverksbygging og kompetanseutvikling for både offentlige innkjøpere, virksomhetsledere og leverandører.

Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 11 jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-14, at FAD kan gi oppdragsgivere de pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelsen av anskaffelsesregelverket. Hjemmelen gir adgang både til å vedta forskrifter og til å treffe enkeltvedtak. Denne hjemmelen har så langt ikke vært brukt.

Endelig har FAD etter kommuneloven § 59 hjemmel til å foreta lovlighetskontroll av fylkeskommunale anskaffelser. Dette skal skje når tre eller flere medlemmer av fylkestinget bringer en avgjørelse truffet av et folkevalgt organ eller den fylkeskommunale administrasjonen, inn for departementet. Departementet kan også på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll. Ved en lovlighetskontroll skal departementet ta stilling til om avgjørelsen er innholdsmessig lovlig, om den er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse og om den har blitt til på lovlig måte. Departementet skal påtale feil og eventuelt oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig. Lovlighetskontrollinstituttet er nærmere behandlet i kapittel 13.8.

Riksrevisjonen og kommunerevisjonene

Riksrevisjonen skal bidra til at fellesskapets midler og verdier blir brukt og forvaltet slik Stortinget har bestemt. Dette gjøres gjennom revisjon,

---

[5] Antallet granskninger av enkeltsaker var en del høyere før etableringen av KOFA.

[6] ESA har imidlertid åpnet formell sak mot Norge gjennom åpningsbrev (letter of formal notice) av 15. juli 2009 vedrørende forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Forskriften er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser § 11a. ESA mener at forskriften er i strid med EØS-avtalen artikkel 36 om fri flyt av tjenester og utsendingsdirektivet artikkel 3.

[7] Frem til juni 2004 var det Nærings- og handelsdepartementet som hadde ansvaret for anskaffelsesregelverket.

[8] Norges internasjonale forpliktelser følger av EØS-avtalen, GPA-avtalen (WTO-avtalen om offentlige anskaffelser - Agreement on Government Procurement) og tredjelandsavtaler.

[9] Se http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransepolitikk/Offentlige-anskaffelser/fortolkningsuttalelser.html?id=414622.

[10] Se http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/veiledninger_og_brosjyrer/2006/veileder-til-reglene-om-offentlige-anska.html?id=437022.

kontroll og veiledning av statlige virksomheter og andre myndigheter som er regnskapspliktige til staten. Riksrevisjonen reviderer ut fra tre revisjonstyper: regnskapsrevisjon, forvaltningsrevisjon og selskapskontroll. Resultatene av regnskapsrevisjonen rapporteres til Stortinget en gang i året for hvert departement i Dokument nr. 1. Gjennom flere år har Riksrevisjonen i Dokument nr. 1 rapportert om brudd på anskaffelsesregelverket i staten.

Med bakgrunn i at det er rapportert om mange brudd på anskaffelsesregelverket over flere år, igangsatte Riksrevisjonen i 2009 en egen forvaltningsrevisjon på dette området. Formålet er å kartlegge årsaker til manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser. I tillegg undersøker revisjonen i hvilken grad den interne styringen i virksomhetene bidrar til at dette regelverket blir overholdt, i hvilken grad ansvarlig departement har fulgt opp underlagte virksomheter på dette området og i hvilken grad Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet som regelverksforvalter ivaretar sitt overordnede, nasjonale ansvar for anskaffelsesregelverket. Denne forvaltningsrevisjonen er ikke avsluttet per mars 2010.

I kommunesektoren har kontrollutvalgene og kommunerevisjonen viktige kontrolloppgaver. I henhold til kommuneloven § 77 nr. 4 skal kommunens kontrollutvalg blant annet

> «påse at det føres kontroll med at den økonomiske forvaltning foregår i samsvar med gjeldende bestemmelser og vedtak, og at det blir gjennomført systematiske vurderinger av økonomi, produktivitet, måloppnåelse og virkninger ut fra kommunestyrets eller fylkestingets vedtak og forutsetninger (forvaltningsrevisjon)».

Det er deretter kommunerevisjonen i den aktuelle kommune som har ansvaret for gjennomføringen av så vel regnskaps- som forvaltningsrevisjonen, jfr. kommuneloven § 78.

Kommunerevisjonene har de senere årene gjennomført en rekke forvaltningsrevisjoner på området for anskaffelser. Det er både foretatt gjennomgang av enkeltanskaffelser, mer systematisk gjennomgang av spesifikke etaters anskaffelser og revisjon av kommunens overordnede arbeid med anskaffelsesprosessene. Revisjonsprosjektene dekker i tillegg til overholdelse av anskaffelsesregelverket, kontraktsoppfølging og kommunens arbeid i forberedelsen av anskaffelsen. Revisjonene dekker på denne måten et bredere område enn anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde. Forvaltnings- og regnskapsrevisjonene er noen av de viktigste tilsynsordinger med kommunenes virksomhet, og spiller en betydelig rolle i kontrollen med kommunenes anskaffelser.

Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen)

Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen) har til oppgave å kontrollere offentlige myndigheter. Kontrollen skal bidra til å sikre at myndighetene ikke øver urett mot den enkelte borger, og kan sees som et tillegg og et alternativ til domstolenes kontroll med forvaltningen. Kontrollen settes i verk hovedsakelig på grunnlag av klager fra publikum, men ombudsmannen kan også ta opp saker av eget tiltak.

Sivilombudsmannen har kompetanse til å behandle saker om brudd på anskaffelsesregelverket som foretas av offentlige myndigheter, men behandler svært få slike saker. I 2008 mottok Sivilombudsmannen 4 klager om brudd på anskaffelsesregelverket, som alle ble avvist.[11]

At Sivilombudsmannen ikke behandler flere anskaffelsessaker må sees i sammenheng med KOFAs behandling av klagesaker. Ombudsmannen går typisk ikke inn i en sak når den administrative klageadgangen ikke er uttømt. Det vil si at ombudsmannen normalt ikke behandler saker, der klager har eller har hatt mulighet til å gå til KOFA. Når KOFA har truffet en avgjørelse, er ombudsmannen i prinsippet ikke avskåret fra å gå inn i saken.

3.4 Tidligere utredninger og vurderinger av håndhevelsessystemet

3.4.1 Opprinnelige vurderinger av håndhevelsessystemet

Som ledd i gjennomføringen av EØS-avtalen i 1992 måtte EØS-avtalens regler om håndhevelse implementeres, og man skulle da også ta stilling til organiseringen av håndhevelsessystemet. I forarbeidene til loven om offentlige anskaffelser fra 1992 ble valg av håndhevelsesorgan relativt kort drøftet.[12] Her fremgår det at Næringsdeparte-

[11] Se Sivilombudsmannen årsmelding fra 2008: http://www.sivilombudsmannen.no/aarsmeldingen-2008/category2471.html

[12] Se Ot. prp. nr. 97 (1991-1992) Offentlige anskaffelser med mer, se særlig kapittel 5.4 og lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser mv. (i kraft fra 1. januar 1994).

mentet vurderte flere alternative løsninger (klage etter forvaltningslovens bestemmelser, klage ved særskilt opprettet administrativ klagenemnd og prøving for de ordinære domstoler), men at man valgte å legge håndhevelsen til de alminnelige domstoler. Begrunnelsen var blant annet at en ordning med klagenemnd ville forutsette opprettelse av et nytt organ, og representere et avvik fra den normale ordning i norsk rett, med tvisteløsning for domstolene. Loven inneholdt således en bestemmelse om at søksmål om overtredelse av EØS-avtalens regler om anskaffelser skulle reises for herreds- eller byretten uten forliksmegling.

Dermed etablerte norsk lovgiver den «domstolsmodell» for håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser som siden har vært hovedmodellen, og som etter hvert har blitt supplert med en rådgivende alternativ tvisteløsningsmekanisme gjennom KOFA.

Spørsmålet om håndhevelsen av offentlige anskaffelser ble også kort drøftet i NOU 1997:21, og det fremgår der at klagereglene kun hadde vært benyttet i ett tilfelle i de tre årene 1992-loven hadde vært i kraft. Utvalget fremsatte i den forbindelse forslag om å utvide klage- og håndhevelsesmulighetene, slik at de ikke bare skulle gjelde EØS-anskaffelser men også anskaffelser under EØS-terskelverdiene. På bakgrunn av den erfaring man hadde hatt med praktisering av håndhevelsesreglene, pekte utvalget videre på et behov for en nærmere vurdering og muligens også en styrking av konfliktløsningsapparatet.

Utvalgets forslag om å utvide klage- og håndhevelsesmulighetene til også å gjelde under EØS-terskelverdiene, ble fulgt opp i Ot. prp. nr. 71 (1997-98) og i loven fra 1999.[13] Hva gjaldt behovet for å vurdere et styrket konfliktløsningsapparat, varslet departementet at det ville bli satt ned en arbeidsgruppe til å utrede problemstillingene.

3.4.2 Arbeidsgruppen for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemer innen offentlige anskaffelser (1998-1999)

I august 1998 oppnevnte Nærings- og handelsdepartementet en arbeidsgruppe for å vurdere overvåknings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen leverte sin utredning i november 1999, der den blant annet foreslo å opprette et tvisteløsningsorgan som aktørene i saker om offentlige anskaffelser kan bringe tvister inn for.[14] Arbeidsgruppen mente at et slikt organ ville være et sentralt virkemiddel for å få en mer effektiv håndhevelse. Det lå i forslaget at tvisteløsningsorganet burde avgi rådgivende, ikke bindende, uttalelser. Hensikten var å holde konfliktnivået på et relativt lavt nivå og dermed få flere reelle tvister brakt frem i lyset. Forslaget ble fulgt opp av departementet gjennom etableringen av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), ved lovendring i 2001 som trådte i kraft januar 2003.

Arbeidsgruppen drøftet også om tilsynet med etterlevelsen av regelverket burde styrkes. Konklusjonen var at det ikke forelå tilstrekkelige tungtveiende grunner for å etablere et særskilt tilsynsorgan. Utbyggingen av de selvkontrollerende mekanismer, så som klage- og søksmålsadgangen til leverandørene, ble ansett for å være en smidigere og mer effektiv vei å gå enn en administrativ kontroll. Dette ble tatt til etterretning av departementet, som dermed gikk inn for å beholde den eksisterende domstolsmodellen.

3.4.3 Arbeidsgruppen mot ulovlige direkte anskaffelser (2002-2003)

I juni 2002 besluttet Nærings- og handelsdepartementet å nedsette en arbeidsgruppe for å vurdere om sanksjonsmulighetene etter regelverket om offentlige anskaffelser var tilstrekkelige til å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, eller om det burde innføres nye sanksjoner.

Arbeidsgruppen leverte sin rapport i mars 2003, der den konkluderte med at eksisterende sanksjonsmidler ikke var tilstrekkelige for å hindre ulovlige direkte anskaffelser.[15] For å bøte på dette foreslo gruppen en rekke tiltak, herunder protokollplikt for anskaffelser over en viss størrelse og å gi Konkurransetilsynet ansvar for å føre

[13] Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, i kraft fra 1. juli 2001.

[14] Se Forslag til effektivisering av håndhevelses- og overvåkningsreglene for offentlige anskaffelser, 30. november 1999. Arbeidsgruppen ble ledet av Dr. juris Lasse Simonsen og var for øvrig sammensatt av representanter fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet, Frostating lagmannsrett, Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon, Kommunenes Sentralforbund, Landsorganisasjonen i Norge, Næringslivets hovedorganisasjon, Nærings- og handelsdepartementet og Statens Vegvesen

[15] Se Rapport fra Arbeidsgruppen mot ulovlige direkte anskaffelser, 31. mars 2003: http://www.regjeringen.no/upload/kilde/nhd/hdk/2003/0016/ddd/pdfv/184659-auda-rapport.pdf. Arbeidsgruppen var sammensatt med representanter fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet, Bedriftsforbundet, Kommunenes Sentralforbund, Konkurransetilsynet, Næringslivets hovedorganisasjon, Nærings- og handelsdepartementet, Regjeringsadvokaten og Økokrim.

tilsyn med ulovlige direkte anskaffelser. Videre foreslo gruppen å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å ilegge sivil bot mot ulovlige direkte anskaffelser og arbeidsgruppens flertall ønsket også å gi tilsynet myndighet til i visse tilfeller å erklære en kontrakt for ugyldig og gi domstolene adgang til å ilegge straff overfor personer eller foretak som grovt uaktsomt eller forsettelig hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Forslaget om protokollplikt for anskaffelser over en viss størrelse ble senere fulgt opp i forbindelse med en større revisjon av anskaffelsesregelverket knyttet til gjennomføringen av det nye anskaffelsesdirektivet 2004/18/EF. KOFAs myndighet til å ilegge oppdragsgivere overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser bygger også på arbeidsgruppens arbeid. Derimot kom departementet til at det ikke var hensiktsmessig å følge opp de andre forslagene fra gruppen, herunder forslaget om en aktiv tilsynsordning.

3.5 St.meld. nr. 36 (2008–2009) Det gode innkjøp

I 2009 avga regjeringen ved Fornyings- og administrasjonsdepartementet en stortingsmelding om offentlige anskaffelser, med tittelen «Det gode innkjøp».[16] Formålet med meldingen var å presentere en samlet politikk for området offentlige anskaffelser, med sikte på å forbedre praksis. I meldingen vises det innledningsvis til at det offentlige konsumet utgjør om lag en tredjedel av det samlede konsumet i Norge, og at virksomhetene i offentlig sektor kjøper inn varer og tjenester for en verdi av 272 milliarder kroner årlig.[17] Dette er fellesskapets midler som skal forvaltes på en best mulig måte.

I meldingen viser departementet til at regelverket for offentlige anskaffelser skal sikre best mulig anskaffelser gjennom konkurranse og åpenhet om offentlige kontrakter. I de senere årene er det også lagt vekt på at regelverket skal sikre andre samfunnshensyn. Eksempler på dette er hensynet til miljø, universell utforming og å forhindre sosial dumping og korrupsjon.

Ved siden av behovet for gode regler om offentlige anskaffelser, fremhever departementet i meldingen at det også må sikres gode rutiner for informasjon og gjennomføring. Organisering og gjennomføring av konkurranser, innkjøpsfaglig kompetanse, planlegging av anskaffelsene og anskaffelsesfagets status er blant de faktorer som har avgjørende innvirkning på kvaliteten i anskaffelsesprosessene.

I meldingen vises det til at Riksrevisjonen flere ganger har gitt omfattende merknader om brudd på reglene om offentlige anskaffelser.[18] Også funn i kommunale og fylkeskommunale revisjoner og saker til behandling i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), underbygger at brudd på regelverket er et problem. I meldingen sees det nærmere på hva som kan være de bakenforliggende årsakene til at regelverket brytes. En kartlegging av statlige og kommunale revisjonsrapporter og saker som er behandlet av KOFA viser at årsaksbilde er sammensatt, og at det er nødvendig å se mer helhetlig på hvordan anskaffelser gjennomføres i offentlig sektor.[19] Mange brudd på regelverket skyldes manglende ressurser og lav kompetanse hos de som gjennomfører de ulike fasene av innkjøpsprosessen. Dette tyder på at innkjøpsfunksjonen ikke er tilstrekkelig prioritert og forankret hos mange virksomhetsledere. En bevisst organisering av innkjøpsfunksjonen omfatter også spørsmålet om hvilke personer i organisasjonen som må ha kompetanse om innkjøp, og hvordan fullmakter og verktøy implementeres. Uten hensiktsmessig organisering vil også andre tiltak, som for eksempel kompetansetiltak, ha begrenset effekt. Det ble framhevet i kartleggingsrapporten at «manglende ressurser kombinert med desentralisert innkjøpsfunksjon byr på store utfordringer». Av kartleggingen trekkes den konklusjonen at det er særlig tre områder som skiller seg ut når det gjelder videre oppfølging for å forbedre offentlige innkjøpsprosesser. Dette er ledelsesforankring, organisering av innkjøpsaktivitetene og kompetansebehov. Ved å forbedre innkjøpsvirksomheten i offentlig sektor vil også etterlevelsen av regelverket bedres.

I meldingen vises det til at godt lederskap og god forankring av innkjøpsaktiviteten i virksomhetene er sentrale forutsetninger for profesjonelle og korrekte innkjøp. Tiltak for å få økt forankring

[16] Se http://www.regjeringen.no/pages/2185807/PDFS/STM200820090036000DDDPDFS.pdf.

[17] SSB Offentlige anskaffelser i 2008 var totalt om lag 380 milliarder. Dette tallet inkluderer oljesektoren, som i begrenset grad reguleres av anskaffelsesreglene.

[18] Se kapittel 4.4 i St.meld. nr. 36, samt Riksrevisjonens årlige rapporter til Stortinget i Dokument nr. 1 fra 2005 og de påfølgende år.

[19] Se Kartlegging av statlige, fylkeskommunale og kommunale virksomheter – brudd på anskaffelsesregelverket og mulige årsaker til disse bruddene, First Ventura, 2008: http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Anskaffelsesbrudd_FirstVentura_endelig.pdf.

av innkjøp hos virksomhetsledere og bedre kontroll av innkjøpsaktivitetene er derfor viktig, og de virkemidler som blir brukt for styring og utvikling av offentlige virksomheter må i større grad bli tatt i bruk på dette området. Den interne kontrollen varierer sterkt mellom ulike offentlige virksomheter. Dette gjelder også på innkjøpsområdet. For å forbedre offentlige innkjøpsprosesser med aktiv bruk av intern kontroll, vil veiledningen styrkes på dette området.

Meldingen viser videre til at det er vanlig at flere virksomheter går sammen og foretar utvalgte innkjøp i fellesskap. Andre legger hele eller deler av innkjøpsprosessen ut til eksterne innkjøpssentraler. Mange innkjøpere er også tilknyttet nettverk der formålet er å dele og utvikle kompetanse og erfaringer. Slike nettverk har mange fordeler, spesielt med tanke på effektiv utnyttelse av ressurser, besparelser ved større innkjøpsvolum og utvikling av kompetanse om regelverk og innkjøpsfaget. Det bør derfor legges til rette for økt bruk og deltagelse i slike nettverk. Det er også behov for å se nærmere på effekter av økt samordning av innkjøp for å vurdere eventuelle organisatoriske tiltak.

I meldingen understrekes det også at behovet for kompetanse henger nøye sammen med organisering av innkjøpsvirksomheten. Er ansvaret for innkjøpene desentralisert i organisasjonen, kan det være behov for kompetanse hos mange personer i virksomheten. Det vil også være ulike behov for de ulike innkjøpsfunksjonene i virksomhetene. Direktoratet for forvaltning og IKT skal derfor styrke sitt arbeid med å heve kompetansen om innkjøp og regelverk gjennom kurs og veiledningstilbud. Direktoratet skal også tilby ledere bistand i å organisere, styre og kontrollere innkjøpsvirksomheten på en god og formålstjenelig måte. Videre skal behovet for styrking av studietilbudet på universitets- eller høyskolenivå om offentlige innkjøp utredes nærmere.

Kapittel 4
Nye håndhevelsesregler med direktiv 2007/66/EF

4.1 Innledning

Høsten 2007 ble et nytt EU-direktiv som skal forbedre effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter, vedtatt. Det nye direktivet, 2007/66/EF, endrer håndhevelsesdirektivene 89/665/EØF og 92/13/EØF.

Bakgrunnen for det nye direktivet var at Kommisjonen, gjennom høringer og EU-domstolens praksis, hadde 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.

Det ble identifisert to hovedproblemstillinger: For det første mente man at de rettslige klagemulighetene som var tilgjengelige før kontrakt ble inngått ikke var tilstrekkelig effektive, og at disse derfor burde styrkes. For det andre mente man at ulovlige direkte anskaffelser skulle bekjempes med sterkere midler.[1]

Hovedtrekk ved direktiv 2007/66/EF

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

- en obligatorisk ventetid, såkalt karensperiode, fra oppdragsgiver meddeler sin beslutning om hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås
- en suspensjonsplikt, slik at klage til håndhevelsesorganet i visse tilfeller medfører at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes
- et nytt sanksjonssystem for visse alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket

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.

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. Dette er en ny regel som har til formål å sikre at håndhevelsesorganet får tilstrekkelig tid til å behandle en klage som innleveres kort tid før utløpet av karensperioden, og med dette unngå at oppdragsgiver inngår kontrakt med en gang karensperioden løper ut når det er inngitt klage.

Når det gjelder det nye sanksjonssystemet, innføres det 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. Dersom

[1] Jf. nærmere i Kommisjonens forslag av 4. mai 2006 (KOM(2006) 195 endelig) med tilhørende konsekvensanalyse (SEC(2006) 557), Kommisjonens reviderte forslag av 14. juni 2006 (KOM(2006)195 endelig/2), uttalelse fra Det Europeiske Økonomiske og Sosiale Råd (EFT C 93/2007 s. 16), uttalelse fra Regionsutvalget (EFT C 146/2007 s. 69), Europa-parlamentets uttalelse av 21. juni 2007 og Rådets avgjørelse av 15. november 2007.

adgangen til å lage et unntak fra kravet til karensperiode ved tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger benyttes, skal sanksjonen innføres ved tildeling av kontrakter i strid med prosedyrereglene for tildeling under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger. Bare når det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser kan håndhevelsesorganet unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning. I slike tilfeller må alternative sanksjoner, som bot eller avkorting av kontrakt, benyttes i stedet.

Medlemsstaten 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 bare uten virkning for fremtiden, må oppdragsgiver i tillegg ilegges alternative sanksjoner. Oppdragsgiver kan likevel i visse tilfeller sikre seg mot å bli ilagt sanksjoner. Er oppdragsgiver for eksempel i tvil om hvorvidt det er hjemmel til å foreta en direkte anskaffelse, kan han offentliggjøre en kunngjøring om at han har til hensikt å tildele en kontrakt uten å følge de alminnelige prosedyrereglene (en såkalt intensjonskunngjøring) og deretter vente i 10 dager med å inngå kontrakt. Gjør han det, kan han ikke etterfølgende ilegges sanksjoner, selv om det viser seg at det faktisk 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.

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

Direktivet innfører også noen nye frivillige håndhevelsesregler.

For det første inneholder direktivet bestemmelser som gir medlemsstatene adgang til å innføre klagefrister, både for klager som skal føre til at en kontrakt kjennes uten virkning eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner, og for andre klager over brudd på anskaffelsesregelverket (herunder klager med påstand om erstatning).

For det andre innføres det både presiserte og nye bestemmelser om klageprosessen. Bestemmelsen om at medlemsstatene kan kreve at leverandører først underretter oppdragsgiver om den påståtte overtredelse og om at klage vil bli innlevert videreføres, men med den presisering at dette ikke må berøre karensperioden eller eventuelle klagefrister. Som noe nytt innføres det også en adgang for medlemsstatene til å kreve at klage først må inngis til oppdragsgiver før klage kan inngis til håndhevelsesorganet.

De nye materielle reglene som følger av direktiv 2007/66/EF er nærmere behandlet i kapitlene 7-12.

4.2 Virkeområdet for direktivet

Direktiv 2007/66/EF medfører endringer både i håndhevelsesdirektivet i klassisk sektor (direktiv 89/665/EØF) og håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene (92/13/EØF).

Selve direktivet inneholder bare fem artikler. I artikkel 1 gjennomføres endringene for direktiv 89/665/EØF (klassisk sektor). I artikkel 2 gjennomføres endringene for direktiv 92/13/EØF (forsyningssektorene). Endringene i henholdsvis klassisk sektor og forsyningssektorene er langt på vei identiske.

Artikkel 3-5 inneholder avsluttende bestemmelser om gjennomføring, ikrafttredelse og adressater.

Klassisk sektor

Håndhevelsesdirektivet i klassisk sektor (direktiv 89/665/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF) får anvendelse på kontrakter som omfattes av anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF), med mindre kontraktene er unntatt i henhold til artikkel 10-18 i sistenevnte direktiv. Dette følger av håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1.

Særlig om kontrakter om uprioriterte tjenester

Inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester er regulert i anskaffelsesdirektivet artikkel 21. Det følger av denne bestemmelsen at slike kontrakter utelukkende er underlagt artikkel 23 (om tekniske spesifikasjoner) og artikkel 35 nr. 4 (om kunngjøring av konkurranseresultater). Direktivets detaljerte prosedyreregler gjelder derimot ikke for inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester.

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1 viser ikke til anskaffelsesdirektivet artikkel 21. Kontrakter om uprioriterte tjenester er således ikke tatt med på listen over offentlige kontrakter som er unntatt fra håndhevelsesdirektivets virkeområde. Håndhevelsesdirektivet gjelder således i utgangspunktet også for kontrakter om uprioriterte tjenester.

Det er imidlertid flere av håndhevelsesdirektivets bestemmelser som utelukkende gir mening for kontrakter som er omfattet av de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivet, slik som for eksempel reaksjoner knyttet til manglende pliktig kunngjøring av en konkurranse. Det fremgår likevel ikke eksplisitt av håndhevelsesdirektivet hvilke regler som gjelder for kontrakter om uprioriterte tjenester. *Utvalget* har derfor tatt stilling til hvilke av direktivets bestemmelser som må antas å gjelde for kontrakter om uprioriterte tjenester.

Spørsmål om håndhevelse av kontrakter om uprioriterte tjenester er nærmere behandlet i kapittel 11.2.

Særlig om kontrakter under EØS-terskelverdiene

Anskaffelsesdirektivet gjelder bare for kontrakter over EØS-terskelverdiene. Kontrakter under EØS-terskelverdiene er således verken omfattet av anskaffelsesdirektivet eller håndhevelsesdirektivet.

Spørsmål om håndhevelse av kontrakter under EØS-terskelverdiene er nærmere behandlet i kapittel 11.3.

Forsyningssektoren

Håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene (direktiv 92/13/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF) får anvendelse på kontrakter som omfattes av forsyingsdirektivet (direktiv 2004/17/EF), med mindre kontraktene er unntatt i henhold til artikkel 5 nr. 2, artikkel 18-26, artikkel 29 og 30 eller artikkel 62 i sistenevnte direktiv. Dette følger av håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene artikkel 1 nr. 1. Dette direktivet gjelder i utgangspunktet også for kontrakter om uprioriterte tjenester, men som i klassisk sektor er ikke alle nye bestemmelser relevante for slike kontrakter.

Håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene gjelder ikke for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Spørsmål om håndhevelse i forsyningssektorene er nærmere behandlet i kapittel 12.

Kapittel 5
Rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivet

5.1 Nasjonalt handlingsrom ved gjennomføring av direktivet

5.1.1 Generelt om gjennomføringen av EU/EØS-rettens anskaffelsesregler

Utvalgets oppgave er å utrede gjennomføringen av direktiv 2007/66/EF, som Norge er forpliktet til gjennom EØS-avtalen. Dette er et endringsdirektiv, som viderefører direktiver Norge tidligere har gjennomført i lov og forskrift.

Dette innebærer at utvalgets oppgave er annerledes enn for de fleste andre lovutvalg. Utvalget står ikke fritt til å utforme de regler man måtte mene er mest hensiktsmessige, men er forpliktet til å gjennomføre direktivets regler, enten man anser dem fornuftige eller ikke. Videre skal de nye reglene gjennomføres innenfor et allerede eksisterende lov- og forskriftsverk. Dette setter rammer, og legger føringer på utvalgets arbeid.

Innenfor disse rammene er det imidlertid et betydelig handlingsrom. I EØS-avtalens hoveddel artikkel 7 heter det at ved gjennomføringen av direktiver i nasjonal rett skal det være overlatt til «avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen». Et direktiv er ikke en ferdig lovtekst, men et sett regler som nasjonal lovgiver er forpliktet til å gjennomføre. Det er et krav om at direktivreglene må inntas i nasjonal rett på en klar og tydelig måte, som sikrer forutberegnelighet og effektiv etterlevelse. Men utover dette er det et betydelig spillerom for gjennomføring på den måte som passer best med nasjonal rettstradisjon og lovgivningsteknikk.

Et grunnleggende valg ved gjennomføring av direktiver i nasjonal rett, er om man skal innta direktivteksten direkte (inkorporasjon), eller om man skal omskrive den (transformasjon), for å passe reglene bedre inn i eksisterende nasjonal rett og gjøre dem mer tilgjengelige. Begge teknikker er tillatt, og dette vil være et vurderingsspørsmål i den enkelte sak. En ulempe ved omskriving er at det kan oppstå feil og forskjeller mellom EU/EØS-retten og nasjonal rett. En ulempe ved ordrett inkorporasjon er at reglene på nasjonalt nivå kan fremstå som fremmede og vanskelig tilgjengelige.

På anskaffelsesrettens område er EU/EØS-direktivene detaljerte og kompliserte, og setter store krav til korrekt nasjonal gjennomføring. I en del EU-stater har man valgt å inkorporere direktivene mer eller mindre ordrett som nasjonal rett. Det ble også gjort i Norge i 1992, da norsk lovgiver første gang gjennomførte de daværende anskaffelsesdirektivene. Etter hvert gikk man imidlertid over til omskrivingsmetoden – først ved den nye anskaffelsesloven av 1999, og deretter ved anskaffelsesforskriften av 2001, som senere er erstattet av forskriften av 2006.

EU/EØS-rettens anskaffelsesregler er altså generelt omskrevet i henhold til norsk tradisjon, og deretter gjennomført dels i lov og dels i forskrift. Sammenlignet med andre rettsområder er et særtrekk ved anskaffelsesretten at en meget stor andel av reglene er inntatt på forskriftsnivå. Lov om offentlige anskaffelser fra 1999 er i hovedsak en rammelov, med et relativt lite antall paragrafer. Dette er så supplert med anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften av 2006, som er meget detaljert, og der man finner de fleste materielle reglene.

Videre er anskaffelsesretten preget av at norsk lovgiver ikke bare har gjennomført EU/EØS-retten, men også supplert denne med nasjonalt baserte regler, som på en rekke områder går lengre i å stille krav til anskaffelsesprosessene enn det EU/EØS-retten krever. Herunder er det blant annet stilt detaljerte krav til anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene og til «uprioriterte tjenester». På en rekke felter er EU/EØS-retten og nasjonalt baserte regler flettet inn i hverandre, slik at det kan være vanskelig å se hvor grensen går.

5.1.2 Særlig om gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet

I det foregående kapitlet redegjøres det for rammene som håndhevelsesdirektivet skal gjennomføres innenfor. Det har for utvalget fremstått som klart at heller ikke dette direktivet kan gjennomføres som en egen lov eller forskrift. I stedet må det omskrives, og flettes inn i det allerede eksisterende regelverket for offentlige anskaffelser på en best mulig måte.

Som ledd i gjennomføringen av direktivet, er det naturlig at utvalget også utreder og vurderer om reglene skal gis anvendelse lengre enn det EU/EØS-retten krever, for eksempel under terskelverdiene og for uprioriterte tjenester. Videre er utvalget etter mandatet også bedt om å utrede andre mer indirekte og avledete virkninger i nasjonal rett, og komme med forslag til ny regulering i den grad det fremstår som en nødvendig eller hensiktsmessig konsekvens av direktivet. Dette er gjort i det følgende.

I tillegg til det generelle handlingsrommet ved gjennomføring av EU/EØS-direktiver, overlater håndhevelsesdirektivet det også på flere punkter eksplisitt til nasjonal lovgiver å velge mellom flere mulige alternativer, eller å utforme de nærmere regler om nasjonal gjennomføring. Et viktig eksempel er at selv om direktivet pålegger nasjonale myndigheter å innføre «uten virkning» som sanksjon ved visse former for brudd, så gir det vidt spillerom til å fastsette de nærmere følgene i nasjonal rett, inkludert om det skal gjelde for hele kontraktperioden (ex tunc) eller bare for den gjenværende (ex nunc).[1] Et annet viktig eksempel er at direktivet overlater til nasjonal rett hvordan reglene skal håndheves – administrativt eller gjennom domstolene. Dette er i tråd med det generelle prinsippet i EU/EØS-retten om medlemsstatenes «prosessautonomi», som det også er vist til i direktivets fortale punkt 34.

En generell utfordring ved gjennomføring av direktiver i nasjonal rett er at det ikke alltid er åpenbart hvordan de nærmere skal tolkes og forstås. Det gjelder også for håndhevelsesdirektivet. De fleste reglene i direktivet er klare, men på enkelte punkter kan tolkningen diskuteres. I slike tilfelle kan man ved gjennomføringen i prinsippet gå frem på to måter. Det ene er å konsekvent tolke direktivet mest mulig utvidende, og på den måten legge inn en ekstra «margin» ved gjennomføringen. Det andre er å velge den tolkningen som fremstår som mest naturlig, og som også anses å gi den beste løsningen etter en nasjonal vurdering. Utvalget anser det siste alternativet for å være det generelt og prinsipielt korrekte,[2] og har lagt seg på denne linjen i sine forslag til gjennomføring.

På de punktene der det kan være tvil om den EU/EØS-rettslige tolkningen, vil utvalget følgelig påpeke dette, og søke å finne frem til den mest naturlige tolkningen. Men der det er flere legitime tolkningsmuligheter, vil utvalget foreslå de løsninger som etter en selvstendig vurdering fremstår som de beste og mest hensiktsmessige i en nasjonal kontekst. I den forbindelse er det også lagt vekt på å finne løsninger som passer best mulig inn med eksisterende norsk rett, herunder ikke bare anskaffelsesretten, men også kontraktsrett, erstatningsrett og prosessrett.

I årene som kommer vil håndhevelsesdirektivet avklares og utvikles videre gjennom nasjonal og overnasjonal praksis, herunder EU-domstolens rettspraksis. Det kan være en risiko for at de løsninger utvalget foreslår senere vil måtte revideres på grunn av utvikling i rettspraksis. Men dette er en generell utfordring ved gjennomføring av folkerettslige forpliktelser i nasjonal rett, som ikke er særegen for dette direktivet.

5.2 Formål og hensyn ved gjennomføringen av direktivet

5.2.1 Innledning

Ved gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet er det viktig å forstå formålet med reglene, og hvilke hensyn og mothensyn som gjør seg gjeldende. Dette er nødvendig både for tolkningen av direktivet, og for å kunne gjennomføre det på en best mulig måte i nasjonal rett. En forståelse av de grunnleggende hensynene er også viktig ved den senere anvendelsen og håndhevelsen av reglene.

---

[1] Se direktivets fortale punkt 21, der det blant annet heter at "Følgerne af, at en kontrakt betragtes som værende uden virkning, bør fastlægges i national ret. Det kan således bestemmes i national ret, at f.eks. samtlige kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft (ex tunc), eller at annulleringens omfang omvendt begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt (ex nunc)".

[2] Utvalget vil her presisere at lojalitetsplikten i EØS-avtalens hoveddel artikkel 3 må anses som en plikt til å gjennomføre EØS-retten slik den er, ikke til å tolke den så vidt som mulig. Det kan være at et mulig tolkningsalternativ går lengre enn et annet. Men det er ikke mer eller mindre "lojalt" å velge det ene eller det andre. Der det er reell tolkningstvil, gir dette nasjonal lovgiver et legitimt handlingsrom.

Formålet med de nye reglene i håndhevelsesdirektivet er i følge fortalen å «forbedre effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter».[3] Mer konkret kan man si at hovedformålet er å gi klageprosedyrene mer realitet gjennom nye regler om karensperiode og suspensjon, samt å bekjempe ulovlige direkte anskaffelser ved den nye sanksjonen «uten virkning».

Hovedformålet med håndhevelsesdirektivet er med andre ord å realisere de generelle hensyn som EU/EØS-rettens anskaffelsesregler skal oppfylle. For å forstå direktivet, er det følgelig nødvendig å kjenne både de generelle hensyn i anskaffelsesretten, og de spesielle hensyn som gjelder for håndhevelsen av reglene.

5.2.2 Generelle hensyn bak reglene om offentlige anskaffelser

Reglene om offentlige anskaffelser er et relativt nytt rettsområde, som for alvor kom inn i norsk rett med EØS-avtalen i 1992, og som siden den gang har utviklet seg dynamisk, til å bli et omfattende regelverk, med detaljerte bestemmelser og stadig mer retts- og forvaltningspraksis. Før 1992 hadde man i Norge i hovedsak bare interne retningslinjer for innkjøp i stat og kommune, som gjaldt som instruks i forvaltningen, men ikke slik at disse utad var rettslig bindende eller kunne gi private rettslige krav.

Anskaffelsesreglene bygger på en grunnleggende sondring mellom private og offentlige anskaffelser. Offentlige hensyn tilsier ikke at private aktører pålegges særskilte prosedyrer for sine anskaffelser, og de står fritt til å gjøre det på den måten de måtte ønske. Normalt vil det være en presumsjon for at private opptrer bedriftsøkonomisk rasjonelt, men i den grad de ikke gjør det, er det på eget ansvar. For offentlige markedsaktører er det annerledes. De er pålagt strenge og detaljerte krav til hvordan de må gå frem for å kunne foreta innkjøp av varer og tjenester (over en viss verdi). Begrunnelsen for dette er sammensatt, og må søkes dels på EU/EØS-nivå, og dels på norsk nasjonalt nivå.

Formålet med anskaffelsesreglene i EU/EØS-retten fremgår for det første av at reglene inngår som en integrert del av den alminnelige reguleringen av det indre marked, sammen med reglene om fri flyt av varer og tjenester, samt fri og effektiv konkurranse. For det andre finner man formålene uttrykt i fortaler og forarbeider til direktivene. I en «grønnbok» fra EU-kommisjonen fra 1996 om offentlige anskaffelser ble formålene konsist oppsummert som følger:

> «the creation of the conditions of competition necessary for the non-discriminatory award of public contracts, the rational allocation of public money through the choice of the best offer presented, suppliers, access to a truly single market with significant business opportunities and the reinforcement of competition among European enterprises.» [4]

Kommisjonen peker her på tre hensyn som bærende bak reglene om anskaffelser i EU-retten. For det første hensynet til fri konkurranse og til å unngå forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. For det andre hensynet til rasjonell offentlig økonomistyring. For det tredje integrasjonshensyn – nærmere bestemt å lette tilgangen til de nasjonale markedene for leverandører fra andre medlemsstater. Ved at direktivene er ordrett kopiert fra EU-retten over i EØS-avtalen, må dette anses for å gjelde også i EØS-retten, i henhold til prinsippet om ensartet tolkning. EU-lovgivers formål med direktivene legger følgelig føringer også på forståelse av reglene i norsk rett, og på norske myndigheters lojale gjennomføring og etterlevelse.

Ved siden av de EU/EØS-rettslige hensynene, har også norsk lovgiver ved utformingen av norske lover og regler på anskaffelsesrettens område de siste ti-femten årene gitt uttrykk for hvilke hensyn man ønsker at reglene skal ivareta. Her er vektleggingen noe annerledes enn på EU/EØS-nivå. Det som særlig fremheves i norske forarbeider er hensynet til rasjonell offentlig økonomistyring og effektiv ressursbruk. Det er herunder vanlig å vise til størrelsen på markedet for offentlige anskaffelser, og de antatte besparelser som årlig kan oppnås gjennom anskaffelsesregler som sikrer reell og effektiv konkurranse.

Da anskaffelsesloven ble gitt i 1999 ble følgende formål nedfelt i § 1:

> «§ 1. Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige

[3] Se fortalen punkt 34, jf også punkt 3, der det vises til behovet for å bedre håndhevelsen av anskaffelsesretten, for på den måten å sikre at hensynene bak de materielle anskaffelsesreglene (i direktiv 2004/18 og 2004/17) bedre kan realiseres, og "komme hele Fellesskapet til gode".

[4] Se Green Paper, Public procurement in the European Union: Exploring the way forward, Communication adopted by the Commission on the 27th November 1996.

anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. »

Det sentrale er her hensynet til «økt verdiskaping i samfunnet» og «mest mulig effektiv ressursbruk». Dette skal oppnås gjennom å stille krav til «forretningsmessighet» også i offentlige forhold. Målet er at offentlige oppdragsgivere ved å følge regelverket skal opptre som enhver annen økonomisk rasjonell aktør på markedet.[5] Tanken er at offentlige innkjøpere ikke har samme insitament til å opptre økonomisk rasjonelt som private, siden de ikke er underlagt samme konkurranse og samme krav til effektivitet og inntjening. De må med andre ord pålegges å opptre på en måte som for kommersielle aktører faller naturlig. Offentlige innkjøpere er tjenestemenn som forvalter fellesskapets midler («skattebetalernes penger»), og da må det stilles klare krav til profesjonalitet, upartiskhet og effektiv ressursbruk.

Henvisningen i lovens § 1 til «økt verdiskapning i samfunnet» reflekterer også det faktum at markedet for offentlige innkjøp av varer og tjenester i et moderne samfunn er så stort at det i seg selv får betydning for samfunnsøkonomien at det fungerer mest mulig åpent og effektivt.

Videre er det i formålsbestemmelsen i § 1 også vist til «likebehandling» som et hensyn. Dette dekker for det første det EU/EØS-rettslige kravet til ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Men i norsk anskaffelsesrett er det forstått videre, som et krav til likebehandling også mellom nasjonale markedsaktører. Begrunnelsen er etter ordlyden i § 1 igjen først og fremst at dette er det økonomisk mest rasjonelle for det offentlige. Men dernest kan prinsippet om likebehandling i noen grad også tolkes slik at det er ment å beskytte hensynet til den enkelte (private) leverandør.

I 2006 ble formålsbestemmelsen i lovens § 1 utvidet ved at det fikk inn et tillegg der det heter at:

> «Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med høy integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

Hensikten med tilføyelsen var å markere et krav om etisk atferd hos offentlige tjenestemenn også på området for offentlige anskaffelser. Regelverket skal med andre ord også bidra til å redusere risikoen for korrupsjon og kameraderi.[6]

Dersom en ser de EU/EØS-rettslige hensynene og norsk lovgivers uttalte hensyn i sammenheng, kan regelverket for offentlige anskaffelser sies å tjene til å oppfylle følgende seks hovedformål:

- effektiv offentlig ressursbruk
- effektiv konkurranse på markedet
- økt integrasjon (tilgang for leverandører fra andre EU/EØS-land)
- likebehandling og forutberegnelighet for markedsaktørene
- forhindre korrupsjon og styrke allmennhetens tillit til den offentlige økonomistyringen
- profesjonalisering og standardisering av offentlige innkjøpsrutiner

Dette er i hovedsak offentlige hensyn – velferd, verdiskapning, effektiv ressursbruk, konkurranse, bekjempelse av korrupsjon, tillit i befolkningen, samhandel og integrasjon. Når man har oppstilt regler for offentlige anskaffelser av varer og tjenester, er det med andre ord primært av hensyn til felles formål – i første rekke på nasjonalt plan, men også i forhold til andre stater.

Anskaffelsesreglene pålegger offentlige etater omfattende og detaljerte plikter ved innkjøp av varer og tjenester. Dette er rettslige plikter, og dersom de brytes kan berørte private aktører påberope seg dette overfor etaten, overfor klageorganer (KOFA og ESA), og direkte for nasjonale domstoler. Slik sett gir reglene også omfattende rettigheter til private. Dette må i hovedsak anses som avledete rettigheter. Hensikten er at den private håndhevingen skal fungere preventivt og skjerpende på de offentlige oppdragsgiverne, slik at disse tvinges til å ivareta de offentlige formål som ligger bak. Men retten til likebehandling og reell konkurranse om offentlige kontrakter kan også sees som en privat rettighet i seg selv.

Medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo vil understreke at de ser fremveksten av et regelverk for offentlige anskaffelser som en grunnleggende positiv utvikling, som bidrar til effektiv ressursbruk i samfun-

[5] Se Ot.prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 5. Se også kap. 12 om økonomiske og administrative konsekvenser, der det blant annet heter følgende om regelverkets innvirkning på offentlig ressursbruk: "Gjeldende regelverk for offentlig anskaffelser har vist at det ligger betydelige innsparingsmuligheter i å lovregulere området. I denne sammenheng kan det vises til en undersøkelse fra NORUT samfunnsforskning hvor et relativt stort antall innkjøpere mener at prisene har sunket etter innføringen av EØS-regelverket, og av disse er det en betydelig andel som mener prisene har sunket med 10-20 prosent. (…)"

[6] Se Ot.prp. nr. 62 (2005-2006).

net og et mer åpent, rasjonelt og profesjonelt marked.

Samtidig vil *disse medlemmene* påpeke at det også gjør seg gjeldende visse *mothensyn* mot å stille for strenge krav til offentlige anskaffelsesprosesser. Det er riktignok ikke særlig vanlig å se slike mothensyn fremhevet i forarbeidene til anskaffelsesreglene, verken i EU-retten eller på nasjonalt nivå. For det første er det sjelden lovgiver fremhever mothensyn når man etter en lang prosess har kommet til at ny lovgivning skal innføres. Da understreker man heller den positive begrunnelsen. For det andre er det vanskelig å vise til tunge mothensyn mot å innføre anskaffelsesregler generelt. Mothensynene går snarere på hvor strenge og detaljerte reglene skal være. Hvor langt er det hensiktsmessig å oppstille særlige krav til offentlige innkjøpere, sammenlignet med private? Hva er mulige ulemper og bivirkninger? Slike hensyn har vært tydeligere fremme de senere år, blant annet ved hevningen av den nasjonale terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner. Denne terskelverdien avgjør når de detaljerte prosedyrereglene i forskriften kommer til anvendelse.

Et første hensyn mot detaljerte anskaffelsesregler er den ekstra administrasjon dette skaper for den enkelte etat. Anskaffelsesreglene er krevende og til dels kompliserte å forholde seg til, selv for profesjonelle innkjøpere. Dette er vanskeligst for mindre kommuner og mindre offentlige etater, som ofte sliter med å bygge tilstrekkelig kompetanse både på den forretningsmessige og juridiske delen av innkjøpsarbeide. Men selv for store og profesjonelle offentlige oppdragsgivere er det et ressurskrevende og komplisert system.

For det andre kan strenge anskaffelsesregler føre til at offentlige oppdragsgivere stilles dårligere markedsmessig enn private oppdragsgivere. En side av dette er at anskaffelsesprosessene ofte blir tidkrevende, med etapper og frister, og krav som det tar tid å oppfylle. Resultatet er at det er vanskeligere for offentlige oppdragsgivere enn for private å handle raskt i markedet, og det stilles større krav til planlegging. Videre er regelverket relativt formalistisk og firkantet. Blant annet må spesifikasjoner angis uttømmende allerede i konkurransegrunnlaget, og det kan være vanskelig å endre eller omgjøre dem, selv om det på senere stadier i anskaffelsesprosessen kan vise seg at andre løsninger vil være mer hensiktsmessige.

Videre kan de langvarige og ressurskrevende offentlige prosessene i seg selv legge en demper på markedet, og skremme bort potensielle leverandører.

For det tredje kan anskaffelsesreglene fungere konfliktskapende og prosessdrivende. I de årene reglene har vært i kraft, har det vært en stor økning i antallet klager til oppdragsgiver, klager til KOFA og begjæringer og søksmål for domstolene. I den grad dette stopper uriktige anskaffelser er det positivt, og den preventive effekten av tvistesakene er viktig og verdifull. Men mange konflikter har også vist seg å være ubegrunnet. Tvister om anskaffelsesreglene er ofte tidkrevende, og kan påføre alle de involverte aktører store ressurstap – uavhengig av det endelige utfall. Økt konfliktnivå og større ressursbruk i forbindelse med avviklingen av konkurransen trekker også ressurser bort fra oppdragsgivers kontraktsoppfølging. En slik utvikling er ikke i tråd med hensynet til effektiv ressursbruk.

Anskaffelsesreglene pålegger offentlige innkjøpere å lyse ut så vel store som til dels relativt små kontrakter til konkurranse, og deretter gjennomføre omfattende prosesser før beslutning tas og kontrakt kan inngås, med risiko for senere klage og søksmål. Dette er rasjonelt i den grad det åpner markedet, og gir det offentlige bedre vilkår enn man ellers ville fått. Men sammenlignet med private oppdragsgivere er det ikke nødvendigvis rasjonelt i situasjoner der den offentlige innkjøper har behov for å agere raskt, eller allerede kjenner markedet. Risikoen for senere klage og langvarig søksmål begrunnet i forhold ved prosessen er også en betydelig ekstra byrde for det offentlige sammenlignet med private kommersielle innkjøpere.

Medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo vil på denne bakgrunn påpeke som mulige mothensyn mot anskaffelsesreglene at disse vil kunne fungere:

- tids- og ressurskrevende
- firkantet og forretningsmessig kompliserende
- konfliktskapende og prosessdrivende

Generelt må det antas at det er klart samfunnsøkonomisk fornuftig å ha regler om offentlige anskaffelser som sikrer konkurranse og markedstilgang. Hvor grensen går for hvor store kontraktene må være for at det skal være samfunnsøkonomisk lønnsomt er derimot vanskeligere å måle, selv om nyere studier har søkt å beregne hvor «terskelverdien bør ligge».[7] Og hvor strenge, detaljerte og tidkrevende anskaffelsesreglene kan gjøres før de tipper over og blir kontraproduktive er vanskelig å vurdere generelt.

I den enkelte sak er det ofte enklere å vurdere om anskaffelsesprosessen er økonomisk rasjo-

nell. I de fleste tilfellene vil den utvilsomt være det. De besparelser som kan oppnås gjennom effektiv konkurranse vil normalt klart overstige de direkte og indirekte kostnadene ved prosessen. Men det pågår også til hver tid anskaffelsesprosesser i norsk forvaltning som isolert sett neppe er økonomisk rasjonelle – enten fordi oppdragsgiver allerede kjenner markedet godt nok til å kunne foreta den riktige anskaffelsen uten nasjonal kunngjøring og langvarig prosess, eller fordi andre sider ved prosessen gjør at den ikke er tilstrekkelig fleksibel, eller ikke tilstrekkelig attraktiv til å tiltrekke seg de potensielt beste leverandørene.

I de saker der det oppstår konflikt om anskaffelsesprosessen, vil dette i noen tilfelle kunne føre til at feil rettes opp i tide. Men det kan også føre til tvister som i hvert fall isolert sett er økonomisk negative og skadelige for verdiskaping og offentlig ressursbruk. For den offentlige oppdragsgiver vil etterfølgende tvister nesten alltid være økonomisk irrasjonelle, og i verste fall føre til vesentlige forsinkelser, eller til at fellesskapet må betale to ganger for samme leveranse (kontraktssum pluss erstatning). Hensikten med etterfølgende sanksjoner for brudd på anskaffelsesreglene er i hovedsak prevensjon (allmenn og individuell). I den konkrete sak vil sanksjoner sjelden være formålstjenelige ut fra de hensyn regelverket er satt til å oppfylle.

Det er en kjent sak at det forekommer mange små og store brudd på reglene om offentlige anskaffelser, selv om omfanget er vanskelig å måle. Mange av bruddene skyldes utvilsomt kritikkverdige forhold. Noen kan skyldes grove forhold, som kameraderi eller korrupsjon. En større del skyldes antagelig manglende profesjonalitet og kjennskap til regelverket. Men mange brudd skyldes nok også misforståelser av et komplisert og krevende regelverk.

Disse medlemmene vil på denne bakgrunn understreke at anskaffelsesretten er et område der kryssende hensyn gjør seg gjeldende og må avveies. Dette er viktig ved tolkningen av de krav EU/EØS-retten stiller, og ved gjennomføringen av disse i nasjonal rett.

Medlemmene Sejersted, Goller, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo vil understreke at anskaffelsesretten fortsatt er et relativt nytt rettsområde, under stadig utforming. Siden prosessen startet tidlig på 1990-tallet, har utviklingen i all hovedsak gått i retning av å stadig utvide reglenes rekkevidde, samt gjøre håndhevelsessystemet strengere. Etter *disse medlemmenes* vurdering kan det hevdes at rettsutviklingen har vært drevet frem noe ensidig, uten alltid å ta tilstrekkelig hensyn til legitime mothensyn. Norge er under EØS-avtalen forpliktet til å gjennomføre EU/EØS-direktivene lojalt, og det har man gjort. Men norsk lovgiver har gått lenger i å regulere offentlige anskaffelser enn der EU/EØS-retten krever, både hva gjelder reglenes rekkevidde og detaljgrad. Dernest er reglene på en del punkter tolket relativt strengt og lite fleksibelt. Det gjelder ikke minst KOFAs praksis, som illustrert ved det begrunnelseskrav KOFA har oppstilt (se nærmere kap 13.2). Etter *disse medlemmenes* vurdering har utviklingen av anskaffelsesretten nå kommet til et punkt der det er naturlig å stoppe opp og rasjonelt vurdere hvordan kryssende hensyn best kan avveies, både ved videre lovgivning og ved tolkning og anvendelse av de regler som er gitt.

Disse medlemmene vil videre understreke at hovedformålene bak regelverket om offentlige anskaffelser er *felles offentlige hensyn* – i første rekke på nasjonalt plan, men også i forhold til andre stater. Velferd, verdiskapning, effektiv ressursbruk, konkurranse, bekjempelse av korrupsjon, tillit i befolkningen, samhandel og integrasjon er i første rekke offentlige hensyn. Det er grunn til å understreke dette, fordi det enkelte steder i nyere praksis og teori noen ganger fremstilles som om anskaffelsesretten først og fremst er gitt av hensyn til de private tilbydernes interesser. Dette er ikke et korrekt perspektiv, verken i EU/EØS-retten eller slik norsk lovgiver har utformet reglene. Anskaffelsesretten skal også ivareta hensynet til de private markedsaktørene, i første rekke forutberegnelighet og lik mulighet til å konkurrere om offentlige kontrakter. Men det sentrale med anskaffelsesreglene å sikre felles offentlige interesser. Dette er viktig for å forstå reglenes funksjon og tolke dem korrekt.

Disse medlemmene vil videre påpeke at anskaffelsesreglene pålegger offentlige etater omfattende og detaljerte plikter ved innkjøp av varer og tjenester. Dette er rettslige plikter, og dersom de brytes kan berørte private aktører påberope seg

---

[7] Dette er reflektert i reglene om terskelverdier. I EU/EØS-retten er terskelverdiene ikke bare satt ut fra rent økonomiske betraktninger, men også ut fra hensynet til hvilke kontrakter som kan tenkes å ha en grensekryssende interesse, og derfor bør gjøres tilgjengelige ut fra integrasjonshensyn. I intern norsk rett er terskelverdiene langt lavere, og går generelt ved 500 000 kroner. Dette ble i en utredning fra 2008 ansett for å være et økonomisk fornuftig skjæringspunkt, jf. Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi og tiltak i konkurransefasen, Asplan Viak, 2008.

dette overfor etaten, overfor klageorganer (KOFA og ESA), og direkte for nasjonale domstoler. Slik sett gir reglene private omfattende rettigheter. Men dette er i hovedsak korresponderende og avledete rettigheter. Hensikten er at den private håndhevingen skal fungere preventivt og skjerpende på de offentlige oppdragsgiverne, slik at disse tvinges til å ivareta de offentlige formål som ligger bak. Retten til å konkurrere på like vilkår om offentlige kontakter har vokst frem i praksis og teori de siste ti-femten årene, som en avledet rettighet av de offentlige formål bak anskaffelsesretten, nasjonalt og på EU/EØS-nivå. Men det er fortsatt ikke noen privat rettighet å få en offentlig kontrakt. Det er fortsatt slik at tilbyderne deltar i konkurranser om offentlige kontrakter på egen regning og risiko, slik man også gjør på det private marked, og det er viktig å være bevisst på dette ved tolkning og anvendelse av regelverket.

Det går en grense et sted for hvor mye vanskeligere det bør være for offentlige aktører å anskaffe varer og tjenester sammenlignet med private aktører. Dersom denne grensen overskrides, vil det føre til at mange av de samfunnsøkonomisk gunstige effektene av anskaffelsesregelverket svekkes eller helt bortfaller.

Disse medlemmene har merket seg at medlemmet Gjønnes nedenfor i kapittel 5.4 har en alternativ fremstilling av hensynene bak reglene om offentlige anskaffelser som kun fremhever de positive sidene ved regelverket, og dernest argumenterer imot de mothensyn som er påpekt i dette kapitlet. Etter medlemmenes *Sejersted, Goller, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlos* syn er dette et illustrerende eksempel på det ensidige og unyanserte synet på offentlige anskaffelser som har vært utbredt de senere år, og som det nå er på tide å forlate til fordel for en mer balansert tilnærming.

Medlemmet Hellesylt vil understreke at innkjøpsarbeidet har fått for lite oppmerksomhet hos mange statlige og kommunale virksomheter. I konkurranse med tunge utviklingsoppgaver i offentlig sektor, har innkjøp blitt sett på som mindre viktig. Beslutninger med svært store økonomiske konsekvenser har blitt overlatt til medarbeidere med mangelfull merkantil og juridisk kunnskap, og uten at ledelsen har lagt en klar plan og satt av tilstrekkelig ressurser i arbeidet. Interne retningslinjer og rutiner har manglet.

Strengere regler og håndheving har gjort noe med denne situasjonen. Det har satt fart i en omfattende og stadig pågående prosess med forbedringer og profesjonalisering av de offentlige innkjøpsfunksjonene, noe som er helt nødvendig tatt i betraktning at stat og kommuner kjøper inn for mer enn 300 milliarder kroner i året.

Som pekt på ovenfor er det likevel flere mothensyn ved detaljerte prosedyreregler. Det er ikke uten videre enkelt å måle de samfunnsmessige plusser og minuser ved dagens regelverk og dermed ha et sikkert grunnlag for om det er behov for å justere kursen. Dette medlemmet merker seg likevel at den studien som ble gjort etter at den nasjonale terskelverdien ble hevet fra 200 000 til 500 000 kroner, fant at regelverket har en god innretning ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted. Konklusjonen kom som resultat av omfattende beregninger av administrative og økonomiske kostnader og gevinster hos innkjøpere og leverandører. Studien underbygger dermed at det norske regelverket i det store og hele har et omfang og innretning som er hensiktsmessig. *Dette medlem* mener derimot at det er utfordringer knyttet til hvordan håndhevelsesorganene tolker reglene. Vi har mange eksempler på at overordnede EØS-prinsipper og grunnleggende krav i anskaffelsesloven blir penslet ut gjennom praksis, særlig i EU-domstolen, men også i KOFA. Resultatet blir i realiteten en rekke detaljerte, ulovfestede prosedyrekrav som supplerer de skrevne reglene og som det er vanskelig å orientere seg i. Prosedyrekrav av denne art er lite egnet for en dynamisk utvikling i de ulike håndhevelsesorganene. Det er derfor å håpe at håndhevelsesorganene fremover blir mer varsomme med å utvikle uskrevne prosedyrekrav som det både er vanskelig å få oversikt over og som ikke har vært gjenstand for den avveiing av fordeler og ulemper som er tilfelle i en ordinær lovgivningsprosess.

5.2.3 Hensyn bak håndhevelsesreglene

Utvalget vil påpeke at med «håndhevelsesreglene» i anskaffelsesretten forstås reglene om håndtering av tvister, normalt etter klage fra en leverandør som ikke har nådd opp i konkurransen. Dette omfatter regler om klageadgang, klagefrist, klagebehandling, oppsettende virkning, sanksjoner, samt organisatoriske regler om hvilke organer som skal motta og behandle klagene, og etter hvilke prosedyrer.

I EU/EØS-retten gjelder et generelt prinsipp om nasjonal «prosessautonomi». Normalt nøyer EU/EØS-retten seg med å oppstille materielle regler. Hvordan disse så skal håndheves og sanksjoneres er som hovedregel opp til nasjonal forvaltnings- og prosessrett, så lenge det skjer på en ef-

fektiv og ikke-diskriminerende måte. Det er imidlertid mange unntak fra dette hovedprinsippet – på områder der EU-lovgiver har ansett det nødvendig å stille mer spesifikke krav til den nasjonale håndhevelsen.

Anskaffelsesretten er eksempel på dette. Også her gjelder som hovedregel et prinsipp om nasjonal prosessautonomi, der det er opp til nasjonal rett å fastlegge hvordan de materielle anskaffelsesreglene skal håndheves. Men for å sikre effektiv og ensartet etterlevelse ble det i 1989 gitt et eget håndhevelsesdirektiv (89/665/EF) som setter særlige krav til nasjonal forvaltning og prosess. Med endringene i håndhevelsesdirektivet som følger av direktiv 2007/66/EF videreføres dette, og det stilles ytterligere krav til de nasjonale prosessene.

Utvalget vil understreke at hovedhensikten med håndhevelsesreglene er at den materielle anskaffelsesretten skal etterleves effektivt. Slik sett er formålet med disse reglene de samme som formålet med regelverket generelt, som angitt ovenfor (verdiskapning, effektiv ressursbruk, fri konkurranse, integrasjon m.m.). Håndhevelsesreglene er rasjonelle så langt de bidrar til å realisere hensynene bak de materielle reglene.

Fordelene ved et håndhevelsessystem som sikrer effektiv etterlevelse må generelt veies opp mot de byrder som et omfattende klage- og sanksjonssystem medfører. I den enkelte sak er konflikt om en anskaffelse ofte ikke hensiktsmessig ut fra de offentlige formål reglene skal oppfylle. Dersom det er klare feil, og disse oppdages tidlig, kan håndhevelsesreglene føre til at de rettes opp uten vesentlig tap, og slik at man ender opp med en økonomisk mer fordelaktig kontrakt. Men i andre tilfelle vil dette føre til ekstra belastninger for det offentlige og for de andre berørte aktørene, og påføre dem større økonomiske byrder og forsinkelser enn den gevinst som eventuelt oppnås. Ofte er det ikke begått feil, eller feilene er små og uten betydning for resultatet. Og selv der det er begått feil som har ført til at den antatt beste leverandøren ikke har fått kontrakten, kan det ut fra offentlige interesser i den enkelte sak være økonomisk mer fordelaktig å gjennomføre en inngått kontrakt med den «nest beste» leverandøren, enn å måtte gjennom en langvarig og fordyrende rettsprosess.

Hensynet bak håndhevelsesreglene er følgelig i første rekke av *preventiv* karakter. For det første skal reglene fungere allmennpreventivt, og bidra til å skjerpe den offentlige økonomistyringen generelt. For det andre skal de fungere individualpreventivt, ved å sikre at offentlige etater og tjenestemenn som har begått feil en gang ikke gjør det igjen. Håndhevelsesreglene er rasjonelle så langt de fungerer preventivt. Dersom klageprosedyrer og sanksjoner gjøres strengere enn det prevensjonshensyn tilsier, vil det virke kontraproduktivt, og innebære mindre rasjonell offentlig ressursbruk.

Enkelte av håndhevelsesreglene kan ved siden av prevensjon også ha en *gjenopprettende* funksjon. I direktiv 2007/66/EF er dette sentralt. For det første tar direktivet sikte på å bedre mulighetene for å stoppe en feilaktig anskaffelse før kontrakt inngås, gjennom regler om «karensperiode» etter beslutning om tildeling, og «suspensjon» ved klage. For det andre åpnes det for at inngåtte kontrakter på nærmere vilkår kan erklæres for å være «uten virkning», slik at man kan lyse anskaffelsen ut på nytt på korrekt måte. Så langt gjenopprettelse av konkurransesituasjonen er formålet, må reglenes rasjonalitet vurderes opp mot hvor effektivt de vil kunne sikre dette. Utvalget kommer tilbake til dette i vurderingen av hvordan sanksjonen «uten virkning» bør utformes, basert på de særlige hensyn som taler for og imot en slik sanksjon (se kapittel 10).

Håndhevelsesregler som skal sikre effektiv etterlevelse av de materielle reglene må også avveies mot hensynet til *forsvarlig prosess og rettssikkerhet*. Jo mer inngripende de potensielle sanksjonene er, desto viktigere er det å sikre prosedyrer som gjør at man kommer frem til et korrekt resultat, og som garanterer de berørte aktørenes rettigheter. Videre tilsier hensynet til proporsjonalitet at sanksjonene må stå i rimelig forhold til de aktuelle overtredelsene, som understreket i fortalen til håndhevelsesdirektivet.[8]

Mer alvorlige konflikter i anskaffelsessaker er ofte kompliserte både rettslig og faktisk, og utfallet kan være av stor betydning både for oppdragsgiver, klager og andre berørte parter. Dette setter krav til håndhevelsesprosedyrene. For å sikre en korrekt vurdering av saken vil det ofte være nødvendig med omfattende kontradiksjon og mulighet for direkte saksfremstilling og bevisførsel. Hensynet til rettssikkerhet gjelder også for offentlige oppdragsgivere og de berørte tjenestemenn. Men dernest gjelder det særlig for andre berørte aktører, utover oppdragsgiver og klager, og da særlig for den private part som er utpekt som ak-

[8] Se fortalen punkt 13 om at det bør innførers sanksjoner "der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning", og punkt 22 om hensynet til at sanksjonene står "i et rimeligt forhold til overtrædelsen".

tuell leverandør eller endog har undertegnet kontrakt. Anskaffelsessaker er *flerpartsforhold*, som nærmere beskrevet nedenfor, og dette stiller krav om prosessuell beskyttelse av alle de berørte partenes interesser.

Da forslaget til nytt håndhevelsesdirektiv var ute på høring i EU i 2005, avga norske myndigheter et høringsbrev som var kritisk til de fleste av de forslagene som senere ble vedtatt.[9] Hva gjaldt forslag til de nye reglene om karensperiode og suspensjon, anførte norske myndigheter at disse var unødig firkantede, og at en mer fleksibel regulering ville være mer hensiktsmessig. Hva gjaldt forslaget om å innføre «uten virkning» som mulig sanksjon ved ulovlige direkteanskaffelser anførte Norge at dette ville være et brudd med norsk kontraktsrettstradisjon, og dessuten ha «substantial negative consequences for third parties in good faith».

Etter at direktivet er vedtatt i EU og overtatt i EØS, er det ikke lenger noen aktuell diskusjon om man skal ha nye regler om karens, suspensjon og «uten virkning». Men ved den nærmere gjennomføring og utforming av reglene er det fortsatt legitimt og nødvendig å legge vekt på hensynene til fleksibilitet og rettssikkerhet, innenfor de rammer som en lojal etterlevelse av direktivet setter.

5.3 De berørte aktørene – flerpartsforholdene

Håndhevelsesdirektivet regulerer prosedyrene for å klage, og visse mulige sanksjoner dersom det avdekkes brudd på anskaffelsesreglene. I slike situasjoner er den direkte konflikten mellom på den ene siden den offentlige oppdragsgiver, som har fattet beslutning om kontraktstildeling – og på den annen side den private klager, som mener beslutningen er uriktig. Dette er imidlertid ikke noe rent topartsforhold. I enhver konflikt vil det også være en berørt tredjepart, som er den leverandør som er pekt ut til å få kontrakten, eller som allerede har signert avtalen. Dertil kommer andre aktører og berørte interesser. En full oversikt omfatter:

- den enkelte offentlige etat (oppdragsgiver)
- den utvalgte medkontrahenten
- klager/saksøker
- andre leverandører (som ikke har klaget)
- andre potensielle leverandører (som potensielt kunne ha deltatt)
- de bevilgende myndigheter (fellesskapet)
- mottakerne av de offentlige tjenestene som anskaffelsen skal sikre

Som påpekt av Lasse Simonsen karakteriseres anskaffelsesprosesser (i motsetning til tosidige kontraheringsprosedyrer) ved at det skapes formelle flerpartsforhold.[10] Med et uttrykk lånt fra folkeretten kan man tale om multilaterale relasjoner. Og dersom det oppstår konflikt om anskaffelsen, er det flere potensielt berørte aktører, med legitime og ofte kryssende interesser.

Den *offentlige oppdragsgiver* er den etat som foretar anskaffelsen, og som gjennomfører prosessen og har det formelle ansvar for at anskaffelsesreglene følges. I praksis dekker dette alt fra store og profesjonelle offentlige innkjøpsetater som anskaffer for milliarder av kroner i året til departementer og direktorater som handler rådgivningstjenester og kontorutstyr til små etater eller kommuner som foretar enkeltstående anskaffelser. Den offentlige etaten vil være bundet av sine budsjetter, som er politisk fastsatt, og bundet til å foreta de anskaffelser som er mest fordelaktige for fellesskapet.[11] Normalt vil de varer og tjenester som anskaffes være slike som skal benyttes videre i offentlig tjenesteyting, enten av etaten selv i sin virksomhet, eller ved at det som anskaffes direkte er tjenesteyting på vegne av det offentlige (for eksempel utsetting av tjenester av allmenn interesse).

Den utvalgte *medkontrahenten* er den leverandør som er besluttet tildelt kontrakten, eller som det allerede er inngått kontrakt med. Så lenge vurderingen er lojal mot regelverket, vil dette være den leverandør som oppdragsgiver (med rette eller urette) anser for å ha gitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dersom kontrakt allerede er inngått, vil medkontrahenten som utgangspunkt ha en privatrettslig vernet interesse i at den gjennomføres. Men selv om avtalen ennå ikke er formelt inngått, vil medkontrahenten kunne ha beskyttelsesverdige interesser som avgiver av det

[9] Jf. brev av 13. juli 2005 fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet til EU-Kommisjonen.

[10] Jf. Lasse Simonsen, Prekontraktuelt ansvar, s. 460.

[11] Hvilke etater som er omfattet av anskaffelsesreglene er regulert i EU/EØS-retten, og nedfelt i anskaffelsesforskriften § 1-2, som omfatter statlige, kommunale, fylkeskommunale myndigheter og andre "offentligrettslige organer". Kriteriene for et "offentligrettslig organ" er blant annet at organet er selvstendig, at det tjener "allmennhetens behov", og at det i hovedsak finansieres eller kontrolleres av det offentlige. Formålet med etatens anskaffelser vil normalt være de "allmenne behov" som det er satt til å ivareta.

antatt beste tilbudet og forventninger basert på oppdragsgivers tildelingsvurdering. Det er oppdragsgiver som har det formelle ansvar for at anskaffelsesreglene etterleves, og normalt må medkontrahenten kunne forholde seg til dette. Men det kan også være situasjoner der medkontrahenten burde ha oppdaget feil, og kan hevdes å ha et reelt medansvar. Dersom det oppstår strid om kontraktstildelingen, vil den utvalgte medkontrahenten ha en rettslig og faktisk interesse i å delta i prosessene, og mulighet til å forsvare tildelingen.

Klager (eller saksøker dersom saken bringes inn for domstolene) vil i praksis være en av de andre leverandørene,[12] som ikke har nådd opp i konkurransen, og som mener at det er begått feil. Ettersom reglene om offentlige anskaffelser i hovedsak bygger på privat håndhevelse, har klager en sentral rettslig og faktisk posisjon. Det er ikke uvanlig at det gjøres feil, og for at dette skal kunne avdekkes må det være tilgang til operative klageprosedyrer. Klager vil nesten alltid være en privat kommersiell bedrift, i inn- eller utland, som normalt kan forventes å ville foreta en rasjonell helhetsvurdering av nytten av klage, der det rent rettslige bare er en av flere relevante hensyn.

Klager kan være den leverandør som er den «neste på listen», og med sannsynlighet ville fått kontrakten dersom den påståtte feilen ikke var begått. Men dette er slett ikke alltid tilfellet, og kan sjelden tas for gitt. Generelt kan det i anskaffelsestvister være vanskelig å vurdere hvilken materiell interesse klager egentlig har i saken, ved siden av den prosessuelle interessen i en korrekt saksbehandling.

På samme måte som det varierer hva slags offentlig organ oppdragsgiver er, vil det også i praksis variere betydelig hva slags private aktører klager og medkontrahent er – fra store og etablerte ressurssterke bedrifter som løpende inngår kontrakter med det offentlige og kjenner regelverket godt, til små foretak som bare unntaksvis gir tilbud til det offentlige. Noen leverandører vil ha hatt tidligere oppdrag for samme etat og ha forventninger også om fremtidige kontrakter, mens det for andre er tale om en engangshendelse. Selv om dette ikke skal ha formell betydning, vil det kunne ha praktiske konsekvenser for når klagesaker oppstår og hvordan de utvikler seg.

Ved siden av klager/saksøker, vil det i anskaffelsessaker normalt også være *andre leverandører*, som har deltatt i konkurransen og fått beskjed om at de ikke er valgt, men som (ennå) ikke har klaget. Det kan være en eller flere, og noen ganger en stor gruppe. Disse leverandørene vil rettslig og faktisk kunne ha langt på vei de samme interessene som klager. Det kan være ulike grunner til at de ikke selv har klaget. Det kan være fordi de mener prosessen gikk riktig for seg, men det kan også være at de mener det er begått feil, men ikke selv anser prosess for rasjonelt. De vil imidlertid fortsatt kunne ha en potensiell interesse i saken, og med mindre foreldelsesfristene er utløpt, vil de til enhver tid fortsatt kunne involvere seg i saken gjennom egen klage eller søksmål. Blant de andre leverandørene kan også være den «neste på listen», som antagelig ville ha fått kontrakten dersom den angivelige feilen ikke var begått, og som kan antas å ville få den dersom beslutningen omgjøres eller konkurransen lyses ut på nytt.

Ved siden av de andre leverandører i prosessen, må hensyn noen ganger også tas til *andre potensielle leverandører*, som ikke har deltatt, men som kunne ha gjort det. Det gjelder særlig leverandører som vil kunne påvise at de ville ha deltatt i konkurransen dersom den påståtte feilen ikke var blitt begått. Også slike leverandører kan ha rettslig og faktisk interesse i en etterfølgende klagesak eller søksmål. Ved ulovlige direkte anskaffelser har det ikke vært lyst ut noen konkurranse, og da vil alle potensielle leverandører kunne hevde å ha slik interesse. Andre potensielle vil ikke ha hatt utgifter til å delta i konkurransen. Men utover det vil de langt på vei ha samme interesser som de som eventuelt har deltatt.

Ved tolkning og anvendelse av anskaffelsesreglene er det på denne bakgrunn viktig å være bevisst på at konfliktene ikke bare berører de formelle parter (oppdragsgiver og klager/saksøker), men etter forholdene ofte også i større eller mindre grad vil kunne berøre interessene til en rekke andre aktører – den utvalgte medkontrahenten, andre leverandører og andre potensielle leverandører.

På samme måte er det på den «offentlige» side hensyn og interesser utover den berørte etat (oppdragsgiver). For det første er det hensynet til *de bevilgende myndigheter*, og bakenfor til *fellesskapet* (skattebetalerne), som finansierer anskaffelse-

[12] Det kan unntaksvis også forekomme at klage på en anskaffelsesprosess bringes inn av en interesseorganisasjon, eller av en annen tredjepart. I så fall vil det være spørsmål om rettslig klageinteresse, eller søksmålsinteresse dersom saken bringes for domstolene. I utgangspunktet gjelder vanlige prinsipper om dette. Klager til KOFA kan inngis av "enhver som har saklig interesse", men i saker som gjelder påståtte ulovlige direkte anskaffelser kan enhver klage, uten å måtte påvise noen slik interesse, se forskrift av 15. november 2002 nr. 1288 § 6 jf. § 13a.

ne ut fra prioritering av begrensede økonomiske ressurser. Den felles offentlige interesse er å anskaffe best mulige nødvendige varer og tjenester til rimeligst mulig pris. Hensynet til effektiv og rasjonell offentlig økonomistyring er som vist et bærende hensyn bak anskaffelsesreglene. Men dersom konflikt først oppstår, har fellesskapet også interesse i at den ikke pådrar det offentlige unødige ekstrautgifter, og herunder interesse i at fellesskapet ikke må betale to ganger for samme ytelsen – først en gang for ytelsen, og dernest en gang til som erstatning til en eller flere andre leverandører.

Endelig vil utvalget fremheve hensynet til *mottakerne* av de offentlige tjenestene som anskaffelsen skal sikre. De aller fleste offentlig anskaffelser foretas som ledd i offentlig tjenesteyting eller for å ivareta tjenester av allmenn interesse. Og da vil det alltid være en større eller mindre og mer eller mindre klart definert gruppe av mottakere – som er de som direkte eller indirekte skal nyte godt av anskaffelsen – enten det gjelder bygging av veier og skoler, innkjøp av medisiner og utstyr til sykehus, utsetting av oppdrag på tjenester av allmenn interesse (for eksempel snømåking, renovasjon, hjemmehjelp), IT-tjenester for å forbedre den offentlige forvaltningen, eller annet. Mens fellesskapet har interesse i at anskaffelsene skjer til en best mulig pris, er det mottakerne av de aktuelle tjenestene som har direkte interesse i at det også er det kvalitativt beste tilbudet som vinner frem. Videre har mottakerne interesse i at tilbudet ikke forsinkes eller utsettes på grunn av tvist om anskaffelsesprosessen.

Når uenighet oppstår i anskaffelsessaker, blir det lett fokus på topartsforholdet mellom oppdragsgiver og klager/saksøker. Det er forståelig. Samtidig vil utvalget understreke at reglene må utformes og praktiseres på en måte som også tar hensyn til de andre berørte aktørene og de legitime interessene i saken.

5.4 Mindretallets vurdering av rammer og hensyn bak regelverket

Medlemmet Gjønnes har et annet perspektiv enn øvrige utvalgsmedlemmer på hvilke hensyn som ligger til grunn for regelverket om offentlige anskaffelser, og hvilken effekt det har i forhold til innkjøpere, leverandører og samfunnsinteresser. Videre er det flere av vurderingene under kapittel 5.2 som dette medlemmet ikke kan støtte.

Anskaffelser til offentlig sektor utgjør en betydelig andel av de totale anskaffelser i Norge. Offentlige innkjøpere forvalter dermed en stor andel av skattebetalernes penger. I den forbindelse er det viktig at samfunnsressursene blir forvaltet på en riktig måte. Regelverket om offentlige anskaffelser innebærer en betydelig styrking av leverandørenes rettsstilling. Med sine konkrete utformede regler gir dette leverandørene muligheter til å gripe fatt i uregelmessigheter og ulovligheter som foretas i offentlig sektor. Regelverket er også en bidragsyter for det offentlige til å sikre gode innkjøp til det økonomisk mest fordelaktige tilbud.

Effektiv ressursbruk og forretningsmessighet

Medlemmet Gjønnes viser til at offentlig sektor har en stor innflytelse på samfunnsøkonomien gjennom å disponere en betydelig del av samfunnets ressurser. Det er derfor samfunnsøkonomisk viktig å stimulere til en effektiv offentlig anskaffelsesvirksomhet, slik at anskaffelsesprosessen bidrar til at ressursbruken både i privat og offentlig sektor blir best mulig.

Gjennom lovens formålsparagraf ble det satt fokus på at regelverkets hovedformål er å skape mest mulig effektive anskaffelser og var ment som et signal til alle aktører innenfor dette området om at de profesjonelle anskaffelsesprinsippene skulle rendyrkes.[13]

Kravet til forretningsmessighet ble et sentralt element. Offentlige oppdragsgivere skulle altså innenfor rammene av regelverket, opptre som enhver annen profesjonell anskaffer på alle stadier i anskaffelsesprosessen.

Ved å gjennomføre anskaffelser på en måte som sikrer konkurranse, åpenhet og rettferdig behandling av leverandørene, skal det offentlige bidra til økt effektivitet og kostnadsbevissthet i næringslivet. Det skal i utgangspunktet være de mest konkurransedyktige leverandørene som oppnår kontrakter med det offentlige, slik at fellesskapets midler utnyttes på best mulig måte.

I Ot.prp. nr. 71 (1997-98) ble det skrevet følgende om innkjøpsregelverkets innvirkning på målet om effektiv ressursbruk:

> «Gjeldende regelverk for offentlige anskaffelser har vist at det ligger betydelige innsparingsmuligheter i å lovregulere området. I denne sammenheng kan det vises til en undersøkelse fra NORUT [14] samfunnsforskning hvor et relativt stort antall innkjøpere mener at prisene

[13] Se Ot.prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 5.

har sunket etter innføringen av EØS-regelverket, og av disse er det en betydelig andel som mener prisene har sunket med 10-20 prosent. (…)»

Rettssikkerhet og likebehandling

Foruten å skulle bidra til effektiv ressursutnyttelse, fastslo loven fra 1999 at regelverket skulle bidra til likebehandling i anskaffelsesprosessen og dermed til økt rettssikkerhet for potensielle leverandører.

Medlemmet Gjønnes viser til at prinsippet om likebehandling innebærer at alle potensielle leverandører skal behandles likt på alle stadier i anskaffelsesprosessen. Mens det internasjonale ikke-diskrimineringsprinsippet innebærer at man ikke skal diskriminere på grunnlag av nasjonalitet, går likebehandlingsprinsippet lenger ved å kreve at alle leverandører har krav på samme rettigheter og muligheter, uavhengig av om det deltar utenlandske leverandører i konkurransen eller ei. Likebehandlingsprinsippet er ment å sikre leverandørenes berettigede forventning om en korrekt og rettferdig behandling dersom de ønsker å selge til det offentlige anskaffelsesmarkedet.

Likebehandlingsprinsippet innebærer således en rettssikkerhetsgaranti. Rettssikkerhetshensynet kommer riktignok inn på en noe annen måte enn når det gjelder regulær myndighetsutøvelse. Det er opp til den enkelte leverandør hvorvidt han ønsker å inngå kontrakter med det offentlige eller ei. Innkjøpere og leverandører er i prinsippet å betrakte som likeverdige parter i kontraktsforholdet. Leverandørene har dermed ikke det samme behov for beskyttelse som ved regulær myndighetsutøvelse.

De offentlige innkjøperne vil imidlertid, blant annet i kraft av sin størrelse, rent faktisk inneha en maktstilling som kan endre bildet av likeverdige parter i et kontraktsforhold. Både ut fra effektivitetshensyn og hensynet til rettssikkerhet er det viktig med gode regler for anskaffelsesprosessen.

Allmennhetens tillit

I Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) fremhevet departementet at loven ikke nevnte at regelverket også er et sentralt virkemiddel for å hindre at offentlige innkjøp skjer på en måte som kan undergrave allmennhetens tillit. For å synliggjøre at regelverket også ivaretar dette aspektet, fikk formålsparagrafen i lov om offentlige anskaffelser et tillegg som lyder:

> «Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med høy integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

Utvidelse av formålsparagrafen er ment å sende et signal om at krav til etisk adferd hos offentlige tjenestemenn er sentralt, også på området offentlige anskaffelser. Regelverket skal altså bidra til å redusere risikoen for korrupsjon og kameraderi. Dette er etter mindretallets oppfatning et helt sentralt hensyn å bygge opp under i et fremtidsrettet regelverk.

Allmennhetens tillit relaterer seg også til leverandørsiden. Mange av kravene i innkjøpsregelverket har til formål å hindre at useriøse leverandører får et konkurransefortrinn, slik som for eksempel reglene om skatteattest og avvisning av leverandører som har blitt straffet.

Mål om et felles marked

En rekke eksempler tyder på at offentlig anskaffelsespraksis i de aller flest land tradisjonelt ble underlagt et mer eller mindre proteksjonistisk regime som ikke nødvendigvis ivaretok hensynet til effektiv ressursbruk og leverandørenes rettssikkerhet. Ved at offentlige innkjøp ble sentrert rundt nasjonale markeder, nøt nasjonale leverandører en grad av beskyttelse, og de fikk følgelig mindre insitament til å forbedre sin konkurranseevne. Gjennomføringen av EØS-avtalen og de relevante direktiver for offentlige anskaffelser innebar imidlertid at mulighetene for å begrense konkurransen til nasjonale leverandører ble sterkt innsnevret.

Medlemmet Gjønnes viser til at et av innkjøpsdirektivenes primære formål er å gjennomføre det indre marked, jf. at direktivene blant annet er hjemlet i EF-traktatens bestemmelser om fri bevegelighet for varer, tjenesteytelser og kapital. Innkjøpsregelverket skal hindre medlemsstatene i å hindre, begrense eller vri konkurransen i markedet, slik at en kan oppnå et felles, åpent, europeisk marked. Et slikt marked skal gi leverandørene gode muligheter for salg. Gjennom å opptre som krevende kunde, kan offentlige virksomheter bidra til å styrke konkurranseevnen i europeisk næringsliv.

---

[14] Virkninger og erfaringer med EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, NORUT, 1996.

Samfunnsmessige hensyn

Den offentlige kjøpekraften kan brukes og har tradisjonelt vært brukt eller ønsket brukt til å fremme ulike samfunnmessige hensyn, utover det som ligger innenfor det rent anskaffelsesfaglige. I enkelte tilfeller kan det være stor grad av samsvar mellom de utenforliggende hensynene og målet med selve anskaffelsen, mens det i andre tilfeller kan være en klar målkonflikt. Adgangen til å vektlegge slike hensyn kan også utfordres av internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av.[15]

Dagens regelverk inneholder flere bestemmelser som legger til rette for å fremme ulike samfunnsmessige hensyn og interesser. Blant annet stiller lov om offentlige anskaffelser § 6 krav til oppdragsgiverne om å ta hensyn til livssykluskostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser under planleggingen av den enkelte anskaffelse. Videre inneholder forskrift om offentlige anskaffelser bestemmelser om at innkjøperne kan avgrense konkurransen til bedrifter der et flertall av arbeidstagerne har en funksjonshemming, og det er åpnet for at oppdragsgiverne kan stille sosiale betingelser til leverandørene, som for eksempel krav om bruk av langtidsledige.

Mothensyn – ressurskrevende prosesser?

For å oppnå hensynene som er beskrevet over, er innkjøpsregelverket blitt et detaljert prosedyreregelverk. Det kan anføres at et detaljert og komplisert regelverk medfører en rekke ulemper for brukerne, blant annet fordi det kan være tidkrevende å forstå og følge regelverket, det kan virke konfliktskapende og lede til tvister, erstatningskrav mv. I Ot.prp.nr. 71 (1997-98) skrev departementet følgende:

> «Regelverket er (…) en viktig faktor i innsparingene fordi reglene foreskriver en anskaffelsesprosess som skal bidra til å gjøre innkjøpene rimeligere og mer effektive. I denne prosessen er effektiv bruk av administrative ressurser og riktig forståelse av regelverket faktorer som er viktige for hvor meget det i realiteten spares inn. Hvis regelverket er for omstendelig og vanskelig tilgjengelig for brukerne, vil dette føre til økte omkostninger i form av bl.a. tidsbruk. Et mer tilgjengelig regelverk vil sannsynligvis medføre bedre planlegging og rutiner i forbindelse med anskaffelser, noe som kan gi utslag i bedre kvalitet på tilbudene, færre dobbeltkjøp og feilinvesteringer.»

For å redusere de negative effektene av et detaljert prosedyreregelverk, har det fra sentralt hold over tid vært et mål å gjøre reglene så klare og lett tilgjengelige som mulig. Medlemmet Gjønnes viser blant annet til at det i forbindelse med implementeringen av de nye innkjøpsdirektivene i norsk rett i 2006, ble gjort et omfattende og bredt arbeid for å forenkle regelverket. Målet var å redusere omfanget av administrative prosesser, samtidig som de reglene man måtte beholde, ble gjort så tydelige som mulig, slik at leverandører ikke brukte ressurser på unødvendige klager.[16]

Høsten 2007 bestilte Fornyings- og administrasjonsdepartementet en utredning av hvorvidt den nasjonale terskelverdien var på et hensiktsmessig nivå.[17] Rapporten tok utgangspunkt i at kontrakter over nasjonal terskelverdi må følge detaljerte prosedyreregler, og at dette utløser visse rettigheter og plikter som påvirker transaksjonskostnadene og konkurransen knyttet til de aktuelle oppdragene. Rapporten viste at innsparing i transaksjonskostnader og den negative konkurranseeffekten ved å heve terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner har vært av samme størrelsesorden, mens virkningen av en eventuell ytterligere økning av terskelverdien, for eksempel til 800 000 kroner, viste en negativ konkurranseeffekt som er større enn innsparingen i transaksjonskostnader. Tallene indikerte således at den samfunnsøkonomisk optimale terskelverdien lå på om lag 500 000 kroner for å ha detaljerte prosedyreregler.

Innkjøpsregler som forhindrer økonomisk kriminalitet og sikrer samfunnsinteressene

Regelverket har i den senere tid også fått en annen funksjon enn bare hensynet til oppdragsgiver og leverandør, nemlig å bidra til å redusere faren for økonomisk kriminalitet knyttet til innkjøp. Tilsidesettelse av konkurranseprinsippet øker risikoen for økonomisk kriminalitet, uavhengig av bakgrunnen for at prinsippet ikke overholdes. For en privat bedrift vil effektiv utnyttelse av ressursene være en viktig suksessfaktor. For en offentlig innkjøper som forvalter skattebetalernes penger, vil ikke dette prinsippet være naturgitt, og andre for-

[15] EØS-avtalen, GPA-avtalen og bilaterale avtaler.

[16] Se Moderniseringsdepartementets høringsnotat til de nye forskriftene fra 2005.

[17] "Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi og tiltak i konkurransefasen", Asplan Viak.

hold kan av den enkelte innkjøper oppfattes som vel så viktig. Det kan være at oppdragsgiver tildeler kontrakt til en leverandør uten konkurranse, fordi innkjøperen slipper å bruke tid og ressurser på en anskaffelseskonkurranse, innkjøper mangler ressurser til å følge regelverket eller innkjøperen kan være godt fornøyd med eksisterende leverandør. Gode innkjøpsrutiner bidrar derfor til at regelverket overholdes, og det økonomisk mest fordelaktige tilbud vinner. Det betyr at skattebetalernes penger blir forvaltet på en riktig måte som skal bidra til å sikre bedre kvalitet for pengene, samtidig som det reduserer faren for korrupsjon og økonomisk kriminalitet.

Når det gjelder formål og hensyn bak regler om håndhevelse, mener medlemmet Gjønnes at det gjelder en presumpsjon for at gjeldende regelverk er formålstjenlig, og at regelverket derfor bør følges, dersom de ønskede formålene skal oppnås. Reglene om håndhevelse har derfor til formål å sikre effektiv anvendelse av innkjøpsreglene.

I fortalen til direktiv 89/665/EØF fremgår det at for å sikre en effektiv anvendelse av innkjøpsreglene, trenger man mekanismer både på nasjonalt plan og på fellesskapsplan. For å oppnå en faktisk virkning av innkjøpsregelverkets garantier om gjennomsiktighet og ikke-diskriminering, er det viktig at det finnes håndhevingsmekanismer på stadiet i prosessen hvor overtredelser fremdeles kan stanses. Klagemulighetene må derfor være effektive og raske.

På den annen side kan det hevdes at regler om håndhevelse i seg selv kan virke prosessdrivende og at konfliktløsning koster. Konfliktløsning kan imidlertid også bidra til å øke partenes rettssikkerhet og kan fremme kunnskap om regelverket.

Medlemmet Gjønnes har et annet syn på de grunnleggende hensyn bak anskaffelsesreglene, og deler derfor ikke de øvrige utvalgsmedlemmenes vektlegging av hensynene om at regelverket er firkantet og forretningsmessig kompliserende, konfliktskapende og tids- og ressurskrevende.

Når det gjelder spørsmålet om regelverket er tids- og ressurskrevende, mener medlemmet Gjønnes at ved utforming av reglene vil nytten av regelverket for samfunnet i sum veies mot de kostnader regelverket påfører de ulike aktører som skal etterleve det. Dette medlem mener at eventuelle administrative byrder knyttet til anvendelsen av anskaffelsesregelverket, oppveies av det positive element at kontrakter blir kunngjort. Kunngjøringen bidrar til gjennomsiktighet og tilgjengelighet på alle plan i konkurransen. Ved bruk av standardiserte prosedyrer, vil både oppdragsgiver og leverandør vite hvilke spilleregler som gjelder. Dette gir en sikkerhet for at kontrakten blir tildelt riktig leverandør. Regelverket er utarbeidet som en «kokebok», hvor det er opp til den enkelte oppdragsgiver å velge hvilke kjøreregler som skal gjelde ved den konkrete anskaffelse. Det meste av reglene i en anbudskonkurranse er oppdragsgiverstyrt, det vil si at det er kriterier og spesifikasjoner som oppdragsgiver selv har lagt inn i konkurransegrunnlaget som grunnlag for kontraktstildeling. For at prosessen skal være forutberegnlig for alle tilbydere, lar disse seg vanskelig endre, uten at prosessen starter på nytt. Det er heller ikke urimelig at dersom oppdragsgiver har behov for å skifte forutsetninger underveis, må vedkommende starte på nytt. At oppdragsgiver lyser ut en konkurranse for så å måtte starte på nytt, skjer imidlertid trolig ikke ofte.

Medlemmet Gjønnes vil også vise til at offentlige oppdragsgivere kunngjør i Doffin som aldri før. Siden mars 2006 til slutten av 2009 er antallet totale kunngjøringer økt fra 9 636 til 15 559, det vil si en vekst på om lag 50 prosent. Dette medlem mener at det er interessant å konstatere at det er en betydelig økning også i de frivillige kunngjøringene under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner. I 2006 var det 170 kunngjøringer under nasjonal terskelverdi, i 2007 hadde det steget til 742, i 2008 var det 896 kunngjøringer og i 2009 var det hele 1 010 kunngjøringer. I tillegg til dette, kommer de frivillige kunngjøringene som oppdragsgivere ikke publiserer i Doffin, men kun på oppdragsgivers hjemmeside eller i lokalavisen. Dette viser at det offentlige, også der hvor det ikke er noen kunngjøringsplikt, ser nytten av konkurranse, selv om de administrative kostnadene ved innkjøpet isolert sett øker. Det er flere kommuner og fylkeskommuner, som for eksempel Hedmark fylkeskommune og Nord Trøndelag fylkeskommune, som har selvpålagte kunngjøringsterskler fra både 100 000 kroner og 200.000 kroner. Begrunnelsen for den selvpålagte kunngjøringsplikten er ofte at de ønsker at små bedrifter skal kunne konkurrere på markedet og at konkurranse gir bedre kjøp.

Medlemmet Gjønnes kan heller ikke slutte seg til øvrige medlemmers beskrivelse av at regelverket ikke nødvendigvis er rasjonelt i situasjoner der den offentlige innkjøper har behov for å agere raskt, eller allerede kjenner markedet. Dette medlem mener at regelverket er tilpasset de situasjoner hvor oppdragsgiver for eksempel har behov for å agere raskt. Regelverket har unntaksprose-

dyrer hvor oppdragsgiver ikke er underlagt regelverkets formkrav. Dette gjelder for eksempel hvor det foreligger usedvanlig fordelaktige tilbud, ved tilleggsytelser, ved ekstraordinære forhold og hvor det er én leverandør i markedet. Hasteprosedyrer ble blant annet benyttet i forbindelse med krisepakken fra regjeringen etter finanskrisen våren 2009.

Medlemmet Gjønnes kan heller ikke slutte seg til øvrige medlemmers beskrivelse av at systemet er konfliktskapende. Selv om det har vært en bratt økning i antall klager, både for KOFA og alminnelige domstoler, taler tallene for seg – det er ikke stor villighet til å klage over brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i Norge. I forhold til den samlede størrelse på offentlige innkjøp, som i 2007 var om lag på 330 milliarder kroner, var det få klagesaker. I 2007 behandlet KOFA 217 saker. Av disse representerte 118 brudd på regelverket, 43 ble avvist som ubegrunnede, mens 38 ikke representerte brudd på regelverket. I 2008 behandlet KOFA 171 saker. Av disse representerte 63 saker brudd på regelverket, 48 saker ble avvist, mens 40 saker ikke representerte brudd. Dette medlem mener derfor at det vanskelig kan la seg forsvare å si at systemet er konfliktskapende.

Dette medlem kan heller ikke slutte seg til øvrige medlemmers uttalelse om at strenge anskaffelsesregler ofte fører til at offentlige oppdragsgivere stilles dårligere markedsmessig enn private oppdragsgivere. Det er vel så stor konkurranse på det private markedet, både internasjonalt og nasjonalt som på det offentlige markedet. Private virksomheter benytter som hovedregel også konkurranse ved anskaffelser.

Medlemmet Gjønnes kan heller ikke dele den oppfatning som øvrige medlemmer legger til grunn når det uttales at langvarige og ressurskrevende offentlige prosesser i seg selv legger en demper på markedet, og skremmer bort potensielle tilbydere. Det kan derimot dokumenteres at det er en stadig økning i interessen for offentlige kontrakter. Data hentet fra Millstream Reporter viser at det fra 2007 frem til i dag, har vært en økende interesse i antall kunngjøringer fra private leverandører. For å få et estimat på hvor mange som i snitt melder sin interesse for hver konkurranse, må man se dette i sammenheng med hvor mange kunngjøringer som blir publisert.

Når det gjelder de siste tre år, samt de første månedene i 2010, er snittet som følger: I 2007 var det total 12 571 kunngjøringer i Doffin, mens det var 6225 interessenter. Dette utgjør et gjennomsnitt på 0,4. I 2008 var det totalt 12 717 kunngjøringer, mens det var 14 235 interessenter. Dette utgjør et snitt på 1,1. I 2009 var det totalt 15 700 kunngjøringer, mens interessentene var vokst til 28 218, som utgjør et snitt på 1,7. For januar 2010 var det totalt sett 1 140 kunngjøringer, mens det var 7 355 interessenter, noe som utgjør 6,4 interessenter i snitt.

Medlemmet Gjønnes kan heller ikke dele øvrige medlemmers beskrivelse av at i den konkrete sak vil sanksjoner sjelden være formålstjenlig, ut fra de hensyn regelverket er satt til å oppfylle. Dette medlem mener at gjeldende regelverk for offentlige anskaffelser er formålstjenlig og bør følges, dersom de ønskede formål bak reglene om effektiv ressursbruk og forretningsmessighet, rettssikkerhet og likebehandling, hensyn til miljø og samfunnsmessige hensyn, skal oppnås. Reglene om håndhevelse har til formål å sikre effektiv anvendelse av innkjøpsreglene. For å oppnå en faktisk virkning av innkjøpsregelverkets garantier om gjennomsiktighet og ikke diskriminering og likebehandling, er det viktig at det finnes effektive og tilgjengelige håndhevingsmekanismer.

Kapittel 6
Direktivgjennomføring og håndhevelse i EU

6.1 Innledning

I dette kapitlet redegjør utvalget for hvordan andre EU-stater har gjennomført eller planlegger å gjennomføre de nye mekanismene for håndhevelse som følger av direktiv 2007/66/EF. Dette forutsetter en omtale av de forskjellige nasjonale klage- og håndhevelsessystemene slik de er lagt opp etter gjeldende rett.

Først gis en *generell* oversikt over klage- og håndhevelsessystemene og direktivgjennomføringen i andre EU-stater (kapittel 6.2). Det innebærer et overblikk over:

- hvordan de nasjonale klage- og håndhevelsessystemene er organisert etter gjeldende rett – først og fremst om statene har valgt å legge håndhevelsesprosedyrene til de alminnelige domstolene eller en særskilt administrativ klagenemnd
- om noen stater planlegger forandringer i denne organiseringen i forbindelse med direktivgjennomføringen
- hvordan håndhevelsesdirektivets nye regler implementeres

Dernest redegjøres det *nærmere* for klage- og håndhevelsessystemene og gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet i Sverige, Danmark og Finland (kapittel 6.3-6.5).

6.2 Oversikt over utenlandske klage- og håndhevelsessystemer

6.2.1 Gjeldende rett – forskjellige nasjonale modeller for klage- og håndhevelsessystem

Innledning

Som beskrevet i kapittel 5 gjelder i utgangspunktet et generelt prinsipp om nasjonal «prosessautonomi» i EU/EØS-retten. Håndhevelsesdirektivene (89/665/EØF og 92/13/EØF) gjør imidlertid et unntak fra dette prinsippet ved blant annet å stille visse minstekrav til organiseringen av de nasjonale klage- og håndhevelsessystemene. Kravene som er omtalt i kapittel 14.2, er i det vesentlige de samme etter endringene som følger av direktiv 2007/66/EF. Såfremt disse minstekravene oppfylles, står de nasjonale lovgiverne ellers fritt ved organiseringen av sine klage- og håndhevelsessystemer. Denne friheten – kombinert med forskjeller i hvordan de nasjonale rettssystemene er bygget opp og ulikheter i juridisk tradisjon – gjør at det finnes nær sagt like mange modeller for klage- og håndhevelsessystem som det er medlemsstater i EU.

Den enkelte stat velger om anskaffelsesreglene skal håndheves gjennom det alminnelige domstolsapparatet eller en særskilt administrativ klagenemnd. Statene står også fritt til å opprette ytterligere mekanismer for håndhevelse, for eksempel tilsyn eller organer for utenrettslig mekling. I EU har de 27 medlemsstatene delt seg på midten ved valget av håndhevelsesorgan:

- 13 stater har lagt klageprosedyrene til de alminnelige domstolene – Belgia, Finland, Frankrike, Hellas, Irland, Italia, Litauen, Luxembourg, Nederland, Portugal, Spania, Storbritannia og Sverige.
- 14 stater har opprettet en særskilt administrativ klageinstans – Bulgaria, Danmark, Estland, Kypros, Latvia, Malta, Polen, Romania, Slovakia, Slovenia, Tsjekkia, Tyskland, Ungarn og Østerrike.

Også blant EFTA-statene er løsningene forskjellige. Eksempelvis har Sveits gått for en domstolsmodell, mens Island har valgt klagenemndssporet.

Klagenemndmodellen

Den nærmere utformingen av de administrative klageorganene varierer. Det gjelder både organisatorisk oppbygning, saksbehandling, organets vedtakskompetanse og ankemulighetene.

Noen stater har valgt å opprette rene uavhengige tvisteløsningsorganer (for eksempel Danmark, Estland, Tyskland og Østerrike), mens andre har lagt klagebehandlingen til organer som fører tilsyn med anskaffelsesreglene og/eller konkurransereglene (for eksempel Latvia, Polen, Slovakia, Slovenia, Tsjekkia og Ungarn). I Tyskland er det opprettet flere nemnder på regionalt nivå (Vergabekammern), mens det i Østerrike både er regionale nemnder og en føderal nemnd (Bundesvergabeamt). Klagenemndene består normalt av kvalifiserte jurister, men ikke i alle stater har de dommerkompetanse. I noen stater kan også forskjellige eksperter – typisk økonomer og ingeniører – være medlemmer av klagepanelet (for eksempel Bulgaria, Danmark, Slovenia, Tyskland, Ungarn og Østerrike).

Det ser ut til at den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden stort sett er kortere i klagenemndene enn i de alminnelige domstolene. Hovedårsakene er antakelig at partene og klagenemnden må overholde frister som er adskillig knappere enn ved alminnelig domstolsbehandling, samt at saksbehandlingen i en del tilfeller er skriftlig. Dessuten er det gjennomgående billigere for den enkelte leverandør å klage til de administrative nemndene enn å anlegge sak for domstolene. Ved behandlingen av konkrete saker er et likhetstrekk at gjerne tre nemndmedlemmer deltar.

I alle stater treffer de administrative klagenemndene bindende avgjørelser som oppdragsgiveren plikter å rette seg etter. De har stort sett de samme reaksjonsmulighetene. Før kontrakt er inngått kan nesten alle nemndene:

- stoppe anskaffelsesprosessen/gi midlertidig forføyning
- konstatere brudd på regelverket
- pålegge oppdragsgiveren å rette feil
- sette til side ulovlige beslutninger

Etter at kontrakt er inngått er krav om erstatning i realiteten den eneste aktuelle sanksjonen etter gjeldende rett. Slike saker har nemndene ikke kompetanse til å behandle. I alle stater hører erstatningssaker under de alminnelige domstolene. Her har Danmark – som eneste stat – gjort unntak fra hovedregelen: Det danske Klagenævnet for Udbud avgjør også saker om erstatning med bindende virkning for partene. Også i Østerrike kan klagenemnden (Bundesvergabeamt) behandle saker etter kontraktsinngåelse, men den kan bare uttale seg om regelverket er brutt eller ikke. Denne uttalelsen vil så kunne få betydning i en etterfølgende erstatningssak for de alminnelige domstolene.

Som hovedregel kan klagenemndenes avgjørelser bringes inn for domstolene. På Malta og i Slovenia er det imidlertid ikke ankemulighet. I de øvrige statene bringes nemndenes avgjørelser inn for en forvaltningsdomstol (Bulgaria, Estland, Latvia, Tsjekkia og Østerrike) eller en alminnelig domstol (Danmark, Kypros, Polen, Romania, Slovakia, Tyskland og Ungarn). I noen stater kan domstolens avgjørelse ankes videre til en høyere domstol, som dermed blir en tredje klageinstans (Danmark, Estland, Latvia, Slovakia og Ungarn). I Polen og Tsjekkia er klagenemndens (det vil si tilsynets) leder en egen ankeinstans før en avgjørelse eventuelt bringes inn for domstolene.

Domstolsmodellen

Prosedyrene for håndhevelse er ikke fullt så forskjellige blant statene som har valgt å legge håndhevelsen til det alminnelige domstolsapparatet. Domstolene har alle reaksjonsmulighetene som håndhevelsesdirektivene gir anvisning på (gi midlertidig forføyning, korrigere eller sette til side ulovlige beslutninger, ilegge erstatning). I stater *uten* forvaltningsdomstoler er de alminnelige domstolene klageinstans både før og etter kontraktsinngåelse (Irland, Litauen, Nederland og Storbritannia). I stater *med* forvaltningsdomstoler finnes det forskjellige varianter. I noen stater er forvaltningsdomstolene klageinstans før kontraktsinngåelse, mens de alminnelige domstolene er klageinstans etter kontraktsinngåelse (Finland, Hellas, Italia og Sverige). I Portugal og Spania må leverandørene alltid klage til forvaltningsdomstolene. I Belgia, Frankrike og Luxembourg er oppdragsgiverens rettslige karakter avgjørende for om det er forvaltningsdomstolene eller de alminnelige domstolene som er klageinstans.

For øvrig er det minst en ankemulighet i alle stater, med unntak av klagebehandling før kontraktsinngåelse i Belgia.

Uformell klagebehandling

I noen stater finnes det uformelle tvisteløsningsmekanismer. De fungerer som supplement til de formelle håndhevelsesprosedyrene som skal oppfylle kravene i håndhevelsesdirektivene, og bidrar på en billig måte til å løse tvister på et lavt konfliktnivå. Til illustrasjon nevnes at:

- I Danmark kan misfornøyde leverandører klage til Konkurrencestyrelsen, det danske konkurransetilsynet, som bare kan gi veiledende uttalelser.

- I Luxembourg er Commission des Soumissions, underlagt Departementet for offentlige arbeider, et praktisk viktig tvisteløsningsorgan, men uten myndighet til å avgjøre saker med bindende virkning.
- I Nederland er det mulig å klage til Nationale Ombudsman.
- I Tyskland kan leverandører prøve oppdragsgivers beslutninger for egne nemnder (Vergabeprüfstellen) som er underordnet de regionale klagenemndene – disse nemndene har kompetanse til å annullere ulovlige beslutninger, men kan ikke stoppe en anskaffelsesprosess.

6.2.2 Endringer i de nasjonale modellene som følge av gjennomføringen av nye håndhevelsesregler?

Gjennomføringen av direktiv 2007/66/EF aktualiserer spørsmålet om det skal gjøres endringer i de nasjonale modellene for klage- og håndhevelsessystem. Få stater ser imidlertid ut til å gjøre nevneverdige organisatoriske forandringer. Det innebærer at de eksisterende håndhevelsesorganene som hovedregel beholder dagens myndighet, og at de i tillegg blir utstyrt med de nye reaksjonsmulighetene, det vil si kompetanse til å kjenne en kontrakt uten virkning og ilegge alternative sanksjoner.

Et unntak er Spania. Her gjøres inngripende endringer i klage- og håndhevelsessystemet. De vil gå vekk fra sin domstolsmodell og opprette en administrativ nemnd som skal behandle klager i første instans. Klagenemnden skal tillegges alle reaksjonsmulighetene som håndhevelsesdirektivene gir anvisning på, inkludert kompetanse til å avgjøre erstatningsspørsmål med bindende virkning. Det innebærer at den spanske modellen blir svært lik det danske Klagenævnet for Udbud.

Bulgaria ser ut til å gjøre det motsatte av Spania, ved at de forlater nemndmodellen. I stedet legges klage- og håndhevelsesprosedyrene til de alminnelige domstolene. Ellers blir det i Belgia adgang til å anke førsteinstansens avgjørelse før kontraktsinngåelse. Tilsvarende åpner Slovenia for å anke klagenemndens avgjørelser. Disse ankemulighetene eksisterer ikke i de respektive statene etter gjeldende rett.

Implementeringen i henholdsvis Sverige, Danmark og Finland behandles nærmere i de følgende kapitler. For et nærmere overblikk over ovennevnte og andre organisatoriske endringer, samt materielle endringer i andre land, nøyer utvalget seg med å vise til Public Procurement Networks oversikt over EU-statenes utkast til gjennomføring av direktiv 2007/66/EF.[1]

6.3 Klage- og håndhevelsessystemet i Sverige

6.3.1 Gjeldende rett

Innledning

I Sverige er EU-direktivene om offentlige anskaffelser gjennomført gjennom to lover, lagen om offentlig upphandling (2007:1091) og lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter og posttjänster (2007:1092). Lovene trådte i kraft 1. januar 2008 og avløste den tidligere lagen om offentlig upphandling fra 1992. Anskaffelser over og under EU/EØS-terskelverdiene er omfattet. Håndhevelsen av anskaffelsesregelverket skjer gjennom de alminnelige forvaltningsdomstolene. I tillegg utøver Konkurrensverket tilsyn med at anskaffelsesreglene overholdes.

Håndhevelse gjennom domstolsapparatet

I alle saker om offentlige anskaffelser må klage skje ved saksanlegg for de alminnelige forvaltningsdomstolene. Det skilles mellom håndhevelse før og etter inngåelse av kontrakt. I begge tilfeller er det adgang til å klage i tre instanser.

Før inngåelse av kontrakt kan leverandører som mener det har skjedd feil i en offentlig anskaffelsesprosess eller mener seg forbigått ved kontraktstildelingen, anlegge sak for en alminnelig forvaltningsdomstol. I første instans er det den lokale förrvaltningsrätten. Retten kan umiddelbart vedta midlertidig forføyning, og pålegge oppdragsgiveren å starte prosessen på nytt eller foreta nødvendige rettelser. Vanlig saksbehandlingstid er tre-fire uker. Förvaltningsrättens dom kan på vanlig måte ankes, først til kammarrätten og i siste instans Regeringsrätten.

I praksis er forvaltningsdomstolene utvilsomt de viktigste organene for håndhevelse. I 2009 ble innpå 2000 saker om offentlige anskaffelser anlagt for svenske länsrätter, mot ca. 1300 året før.[2]

En del saker faller riktignok bort fordi oppdragsgiveren enten korrigerer mulige feil eller

---

[1] 'Summary table of draft transposition of directive 2007/66/EC into Member States law', oktober 2009.

[2] Jf. søk i database for domstolsavgjørelser på Konkurrensverkets hjemmeside: www.konkurrensverket.se/t/IFramePage____3087.aspx

inngår kontrakt. Den raske og billige saksbehandlingen samt den lokale tilknytningen er ansett som styrker ved det svenske håndhevelsessystemet. Det gjenstår å se om dette inntrykket beholdes etter at de 23 länsrättene ble redusert til 12 förvaltningsrätter fra og med 15. februar 2010.

Etter at kontrakt er inngått kan leverandører fremme krav om erstatning for de alminnelige domstolene, med tingsrätten som første instans. Foreldelsesfristen er ett år, som hovedregel fra tidspunktet for kontraktsinngåelse.

Konkurrensverket

Siden 1. september 2007 har det svenske konkurransetilsynet, Konkurrensverket, hatt i oppgave å føre tilsyn med regelverket om offentlige anskaffelser. Tidligere var det Nämnden för offentlig upphandling (NOU) som hadde til oppgave å føre tilsyn med og spre informasjon om regelverket, inntil Konkurrensverket overtok NOUs oppgaver.

I sitt tilsyn med offentlige anskaffelser er Konkurrensverkets overordnede oppgave å arbeide for et effektivt fungerende regelverk. Det gjøres hovedsakelig gjennom å:

- føre tilsyn med at offentlige innkjøpere følger anskaffelsesregelverket, og spesielt gjøre oppmerksom på overtredelser av stor betydning eller prinsipiell interesse
- gi informasjon og veiledning om anskaffelsesregelverket
- bidra til effektivisering av anskaffelsesregelverket, herunder foreslå regelforandringer
- følge den rettslige utviklingen av anskaffelsesretten både nasjonalt og internasjonalt

Konkurrensverket har knyttet til seg en ekspertgruppe om offentlige anskaffelser, Rådet för upphandlingsfrågor. Formålet med rådet er å gi sakkyndig støtte til Konkurrensverkets tilsyn med anskaffelsesregelverket. Rådet er et forum for erfaringsutveksling i spørsmål både på generelt plan og i konkrete saker. Det består av åtte spesialister med bred erfaring eller inngående kunnskap om offentlige anskaffelser – hovedsakelig jurister, men også økonomer og ingeniører.

Konkurrensverket agerer både på eget initiativ og etter tips, men Konkurrensverket er en ren tilsynsmyndighet: det har ikke kompetanse til å trekke saker inn for domstolene eller mekle i tvister. I 2008 fikk Konkurrensverket omkring 180 klager, tips og spørsmål i saker om offentlige anskaffelser.

6.3.2 Gjennomføring av nye håndhevelsesregler

I Sverige foreligger et forslag til endringer i lagen om offentlig upphandling og lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter og posttjänster.[3]

Lovendringene er ment å gjennomføre direktiv 2007/66/EF i svensk rett. Proposisjonen til lovendringsforslaget ventes fremlagt for Riksdagen i mars. Den nye lovgivningen antas å tre i kraft 1. juli 2010.

De nye bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet skal hovedsakelig gjelde anskaffelser i så vel klassisk sektor som forsyningssektorene, både over og under EU/EØS-terskelverdiene, og uprioriterte tjenester.

Det innføres en *karensperiode* (avtalsspärr) på 10/15 dager (avhengig av kommunikasjonsform) etter at oppdragsgiver har underrettet berørte leverandører om kontraktstildelingen. Regelen er ikke i veien for at en oppdragsgiver selv pålegger seg en lengre karensperiode. Lovlige direkte anskaffelser, kontraktstildelinger under rammeavtaler og anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet er unntatt fra kravet til karensperiode. Det er ikke sett behov for å gjøre unntak for anskaffelser hvor vinneren er den eneste berørte leverandøren, fordi det ikke er noen plikt for oppdragsgiver å underrette andre leverandører om tildelingsbeslutningen i slike tilfeller.

Klages det over en tildelingsbeslutning i løpet av karensperioden, *suspenderes* retten til å inngå kontrakt inntil förvaltningsretten har ferdigbehandlet saken (förlengd avtalsspärr). Samme regel gjelder når oppdragsgiver følger reglene om frivillig intensjonskunngjøring (avtalsspärr vid förhandsinsyn), og en leverandør klager i løpet av perioden hvor oppdragsgiver må vente med å inngå kontrakt. Reglene om suspensjon gjelder ikke ved anke til kammarrätten eller Regeringsrätten. Her er leverandørene henvist til å kreve midlertidig forføyning. Dernest innføres en regel om at retten under behandlingen av en klagesak umiddelbart kan oppheve suspensjonsvirkningen for å unngå urimelige konsekvenser av den. Dette unntaket fra suspensjon skal anvendes unntaksvis og med stor forsiktighet.

Videre gjelder et forbud mot å inngå kontrakt før ti dager etter at förvaltningsrätten har avgjort

[3] Se Lagrådsremiss, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, 17. desember 2009, www.regeringen.se/sb/d/11392/a/137538

en klagesak. Det samme er tilfelle når förvaltningsrätten eller kammarrätten har avgjort krav om midlertidig forføyning, og når Regeringsrätten har fattet avgjørelse om midlertidig forføyning og henvist saken til en lavere instans for realitetsavgjørelse. I unntakstilfeller kan tidagersfristen fravikes.

Inngåtte kontrakter skal kjennes *uten virkning* (ogiltighet) i tråd med håndhevelsesdirektivets krav. Det betyr at en kontrakt skal kjennes uten virkning ved ulovlige direktive anskaffelser, ved brudd på reglene om karensperiode/suspensjon i kombinasjon med slike brudd på anskaffelsesregelverket som har medført at en leverandør har lidt eller kan komme til å lide skade, og ved brudd på anskaffelsesreglene for tildeling av kontrakt under rammeavtaler forutsatt at regelbruddet har medført at en leverandør har lidt eller kan komme til å lide skade.

Følgene av at en kontrakt kjennes uten virkning reguleres ikke særskilt i lovgivningen, men avgjøres i henhold til alminnelige avtale- og erstatningsrettslige prinsipper. På denne bakgrunn vil utgangspunktet være et hevingsoppgjør ex tunc.

Det gjøres enkelte *unntak* fra reglene om «uten virkning». En kontrakt skal likevel opprettholdes hvis det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, hvis oppdragsgiver har fulgt reglene om frivillig intensjonskunngjøring, eller hvis en oppdragsgiver under en rammeavtale har underrettet berørte leverandører om en kontraktstildeling og samtidig overholdt reglene om karensperiode.

Leverandører som vil klage på oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt eller kreve en kontrakt kjent uten virkning, må overholde visse *klagefrister.* Fristen for å klage på en tildelingsbeslutning er ved utgangen av karensperioden, det vil si 10/15 dager (avhengig av kommunikasjonsform). Det gjelder også en frist på 10/15 dager til å klage over en beslutning om å avlyse en konkurranse. Klager som innkommer etter utløpet av denne perioden, skal avvises. Fristene for å kreve en kontrakt kjent uten virkning (ogiltig) tilsvarer håndhevelsesdirektivets modell. Hvis oppdragsgiver ved en direkte anskaffelse har kunngjort konkurranseresultatet med en tilhørende begrunnelse i TED-databasen, er fristen 30 dager fra dagen etter kunngjøringen. Samme frist gjelder når oppdragsgiver har underrettet berørte leverandører i en anbudskonkurranse om at avtale er inngått. I andre tilfeller er fristen for å få kjent en kontrakt uten virkning seks måneder fra tidspunktet for kontraktsinngåelse. For øvrig innføres ingen preklusive klagefrister underveis i en anskaffelsesprosess.

Det innføres en overtredelsesavgift (marknadsskadeavgift) som *alternativ sanksjon.* Avkorting av kontraktsperioden innføres ikke. Årsakene er at det er vurdert som ryddigere å ha utelukkende én alternativ sanksjon, og at avkorting av kontraktsperioden virker fremmed i svensk rettstradisjon.

Marknadsskadeavgift som alternativ sanksjon skal for det første ilegges når en kontrakt ikke kjennes uten virkning (ogiltig) av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. For det andre skal oppdragsgivere møtes med avgiften når en kontrakt ikke kjennes uten virkning selv om den er inngått i karensperioden eller suspensjonstiden. For det tredje skal avgiften ilegges ved ulovlige direkte anskaffelser, uavhengig av om kontrakten kjennes uten virkning. I enkelte tilfeller vil derfor oppdragsgiveren kunne oppleve både at kontrakten kjennes uten virkning og at han må betale avgift.

Avgiften fastsettes skjønnsmessig til minst 10 000 svenske kroner, maksimalt 10 millioner svenske kroner. Samtidig kan avgiften ikke overstige 10 prosent av kontraktsverdien. Hvis retten finner det urimelig eller støtende å påføre oppdragsgiver en avgift, kan den i unntakstilfeller la være. For øvrig ilegges avgiften uavhengig av oppdragsgivers skyld.

Det er antatt at den enkelte leverandør bare vil ha mindre interesse i å kreve at oppdragsgivere blir pålagt avgift. Derfor er det utelukkende Konkurrensverket – som tilsynsmyndighet på området for offentlige anskaffelser – som skal ha kompetanse til å anlegge sak ved forvaltningsdomstolene med påstand om ileggelse av avgift. På denne bakgrunn skal saker om avgift alltid anlegges som et separat søksmål mellom Konkurrensverket og oppdragsgiveren, og en slik sak kan først fremmes *etter* en eventuell domstolsbehandling av krav fra misfornøyde leverandører.

Konkurrensverket må overholde egne frister for å bringe en sak om avgift for domstolene. Som hovedregel er fristen seks måneder fra rettskraftig avgjørelse av en forutgående klagesak mellom en eller flere leverandører og oppdragsgiver. Har ingen leverandører klaget, kan avgiftssak tidligst anlegges ved utgangen av karensperioden, og senest innen ett år fra tidspunktet for kontraktsinngåelse.

En oppdragsgiver som er ilagt en avgift, må betale innen 30 dager etter at dommen er rettskraftig. Foreldelsesfristen er fem år.

For å kunne utøve tilsynsfunksjonen effektivt, gis Konkurrensverket også kompetanse til å pålegge oppdragsgivere å utlevere relevant informasjon om en anskaffelse. Hvis oppdragsgiveren nekter, må han påklage vedtaket til de alminnelige forvaltningsdomstolene.

Det gjøres ingen *organisatoriske endringer.* Saker om uten virkning, avgift og klage over pålegg fra Konkurrensverket behandles av forvaltningsdomstolene.

6.4 Klage- og håndhevelsessystemet i Danmark

6.4.1 Gjeldende rett

Innledning

I Danmark har lovgiver valgt å henvise direkte til EU-direktivene om offentlige anskaffelser gjennom to forskrifter av 16. september 2004 (inkorporasjon).[4] For anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene gjelder tilbudsloven.[5] Regelverket, både over og under EU/EØS-terskelverdiene, håndheves administrativt – ved Klagenævnet for Udbud og Konkurrencestyrelsen – og gjennom domstolene.

Leverandører som klager kan velge fritt mellom å anlegge sak for Klagenævnet eller gå direkte til domstolene. Saksanlegg direkte for domstolene skjer imidlertid så godt som aldri i praksis, og Klagenævnet er derfor det mest sentrale organet for håndhevelse. Leverandører har også mulighet til å klage til Konkurrencestyrelsen som kan gi veiledende uttalelser.

Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud er en uavhengig administrativ klageinstans som ble opprettet i 1991 og startet sitt virke 1. januar 1992. I dag reguleres virksomheten av Lov om Klagenævnet for Udbud nr. 415 av 31. mai 2000 med tilhørende forskrift. Klagenævnet behandler klager over overtredelser av anskaffelsesregelverket[6], og er det viktigste forumet for tvisteløsning på anskaffelsesområdet i Danmark.

Klagenævnet består av et formannskap (i dag en formann og åtte nestformenn) og et antall sakkyndige medlemmer (i dag 17 for offentlige anskaffelser og tre for akkreditering). Disse utnevnes av økonomi- og erhvervsministeren for en periode på fire år og med mulighet for gjenoppnevning. Formannen og nestformennene skal være juridiske dommere. De er med andre ord ikke fulltidsansatte i Klagenævnet. De sakkyndige medlemmene utnevnes på bakgrunn av særlig kunnskap om bygge- og anleggsvirksomhet, offentlig innkjøpsvirksomhet, transport mv. For øvrig betjenes Klagenævnet av et sekretariat under ledelse av Klagenævnets formann, og består ellers av en juridisk medarbeider og en kontorassistent.

Klagenævnet har kompetanse til å behandle saker både *før* og *etter* kontraktsinngåelse, og har følgende reaksjonsmuligheter:

- konstatere at anskaffelsesregelverket er overtrådt
- pålegge oppdragsgivere å lovliggjøre en anskaffelsesprosess
- pålegge oppdragsgivere å annullere en ulovlig beslutning (men ikke å annullere en inngått kontrakt)
- treffe avgjørelser om midlertidig forføyning
- pålegge oppdragsgivere å betale erstatning
- pålegge oppdragsgivere å godtgjøre klagerens sakskostnader

At Klagenævnet kan behandle saker også etter kontraktsinngåelse, og dermed ilegge erstatningsansvar, stiller Danmark i en særegen posisjon. Ikke i noen annen stat som har opprettet en særskilt administrativ klagenemnd, har klageorganet kompetanse til å pålegge oppdragsgiveren å betale erstatning til klageren. Å legge erstatningsreaksjonen til et administrativt klageorgan er derfor blitt ansett som en nyskapning. For øvrig er det vanlig at saker hvor det er fremmet krav om erstatning, splittes opp i to. I første omgang tar Klagenævnet stilling til om anskaffelsesregelverket er brutt. Hvis så er tilfelle, behandles erstatningskravet i en ny runde i Klagenævnet.

I den enkelte sak er Klagenævnet satt sammen av et medlem av formannskapet og to sakkyndige medlemmer. I særlig viktige saker kan nemnden bestå av to formannskapsmedlemmer og fire sakkyndige medlemmer. Saksbehandlingen for øvrig minner om de alminnelige domstolenes. I korte trekk nevnes at den klagende leverandør først må utarbeide et klageskrift som forelegges oppdragsgiveren. Dernest må oppdragsgiveren gi et tilsvar

[4] Se bekendtgørelser nr. 936 og 937 af 16. september 2004.

[5] Se lovbekendtgørelse nr. 1410 af 07/12/2009 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

[6] Klagenævnet har også noen kompetanser på andre områder, for eksempel i henhold til jernbaneloven og lov om fergefart.

og legge frem alle relevante dokumenter. Klageren får så mulighet til å kommentere tilsvaret og det fremlagte materialet, før Klagenævnet beslutter om det skal skje ytterligere skriftvekslinger. Videre er hovedregelen at det skjer muntlig forhandling med mulighet til vitneavhør. Formannen kan imidlertid bestemme at behandlingen kun skal være skriftlig. Tidligere har slik skriftlig behandling vært brukt bare i begrenset utstrekning. Fra flere hold har det i det siste vært ytret ønske om å anvende skriftlig behandling oftere, blant annet for å oppnå raskere saksbehandling.[7]

Klagenævnet har ansvaret for at saken er tilstrekkelig opplyst. Det innebærer at det kan innhente alle opplysninger det anser relevante og ellers ta opp andre forhold som ikke er omfattet av klagen.

Klagenævnet avgjør saken ved alminnelig stemmeflertall. Ved dissens skal også mindretallets oppfatning fremkomme. Får klageren helt eller delvis medhold, kan oppdragsgiveren pålegges å dekke klagerens sakskostnader. Avgjørelsen kan innen åtte uker bringes inn for de alminnelige domstolene. Hovedreglen er at sak reises ved byretten, men saksøker eller innklaget kan begjære at saken behandles ved landsretten. Avgjørelsene kan ankes til neste instans. Erfaring viser at relativt få saker bringes inn for domstolene, og nesten ingen går helt til Højesteret.

De siste årene har Klagenævnet avgjort rundt 35-50 saker årlig, mens nemnden i 2009 har fattet avgjørelse i 75 saker.[8] Saksbehandlingstiden er i gjennomsnitt fire-fem måneder. Til sammenligning var den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden for sivile saker ved de alminnelige byrettene seks måneder i 2008. At saksbehandlingen er noe raskere (i en del tilfeller riktignok marginalt) og billigere, antas å være hovedårsaken til at så godt som ingen tvister bringes direkte inn for det alminnelige domstolsapparatet.

Konkurrencestyrelsen

Konkurrencestyrelsen, som i Danmark er den myndigheten som har ansvaret for anskaffelsesregelverket, spiller også en rolle i det danske håndhevelsessystemet. I 1996 fikk Konkurrencestyrelsen kompetanse til å bringe saker inn for Klagenævnet for Udbud. På denne bakgrunn begynte Konkurrencestyrelsen uformelt å behandle konkrete saker om overtredelser av reglene om offentlige anskaffelser, og styrelsen fungerer i dag som et forum for uformell tvisteløsning. Styrelsen har imidlertid ikke kompetanse til å treffe bindende avgjørelser, og styrelsen behandler kun saker der kontrakt ikke er inngått.

Konkurrencestyrelsen behandler primært saker etter klage fra leverandører. Styrelsen kan også ta opp saker på eget initiativ. Dette skjer imidlertid sjelden, og styrelsen fungerer ikke som et egentlig tilsyn på området.

I en konkret sak tar styrelsen kontakt med oppdragsgiveren og sørger for at saken blir opplyst. Den har hjemmel i lovverket til å innhente alle relevante opplysninger. Etter endt undersøkelse av saken gis en veiledende uttalelse. Konkluderes det med at anskaffelsesregelverket er brutt, kan uttalelsen inneholde en anbefaling om hvordan feilen kan rettes. Ettersom styrelsen ikke kan treffe bindende avgjørelser, er det ingen plikt for oppdragsgiverne til å følge anbefalingen. Som hovedregel skjer imidlertid dette i praksis. I motsatt fall kan Konkurrencestyrelsen bringe saken inn for Klagenævnet. Det er illustrerende at styrelsen inntil videre bare har brakt to saker inn for Klagenævnet.

De siste årene har Konkurrencestyrelsen behandlet 20-30 saker om offentlige anskaffelser i året. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid er rundt 2-3 måneder. Den uformelle behandlingen av saker anses som et gunstig alternativ til å anlegge sak for Klagenævnet. Det skyldes at Konkurrencestyrelsens anbefalinger etterleves i praksis, at saksbehandlingen er raskere og smidigere, og at tilbudet er gratis.

6.4.2 Gjennomføring av nye håndhevelsesregler

I Danmark foreligger et forslag til ny Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.[9]

Loven skal avløse gjeldende Lov om Klagenævnet for Udbud, og er ment å tre i kraft 1. juli 2010. Hovedsakelig gjennomfører den håndhevelsesdirektivet i dansk rett. I tillegg gjøres det enkelte andre endringer i det danske klage- og håndhevelsessystemet.

[7] Se afrapportering fra arbejdsgruppen om effektiv håndhævelse af udbudsreglerne: www.konkurrencestyrelsen.dk/service-menu/publikationer/publikationsarkiv/publikationer-2007/afrapportering-fra-arbejdsgruppen-om-effektiv-haandhaevelse-af-udbudsreglerne/rapport-om-effektiv-haandhaevelse-af-udbudsreglerne-pdf/2007-06-01-arbejdsgruppens-rapport-pdf-format/

[8] Se www.klfu.dk

[9] Forslag L 110 av 27. januar 2010: www.ft.dk/dokumenter/tingdok.aspx?/samling/20091/lovforslag/L110/index.htm

Den nye loven gjelder anskaffelser omfattet av anskaffelsesdirektivene i EU og tilbudsloven. Likevel er de nye reglene i håndhevelsesdirektivet – om karensperiode, suspensjon, «uten virkning», alternative sanksjoner og klagefrister – begrenset til å gjelde anskaffelser etter EUs anskaffelsesdirektiver. Det innebærer at de nye reglene som er foreslått skal anvendes i både klassisk sektor og forsyningssektoren, men ikke under EU-terskelverdiene eller på uprioriterte tjenester.

Reglene om *karensperiode* blir gjennomført etter samme mønster som direktivet legger opp til. Det innføres en karensperiode (standstill-periode) på 10/15 dager (avhengig av kommunikasjonsform) etter at oppdragsgiver har sendt tildelingsbeslutningen til berørte leverandører. Unntatt fra dette kravet er lovlige direkteanskaffelser, kontraktstildelinger hvor den eneste berørte leverandøren er vinneren og kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

En klage til Klagenævnet for Udbud skal automatisk ha oppsettende virkning hvis den inngis i karensperioden *(suspensjon)*. Det gjelder klage over alle beslutningene til oppdragsgiveren, ikke bare tildelingsbeslutningen. Har oppdragsgiver overholdt en frivillig karensperiode, vil en klage i denne perioden imidlertid ikke få automatisk oppsettende virkning. Suspensjonen opphører først når Klagenævnet har avgjort om klagen skal gis (ytterligere) oppsettende virkning. Klagenævnet må treffe avgjørelse om oppsettende virkning innen 30 dager fra klagen ble mottatt.

De danske reglene skiller mellom når en kontrakt *skal* og når en kontrakt *kan* kjennes *uten virkning*.

En kontrakt *skal* kjennes uten virkning i de tilfellene hvor håndhevelsesdirektivet krever det: ved ulovlige direkteanskaffelser, ved overtredelse av bestemmelsene om karensperiode eller oppsettende virkning kombinert med visse brudd på anskaffelsesreglene, og ved brudd på anskaffelsesreglene for tildeling av kontrakt under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

En kontrakt *kan* kjennes uten virkning når den er inngått i karensperioden eller mens en klage er gitt oppsettende virkning.

Det danske regelverket åpner for «uten virkning» både ex nunc og ex tunc. Hovedregelen er at kontrakten erklæres uten virkning kun for fremtidige ytelser (ex nunc). Men hvis ytelsene kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og mengde, kan kontrakten kjennes uten virkning også for erlagte ytelser (ex tunc). Det antas at adgangen til å kjenne en kontrakt uten virkning ex tunc i all hovedsak bare vil være mulig for varekontrakter.

Det er gjort *unntak* fra sanksjonen «uten virkning» i tråd med mulighetene til det i håndhevelsesdirektivet. Det innebærer for det første at en kontrakt kan opprettholdes hvis det er nødvendig av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. For det andre kan en direkte anskaffelse ikke kjennes uten virkning hvis oppdragsgiveren har fulgt reglene om frivillig intensjonskunngjøring. For det tredje kan kontrakter tildelt under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger ikke kjennes uten virkning hvis oppdragsgiveren mener at anskaffelsesreglene er overholdt og samtidig har fulgt reglene om karensperiode.

Som *alternative sanksjoner* innføres utelukkende en økonomisk sanksjon. Den andre alternative sanksjonen – avkorting av kontraktens løpetid – innføres ikke. Hensynene bak avkorting av kontraktens løpetid anses tilstrekkelig ivaretatt gjennom muligheten til å kjenne kontrakten uten virkning ex nunc.

Reglene for i hvilke tilfeller en økonomisk sanksjon skal ilegges er nært knyttet til reglene om «uten virkning». For det første skal en økonomisk sanksjon ilegges hvis en kontrakt som *skal* kjennes uten virkning, likevel ikke kjennes uten virkning av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. For det andre skal en kontrakt som kjennes uten virkning ex nunc, alltid være ledsaget av en økonomisk sanksjon. For det tredje skal det i tilfeller hvor en kontrakt *kan* kjennes uten virkning, alternativt kunne ilegges en økonomisk sanksjon. Det følger av forarbeidene at håndhevelsesorganet i den konkrete sak skal velge den sanksjon («uten virkning» eller økonomisk sanksjon), som i den konkrete sak finnes mest proporsjonal. Hvis en kontrakt kan kjennes uten virkning fordi det anses nødvendig for å overholde EU-retten, er det likevel ikke adgang til å ilegge en alternativ sanksjon i stedet.

En økonomisk sanksjon utmåles i prosent av hvor stor del av kontrakten som opprettholdes. Det innebærer at den økonomiske sanksjonen forutsettes å stige proporsjonalt med den prosentvise andelen av kontrakten som opprettholdes. Prosentsatsen fastsettes til mellom tre og fem. Det er forutsatt at beløpet skal være minst 25 000 danske kroner, maksimalt 10 millioner danske kroner. De danske forarbeidene gir en nokså detaljert oversikt over hvordan den økonomiske sanksjonen skal utmåles i forskjellige tilfeller. Det er presisert i lovverket at en økonomisk sanksjon kan ilegges

uavhengig av oppdragsgivers skyld. Foreldelsesfristen er fem år.

Det innføres visse *klagefrister.* Leverandører som ikke er blitt prekvalifisert i en begrenset anbudskonkurranse, i en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring eller ved konkurransepreget dialog, må klage på denne beslutningen innen 30 dager fra de ble underrettet om hvem som ble prekvalifisert.

For øvrige klager gjelder en generell klagefrist på seks måneder hvis oppdragsgiveren har kunngjort kontraktsinngåelsen i TED-databasen. Ved kontraktstildelinger basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger er klagefristen 30 dager fra oppdragsgiveren har underrettet berørte leverandører om kontraktstildelingen. Ved tildeling av selve rammeavtalen gjelder det en klagefrist på ett år fra oppdragsgiveren har underrettet berørte leverandører om tildelingen av rammeavtalen. Har oppdragsgiveren benyttet muligheten til frivillig intensjonskunngjøring gjelder det en klagefrist på 30 dager fra kunngjøringstidspunktet. Disse klagefristene gjelder ikke for Konkurrencestyrelsen, som har mulighet til å bringe en sak inn for Klagenævnet i inntil to år etter kunngjøring av konkurranseresultatet eller intensjonskunngjøringen.

Det gjøres bare mindre *organisatoriske tilpasninger.* Klagenævnet blir obligatorisk førsteinstans for klager i karensperioden. Bakgrunnen er at det synes uhensiktsmessig at samtlige byretter skal håndtere kravet om å ha ferdigbehandlet en slik klage i løpet av 30 dager.

Både Klagenævnet og domstolene får kompetanse til å fastsette de nye sanksjonene «uten virkning» og økonomisk sanksjon. Klagenævnet får likevel bare kompetanse til å fastsette økonomiske sanksjoner for *oppdragsgivere som er omfattet av den offentlige forvaltningen*. Klagenævnet får således ikke kompetanse til å fastsette økonomiske sanksjoner for for eksempel *private oppdragsgivere*, det vil si virksomheter som driver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett. Dette begrunnes i hensyn til rettssikkerheten.

Kan det bli aktuelt å fastsette en økonomisk sanksjon for private oppdragsgivere, må Klagenævnet i stedet trekke inn den danske anklagemyndigheten (Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet) i prosessen. Dette skjer ved at nemnda inngir en politianmeldelse, når den ikke erklærer hele kontrakten uten virkning. Anklagemyndigheten skal da foreta en selvstendig vurdering av saken og kan utstede et forelegg. Dersom oppdragsgiver ikke vedtar forelegget, reiser anklagemyndigheten sak for domstolene.

Det foreslås samtidig å innføre objektivt ansvar, slik at oppdragsgivere kan ilegges en økonomisk sanksjon selv om ikke overtredelsen kan tilregnes oppdragsgiver som forsettlig eller uaktsom.

I de sakene der det nedlegges påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning eller oppdragsgiver ilegges en økonomisk sanksjon, skal oppdragsgivers medkontrahent raskest mulig underrettes om at han kan tre inn i saken innen en gitt frist.

Klagenævnets myndighet til å utstede såkalte påbud, som medfører en plikt for oppdragsgiveren til å handle i overensstemmelse med Klagenævnets avgjørelse, videreføres. Klagenævnet *kan* utstede påbud om å lovliggjøre anbudsprosedyren eller beslutninger som er fattet, mens det som noe nytt *skal* utstede påbud om en kontrakt helt eller delvis skal opphøre fordi den er kjent uten virkning. Unnlatelse av å etterkomme påbud er belagt med bøtestraff. Endelig gjøres det noen endringer i saksbehandlingsreglene, ved at Klagenævnets formann kan treffe avgjørelse alene, når saken kan avgjøres på skriftlig grunnlag og ikke er av prinsipiell karakter. Formannskapet kan videre avgjøre prosessuelle spørsmål, uten at de sakkyndige medlemmene deltar.

Konkurrencestyrelsen gis kompetanse til å innhente opplysninger for å vurdere om et påbud fra Klagenævnet er overholdt. Daglige eller ukentlige tvangsbøter kan ilegges oppdragsgivere som unnlater å etterkomme slike påbud. Det samme gjelder oppdragsgivere som ikke kunngjør en kontraktsinngåelse i TED-databasen.

6.5 Klage- og håndhevelsessystemet i Finland

6.5.1 Gjeldende rett

Innledning

Finland har implementert EU-direktivene om offentlige anskaffelser gjennom to lover og en forskrift: lag om offentlig upphandling (2007/348), lag om upphandling innom sektorerna vatten, energi, transporter og posttjänster (2007/349) samt förordning om offentlig upphandling (2007/614). Lovgivningen – som gjelder anskaffelser både over og under EU/EØS-terskelverdiene, men ikke under nasjonale terskelverdier – trådte i kraft 1. juni 2007 og avløste en tidligere rammelov

og tilhørende forskrifter om offentlig upphandling. Håndhevelsen av regelverket er underlagt de alminnelige domstolene.

Håndhevelse gjennom domstolsapparatet

Håndhevelsesprosedyrene er lagt til forskjellige grener av domstolsapparatet. Leverandører som klager før kontraktsinngåelse, må klage til marknadsdomstolen. Leverandører som klager etter dette tidspunktet og krever erstatning, må anlegge søksmål ved de alminnelige domstolene.

Marknadsdomstolen er det viktigste forumet for håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser. Den er en særskilt forvaltningsdomstol som bare behandler markedsrettslige saker, konkurransesaker og saker om offentlige anskaffelser. Domstolen er opprettet i medhold av marknadsdomstolslagen (2001/1527), og overtok som håndhever av anskaffelsesregelverket etter Konkurrensrådet i 2002.

Alle saker som overstiger de nasjonale terskelverdiene, kan prøves for marknadsdomstolen. Klage må fremsettes innen 14 dager fra leverandøren skriftlig er blitt underrettet om den omtvistede beslutningen og har mottatt skriftlig orientering om hvordan saken kan henvises til marknadsdomstolen. I tillegg må klageren skriftlig orientere oppdragsgiveren om at han akter å gå rettens vei. At oppdragsgiveren og leverandøren som oppdragsgiveren velger, eventuelt har undertegnet kontrakt, hindrer ikke at en rettidig klage kan behandles.

Hvis marknadsdomstolen kommer til at en innklaget oppdragsgiver har begått feil i anskaffelsesprosessen, kan domstolen:

- helt eller delvis oppheve beslutninger fra oppdragsgiveren (men ikke annullere en allerede inngått kontrakt)
- forby oppdragsgiveren å bruke ulovlige vilkår eller på annen måte følge uriktig fremgangsmåte
- pålegge oppdragsgiveren å korrigere en uriktig fremgangsmåte
- pålegge oppdragsgiveren å betale kompensasjon (gottgörelse) til parter som hadde en reell mulighet til å vinne anbudskonkurransen dersom fremgangsmåten hadde vært feilfri

Sistnevnte sanksjon, kompensasjon, er bare aktuell hvis marknadsdomstolen ikke kan benytte de øvrige reaksjonsmulighetene. Det gjelder i hovedsak de situasjoner der kontrakt er blitt inngått før domstolen har behandlet saken, og der andre reaksjoner medfører større ulemper for oppdragsgiver eller allmenne interesser enn fordelene for leverandøren. Kompensasjonen bestemmes ut fra hensyn til feilens art eller forsømmelsen oppdragsgiveren har gjort seg skyldig i, anskaffelsens verdi samt kostnader og skade som klageren er blitt påført. Det er et vilkår at leverandøren måtte ha hatt en realistisk mulighet til å vinne kontrakten hvis anskaffelsesprosessen var gått riktig for seg.

Saksbehandlingen i marknadsdomstolen er hovedsakelig skriftlig. Den innklagede oppdragsgiveren utarbeider et skriftlig tilsvar. Hvis oppdragsgiveren har valgt en medkontrahent, har denne rett til å uttale seg om hvilken betydning klagen har for hans rettsstilling. Unntaksvis blir en sak behandlet ved muntlig høring, typisk i saker hvor det er behov for å avhøre vitner eller sakkyndige. Marknadsdomstolens avgjørelse kan ankes til högsta förvaltningsdomstolen innen 30 dager.

Marknadsdsdomstolen ser i dag ut til å være overbelastet. I 2008 ble 451 saker anlagt. 516 saker ble avgjort (90 av disse bortfalt), men etterslepet var på over 400 saker.[10] Den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden var i 2008 på drøye 14 måneder. Det er illustrerende at domstolen våren 2009 behandlet det siste etterslepet av saker fra 2005 og 2006. Dette anses som en svakhet ved det finske håndhevelsessystemet.

Etter at kontrakt er inngått kan krav om erstatning fremmes for de alminnelige domstolene. Tingsrätten er første instans, og dens avgjørelse kan ankes til hovrätten og eventuelt Högsta domstolen. Det er ikke til hinder for senere å anlegge sak om erstatning for de alminnelige domstolene, at marknadsdomstolen har pålagt oppdragsgiver å betale kompensasjon. Men det skal tas hensyn til kompensasjonen ved spørsmål om ansvar og utmåling i erstatningssaken.

Rättelseyrkande

Som et alternativ eller tillegg til saksanlegg for marknadsdomstolen, kan en leverandør som er misfornøyd med en beslutning, levere et såkalt «rättelseyrkande» – det vil si en form for forvaltningsrettslig krav om omgjøring – hvis oppdragsgiveren er en kommune, samkommune (samarbeidsform mellom kommuner) eller et kirkeorgan. Kravet fremmes for kommunstyrelsen (et

[10] Se www.stat.fi/til/eriktu/2008/eriktu_2008_2009-09-03_tau_002_sv.html.

slags formannskap) eller kirkerådet/forsamlingsrådet. Det må skje skriftlig innen 14 dager fra leverandøren ble underrettet om beslutningen. Fristen løper med andre ord parallelt med fristen for å anlegge sak for marknadsdomstolen. Klagen skal behandles i organet uten unødig opphold. Beslutningen kan bare endres etter de grunner som er anført av klageren.

Rådgivningsenheten för offentlig upphandling

Det er opprettet et eget organ for rådgivning om offentlige anskaffelser, administrert av Arbets- och näringsministeriet og Finlands Kommunförbund, og underlagt Kommunförbundets organisasjon. Rådgivningsenheten gir gratis informasjon og veiledning om anskaffelsesregelverket, både på eget initiativ og på forespørsel. Enheten har imidlertid ikke formell vedtakskompetanse og gir heller ikke råd i konkrete saker eller tvister.

6.5.2 Gjennomføring av nye håndhevelsesregler

I Finland er Riksdagen forelagt en proposisjon med forslag til endringer i anskaffelseslovgivningen. Lovendringsforslaget gjennomfører direktiv 2007/66/EF i finsk rett, og skal for øvrig effektivisere det finske håndhevelsessystemet for offentlige anskaffelser. Det ventes at lovendringene skal tre i kraft våren 2010.

Anvendelsesområdet for de nye mekanismene i håndhevelsesdirektivet er ikke helt parallelt med anskaffelseslovenes anvendelsesområde for øvrig. Samtlige nye regler skal gjelde for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene i både klassisk sektor og forsyningssektoren. Uprioriterte tjenester over EU/EØS-terskelverdiene underlegges reglene om karensperiode, suspensjon, frivillig intensjonskunngjøring og alternative sanksjoner. Alle anskaffelser, også under de nasjonale terskelverdiene, skal omfattes av reglene om upphandlingsrättelse, jf. nærmere nedenfor.

For å oppfylle håndhevelsesdirektivets krav til *karensperiode,* kan en oppdragsgiver ikke inngå kontrakt før tidligst 21 dager etter at berørte leverandører har mottatt tildelingsbeslutningen (väntetid). Lovlige direkte anskaffelser, kontraktstildelinger under rammeavtaler og kontraktstildelinger hvor den eneste berørte leverandøren er vinneren, er unntatt fra kravet om karensperiode.

Reglene om *suspensjon* gjennomføres ved at oppdragsgiver ikke får inngå kontrakt hvis en leverandør i karensperioden leverer klage over tildelingsbeslutningen til marknadsdomstolen. Samme regel gjelder hvis oppdragsgiver følger reglene om frivillig intensjonskunngjøring (annonsering vid direktupphandling), og det klages i løpet av perioden hvor oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt. Suspensjonen inntrer umiddelbart etter at marknadsdomstolen har mottatt klagen, og opphører når domstolen har avgjort saken eller tillatt kontraktsinngåelse.

Visse kontrakter skal kjennes *uten virkning* (ogiltighetspåföljd) etter samme mønster som håndhevelsesdirektivet. Det innebærer at en kontrakt skal kjennes uten virkning ved ulovlige direkte anskaffelser, ved brudd på reglene om karensperiode/suspensjon kombinert med slike brudd på anskaffelsesreglene som har påvirket klagerens mulighet til å vinne kontrakten, og ved brudd på reglene om tildeling av kontrakt under rammeavtaler hvis regelbruddet har påvirket klagerens mulighet til å vinne kontrakten.

Marknadsdomstolen bestemmer hvilke kontraktsforpliktelser som skal kjennes uten virkning, men det er bare kontraktsforpliktelser som partene ikke har oppfylt, som kan kjennes uten virkning. Regelen om «uten virkning» gjelder altså bare ex nunc.

Håndhevelsesdirektivets *unntak* fra reglene om «uten virkning» innføres. En kontrakt skal ikke kjennes uten virkning når det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. Det samme gjelder hvis oppdragsgiver har kunngjort en direkte anskaffelse i TED-databasen og deretter ventet i minst 14 dager med å inngå kontrakt (frivillig intensjonskunngjøring). Heller ikke skal en kontraktstildeling under en rammeavtale kjennes uten virkning hvis oppdragsgiver har fulgt reglene om karensperiode.

Som *alternative sanksjoner* innføres både overtredelsesgebyr (påföljdsavgift) og avkorting av kontraktens løpetid. Avgiften kan ilegges samtidig som kontrakten kjennes uten virkning, ved brudd på karensperioden/suspensjon, og hvis kontrakten ikke kjennes uten virkning av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. Bare i sistnevnte tilfelle er det mulig å avkorte kontraktens løpetid. Slik avkorting kan være både et tillegg og et alternativ til ileggelse av avgift.

Også uprioriterte tjenester over EU/EØS-terskelverdiene kan møtes med alternative sanksjoner. Oppdragsgiveren kan bli ilagt avgift eller få kontraktens løpetid avkortet ved ulovlige direkte anskaffelser, hvis reglene om frivillig intensjonskunngjøring (annonsering vid direktupphandling) ikke er fulgt, ved brudd på karensperioden/sus-

pensjon og ved brudd på reglene for tildeling av kontrakt under rammeavtaler forutsatt at bruddet har påvirket leverandørens mulighet til å vinne kontrakten og oppdragsgiveren ikke har fulgt reglene om karensperiode. Ved brudd på karensperioden/suspensjon er det et tilleggskrav for å avkorte kontraktens løpetid at det er begått et brudd på anskaffelsesregelverket som har påvirket leverandørens mulighet til å vinne kontrakten.

Avgiften utmåles etter feilens art og kontraktens verdi. Likevel kan avgiften ikke overstige 10 prosent av kontraktsverdien. Ellers gjelder ingen øvre eller nedre grense for avgiftens størrelse.

Det innføres flere *klagefrister.* For alle anskaffelser som ikke er direkte anskaffelser, er hovedregelen at en leverandør må klage til marknadsdomstolen innen 14 dager etter at han mottok tildelingsbeslutningen fra oppdragsgiveren. Ved tildeling av kontrakt under rammeavtaler – som er unntatt fra kravet til karensperiode – er fristen 30 dager fra leverandøren mottok tildelingsbeslutningen. Hvis meddelelsen om tildelingsbeslutningen er beheftet med vesentlige feil, er klagefristen seks måneder. En slik feil kan for eksempel være at de opplysninger som er gitt om tildelingsbeslutningen eller om adgangen til å klage, ikke er tilstrekkelige. Er tildelingsbeslutning ikke sendt i det hele tatt, gjelder ikke de nevnte fristene. Videre er fristen for å klage på en direkte anskaffelse 30 dager etter at oppdragsgiver har kunngjort anskaffelsen i TED-databasen. Klagefristen er seks måneder hvis slik kunngjøring ikke er gjort. Har oppdragsgiveren fulgt reglene om frivillig intensjonskunngjøring (annonsering vid direktupphandling), er klagefristen 14 dager fra kunngjøringen.

I tillegg til implementering av mekanismene i det nye håndhevelsesdirektivet, innføres en ny form for omgjøringsadgang (upphandlingsrättelse). Det nye rettsmiddelet avløser muligheten til å klage på forvaltningsrettslig grunnlag (blant annet reglene om rättelseyrkande) i anskaffelsessaker, og skal gjelde alle offentlige anskaffelser. I korte trekk innebærer reglene om upphandlingsrättelse at en oppdragsgiver – på eget initiativ eller på oppfordring fra en leverandør – kan omgjøre eller annullere en beslutning i anskaffelsesprosessen hvis det foreligger feil i rettsanvendelsen. Adgangen til å gjøre slike rettelser gjelder frem til kontrakt inngås. En leverandør må fremme krav om omgjøring/annullering innen 14 dager etter underrettelse om oppdragsgiverens beslutning, mens fristen er 60 dager for oppdragsgiver selv. Reglene om upphandlingsrättelse er uten betydning for muligheten til å bringe en sak til marknadsdomstolen, men er en kontraktstildeling klaget inn for marknadsdomstolen, skal domstolen underrettes om en eventuell etterfølgende behandling av upphandlingsrättelse.

Det forligger ikke forslag om *organisatoriske endringer* i klage- og håndhevelsessystemet. Til tross for at marknadsdomstolen sliter med lang saksbehandlingstid og store restanser, ønsker man ikke å legge om til en annen modell. Ulempene ved den eksisterende modellen søkes redusert gjennom enkelte prosessuelle tilpasninger og en økning av de nasjonale terskelverdiene.

Del II
Materielle regler

Kapittel 7
Karensperiode

7.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivet stiller krav om at det må innføres en obligatorisk ventetid (heretter kalt «karensperiode») fra oppdragsgiver har meddelt hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås, jf. artikkel 2a.

Bakgrunnen for direktivets nye bestemmelser om karens, er at det ble ansett som en svakhet ved håndhevelsesdirektivet (89/665/EØF) at det ikke var noen frist som gjorde det mulig å klage effektivt i perioden mellom tildelingsbeslutningen og inngåelsen av kontrakten. Dette åpnet for at oppdragsgiver ved hurtig underskrivelse av kontrakten kunne gjøre virkningene av en omtvistet tildelingsbeslutning endelige («race to sign»).[1]

I Alcatel-dommen fra 1999 (C-81/98) rettet EU-domstolen opp dette, ved å tolke direktivet utvidende, slik at det forplikter medlemsstatene til å innføre en klageprosedyre som sikrer at klageren kan få oppdragsgivers tildelingsbeslutning annullert når vilkårene for dette er tilstede. Som følge av dommen ble det i 2001 innført krav om karensperiode i anskaffelsesforskriften, som går ut på at det må gå «rimelig tid» mellom meddelelse av tildelingsbeslutning og inngåelse av kontrakt.

Den nye bestemmelsen om krav til karensperiode er således en videreføring av rettspraksis fra EU-domstolen, som allerede er nedfelt i den norske anskaffelsesforskriften. Gjennomføringen av direktivet medfører derfor ikke store realitetsendringer i norsk rett, men det må likevel gjøres noen presiseringer i den eksisterende bestemmelsen om karens. I tillegg vil overtredelse av bestemmelsen om karens kunne føre til at oppdragsgiver ilegges særlige sanksjoner («uten virkning», avkortning av kontrakt eller bot), se nærmere i kapittel 10.

Det bemerkes innledningsvis at det i dagens norske karensbestemmelser brukes formuleringen at oppdragsgiver «skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen». Dette kan feilaktig gi inntrykk av at karensperioden er en form for klagefrist. Det er ikke tilfellet. Formålet med karensperioden er å gjøre det mulig for leverandører å stanse prosessen innen kontrakt inngås i strid med anskaffelsesregelverket. En leverandør som ønsker å benytte seg av denne muligheten må derfor begjære midlertidig forføyning før karensperiodens utløp for å være sikker på at kontrakt ikke blir inngått. Leverandøren er imidlertid ikke avskåret fra å klage etter karensperiodens utløp. Det vil for eksempel fortsatt være mulig å begjære midlertidig forføyning etter karensperiodens utløp så lenge kontrakten faktisk ikke er inngått. Etter kontraktens inngåelse kan oppdragsgiver fortsatt reise sak med påstand om erstatning eller særlige sanksjoner. Uavhengig av bestemmelsene om karens har leverandørene også mulighet til å klage direkte til oppdragsgiver – både før og etter karensperiodens utløp – men dette reguleres ikke av forskriften.

Gjennomføringen av direktivet reiser flere spørsmål. For det første reiser det spørsmål om karensperiodens lengde. Her er direktivets krav at den må være på minimum 10 eller 15 dager (avhengig av kommunikasjonsform). Det vil således ikke lengre være mulig bare å stille krav om «rimelig tid». Fristen på 10/15 dager er imidlertid en minimumsfrist, og nasjonal lovgiver kan fritt velge en lengre periode. Dette behandles i kapittel 7.2. Videre oppstår det spørsmål om hvilke krav som skal stilles til oppdragsgivers meddelelse om tildeling for at karensperioden skal begynne å løpe (kapittel 7.3), hvem som har krav på å motta slik meddelelse (kapittel 7.4), og hvilke unntak fra karenskravet som kan innføres (kapittel 7.5).

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår at direktivets nye regler om karensperiode bare gjennomføres så langt EØS-retten krever det, og at dagens regler videreføres for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester. Det betyr at det i forskrift om offentlige anskaffelser del III innføres en fast ka-

[1] Se direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 4.

rensperiode på 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsform, og at det fortsatt bare stilles krav om «rimelig tid» for anskaffelser omfattet av forskriftens del II.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår en fast karensperiode på minimum 15 dager for alle tilfeller, og at dette også skal gjelde anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriftens del II.

Utvalget diskuterer også behovet for å endre dagens regel om når kontrakt skal anses inngått (kapittel 7.2.3). *Medlemmene Sejersted, Hellesylt, Mjølhus og Aatlo* foreslår å endre skjæringstidspunktet til når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept kommer frem til leverandøren. *Medlemmene Hauge, Gjønnes, Goller og Aardalsbakke* anbefaler derimot å beholde dagens regel om at kontrakt anses inngått ved signering av begge parter.

Direktivets rekkevidde i forhold til anskaffelser under EØS-terskelverdiene og av uprioriterte tjenester er nærmere drøftet i kapitlene 7.6 og 11. Rekkevidden i forhold til plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål er omtalt i kapittel 11.4.[2]

Spørsmål om karensperiode i forsyningssektorene behandles i kapitlene 7.7 og 12.

7.2 Karensperiodens lengde

7.2.1 Direktivets utgangspunkt

Ny artikkel 2a nr. 2 første ledd lyder slik:

> «En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv 2004/18/EF, kan tidligst finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. Telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.»

Den nye bestemmelsen om karensperiode innebærer således at det skal gå minst 10/15 kalenderdager (avhengig av kommunikasjonsform), regnet fra dagen etter datoen tildelingsbeslutningen er sendt til berørte leverandører, til oppdragsgiver kan inngå kontrakt med den valgte leverandøren.

Direktivet oppstiller kun minimumsfrister og er således ikke til hinder for at Norge kan fastsette en lengre karensperiode.[3]

Det vil alltid være tilstrekkelig for oppdragsgiver å forholde seg til den minimumsfristen som den nasjonale lovgivningen har fastsatt. Det er imidlertid fullt mulig for den enkelte oppdragsgiver å frivillig sette en lengre karensperiode enn regelverkets minimumskrav. Oppdragsgiver må da sørge for at kravene til likebehandling blir fulgt, og at alle berørte leverandører nyter godt av den forlengede karensperioden. De rettslige konsekvensene når oppdragsgiver fastsetter en lengre karensperiode må være de samme som ved bruk av minimumskarensperioden: Suspensjon inntrer når begjæring om midlertidig forføyning fremsettes i løpet av den forlengede karensperioden. Brudd på den forlengede karensperioden kan føre til rettsvirkningen «uten virkning».[4]

7.2.2 Vurdering av karensperiodens lengde

Karensperioden bør gi berørte tilbudsgivere tiltrekkelig tid til å gjennomgå tildelingsbeslutningen og vurdere om det er hensiktsmessig å innlede en klageprosedyre.[5] Valg av antall dager som skal utgjøre minimumskarensperioden vil imidlertid nødvendigvis utgjøre et kompromiss, slik at perioden kan bli for lang for enkle anskaffelser uten juridiske eller innkjøpsfaglige uklarheter, og for kort i enkelte mer kompliserte tilfeller.

Sett fra de tapende leverandørenes side, vil det generelt være en fordel med så lang karensperiode som mulig slik at de får god tid til å sette seg inn i situasjonen, vurdere hvorvidt det er grunn til å klage, kanskje oppsøke juridisk bistand, og formulere en klage og/eller begjære midlertidig forføyning.

---

[2] Slike anskaffelser er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser del IV.

[3] Dette fremgår blant annet uttrykkelig av fortalens premiss 5.

[4] Dersom oppdragsgiver frivillig setter en karensperiode i tilfeller der det ikke er krav om dette, vil brudd på den frivillige karensperioden ikke føre til «uten virkning». Brudd på en frivillig fastsatt karensperiode for en kontrakt basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning vil likevel i visse tilfeller kunne føre til sanksjonen "uten virkning", jf. kapittel 10.3.3.

[5] Jf. direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 6.

For oppdragsgiver og den vinnende leverandøren vil lange karensperioder kunne føre til uønsket forlengelse av innkjøpsprosessen. Dette kan ha en samfunnsøkonomisk kostnad. I andre tilfeller kan oppdragsgiver mene at det er en fordel med en lang karensperiode, slik at alle eventuelle konflikter i størst mulig grad kan ryddes av veien før kontrakt inngås. I et slikt tilfelle vil oppdragsgiveren imidlertid uansett frivillig kunne fastsette en lengre karensperiode.

Den nye bestemmelsen om karens legger til grunn ulike minimumsfrister avhengig av hvilket kommunikasjonsmiddel som blir benyttet. Det gjelder en 10 dagers frist når det benyttes visse elektroniske kommunikasjonsmidler. Sendes informasjonen med et annet kommunikasjonsmiddel, skal fristen være minimum 15 dager regnet fra dagen etter datoen tildelingsbeslutningen er sendt til berørte leverandører. Alternativt kan fristen settes til minst 10 dager regnet fra dagen etter datoen hvor tildelingsbeslutningen er mottatt.

Dersom direktivets ulike fristalternativer skal gjengis i den norske gjennomføringen, vil dette føre til en ordrik forskriftstekst. Hensynet til regelteknisk forenkling taler for å fastsette en enkelt frist for alle tilfeller, enten ved å forplikte oppdragsgiver til å benytte en bestemt kommunikasjonsform, eller ved å fastsette en felles frist som ikke er kortere enn 15 dager.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår imidlertid en karensperiode på minimum 10/15 dager avhengig av kommunikasjonsform.

Flertallet understreker i denne forbindelse at en karensperiode på 10 dager i utgangspunktet må være tilstrekkelig. Da det trolig vil være praktisk med bruk av ulike kommunikasjonsmidler i ulike anskaffelser, må det av hensyn til postgangen også innføres en frist på 15 dager når meddelelsen ikke sendes elektronisk. Ved å gjennomføre de ulike alternativene, fremfor å fastsette en felles frist på 15 dager, reduseres risikoen for at karensperioden blir unødvendig lang i de tilfellene det blir benyttet elektroniske kommunikasjonsmidler. Hensynet til et fleksibelt og praktisk regelverk taler derfor for å innføre samtlige alternativer.

En hensiktsmessig forenkling er likevel å fastsette en felles frist på 15 dager når meddelelsen ikke sendes elektronisk, og ikke henholdsvis 15 dager fra avsendelse eller 10 dager fra mottakelse. Med dette unngås også unødige konflikter om når meddelelsen faktisk er kommet frem.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, mener at karensperioden bør settes til 15 dager for alle tilfeller.

Mindretallet mener det vil være en betydelig rettsteknisk forenkling om fristen er lik, uavhengig av kommunikasjonsform og type anskaffelse. Målt i forhold til den tid som går med til å forberede og gjennomføre anskaffelsen, er forskjellen på noen få dagers karensperiode ubetydelig. Den ekstra tidsperioden kan imidlertid være med på å forhindre unødvendige klagesaker, ved at leverandørene får tilstrekkelig tid til å overveie om det er reell grunn til å klage på avgjørelsen. I motsatt fall vil man risikere at leverandørene leverer forhastede klager, i den hensikt å stanse prosessen for å være sikre på ikke å miste noen rettigheter. Mindretallet mener også at en felles frist på 15 dager vil være rettsteknisk enkel å forholde seg til dersom elektronisk meddelelse anvendes i kombinasjon med skriftlig underrettelse. I et slikt tilfelle vil det lett kunne oppstå tvil om hvilken frist som gjelder.

Mindretallet viser til at karensfristen er en standard minimumsfrist som gjelder uavhengig av anskaffelsens kompleksitet. Ved enkle anskaffelser vil det kunne være behov for en kortere frist enn ved kompliserte anskaffelser. Det er derfor ikke noen hindring for at oppdragsgiver på frivillig basis iakttar en lengre karensfrist enn de angitte minimumsfrister. Det viser seg likevel i praksis at hvor regelverket inneholder minimumsfrister, vil fristene sjelden forlenges ved kompliserte anskaffelser.

7.2.3 Skjæringspunkt for kontraktsinngåelse

Signering av begge parter?

Skjæringspunktet for karensperiodens utløp er vesentlig for når kontraktsinngåelsen kan skje lovlig, jf. håndhevelsesdirektivets artikkel 2a nr. 2. Direktivet definerer ikke hva som menes med kontraktsinngåelse.

I dagens norske forskrift er kontraktsinngåelse definert som «tidspunkt for signering av kontrakt eller rammeavtale av begge parter», jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 13-3 og 22-3.

I praksis er det reist spørsmål om hva som ligger i denne formuleringen, altså på hvilket tidspunkt avtalen blir bindende. Blant annet har det vært diskutert hvorvidt bestemmelsen faktisk har innført et formkrav og dermed er ment å fravike alminnelig avtalerett, og om en slik særregel har nødvendig hjemmel i lov. Videre har det vært diskutert hvorvidt kontrakt er inngått og oppdragsgi-

ver er bundet etter at han har signert, selv om leverandøren ikke har signert den endelige kontrakten, men kun det bindende tilbudet.

Skjæringspunktet for kontraktsinngåelse er vesentlig også i andre sammenhenger. Domstolen kan for eksempel bare sette til side beslutninger som er i strid med innkjøpsreglene og beslutte midlertidig forføyning frem til kontrakt er inngått, jf. lov om offentlige anskaffelser §§ 7 og 8. Sanksjonen «uten virkning» vil først bli aktuell etter kontrakt er inngått.

EU/EØS-rettens krav til kontraktsinngåelse

Verken håndhevelsesdirektivet eller anskaffelsesdirektivet inneholder uttrykkelige bestemmelser om hvordan en kontrakt skal inngås for å bli bindende. Imidlertid er begrepet «offentlig kontrakt» definert i anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 2 bokstav a.[6] Direktivets bestemmelse lyder slik:

> «Ved «offentlige kontrakter» forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.»

Avtalebegrepet er her et selvstendig EU/EØS-rettslig begrep. Det samme gjelder de øvrige elementene i definisjonen, slik som «gjensidig bebyrdende» og «skriftlig».

I juridisk teori anføres det at:

> «Endvidere må kravet om skriftlighed i lyset af udbudsdirektivets formål antagelig fortolkes således, at en skriftlig aftale omfatter enhver form for skriftlig nedfældelse af partenes rettigheder og forpligtelser efter aftaleforholdet, hvis indhold er tiltrådt af partene. Det bør derved ikke have betydning, i hvilken form den skriftlige manifestation foreligger eller om partene har underskrevet den, når blot den skriftlige manifestation indeholder alle væsentlige vilkår til fastlæggelse af partenes hovedforpligtelser efter kontrakten, og når den udtrykkeligt eller stiltiende er accepteret af partene som et fælles udtryk for disse forpligtelser.
>
> Meget taler for at anse en mundtlig ordre, der er afgivet på grundlag af den økonomiske aktørs almindelige leveringsbetingelser og listepriser, for en skriftlig aftale. Det må i hvert fald gælde, hvis den mundtlige bestilling bekræftes skriftligt.»[7]

Det synes således som EU/EØS-retten krever at en avtale skal være skriftlig for å være bindende, men at det ikke nødvendigvis må kreves at avtalen er signert av begge parter.

Norske rettskilder

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser inneholdt forslag til ny lov og forskrift om offentlige anskaffelser, og er en del av forarbeidene til gjeldende regelverk. Det fremkommer der at forskriften kun kommer til anvendelse på avtaler som inngås skriftlig, men at dette i praksis ikke innebærer en viktig begrensning i anvendelsesområdet. Det uttales også at det ikke kan stilles strenge krav til skriftlighet, for eksempel vil en ordrebekreftelse måtte anses som tilstrekkelig for å oppfylle kravet.

Utvalget uttalte følgende i merknadene til lovens § 7 om søksmål:

> «Bestemmelsen gir domstolene inngrepskompetanse, som i tid er begrenset til «inntil kontrakt er inngått». Med begrepet kontrakt er inngått menes tidspunktet for når kontrakt sluttes. I alminnelighet vil avgjørelsen av selve konkurransen ligge forut for dette tidspunktet.
>
> Tidspunktet for inngåelse av kontrakt må utledes av alminnelige avtalerettslige regler. Det følger av avtaleloven § 7 at inngåelse av kontrakt/avtaleslutningen anses skjedd når leverandøren har fått kunnskap om at hans tilbud er akseptert. I forskriftens § 21-3 foreslås en bestemmelse om at statlige oppdragsgivere må gi skriftlig beskjed til leverandøren om at tilbudet aksepteres. For statlige anskaffelser vil således dette tidspunktet bli avgjørende for vurderingen av når kontrakt er inngått. At det stilles krav om en uttrykkelig meddelelse innebærer f eks at en utsendelse av møteprotokoll som viser hvem som skal tildeles kontrakten ikke vil være tilstrekkelig til å avskjære domstolenes inngrepskompetanse. Inngrepskompetansen bortfaller først når oppdragsgiver er avtalerettslig forpliktet overfor en leverandør.»

I Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) ble det vist til ovennevnte merknad, og uttalt følgende:

> «Departementet slutter seg til konklusjonen der, som også er i overensstemmelse med Regjeringsadvokatens standpunkt, nemlig at det avgjørende for om det foreligger en bindende kontrakt i lovens forstand, er om oppdragsgi-

[6] Gjennomført i anskaffelsesforskriften § 4-1 bokstav a.

[7] Jf. "EU's udbudsdirektiver med kommentarer" av Michael Steinicke og Lise Groesmeyer.

ver er avtalerettslig bundet i forhold til leverandøren. Det følger av norsk avtalerett at en muntlig avtale er like bindende som en skriftlig. Det vil derfor være uheldig dersom «inntil kontrakt er inngått» i §§ 7 og 8 ble forstått som et ubetinget krav om skriftlighet. En slik løsning ville kunne medføre at en domstol omgjør en anskaffelsesbeslutning med den følge at anskafferen blir bundet til å oppfylle to kontrakter.»

Ved innføringen av kravet om signering av begge parter i bestemmelsen om karens, ble behovet for lovhjemmel for å fravike den alminnelige avtaleretten ikke diskutert. I høringsnotatet fra desember 2000 ble det uttalt følgende om karensbestemmelsen:

«Departementet foreslår […] at bindende kontrakt først skal anses inngått ved undertegningen av det endelige kontraktsdokumentet. Fra dette tidspunktet vil mulighetene for å gå til midlertidig forføyning eller å kreve beslutningen om tildelingen annullert opphøre. Det innføres også krav om at alle leverandørene skal varsles samtidig om hvem som vil få tildelt kontrakt sammen med en begrunnelse for valget, og det skal gå «rimelig tid» mellom denne informasjonen gis og kontrakten undertegnes. Meddelelsen skal videre inneholde opplysninger om når kontraktsundertegning vil finne sted.»

KOFA synes i sin praksis å ha lagt til grunn et formkrav for kontraktsinngåelse i flere saker om vedståelsesfrist[8], mens den alminnelige avtaleretten er lagt til grunn i andre saker om ulovlige direkte anskaffelser.

Ny regulering?

Gjeldende bestemmelser om kontraktssignering i forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 og § 22-3 har primært betydning som skjæringsregel. Oppdragsgiver må tidligst forplikte seg avtalerettslig etter utløp av karensperioden. Det skal være mulig for leverandører å klage til klageorganet i karensperioden før kontrakt inngås, med den virkning at suspensjon inntrer.

Det betyr at oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutning ikke kan anses som en aksept av den prefererte leverandørs tilbud. Meddelelsen kan heller ikke anses som en betinget aksept, slik at avtale må anses inngått ved utløpet av karensperioden. Dette henger sammen med at oppdragsgiver kan endre sin tildelingsbeslutning etter avsendelse av meddelelsen. Meddelelsen må derimot oppfattes som et varsel om hvilket tilbud oppdragsgiver har til hensikt å akseptere, forutsatt at beslutningen ikke endres, og det er altså nødvendig med en etterfølgende uttrykkelig aksept av tilbudet, etter utløpet av karensperioden, før avtale kan anses inngått.

Uten en slik skjæringsregel eller en regel som klart presiserer at meddelelsen ikke er avtalerettslig bindende, ville det vært den alminnelige avtaleretten som gjaldt. Da ville det vært vesentlig at oppdragsgiver i meddelelsen ikke formulerte seg slik at han ble avtalerettslig forpliktet overfor den vinnende leverandøren. Det kan være utfordrende, særlig for mindre rutinerte innkjøpere, ikke å forplikte seg etter den alminnelige avtaleretten. Det kunne også ført til en rekke avtalerettslige tvister knyttet til hvorvidt oppdragsgiver faktisk hadde forpliktet seg, og eventuelt hva som var det eksakte skjæringstidspunktet.

Skjæringsreglen har således til hensikt å sikre at meddelelsen ikke blir oppfattet som en aksept av tilbud. Hensikten er derimot ikke å generelt overstyre avtaleretten. Det vil for eksempel si at det fortsatt vil være den alminnelige avtaleretten som må ligge til grunn for en vurdering av om det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse og om partene er bundet seg imellom.

Behovet for en slik skjæringsregel kunne i prinsippet sikres uten uttrykkelig å regulere når kontrakt må anses som inngått, ved bare å presisere at meddelelsen om tildelingsbeslutningen ikke er å anse som en avtalerettslig aksept. *Utvalget* ser imidlertid at det også er behov for å sikre notoritet knyttet til tidspunktet for avtaleinngåelsen.

Ved utforming av en slik skjæringsregel ser utvalget to mulige løsningsmodeller.

En mulighet er å beholde dagens regulering, der kontrakt anses inngått ved *begge parters signering av kontrakten*.

Kravet om at begge parter, både oppdragsgiver og den valgte leverandøren, skal signere den endelige kontrakten, sikrer kravet til notoritet. Samtidig vil kravet sikre at meddelelsen om tildeling ikke anses som kontraktsinngåelse.

En konsekvens av de nye håndhevelsesreglene er også at kontrakter som inngås i strid med karensbestemmelsene i visse tilfeller kan bli kjent uten virkning eller avkortet, hvilket i høy grad også kan være en belastning for oppdragsgivers medkontrahent. Med en regel om at begge parter skal signere for at kontrakt skal anses inngått, får

[8] Se for eksempel KOFA-sak 2009/112.

medkontrahenten faktisk en mulighet til å sikre seg mot at oppdragsgiver bryter karensbestemmelsene.

På den andre siden er dette den løsningen som ligger fjernest fra den alminnelige avtaleretten, idet den i prinsippet innebærer at tilbudet ikke anses inngått ved oppdragsgivers aksept, men først ved tilbudsgivers aksept av oppdragsgivers aksept. Dette kan gi inntrykk av at leverandøren ikke uten videre er forpliktet av sitt tilbud, og at det er mulig å gjøre innsigelser mot innholdet i kontrakten selv om denne utelukkende avspeiler innholdet i konkurransegrunnlaget og tilbudet. En slik løsning vil også bety at oppdragsgiver faktisk ikke har overtrådt karensbestemmelsene, dersom for eksempel en signert versjon av kontrakten vedlegges meddelelsen til den vinnende leverandøren med beskjed om først å underskrive etter karensperiodens utløp. Oppdragsgiver vil da i praksis kunne legge ansvaret for å overholde karensperioden over på leverandøren.

En annen mulighet er å innføre en ny skjæringsregel, slik at kontrakt anses inngått når *oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept har kommet frem til leverandøren*.

Denne løsningen ligger tettest opptil den alminnelige avtalerettslige løsningen: Når oppdragsgiver har akseptert tilbudet, er både oppdragsgiver og den vinnende leverandøren avtalerettslig forpliktet. Med dette unngås tvister knyttet til hvorvidt den vinnende leverandøren kan gjøre innsigelser mot innholdet i kontrakten.

Ved store og kompliserte anskaffelser vil det ofte være hensiktsmessig og ryddig å avholde et kontraktsmøte, der både oppdragsgiver og den vinnende leverandøren signerer kontrakten. En løsning der oppdragsgivers skriftlige aksept er tilstrekkelig til at kontrakt anses inngått, er ikke til hinder for dette. Det må imidlertid minnes om at langt de fleste kontraktene som inngås vil gjelde mindre og ukompliserte anskaffelser, der det ikke er aktuelt med et kontraktsmøte. At oppdragsgiver må sikre seg medkontrahentens underskrift vil da kunne oppfattes som et unødvendig formkrav.

På den andre siden vil en regel om at kontraktsinngåelse skjer etter oppdragsgivers ensidige handling, ikke gi medkontrahenten mulighet til å sikre seg mot brudd på karensbestemmelsene med den konsekvens at kontrakten kan kjennes uten virkning eller avkortes.

Utvalgets medlemmer Sejersted, Hellesylt, Mjølhus og Aatlo foreslår at skjæringspunktet for når en kontrakt skal anses inngått, endres til når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept kommer frem til leverandøren. Disse medlemmene anbefaler også at det i bestemmelsen presiseres at meddelelsen om tildelingsbeslutningen ikke anses som avtalerettslig aksept. På denne måten fremgår det klart at meddelelsen ikke er avtalerettslig bindende, og det etableres notoritet i tilknytning til avtaleinngåelsen i forhold til spørsmål om brudd på anskaffelsesregelverket. Notoriteten sikres her ved krav til skriftlighet fra oppdragsgivers side. Denne løsningen er etter disse medlemmenes mening best i tråd med den alminnelige avtaleretten, ved at det er oppdragsgivers aksept og ikke aksepten av oppdragsgivers aksept som er den rettsskapende handling. Disse medlemmer understreker at det i de fleste tilfeller vil være naturlig og anbefalelsesverdig å opprette et skriftlig kontraktsdokument som undertegnes av begge parter. Det betyr likevel ikke at det bør stilles opp et krav om opprettelse av et slikt avtaledokument. Kravet til skriftlig meddelelse får ingen innvirkning på rettsforholdet mellom partene. For dette forholdet er det fortsatt de alminnelige avtalerettslige reglene som gjelder. Spørsmålet om en avtale er inngått vil derfor måtte avgjøres på grunnlag av en totalvurdering av de bevis som foreligger.

Utvalgets medlemmer Hauge, Gjønnes, Goller og Aardalsbakke anbefaler å beholde dagens regel om at kontrakt anses inngått ved signering av begge parter. Dagens regel om at kontrakt er inngått når den er signert av begge parter sikrer notoritet. Dette er viktig i flere sammenhenger. For det første kan det ikke besluttes midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8 første ledd. Det er i klagesammenheng viktig at det er et klart skjæringstidspunkt for når midlertidig forføyning kan (og ikke kan) besluttes. For det andre kan domstolene inntil kontrakt er inngått sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med regelverket, jf. lovens § 7 annet ledd. Siden domstolenes kompetanse avhenger av spørsmålet om kontrakt er inngått, er det god grunn til å sørge for klarhet rundt dette.

Usikkerhet rundt tidspunktet for avtaleinngåelse kan videre utgjøre et selvstendig klage-/tvistepunkt, som lett kan unngås dersom man sikrer klarhet og notoritet ved avtaleinngåelsen. Den notoritet som følger av et krav om at kontrakten skal undertegnes av begge parter er fordelaktig både for oppdragsgiver og for leverandørene. For oppdragsgiver kan det være hensiktsmessig at det

ikke hersker tvil om – eller når – kontrakt ble inngått. For leverandører vil det være viktig å kunne avklare om muligheten til å kunne få medhold i en begjæring om midlertidig forføyning er tilstede, eller om et slikt forsøk er nytteløst på grunn av at oppdragsgiver kan fremlegge en avtale som er signert av begge parter. En skriftlig avtale inngått av begge parter, er derfor lite byrdefullt for oppdragsgiver og den valgte leverandør, og ivaretar samtidig svært viktige hensyn.

Utvalget har videre vurdert nødvendigheten av å lovfeste bestemmelsen om kontraktsinngåelse i lov om offentlige anskaffelser. *Utvalget* har imidlertid kommet til at dette ikke er nødvendig. Dette henger først og fremst sammen med at bestemmelsen som beskrevet ovenfor utelukkende er en skjæringsregel i forhold til bestemmelsene om meddelelse og karens, og at den ikke er ment å overstyre avtaleretten i sin alminnelighet. Det bemerkes at det heller ikke har blitt ansett som nødvendig med en slik lovbestemmelse i gjeldende regelverk. Endelig ville en generell bestemmelse i loven også kunne få betydning ved tolkningen av andre bestemmelser der det ikke er hensiktsmessig å fravike den alminnelige avtaleretten, som for eksempel ved vurderingen av om det faktisk foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

7.2.4 Utvalgets vurdering

Utvalget anbefaler å gå vekk fra dagens formulering i karensbestemmelsene om at oppdragsgiver skal «angi frist for leverandørene til å klage over beslutningen», da dette feilaktig kan gi inntrykk av at karensperioden er en form for klagefrist. Utvalget anbefaler i stedet å benytte terminologien «karensperiode» direkte i bestemmelsen.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, mener at 10 dager normalt vil være tilstrekkelig for å vurdere om det er behov for å klage. Det vil være samfunnsøkonomisk uheldig å innføre en generell plikt til å overholde en lengre karensperiode enn den minimumsperioden direktivet legger opp til. Det foreslås derfor å fastsette en karensperiode på minimum 10 eller 15 dager avhengig av kommunikasjonsmiddel.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, mener at karensperioden bør settes til 15 dager for alle tilfeller.

Utvalgets medlemmer Sejersted, Hellesylt, Mjølhus og Aatlo foreslår å endre skjæringstidspunktet for når en kontrakt i den aktuelle sammenhengen skal anses inngått, til når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept kommer frem til leverandøren. Disse medlemmene anbefaler også at det i bestemmelsen presiseres at meddelelsen om tildelingsbeslutningen ikke anses som avtalerettslig aksept.

Utvalgets medlemmer Hauge, Gjønnes, Goller og Aardalsbakke anbefaler å beholde dagens regel om at kontrakt anses inngått ved signering av begge parter.

7.3 Innholdet i oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutning

7.3.1 Kravet til informasjon

Direktivet angir hvilken informasjon som skal følge meddelelsen om tildelingsbeslutningen.[9]

For det første skal meddelelsen inneholde en kort begrunnelse, jf. anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) artikkel 41 nr. 2 og 3. For en redegjørelse for begrunnelsesplikten, se kapittel 13.2.

For det annet skal meddelelsen inneholde en presis angivelse av den nøyaktige karensperioden som kommer til anvendelse. Oppdragsgiver skal altså på en utvetydig måte angi når karensperioden utløper, slik at det skapes mest mulig forutberegnelighet for leverandørene. Dette kan for eksempel gjøres ved angivelse av dato og klokkeslett.

7.3.2 Konsekvenser av mangelfull begrunnelse

Det kan oppstå tilfeller der oppdragsgiver gir en mangelfull begrunnelse sammen med tildelingsbeslutningen.

Dette bør ikke få noen konsekvens for beregningen av karensperioden. Det bør altså ikke medføre at karensperioden først begynner å løpe fra det tidspunktet leverandøren har fått en begrunnelse med det innhold som skulle vært sendt ut sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Erfaringsmessig ber mange leverandører oppdragsgiver om stadig mer utfyllende begrunnelser, og det kan tidvis være tvilsomt hvor mye informasjon som må gis i hvert enkelt tilfelle. Skulle karensperiodens utløp avhenge av en skjønnsmessig vurdering av på hvilket tidspunkt oppdragsgiver har gitt tilfredsstillende begrunnel-

[9] Artikkel 2a nr. 2 fjerde ledd.

se til samtlige som har krav på dette, ville forutberegneligheten som er ment å følge karensperioden være illusorisk for oppdragsgiver og valgte leverandør.

Dersom det ikke er noen som har klaget til klageorganet før karensperiodens utløp, skal oppdragsgiver og valgte leverandør kunne være trygge på at de kan inngå kontrakt uten å bli møtt med for eksempel krav om rettsvirkningen «uten virkning». Dersom oppdragsgiver ikke har gitt den begrunnelse han er forpliktet til å gi sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen, må leverandørene altså benytte karensperioden til å be om ytterligere begrunnelse. Dersom en leverandør, ut fra de opplysningene han har, mener det er grunn til å bestride tildelingsbeslutningen, må han fremsette en klage til håndhevelsesorganet og/eller begjære midlertidig forføyning før karensperiodens utløp med den konsekvens at suspensjon inntrer.

7.4 Hvem har krav på å motta meddelelse om tildelingsbeslutning?

7.4.1 Direktivets regulering

Det har vært noe ulik praksis med hensyn til hvilke grupper av leverandører som får, og bør ha krav på, oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutningen og den tilhørende karensperioden. Det er ikke åpenbart at for eksempel en leverandør som ble avvist på grunn av manglende kvalifikasjoner ett år før tildelingsbeslutningen ble tatt, har krav på å få tilsendt tildelingsbeslutningen.

Håndhevelsesdirektivet regulerer disse spørsmålene. Utgangspunktet er at «de personer der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse» skal ha effektive klagemuligheter gjennom minstekravene om karensperiode, jf. artikkel 2a nr. 1 jf. artikkel 1 nr. 3. Dette innebærer at meddelelsen om kontraktstildeling skal sendes til «berørte tilbudsgivere og ansøgere», jf. artikkel 2a nr. 2. Med «tilbudsgivere» menes leverandører som har levert inn tilbud, og med «ansøgere» menes leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen.[10]

Hva som skal til for at disse leverandørene skal anses å være «berørte» er nærmere angitt i artikkel 2a nr. 2 annet og tredje ledd, som lyder slik:

> «Tilbudsgivere anses for at være berørte, hvis de endnu ikke er endelig udelukket. En udelukkelse er endelig, hvis den er meddelt de berørte tilbudsgivere og enten er fundet lovlig af en uafhængig klageinstans eller ikke længre kan blive genstand for klageprocedure.
>
> Ansøgere anses for at være berørt, hvis den ordregivende myndighed ikke har stillet oplysninger til rådighed om, at deres ansøgning er afvist inden meddelelsen om tildelingsbeslutningen til de berørte tilbudsgivere.»

7.4.2 Nærmere om berørte tilbudsgivere

Begrepet «tilbudsgiver» omfatter alle leverandører som har levert inn et tilbud. I begrensede anbudskonkurranser, konkurranser med forhandlet prosedyre og konkurransepreget dialog vil begrepet «tilbudsgiver» omfatte de leverandørene som når opp til fase to og leverer et tilbud. I en åpen anbudskonkurranse vil dette også omfatte leverandører som er avvist for eksempel fordi de ikke er kvalifisert, ettersom de faktisk har levert inn et tilbud.

Meddelelsen om tildelingsbeslutningen må likevel bare sendes til «berørte» tilbudsgivere, hvilket omfatter de som ennå ikke er endelig utelukket fra konkurransen.

En tilbudsgiver er *utelukket* fra konkurransen når han har blitt avvist på grunn av forhold ved leverandøren[11] eller tilbudet[12], eller når hans veiledende tilbud har blitt avvist ved en dynamisk innkjøpsordning[13]. En tilbudsgiver er også utelukket fra konkurransen når han har blitt «frasortert» i forbindelse med en reduksjon av antall tilbud i en konkurranse med forhandling i flere faser eller en konkurransepreget dialog.[14]

For at en utelukkelse skal være *endelig*, skal den for det første være meddelt tilbudsgiveren.

For det andre skal utelukkelsen enten være funnet lovlig av et uavhengig håndhevelsesorgan (det vil si domstolen dersom domstolsmodellen videreføres for Norges vedkommende, jf. kapittel

[10] Begrepene er definert i direktiv 2004/18/EF artikkel 1 nr. 8 tredje ledd. Det norske anskaffelsesregelverket bruker ikke et eget ord for "ansøgere", men bruker betegnelsen "leverandører" både om tilbudsgivere og "ansøgere". I anskaffelsesforskriften brukes også i visse bestemmelser betegnelsen "tilbydere", se for eksempel § 15-4. Den engelske betegnelsen for "ansøger" er "candidate".

[11] Jf. anskaffelsesforskriften §§ 11-10 og 20-12.

[12] Jf. anskaffelsesforskriften §§ 11-11 og 20-13.

[13] Jf. anskaffelsesforskriften §§ 6-4 og 15-4.

[14] Jf. anskaffelsesforskriften §§ 11-8, 20-8 og 20-11.

15) eller ikke lengre være gjenstand for klageprosedyre.

At domstolene har funnet utelukkelsen lovlig vil innebære at den utelukkede tilbudsgiver har anlagt sak med henblikk på å få utelukkelsesbeslutningen kjent ulovlig, men uten å ha fått medhold. Det må i den forbindelse legges til grunn at direktivet ikke krever at håndhevelsesorganets avgjørelse er rettskraftig.[15] Utelukkelsen kan dermed anses å være endelig, selv om tilbudsgiveren anker klageorganets avgjørelse om at utelukkelsen var lovlig.

At en utelukkelse ikke lengre er gjenstand for en klageprosedyre vil for eksempel kunne være tilfellet, der det innføres frister for inngivelse av klage over ulike beslutninger: hvis ikke tilbudsgiver klager over utelukkelsen innen fristen, vil han være endelig utelukket.[16]

7.4.3 Nærmere om berørte leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen

Forespørsel om å delta forekommer i konkurranser som skjer i to faser, det vil si i begrensede anbudskonkurranser, konkurranser med forhandlet prosedyre[17] og konkurransepreget dialog. Blant de som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen, kan enkelte bli forkastet før de får levert inn tilbud. Dette kan enten være fordi de avvises fordi de ikke anses for å være kvalifisert[18], eller fordi de forkastes i en konkurranse der det er satt en grense for antall deltakere[19].

Meddelelsen om tildelingsbeslutningen må likevel bare sendes til leverandører som anses å være «berørte». Leverandører er berørte, såfremt oppdragsgiver ikke har stilt til rådighet opplysninger om at deres søknad om deltakelse i konkurransen er avvist før tildelingsbeslutningen, jf. artikkel 2a nr. 2 tredje ledd.[20]

Når det gjelder spørsmål om hvilke opplysninger håndhevelsesdirektivet krever skal være stilt til rådighet for leverandøren, for at han ikke lenger skal anses å være «berørt», fremgår ikke dette klart av direktivet.

Det følger imidlertid av anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 1 at oppdragsgiver snarest mulig skal gi meddelelse om at en forespørsel om å delta i konkurransen blir forkastet eller avvist.[21] Dersom leverandøren anmoder om det, skal han gis en begrunnelse for hvorfor forespørselen om å delta er forkastet, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2.[22] Slik nærmere begrunnelse må ikke gis senere enn 15 dager etter leverandørens henvendelse. Etter håndhevelsesdirektivets ordlyd, skal leverandører kun ha stilt til rådighet opplysninger om «at deres ansøgning er afvist», og ikke begrunnelsen for dette.

Utvalget finner ikke grunn til å gå inn i en diskusjon om hvorvidt håndhevelsesdirektivet faktisk stiller krav om at oppdragsgiver skal ha begrunnet avvisningen, for at leverandøren skal miste sin status som «berørt». Dette er fordi det uansett etter norsk rett bør stilles et krav om at oppdragsgivers meddelelse om avvisning skal inneholde en slik begrunnelse, jf. nærmere kapittel 13.2 om begrunnelsesplikten.

7.4.4 Utvalgets vurderinger

Utvalget ser ikke noen grunn til å innføre begrepene «tilbudsgivere» og «ansøkere». I stedet anbefales det å bruke formuleringene «leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen» og «leverandører som har levert inn tilbud».

Utvalget finner det imidlertid hensiktsmessig å innføre en definisjon av «berørte leverandører». Dette bør etter utvalgets oppfatning omfatte følgende kategorier av leverandører:

- leverandører som har levert inn forespørsel om å delta og som ikke har fått meddelelse om at deres forespørsel er avvist eller forkastet
- alle leverandører som har levert inn tilbud

[15] I motsetning til anskaffelsesdirektivet artikkel 45 nr. 2 bokstav c kreves det ikke at det foreligger en rettskraftig dom etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2.

[16] Utvalget anbefaler ikke å innføre slike frister som får betydning i denne situasjonen, se nærmere redegjørelse om bestemmelser om klagefrister i kapittel 9.

[17] Forhandlet prosedyre skal alltid skje i to faser etter reglene i direktiv 2004/18/EF. De norske reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, det vil si under EØS-terskelverdiene, åpner imidlertid for at forhandlet prosedyre kan gjennomføres i én fase.

[18] Jf. anskaffelsesforskriften §§ 11-10 og 20-12.

[19] Jf. anskaffelsesforskriften §§ 8-6 og 17-6, jf. formuleringen i §§ 11-14 annet ledd bokstav b og 20-16 annet ledd bokstav b.

[20] Det bemerkes i denne sammenheng at det ikke her stilles krav om at avvisningen skal være funnet lovlig av klageorganet, eller at en preklusiv frist skal være utløpt, slik som reglene er for berørte tilbudsgivere. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en leverandør som er avvist først vil kunne finne ut at det er grunn til å klage etter tildeling av kontrakt, for eksempel der det viser seg at vinneren ikke er kvalifisert. Denne leverandøren har imidlertid ikke krav på å motta meddelelse om tildelingsbeslutningen.

[21] Gjennomført i anskaffelsesforskriften § 20-16 annet ledd.

[22] Gjennomført i anskaffelsesforskriften § 20-16 tredje ledd.

Når det gjelder «berørte tilbudsgivere» ønsker utvalget ikke å begrense dette til de tilbudsgivere som ikke har blitt endelige utelukket. Utvalget anser det som lite sannsynlig at det vil forekomme mange tilfeller der domstolen rekker å finne en utelukkelse lovlig før oppdragsgiver meddeler sin beslutning om tildeling av kontrakt. En slik begrensning ville således bare gjøre reglene unødig kompliserte.

7.5 Unntak fra krav til karensperiode

7.5.1 Innledning

Det nye håndhevelsesdirektivet artikkel 2b gir medlemsstatene adgang til å gjøre unntak fra kravet til karensperiode i tre type tilfeller:

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

Utvalget foreslår å innføre alle tre unntakene.

Det må imidlertid være opp til hver enkelt oppdragsgiver om han likevel på frivillig basis ønsker å overholde en karensperiode. Dersom oppdragsgiver velger dette, må han sørge for at dette gjøres på en forutberegnlig måte, og at leverandørene likebehandles.

Konsekvensene av at oppdragsgiver frivillig overholder en karensperiode, må være at klager over tildelingsbeslutningen som fremsettes for håndhevelsesorganet før karensperioden skal føre til suspensjon.

Dersom oppdragsgiver ikke overholder en frivillig satt karensperiode ved tildeling av kontrakt under rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning, kan kontrakten på nærmere vilkår kjennes uten virkning. Andre brudd på en frivillig satt karensperiode, for eksempel en frivillig karensperiode i en konkurranse som ikke krever kunngjøring, bør imidlertid ikke kunne føre til at rettsvirkningen «uten virkning» kan komme til anvendelse.[23]

7.5.2 Unntak ved lovlige direkte anskaffelser

Norge kan beslutte at kravet til karensperiode ikke skal gjelde i tilfeller hvor anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) ikke krever forutgående kunngjøring av en konkurranse i TED-databasen, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2b. En rekke slike tilfeller er listet i anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 1 bokstav a og artikkel 31.[24]

Noen av tilfellene som ikke krever kunngjøring i TED-databasen, forutsetter at det bare er én aktuell leverandør, mens andre tilfeller vil omfatte konkurransesituasjoner. Prinsipielt kan det argumenteres for at det er større grunn til å vurdere å stille krav til karensperiode der det har foregått en konkurranse, enn der oppdragsgiver kun forholder seg til én leverandør. Å skille mellom ulike tilfeller av lovlige direkte anskaffelser vil imidlertid gjøre regelverket unødvendig komplisert.

Anskaffelser og anskaffelsesliknende situasjoner som faller utenfor anskaffelsesdirektivet (2004/18/EF), for eksempel anskaffelser under EØS-terskelverdiene, tjenestekonsesjoner og kontrakter som utføres i egenregi, omfattes ikke av krav til kunngjøring i TED-databasen. Det er imidlertid ikke behov for å gjøre unntak fra kravet til karensperiode for slike kontrakter, da disse også helt faller utenfor håndhevelsesdirektivets virkeområde. Kravet til karensperiode gjelder altså ikke i utgangspunktet i disse tilfellene.

7.5.3 Unntak der det bare er én leverandør

Norge kan beslutte at kravet til karensperiode ikke skal gjelde i tilfeller hvor den eneste berørte tilbudsgiveren er den som tildeles kontrakt, og det ikke er noen berørte «ansøgere» som ønsker å inngi tilbud, jf. artikkel 2b bokstav b. Bestemmelsen benytter her begrepene «berørte tilbudsgivere» og «berørte ansøgere», som må forstås på samme måte som i artikkel 2a, se nærmere ovenfor i kapittel 7.4.

Unntaksbestemmelsen kan således være aktuell dels i konkurranser der oppdragsgiver kun mottar ett tilbud, dels i konkurranser der mange økonomiske aktører har vist interesse, men enten har blitt avvist og mottatt opplysninger om dette slik at de ikke anses som «berørte», eller at alle leverandørene med unntak av vinneren er blitt endelig utelukket før meddelelse om tildelingsbeslutningen. I disse tilfellene vil det ikke være andre gjenværende deltakere i konkurransen som har noen interesse i å motta underretning og dra fordel av karensperiode med henblikk på en effektiv klageadgang, jf. direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 8.

[23] Motsatt dersom oppdragsgiver frivillig forlenger en pliktig karensperiode.

[24] Gjennomført i anskaffelsesforskriften § 14-4.

7.5.4 Unntak for kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger

Generelt

Norge kan bestemme at kravet til karensperiode ikke skal gjelde ved tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler og kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2b bokstav c.

Begrunnelsen for denne unntaksreglen er reflektert i direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 9, der det fremgår at en obligatorisk karensperiode i disse tilfellene kan ha en negativ innvirkning på de effektivitetsgevinstene som tilstrebes med disse innkjøpsprosedyrene.

Dynamiske innkjøpsordninger

Dynamiske innkjøpsordninger er fullelektroniske prosesser som typisk kan benyttes til å anskaffe standardiserte leveranser. Ordningen er opprettet for at oppdragsgivere på en billig og rask måte skal få tilgang til, og evaluere tilbudsinformasjon fra en stor mengde firmaer, inkludert data som er gjort tilgjengelig gjennom elektroniske varekataloger. Ettersom oppdragsgiver skal foreta en tilbudsevaluering før hver tildeling, kan det argumenteres for at tapende leverandører bør gis adgang til effektiv håndhevelse. Dersom det innføres krav til karensperiode i denne prosessen, svekkes imidlertid ordningens effektivitet.

Rammeavtaler

Rammeavtaler vil typisk benyttes for å søke administrative besparelser både for oppdragsgivere og leverandører. I rammeavtalens levetid er det låst hvilke leverandører som deltar. Avtalene har til formål å fastsette vilkårene for de kontraktene som skal tildeles i løpet av en gitt periode. Det enkelte avropet skal dermed kunne skje raskt og effektivt.

En type avrop på rammeavtaler står imidlertid i særstilling: tildeling av kontrakter der oppdragsgiver har rammeavtaler med flere leverandører (parallelle rammeavtaler), der ikke alle vilkårene er bindende fastsatt i rammeavtalene. Når kontrakt skal tildeles under slike parallelle rammeavtaler må det først gjennomføres en minikonkurranse, der leverandørene skal levere inn nye tilbud som igjen skal evalueres av oppdragsgiver. Denne nye prosessen har store likhetstrekk med en alminnelig tildelingsprosess, og tapende leverandører vil kunne ha behov for å få overprøvd oppdragsgivers beslutninger. Dette taler isolert sett for å innføre en karensperiode. Dersom det innføres et obligatorisk krav til en karensperiode, vil imidlertid parallelle rammeavtaler gjøres til et mer omstendelig og tidkrevende form for innkjøpssystem.

Konsekvens av å innføre unntaket

Det forhold at tildeling av kontrakter under parallelle rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger kan skape behov for særlige håndhevelsesordninger, reflekteres i bestemmelsene om rettsvirkningen «uten virkning»: Dersom unntaksmuligheten ved tildeling av slike kontrakter innføres, må man samtidig innføre regler om at disse kontraktene under visse forutsetninger skal kjennes uten virkning i overensstemmelse med direktivets artikkel 2d og 2f, jf. artikkel 2b bokstav c, annet ledd, se nærmere under kapittel 10.2.2.

Oppdragsgivere gis imidlertid mulighet til å sikre seg mot rettsvirkningen «uten virkning» ved å gi berørte tilbudsgivere en meddelelse om tildeling med en kort begrunnelse og iaktta en «frivillig karensperiode», jf. artikkel 2d nr. 5.

Dersom unntaket med tilhørende regler om rettsvirkningen «uten virkning» og frivillig karensperiode innføres, vil oppdragsgivere få en fleksibel løsning. Dersom oppdragsgiver ikke er i tvil om at tildelingen er lovlig og/eller det haster med å tildele kontrakten, kan dette gjøres uten karensperiode. Ønsker oppdragsgiver å sikre seg mot at kontrakten etterfølgende kan kjennes uten virkning, og har tid til å vente med tildelingen, kan han iaktta en frivillig karensperiode.

7.6 Karensperiode for kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene?

Håndhevelsesdirektivets detaljerte krav til karensperiode gjelder ikke for kontrakter om uprioriterte tjenester eller for kontrakter under EØS-terskelverdiene, og Norge er derfor ikke forpliktet til å innføre tilsvarende bestemmelser om karens for slike anskaffelser.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår ikke å innføre slike detaljerte bestemmelser om karens for kontrakter om uprioriterte tjenester eller for kontrakter under EØS-terskelverdiene. Flertallet mener at dagens bestemmelse

i del II i forskrift om offentlige anskaffelser med krav om «rimelig tid» bør videreføres.

Flertallet ønsker i den forbindelse å påpeke at rimelig tid i praksis ofte vil være 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsform. Det vil imidlertid etter en konkret vurdering være mulig å benytte en kortere karensperiode. Dette vil typisk gjelde ved små og ukompliserte anskaffelser, ved bruk av tildelingskriteriet «laveste pris» og ved anskaffelser som haster veldig. Uansett må karensperioden alltid fastsettes ut i fra hensynet til at leverandørene skal få en reell mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å klage og/eller begjære midlertidig forføyning. Samtidig må det være klart at rimelig tid aldri vil kunne utgjøre mer enn de 10/15 dager som utgjør minstefristen etter forskriftens del III.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at det innføres samme krav til karens for kontrakter om uprioriterte tjenester, kontrakter under EØS-terskelverdiene og kontrakter over EØS-terskelverdiene. Således foreslår dette medlemmet å innføre en minimumskarensperiode på 15 dager i alle tilfeller.

Som nevnt i kapittel 11 anser *utvalget* det som uaktuelt å innføre strengere regler for kontrakter omfattet av forskriftens del II enn hva som gjelder for kontrakter omfattet av forskriftens del III. Utvalget anbefaler derfor at de relevante unntak fra kravet om karens også innføres for uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene som omfattes av forskriftens del II. Det gjelder unntaket for tilfeller der det bare er én berørt leverandør, og denne tildeles kontrakten, og unntaket for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

Når det gjelder unntaket for lovlige direkte anskaffelser, er ikke dette relevant for kontrakter omfattet av forskriftens del II. Dette er fordi del II ikke inneholder bestemmelser om kontrakter som kan tildeles direkte uten kunngjøring. Slike kontrakter omfattes utelukkende av forskriftens del I, jf. § 2-1 annet ledd, der det uansett ikke gjelder krav om karensperiode.

Det vises for øvrig til kapittel 11 for en nærmere gjennomgang av spørsmål om håndhevelsen av anskaffelser av uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene.

7.7 Bestemmelser om karensperiode i forsyningssektorene

Det innføres tilsvarende bestemmelser om karensperiode for forsyningssektorene, jf. artikkel 2a i håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene. Norge plikter således å innføre en karensperiode på minimum 10/15 dager (avhengig av kommunikasjonsmiddel) fra tildelingsbeslutningen er sendt til berørte leverandører til oppdragsgiver kan inngå kontrakt med den valgte leverandøren. Det kan også innføres unntak for lovlige direkte anskaffelser, tilfeller der det bare er én leverandør og for kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning, jf. artikkel 2b.

Bestemmelsene om karens for forsyningssektorene svarer stort sett til bestemmelsene for klassisk sektor, og *utvalget* ser ikke at det er særlige problemstillinger i forsyningssektorene knyttet til bestemmelsene om karens.

Til forskjell fra i klassisk sektor gis det imidlertid ikke i forsyningssektorene et eksplisitt unntak for kontrakter basert på en rammeavtale. Dette kan på den ene siden tolkes dit hen at Norge plikter å innføre karensperiode for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale. Utvalget mener imidlertid ikke at dette er tilfellet. Begrunnelsen for at det ikke gis et slikt unntak må derimot være at det i forsyningssektorene ikke gis detaljerte prosedyreregler for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale, jf. nærmere om dette i kapittel 12.3.3.[25]

Utvalget foreslår på denne bakgrunnen å innføre de samme regler om karensperiode i henholdsvis klassisk sektor og forsyningssektorene.

Det vises for øvrig til kapittel 12 for en samlet gjennomgang av spørsmål om håndhevelse i forsyningssektorene.

[25] I klassisk sektor gis det detaljerte regler om tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 32.

Kapittel 8
Suspensjon

8.1 Oppsettende virkning ved klage

Håndhevelsesdirektivet krever at klager til håndhevelsesorganet skal ha oppsettende virkning. Dette følger av artikkel 2 nr. 3 som lyder:

> «Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5.»

Etter bestemmelsen inntrer suspensjonen når det sendes inn en «klage» over en tildelingsbeslutning til et «klageorgan» innen utløpet av karensperioden.[1] Suspensjon innebærer at oppdragsgiver ikke har rett til å inngå kontrakt før klageorganet har truffet avgjørelse. Dette er en nyskapning i norsk rett.

Utvalget har valgt å bruke betegnelsen «suspensjon», for å få frem at oppdragsgivers rett til å inngå kontrakt «suspenderes», og for å skille det fra andre typer oppsettende virkning.[2]

Formålet med bestemmelsen fremgår av direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 12. Der heter det at innlevering av klage kort tid før utløpet av karensperioden ikke bør føre til at klageinstansen berøves nødvendig tid til å gripe inn, og at det derfor bør fastsettes en selvstendig minimumsfrist med oppsettende virkning, som ikke utløper før klageinstansen har truffet avgjørelse om begjæringen.

Etter gjeldende norsk rett kan det begjæres midlertidig forføyning mot brudd på reglene om offentlige anskaffelser.[3] En slik begjæring har ikke i seg selv oppsettende virkning, men det er ikke uvanlig at det treffes en foreløpig avgjørelse om midlertidig forføyning uten muntlig forhandling. Partene kan også på frivillig grunnlag bli enige om å vente med å inngå kontrakt. Det nye med bestemmelsen om suspensjon er at det skal inntre en automatisk oppsettende virkning.

Hvordan en ordning med suspensjon vil virke avhenger av hvilken organisatorisk modell som velges: om håndhevelse av anskaffelsesreglene skjer i de ordinære domstolene eller administrativt.

I håndhevelsesdirektivet brukes betegnelsene «klage» og «klageinstans». Disse begrepene er ment å være nøytrale i forhold til valg av organisatorisk modell. Det betyr at dersom håndhevelsen legges til domstolene vil «klage» i norsk terminologi svare til søksmål eller begjæring om midlertidig forføyning, og «klageinstans» til domstolene. *Utvalget* har vurdert denne terminologien i sammenheng med fremstillingen i NOU'ens del III, der utvalgets flertall (alle unntatt ett medlem) vil anbefale en fortsatt domstolsmodell, se kapittel 15.

Gjennomføringen av direktivets krav om suspensjon vil i en domstolsmodell bety at en begjæring om midlertidig forføyning skal ha oppsettende virkning, og at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt før begjæringen er behandlet av retten i første instans. Dette gjør det nødvendig å endre § 8 i lov om offentlige anskaffelser.

Det oppstår også flere avledede spørsmål, herunder om hva som nærmere skal til for at suspensjon skal inntre (kapittel 8.2), når den skal opphø-

---

[1] Tilsvarende skal klage i perioden fra kunngjøring av en intensjonskunngjøring der oppdragsgiver er forpliktet til ikke å inngå kontrakt, jf. artikkel 2d nr. 4, ha oppsettende virkning, da dette i praksis også er en form for karensperiode. Se nærmere om intensjonskunngjøring i kapittel 10.3.2.

[2] I både den danske og den engelske versjonen av direktiv 2007/66/EF brukes ordet "suspension" direkte i bestemmelsen.

[3] Dette gjelder ikke der kontrakt er inngått eller mot brudd innenfor forsyningssektorene, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8.

re og hvilke virkninger den skal medføre (kapittel 8.3).

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, vil anbefale at direktivets nye regler om suspensjon bare gjennomføres så langt EØS-retten krever det, og at det ikke innføres regler om suspensjon for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at reglene om suspensjon også gis anvendelse for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Utvalgets forslag fremgår av kapittel 8.4.

De prosessuelle spørsmål som bestemmelsen om suspensjon reiser i domstolsmodellen, er nærmere omtalt i kapittel 15.2.

Direktivets rekkevidde i forhold til anskaffelser under EØS-terskelverdiene og av uprioriterte tjenester er nærmere drøftet i kapittel 8.5 og 11. Rekkevidden i forhold til plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål er omtalt i kapittel 11.4.[4]

8.2 Når inntrer suspensjon

Hovedregelen i håndhevelsesdirektivet er at en klage ikke nødvendigvis skal ha oppsettende virkning på anskaffelsesprosedyrene klagen knytter seg til, jf. artikkel 2 nr. 4.[5] Denne hovedregelen fravikes imidlertid i tilfeller der det skal inntre suspensjon etter artikkel 2 nr. 3 eller artikkel 1 nr. 5.[6] Artikkel 2 nr. 4 får altså ikke selvstendig betydning for de klager som omfattes av suspensjonsplikten.

Etter artikkel 2 nr. 3 inntrer suspensjon når det sendes inn en «klage» over en tildelingsbeslutning til et «klageorgan» i første instans. Lest i sammenheng med artikkel 2 nr. 4, må bestemmelsen i utgangspunktet tolkes slik at suspensjonen inntrer automatisk ved saksanlegg eller begjæring om midlertidig forføyning: domstolen skal altså ikke «godkjenne» at suspensjon inntrer.

For at suspensjonen faktisk skal få virkning, er det en forutsetning at oppdragsgiver får kunnskap om søksmålet/begjæringen snarest mulig. Dette bør etter *utvalgets* vurdering føre til at suspensjon inntrer når retten forkynner søksmålet/begjæringen for oppdragsgiver. Spørsmål knyttet til varsling og forkynnelse er nærmere behandlet i kapittel 15.2.

Bestemmelsen må forstås slik at suspensjon ikke automatisk skal inntre *ved anke* til andre instanser.

Den må videre forstås slik at suspensjon ikke automatisk skal inntre ved et søksmål/en begjæring om midlertidig forføyning som ikke vedrører *tildelingsbeslutningen*.

Det er altså ikke krav om å innføre suspensjon når det reises sak/begjæres midlertidig forføyning før det er truffet avgjørelse om tildeling av kontrakt. En slik sak kunne for eksempel vedrøre utvelgelsen av leverandører, diskriminerende tekniske spesifikasjoner eller andre feil i konkurransegrunnlaget. Dette må i utgangspunktet anses å være en hensiktsmessig løsning, fordi det ikke er det samme behovet for å stoppe prosessen ved sak som reises før tildelingsbeslutningen, for eksempel av en leverandør som i forbindelse med en begrenset anbudskonkurranse ikke har blitt prekvalifisert. I en slik situasjon vil leverandøren uansett ha tilstrekkelig tid til å få behandlet en eventuell begjæring om midlertidig forføyning før kontrakten blir signert.[7]

Det fremgår ikke klart av ordlyden i artikkel 2 nr. 3 om alle saker som reises etter tildelingsbeslutningen skal føre til suspensjon, eller om det uttrykkelig må nedlegges påstand om at tildelingsbeslutningen er feil. Førstnevnte løsning er etter *utvalgets* vurdering ikke hensiktsmessig: et søksmål kan for eksempel vedrøre en feil i anskaffelsesprosessen som i den konkrete saken ikke har fått konsekvens for tildelingsbeslutningen, men som leverandøren av prinsipielle årsaker ønsker å få overprøvd. I en slik situasjon vil det ikke være behov for suspensjon. Suspensjon bør derfor bare inntre når det reises sak etter tildeling av kontrakt og som uttrykkelig vedrører tildelingsbeslutningen. Dette betyr i utgangspunktet at det må stilles krav til formulering av stevningen/begjæringen: Leverandøren må uttrykkelig påstå at tildelingsbeslutningen er feil for at suspensjon skal inntre.

Det fremgår heller ikke klart av ordlyden om bestemmelsen kan forstås slik at en nasjonal bestemmelse kan utformes slik at suspensjon kun inntrer ved *begjæring om midlertidig forføyning*, og

[4] Slike anskaffelser er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser del IV.

[5] Tidligere artikkel 2 nr. 3 i direktiv 89/665/EØF.

[6] Ettersom utvalget ikke anbefaler en plikt til først å klage til oppdragsgiver, jf. artikkel 1 nr. 5, vil ikke denne bestemmelsen bli behandlet ytterligere.

[7] Oppdragsgiver må uansett sende meddelelse til berørte tilbudsgivere og vente med å inngå kontrakt til utløpet av karensperioden.

ikke ved et søksmål hvor det ikke samtidig er begjært midlertidig forføyning. Direktivets ordlyd taler ikke umiddelbart for en slik tolkning, men det gjør derimot reelle hensyn.

Dersom suspensjon skulle inntre også ved søksmål der det ikke begjæres midlertidig forføyning, ville domstolen måtte ta stilling til om suspensjonen skulle opphøre[8] eller om den skulle løpe til avgjørelsen i hovedsaken.

Domstolens vurdering av om suspensjonen skal opphøre, vil i utgangspunktet måtte svare til den vurdering som gjøres i forbindelse med en begjæring om midlertidig forføyning. Det vil være en ressurskrevende oppgave for domstolene å behandle begjæringer om midlertidig forføyning og spørsmål om suspensjon, og det er derfor uhensiktsmessig at en slik behandling automatisk må skje ved alle søksmål. Utvalget mener det heller ikke vil være en hensiktsmessig løsning automatisk å la suspensjonen løpe til domstolen har truffet avgjørelse i hovedsaken. En slik løsning ville i realiteten bety at ethvert søksmål til domstolene må gis oppsettende virkning, uten at de alminnelige vilkårene for dette er vurdert.

Dette taler for at Norge begrenser suspensjonen til tilfeller der det faktisk begjæres midlertidig forføyning. Dermed løses også utfordringen ved at leverandøren uttrykkelig må påstå at tildelingsbeslutningen er feil for at suspensjon skal inntre, jf. drøftelsen ovenfor.

Utvalget mener at suspensjon kan og bør begrenses til tilfeller der det begjæres midlertidig forføyning *før utløpet av karensperioden.* Dette må også omfatte den 10-dagers venteperioden som skal finne sted etter en intensjonskunngjøring, jf. artikkel 2d nr. 4. Dette er fordi denne perioden i praksis må anses å være en form for karensperiode.

Ifølge direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 12, bør ikke innlevering av klage kort tid før utløpet av karensperioden føre til at klageinstansen berøves nødvendig tid til å gripe inn. Formålet med suspensjonsbestemmelsen er altså å sikre virkningen av karensbestemmelsen, slik at skadelidte leverandører kan klage effektivt på et tidspunkt der det fortsatt er mulig å rette opp de begåtte feilene. Suspensjonsbestemmelsen knyttes således til karensbestemmelsen.

En slik begrensning vil bety at bestemmelsen om suspensjon ikke gjelder for kontrakter som ikke er omfattet av krav om karens. Hvis det for eksempel gjøres unntak fra kravet om karens for kontrakter tildelt i henhold til en rammeavtale, vil det altså ikke inntre suspensjon ved en begjæring om midlertidig forføyning i forbindelse med tildeling av en slik kontrakt.

Å begrense suspensjon til tilfeller der det begjæres midlertidig forføyning innenfor karensperioden, henger også godt sammen med formålet bak bestemmelsene om karens: forbigåtte leverandører skal ha rimelig tid til å vurdere om det kan lønne seg å klage. Når karensperioden utløper, og det ikke i denne perioden er inngitt begjæring om midlertidig forføyning som medfører suspensjon, kan oppdragsgiver trygt signere kontrakten. Det må derfor med rimelighet kunne stilles krav om at begjæringen inngis før karensperiodens utløp for at suspensjon skal inntre. Leverandøren forhindres uansett ikke i å begjære midlertidig forføyning på vanlig måte etter karensperiodens utløp. Oppdragsgiver kan også uansett frivillig velge å vente med å inngå kontrakt, dersom det anses for hensiktsmessig.

Unntakene fra kravet om karens er for eksempel begrunnet i at det kun er én leverandør eller fordi oppdragsgiver har behov for å foreta en anskaffelse raskt. I slike tilfeller er behovet for suspensjon heller ikke tungtveiende.

Samlet sett finner derfor *utvalget* det mest hensiktsmessig at suspensjon bare inntrer der det stilles krav om overholdelse av karensperiode, eller der oppdragsgiver må vente med å inngå en kontrakt i 10 dager etter en intensjonskunngjøring.

Utvalget mener likevel også at suspensjon må inntre der oppdragsgiver på frivillig grunnlag overholder en karensperiode. I motsatt fall vil det

Figur 8.1 Tidsforløp i anskaffelsesprosessen ved karens og suspensjon

[8] Dette kunne for eksempel skje ex officio eller etter begjæring fra oppdragsgiver.

bli vanskelig både for leverandørene og domstolene umiddelbart å konstatere om suspensjon skal inntre eller ei. Dette fordi det ikke nødvendigvis fremgår tydelig om oppdragsgiver overholder karensperioden fordi han er forpliktet til det eller om det skjer på frivillig grunnlag.

8.3 Når opphører suspensjonen

Ifølge artikkel 2 nr. 3 løper suspensjonen til klageorganet har truffet en avgjørelse, enten vedrørende en begjæring om midlertidig forføyning eller en klage, se også direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 12.[9]

Bestemmelsen må leses slik at Norge kan velge hvilken av de to handlingene som skal føre til opphør av suspensjon.

Dersom suspensjonen skal løpe til domstolen har truffet avgjørelse i hovedsaken, vil det i realiteten bety at ethvert søksmål eller enhver begjæring om midlertidig forføyning gis oppsettende virkning, uten at de alminnelige vilkårene for dette blir vurdert. Etter utvalgets syn vil dette være en lite heldig løsning.

Utvalget mener derfor at suspensjonen skal opphøre når domstolen treffer avgjørelse om begjæringen om midlertidig forføyning. Dette henger godt sammen med utvalgets anbefaling om å begrense suspensjonen til de tilfeller der det faktisk begjæres midlertidig forføyning.

Figur 8.2 Tidsforløp der håndhevelsesorganet avslår en begjæring om midlertidig forføyning før utløpet av karensperioden

[9] Fortalens premiss 12 presiserer at perioden utløper når klageinstansen har truffet en avgjørelse om anvendelse av midlertidige foranstaltninger, herunder en ytterligere suspensjon av inngåelsen av kontrakten, eller når klageinstansen har truffet en avgjørelse om saken, særlig om begjæringen om annullering av ulovlige beslutninger.

Figur 8.3 Tidsforløp med karens og suspensjon ved klager fra flere leverandører

Der domstolen tar leverandørens begjæring om midlertidig forføyning til følge, vil suspensjonen opphøre, og erstattes av den midlertidige forføyningen. Denne reguleres av de alminnelige reglene i tvisteloven, og innebærer at oppdragsgiver fortsatt må vente med å inngå kontrakt.

Der domstolen kommer til at det ikke er grunnlag for midlertidig forføyning, og avslår begjæringen, bortfaller suspensjonen. Oppdragsgiver kan da inngå kontrakt. Dersom leverandører anker avgjørelsen før oppdragsgiver inngår kontrakt, vil suspensjon ikke gjeninntre. Dette er fordi suspensjon ikke inntrer ved anke til annen instans, jf. ovenfor i kapittel 8.2.

Domstolens behandling av begjæringer om midlertidig forføyning er nærmere beskrevet i kapittel 15.2.

En suspensjon opphører uansett tidligst ved utløpet av karensperioden. Dette må forstås slik at oppdragsgiver under alle omstendigheter må vente med å inngå kontrakt til den alminnelige karensperioden er utløpt, også i tilfeller der domstolen før karensperiodens utløp har truffet avgjørelse om at midlertidig forføyning ikke skal gis. Dette er fordi det innenfor karensperioden kan inngis begjæringer fra andre leverandører som kan få et annet utfall.

8.4 Utvalgets anbefalinger

Utvalget foreslår at suspensjon skal begrenses til å inntre ved begjæring om midlertidig forføyning, når begjæringen fremsettes før utløpet av en ka-

rensperiode fastsatt av oppdragsgiver eller i de 10 dagene etter kunngjøring av en intensjonskunngjøring, der oppdragsgiver er forpliktet til ikke å inngå kontrakt. Suspensjon skal bare inntre ved begjæring til første instans, ikke ved anke til andre instanser.

Utvalget foreslår at skjæringspunktet for når suspensjonen skal inntre, skal være tidspunktet for rettens forkynnelse av begjæringen for oppdragsgiver.

Utvalget foreslår at suspensjonen skal løpe inntil domstolen har tatt stilling til begjæringen om midlertidig forføyning.

Det vises for øvrig til kapittel 15.2 for utvalgets prosessuelle vurderinger.

8.5 Suspensjon for kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene?

Håndhevelsesdirektivets detaljerte krav til karensperiode gjelder ikke for kontrakter om uprioriterte tjenester eller kontrakter under EØS-terskelverdiene. Ettersom bestemmelsene om suspensjon er knyttet til bestemmelsene om karens, stilles det heller ikke krav om gjennomføring av bestemmelsene om suspensjon for slike kontrakter.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, anbefaler ikke på frivillig basis å innføre bestemmelser om suspensjon for kontrakter om uprioriterte tjenester eller kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Flertallet peker på at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, som gjelder for uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene, gjennomgående er mer fleksible enn reglene i del III. Dette kommer for eksempel til uttrykk ved mer fleksible frister og ved at det alltid er mulig å benytte konkurranse med forhandling. Denne fleksibiliteten bør man dra nytte av. Samtidig bør bestemmelsen om suspensjon være proporsjonal i forhold til kontraktene som inngås. Særlig ved små kontrakter vil det kunne virke uforholdsmessig at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt automatisk skal stanses ved begjæring om midlertidig forføyning.

I tillegg stiller den automatiske inntreden av suspensjon store krav til håndhevelsesorganet, og flertallet mener at de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til leverandører som ønsker å stoppe anskaffelser under EØS-terskelverdiene eller av uprioriterte tjenester.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at de nye suspensjonsreglene også får anvendelse for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Mindretallets utgangspunkt er at håndhevelsesreglene ikke må forskjellsbehandle leverandørers praktiske og juridiske mulighet til å gjenopprette opprinnelige kontraktsmuligheter. Det må være et like egnet håndhevelsesregime for små bedrifter, som for de store bedriftene som kan trekke på juridiske ressurser. Suspensjonsmuligheten gir leverandører reelle rettigheter til å kunne få prøvet sin sak, og ikke bare bli avspist med eventuell erstatning. I Norge har innstillingen til prosedyreregelverket vært at de samme prosedyreregler i prinsippet skal gjelde under som over EØS-terskelverdiene. I tillegg kommer at anskaffelsesverdiene under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester kan regnes å stå for en vesentlig del av de totale anskaffelsene, kanskje så mye som over 80 prosent. Uprioriterte tjenestekontrakter kan i prinsippet beløpe seg til store summer. Det er derfor av konkurransemessige og samfunnsmessige grunner viktig at leverandører kan gjøre seg nytte av håndhevelsesregler hvor det er etablert prosedyreregler.

Mindretallet mener at håndhevelsessystemet i hovedsak må være likt for like brudd, og derfor i størst mulig grad følges opp med like virkemidler og rettsgaranti.

Det vises til kapittel 11 for en nærmere gjennomgang av spørsmål om håndhevelse av anskaffelser av uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene.

8.6 Bestemmelser om suspensjon i forsyningssektorene

Det innføres bestemmelser om suspensjon for forsyningssektorene som materielt sett er identiske med bestemmelsene for klassisk sektor. Det oppstår derfor de samme tolkningsspørsmål og problemstillinger i forsyningssektorene som beskrevet ovenfor.

Det er imidlertid en problemstilling i forhold til suspensjonsplikten som er spesiell for forsyningssektorene. Det gjelder sammenhengen med valget mellom håndhevelsesorganets kompetanser etter artikkel 2 nr. 1 til *enten* å annullere ulovlige beslutninger og gi midlertidig forføyning *eller* fastsette mulkt, jf. kapittel 12.2.2.

I Norge har man valgt å bare åpne for fastsetting av mulkt for brudd på regelverket i forsyningssektorene, og det kan altså ikke gis midlertidig forføyning. Dersom håndhevelsesorganet ikke gis kompetanse til å treffe beslutning om midlertidig forføyning, betyr det at suspensjonen må løpe til håndhevelsesorganet har truffet avgjørelse i hovedsaken.

Dette kan etter *utvalgets* oppfatning få særdeles uheldige konsekvenser, idet suspensjon i praksis vil få virkning som en midlertidig forføyning uten at de normale vilkårene for dette er vurdert. Dette er spesielt uheldig i forsyningssektorene, idet man nettopp her har valgt å ikke åpne for å kunne gi midlertidig forføyning, da det kan få store konsekvenser og føre til store tap å stoppe en anskaffelse i disse sektorene.

Utvalget anbefaler derfor at det gis adgang til å beslutte midlertidig forføyning også i forsyningssektorene, og at det innføres samme bestemmelser om suspensjon i klassisk sektor og forsyningssektorene.

Det vises for øvrig til kapittel 12 for en samlet gjennomgang av håndhevelsesreglene i forsyningssektorene.

Kapittel 9
Søksmålsfrister og klageprosess

9.1 Innledning – om søksmålsfrister og klageprosess

Formålet med direktiv 2007/66/EF er i stor grad en mer effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket, herunder at leverandørene i større grad skal ha anledning til å få prøvet en klage før kontrakt inngås. I særskilte tilfeller vil også en kontrakt kunne kjennes uten virkning, for å hindre at en kontrakt som er inngått i strid med regelverket, fortsatt skal ha virkning mellom partene, se kapittel 10.

Som et ledd i dette gir direktivet også mulighet til å innføre en rekke klagefrister som skal gjøre det forutberegnlig både for oppdragsgiver og leverandører når klage må være fremsatt i ulike sammenhenger. Dette innebærer også at den skjerping av håndhevelsen av regelverket som ligger i direktiv 2007/66/EF oppveies noe ved at oppdragsgiver etter utløpet av slike frister har trygghet for at beslutningene ikke lenger kan angripes. Dette er nærmere behandlet i kapittel 9.2 til 9.4.

Håndhevelsesdirektivet inneholder også frivillige bestemmelser om at leverandører først må underrette eller klage til oppdragsgiver før sak kan bringes inn for klageinstansen. Dette er nærmere behandlet i kapittel 9.5.

I håndhevelsesdirektivene brukes betegnelsene «klage» og «klageinstans». Disse begrepene er ment å være nøytrale i forhold til valg av organisatorisk modell. Det betyr at dersom håndhevelsen legges til domstolene vil en «klage» i norsk terminologi svare til et søksmål eller en begjæring om midlertidig forføyning, og «klageinstans» til domstolene.

Utvalget har vurdert denne terminologien i sammenheng med fremstillingen i del III, der *utvalgets flertall* vil anbefale en fortsatt domstolsmodell, se kapittel 15. På denne bakgrunnen anvendes i utgangspunktet domstolsterminologien i det følgende ved beskrivelsen av hvilke virkninger direktivets regler om klagefrister og klageprosess på dette punkt vil ha i norsk rett.[1]

Utvalget anbefaler at det innføres søksmålsfrister for når en sak med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning kan reises.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår at oppdragsgiver gis adgang til å fastsette en frist for å fremsette begjæring om midlertidig forføyning mot visse av oppdragsgivers beslutninger. Det gjelder oppdragsgivers beslutninger om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren, eller om å forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen etter utvelgelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere. Dette gjelder bare ved begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler ikke at det innføres slike (fakultative) preklusive frister ved begjæring om midlertidig forføyning.

Utvalget anbefaler ikke å innføre en særlig plikt for leverandører til først å underrette eller klage til oppdragsgiver, før søksmål kan reises ved domstolen.

9.2 Gjeldende rett

9.2.1 Frist for å reise sak ved domstolene – generell preklusiv søksmålsfrist

I Norge vil en klage i håndhevelsesdirektivets betydning innebære søksmål for domstolene.

Lov om foreldelse av fordringer av 18. mai 1975 nr. 18 (foreldelsesloven) inneholder en generell foreldelsesfrist på tre år for fordringer på penger eller andre ytelser, jf. lovens § 2, jf. § 1 første

[1] Dersom man i stedet ønsker en nemndmodell, se kapittel 16, vil det imidlertid også ifølge norsk terminologi være tale om "klage" og "klageorgan".

ledd. Erstatningskrav vil foreldes etter denne bestemmelsen, eventuelt supplert med tilleggsfristen i foreldelsesloven § 9. For erstatningskrav, som i dag er den aktuelle sanksjonen etter at kontrakt er inngått, må søksmål dermed reises innenfor foreldelseslovens frister.

9.2.2 Frist for å klage til KOFA

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er ikke klageinstans i den betydning som er lagt til grunn i håndhevelsesdirektivet. Anskaffelsesregelverket inneholder likevel visse klagefrister for klage til KOFA.

Ordinære saker

Klage til KOFA må fremsettes «senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver», jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288 § 6 annet ledd annet punktum.[2]

Siden forskriftsbestemmelsen viser til tidspunktet for inngåelse av kontrakt, avskjærer ikke denne bestemmelsen klage til klagenemnda på et senere tidspunkt for så vidt gjelder konkurranser som er avsluttet på annen måte enn ved tildeling av kontrakt, eksempelvis beslutning om avlysning av konkurranse eller totalforkastelse av innkomne tilbud.

Leverandører som ønsker å få prøvet en klage på tildeling av kontrakt etter dette tidspunkt, kan likevel fortsatt få saken prøvet i domstolene, jf. ovenfor.

Saker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse – gebyrsaker

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.

9.3 Særskilte søksmålsfrister under anskaffelsesprosessen

9.3.1 Om søksmålsfrister under anskaffelsesprosessen

Håndhevelsesdirektivet åpner i artikkel 2c for at Norge kan fastsette generelle frister for å klage på beslutninger som oppdragsgiver har truffet som ledd i eller i forbindelse med anskaffelsesprosessen. Dersom det fastsettes slike frister, må disse være minst 10 eller 15 dager, avhengig av kommunikasjonsmiddelet som anvendes.

Klagefrister etter artikkel 2c omfatter både klagefrister underveis i anskaffelsesprosessen, etter hvert som prosessen skrider frem, og en generell preklusiv klagefrist etter kontraktsinngåelse.

Når det gjelder klagefrister underveis i anskaffelsesprosessen, vil disse innebære at leverandører må fremsette klage på oppdragsgivers beslutninger løpende i prosessen. Eksempelvis må leverandørene være forberedt på å klage på en beslutning om avvisning før utfallet av konkurransen er avgjort. Det vil for eksempel også være mulig å innføre klagefrister etter kunngjøring av konkurransen, offentliggjøring av konkurransebetingelser mv.

Klagefrister etter artikkel 2c må være minst ti kalenderdager regnet fra dagen etter oppdragsgivers beslutning ble sendt til leverandøren, dersom beslutningen er sendt per telefaks eller med elektroniske midler. Dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes, må fristen være minst 15 kalenderdager regnet fra dagen etter beslutningen ble sendt til leverandøren, eller minst ti kalenderdager regnet fra dagen etter beslutningen ble mottatt.

Meddelelsen om oppdragsgivers beslutning skal inneholde en kort begrunnelse, jf. artikkel 2c annet punktum.[3]

Der en beslutning ikke er omfattet av en spesifikk meddelelse, skal fristen være minst ti kalenderdager regnet fra datoen for offentliggjørelsen av den pågjeldende beslutning, jf. artikkel 2c siste punktum. Et eksempel på en slik beslutning kan for eksempel være oppdragsgivers fastsettelse av tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i konkurransebetingelsene.[4] Her må en eventuell frist for å klage over disse betingelsene være minst ti kalenderdager regnet fra datoen for offentliggjørelsen av konkurransebetingelsene.

9.3.2 Utvalgets vurderinger

I en domstolsmodell skal en «klagefrist», som beskrevet ovenfor, forstås som en søksmålsfrist eller frist for å begjære midlertidig forføyning. I det følgende brukes derfor denne domstolsterminologien.

---

[2] Se KOFA-sakene 2008/97 (35) og 2008/216 (31).

[3] Det vises til kapittel 13.2. for en nærmere redegjørelse for problemstillinger knyttet til begrunnelsesplikten.

[4] Se håndhevelsesdirektivets artikkel 2 nr. 1 bokstav b.

Hensynet bak å innføre frister for å reise søksmål eller begjære midlertidig forføyning underveis i anskaffelsesprosessen må være å avskjære søksmål om det samme forhold på et senere tidspunkt. Dette kan være en fordel for oppdragsgiver, som da i større grad kan gjøre opp status i forhold til de beslutninger som er tatt i prosessen. Eksempelvis vil oppdragsgiver kunne slå seg til ro med en beslutning om avvisning av en leverandør eller et tilbud, dersom fristen for å reise sak etter beslutningen er løpt ut. For leverandørene kan slike frister underveis i anskaffelsesprosessen være gunstig i forhold til å få prøvet forholdet i god tid før prosessen er avsluttet. Dette kan spesielt ha noe for seg ved avvisning som følge av forhold ved leverandøren hvor tilbud kun kan leveres av de som er kvalifisert, eller ved konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog. I disse tilfellene vil det være viktig for leverandøren å få prøvet en eventuell avvisning før prosessen er gått så langt at det i realiteten er for sent for leverandøren å komme inn igjen i konkurransen, fordi prosessen ikke kan reverseres. Eneste løsning kan da være avlysing av konkurransen.

Innføring av frister for å reise søksmål eller begjære midlertidig forføyning mot beslutninger underveis i anskaffelsesprosessen, har ulike utslag etter hvor lange frister som fastsettes. Dersom fristen settes relativt kort, eksempelvis ned mot minstefristen i direktivet, vil det for oppdragsgiver gi god forutberegnelighet for videre prosess. Korte klagefrister vil medføre at leverandørene i større grad må være forberedt på å kunne innlevere stevning eller begjære midlertidig forføyning på kort varsel, på ethvert tidspunkt gjennom hele anskaffelsesprosessen. Lengre frister vil gi god forutberegnelighet for leverandørene, men vil ikke i like stor grad bidra til at oppdragsgiver kan gjøre opp status for eventuelle begjæringer om midlertidige forføyninger eller søksmål som reises mot de mange beslutninger som treffes underveis i prosessen.

Dersom det innføreres preklusive frister, vil leverandørene på et tidlig tidspunkt i prosessen måtte ta stilling til om oppdragsgivers beslutninger innebærer feil, og i så fall om feilen er av en slik karakter at den kan ha betydning for resultatet av konkurransen. Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvorvidt leverandørene alltid vil kunne vite om feilen er så stor at den faktisk kan få konsekvenser for den videre konkurransen.

Motviljen mot å reise sak på et tidspunkt hvor det er uklart om feilen faktisk vil få konsekvenser for leverandøren selv, kan for noen leverandører føre til at de unnlater å begjære midlertidig forføyning eller reise søksmål. Dette kan imidlertid også ha den virkning at noen leverandører velger å begjære midlertidig forføyning eller reise søksmål for å få forholdet avklart, uten at man på det tidspunktet vet om den angivelige feilen påvirker konkurranseresultatet. Preklusive frister kan således også virke prosessdrivende.

Et annet argument mot preklusive søksmålsfrister, er at en anskaffelsesprosess må sees som et samlet hele, der det er sammenheng mellom de ulike stadier i prosessen. Det kan for eksempel være vanskelig å sondre mellom om regelbrudd i forbindelse med tildelingen skyldes utformingen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget eller oppdragsgivers faktiske anvendelse av kriteriene. Dersom en leverandør blir avskåret fra å ta opp spørsmål når de viser seg, fordi de prinsipielt kunne vært tatt opp i forbindelse med kunngjøringen, vil dette kunne være uheldig.

Søksmålsfrister underveis i anskaffelsesprosessen vil også kunne medføre at spesielt oppdragsgiver får mange parallelle klageprosesser å forholde seg til. Spesielt vil korte frister kunne medføre at anskaffelsesprosessen må stanses flere ganger på grunn av begjæringer om midlertidig forføyning på ulike stadier i prosessen. Omfanget av dette vil trolig ikke være så omfattende at dette kan være et tungtveiende moment.

Utvalget har vurdert muligheten for om oppdragsgiver selv skal kunne vurdere om det i en konkret anskaffelsesprosess skal gjelde en slik preklusiv frist, først og fremst i forbindelse med anskaffelsesprosedyrer der leverandøren ikke kan bli med i konkurransen på et senere tidspunkt, eksempelvis når forhandlinger med de øvrige leverandørene er gjennomført, eller ved gjennomføring av konkurransepreget dialog. Dermed får oppdragsgiver selv mulighet til å vurdere når en slik frist kan være hensiktsmessig. I en slik vurdering kan oppdragsgiver ta hensyn til behovet for å oppnå den sikkerhet i prosessen som en preklusiv frist gir kontra behovet for en rask gjennomføring av anskaffelsen.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, har kommet til at det bør innføres en mulighet for oppdragsgiver til å fastsette en frist for å fremsette begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren) eller § 17-6 (deltakelse i konkurranse hvor det settes

en grense for antall deltakere). Forslaget omfatter bare begrensede anbudskonkurranser, konkurranser med forhandling og konkurransepreget dialog.

Dersom oppdragsgiver fastsetter en slik frist, må dette angis i konkurransegrunnlaget. I de tilfeller oppdragsgiver ikke utarbeider et konkurransegrunnlag, eller konkurransegrunnlaget bare sendes til prekvalifiserte leverandører, må fristen inntas i et kvalifikasjonsgrunnlag i henhold til § 17-5. Oppdragsgiver må også opplyse om fristen til å begjære midlertidig forføyning i meddelelsen til leverandøren om at han er avvist.

Utvalget foreslår at fristen skal være minst 15 dager etter at meddelelse om beslutningen er gitt i samsvar med § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) annet ledd bokstav a eller b.

En slik frist sikrer at oppdragsgiver deretter kan gå videre med prosessen, samtidig som leverandører innen fristens utløp har mulighet til å få stanset prosessen, og til å få bli med videre i konkurransen, dersom det viser seg at oppdragsgivers beslutning om for eksempel avvisning på grunn av forhold ved leverandøren ikke var korrekt.

Flertallet ønsker imidlertid bare å åpne for at oppdragsgiver kan avskjære adgangen til å begjære midlertidig forføyning, ikke andre typer søksmål. Selv om fristen er utløpt, må leverandørene således fortsatt kunne reise sak med påstand om erstatning.

En slik frist vil likevel kunne få betydning for om den avviste leverandøren på et senere tidspunkt kan reise sak med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner. En kontrakt kan under visse betingelser kjennes uten virkning mv. ved brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon i kombinasjon med andre brudd på anskaffelsesregelverket. Dette forutsetter imidlertid at bruddet på bestemmelsene om karens/suspensjon har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt.

En avvisning i strid med regelverket vil i utgangspunktet kunne være et slikt brudd på anskaffelsesregelverket som i kombinasjon med brudd på bestemmelsene om karens/suspensjon kan føre til at kontrakten kjennes uten virkning. Har leverandøren ikke benyttet seg av muligheten til å begjære midlertidig forføyning mot avvisningsbeslutningen før utløpet av fristen, kan leverandøren ikke på et senere tidspunkt anføre at et brudd på bestemmelsene om karens/suspensjon har fratatt ham muligheten til å iverksette rettslige skritt mot avvisningsbeslutningen. Leverandøren vil altså være avskåret fra å ta opp spørsmålet om avvisning for å få en kontrakt kjent uten virkning mv.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler ikke at det innføres (fakultative) preklusive frister ved begjæring om midlertidig forføyning. Når det gjelder klagefrister vil både oppdragsgiver og den vinnende leverandør på den ene siden ha interesse i at det fastsettes frister for hvor lenge det skal være mulig å klage over en anskaffelse. På den andre siden står hensynet til de forbigåtte leverandørene. Både oppdragsgiver og leverandørene vil naturligvis som utgangspunkt ha en interesse i at en klage behandles hurtigst mulig, men det er viktig at det ikke blir umulig eller uforholdsmessig vanskelig for en leverandør å utøve sin rett til å klage. En slik preklusiv frist vil ha den effekt at leverandører avskjæres fra å begjære midlertidig forføyning. Etter avvisningsreglene har en oppdragsgiver ikke anledning til å avvise like tilfeller på ulikt grunnlag. Dette vil ikke avviste leverandører kunne vite før man får det endelige resultatet av konkurransen. Etter flertallets forslag vil leverandøren, når oppdragsgiveren benytter seg av retten til å sette preklusive frister, være avskåret fra å klage, selv der det faktisk har skjedd alvorlige brudd på regelverket.

Utvalget har også vurdert om det bør innføres en særskilt preklusiv søksmålsfrist for å fremsette andre krav i forbindelse med en anskaffelsesprosess, først og fremst erstatningskrav, som avviker fra den alminnelige foreldelsesfristen. Utvalget ser ikke grunn til å endre dette i forhold til den alminnelige foreldelsesfristen.

9.4 Særskilte klagefrister for sanksjonen «uten virkning»

9.4.1 Innledning

Sanksjonen «uten virkning» innebærer som tidligere angitt at en kontrakt skal kjennes uten virkning mellom partene, jf. nærmere i kapittel 10. Dette kan være en tyngende sanksjon for både oppdragsgiver og den leverandør som er tildelt kontrakten. De nye håndhevelsesreglene åpner for at medlemsstatene kan sette frister for når en klage med slik påstand må være fremsatt.

Slike frister har preklusiv virkning, det vil si at sak ikke kan reises etter fristens utløp. Muligheten for slike fristregler er gitt av hensyn til rettssikkerheten for så vidt gjelder oppdragsgivers beslutning.[5] Fristregelen vil gi både oppdragsgiver

og den valgte leverandør sikkerhet for at kontraktsforholdet ikke vil kunne påvirkes av eventuelle søksmål fra andre leverandører etter utløpet av denne fristen.

Disse fristene vil ikke bare gjelde når en kontrakt faktisk skal kjennes uten virkning, men vil også være relevante der det av en eller annen grunn er aktuelt å avkorte kontrakten eller ilegge oppdragsgiver en bot, fremfor å kjenne kontrakten uten virkning.

9.4.2 Bestemmelser i nytt håndhevelsesdirektiv

Frist fra kunngjøring av konkurranseresultatet

Norge kan velge å innføre en klagefrist på minst 30 kalenderdager i tilfeller der oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet[6] i Den Europeiske Unions Tidende (TED-databasen) i tråd med anskaffelsesdirektivets artikkel 35 nr. 4, 36 og 37.[7] Kunngjøringen skal inneholde begrunnelsen for beslutningen om å tildele kontrakten uten forutgående kunngjøring av konkurransen. Klagefristen skal regnes fra dagen etter kunngjøringen. Muligheten for å innføre en slik frist følger av håndhevelsesdirektivet artikkel 2f nr. 1 bokstav a første ledd.

Denne fristen gjelder der oppdragsgiver har tildelt og inngått en kontrakt uten forutgående kunngjøring. Bestemmelsen sikter således til tilfeller der kontrakten kan kjennes uten virkning som følge av at det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav a.

Frist fra underretning om tildeling av kontrakt

En tilvarende klagefrist på minst 30 dager kan innføres der oppdragsgiver har underrettet berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, forutsatt at meddelelsen inneholder begrunnelse i henhold til direktiv 2004/18/EF artikkel 41 nr. 2.[8] Dette følger av håndhevelsesdirektivet artikkel 2f nr. 1 bokstav a annet ledd.

En slik frist vil i utgangspunktet være aktuell der det har skjedd alvorlige brudd på anskaffelsesdirektivets materielle regler i tillegg til brudd på håndhevelsesdirektivets regler om karens eller suspensjon. Denne fristen sikter således til tilfeller der kontrakten kan kjennes uten virkning i medhold av artikkel 2d nr. 1 bokstav b.

Fristen gjelder også i de tilfeller hvor oppdragsgiver tildeler en kontrakt på grunnlag av en rammeavtale eller et dynamisk innkjøpssystem, som omhandlet i direktivets artikkel 2b bokstav c. Denne fristen sikter således også til tilfeller der kontrakten kan kjennes uten virkning i medhold av artikkel 2d nr. 1 bokstav c.

Etter denne bestemmelsen begynner fristen å løpe fra det tidspunktet oppdragsgiver sender sin beslutning om tildeling av kontrakt.

Endelig vil fristen også være relevant for andre brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon, jf. artikkel 2e, der kontrakten enten skal kjennes uten virkning eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner.

Frist fra kontraktens inngåelse

Nasjonalstatene kan i henhold til artikkel 2f nr. 1 bokstav b bestemme at klager som gjelder sanksjonen «uten virkning» under alle omstendigheter må fremsettes innen utløpet av en periode på minst seks måneder regnet fra dagen etter den dag kontrakten ble inngått.

9.4.3 Utvalgets vurderinger

I domstolsmodellen vil en «klage» etter norsk terminologi, som beskrevet ovenfor, innebære enten at leverandører reiser søksmål eller begjærer midlertidig forføyning. I tilfeller der det kan bli aktuelt å kjenne en kontrakt uten virkning, vil det imidlertid ikke lengre være aktuelt å begjære midlertidig forføyning ettersom kontrakt allerede er inngått, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8.

Et krav om at en kontrakt skal kjennes uten virkning vil ikke være omfattet av foreldelseslovens regler siden det ikke er tale om en «fordring på penger eller andre ytelser», jf. foreldelsesloven § 1 første ledd. Uten særskilt regulering vil det dermed ikke gjelde noen alminnelig frist for å kreve en kontrakt kjent uten virkning.

Det vil kunne ha store konsekvenser både for oppdragsgiver og oppdragsgivers medkontrahent dersom slike saker kan reises uavhengig av hvor

---

[5] Se fortalen premiss 25.

[6] En slik kunngjøring må ikke forveksles med den såkalt frivillige intensjonskunngjøringen som skjer før kontraktsinngåelse, jf. nærmere i kapittel 10.3.2. Har oppdragsgiver foretatt en slik intensjonskunngjøring og overholdt en frivillig karensperiode, vil kontrakten uansett ikke kunne kjennes uten virkning.

[7] For kontrakter omfattet av anskaffelsesdirektivet, herunder også kontrakter om uprioriterte tjenester og ved bruk av forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring etter artikkel 31, har oppdragsgiver ifølge artiklene 35-37 plikt til å kunngjøre konkurranseresultatene. Denne plikten er gjennomført i norsk rett i anskaffelsesforskriften § 18-4.

[8] Det vises til kapittel 13.2 for en nærmere presentasjon av kravet til en slik begrunnelse.

lang tid som har gått. *Utvalget* finner det derfor hensiktsmessig at det fastsettes frister for søksmål med påstand om at en kontrakt kjennes uten virkning eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner. For så vidt gjelder krav om erstatning gjelder likevel den alminnelige foreldelsesfristen, jf. punkt 9.3.2 ovenfor.

Håndhevelsesdirektivet stiller krav om at domstolen i visse tilfeller skal ilegge oppdragsgiver sanksjoner (uten virkning, avkorte kontrakten og/eller ilegge overtredelsesgebyr) uavhengig av om saksøker har nedlagt påstand om dette. Utvalget foreslår derfor en ny bestemmelse i lov om offentlige anskaffelser (ny § 15), der det heter at retten, uavhengig av partenes påstander, skal ilegge slike sanksjoner dersom vilkårene for det er oppfylt, se nærmere i kapittel 15.3.4. Dette betyr for eksempel at en kontrakt ikke kan kjennes uten virkning etter fristens utløp uansett påstand, det vil si uansett om saksøker for eksempel uttrykkelig nedlegger påstand om «uten virkning» eller bare om at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Utvalget ønsker imidlertid ikke å avskjære søksmål som ikke skal føre til at kontrakt kjennes uten virkning mv. Det skal således for eksempel fortsatt være mulig å reise sak med påstand om erstatning etter fristens utløp. For så vidt gjelder krav om erstatning gjelder den alminnelige foreldelsesfristen, jf. kapittel 9.3.2 ovenfor.

Dersom oppdragsgiver kunngjør at kontrakt er inngått, eller meddeler dette til berørte leverandører, bør søksmålsfristen kunne settes relativt kort. I en slik situasjon vil leverandører som potensielt sett har et grunnlag for å reise sak, hurtig få informasjon om at oppdragsgiver har inngått kontrakt eller har til formål å inngå kontrakt om et gitt oppdrag. Oppdragsgiver har på denne måten sikret gjennomsiktighet overfor andre potensielle leverandører. Søksmålsfristen bør i tråd med direktivets utgangspunkt settes til 30 dager, som sikrer en avveining av de ulike interesser som er representert.

I de tilfeller oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene eller underrettet de deltakende leverandørene om resultatet av konkurransen, er situasjonen noe annerledes. I et slikt tilfelle har ikke oppdragsgiver bidratt til at leverandørene blir kjent med at et oppdrag er tildelt, og det kan ta lenger tid før dette blir kjent – om dette blir kjent i det hele tatt.

Dersom sanksjonen «uten virkning» skal være effektiv, er det viktig at det legges til rette for at de underliggende forhold kan bli kjent i markedet. Kun på denne måten kan sanksjonen bidra til å motvirke ulovlige direkte anskaffelser.[9] Direktivet bestemmer at søksmålsfristen i slike tilfeller skal være på minst seks måneder. Det er imidlertid opp til nasjonalstatene å fastsette en lengre søksmålsfrist.

Som nevnt ovenfor kan KOFA ilegge gebyr for en ulovlig direkte anskaffelse inntil to år etter kontrakt ble inngått, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b. Bakgrunnen for denne fristen var blant annet følgende:[10]

> «Departementet antar at ulovlige direkte anskaffelser normalt vil bli oppdaget innen relativt kort tid. Dersom det ikke fanges opp i forbindelse med kontraktsinngåelsen, vil blant annet revisjonen det etterfølgende året kunne avdekke eventuelle ulovlige direkte anskaffelser. Det er således ikke behov for noen lang foreldelsesfrist. Med hensyn til at noen saker først avdekkes påfølgende år, bør imidlertid fristen være lenger enn den alminnelige klagefristen i KOFA-forskriften § 6 der det heter at klage må fremsettes senest seks måneder etter at kontrakt ble inngått med oppdragsgiver.»

Dette trekker i retning av at fristen bør settes lenger enn seks måneder.

Det spesielle med sanksjonen «uten virkning» er, til forskjell fra å ilegge oppdragsgiver et gebyr, at det også må tas hensyn til oppdragsgivers medkontrahent. Denne leverandøren risikerer å få sin kontrakt kjent uten virkning. Dette kan tale for at fristen settes kortere.

Etter en avveining mellom formålet med sanksjonen og hensynet til både oppdragsgiver og den valgte leverandør, foreslår *utvalget* at fristen settes til ett år.

Utvalget finner grunn til å peke på at oppdragsgiver kan avgrense virkningen av den relativt lange klagefristen. For det første er det mulig å foreta en frivillig intensjonskunngjøring og deretter iaktta en frivillig karensperiode, jf. artikkel 2d nr. 4, jf. artikkel 3a. I et slikt tilfelle får potentielle leverandører mulighet til å reagere før kontrakten faktisk inngås, og kontrakten vil ikke lengre kunne kjennes uten virkning etter utløpet av denne frivillige karensperioden.

For det annet kan oppdragsgiver kunngjøre konkurranseresultatet i overensstemmelse med anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 4 og artikkel 36 og 37. Foretas en slik kunngjøring vil kontrak-

---

[9] Formålet med sanksjonen er beskrevet i fortalen avsnitt 13 og 14.

[10] Se Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) punkt 3.2.3.5.

ten ikke kunne kjennes uten virkning etter utløpet av klagefristen etter artikkel 2f nr. 1 bokstav a (30 dager).

Oppdragsgiver har således mulighet til på eget initiativ å begrense eller helt unngå den usikkerhet som ligger i at en kontrakt eventuelt vil kunne kjennes uten virkning.

9.5 Klageprosess: Plikt til først å underrette/klage til oppdragsgiver

9.5.1 Plikt til først å underrette oppdragsgiver

Bestemmelser i nytt håndhevelsesdirektiv

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 4 åpner for at Norge kan bestemme at de som ønsker å klage, først må underrette oppdragsgiver om den påståtte overtredelse og om at klage vil bli innlevert. Dette er en videreføring av tidligere artikkel 1 nr. 3, men med den presisering at dette ikke må berøre klageperioden som følger av artikkel 2a nr. 2, eller noen annen tidsfrist som følger av artikkel 2c.

Dagens norske regler

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser inneholder ikke tilsvarende bestemmelser. I tvisteloven § 5-2 heter det likevel at før sak reises ved domstolen, skal klager skriftlig varsle den det er aktuelt å reise sak mot. Varselet skal opplyse om det krav som kan bli fremmet, og grunnlaget for det, samt oppfordre den annen part til å ta stilling til kravet.

Utvalgets vurderinger

Utvalget er av den oppfatning at plikt til først å underrette oppdragsgiver i denne sammenheng har lite for seg, utover det som allerede følger av tvisteloven § 5-2. Dersom en leverandør ønsker å stanse inngåelse av en kontrakt, vil leverandøren være mest tjent med å fremme en begjæring om midlertidig forføyning til tingretten.

Utvalget anbefaler derfor at det ikke innføres noen særskilt plikt på anskaffelsesområdet til først å underrette oppdragsgiver, før søksmål kan fremmes. Her vil reglene i tvisteloven gjelde.

9.5.2 Plikt til først å klage til oppdragsgiver

Bestemmelser i nytt håndhevelsesdirektiv

Nasjonalstatene kan i henhold til håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 5 bestemme at klage først må inngis til oppdragsgiver, og at klagen i så fall fører til øyeblikkelig suspensjon av muligheten til å inngå kontrakten. Dette er en ny bestemmelse.

Den nevnte suspensjonen skal i henhold til bestemmelsens tredje avsnitt opphøre etter en frist på minst ti kalenderdager etter at svar på klagen er gitt, dersom telefaks eller elektronisk kommunikasjon benyttes. Dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes, skal fristen være minst 15 kalenderdager etter at oppdragsgiver har svart på klagen, eller minst ti dager etter at klager har mottatt svaret.

Dagens norske regler

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser inneholder ikke tilsvarende bestemmelser. I tvisteloven § 5-2 heter det, som nevnt i kapittel 9.5.1, at før sak reises ved domstolen, skal klager skriftlig varsle den det er aktuelt å reise sak mot. Varselet skal opplyse om det krav som kan bli fremmet, og grunnlaget for det, samt oppfordre den annen part til å ta stilling til kravet.

Utvalgets vurderinger

Innføring av en plikt til å klage til oppdragsgiver før søksmål kan fremmes for domstolene, vil i noen tilfeller medføre at oppdragsgiver kan rette opp eventuelle feil, uten at noen av partene trenger å avvente en rettslig prosess.

På den annen side vil enhver klage til oppdragsgiver – begrunnet eller ubegrunnet – medføre at oppdragsgiver må avvente utløpet av den nevnte suspensjonsperioden, før kontrakt kan inngås. Dette kan gjelde til tross for at karensperioden enten er i ferd med å utløpe, eller allerede er utløpt. Eksempelvis vil en klage til oppdragsgiver dagen før uløpet av karensperioden medføre at suspensjonsperioden starter, og begjæring om midlertidig forføyning innenfor suspensjonsperioden vil føre til en ny suspensjonsperiode i henhold til artikkel 2 nr. 3.

Utvalget foreslår derfor ikke å innføre noen plikt til først å klage til oppdragsgiver.

9.6 Søksmålsfrister og klageprosess for kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene

Utvalget foreslår å innføre samme søksmålsfrister ved ulovlige direkte anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser del II som etter del III. Det vil si søksmålsfrister på henholdsvis 1 år fra kontraktens inngåelse eller 30 dager fra kunngjøring av konkurranseresultatet.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, er kommet til at det også for uprioriterte tjenester og anskaffelser under EØS-terskelverdiene bør innføres en mulighet for oppdragsgiver til å fastsette en frist for å fremsette begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 11-10 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren) eller § 8-6 (deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere). Forslaget gjelder bare i begrensede anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling. Dersom oppdragsgiver ønsker å benytte en slik frist, må dette angis i konkurransegrunnlaget. I de tilfeller oppdragsgiver ikke utarbeider et konkurransegrunnlag eller der konkurransegrunnlaget bare sendes til prekvalifiserte leverandører, må fristen inntas i et kvalifikasjonsgrunnlag i henhold til § 8-5. Det foreslås at fristen skal være 15 dager etter at meddelelse om beslutningen er gitt i samsvar med § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakt), jf. § 11-14 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt).

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler ikke at det innføres (fakultative) preklusive frister ved begjæring om midlertidig forføyning for anskaffelser av uprioriterte tjenester eller anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Det vises til begrunnelsen i kapittel 9.3.2.

Utvalget anbefaler at det heller ikke for uprioriterte tjenester og anskaffelser under EØS-terskelverdiene innføres noen særskilt plikt til først å varsle eller klage til oppdragsgiver.

9.7 Bestemmelser om søksmålsfrister og klageprosess i forsyningssektorene

Utvalget foreslår å innføre samme søksmålsfrister for forhold som kan føre til særlige sanksjoner («uten virkning», avkortning av kontrakt og ileggelse av bot) i forsyningssektorene som i klassisk sektor. Det vil si søksmålsfrister på henholdsvis 1 år fra kontraktens inngåelse, 30 dager fra kunngjøring av konkurranseresultatet eller 30 dager fra oppdragsgivers meddelelse om tildeling.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, er kommet til at det også for forsyningssektorene bør innføres en mulighet for oppdragsgiver til å fastsette en frist for å fremsette begjæring om midlertidig forføyning vedrørende oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene § 10-5 (krav til leverandøren og avvisning) eller § 10-2 (deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere). Forslaget gjelder bare i begrensede anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling. Dersom oppdragsgiver ønsker å benytte en slik frist, må dette angis i konkurransegrunnlaget, eller i dokumenter som angir kvalifikasjonskravene, eventuelt i dokument om kvalifikasjonsordning i henhold til § 7-10. Det foreslås at fristen skal være 15 dager etter at meddelelse om beslutningen er gitt i samsvar med § 11-3 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt).

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler ikke at det innføres (fakultative) preklusive frister ved begjæring om midlertidig forføyning for anskaffelser i forsyningssektorene. Det vises til begrunnelsen i kapittel 9.3.2.

Heller ikke for forsyningssektorene vil *utvalget* anbefale at det innføres noen plikt til først å varsle eller klage til oppdragsgiver.

Kapittel 10
Nye sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m.

10.1 Innledning

Etter kontrakt er inngått, kan leverandører etter gjeldende rett bare reise krav om erstatning. Dette vil fortsatt være hovedreglen etter gjennomføringen av det nye håndhevelsesdirektivet. Det nye direktivet krever imidlertid at det i tillegg innføres visse særlige sanksjoner ved ulovlige anskaffelser, samt for enkelte andre regelbrudd.

Direktivet stiller krav om at kontrakter ved visse overtredelser av anskaffelsesregelverket skal kjennes uten virkning. Lovgiver kan velge om sanksjonen skal inntre fra tidspunktet fra kontraktsinngåelse (ex tunc) eller for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc). I kapittel 10.2 redegjøres det nærmere for vilkårene for «uten virkning», samt innholdet i sanksjonen.

Sanksjonen «uten virkning» har særlig til formål å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, det vil si anskaffelser som ikke er kunngjort i henhold til kravene i forskrift om offentlige anskaffelser. Dette regnes som en av de groveste overtredelsene av anskaffelsesregelverket. Det følger også av direktivet at sanksjonen skal innføres for andre grove brudd på regelverket.

Forpliktelsen til å innføre sanksjonen gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, men lovgiver står fritt til også å innføre sanksjonen for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Det følger av direktivet at medlemsstatene kan fastsette at håndhevelsesorganet i nærmere angitte tilfeller kan unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning, selv om vilkårene for det er oppfylt. Dette gjelder blant annet dersom det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser som gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. Norge er forpliktet til å innføre unntak fra sanksjonen «uten virkning» dersom oppdragsgiver på nærmere angitte vilkår har foretatt en frivillig intensjonskunngjøring. Unntakene omtales i kapittel 10.3.

Utvalget foreslår at sanksjonen «uten virkning» kun innføres for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, det vil si for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og IV[1]. Utvalget foreslår at håndhevelsesorganet gis adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning ex tunc eller ex nunc, men at adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde. Som følge av at utvalget i kapittel 7.5.4 foreslår å benytte seg av adgangen til å lage et unntak fra kravet til karensperiode ved tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, foreslår utvalget å innføre sanksjonen «uten virkning» ved ulovlige tildelinger under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

Direktivet krever også at man innfører såkalte alternative sanksjoner ved nærmere angitte brudd på regelverket. Eksempelvis skal det benyttes alternative sanksjoner, dersom håndhevelsesorganet unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning på grunn av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, eller der kontrakten kun kjennes uten virkning ex nunc. De alternative sanksjonene er bøter og avkorting av kontrakt. *Utvalget* foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene, og at disse kan kombineres. For en nærmere omtale av dette, se kapittel 10.4.

I kapittel 10.5 gis det veiledning om hvordan oppdragsgiver kan gå frem dersom det er uklart om det er adgang til å gjennomføre en anskaffelse uten å følge kunngjøringsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser.

---

[1] Håndhevelsesdirektivets anvendelse på anskaffelser regulert av forskrift om offentlige anskaffelser del IV er særskilt behandlet i kapittel 11.4.

10.2 Sanksjonen «uten virkning» – vilkår og konsekvenser

10.2.1 Innledning – generelt om «uten virkning» som ny sanksjon

Generelle merknader

Etter gjeldende rett kan forbigåtte leverandører ved brudd på anskaffelsesprosedyrene, på nærmere vilkår, begjære midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelsen, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8 første ledd. Etter at kontrakt er inngått mellom oppdragsgiver og en leverandør, vil forbigåtte leverandører imidlertid ikke kunne angripe den inngåtte kontrakten som ugyldig. Den aktuelle reaksjonsmuligheten etter kontraktsinngåelse er etter gjeldende rett erstatning, dersom vilkårene for å få tilkjent erstatning er oppfylt, jf. lov om offentlige anskaffelser § 10, se nærmere om erstatning i kapittel 13.6. Ved ulovlige direkte anskaffelser vil det i praksis være vanskelig å sannsynliggjøre at vilkårene for erstatning for oppfyllelsesinteressen er oppfylt, all den tid det ikke har vært avholdt noen konkurranse. Ved ulovlige direkte anskaffelser kan imidlertid enhver klage oppdragsgiver inn for KOFA, som etter gjeldende rett kan ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b, se nærmere om overtredelsesgebyr i kapittel 13.4.

I håndhevelsesdirektivets artikkel 2d stilles det krav om at lovgiver skal innføre sanksjonen «uten virkning» for visse overtredelser av anskaffelsesreglene. Den EØS-rettslige forpliktelsen til å innføre sanksjonen gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene, men lovgiver står fritt til å innføre sanksjonen også under disse terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Hovedanvendelsesområdet for sanksjonen vil for det første være ulovlige direkte anskaffelser og for det andre tilfeller av brudd på karensperiode i kombinasjon med overtredelser av anskaffelsesreglene, som har påvirket muligheten for å få tildelt kontrakten. I tillegg vil sanksjonen kunne være aktuell ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning. Se nærmere om vilkårene for «uten virkning» i kapittel 10.2.2.

I forlengelsen av sak for EU-domstolen C-503/04, Kommisjonen mot Tyskland, avsagt 18. juli 2007 har det i juridisk teori vært diskutert om det gjelder en EU-rettslig plikt for oppdragsgiver til å terminere en kontrakt som er i strid med anskaffelsesregelverket som rekker lenger enn det som følger av håndhevelsesdirektivet. *Utvalget* har vurdert, og lagt til grunn, at det ikke gjelder noe slikt prinsipp, slik at plikten til å kjenne en kontrakt uten virkning ved brudd på anskaffelsesregelverket må anses uttømmende regulert i direktivet.

Formål

Formålet med sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser mer generelt fremgår av direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 13:

> «For at modvirke ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå, bør der indføres sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning.»

Om sanksjonen «uten virkning» uttales det i premiss 21, første setning:

> «Når medlemsstaterne fastlægger regler, der sikrer, at en kontrakt anses for at være uden virkning, skal det have til formål, at kontraktparternes rettigheder og forpligtelser ikke længere bør håndhæves og opfyldes.»

Kort sagt skal man ved sanksjonen «uten virkning» motvirke at kontrakter inngås i strid med anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) ved bruk av en sanksjon som er *effektiv, forholdsmessig og som virker avskrekkende.* I fortalen til direktiv 2007/66/EF legges det til grunn at «uten virkning» er den mest effektive måten å gjenskape konkurransen og skape nye forretningsmuligheter for de økonomiske aktører som ulovlig er fratatt muligheten for å konkurrere, jf. fortalens premiss 14. Et sentralt formål med sanksjonen «uten virkning» synes dermed også å være at rettsvirkningen skal kunne bidra til *gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.*

Sanksjonen «uten virkning» kan anses som en effektiv sanksjon ved at den virker avskrekkende. Muligheten for at kontrakten kjennes uten virkning vil kunne ha en avskrekkende virkning ikke bare overfor oppdragsgivere, men også overfor leverandører. Plikten til å følge anskaffelsesreglene påhviler imidlertid oppdragsgivere, jf. lov om offentlige anskaffelser § 2, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2. Sanksjonens virkning overfor leverandører er heller ikke særskilt omtalt i direktivet eller dets fortale. Etter *utvalgets* oppfat-

ning kan det ikke anses som en utilsiktet virkning at sanksjonen også vil kunne ramme en leverandør som har inngått kontrakt med oppdragsgiver. Det forhold at oppdragsgiver er det primære pliktsubjekt kan imidlertid tilsi at sanksjonen ikke bør utformes slik at den typisk vil ramme leverandøren hardere enn oppdragsgiver.

10.2.2 Vilkår for at en kontrakt skal kjennes uten virkning

Ulovlige direkte anskaffelser

Det første typetilfellet hvor «uten virkning» etter håndhevelsesdirektivet skal være en obligatorisk sanksjon, er ved ulovlige direkte anskaffelser, jf. direktivets artikkel 2d nr. 1 bokstav a. Ulovlige direkte anskaffelser vil foreligge i tilfeller hvor det ikke har skjedd slik kunngjøring av konkurransen som kreves etter anskaffelsesdirektivet (2004/18/EF).

En forutsetning for kunngjøringsplikt etter anskaffelsesdirektivet er at man befinner seg innenfor direktivets anvendelsesområde. For kontrakter som faller *utenfor anvendelsesområdet*, er det ikke plikt til å innføre rettsvirkningen «uten virkning».

Anskaffelsesdirektivet forutsetter at anskaffelsen skjer på grunnlag av kontrakt mellom oppdragsgiver og leverandør. Leveranser som skjer på annet grunnlag, som for eksempel lov eller forskrift, vil falle utenfor anskaffelsesdirektivets anvendelsesområde. Ettersom anskaffelsesdirektivet kun gjelder for gjensidig bebyrdende avtaler, får direktivet heller ikke anvendelse når en oppgave utføres innen det samme rettssubjektet, det vil si ved såkalt egenregi. Et eksempel på egenregi er hvis en kommune får renholdstjenester utført av kommunens egen renholdsavdeling. Her foreligger det ingen kontrakt mellom to ulike juridiske personer.

EU-domstolen har også anerkjent at det kan foreligge en slik tilknytning mellom to ulike juridiske personer at anskaffelsesdirektivet allikevel ikke skal få anvendelse i tilfeller hvor kontrakten tildeles et slikt nærstående rettssubjekt, såkalt utvidet egenregi. Det kan for eksempel være tilfellet der en kommune er eneeier av et kommunalt selskap. Kravene til egenregi er utviklet gjennom EU-domstolens praksis.[2] Hovedreglen her er at to kriterier må være oppfylt for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse mellom to selvstendige rettssubjekter, nemlig kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet. Både kontrollkriteriet og aktivitetskriteriet er nærmere presisert gjennom en rekke avgjørelser fra EU-domstolen.

Ettersom kontrakter som tildeles i egenregi ikke omfattes av anskaffelsesdirektivet, og det altså ikke gjelder en kunngjøringsplikt for slike kontrakter, vil det ikke være aktuelt å kjenne en kontrakt som tildeles i egenregi uten virkning. Dette forutsetter at vilkårene for egenregi er oppfylt. Det vil imidlertid i praksis kunne oppstå en rekke grensetilfeller med hensyn til om vilkårene for utvidet egenregi faktisk er oppfylt og grensene vil kunne bli justert og presisert gjennom fremtidig praksis fra EU-domstolen. Også andre former for offentlig-offentlig samarbeid kan være unntatt fra anskaffelsesdirektivets anvendelsesområde, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg).

Anskaffelser under EØS-terskelverdiene faller også utenfor direktivets anvendelsesområde, jf. direktivets artikkel 7. Slike kontrakter vil det altså heller ikke være aktuelt å kjenne uten virkning. Men også her kan det oppstå grensespørsmål, for eksempel om beregningen av kontraktsverdien er foretatt korrekt.

Anskaffelsesdirektivet gjør videre i artiklene 12-18 en rekke unntak for kontrakter på særskilte områder. Kontrakter som etter disse bestemmelsene er unntatt fra anskaffelsesdirektivet vil således heller ikke kunne kjennes uten virkning. Dette gjelder for eksempel kontrakter om erverv eller leie av fast eiendom, ansettelseskontrakter, visse finansielle tjenester mv. (artikkel 16), kontrakter om tjenestekonsesjoner (artikkel 17) og kontrakter som tildeles på grunnlag av en enerett (artikkel 18).

Innenfor virkeområdet til anskaffelsesdirektivet gis det flere unntak fra kravet til kunngjøring.

Uprioriterte tjenester er i utgangspunktet omfattet av anskaffelsesdirektivet. Det følger imidlertid av artikkel 21 at kontrakter om slike tjenester bare er underlagt direktivets artikkel 23 (tekniske spesifikasjoner) og artikkel 35 nr. 4 (kunngjøring av konkurranseresultatet). Derimot gjelder det ikke krav til kunngjøring av konkurransen, og det er derfor heller ikke krav om at slike kontrakter skal kjennes uten virkning. For en kontrakt som vedrører både prioriterte og uprioriterte tjenester er det likevel krav om kunngjøring av konkurransen dersom verdien av de prioriterte tjenestene er høyere enn verdien av de uprioriterte tjenestene, jf. artikkel 24. Slike blandede kontrakter vil derfor

[2] Se for eksempel EU-domstolens avgjørelse i sak C-107/98 (Teckal).

kunne kjennes uten virkning når konkurransen i strid med regelverket ikke er kunngjort.

Anskaffelsesdirektivet gir også oppdragsgiver mulighet til å anvende en forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring i en rekke tilfeller, jf. artikkel 30 nr. 1 bokstav a annet ledd og artikkel 31. Disse unntakene er gjennomført i norsk rett i anskaffelsesforskriften § 14-4. Dels er det tale om anskaffelser der hensynene bak kunngjøringsplikten i det konkrete tilfelle i liten grad gjør seg gjeldende, for eksempel fordi det av tekniske årsaker bare er én leverandør som kan løse oppgaven. Dels er det tale om anskaffelser der tungtveiende hensyn tilsier at det må gjøres unntak fra kunngjøringsplikten, for eksempel der det er særlige grunner som gjør det umulig å overholde fristene i direktivet. I medhold av alminnelige EF-rettslige tolkningsprinsipper skal disse unntakene tolkes snevert.[3]

Felles for de fleste unntakene er at det kan oppstå vanskelige grensetilfeller for når unntakene kommer til anvendelse. Som et eksempel kan nevnes rekkevidden for forhandlet prosedyre der det foreligger særlige grunner. Adgangen til å foreta slike anskaffelser uten forutgående kunngjøring er formulert i anskaffelsesdirektivets artikkel 31 nr. 1 bokstav c. Det må være tale om «tvingende grunde» som oppdragsgiver «ikke har kunnet forudse» og som leder til at det ikke er mulig å overholde de alminnelige kunngjøringsreglene. Det er videre et absolutt krav at de omstendigheter som gjøres gjeldende som «tvingende grunde» ikke kan tilskrives oppdragsgiver. Praksis fra EU-domstolen tilsier at terskelen for å anvende unntaksbestemmelsen er høy, men for en oppdragsgiver kan det være vanskelig å ta stilling til hvor grensen går mer presist.

Som ulovlige direkte anskaffelser regnes også de tilfeller hvor kontraktsinngåelse skjer etter uløpet av vedståelsesfristen, se nærmere i kapittel 13.3, eller hvor det skjer en forlengelse av et eksisterende kontraktsforhold uten ny kunngjøring.

For både oppdragsgiver og leverandør kan det få alvorlige konsekvenser dersom man i et grensetilfelle legger til grunn uriktig forståelse av unntaksreglene, all den tid en ulovlig direkte anskaffelse i utgangspunktet leder til at en kontrakt skal kjennes uten virkning. De mulige uheldige konsekvenser avhjelpes til en viss grad ved oppdragsgivers mulighet for å benytte seg av frivillig intensjonskunngjøring, se kapittel 10.3.2. Dette vil imidlertid ikke alltid være en mulig løsning for oppdragsgiver, for eksempel fordi det etter omstendighetene kan være umulig å overholde de frister som gjelder ved frivillig intensjonskunngjøring. I et slikt tilfelle må oppdragsgiver leve med risikoen for at det kan komme søksmål med påstand om at kontrakten kjennes uten virkning.

Overtredelse av bestemmelsene om karensperiode eller suspensjonstid

Det følger av artikkel 2d nr. 1 bokstav b at Norge er forpliktet til å innføre sanksjonen «uten virkning» når:

- oppdragsgiver har overtrådt bestemmelsene om karensperiode (artikkel 2a nr. 2) eller suspensjonstid (artikkel 1 nr. 5 eller artikkel 2 nr. 3) og
- overtredelsen av karensperioden/suspensjonstiden har fratatt tilbudsgiver muligheten til å iverksette rettslige skritt før inngåelsen av kontrakten, såfremt
- denne overtredelsen er kombinert med en overtredelse av det klassiske anskaffelsesdirektivet og
- overtredelsen av det klassiske anskaffelsesdirektivet har påvirket klagerens muligheter for å få tildelt kontrakten.

Disse vilkårene for å kjenne en kontrakt uten virkning er kumulative.

Manglende overholdelse av bestemmelsene om karensperiode eller suspensjon kan ses som grunnvilkår for at sanksjonen «uten virkning» skal inntre i disse tilfellene. Bestemmelsene om karensperiode og suspensjon er nærmere omtalt i kapitlene 7 og 8. Dersom ett eller flere av de øvrige vilkår ikke er oppfylt, har Norge plikt til enten å fastsette at kontrakten er uten virkning eller fastsette overtredelsesgebyr og/eller avkorting av kontrakten, jf. artikkel 2e nr. 1. *Utvalgets* oppfatning er at man i disse tilfellene utelukkende bør åpne for sanksjoner i form av overtredelsesgebyr og/eller avkorting av kontrakten, se i kapittel 10.3.4.

Artikkel 2d nr. 1 bokstav b benytter begrepet «tilbudsgiver», hvilket må innebære at både «berørte» og «ikke-berørte» tilbudsgivere prinsipielt kan utlede rettigheter av bestemmelsen, forutsatt

[3] Se blant annet EU-domstolen i sakene C-20/01 og C-28/01 (forente saker, begge Kommisjonen mot Tyskland), C-340/02 (Kommisjonen mot Frankrike) og C-385/02 (Kommisjonen mot Italia): EU-domstolen presiserer at bestemmelsene er unntak fra de grunnleggende traktatbestemmelsene, at de skal fortolkes innskrenkende og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. KOFA har lagt det samme til grunn i flere saker: se blant annet sakene 2003/171 og 2004/206.

at øvrige vilkår er oppfylt. Det må også innebære at «ansøgere», det vil si leverandører som har bedt om å få delta i en begrenset anbudskonkurranse, en konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog, men som aldri har fått avgitt noe tilbud, ikke kan utlede rettigheter av denne bestemmelsen. En «berørt ansøger» har altså krav på at bestemmelsene om karensperiode overholdes, jf. artikkel 2a nr. 2 tredje ledd, men vil ikke kunne kreve kontrakten kjent uten virkning dersom oppdragsgiver bryter kravene til karensperioden. Her vil imidlertid bestemmelsene i artikkel 2e, som gir regler om valg mellom rettsvirkningen «uten virkning» og alternative sanksjoner, kunne være aktuelle. Det vises til kapittel 7.4 for nærmere omtale av begrepene «tilbudsgivere», «ansøgere» og «berørte».

Når det gjelder kravet om at overtredelsen skal ha fratatt tilbudsgiver muligheten til å iverksette rettslige skritt før inngåelsen av kontrakten, må utgangspunktet være at en tilbudsgiver alltid skal kunne forholde seg til den fastsatte karensperioden og suspensjonen. Tilbudsgivere skal for eksempel kunne legge til grunn at karensperioden overholdes, og de skal trygt kunne innrette seg etter at de kan iverksette rettslige skritt på et hvilket som helst tidspunkt i løpet av karensperioden. Det bør ikke åpnes for en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt den enkelte tilbudsgiver faktisk hadde mulighet til å klage, og burde gjort det, på et tidligere tidspunkt.

Dersom det innføres preklusive søksmålsfrister for beslutninger som treffes underveis i anskaffelsesprosedyren, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2c[4], vil et brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon ikke nødvendigvis ha fratatt tilbudsgiveren muligheten til å iverksette rettslige skritt. Når tilbudsgiveren ikke klager over en beslutning som han mener er i strid med anskaffelsesdirektivet, innen utløpet av den relevante søksmålsfristen, vil leverandøren etterfølgende være avskåret fra å få prøvet dette forholdet. Forholdet vil heller ikke på et senere tidspunkt kunne tas opp sammen med oppdragsgivers eventuelle etterfølgende overtredelse av karensperioden eller suspensjonsplikten med den konsekvens at kontrakten skal kjennes uten virkning. Den samme tilbudsgiveren kan imidlertid ha blitt fratatt muligheten til å klage over andre forhold.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, anbefaler at det innføres en mulighet for oppdragsgiver til – på frivillig basis – å innføre en frist for fremsettelse av begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren, eller om å forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen etter utvelgelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere. Dette gjelder bare i en begrenset anbudskonkurranse, en konkurranse med forhandling og ved konkurransepreget dialog. Se nærmere om dette i kapittel 9.3.

Hvis eksempelvis en leverandør som har innlevert forespørsel om å delta i en begrenset anbudskonkurranse har blitt avvist på grunn av forhold ved leverandøren, og oppdragsgiver har fastsatt en frist for å begjære midlertidig forføyning, må denne leverandøren således ta opp dette spørsmålet innen fristens utløp. At oppdragsgiver på et senere tidspunkt i anskaffelsesprosessen overtrer bestemmelser om karens eller suspensjon, vil ikke ha fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt vedrørende avvisningsbeslutningen – disse mulighetene vil allerede være uttømte ved utløpet av fristen for å begjære midlertidig forføyning. Dette innebærer at vilkårene for å få kjent en kontrakt uten virkning ikke vil være oppfylt hvis han ikke har benyttet seg av muligheten til å få stanset prosessen før utløpet av fristen.

Et annet relevant tilfelle, er der oppdragsgivers meddelelse ikke inneholder en begrunnelse. En manglende (eller mangelfull) begrunnelse vil i utgangspunktet være et brudd på bestemmelsen om karens, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 fjerde ledd. Den tilbudsgiver som faktisk har mottatt meddelelsen om tildelingsbeslutningen vil imidlertid ikke være fratatt muligheten til å iverksette rettslige skritt. Det er således fullt mulig for denne tilbudsgiveren å begjære midlertidig forføyning før karensperiodens utløp dersom han ikke mottar en tilfredsstillende begrunnelse. I et slikt tilfelle vil altså heller ikke vilkårene for å få kjent en kontrakt uten virkning være oppfylt.

Dersom kontrakten skal kunne kjennes uten virkning er det også et vilkår at det har skjedd overtredelser av anskaffelsesdirektivets regler, og at disse aktuelle overtredelsene har påvirket klagerens muligheter for å få tildelt kontrakten. Det nærmere innholdet i kravet til årsakssammenheng mellom overtredelsen og klagerens muligheter til å få tildelt kontrakten må slik *utvalget* ser det, først og fremst finne sin avklaring i rettspraksis, i lys av eventuelle føringer fra EU-domstolen.

[4] Se nærmere om søksmålsfrister i kapittel 9.

Utvalget vil likevel knytte noen korte merknader til hvordan det oppfatter vilkårets innhold.

Når håndhevelsesdirektivet stiller som vilkår at overtredelsen har «påvirket klagerens muligheter til å få tildelt kontrakten», tilsier direktivets ordlyd at det ikke er noe krav om at tilbudsgiver skal sannsynliggjøre at han *faktisk* ville fått tildelt kontrakten. Direktivet stiller heller ikke noe krav om klar sannsynlighetsovervekt. Direktivets krav til årsakssammenheng er dermed mindre strengt enn det årsakskrav som i norsk rett er oppstilt som vilkår for at en forbigått leverandør har krav på erstatning for den positive kontraktsinteressen, hvor det med utgangspunkt i Rt. 2001 s. 1062 stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at oppdraget skulle gått til den aktuelle leverandør.

Direktivet må forstås slik at årsaksvurderingen er konkret, slik at spørsmålet er om overtredelsen har påvirket den aktuelle leverandørens muligheter for å få tildelt kontrakten. I dette synes det å ligge at sanksjonen «uten virkning» er utelukket dersom oppdragsgiver kan sannsynliggjøre at det er forhold ved leverandøren, eller dennes tilbud, som medfører at vedkommende under enhver omstendighet ikke ville fått tildelt kontrakten. Dersom man ikke har konkrete holdepunkter for i hvilken utstrekning overtredelsen har påvirket muligheten for tildeling av kontrakt i det konkrete tilfellet, kan det imidlertid være nærliggende å ta utgangspunkt i om overtredelsen som har skjedd etter sin art er egnet til å påvirke mulighetene for å få tildelt kontrakt.

Kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning

Kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning kan også i noen situasjoner kjennes uten virkning, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 1 bokstav c. Det vil imidlertid bare være tilfelle der medlemsstaten benytter seg av muligheten til å gjøre unntak fra kravet om karensperiode for slike kontrakter.[5]

En rammeavtale er en avtale som inngås mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode. Bestemmelser som regulerer inngåelsen av rammeavtaler finnes i anskaffelsesdirektivet artikkel 32.[6] Det følger av denne bestemmelsen at tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale med flere leverandører, der ikke alle vilkårene er bindende fastsatt i rammeavtalen, skal skje gjennom en såkalt minikonkurranse.[7] Det innebærer at oppdragsgiver skal iverksette en ny konkurranse mellom leverandørene som er parter i avtalen, og at disse leverandørene skal innlevere nye tilbud.

En dynamisk innkjøpsordning er en innkjøpsprosess som på mange måter likner på en rammeavtale, bortsett fra at ordningen skal være fullelektronisk og at den skal være åpen for nye leverandører gjennom hele ordningens varighet. Bestemmelser om dynamiske innkjøpsordninger finnes i anskaffelsesdirektivet artikkel 33.[8] Det følger av disse bestemmelser at oppdragsgiver skal kunngjøre før hver enkelt kontraktsinngåelse, for å gi alle interesserte leverandører som ikke er registrert i ordningen muligheten til å bli registrert før kontrakten inngås.[9] Oppdragsgiveren inviterer heretter alle leverandører som er registrert i systemet til å gi tilbud.

Dersom det gjøres unntak fra kravet om karensperiode for kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, vil oppdragsgiver ikke være forpliktet til å vente med å inngå kontrakten i en gitt periode fra leverandøren får meddelelsen om kontraktstildeling. Oppdragsgiver kan altså inngå kontrakt med en gang.

Benytter oppdragsgiver seg av muligheten til å inngå kontrakt uten å overholde en slik karensperiode vil det imidlertid ha den konsekvens at kontrakten kan kjennes uten virkning.[10] Det følger nemlig av artikkel 2d nr. 1 bokstav c, lest sammen med artikkel 2b bokstav c annet ledd, at slike kontrakter i utgangspunktet skal kjennes uten virkning når følgende to betingelser er oppfylt:

- Oppdragsgiver har tildelt kontrakten i strid med prosedyrene for tildeling av kontrakter basert på hhv. en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.
- Den anslåtte kontraktverdi for kontrakten svarer til eller overstiger EØS-terskelverdiene.

---

[5] Jf. artikkel 2b bokstav c. Se også kapittel 7.5.4. for en gjennomgang av dette unntaket fra kravet om karensperiode.

[6] Gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 15-1 til 15-3.

[7] Jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 4 annet avsnitt annet ledd, gjennomført i anskaffelsesforskriften § 15-3 tredje ledd.

[8] Gjennomført i anskaffelsesforskriften § 15-4.

[9] Jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 33 nr. 5 og 6, gjennomført i anskaffelsesforskriften § 15-4 femte til syvende ledd.

[10] Dersom oppdragsgiver frivillig overholder en karensperiode på minst 10/15 dager, kan kontraktene derimot ikke kjennes uten virkning, jf. artikkel 2d nr. 5. Se for øvrig kapittel 10.3.3 for en nærmere gjennomgang av dette unntaket fra sanksjonen "uten virkning".

At kontraktverdien skal overstige EØS-terskelverdiene viser til kontraktverdien av den konkrete kontrakten som det kan være aktuelt å kjenne uten virkning, ikke kontraktverdien av selve rammeavtalen/hele den dynamiske innkjøpsordning.

10.2.3 Hva innebærer det at en kontrakt skal kjennes uten virkning?

Føringer i direktiv 2007/66/EF

Når det gjelder det nærmere innholdet i sanksjonen har den nasjonale lovgiver relativt stor valgfrihet. Det fastsettes i direktivet artikkel 2d nr. 2 at:

> «Følgerne af, at en kontrakt betragtes som værende uden virkning, fastlægges i national ret. Det kan fastsættes i national ret, at alle allerede opfyldte kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft, eller at annulleringens omfang begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt. I sidstnævnte tilfælde beslutter medlemsstaterne at anvende andre sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2.»

Valgretten utdypes noe nærmere i fortalen, premiss 21:

> «Det kan således bestemmes i national ret, at f.eks. samtlige kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft (ex tunc), eller at annulleringens omfang omvendt begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt (ex nunc). Dette bør ikke føre til, at der ikke findes virkningsfulde sanktioner, hvis forpligtelserne i henhold til en kontrakt allerede er opfyldt fuldt ud eller næsten fuldt ud. I sådanne tilfælde bør medlemsstaterne ligeledes fastsætte alternative sanktioner, der tager hensyn til, i hvilket omfang en kontrakt fortsat gælder i overensstemmelse med national ret. Tilsvarende skal der i national ret fastlægges regler om følgerne med hensyn til tilbagebetaling af allerede betalte beløb samt enhver anden mulig form for tilbagegivelse, herunder tilbagegivelse i penge, hvis tilbagegivelse i naturalier ikke er mulig.»

Direktivet gir utover dette i liten utstrekning eksplisitte føringer på det nærmere innhold. Etter hvert som rettsvirkningen blir implementert i de nasjonale rettssystemer må det imidlertid forventes at innholdet i begrepet vil bli nærmere presisert gjennom praksis fra EU-domstolen.

Utvalget legger til grunn at formuleringen «uten virkning» må forstås som et nøytralt begrep, på den måte at det ikke knytter seg opp mot bestemte etablerte konsepter i de nasjonale rettssystemer.[11] Utvalget antar likevel at formuleringen «uten virkning» kan sette en skranke for å fastsette innholdet i rettsvirkningen på en slik måte at den konkrete rettsvirkning står i motstrid med kriteriet, slik det er naturlig å forstå det ut fra ordlyden. Eksempelvis kan det synes å stå i motstrid med sanksjonen «uten virkning» om man fastsetter at leverandøren, som en automatisk følge av at kontrakten annulleres, kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse. Se nærmere om erstatningsspørsmål i kapittel 13.6.

Øvrige mer generelle føringer for fastsettelse av innholdet i rettsvirkningen må i første rekke søkes i formålet med å innføre rettsvirkningen, se nærmere om formål foran i kapittel 10.2.1.

Et hovedvalg lovgiver må foreta er hvorvidt «uten virkning» skal fastsettes med tilbakevirkende kraft (ex tunc) eller kun med virkning for fremtiden (ex nunc), for sistnevnte i så fall supplert med alternative sanksjoner. Utvalget legger til grunn at direktivet ikke er til hinder for at man åpner for bruk av begge alternativer, enten etter nærmere kriterier fastsatt av lovgiver, eller ved at spørsmålet overlates til rettsanvenders skjønn.

Uavhengig av hvilken løsning som velges, synes uttalelsene i direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 21 å stille et krav om at det utformes nærmere regler om tilbakebetalingen for de tilfeller hvor en kontrakt blir ansett å være uten virkning. I hvilken utstrekning man skal regulere sistnevnte type spørsmål vil etter utvalgets oppfatning avhenge av hvorvidt denne typen problemstillinger kan løses med utgangspunkt i alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, og i hvilken utstrekning det gjør seg gjeldende hensyn som krever særskilte løsninger.

I fortalens premiss 13, siste setning, uttales det videre at «uten virkning» først inntrer ved håndhevelsesorganets avgjørelse:

> «Retsvirkningen »uden virkning» bør ikke indtræde automatisk, men bør fastslås af eller være resultatet af en afgørelse truffet af en uafhængig klageinstans.»

Løsningen er ikke helt i samsvar med alminnelig norsk ugyldighetslære, der ugyldighet i prinsippet anses å foreligge også før det blir truffet avgjørelse av en rettsinstans: Rettsanvender konstaterer en allerede foreliggende ugyldighet. Når det i

[11] I den svenske språkversjonen av direktivet benyttes terminologien "ogiltig", i den engelske "ineffective" og i den tyske "unwirksam".

fortalen legges til grunn at rettsvirkningen ikke inntrer automatisk, kan det tale for at partene seg imellom i utgangspunktet må behandle kontrakten som bindende frem til den kjennes «uten virkning». Utvalget legger til grunn at en slik løsning uansett ikke vil være til hinder for at kontrakten kreves hevet eller kjent ugyldig på annet kontraktsrettslig grunnlag.

Til sist skal det nevnes at det i fortalens premiss 20 legges til grunn at direktivet ikke er til hinder for at det innføres strengere sanksjoner etter nasjonal rett.

«Uten virkning» i lys av kontraktsrettslige regler om ugyldighet og mislighold

Når innholdet i rettsvirkningen «uten virkning» skal fastlegges nærmere, synes det nærliggende å se hen til avtalerettslige regler om ugyldighet. At en kontrakt kjennes uten virkning etter direktivet har sin årsak i forhold ved tilblivelsen, på samme måte som de såkalte tilblivelsesmangler i den avtalerettslige ugyldighetslære. Det er likevel den vesentlige forskjell at «uten virkning», i motsetning til de tradisjonelle tilblivelsesmangler, først og fremst er begrunnet i allmenne samfunnsinteresser og tredjemannsinteresser. En konsekvens av dette er at håndhevelsen av sanksjonen er tillagt tredjemann, primært ved en eller flere forbigåtte leverandører.

Den generelle forklaringen av avtalerettslig ugyldighet er at et løfte ikke kan kreves oppfylt etter sitt innhold, og at det heller ikke kan kreves erstatning for den positive kontraktsinteressen.

En særskilt form for ugyldighet er de såkalte reproberte eller ærbarhetsstridige avtaleforhold, som kjennetegnes ved at avtalen, eller oppfyllelse av avtalen, strider mot grunnleggende moralnormer, jf. NL 5-1-2, fra rettsprakis, se for eksempel Rt. 2004 s.1582. I den utstrekning en avtale anses som reprobert, antas det som en hovedregel at ingen av partene kan gjøre gjeldende krav på grunnlag av kontrakten, heller ikke restitusjonskrav. Synspunktet er at det er tale om krav, som på grunn av det reproberte forhold i det hele tatt ikke skal håndheves av rettsordenen. Direktivet gir imidlertid ikke holdepunkter for at man med rettsvirkningen «uten virkning» tar sikte på denne typen ugyldighet.

Hvis kontrakten kjennes uten virkning før noen av partene har oppfylt, vil spørsmålet om virkning ex tunc eller ex nunc ikke komme på spissen. At kontrakten kjennes uten virkning på dette stadiet betyr at partenes oppfyllelsesplikt gjensidig opphører. Hvorvidt kontrakten skal kjennes uten virkning kun ex nunc, eller også ex tunc, får først reell betydning dersom en eller begge parter helt eller delvis har oppfylt sine kontraktsforpliktelser.

Dersom oppfyllelse allerede har skjedd, er utgangspunktet ved tradisjonell avtalerettslig ugyldighet at hver av partene skal tilbakeføre de mottatte ytelser. For en rekke typer kontraktsforpliktelser vil det imidlertid være slik at et restitusjonsoppgjør in natura ikke vil være gjennomførbart: Det vil for eksempel gjelde allerede utførte tjenester og allerede forbrukte varer. Hvis det er tale om en entreprisekontrakt, vil et restitusjonsoppgjør for det allerede foretatte arbeid dessuten kunne lede til unødvendig verdispille. I direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 20, om fastsettelse av innholdet i rettsvirkningen «uten virkning» tas det høyde for at restitusjon in natura kan være utelukket, idet man i siste setning om utforming av bestemmelser legger til grunn at det skal fastsettes regler om «tilbagegivelse i penge, hvis tilbagegivelse i naturalier ikke er mulig.» Det er også i norsk juridisk litteratur om ugyldighet lagt til grunn at det for de tilfeller hvor naturalrestitusjon ikke er mulig, skal skje et verdierstatningsoppgjør. Det kan være et spørsmål om ugyldighet likevel ikke får virkning ex tunc i tilfeller hvor begge parter ved avtaleinngåelsen enten har vært i god eller ond tro om ugyldighetsgrunnen, se Krokeide i TfR 1982 s. 517-518.

Kjerneområdet for tradisjonelle ugyldighetsregler er tilfeller hvor løftemottaker har vært i ond tro, mens løftegiver har vært i god tro. Rettsvirkningen «uten virkning» etter håndhevelsesdirektivet vil inntre uavhengig av om kontraktspartene i det konkrete tilfellet har vært i god eller ond tro om at anskaffelsen har skjedd i strid med reglene om offentlige anskaffelser og i praksis vil det kunne forekomme ulike subjektive konstellasjoner. Denne forskjellen tilsier etter utvalgets oppfatning at de alminnelige løsninger som oppstilles for avtalerettslig ugyldighet ikke uten videre kan overføres til tilfeller hvor en kontrakt kjennes uten virkning i medhold av håndhevelsesdirektivet.

Så lenge det er tale om klassiske ugyldighetsgrunner, begrunnet i hensynet til en av partene, vil partene ved enighet i praksis stå fritt til å fravike utgangspunktet om ugyldighet med virkning ex tunc, for eksempel fordi det utelukkende vil lede til et unødvendig komplisert etteroppgjør. Dersom man velger å innføre «uten virkning» med virkning ex tunc, som en obligatorisk rettsvirkning etter håndhevelsesdirektivet, legger *ut-*

valget til grunn at partene ikke uten videre vil stå fritt til å avtale at ugyldighet utelukkende skal virke for fremtiden (ex nunc).

Det nærmere innholdet i restitusjonsoppgjøret ved tradisjonell avtalerettslig ugyldighet er i liten utstrekning uttrykkelig regulert i lovgivningen. En særskilt bestemmelse om ugyldighetsvirkningen finnes i vergemålsloven § 37, men denne regelen er særlig begrunnet i den umyndiges beskyttelsesbehov, og har liten overføringsverdi ved fastleggelsen av innholdet i rettsvirkningen «uten virkning». En enkeltstående bestemmelse om restitusjonsoppgjøret finnes også i avtaleloven § 30 tredje ledd, men det kan være usikkert hvilken overføringsverdi denne bestemmelsen har til andre ugyldighetstilfeller. I juridisk teori er det antatt at reguleringene av restitusjon i kontraktslovgivningen i en viss utstrekning kan anvendes analogisk ved ugyldighet.[12]

Hva enten man fastsetter «uten virkning» ex tunc eller ex nunc, vil dermed reguleringer i kontraktslovgivningen om hevingsoppgjøret kunne være et bidrag til å avklare hva som skal være det nærmere innhold i rettsvirkningen. De kontraktsrettslige regler er likevel ikke direkte overførbare. For det første inneholder de kontraktsrettslige regler og prinsipper dels ulike løsninger for de ulike kontraktstyper. Sanksjonen «uten virkning» skal imidlertid kunne anvendes for ulike typer kontrakter som går på tvers av den tradisjonelle kontraktsrettslige inndelingen av kontraktstyper. For det andre forutsetter de kontraktsrettslige regler om restitusjon at det foreligger et kontraktsbrudd fra naturaldebitors side. For det tredje bygger deler av kontraktslovgivningen på særskilte forbrukerhensyn.

10.2.4 Valget mellom ex tunc og ex nunc – oversikt over alternativene

De valg man står overfor ved den nærmere utformingen av sanksjonen «uten virkning» er grovt skissert:

- En kombinasjon av ex tunc og ex nunc (med alternative sanksjoner), vurdert konkret av rettsanvender, eventuelt i kombinasjon med nærmere retningslinjer for vurderingen.
- En kombinasjon av ex tunc og ex nunc (med alternative sanksjoner) inntatt i selve regelverket, hvor det fastsettes for hvilke typetilfeller de ulike sanksjonene er aktuelle.
- Utelukkende virkning ex nunc i kombinasjon med alternative sanksjoner.
- Utelukkende virkning ex tunc.

I det følgende vil det bli gitt en nærmere redegjørelse for mulig innhold i sanksjonen «uten virkning», henholdsvis ex tunc og ex nunc. Avslutningsvis vil *utvalget* gi sin vurdering av hva det anser som den beste løsningen.

10.2.5 Nærmere om «uten virkning» ex tunc

Tilfeller hvor ytelsens art ikke utelukker tilbakeføring i natura

Hovedytelsene

Dersom ytelsens art ikke utelukker naturalrestitusjon, vil det alminnelige utgangspunktet både ved ugyldighet og heving være at hver av partene skal tilbakeføre mottatte ytelser. Dersom lovgiver velger å innføre «uten virkning» ex tunc, synes det ikke tvilsomt at nevnte utgangspunkt må legges til grunn i de tilfeller hvor naturalytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde.

Hvorvidt det kan kreves restitusjon blir mer problematisk dersom naturalytelsen ikke kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og mengde. Ved avtalerettslig ugyldighet vil løftegivers adgang til å kreve restitusjon i disse tilfellene ikke bortfalle, men dersom årsaken til at naturalytelsen ikke kan tilbakeføres er forhold løftegiver må bære risikoen for, kan han ha plikt til å erstatte verdireduksjonen. Adgangen for løftegiver til å kreve restitusjon er i behold også dersom gjenstanden i det hele tatt ikke kan tilbakeleveres, men slik at løftegiver etter omstendighetene kan ha plikt til å erstatte ytelsens verdi, eller å tilbakeføre til løftemottaker surrogatet for ytelsen, for eksempel en forsikringssum. De løsninger som antas å gjelde for tradisjonell avtalerettslig ugyldighet må, som nevnt i kapittel 10.2.3, ses i sammenheng med at ugyldighetsgrunnen typisk skyldes løftemottakers klanderverdige forhold.

Etter den alminnelige kjøpsrettslige reguleringen er den formelle hovedregelen at kjøpers adgang til å heve bortfaller dersom kontraktsgjenstanden ikke kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde, jf. kjøpsloven § 66 første ledd. Kjøper kan likevel kreve erstatning dersom verdireduksjonen erstattes, jf. kjøpsloven § 66 annet ledd.

Fra denne hovedregelen gjelder det likevel omfattende unntak, jf. kjøpsloven § 66 første ledd bokstav a til c, som grovt skissert innebærer at

[12] Se for eksempel Krüger, Kontraktsrett s. 726 og Hov/Høgberg, Alminnelig avtalerett s. 307-308.

hevingsretten kun bortfaller i tilfeller hvor årsaken til at tingen ikke kan tilbakeleveres skyldes kjøpers forhold. Eller man kan se det slik at ved mislighold som gir grunnlag for heving, går risikoen ikke over på kjøper. Hvis kjøpers hevingsrett er i behold etter disse unntaksreglene, kan kjøper kreve heving, i form av tilbakebetaling av kjøpesummen, uten å måtte erstatte gjenstandens verdireduksjon. Denne løsningen må ses i sammenheng med at heving har sin årsak i vesentlig kontraktsbrudd fra selgers side. Etter *utvalgets* oppfatning har denne løsningen liten overføringsverdi til de tilfeller hvor en kontrakt om en offentlig anskaffelse skal kjennes uten virkning. Når årsaken til at kontrakten kjennes uten virkning er oppdragsgivers (naturalkreditors) brudd på reglene om offentlige anskaffelser, er det liten grunn til at oppdragsgiver skal kunne kreve restitusjon av erlagt vederlag uten å måtte erstatte naturalytelsens verdireduksjon. Det kan etter utvalgets oppfatning også stilles spørsmål ved om «uten virkning» ex tunc i det hele tatt er en egnet løsning for tilfeller hvor kontraktsgjenstanden i det hele tatt ikke kan tilbakeleveres, eller hvor den ikke kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde, se kapittel 10.2.8.

Dersom de nevnte unntak om selgers risiko ikke kommer til anvendelse, må det antagelig legges til grunn at heving er utelukket dersom det ikke i det hele tatt finnes noe å tilbakelevere. Naturalkreditor kan altså i disse tilfellene ikke kreve heving mot å erstatte ytelsens verdi. Løsningen atskiller seg dermed fra det som gjelder ved ugyldighet. Dersom en kontrakt om offentlige anskaffelser skal kjennes uten virkning, er det etter utvalgets oppfatning nærliggende å se hen til den løsningen som antas å gjelde for kontraktsrettslig heving. Et hevingsoppgjør i form av et rent verdierstatningsoppgjør synes i liten utstrekning å bidra til å ivareta de formål som sanksjonen skal ivareta.

Avkastningsvederlag, renter

Dersom det åpnes for «uten virkning» ex tunc, blir det også spørsmål om kontraktspartene skal betale vederlag i form av renter eller vederlag for avkastning og nytte i den tiden de har disponert over kontraktsytelsene. For alminnelige løsørekjøp finner man regulering av spørsmålet i kjøpsloven § 65. En noe avvikende regulering finnes i forbrukerkjøpsloven § 50. Tilsvarende regulering finnes ikke i avhendingsloven, og det synes ikke fullt ut avklart i hvilken utstrekning det er grunnlag for å fastsette et berikelsesoppgjør. Det synes etter gjeldende rett også noe uklart i hvilken utstrekning man kan fastsette et berikelsesoppgjør ved tradisjonell avtalerettslig ugyldighet.

For oppdragsgiver blir det typisk spørsmål om han skal pålegges å godskrive leverandøren avkastning, og eventuelt betale vederlag for vesentlig nytte han har hatt av tingen, jf. de prinsipper som kommer til uttrykk i kjøpsloven § 65 første ledd. For leverandøren blir det typisk spørsmål om han skal pålegges plikt til å svare renter for å ha disponert over vederlaget frem til kontrakten kjennes uten virkning. Det er ikke opplagt at det er hensiktsmessig å fastsette at det skal betales renter og vederlag for avkastning og nytte dersom det åpnes for at en kontrakt kan kjennes uten virkning ex tunc. Blant annet kan det antas at et berikelsesoppgjør i en del tilfeller vil gå opp i opp, ved at krav på renter og krav på vederlag for avkastning og nytte blir om lag like store. Dersom muligheten for «uten virkning» ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, er det videre grunn til å tro at «uten virkning» ex tunc først og fremst kan bli aktuelt forholdsvis kort tid etter oppfyllelse. I slike tilfeller vil oppdragsgiver antakelig normalt ha hatt begrenset nytte eller avkastning av ytelsen, samtidig som et rentekrav mot leverandøren kan komme opp i et relativt betydelig beløp. I lys av at sanksjonen «uten virkning» særlig er rettet mot oppdragsgivere, fremstår en slik løsning etter *utvalgets* oppfatning ikke uten videre som rimelig. Utvalget vil etter dette ikke foreslå en alminnelig bestemmelse om plikt til å betale renter og avkastningsvederlag, men overlater til rettspraksis å ta stilling til de konkrete problemstillinger som kan oppstå.

Etter utvalgets oppfatning er det tradisjonelle hjemmelskravet som er blitt oppstilt for å kunne tilkjenne renter neppe til hinder for å fastsette en renteplikt på ulovfestet grunnlag. Det vises i den forbindelse til avgjørelsen i Rt. 2002 s. 71, som kan tilsi en viss oppmyking av det tradisjonelle hjemmelskrav, samt at man ved eventuell tilkjenning av renter i en viss utstrekning kan søke støtte i kontraktslovgivingen, og da særlig reguleringen i kjøpsloven § 65 annet ledd. Ved eventuell fastsettelse av renter på ulovfestet grunnlag i forbindelse med at en kontrakt kjennes uten virkning kan det imidlertid uansett ikke være aktuelt å tilkjenne renter tilsvarende forsinkelsesrentens størrelse, slik bestemmelsen i kjøpsloven § 65 annet ledd gir anvisning på.

Tilbakeholdsrett

I den utstrekning «uten virkning» skal virke ex tunc, legger *utvalget* til grunn at partene vil ha en gjensidig tilbakeholdsrett, jf. de prinsipper som kommer til uttrykk i kjøpsloven § 64 annet ledd, annet og tredje punktum. Etter utvalgets oppfatning er det ikke behov for å regulere dette særskilt.

Tilfeller hvor tilbakeføring in natura er utelukket etter ytelsens art

I en del av de tilfeller hvor en kontrakt skal kjennes uten virkning, vil restitusjon være utelukket etter ytelsens art, for eksempel ved tjenestekontrakter og entreprisekontrakter. For slike ytelser er hovedregelen ved kontraktsrettslig heving at heving bare kan skje med virkning for fremtiden (ex nunc). Det oppstilles i juridisk teori likevel et unntak for de tilfeller hvor naturaldebitor har utvist grov skyld med hensyn til ytelsen eller hvor det foreligger særlig grovt kontraktsbrudd.[13] I disse tilfellene kan naturalkreditor kreve heving med virkning ex tunc. En slik løsning kommer til uttrykk i håndverkertjenesteloven § 15 annet ledd, hvor forbrukeren gis adgang til å heve med virkning ex tunc dersom «formålet med tjenesten blir vesentlig forfeilet».

Ved tradisjonell avtalerettslig ugyldighet er det alminnelige utgangspunktet at ugyldigheten virker ex tunc, slik at løftegiver kan kreve restitusjon i form av et verdierstatningsoppgjør. En delvis felles begrunnelse for å åpne for ex tunc, både ved mislighold og ugyldighet, kan sies å være naturaldebitors klanderverdige forhold. Denne begrunnelsen gjør seg ikke uten videre gjeldende i de tilfeller hvor det er aktuelt å kjenne en kontrakt uten virkning i medhold av håndhevelsesdirektivet. Selv om det kan tenkes at leverandøren i det konkrete tilfellet er i ond tro, mens oppdragsgiver er i god tro, så er det ikke disse subjektive forhold som grunnleggende begrunner at kontrakten skal kjennes uten virkning.

Dersom man fastsetter at kontrakten i disse tilfeller skal kunne kjennes «uten virkning» ex tunc, vil restitusjonsoppgjøret måtte bestå i et verdierstatningskrav, hvor utgangspunktet må være at leverandøren skal erstatte mottatt vederlag, mens oppdragsgiver skal erstatte verdien av de mottatte ytelser. Utgangspunktet må da være at det er ytelsens markedsverdi som skal erstattes. Et eventuelt verdierstatningskrav vil da tilsvare forskjellen mellom markedsverdi og det avtalte vederlag. Hvis det ikke kan påvises at det er avtalt over- eller underpris vil resultatet bli et nulloppgjør. *Utvalget* er av den oppfatning at restitusjonsoppgjør som utelukkende er et verdierstatningskrav ikke uten videre fremstår som en egnet løsning ut fra direktivets formål, se kapittel 10.2.8.

10.2.6 Nærmere om «uten virkning» ex nunc

Skjæringstidspunktet

Hvis «uten virkning» kun skal ha virkning for fremtiden (ex nunc), må det avklares hva som er skjæringstidspunktet for virkningen. Direktivet synes å forutsette at dette skal være fra det tidspunktet håndhevelsesorganet treffer sin avgjørelse. Her synes det å kunne oppstå særskilte problemstillinger hvis en avgjørelse påankes. Det kan tenkes at kontrakten først blir kjent uten virkning i en høyere instans og det kan tenkes at en kontrakt som har blitt kjent uten virkning i førsteinstans, i høyere instans blir fastsatt likevel å skulle ha virkning. Utvalget legger til grunn at rettsvirkningen «uten virkning» inntrer fra det tidspunktet avgjørelsen blir rettskraftig.

Nærmere om innholdet i ex nunc

At kontrakten kjennes uten virkning ex nunc innebærer grunnleggende at partenes gjensidige oppfyllelsesplikt faller bort for fremtiden. Naturaldebitor har imidlertid krav på vederlag for det arbeidet som allerede er utført, jf. for eksempel reguleringene i håndverkertjenesteloven § 16 annet ledd, bustadoppføringsloven § 21 første ledd og NS 8405 39.3.

Dersom en kontrakt kjennes uten virkning ex nunc kan det oppstå spørsmål knyttet til tilbakesøking av allerede erlagte ytelser, for eksempel dersom det allerede er betalt for ytelser som etter kontrakten først skal oppfylles på et senere tidspunkt. Etter *utvalgets* vurdering er det ikke grunn til å gi en særskilt regulering av disse spørsmål, da man antar at løsningen må søkes i alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om tilbakesøking.

Hvis en kontrakt kjennes uten virkning ex nunc mens den er under oppfyllelse, kan det for øvrig også tenkes å oppstå en rekke ulike problemstillinger knyttet til avviklingen av kontraktsforholdet.

Avviklingen av mer omfattende kontrakter, som for eksempel entreprisekontrakter, vil forutsette et samarbeid mellom partene også etter at

[13] Se for eksempel Hagstrøm, Obligasjonsrett s. 439.

kontrakten er kjent uten virkning. Overordnet kan det legges til grunn at partene har en gjensidig postkontraktuell lojalitetsplikt. En slik lojalitetsplikt må kunne oppstilles på ulovfestet grunnlag, men bidrar i begrenset utstrekning til å løse konkrete rettslige problemstillinger. Når det gjelder de enkelte konkrete problemstillinger som kan oppstå, antar utvalget at man langt på vei vil kunne søke veiledning i de kontraktsrettslige regler eller prinsipper som gjelder for de ulike kontraktstyper ved heving eller annet opphør. Ved entreprisekontrakter vil for eksempel reguleringer i relevante standardkontrakter kunne være retningsgivende.

Det må likevel hensyntas at enkelte reguleringer kan ha sin begrunnelse nettopp i at en av kontraktspartene har misligholdt sin del av kontraktsforpliktelsen, noe som ikke vil være tilfellet hvor en kontrakt kjennes uten virkning etter direktivet.

Utvalget finner det ikke hensiktsmessig å gi en generell regulering knyttet til avviklingen av kontraktforholdet.

10.2.7 Enkelte fellesspørsmål

Forpliktelser som består til tross for at kontrakten blir kjent uten virkning ex tunc eller ex nunc?

Hvis en kontrakt blir ansett uten virkning, kan det forstås som at det ikke bare omfatter kontraktens hovedforpliktelse, men også biforpliktelser. Her synes det likevel nærliggende å oppstille enkelte begrensninger, i tråd med de alminnelige kontraktsrettslige løsninger ved hevingsoppgjør. Hvis partene i forbindelse med kontrakten og dens oppfyllelse har overlatt hverandre fortrolig informasjon, vil plikten til å bevare taushet om denne bestå selv om kontraktsforholdet opphører. Et eksempel på regulering av denne typen finner man blant annet i kjøpsloven § 64 fjerde ledd. *Utvalget* legger til grunn at en slik løsning må gjelde også ved bruk av sanksjonen «uten virkning». Etter utvalgets vurdering er det ikke nødvendig med en særskilt regulering av denne type spørsmål idet man antar at man for disse spørsmål kan bygge på alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Det må legges til grunn at også andre typer biforpliktelser etter kontraktsforholdet etter omstendighetene vil kunne bestå selv om kontrakten kjennes uten virkning.

Får «uten virkning» betydning for eventuelle misligholdskrav?

Hvis det er tale om «uten virkning» ex nunc, vil plikter og rettigheter i forbindelse med allerede foretatte ytelser fortsatt bestå. Hvis det er tale om «uten virkning» ex tunc, blir det spørsmål om dette også får betydning for eventuelle misligholdskrav knyttet til ytelser, som eventuelt ikke blir tilbakeført. Problemstillingen vil i første rekke kunne oppstå dersom det åpnes for «uten virkning» ex tunc i tilfeller hvor restitusjon er utelukket etter ytelsens art, og synes først og fremst å være aktuell for erstatningskrav.

Å avskjære muligheten for denne typen krav, vil klart kunne virke som en sanksjon med preventiv virkning for oppdragsgiver. På den annen side vil avskjæring av mulige misligholdskrav i det konkrete forhold kunne ramme oppdragsgiver hardt, samtidig som virkningen ikke står i noen direkte sammenheng med partenes subjektive forhold når det gjelder det forhold som begrunner at kontrakten kjennes uten virkning. Etter utvalgets oppfatning er det derfor en lite heldig løsning at oppdragsgiver i slike tilfeller blir avskåret fra å gjøre gjeldende misligholdskrav.

10.2.8 Utvalgets vurderinger

Generelt om tilfeller der sanksjonen «uten virkning» får anvendelse

Utvalget anbefaler at sanksjonen «uten virkning» innføres for følgende brudd på anskaffelsesregelverket:

- ved ulovlige direkte anskaffelser
- ved visse brudd på anskaffelsesreglene sammen med brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon
- ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene

Når det gjelder det første tilfellet som skal føre til at kontrakt kjennes uten virkning, ved ulovlige direkte anskaffelser, foreslår utvalget at det i forskrift om offentlige anskaffelser gis en definisjon av «ulovlige direkte anskaffelser». Denne definisjonen bør knyttes opp til oppdragsgivers plikt etter forskriften til å kunngjøre konkurransen.

Når det gjelder brudd på anskaffelsesregelverket sammen med brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon, foreslår utvalget at det fastsettes som vilkår at bruddet på anskaffelsesregel-

verket skal ha påvirket *leverandørens* mulighet til å få kontrakten. Det skal også fastsettes som vilkår at bruddet på bestemmelsene om karens eller suspensjon skal ha fratatt *leverandøren* muligheten til å iverksette rettslige skritt.

I håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 1 bokstav b brukes riktignok begrepet «tilbudsgiveren», men utvalget foreslår i stedet å bruke begrepet «leverandøren». Dette begrepet er videre og omfatter både «tilbudsgivere», «ansøgere» og i prinsippet også potensielle leverandører. Dette er for det første en rettsteknisk forenkling. Samtidig ønsker ikke utvalget å utelukke at «ansøgere» og potensielle leverandører[14] i visse tilfeller skal kunne reise sak med krav om at en kontrakt kjennes uten virkning etter denne bestemmelsen. Vilkåret om at leverandøren ved bruddet på bestemmelsene om karens eller suspensjon skal være fratatt muligheten til å iverksette rettslige skritt innebærer imidlertid at en avvist «ansøger» vil kunne være avskåret fra etterfølgende å kreve en kontrakt kjent uten virkning, når oppdragsgiver har fastsatt en frist for å begjære midlertidig forføyning mot avvisningsbeslutningen, jf. nærmere kapittel 9.

Ved andre brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon, der ovennevnte vilkår ikke er oppfylt, anbefaler utvalget ikke å innføre sanksjonen «uten virkning». For slike brudd bør det heller innføres alternative sanksjoner, jf. kapittel 10.4.

Når det gjelder tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene, anbefaler utvalget at brudd knyttes til prosedyrebestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser, og at det settes som vilkår at kontrakten overstiger EØS-terskelverdiene.

Generelle merknader til innholdet av sanksjonen «uten virkning»

Ved vurderingen av om sanksjonen «uten virkning» skal kunne ha virkning ex tunc er det sentrale hensynet hvordan rettsvirkningene forholder seg til formålene bak sanksjonen. Selv om en sanksjon synes egnet til å fremme formålet, må det også ses hen til andre hensyn, som for eksempel forholdsmessighetsbetraktninger, bredere samfunnsøkonomiske hensyn og hensynet til forutberegnlighet for kontraktspartene ved kontrakter som gjelder offentlige anskaffelser.

Etter *utvalgets* vurdering bør det åpnes for at rettsanvender i det konkrete tilfellet fastsetter «uten virkning» ex tunc i tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde. Dersom kontraktsgjenstanden ikke kan tilbakeføres i vesentlig samme stand, finner utvalget at den beste løsning er at kontrakten kjennes uten virkning ex nunc. Utvalget foreslår derfor at det fastsettes at kontrakten skal kunne kjennes uten virkning ex nunc eller ex tunc etter rettsanvenders skjønn, men slik at adgangen til å fastsette «uten virkning» ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde.

I det følgende skal det redegjøres noe nærmere for de vurderinger som ligger til grunn for utvalgets standpunkt.

De ulike stadier av kontraktsoppfyllelsen

Hvis kontrakten er ferdig oppfylt på det tidspunkt kontrakten kjennes uten virkning, vil ex nunc i realiteten ikke få noen selvstendig betydning. I disse tilfellene vil man være henvist til å fastsette alternative sanksjoner i form av overtredelsesgebyr. Bruk av en slik sanksjon vil kunne ha en preventiv virkning overfor oppdragsgiver. Noen preventiv virkning overfor leverandører vil denne sanksjonen ikke ha. Ex nunc vil i disse tilfellene heller ikke bidra til å gjenopprette konkurransesituasjonen.

I disse tilfellene kan hensynet til sanksjonens preventive funksjon overfor leverandører være et mulig argument for at «uten virkning» fastsettes med tilbakevirkende kraft. På den annen side er ikke leverandørene det primære pliktsubjekt etter anskaffelsesreglene. «Uten virkning» ex tunc vil antakelig også kunne ha en preventiv effekt overfor oppdragsgivere, blant annet ut fra de praktiske problemer som et restitusjonsoppgjør kan medføre. Det kan likevel være usikkert i hvilken utstrekning man oppnår noen «merprevensjon» ved bruk av ex tunc.

I tilfeller hvor kontraktsytelsen kan tilbakeføres, vil ex tunc også kunne bidra til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.

De to sentrale hensynene bak regelverket, prevensjon og gjenopprettelse av konkurransesituasjonen, kan dermed tilsi at det bør åpnes for at «uten virkning» virker ex tunc. Etter *utvalgets* opp-

[14] Dette vil for eksempel kunne være relevant der oppdragsgiver har offentliggjort en intensjonskunngjøring om en direkte tildeling og en potensiell leverandør begjærer midlertidig forføyning innen utløpet av ti dager. En slik begjæring vil medføre at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes. Inngår oppdragsgiver i et slikt tilfelle kontrakt i suspensjonstiden bør dette kunne føre til at kontrakten kjennes uten virkning.

fatning gjør det seg likevel gjeldende mothensyn, særlig knyttet til at sanksjonen kan få en uforholdsmessig virkning overfor leverandøren. Kontrakten kan for eksempel gjelde en ytelse som i større eller mindre grad er spesialtilpasset for oppdragsgiver. For de større kontrakter kan det ramme leverandøren hardt om han må ta tilbake naturalytelsen mot å tilbakebetale det mottatte vederlaget. På den annen side vil også «uten virkning» ved en pågående kontraktsoppfyllelse kunne ramme leverandøren hardt, hvis kontrakten kjennes uten virkning ex nunc. Dermed kan det hevdes at hensynet til leverandøren ikke står i en særstilling i en situasjon hvor det er aktuelt å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc etter at kontrakten er ferdig oppfylt.

Sett fra et mer overordnet samfunnsperspektiv kan det fremstå som lite effektiv ressursbruk at leverandøren kan bli sittende igjen med ytelser som i praksis kan være vanskelig omsettelige, mens oppdragsgiver på sin side har behov for de aktuelle ytelsene. På den annen side kan det hevdes at de samfunnsøkonomiske hensyn ikke står i en særstilling, sammenlignet med tilfeller hvor en pågående kontraktsoppfyllelse kjennes uten virkning ex nunc.

De like ovenfor nevnte mothensyn mot ex tunc, gjør seg også gjeldende dersom ytelsen i og for seg kan tilbakeleveres, men ikke i vesentlig samme stand eller mengde.

Dersom kontrakten er under oppfyllelse på det tidspunkt kontrakten kjennes uten virkning, og de allerede erlagte ytelser kan tilbakeføres, kan det tenkes at ex tunc i større grad enn ex nunc kan bidra til å gjenopprette konkurransesituasjonen. Hvorvidt ex tunc eller ex nunc er best egnet til å ivareta formålet bak regelverk, vil blant annet ha sammenheng med hvor langt man er kommet i kontraktsoppfyllelsen og om ex tunc i det konkrete tilfellet kan bidra til å gjenopprette konkurransesituasjonen.

Mulighet for ex tunc dersom kontraktsgjenstanden kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde

Etter *utvalgets* vurdering bør «uten virkning» ex tunc ikke prinsipielt utelukkes i tilfeller hvor kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde. På den annen side er utvalget av den oppfatning at spørsmålet om kontrakten skal kjennes uten virkning ex tunc best overlates til håndhevelsesorganet. Ved den konkrete vurderingen må håndhevelsesorganet se hen til om «uten virkning» ex tunc i det konkrete tilfellet fremstår som en egnet sanksjon, sett i lys av regelverkets formål og de motstående hensyn som gjør seg gjeldende. Etter utvalgets vurdering vil det være relevant å legge vekt på partenes subjektive forhold. Hvis det er klart at både oppdragsgiver og leverandør har opptrådt klanderverdig ved brudd på anskaffelsesreglene, vil det være et tungtveiende argument for å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc. Når det gjelder det nærmere innhold i et ex tunc-oppgjør, vises det til redegjørelsen i kapittel 10.2.5.

Ex nunc dersom kontraktsgjenstanden ikke kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde

Dersom kontraktens ytelser ikke kan tilbakeføres vil, som det er redegjort for i kapittel 10.2.5, «uten virkning» ex tunc være begrenset til et verdierstatningskrav. Dersom kontrakten er inngått på grunnlag av markedspriser, vil utgangspunktet være at ex tunc blir et nulloppgjør. Isolert sett må det antas at muligheten for et ex tunc-oppgjør med slikt innhold vil ha begrenset preventiv virkning både overfor oppdragsgivere og leverandører. Med mindre man åpner for muligheten til å ilegge alternative sanksjoner synes ex tunc i disse tilfellene å ha mindre preventiv virkning enn ex nunc. Ex tunc i form av et nulloppgjør vil for disse tilfellene heller ikke ha noen gjenopprettende funksjon.

Ved anskaffelse til overpris vil utgangspunktet være at oppdragsgiver skal få tilbakebetalt overprisen. Ex tunc vil i slike tilfeller ikke virke som en sanksjon mot oppdragsgiver, og muligheten for et ex tunc-oppgjør med slikt innhold vil ha begrenset preventiv effekt overfor oppdragsgivere. Fraværet av sanksjon vil i utgangspunktet omfatte også de tilfeller hvor oppdragsgiver har opptrådt klart subjektivt klanderverdig. Tilbakebetaling av overpris vil på den andre siden virke som en sanksjon overfor leverandører, men sanksjonen står ikke i umiddelbar sammenheng med leverandørens subjektive forhold. Sanksjonen hensyntar heller ikke det forhold at oppdragsgivers subjektive forhold ofte må antas å være minst like klanderverdig. Oppgjør i form av tilbakebetaling av overpris vil ha en viss gjenopprettende effekt, på den måte at oppdragsgiver får en anskaffelse til markedspris. Noen egentlig gjenopprettelse av konkurransesituasjonen vil det imidlertid ikke være tale om.

Ved anskaffelser til underpris vil utgangspunktet være at oppdragsgiver må kompensere leverandøren for underprisen. Ex tunc vil i disse tilfellene til en viss grad virke som en sanksjon mot opp-

dragsgiver, og muligheten for en sanksjon med slikt innhold kan ha en viss allmennpreventiv effekt for oppdragsgivere generelt. Det er likevel neppe grunn til å tro at den preventive effekten er større enn ved bruk av alternative sanksjoner etter ex nunc- alternativet. Noen preventiv effekt overfor leverandører synes muligheten for et ex tunc-oppgjør med slikt innhold ikke å ha. Ex tunc vil i disse tilfellene ikke ha noen gjenopprettende funksjon.

Som gjennomgangen ovenfor viser, vil henholdsvis ex tunc og ex nunc kunne lede til løsninger for samme forhold som langt på vei fremstår som diametralt forskjellige, særlig hvis det er tale om verdierstatningsoppgjør ved overpris. Ved ex nunc i overpristilfellene, i form av at det fastsettes alternative sanksjoner, vil sanksjonen ha en preventiv virkning for oppdragsgiver, men det vil ikke skje noen gjenopprettelse. Hvis oppdragsgiver ved ex tunc kompenseres for overpris vil man til en viss grad få en økonomisk gjenopprettelse, men oppdragsgiver vil i realiteten ikke bli pålagt noen sanksjon.

Etter *utvalgets* vurdering fremstår rettsvirkningen ex tunc i form av verdierstatningsoppgjør som lite treffsikker i forhold til sanksjonsreglenes formål. Utvalget er derfor av den oppfatning at adgangen til å fastsette «uten virkning» ex tunc bør begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde, slik at «uten virkning» i øvrige tilfeller skal fastsettes med virkning ex nunc.

10.3 Unntak fra sanksjonen «uten virkning»

10.3.1 Unntak ut fra vesentlige hensyn til allmennhetens interesser

Det følger av håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 3 første ledd at medlemsstatene kan fastsette at håndhevelsesorganet kan unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning, selv om vilkårene er oppfylt, hvis vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. Hvis en slik unntaksbestemmelse innføres, skal det i tilfeller hvor unntaket kommer til anvendelse, i stedet fastsettes alternative sanksjoner (overtredelsesgebyr og/eller avkorting av kontrakten). Håndhevelsesorganet kan etter direktivet bare gjøre unntak etter å ha «undersøgt alle relevante aspekter», jf. artikkel 2d nr. 3 første ledd.

Utvalget er av den oppfatning at unntaket bør innføres i norsk rett. Ved å innføre et slikt unntak kan man unngå at annullering av kontrakten i det konkrete tilfellet rammer allmennhetens interesser på en uforholdsmessig tyngende måte.

Hvis en kontrakt som er under oppfyllelse kjennes uten virkning vil dette typisk, direkte eller indirekte, berøre allmennhetens interesser. At allmennhetens interesser rammes er imidlertid ikke tilstrekkelig for å gjøre unntak, det kreves at «vesentlige hensyn» til allmennhetens interesser gjør det «nødvendig» å opprettholde kontraktens virkninger. Det er dermed tale om en snever unntaksbestemmelse. Når den nærmere terskelen skal fastlegges, må det hensyntas at «uten virkning» så vidt mulig skal være en effektiv sanksjon både ved å virke avskrekkende og ved at den kan bidra til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen. Den nærmere terskelen må i første rekke klargjøres gjennom rettspraksis, herunder eventuelle føringer gjennom avgjørelser fra EU-domstolen. Utvalget vil likevel, i lys av direktivets og fortalens presiseringer, gi enkelte merknader om hvordan det oppfatter rekkevidden av unntaket.

Når direktivet gir anvisning på at håndhevelsesorganet skal ta i betraktning alle relevante aspekter, tilsier dette at det må foretas en konkret vurdering av det enkelte tilfellet. Selv om vilkårene for unntak er oppfylt, kan håndhevelsesorganet etter et konkret skjønn la være å anvende unntaksbestemmelsen. Ved denne vurderingen kan det etter utvalgets oppfatning være relevant å ta i betraktning hvor grovt brudd på anskaffelsesreglene det er tale om.

Muligheten for unntak er knyttet til «allmennhetens interesser». Utvalget forstår det slik at det i dette vilkåret ligger en avgrensning mot å gjøre unntak fra sanksjonen «uten virkning» grunnet i hensynet til en eller flere bestemte enkeltpersoner. Man kan for eksempel tenke seg at det foregår et anleggsarbeid, som er en ulempe for en eller flere bestemte næringsdrivende i området hvor arbeidet pågår. Den interessen disse næringsdrivende har i at arbeidet blir sluttført så snart som mulig vil isolert sett ikke falle inn under «allmennhetens interesser», og kan i seg selv ikke være tilstrekkelig begrunnelse for å anvende unntaksbestemmelsen. På den annen side må denne typen interesse kunne være relevant i en bredere vurdering av «allmennhetens interesser».

Direktivet gir for øvrig i artikkel 2d nr. 3 annet og tredje ledd noen nærmere føringer og begrensninger med hensyn til hvilken adgang det er til å hensynta økonomiske hensyn ved vurderingen av

om unntaket skal anvendes. Det følger av annet ledd at økonomiske interesser i kontraktens effektive virkning kun kan anses som vesentlige hensyn eller uomgjengelig nødvendig krav «hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning».

Det følger videre av tredje ledd at økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågjeldende kontrakt ikke kan utgjøre vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. Det gis så en eksemplifisering av hva som kan anses som økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten:

- omkostninger som følge av forsinkelser i forbindelse med kontraktens oppfyllelse
- omkostninger som følge av at det må innledes en ny anskaffelsesprosedyre
- omkostninger som følge av utskifting av den økonomiske aktør, som utfører kontrakten
- omkostninger i forbindelse med de rettslige forpliktelser som følger av at kontrakten er uten virkning

Forholdet mellom annet og tredje ledd fremstår ikke som helt klart, men direktivet synes å trekke et skille mellom økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten, som i det hele tatt ikke kan anses å utgjøre vesentlige hensyn til allmennhetens interesser og økonomiske interesser av mer indirekte karakter, som bare helt unntaksvis kan gi grunnlag for anvendelse av unntaksbestemmelsen.

Direktivet synes for øvrig ikke å sette kvalitative begrensninger med hensyn til hvilke interesser som kan gi grunnlag for unntak, dersom de øvrige vilkår for unntak er oppfylt. I vurderingen av om det foreligger «vesentlige hensyn» som gjør det «nødvendig» å opprettholde kontrakten vil det imidlertid kunne ha stor betydning hvilke interesser som rammes og hvordan disse interessene rammes.

Hvis annullering av kontrakten for eksempel leder til at liv, helse eller sikkerhet settes i fare, synes man å være i kjerneområdet for når det er aktuelt å bruke unntaksbestemmelsen. Det kan eksempelvis være tale om anskaffelser av nødvendig medisinsk utstyr, men det kan også være tale om andre typer anskaffelser der annullering av kontrakten for eksempel medfører at driften av en helseinstitusjon rammes på en inngripende måte.

Miljøhensyn vil også høre til den type interesser som etter sin art typisk kan gi grunnlag for å anvende unntaksbestemmelsen. Dersom en kontrakt for eksempel er knyttet til opprydningsarbeider i forbindelse med en miljøskade, kan det være et tungveiende argument mot å kjenne kontrakten uten virkning at det kan lede til utsettelser som øker omfanget av miljøskadene.

Unntaksbestemmelsen er imidlertid ikke begrenset til slike mer grunnleggende interesser. For eksempel synes det aktuelt å gjøre unntak fra «uten virkning» dersom annullering av kontrakten gjør det umulig for oppdragsgiver å oppfylle lovpålagte forpliktelser overfor borgerne i et ikke helt ubetydelig omfang. Et annet eksempel hvor unntak synes aktuelt er dersom kontrakten er knyttet til sentrale serviceytelser fra det offentlige og hvor det kan få store samfunnsmessige ringvirkninger dersom kontrakten kjennes uten virkning.

På den annen side kan det som et utgangspunkt synes mindre aktuelt å anvende unntaket dersom annulleringen rammer utføringen av serviceytelser fra det offentlige som i mindre grad har preg av nødvendighetsgoder. Det kan imidlertid neppe prinsipielt utelukkes at de allmenne interesser blir skadelidende i et slikt omfang at unntaksbestemmelsen kan komme til anvendelse.

I noen tilfeller vil annullering av kontrakten kunne medføre at formålet med kontraktsytelsen i ikke uvesentlig grad forfeiles fordi kontraktsytelsen ikke kan oppfylles i tide. Et eksempel kan være en kontrakt som gjelder oppføring av et idrettsanlegg som skal brukes i forbindelse med et større idrettsarrangement. Etter *utvalgets* oppfatning vil det ikke være utelukket å anvende unntaksbestemmelsen i slike tilfeller.

Dersom det er tale om å gjøre unntak vil det typisk være knyttet til at avbrudd av kontrakten, med gjennomføring av ny konkurranse, rammer allmennhetens interesser på en uforholdsmessig måte.

I direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 23 uttales det at:

> «I særlige tilfælde er anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående utbudsbekendtgørelse som omhandlet i artikel 31 i direktiv 2004/18/EF eller i artikel 40 stk. 3, i direktiv 2004/17/EF tilladt umiddelbart efter annulleringen af kontrakten. Hvis de resterende kontraktretlige forpligtelser i disse tilfælde af tekniske eller andre tvingende omstændigheder på det stadium kun kan opfyldes af den økonomiske aktør, der har fået tildelt kontrakten, vil det kunne være berettiget at lade princippet om væsentlige hensyn finde anvendelse.»

Etter utvalgets oppfatning må fortalens uttalelse mest nærliggende forstås slik at det forhold at kontrakten av tekniske eller andre tvingende grunner kun kan oppfylles av leverandøren, vil være et selv-

stendig argument for at unntaksbestemmelsen knyttet til allmennhetens interesser kan bringes til anvendelse. Unntak av denne grunn synes aktuell uavhengig av hvilken type allmenne interesser som for øvrig kunne ha blitt rammet av at kontrakten ble kjent uten virkning. Ut fra samfunnsøkonomiske hensyn gir det lite mening å kjenne kontrakten uten virkning dersom det endelige resultatet med nødvendighet må bli at den samme leverandøren får tildelt kontrakten på ny.

10.3.2 Unntak ved frivillig «intensjonskunngjøring»

Det følger av håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 4 at Norge er forpliktet til å innføre unntak for sanksjonen «uten virkning» dersom oppdragsgiver på nærmere vilkår har foretatt en frivillig intensjonskunngjøring.

Vilkårene for at en frivillig intensjonskunngjøring skal medføre unntak er for det første at oppdragsgiver

> «finder, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse (…) er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF.»

Direktivets formulering gir ikke holdepunkter for at det gjelder et krav om at oppdragsgiver må være i aktsom god tro om at den alminnelige kunngjøringsplikten ikke gjelder. Et krav om aktsomhet vil også kunne lede til at unntaket får liten betydning fordi oppdragsgiver i tvilstilfeller likevel må kunngjøre etter de alminnelige regler for å være på den sikre siden. Etter *utvalgets* oppfatning må direktivet forstås slik at det ikke gjelder et aktsomhetskrav for oppdragsgiver.

Det andre vilkåret for at unntaket kommer til anvendelse er at oppdragsgiver har offentliggjort en kunngjøring i Den Europeiske Unions Tidende (TED-databasen), hvor det fremgår at myndigheten akter å inngå kontrakten. Kravene til en slik kunngjøring fremgår av direktivets artikkel 3a. Kunngjøringen skal inneholde oppdragsgivers navn og kontaktopplysninger, en beskrivelse av kontraktsgjenstanden, begrunnelsen for manglende kunngjøring av konkurranse, navn og kontaktopplysninger på leverandøren som tildeles kontrakt og eventuelle andre nyttige opplysninger.

Det tredje vilkåret for at unntaket kommer til anvendelse er at oppdragsgiver venter med å signere kontrakten i minst 10 dager fra dagen etter dagen kunngjøringen er offentliggjort.

10.3.3 Unntak ved tildeling av rammeavtaler m.m.

Utvalget foreslår at Norge benytter seg av muligheten til å lage et unntak fra kravet til karensperiode ved tildeling av kontrakter under rammeavtaler og tildeling av kontrakter under en dynamisk innkjøpsordning, jf. kapittel 7.5.4. Norge blir da samtidig forpliktet til å innføre bestemmelser om sanksjonen «uten virkning» for disse tilfellene.

Norge vil da også være forpliktet til å innføre et unntak fra bestemmelsen om at tildeling av kontrakter i henhold til rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal kjennes uten virkning når oppdragsgiver overholder en «frivillig» karensperiode. Dette forutsetter at tre kumulative vilkår foreligger, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2d nr. 5.

Det første vilkåret for at unntaket kommer til anvendelse, er at oppdragsgiver selv må mene at tildelingen av kontrakten er skjedd i overensstemmelse med kravene. Utvalget legger til grunn at vilkåret må forstås på samme måte som ved unntaket for frivillig intensjonskunngjøring, se kapittel 10.3.2.

Det andre vilkåret for at unntaket kommer til anvendelse, er at oppdragsgiver har sendt alle berørte tilbudsgivere en meddelelse om kontraktstildeling sammen med en kort redegjørelse for begrunnelsen. Redegjørelsens innhold skal svare til det innholdet som skal gis i en nærmere begrunnelse, slik dette er beskrevet i anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 3 og 4, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 20-16 fjerde ledd og § 22-3. Disse bestemmelser gjelder direkte der en leverandør har *anmodet* om en slik begrunnelse. Utvalget forstår håndhevelsesdirektivet slik at oppdragsgiver *på eget initiativ* skal ha sendt en slik nærmere begrunnelse, for at unntaksreglen skal komme til anvendelse.

Det tredje vilkåret for at unntaket kommer til anvendelse er at oppdragsgiver venter med å signere kontrakten i minst 10/15 dager etter den begrunnede tildelingsbeslutningen er sendt til berørte tilbudsgivere. 10-dagersfristen regnes fra dagen etter datoen den begrunnede tildelingsbeslutningen er sendt til berørte tilbudsgivere, når det benyttes elektroniske kommunikasjonsmidler. Sendes tildelingsbeslutningen med et annet kommunikasjonsmiddel, skal fristen være minimum 15 dager regnet fra dagen etter datoen tildelingsbeslutningen er sendt til klager, eller minst 10 dager regnet fra dagen etter datoen hvor tildelingsbeslutningen er mottatt.

10.3.4 Muligheten for alternative sanksjoner ved mindre alvorlige brudd

Dersom sanksjonen «uten virkning» ikke innføres for brudd på karens- eller suspensjonsplikt i de tilfeller hvor samtlige vilkår etter artikkel 2d nr. 1 bokstav b ikke er oppfylt, skal det fastsettes at håndhevelsesorganet i disse tilfellene skal fastsette alternative sanksjoner, det vil si ilegge overtredelsesgebyr og/eller avkorte kontraktens løpetid.

Utvalget er av den oppfatning at «uten virkning» for disse tilfellene ofte vil kunne virke som en uforholdsmessig sanksjon sett i lys av overtredelsens alvorlighet. Utvalgets oppfatning er derfor at man bør innføre et generelt unntak for «uten virkning» for disse tilfellene.

10.4 Alternative sanksjoner

10.4.1 Innledning

Direktiv 2007/66/EF innfører bruk av såkalte alternative sanksjoner i nærmere angitte tilfeller. De alternative sanksjonene er avkorting av kontrakt og bot. Det følger av direktivet at Norge er forpliktet til å innføre disse sanksjonene over EØS-terskelverdiene.

Terminologien *alternative* sanksjoner refererer til at dette er sanksjoner som i utgangspunktet trer i stedet for, eller kommer i tillegg til, sanksjonen «uten virkning».

Utvalget foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene, og at disse kan kombineres.

10.4.2 Generelt om alternative sanksjoner

Håndhevelsesdirektivet regulerer bruk av alternative sanksjoner i tre type tilfeller:

- Medlemsstatene kan fastsette at en kontrakt som er tildelt ulovlig likevel ikke skal kjennes uten virkning, dersom vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. I disse tilfellene skal det fastsettes alternative sanksjoner.[15]
- Dersom kontrakter annulleres for de forpliktelsene som ennå ikke er oppfylt (annullering ex nunc), skal rettsvirkningen kombineres med alternative sanksjoner.[16]
- Ved «mindre alvorlige» brudd på prosedyrereglene og karenstiden/suspensjonsplikten, kan det ilegges alternative sanksjoner i stedet for at kontrakten kjennes uten virkning.[17]

Hva som menes med alternative sanksjoner er regulert i håndhevelsesdirektivet artikkel 2e nr. 2, som lyder:

> «Alternative sanktioner skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Alternative sanktioner er:
> – bøder, den ordregivende myndighed idømmes, eller
> – afkortelse af kontraktens løbetid.
>
> Medlemsstaterne kan give klageinstansen vide skønsbeføjelser til at tage hensyn til alle relevante forhold, herunder hvor alvorlig overtrædelsen er, de ordregivende mydigheders adfærd, og, i de artikel 2d, stk. 2, omhandelde tilfælde, hvorvidt kontrakten forsat gælder. Skadeerstatning er ikke en passende sanktion i henhold til dette stykke.»

Utvalget forstår direktivet dit hen at angivelsen av alternative sanksjoner er uttømmende regulert i den forstand at disse som et minimum må bestå av enten bøter eller avkorting av kontraktens løpetid (eller en kombinasjon av disse). Støtte for dette finnes i direktiv 2007/66/EF, fortalen premiss 19 og 20:

> «Alternative sanktioner bør begrænses til idømmelse af bøder, der skal betales til et organ uafhængigt af den ordregivende myndighed eller ordregiveren, eller til en afkortelse af kontraktens løbetid.
>
> Dette direktiv bør ikke udelukke anvendelse af strengere sanktioner i henhold til national ret.»

10.4.3 Hensyn for og mot bruk av de ulike alternative sanksjonene

En bot er en sanksjon som i utgangspunktet kun retter seg mot oppdragsgiver, mens avkorting av kontrakten også går ut over den valgte leverandøren. Anskaffelsesregelverket retter seg mot de offentlige oppdragsgiverne som pliktsubjekter, hvilket isolert taler for bruk av bøter fremfor avkorting av kontraktens løpetid.

Håndhevelsesdirektivet innfører imidlertid sanksjonen «uten virkning», til tross for at denne

[15] Artikkel 2d nr. 3 første ledd.
[16] Artikkel 2d nr. 2 annet ledd.
[17] Artikkel 2e nr. 1.

sanksjonen også går ut over valgte leverandør. Det forhold at avkorting av kontraktens løpetid også vil gå utover valgte leverandør, kan derfor ikke alene være avgjørende ved valg av sanksjon. Tvert i mot er avkorting av kontrakt en sanksjon som vil kunne ha en oppdragende effekt både på oppdragsgiver og leverandørsiden. På den annen side kan det også tenkes at en avkorting vil kunne være gunstig for oppdragsgiver, avhengig av hvor god kontrakten viser seg å være. I slike tilfeller vil avkorting først og fremst bidra til reparasjon, mens et overtredelsesgebyr vil virke preventivt.

Det presiseres for øvrig at det kun er oppdragsgiver som er pliktsubjektet, og at sanksjonene ikke har til formål å sanksjonere medkontrahenten.

I de tilfellene avkorting av kontraktens løpetid medfører at oppdragsgiver vil gjennomføre en ny konkurranse for å få dekket sitt behov, vil denne sanksjonen som nevnt kunne ha en gjenopprettende effekt. Konkurransemulighetene gjenskapes, om enn i en litt annen form, for leverandørene i markedet. I disse tilfellene kan oppdragsgiver benytte sine midler til målrettet å rette på feilen som er gjort ved å gjennomføre en ny konkurranse så raskt som mulig, fremfor kun å straffes ved å betale en bot. Avkorting av kontraktens løpetid i kombinasjon med en ny konkurranse vil kunne være en mer samfunnsmessig effektiv bruk av offentlige ressurser enn bøter.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at en avkorting av kontraktens løpetid kan bli møtt med et krav om erstatning, jf. kapittel 13.6 om erstatning.

Ettersom bøter kun går ut over oppdragsgiver, mens kontrakten består, vil dette alternativet kunne være aktuelt i de tilfellene det er ønskelig eller behov for stabilitet rundt kontraktsforholdet, slik som for eksempel i de tilfellene der oppdragsgiver har valgt rett leverandør, men gjort formelle feil i løpet av prosessen.

I de tilfellene en kontrakt allerede er gjennomført langt på vei, vil en avkorting av kontraktens løpetid neppe være særlig effektiv. I disse tilfellene vil bøter være den eneste effektive alternative sanksjonen.

Særlig om vesentlige hensyn til allmennhetens interesser

Både bøter og avkorting av kontraktens løpetid kan være aktuelle sanksjoner dersom det er gjort unntak fra rettsvirkningen «uten virkning» med den begrunnelse at vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. I dette tilfellet kan det argumenteres med at behovet for å opprettholde kontraktens virkninger primært gjør seg gjeldende i den tid det tar å gjennomføre en ny konkurranse. En avkorting av kontraktens løpetid vil dermed kunne virke som en formålstjenelig reaksjon. Oppdragsgiver kan forholde seg til kontrakten så lenge det er nødvendig, men bringer rettsbruddet til opphør så raskt som mulig ved å gjennomføre en forskriftsmessig konkurranse. Denne sanksjonen vil imidlertid ikke være effektiv og forholdsmessig dersom kontrakten nesten er gjennomført, og det kun blir en uvesentlig avkorting av kontrakten. I disse tilfellene bør det i stedet ilegges en bot.

Særlig om annullasjon ex nunc kombinert med alternative sanksjoner

I tilfeller der en kontrakt skal annulleres ex nunc vil ikke avkorting av kontraktens løpetid kunne utgjøre en effektiv alternativ sanksjon, da det ikke gir mening å kombinere en fremtidig annullasjon av en kontrakt med en avkorting av den samme kontrakten. I disse tilfellene vil derfor bøter være den eneste aktuelle tilleggssanksjonen.

Om alternativet annullering ex nunc fremgår det av direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 21, at dette valget ikke bør føre til at det ikke finnes virkningsfulle sanksjoner, hvis forpliktelsene i henhold til en kontrakt allerede er oppfylt fullt ut eller nesten fullt ut. I slike tilfeller skal medlemsstatene fastsette alternative sanksjoner som tar hensyn til i hvilket omfang en kontrakt fortsatt gjelder i overensstemmelse med nasjonal rett.

Direktivet gir derfor anvisning på at klageinstansen i disse tilfellene skal kunne ta hensyn til hvorvidt kontrakten fortsatt gjelder. Dette må forstås slik at desto mer av kontrakten som allerede er oppfylt, desto større bør boten være. Omvendt vil en annullasjon ex nunc av en kontrakt som knapt er iverksatt, virke opp mot like strengt som en annullasjon ex tunc. Dette taler for at botens størrelse blir tilsvarende liten.

Særlig om «mindre alvorlige» brudd på karensperioden

Ved «mindre alvorlige» brudd på prosedyrereglene og karenstiden/suspensjonsplikten, kan det ilegges alternative sanksjoner i stedet for at kontrakten kjennes uten virkning, jf. direktivet artikkel 2e nr. 1. Forutsetningen for at denne unntaksbestemmelsen kan benyttes, er at det foreligger brudd på karensperioden eller suspensjonstiden,

men at de øvrige vilkårene som leder til sanksjonen «uten virkning», jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav b, ikke foreligger.

En mulighet er at det kun foreligger brudd på karensperioden/suspensjonstiden, men at det ikke foreligger noen brudd på øvrige prosedyreregler. I dette tilfellet har kontrakten blitt tildelt rett leverandør.

Alternativt foreligger det brudd på karensperioden/suspensjonstiden kombinert med brudd på prosedyrereglene, men at prosedyrefeilene ikke har påvirket tilbudsgivers mulighet til å få kontrakten. I disse tilfellene er det skjedd en formell feil, men feilen har ikke fått noen reell betydning. Sanksjonen som skal ilegges får dermed primært en oppdragende effekt. I disse tilfellene virker det uhensiktsmessig å måtte avkorte kontraktens virketid. En bot kan imidlertid virke oppdragende på oppdragsgiver, slik at han overholder karensperioden/suspensjonstiden en annen gang. Botens størrelse bør da tilpasses bruddets alvorlighetsgrad.

Et annet alternativ er at det foreligger prosessuelle feil, som har påvirket tilbudsgivers mulighet for å få tildelt kontrakten, og at denne feilen er kombinert med brudd på karensperioden/suspensjonstiden. Bruddet på karensperioden/suspensjonstiden har imidlertid ikke fratatt tilbudsgiver muligheten for å iverksette rettslige skritt forut for inngåelsen av kontrakten.

Umiddelbart synes dette alternativet mest aktuelt dersom oppdragsgiver ikke i sin meddelelse om tildelingsbeslutningen har gitt en begrunnelse, eller denne er mangelfull. I disse tilfellene vil kontrakten kunne være tildelt gal leverandør. I utgangspunktet taler oppdragsgivers valg av gal leverandør i en slik situasjon for å forkorte kontraktens varighet, slik at feilen kan bli rettet opp.

Forholdet til berørte «ansøgere»

Berørte «ansøgere» er rettighetssubjekter etter bestemmelsene om karensperiode, jf. artikkel 2a nr. 2.[18] Dersom oppdragsgiver overtrer reglene om karensperiode, kan «ansøgerne» imidlertid ikke kreve kontrakten kjent uten virkning etter reglene i artikkel 2d nr. 1 bokstav b. Overtredelsen synes derfor å være omfattet av artikkel 2e, i det karensperioden er overtrådt, uten at situasjonen er omfattet av artikkel 2d nr. 1 bokstav b. Overtredelsen skal dermed enten møtes med sanksjonen «uten virkning» eller alternative sanksjoner.

[18] Se kapittel 7.4.3 for en definisjon av begrepet "berørte ansøgere" mv.

I *utvalgets* forslag til ny bestemmelse om sanksjonen «uten virkning», sondres det imidlertid ikke mellom «tilbudsgivere» og «ansøgere». Her brukes i stedet betegnelsen «leverandører», jf. kapittel 10.2.8. Det er således ikke utelukket at også «ansøgere» vil kunne kreve en kontrakt kjent uten virkning etter den foreslåtte bestemmelsen.

10.4.4 Utforming av regler om alternative sanksjoner

Direktivet legger opp til at medlemsstatene kan velge om de skal innføre en eller begge former for alternative sanksjoner, og at statene selv skal fastsette de nærmere bestemmelsene om alternative sanksjoner og deres anvendelse, jf. direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 19.

Det er et krav at de alternative sanksjonene skal være effektive, stå i rimelig forhold til overtredelsen og ha avskrekkende virkning. Det er imidlertid vanskelig å skape en tilstrekkelig god oversikt over de mulige situasjonene som kan oppstå, til at man kan nedfelle i regelverket hvilke alternativer sanksjoner som skal benyttes i de ulike situasjonene som kan oppstå. *Utvalget* mener derfor at begge former for alternative sanksjoner bør innføres, og at håndhevelsesorganet bør gis et skjønn til å velge mellom disse eller kombinasjonen av disse i de enkelte tilfellene. Det står ikke uttrykkelig i direktivet at de alternative sanksjonene kan kombineres, men utvalget tolker det dit hen at det er opp til lovgiver å bestemme om det skal være mulig. Utvalget antar imidlertid at det i de fleste tilfeller vil være tilstrekkelig med en av sanksjonene, men ser ikke bort fra at det i enkelte situasjoner likevel kan være hensiktsmessig å kunne kombinere sanksjonene, som for eksempel der en avkorting av kontrakten er gunstig for oppdragsgiver.

Direktivet åpner for at håndhevelsesorganet kan gis et vidt skjønn til å ta hensyn til alle relevante forhold, herunder overtredelsens alvorlighetsgrad og oppdragsgivers adferd. Utvalget anbefaler at det norske regelverket utnytter dette handlingsrommet ved å gi håndhevelsesorganet en vid skjønnsadgang og fleksibilitet, slik at det kan finne frem til en egnet sanksjon for det enkelte tilfellet.

Direktivet forutsetter som nevnt at håndhevelsesorganet skal kunne ilegge alternative sanksjoner i visse situasjoner hvor rettsvirkningen «uten virkning» ikke er aktuell. For å gjennomføre dette må håndhevelsesorganet få anledning til å ilegge

slike sanksjoner, også der partene kun har lagt ned påstand om at kontrakten skal kjennes uten virkning. Dette må reguleres særskilt, på en slik måte at håndhevelsesorganet innenfor påstanden «uten virkning» har plikt til å velge den sanksjonen det finner riktigst, uansett om en part har lagt ned påstand om dette eller ikke. Se nærmere om dette i kapittel 15.3.4.

Særlig om boten

Til tross for at det er hensiktsmessig å gi håndhevelsesorganet et skjønn til å fastsette valg av sanksjon og nivået på dette, mener *utvalget* at det bør reguleres hvilket spenn håndhevelsesorganet kan legge til grunn ved fastsettelse av botens størrelse.

Det første spørsmålet er hvor lav bot håndhevelsesorganet bør kunne ilegge. Direktivet gir ikke hjemmel til helt å avstå fra å gi bøter, dersom håndhevelsesorganet skulle finne dette rimelig i det konkrete tilfellet. En må derfor søke veiledning i hva som skal til for at sanksjonen skal kunne anses som effektiv, forholdsmessig og ha avskrekkende virkning, jf. artikkel 2e nr. 2.

Hensynet til forholdsmessighet kan tale for at det i en del saker ikke skal ilegges bøter eller at disse bør være lave, for eksempel dersom det skal ilegges alternative sanksjoner grunnet brudd på karensperioden, uten at det foreligger andre feil i innkjøpsprosedyren. Umiddelbart kan det også synes uforholdsmessig strengt å sanksjonere en oppdragsgiver som, etter en forsvarlig vurdering, har havnet på galt resultat i en vanskelig juridisk gråsone. I denne situasjonen vil oppdragsgiver imidlertid ha mulighet til å foreta en intensjonskunngjøring, slik at den tvilsomme situasjonen kan avklares før kontrakten inngås.

Det fremgår ikke klart av direktivet hvorvidt kravet til «avskrekkende virkning» innebærer at sanksjonene skal ha en individualpreventiv eller allmennpreventiv virkning. Utvalget mener imidlertid at begge former for prevensjonsvirkninger kan være relevante. Det bør både legges vekt på at straffen skal motvirke lovbrudd, det vil si ha en forebyggende effekt, og at den oppdragsgiveren som har begått regelbruddet bør få merke konsekvensene av dette.

Utvalget mener at det bør være rom for å ilegge lave bøter, så lenge kravene til effektiv, forholdsmessig og avskrekkende effekt er oppfylt. Det vises her til Ot.prp. nr. 62 (2005-2006), der departementet skrev følgende om utformingen av overtredelsesgebyret for ulovlige direkte anskaffelser i lov om offentlige anskaffelser § 7b:

> «Departementet mener nivået på overtredelsesgebyret bør være av en viss størrelse for å oppnå den ønskede preventive effekten. Samtidig er det grunn til å tro at oppdragsgivere som beskyldes for lovovertredelse også vil være bekymret for sin anseelse utad, dersom det fastslås at de har brutt loven. Botens størrelse er således ikke det eneste som bidrar til den tilsiktede effekten.»

Det neste spørsmålet er hvor høy boten bør kunne settes. Dagens norske overtredelsesgebyr kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi. I forarbeidene til bestemmelsen fremgår det at bakgrunnen for en slik begrensning var et ønske om å sette noen ytre rammer for håndhevelsesorganets kompetanse, samtidig som departementet mente at botens størrelse ikke ville være det eneste virkemiddelet for å oppnå den preventive effekten, jf. sitatet ovenfor.

I de sakene KOFA hittil har ilagt overtredelsesgebyr, har dette ligget på mellom 1 og 8,7 prosent.

Utvalget finner ikke å ha grunnlag for å anbefale en endring i dagens nivå. Det foreslås derfor å videreføre dette nivået, slik at bot som en alternativ sanksjon begrenses oppad til 15 prosent av anskaffelsens verdi. Den nærmere avgrensningen av hva som utgjør en anskaffelse, følger avgrensningen av det samme begrepet i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3. Når det gjelder avrop på en rammeavtale, må det imidlertid være den enkelte kontraktens verdi som blir utgangspunktet for beregningen.

Særlig om avkorting av kontraktens virketid

Sanksjonen «uten virkning» ex nunc og avkorting av kontraktens løpetid har mye til felles. Skjæringstidspunktet vil imidlertid normalt være ulikt ved de to sanksjonene. Sanksjonen «uten virkning» vil inntreffe fra det tidspunktet avgjørelsen er rettskraftig. Avkorting av kontraktens løpetid vil imidlertid først få virkning fra et bestemt angitt tidspunkt, for eksempel slik at oppdragsgiver kan fortsette kontrakten frem til ny konkurranse er avholdt eller til et annet hensiktsmessig tidspunkt, fastslått etter håndhevelsesorganets skjønn.

Eksempelvis kan en 5-årig kontrakt forkortes med ett år, eller dersom en oppdragsgiver har inngått en kontrakt uten sluttdato kan håndhevelsesorganet fastsette at den skal utløpe ett år etter organets avgjørelse. Det bør her legges vekt på ytelsens karakter og regelbruddets grovhet, samt om

det foreligger generelle samfunnsinteresser som bør ivaretas.

Forholdet til EMK

Den nye boten reiser ikke isolert sett nye spesielle problemer i relasjon til EMK. Dersom man innfører denne boten, og samtidig beholder det gjeldende overtredelsesgebyret etter lov om offentlige anskaffelser § 7b, må imidlertid forholdet til forbudet mot dobbeltstraff i EMK protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 vurderes. Siden *utvalgets* flertall foreslår å oppheve lov om offentlige anskaffelser § 7b, se kapittel 13.4, omtales ikke denne problemstillingen nærmere.

10.4.5 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene, bot og avkorting av kontrakt, og at disse kan kombineres. Håndhevelsesorganet bør gis et handlingsrom som gir det adgang til å fastsette den sanksjonen som er mest egnet i det konkrete tilfellet. Når det gjelder boten foreslår utvalget en øvre grense på 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Begrepsbruk

Direktivet benytter begrepet «bøder»/«fines» om en av de alternative sanksjonene. I norsk rett benyttes begrepet «bot» om en av hovedstraffene etter straffeloven § 15. Håndhevelsesdirektivet har ikke til hensikt å kriminalisere brudd på anskaffelsesregelverket, og *utvalget* mener at det ikke foreligger hensyn som tilsier at slike regelbrudd bør kriminaliseres. Det norske regelverket bør derfor benytte et annet begrep enn bot.

Sanksjonsutvalget[19] anbefalte betegnelsen «overtredelsesgebyr» på administrative økonomiske sanksjoner. Boten som foreskrives av håndhevelsesdirektivet, er imidlertid ikke en administrativ sanksjon i tradisjonell forstand, da primærkompetansen til å ilegge slike er lagt til forvaltningen, mens denne boten etter *flertallets* vurdering skal ilegges av domstolene, jf. kapittel 15. *Utvalget* mener likevel at begrepet overtredelsesgebyr bør benyttes her, for å markere at gebyret ilegges som en reaksjon mot et normbrudd. Dette fordi det også finnes mange former for gebyr som ikke utløses av et lovbrudd, som for eksempel gebyrer som er betaling for offentlige tjenester. Begrepet overtredelsesgebyr blir derfor benyttet i utvalgets forslag til lov- og forskriftstekster.

Det presiseres for øvrig at det overtredelsesgebyret som nå blir foreslått som følge av endringene i håndhevelsesdirektivet, har en annen innretning enn det gjeldende overtredelsesgebyret etter lov om offentlige anskaffelser § 7b. Hvilke konsekvenser dette får for det gjeldende overtredelsesgebyret omtales i kapittel 13.4.

Videre mener utvalget at begrepet «alternative sanksjoner» ikke er helt treffende, da disse sanksjonene ikke bare skal benyttes som alternativ til «uten virkning», men også som selvstendige sanksjoner ved mindre alvorlige brudd på prosedyrereglene og karenstiden/suspensjonsplikten. Utvalgets forslag til lov- og forskriftstekster inneholder derfor ikke begrepet «alternative sanksjoner». I stedet omtales sanksjonene bare som overtredelsesgebyr og avkorting av kontrakten. For å lette fremstillingen i NOU'en benyttes imidlertid begrepet «alternative sanksjoner» i teksten.

10.5 Fremgangsmåte ved direkte anskaffelser

10.5.1 Innledning

I kapittel 10.2.2 gis det en omtale av ulovlige direkte anskaffelser. Bakgrunnen er at direktiv 2007/66/EU ved ulovlige direkte anskaffelser krever at kontrakten skal kjennes uten virkning eller at oppdragsgiver skal ilegges alternative sanksjoner. En ulovlig direkte anskaffelse foreligger når oppdragsgiver ikke har foretatt slik kunngjøring som kreves etter anskaffelsesdirektivet. I norsk rett er anskaffelsesdirektivet gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser, slik at det for norske oppdragsgivere er kravene til kunngjøring som er nedfelt i denne forskriften, som er avgjørende ved vurderingen av om en anskaffelse er en lovlig eller ulovlig direkte anskaffelse.

Det presiseres at *utvalget* med begrepet direkte anskaffelser mener anskaffelser som ikke har fulgt kunngjøringsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser. For de fleste av anskaffelsene vil det imidlertid være et krav til konkurranse, slik at anskaffelsene normalt ikke skjer direkte, slik begrepet kan antyde. Begrepet er imidlertid innarbeidet i praksis, og blir derfor benyttet i fremstillingen.

Som omtalt i kapittel 10.2.2 oppstår det i praksis en del grensetilfeller der det er uklart om det er adgang til å gjennomføre en anskaffelse uten å

[19] NOU 2003:15 Fra bot til bedring.

følge kunngjøringsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser. Eksempelvis kan det være uklart om vilkårene for egenregi er oppfylt, om anskaffelsen er en tjenestekonsesjon eller det er hjemmel til å gå direkte i forhandlinger uten forutgående kunngjøring. Når oppdragsgiver står i en situasjon der han mener det er grunnlag for å gjennomføre en anskaffelse uten å følge kunngjøringsreglene, men hvor det likevel er noe usikkerhet rundt konklusjonen, vil oppdragsgiver etter direktiv 2007/66/EU ha tre mulige handlingsalternativer for å unngå eller begrense mulighetene for at kontrakten senere kjennes uten virkning eller at han blir ilagt alternative sanksjoner.

10.5.2 Handlingsalternativer ved direkte anskaffelser

Intensjonskunngjøring

Som omtalt i kapittel 10.3.2 innfører direktiv 2007/66/EU en mulighet for oppdragsgiver til å foreta en intensjonskunngjøring for å avskjære muligheten for sanksjoner, hvis anskaffelsen likevel skulle vise seg å være en ulovlig direkte anskaffelse. For å oppnå denne virkningen, er det et vilkår at oppdragsgiver venter med å signere kontrakten i ti dager etter at han kunngjorde tildelingen av kontrakten.

En intensjonskunngjøring vil sikre gjennomsiktighet og gi leverandørene mulighet til å stoppe en kontraktstildeling når de mener at det ikke er grunnlag for å gjennomføre anskaffelsen uten å følge de ordinære kunngjøringsreglene i anskaffelsesforskriften. Oppdragsgiver vil på sin side være sikret mot at kontrakten på et senere tidspunkt kan bli kjent uten virkning, eller at han blir ilagt alternative sanksjoner.

Ved gjennomføring av en direkte anskaffelse der oppdragsgiver mener at det ikke er tvil om at det foreligger hjemmel for å unnlate å følge de ordinære kunngjøringsreglene, kan det i noen tilfeller fremstå som unødvendig spill av tid å kunngjøre en intensjonskunngjøring og vente ti dager med å signere kontrakten. Oppdragsgiver må da vurdere behovet for rask kontraktsinngåelse opp mot behovet for å avskjære mulige fremtidige rettslige prosesser knyttet til anskaffelsen.

Kunngjøring av konkurranseresultatet

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 18-4 at oppdragsgiver som har tildelt en kontrakt, rammeavtale eller arrangert en designkonkurranse, senest 48 dager etter at kontrakt er tildelt, skal gjøre resultatet kjent i en kunngjøring. Det følger av bestemmelsens annet ledd, at denne plikten også gjelder ved anskaffelser av uprioriterte tjenester. For anskaffelser under EØS-terskelverdi følger det av § 9-2 at det er frivillig for oppdragsgiver å kunngjøre konkurranseresultatet.

Det følger av kapittel 9.4 om søksmålsfrister, at *utvalget* foreslår å innføre en frist for å ta ut søksmål på 30 dager etter at konkurranseresultatet er kunngjort. En slik kunngjøring av konkurranseresultatet, vil følgelig avskjære søksmål med påstand om at kontrakten skal kjennes uten virkning eller at oppdragsgiver skal ilegges alternative sanksjoner.

Hvis oppdragsgiver har kunngjort en intensjonskunngjøring i samsvar med reglene om dette, jf. ovenfor, vil denne fristen ikke være aktuell. Dette er fordi intensjonskunngjøringen uansett avskjærer leverandørens mulighet til å bestride kontrakten etter at de ti dagene har passert.

Selv om det ikke foreligger en plikt til å kunngjøre konkurranseresultatet, for eksempel fordi anskaffelsen ble utført i egenregi, kan det altså være fornuftig å foreta en slik kunngjøring, dersom det er tvil om vilkårene er oppfylt.

Ingen kunngjøring

Dersom oppdragsgiver tildeler en kontrakt direkte, og verken foretar en intensjonskunngjøring eller kunngjøring av konkurranseresultatet, vil det i følge *utvalgets* forslag i kapittel 9.4, løpe en søksmålsfrist på ett år. Søksmålsfristen gjelder for søksmål med påstand om at kontrakten skal kjennes «uten virkning» eller ilegges alternative sanksjoner.

Dette kan for eksempel være aktuelt der oppdragsgiver ikke foretar en kunngjøring, enten fordi anskaffelsen foretas i egenregi eller fordi en av unntaksbestemmelsene i forskriften kommer til anvendelse. I slike situasjoner foreligger det ikke en plikt til etterfølgende å kunngjøre kontraktsinngåelsen. Søksmålsfristen på ett år vil også komme til anvendelse dersom oppdragsgiver bryter plikten til å kunngjøre konkurranseresultatet.

Kapittel 11
Rekkevidden av de nye bestemmelsene

11.1 Innledning

Håndhevelsesdirektivet gjelder for kontrakter omfattet av anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF). Spørsmålet er om de nye håndhevelsesreglene også bør gjøres gjeldende for kontrakter som helt eller delvis faller utenfor anskaffelsesdirektivet.

Uprioriterte tjenester er i utgangspunktet omfattet av anskaffelsesdirektivet. For slike anskaffelser gjelder imidlertid ikke direktivets detaljerte prosedyreregler, med unntak av noen få bestemmelser. Derfor er heller ikke bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet som knytter seg til prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivet, relevante for uprioriterte tjenester.

Anskaffelser under EØS-terskelverdiene er ikke omfattet av anskaffelsesdirektivet. Derfor gjelder heller ikke håndhevelsesdirektivet for slike anskaffelser.

I forskrift om offentlige anskaffelser er det imidlertid gitt mer detaljerte prosedyreregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og av uprioriterte tjenester. Disse likner på reglene etter anskaffelsesdirektivet, hvilket betyr at Norge enkelt kan innføre de nye håndhevelsesreglene også for slike kontrakter.

Ifølge opplysninger fra Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi)[1] ble det i 2008 kunngjort i alt 3042 konkurranser i TED-databasen, det vil si anskaffelser som omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Til sammenligning ble det i 2008 kunngjort 6874 nasjonale konkurranser i Database for offentlige innkjøp (Doffin), det vil si anskaffelser som omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser del II. Det må på denne bakgrunnen konkluderes med at anskaffelser av uprioriterte tjenester og anskaffelser under EØS-terskelverdiene er et praktisk viktig område.

Rekkevidden av de nye håndhevelsesbestemmelsene i forhold til kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene er nærmere behandlet i kapittel 11.2 og 11.3. Utvalgets forslag til hvilke håndhevelsesregler som bør gjelde for slike anskaffelser presenteres i kapittel 11.2.4 og 11.3.4.

Plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål er heller ikke omfattet fullt ut av anskaffelsesdirektivets detaljerte prosedyreregler. Det gjelder imidlertid visse prosedyreregler etter direktivet, som er gjennomført i anskaffelsesforskriften del IV. De nye håndhevelsesbestemmelsene vil derfor i noen grad være relevante også for slike anskaffelser. Dette er nærmere behandlet i kapittel 13.4.

11.2 Uprioriterte tjenester

11.2.1 Oversikt

Håndhevelsesdirektivet gjelder i prinsippet ved kjøp av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdien. I praksis vil det imidlertid ikke være noe EØS-rettslig krav om å gi de nye reglene anvendelse på dette området (se nærmere i kapittel 11.2.2). Grunnen er at uprioriterte tjenester ikke er underlagt de samme prosedyrekravene som prioriterte tjenester, og følgelig vil det ikke gi mening å gi de nye reglene anvendelse for anskaffelser av slike tjenester.

De krav EØS-retten stiller etter håndhevelsesdirektivet er imidlertid bare minimumskrav, og det er ikke noe i veien for at norsk lovgiver gir de nye reglene i direktivet helt eller delvis anvendelse også på kontrakter om uprioriterte tjenester. Utvalget har derfor vurdert dette (se nærmere i kapittel 11.2.3 og 11.2.4).

Med uprioriterte tjenester menes de tjenester som er opplistet i anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) bilag II B, gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser vedlegg 6. Uprioriterte

[1] Difi, Report on Public Procurement in Norway, Reference year 2008.

tjenester omfatter blant annet hotell- og restaurantvirksomhet, visse transporttjenester, juridiske tjenester, tjenester vedrørende undervisnings- og yrkesutdannelse, helse- og sosialtjenester og fritids-, kultur- og sportstjenester.

Anskaffelse av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdien er bare i begrenset grad regulert av anskaffelsesdirektivet. Slike tjenester omfattes ikke av direktivets detaljerte prosedyreregler, men er utelukkende underlagt artikkel 23 (om tekniske spesifikasjoner) og artikkel 35 nr. 4 (om kunngjøring av konkurranseresultater), jf. artikkel 21. Begrunnelsen er at uprioriterte tjenester i utgangspunktet ikke anses å ha samme grenseoverskridende interesse som kontrakter om prioriterte tjenester.[2] I tillegg gjelder de generelle EØS-rettslige prinsippene for anskaffelser av uprioriterte tjenester som har grenseoverskridende interesse. Dette gjelder blant annet prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet.

Anskaffelser av uprioriterte tjenester er imidlertid mer inngående regulert i norsk rett. Anskaffelsesforskriften del II gir detaljerte prosedyreregler for kjøp av uprioriterte tjenester over den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner. Fordi det finnes slike detaljerte nasjonale prosedyreregler, vil det i utgangspunktet være enkelt å innføre de nye håndhevelsesbestemmelsene også for uprioriterte tjenester.

Utvalget foreslår å innføre de alternative sanksjonene bot og avkorting av kontrakt ved ulovlige direkte anskaffelser av uprioriterte tjenester. Videre foreslås det å innføre regler om frivillig intensjonskunngjøring, unntak fra kravet til karens og søksmålsfrister. Utvalget foreslår ikke å innføre sanksjonen «uten virkning» for anskaffelser av uprioriterte tjenester.

Når det gjelder karensperiodens lengde, har *utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo,* kommet til at det ikke vil foreslå å fastsette en nærmere angitt minimumskarensperiode. I stedet beholdes dagens formulering om «rimelig tid». Dette flertallet ønsker heller ikke å gi de nye bestemmelsene om suspensjon og alternative sanksjoner ved andre alvorlige brudd anvendelse for uprioritere tjenester. Flertallet ønsker imidlertid at oppdragsgivere også ved anskaffelser av uprioriterte tjenester skal gis mulighet til i visse tilfeller å fastsette en frist for begjæring om midlertidig forføyning.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår å innføre samme krav til karens og suspensjon for uprioriterte tjenester som for andre anskaffelser. Dette medlemmet ønsker også å innføre alternative sanksjoner ved andre alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket. Ved en domstolsmodell ønsker dette medlemmet i tillegg å videreføre KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser parallelt med domstolenes adgang til å sanksjonere. Medlemmet ønsker derimot ikke å gi mulighet for å fastsette en frist for begjæring om midlertidig forføyning.

11.2.2 Krav om gjennomføring av direktivet for uprioriterte tjenester?

Uprioriterte tjenester faller inn under direktivets virkeområde

Virkeområdet for håndhevelsesdirektivet er definert i artikkel 1 nr. 1 som lyder slik:

> «Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Paralamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved inngåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, med mindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv.»[3]

Inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester er regulert i anskaffelsesdirektivet (2004/18/EF) artikkel 21. Denne bestemmelsen er ikke nevnt i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1, følgelig er kontrakter om uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene omfattet av håndhevelsesdirektivets anvendelsesområde. Mange av håndhevelsesdirektivets bestemmelser er imidlertid knyttet opp til brudd på prosedyrekrav. Anskaffelse av uprioriterte tjenester er ikke underlagt de samme prosedyrekravene som andre anskaffelser under anskaffelsesdirektivet. Følgelig vil mange av håndhevelsesdirektivets regler ikke være relevante for uprioriterte tjenester. Ettersom direktivet ikke har angitt hvilke håndhevelsesregler som gjelder ved kjøp av uprioriterte tjenester, må dette vurderes ut fra en fortolkning av reglene.

---

[2] Prioriterte tjenester er opplistet i anskaffelsesdirektivet bilag II A, gjennomført i anskaffelsesforskriften vedlegg 5. Direktivet gjelder fullt ut for slike tjenester.

[3] Tilsvarende bestemmelser finnes for forsyningssektorene, jf. artikkel 1 nr. 1 i direktiv 92/13/EØF, som endret ved direktiv 2007/66/EF.

Utgangspunktet må være at de generelle reglene i håndhevelsesdirektivet artikkel 1 og 2, som for eksempel at det skal finnes effektive og raske klagemuligheter og at det skal være mulig å oppnå skadeerstatning, kommer til anvendelse på uprioriterte tjenester. Disse bestemmelsene er allerede gjennomført i dagens regelverk.

Krav til karensperiode

Kravet til karensperiode i artikkel 2a nr. 2 relaterer seg til krav til meddelelsen om oppdragsgivers tildelingsbeslutning og begrunnelsen for denne beslutningen, herunder til kravene som følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2. Anskaffelsesdirektivet stiller ikke konkrete krav til meddelelsen om tildelingsbeslutningen ved kjøp av uprioriterte tjenester. Dette taler for at håndhevelsesdirektivets detaljerte karensbestemmelser prinsipielt heller ikke gjelder for disse anskaffelsene.

Artikkel 2b bokstav a gir dessuten medlemsstatene adgang til å gjøre unntak fra kravet om karens for kontrakter som lovlig kan tildeles uten forutgående kunngjøring av konkurranse i TED-databasen. Ettersom kontrakter om uprioriterte tjenester kan tildeles lovlig uten slik kunngjøring i TED-databasen, kan det ikke være plikt til å gjennomføre kravene til karensperiode i artikkel 2a for tildeling av kontrakter om uprioriterte tjenester.

Det kan argumenteres for at visse krav til kommunikasjon med leverandørene i tildelingsfasen følger av de generelle prinsippene om likebehandling og etterprøvbarhet, herunder prinsippene fra Alcatel-dommen.[4] Dette problematiseres ikke ytterligere, da man uansett i norsk rett har bestemmelser om krav til karensperiode også ved kjøp av uprioriterte tjenester, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3.

Krav til suspensjon

Regler om automatisk suspensjon ved klage til et håndhevelsesorgan er knyttet til bestemmelsen om karensperiode. I artikkel 2 nr. 3 siste setning står det at

> «[s]uspensjonen ophører tidligst ved udløpet af standstillperioden i artikel 2a, stk 2, og artikel 2d stk. 4 og 5».

Sammenhengen mellom suspensjon og karens fremgår også av direktiv 2007/66/EF, fortalens premiss 12. Se nærmere om dette i kapittel 8.

Ettersom håndhevelsesdirektivets detaljerte krav til karensperiode ikke gjelder ved anskaffelser av uprioriterte tjenester, gjelder heller ikke bestemmelsen om suspensjon for slike anskaffelser.

Søksmålsfrister

Håndhevelsesdirektivet oppstiller ingen plikt til å innføre frister for inngivelse av en klage, men fastsetter begrensninger dersom medlemslandene velger å innføre slike frister. Artikkel 2c oppstiller krav til minimumsfrister ved

> «klage over en beslutning truffet af en ordregivende myndighed som led i eller i forbindelse med en udbudsprosedure, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF».

Fristens startpunkt regnes fra dagen etter oppdragsgivers beslutning er sendt til leverandørene i konkurransen, sammen med en «kort redegørelse for de relevante grunde».

Ettersom uprioriterte tjenester hører under anvendelsesområdet for anskaffelsesdirektivet, må minimumsfristene overholdes også ved disse anskaffelsene. Riktignok oppstiller ikke anskaffelsesdirektivet prosessuelle krav til meddelelse og begrunnelse når oppdragsgiver treffer beslutninger i forbindelse med anskaffelse av uprioriterte tjenester. Håndhevelsesdirektivet krever likevel at meddelelse og begrunnelse gis dersom en eventuell klagefrist skal begynne å løpe. Dersom det skulle kunne oppstilles en tidsfrist også for klager på anskaffelser av uprioriterte tjenester, uten at leverandørene samtidig hadde krav på en begrunnet beslutning, ville leverandørenes klagemulighet ikke vært reell.

Håndhevelsesdirektivets artikkel 2c siste punktum har en særlig regel for klager over annullasjon av ulovlige beslutninger som ikke er omfattet av en spesifikk meddelelse, for eksempel diskriminerende tekniske spesifikasjoner. I slike tilfeller skal klagefristen regnes fra offentliggjøringen av den aktuelle beslutningen. Denne bestemmelsen må utvilsomt gjelde for uprioriterte tjenester. Et av de to prosessuelle vilkårene for slike anskaffelser etter anskaffelsesdirektivet er nettopp krav til tekniske spesifikasjoner i artikkel 23. Det må kunne klages over brudd på denne bestemmelsen. Dersom det åpnes for tidsfrister for inngivelse av klager, skal fristen i slike tilfeller

[4] C-81/98.

være minst 10 dager regnet fra offentliggjøringen av beslutningen.

Klageprosess

Håndhevelsesdirektivet åpner for at Norge kan bestemme at de som ønsker å klage, først må underrette oppdragsgiver, jf. artikkel 2c. Tilsvarende kan det bestemmes at en leverandør først må klage til oppdragsgiver, før klage kan innbringes for håndhevelsesorganet, jf. artikkel 1 nr. 5.

Disse bestemmelsene er også relevante for uprioriterte tjenester, slik at det vil være mulig å stille krav til leverandører om først å underrette eller klage til oppdragsgiver, før en klage vedrørende en anskaffelse av uprioriterte tjenester kan innbringes for håndhevelsesorganet.

Sanksjonen «uten virkning»

Norge har plikt til å innføre sanksjonen «uten virkning» i tre type tilfeller, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav a-c. Det er ikke plikt til å gjennomføre disse bestemmelsene for kontrakter om uprioriterte tjenester.

For det første skal sanksjonen «uten virkning» gjennomføres dersom oppdragsgiver har tildelt en ulovlig direkte anskaffelse. Det vil si at oppdragsgiver har unnlatt å kunngjøre en konkurranse om anskaffelsen i TED-databasen, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav a. Ettersom det ikke er plikt til å kunngjøre konkurranser om anskaffelser av uprioriterte tjenester, er ikke dette grunnlaget relevant.

For det andre skal sanksjonen gjennomføres i nærmere bestemte tilfeller som forutsetter brudd enten på plikten til karensperiode, eller på kravet til suspensjon, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav b. Ettersom direktivets detaljerte krav til karensperiode og suspensjon ikke gjelder for uprioriterte tjenester, er heller ikke dette grunnlaget relevant.

For det tredje skal sanksjonen gjennomføres i nærmere bestemte tilfeller som forutsetter brudd på prosedyreregler for tildeling av kontrakter under rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav c. Ettersom slike prosedyreregler ikke gjelder for kontrakter om uprioriterte tjenester, er heller ikke dette grunnlaget relevant.

Følgelig gjelder heller ikke bestemmelsene om unntak fra sanksjonen «uten virkning», mulighetene for å sette frister for klage som skal føre til «uten virkning», og reglene om alternative sanksjoner for uprioriterte tjenester.

Konklusjon

Håndhevelsesdirektivet gjelder i prinsippet ved kjøp av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene. I praksis er det imidlertid ikke plikt til å gjennomføre noen av de nye bestemmelsene for anskaffelser av uprioriterte tjenester.

Dette er imidlertid ikke til hinder for at Norge i større eller mindre omfang velger å gi direktivets regler anvendelse også for uprioriterte tjenester, dersom dette anses for hensiktsmessig.

11.2.3 Bør direktivets regler gis anvendelse også for uprioriterte tjenester?

Innledning

Som nevnt stiller anskaffelsesdirektivet kun to prosedyrekrav ved anskaffelser av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene.

Det norske anskaffelsesregelverket stiller imidlertid relativt detaljerte prosedyrekrav til slike anskaffelser i forskrift om offentlige anskaffelser del II. Blant annet stilles det krav om kunngjøring av konkurranser for kjøp over 500 000 kroner, jf. §§ 9-1 og 2-1, og det stilles krav om at oppdragsgiver sender ut begrunnede meddelelser om tildelingsbeslutning og overholder en karensperiode, jf. §§ 13-2 og 11-14. Disse prosedyrekravene, som i stor grad likner på kravene etter anskaffelsesdirektivet, gjør at en ganske enkelt kan innføre liknende håndhevelsesbestemmelser for anskaffelser av uprioriterte tjenester, som de som følger av håndhevelsesdirektivet.

Spørsmålet er derfor om det er ønskelig å innføre håndhevelsesdirektivets regler også for anskaffelser av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene.

Det må her presiseres at en innføring av håndhevelsesbestemmelser for uprioriterte tjenester er frivillig, og at Norge også kan velge å innføre andre, og mer fleksible løsninger for slike anskaffelser. For en vurdering av anskaffelser av uprioriterte tjenester under EØS-terskelverdiene, se kapittel 11.3.

Hensynene bak anskaffelsesregelverket og håndhevelsen av dette

Skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester er opprinnelig foretatt med utgangspunkt i hvilke tjenester som typisk har grenseoverskridende interesse.

Anskaffelsesregelverkets mål om å fremme et felles europeisk marked uten nasjonal diskrimine-

ring, og målet om å styrke europeisk konkurranseevne, slår dermed i mindre grad til for disse anskaffelsene, da disse presumptivt sjeldnere vil være av grenseoverskridende interesse.

Håndhevelsesreglene skal imidlertid ikke bare sikre handel over landegrensene, men også hensynene til effektiv ressursbruk, forretningsmessighet, rettssikkerhet, likebehandling, ivaretakelse av allmennhetens tillit, lovlig bruk av markedsmakt for å ivareta andre samfunnsmessige hensyn, samt hindre kameraderi og korrupsjon. Disse hensynene gjelder i like stor grad for de uprioriterte tjenestene som for de prioriterte, og taler isolert sett for å innføre samtlige regler om håndhevelse også for uprioriterte tjenester.

Dersom en ikke innfører håndhevelsesregler for anskaffelser av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene, vil anskaffelser til store verdier unntas håndhevelsessystemet. Eksempelvis kan anskaffelser av helse- og sosialtjenester beløpe seg til flere titalls millioner kroner.

Hensyn til enkle regler – og til like regler

Anskaffelser av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del II, sammen med anskaffelser under EØS-terskelverdiene, som det heller ikke er plikt til å kunngjøre i TED-databasen. For anskaffelser som reguleres av forskriftens del II, er det generelt et mål at reglene skal være enklere og mer fleksible enn i del III. Dette er blant annet søkt gjennomført ved at administrative kostnader reduseres der dette kan gjøres uten å bryte viktige prinsipper som anskaffelsesregelverket skal ivareta. En innføring av håndhevelsesdirektivets regler i denne delen av forskriften vil komplisere regelverket og motvirke målet om enklere regler for disse anskaffelsene.

Er direktivets regler om håndhevelse gode?

Det kan også diskuteres hvorvidt Norge deler EUs syn på hvilke type håndhevelsesregler som er de beste.

I denne sammenheng kan det nevnes at Norge i forbindelse med utarbeidelsen av direktiv 2007/66/EF sendte et brev til Kommisjonen med merknader til forslagene. Norge tok da uttrykkelig avstand både fra reglene om fast karensperiode og sanksjonen «uten virkning». I forhold til karensperioden mente norske myndigheter at dagens system fungerer godt, fordi oppdragsgiver da kan tilpasse lengden på karensperioden til kontraktens kompleksitet. Når det gjaldt forslaget om å kjenne kontrakter uten virkning, vektla norske myndigheter at dette også har negative konsekvenser for medkontrahenter i god tro.

11.2.4 Utvalgets anbefalinger

Angivelse av karensperioden

I dag stiller forskrift om offentlige anskaffelser del II krav til «rimelig tid» mellom meddelelse om tildelingsbeslutningen og signering av kontrakt, jf. § 13-3. Spørsmålet er om dette bør endres, slik at det for uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene heller stilles et krav til en nærmere angitt karensperiode, slik som i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2.

Hensynet til mest mulig like regler i forskriftens del II og III, og dermed et enkelt og forutberegnlig regelsett, taler for å innføre direktivets løsning også for uprioriterte tjenester. Dette forutsetter imidlertid at direktivets regler også gjennomføres for anskaffelser under EØS-terskelverdiene for å unngå to ulike regelsett i forskriftens del II, se nærmere om dette i kapittel 11.3 nedenfor.

Hensynet til enkle regler og ønsket om noe mer fleksibilitet for anskaffelser omfattet av forskriftens del II, taler imidlertid for å beholde dagens krav til «rimelig tid».

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, mener at dagens ordning fungerer godt og gir oppdragsgiver en ønsket fleksibilitet med hensyn til å tilpasse karensperiodens lengde til anskaffelsens kompleksitet. Flertallet anbefaler derfor ikke å innføre et krav om en fast karensperiode på 10/15 dager, men i stedet å beholde kravet til «rimelig tid».

Flertallet ønsker i den forbindelse å påpeke at rimelig tid i praksis ofte vil være 10/15 dager avhengig av kommunikasjonsform. Det vil imidlertid etter en konkret vurdering være mulig å benytte en kortere karensperiode. Dette vil typisk gjelde ved små og ukompliserte anskaffelser, ved bruk av tildelingskriteriet «laveste pris» og ved anskaffelser som haster veldig. Uansett må karensperioden alltid fastsettes ut i fra hensynet til at leverandørene skal gis en reell mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å klage og/eller begjære midlertidig forføyning. Samtidig må det være klart at rimelig tid aldri vil kunne utgjøre mer enn de 10/15 dagene som utgjør minstefristen etter forskriftens del III.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, mener at det bør innføres et tilsvarende krav til kontrakter om uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene som stilles til andre anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Dette medlemmet foreslår således å innføre en minimumskarensperiode på 15 dager også for uprioriterte tjenester.

Det vises for øvrig til utvalgets vurderinger i kapittel 7.

Unntak fra kravet om karensperiode

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2b åpner for å innføre en rekke unntak fra kravet om karens, se kapittel 7.5. Dette gjelder:

- ved lovlige direkte anskaffelser
- der det bare er én berørt leverandør, og denne tildeles kontrakten
- ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning

Utvalget anbefaler å innføre alle disse unntakene for kontrakter omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III, se kapittel 7.5.

Utvalget ser det som uaktuelt å innføre strengere regler for kontrakter omfattet av anskaffelsesforskriften del II enn hva som gjelder for kontrakter omfattet av forskriftens del III. Utvalget anbefaler derfor at de unntakene som er relevante for uprioriterte tjenester også innføres i anskaffelsesforskriften del II. Det gjelder unntaket for tilfeller der det bare er én berørt leverandør, og denne tildeles kontrakten, og unntaket for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

Når det gjelder unntaket ved lovlige direkte anskaffelser, er ikke dette relevant for kontrakter omfattet av forskriftens del II. Dette er fordi del II ikke inneholder bestemmelser om kontrakter som kan tildeles direkte uten kunngjøring. Slike kontrakter omfattes utelukkende av forskriftens del I, jf. § 2-1 annet ledd, der det uansett ikke gjelder krav om karensperiode.

Suspensjon ved klage til håndhevelsesorganet

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, anbefaler ikke å innføre bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 3 om at det skal inntre suspensjon ved klage til håndhevelsesorganet, for kontrakter om uprioriterte tjenester.

Flertallet peker på at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, som gjelder for uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene, gjennomgående er mer fleksible enn reglene i del III. Dette kommer for eksempel til uttrykk ved mer fleksible frister og ved at det alltid er mulig å benytte konkurranse med forhandling. Denne fleksibiliteten bør videreføres. Samtidig tilsier hensynet til proporsjonalitet at bestemmelsen om suspensjon ikke bør innføres for kontrakter med lav verdi.

I tillegg stiller den automatiske inntreden av suspensjon store krav til håndhevelsesorganet, og flertallet mener at de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til leverandører som ønsker å stoppe anskaffelser av uprioriterte tjenester.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår at de nye suspensjonsreglene også gis anvendelse for uprioriterte tjenester.

Mindretallets utgangspunkt er at håndhevelsesreglene ikke må forskjellsbehandle leverandørers praktiske og juridiske mulighet til å gjenopprette opprinnelige kontraktsmuligheter. Det må være et like egnet håndhevelsesregime for små bedrifter, som for de store bedriftene som kan trekke på juridiske ressurser. Suspensjonsmuligheten gir leverandører reelle muligheter til å kunne få prøvet sin sak, og ikke bare bli avspist med eventuell erstatning. I Norge har innstilingen til prosedyreregelverket vært at de samme prosedyreregler i prinsippet skal gjelde for både prioriterte og uprioriterte tjenester. I tillegg kommer at anskaffelsesverdiene under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester kan regnes å stå for en vesentlig del av alle offentlige anskaffelser, kanskje så mye som over 80 prosent. Kontrakter om uprioriterte tjenester kan utgjøre store beløp. Det er derfor av konkurransemessige og samfunnsmessige grunner viktig at leverandører kan gjøre seg nytte av håndhevelsesregler der hvor det er etablert prosedyreregler.

Mindretallet mener at håndhevelsessystemet i hovedsak må være likt for like brudd, og derfor i størst mulig grad følges opp med like virkemidler og rettsgarantier.

Det vises for øvrig til utvalgets vurderinger i kapittel 8.

Sanksjoner

Utvalget anbefaler at sanksjonen «uten virkning» ikke innføres i anskaffelsesforskriften del II. Som nevnt har norske myndigheter tidligere tatt avstand fra å innføre en slik sanksjon, blant annet fordi det også går ut over godtroende medkontra-

hent. Utvalget har sympati for myndighetenes synspunkt, og ser at dette er en svært inngripende og prosesskapende rettsvirkning. Når det i tillegg er et selvstendig poeng at reglene i forskriftens del II skal være enklere enn i del III, jf. ovenfor, foreslår ikke utvalget å innføre denne sanksjonen i større utstrekning enn hva Norge er forpliktet til.

Spørsmålet er da om man skal beholde overtredelsesgebyret mot ulovlige direkte anskaffelser i del II, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b. En slik løsning vil innebære at man får en sanksjonsbestemmelse med en videre klagekrets for del II-anskaffelser, der enhver har klagerett, mens det kreves saklig interesse for å klage inn en del III-anskaffelse, som normalt har høyere verdi, se nærmere om dette i kapittel 13.4.

Utvalgets flertall mener at et slikt system vil fremstå som pussig og lite konsistent. Det vil også komplisere systemet å ha ett gebyr i forskriftens del II, og et gebyr med en annen innretning i forskriftens del III. Utvalgets flertall foreslår derfor å oppheve bestemmelsen om overtredelsesgebyr i lov om offentlige anskaffelser § 7b.

Det vil imidlertid være uheldig med en sterkt svekket håndhevelse av anskaffelser av uprioriterte tjenester. Flertallet foreslår derfor å innføre de såkalte alternative sanksjonene, bot og avkorting av kontrakt, mot ulovlige direkte anskaffelser i forskriftens del II.

Uvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, er enig i flertallets forslag om å innføre de såkalte alternative sanksjonene mot ulovlige direkte anskaffelser. Mindretallet foreslår imidlertid også å innføre de alternative sanksjonene ved andre grove brudd på regelverket. Dette er fordi slike grove brudd bør håndheves likt i del II og III. Ved en domstolsmodell ønsker mindretallet i tillegg å beholde KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, både for anskaffelser etter forskriftens del II og III. For en utdypning av mindretallets standpunkt, se kapittel 18.

Utvalget foreslår å innføre frivillig intensjonskunngjøring for direkte anskaffelser.

Det vises for øvrig til kapittel 10 for utvalgets vurderinger.

Søksmålsfrister og klageprosess

Utvalget foreslår å innføre følgende søksmålsfrister når det fremsettes påstand om at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse:

- 30 dager fra oppdragsgivers kunngjøring av konkurranseresultatet
- 1 år fra kontraktens inngåelse, der oppdragsgiver ikke har foretatt en slik kunngjøring

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår videre at det innføres mulighet for at oppdragsgiver, på frivillig basis, kan innføre en frist for når leverandøren må ha fremsatt begjæring om midlertidig forføyning mot visse beslutninger. Det gjelder oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren, eller om å forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen etter utvelgelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere. Dette gjelder bare ved begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at det ikke innføres (fakultative) preklusive frister ved begjæring om midlertidig forføyning. Når det gjelder klagefrister vil både oppdragsgiver og den vinnende tilbyder på den ene siden ha interesse i at det fastsettes frister for hvor lenge det skal være mulig å klage over en anskaffelse. På den andre siden står hensynet til de forbigåtte leverandører. Både oppdragsgiver og leverandører vil naturligvis som utgangspunkt ha en interesse i at en klage behandles hurtigst mulig, men det er viktig at det ikke blir umulig eller uforholdsmessig vanskelig for en tilbudsgiver å utøve sin rett til å klage. En slik preklusiv frist vil ha den effekt at tilbudsgivere avskjæres fra å begjære midlertidig forføyning. Etter avvisningsreglene vil en oppdragsgiver ikke ha anledning til å avvise like tilfeller på ulikt grunnlag. Dette vil ikke avviste leverandører kunne vite før man får det endelige resultatet av konkurransen. Etter flertallets forslag vil tilbudsgiveren være avskåret fra å klage når oppdragsgiveren benytter seg av retten til å sette preklusive frister, selv om det faktisk har skjedd alvorlige brudd på regelverket.

Utvalget anbefaler ikke å innføre noen plikt for leverandører til først å klage til oppdragsgiver. En slik plikt ville bety at enhver klage til oppdragsgiver – begrunnet eller ubegrunnet – ville medføre at oppdragsgiver måtte avvente utløpet av en suspensjonsperiode, før kontrakt kunne inngås.

Utvalget anbefaler heller ikke å innføre noen særskilt plikt til først å underrette oppdragsgiver, før søksmål fremmes. Reglene i tvisteloven § 5-2 anses å være tilstrekkelige.

Det vises til kapittel 9 for en utdyping av spørsmål knyttet til søksmålsfrister og klageprosess.

11.2.5 Særlig om håndhevelsesregler for anskaffelser av uprioriterte tjenester i forsyningssektorene

Det følger av forsyningsdirektivet (direktiv 2004/17/EF) artikkel 32 at uprioriterte tjenester bare er underlagt bestemmelsene i direktivets artikkel 34 og 43. På samme måte som i klassisk sektor, vil utgangspunktet være at håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene får anvendelse på kontrakter om uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene.[5]

Dette innebærer at de generelle reglene i direktivets artikkel 1 og 2, som for eksempel at det skal finnes effektive og raske klagemuligheter og at det skal være mulig å oppnå skadeserstatning, kommer til anvendelse på anskaffelser av uprioriterte tjenester i forsyningssektorene.

Som beskrevet i kapittel 11.2.2 er det imidlertid ikke plikt til å gjennomføre de nye bestemmelsene om karens, suspensjon, sanksjonen «uten virkning» og alternative sanksjoner for kontrakter om uprioriterte tjenester.

Når det gjelder artikkel 2c om frister for klage over oppdragsgivers beslutninger, må denne bestemmelsen derimot også få anvendelse for uprioriterte tjenester i forsyningssektorene. Denne bestemmelsen innebærer imidlertid ikke en plikt til å innføre klagefrister. Bestemmelsen oppstiller derimot en minimumsfrist, dersom Norge velger å innføre slike frister.

Utvalget har vurdert om direktivets regler *bør* gis anvendelse for slike tjenester.

Kontrakter om uprioriterte tjenester omfattes utelukkende av lov om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften del I. Forskriftens del I gir alminnelige regler som gjelder for alle anskaffelser, herunder bestemmelser om grunnleggende prinsipper. Kontrakter om uprioriterte tjenester i forsyningssektorene er således ikke omfattet av noen detaljerte prosedyreregler.

På denne bakgrunnen finner utvalget det ikke hensiktsmessig å innføre nye, særlige bestemmelser i forsyningssektorene om håndhevelse for kontrakter om uprioriterte tjenester.

[5] Jf. direktiv 92/13/EØF, som endret ved direktiv 2007/66/EF, artikkel 1.

11.3 Anskaffelser under EØS-terskelverdiene

11.3.1 Oversikt

Håndhevelsesdirektivet gjelder ikke for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Her står nasjonal lovgiver fritt til å velge å videreføre dagens regler eller å innføre de nye reglene i direktivet, dersom det anses hensiktsmessig. Dette er vurdert i det følgende.

EØS-terskelverdiene justeres hvert annet år, og for perioden 2010-2011 er terskelverdiene for klassisk sektor[6] som følger:

- sentrale statlige etaters vare- og tjenestekjøp: 1 000 000 kroner
- andre oppdragsgiveres vare- og tjenestekjøp: 1 600 000 kroner[7]
- alle oppdragsgiveres bygge- og anleggsarbeider: 40 500 000 kroner

Anskaffelser under disse tersklene er bare i begrenset grad regulert av EØS-retten: de er underlagt de alminnelige EØS-rettslige prinsippene i det omfang kontrakten har grenseoverskridende interesse. Dette gjelder blant annet prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet.

Anskaffelser under EØS-terskelverdiene er imidlertid regulert i detalj i norsk rett i anskaffelsesforskriften del II (sammen med uprioriterte tjenester), som langt på vei tilsvarer reglene for anskaffelser over tersklene, men med noe større fleksibilitet. Forskriftens del II gjelder for anskaffelser over 500 000 kroner. Fordi det finnes slike detaljerte prosedyreregler, vil det i utgangspunktet være enkelt å innføre de nye håndhevelsesbestemmelsene også for de kontraktene under EØS-terskelverdiene som overstiger 500 000 kroner.

Utvalget foreslår å innføre de alternative sanksjonene bot og avkorting av kontrakt ved ulovlige direkte anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Videre foreslås det å innføre regler om frivillig intensjonskunngjøring, unntak fra kravet til karens og søksmålsfrister. Utvalget foreslår ikke å innføre sanksjonen «uten virkning» for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

[6] Terskelverdien for forsyningsvirksomheters vare- og tjenestekjøp er p.t. 3 200 000 kroner. Det gjelder den samme terskelverdien for bygge- og anleggsarbeider som i klassisk sektor.

[7] EØS-rettslig gjelder denne høyere terskelverdien for kjøp av uprioriterte tjenester også for sentrale statlige etater, jf. direktiv 2004/18/EF artikkel 7 bokstav b tredje strekpunkt. I Norge er ikke dette skillet gjennomført, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 femte ledd, jf. § 2-2.

Når det gjelder karensperiodens lengde, har *utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo,* kommet til at det ikke vil foreslå å fastsette en nærmere angitt minimumskarensperiode. I stedet beholdes dagens formulering om «rimelig tid». Dette flertallet ønsker heller ikke å gi de nye bestemmelsene om suspensjon og alternative sanksjoner ved andre alvorlige brudd anvendelse for kontrakter under EØS-terskelverdiene. Flertallet ønsker imidlertid at oppdragsgivere også ved anskaffelser under EØS-terskelverdiene skal gis mulighet til i visse tilfeller å fastsette en frist for begjæring om midlertidig forføyning.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår å innføre samme krav til karens og suspensjon for kontrakter under EØS-terskelverdiene som for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Dette medlemmet ønsker også å innføre alternative sanksjoner ved andre alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket for slike kontrakter. Ved en domstolsmodell ønsker dette medlemmet i tillegg å videreføre KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser parallelt med domstolenes adgang til å sanksjonere, også for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Dette medlemmet ønsker derimot ikke å gi mulighet for å fastsette en frist for begjæring om midlertidig forføyning.

11.3.2 Ikke krav om gjennomføring av direktivet under terskelverdiene

Kontrakter under terskelverdiene faller ikke innenfor direktivets virkeområde

Virkeområdet for håndhevelsesdirektivet er som nevnt i kapittel 11.2.2 definert i artikkel 1 nr. 1 gjennom en henvisning til anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivet (2004/18/EF). Siden anskaffelsesdirektivet ikke gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, jf. artikkel 7, gjelder heller ikke håndhevelsesdirektivet for disse anskaffelsene.[8] Under EØS-terskelverdiene gjelder dermed utelukkende EØS-avtalen og de EØS-rettslige prinsippene.

Denne forståelsen støttes av fortalen til direktiv 2007/66/EF, premiss 1 siste setning, som uttrykker at håndhevelsesdirektivene har til formål å sikre effektiv anvendelse av anskaffelsesdirektivene. Fortalens premiss 2 presiserer at håndhevelsesdirektivene:

> «finder derfor kun anvendelse på kontrakter, der henhører under direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF, som fortolket af De Europæiske Fællesskabers Domstol, […]. I henhold til Domstolens praksis bør medlemsstaterne sikre, at der findes effektive og hurtige muligheder for at klage over de ordregivende myndigheders og ordregivers beslutninger, om hvorvidt en bestemt kontrakt henhører under det personlige og materielle anvendelsesområde for direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF.»

Stiller EØS-avtalen krav til regler om håndhevelse for anskaffelser under EØS-terskelverdiene?

EØS-avtalen og de EØS-rettslige prinsippene gir visse føringer for inngåelsen av kontrakter under EØS-terskelverdiene. Spørsmålet er om EØS-avtalen også stiller krav til en viss grad av håndhevelse av slike kontrakter.

Kommisjonen omtaler problematikken i en fortolkningsuttalelse fra 2006, der det redegjøres for hvilke grunnleggende krav som stilles til håndhevelse av kontrakter under EØS-terskelverdiene.[9]

Kommisjonen anfører her at individer har rett til beskyttelse av rettigheter som følger av EØS-avtalen, men at det er opp til nasjonal lovgiver å gjennomføre dette der det ikke er gitt lovgivning på EU-nivå. Minimumsinnholdet må være at beslutninger som berører en som har eller har hatt interesse i å oppnå en kontrakt, bør være gjenstand for overprøving av om grunnleggende krav utledet av EU-retten er overholdt. Dette innebærer at oppdragsgiver bør begrunne sine beslutninger. De tilgjengelige håndhevelsesmidlene/sanksjonene må ikke være mindre effektive enn de som gjelder for liknende krav etter nasjonal rett, og de må være effektive.

Det synes altså å ligge noen minimumskrav til håndhevelsessystemet for kontrakter under EØS-terskelverdiene. Disse minimumskravene går ikke like langt som de detaljerte kravene etter håndhevelsesdirektivene. Forutsetningen er at kontraktene har grenseoverskridende interesse, slik at EU-retten aktualiseres.

---

[8] Forsyningsdirektivet har en tilsvarende bestemmelse i artikkel 16.

[9] Kommisjonens fortolkningsmeddelelse av 24.07.2006, se særlig avsnitt 2.3.3 (Basic standards derived from primary Community law).

11.3.3 Bør direktivets regler gis anvendelse også under EØS-terskelverdiene?

Innledning

Anskaffelsesdirektivet omfatter altså ikke anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Slike kontrakter er imidlertid omfattet av det norske anskaffelsesregelverket.

Den norske reguleringen av anskaffelser under EØS-terskelverdiene i klassisk sektor kan sorteres i ulike grupper:

- Anskaffelser fra 0 til 500 000 kroner reguleres av de grunnleggende reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og lov om offentlige anskaffelser.
- Anskaffelser mellom 500 000 kroner og EØS-terskelverdiene må kunngjøres i Doffin og reguleres av detaljerte prosedyreregler i forskrift om offentlige anskaffelser del II, samt de grunnleggende reglene i del I og lov om offentlige anskaffelser.[10]
- Visse anskaffelser som overstiger 500 000 kroner, reguleres likevel kun av de grunnleggende reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I, jf. § 2-1 annet og tredje ledd, samt lov om offentlige anskaffelser (blant annet kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner og kjøp av rehabiliteringstjenester).

De norske reglene om håndhevelse i lov om offentlige anskaffelser §§ 7-10 skiller ikke på anskaffelser over og under EØS-terskelverdiene, men gjelder for alle anskaffelser som faller innenfor lovens virkeområde. Disse bestemmelsene diskriminerer ikke utenlandske leverandører. Lovens regler om håndhevelse tilfredsstiller altså de grunnleggende kravene som kan utledes av EU-domstolens rettspraksis.

De nye bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet innebærer ikke at Norge må endre håndhevelsesreglene for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Spørsmålet er imidlertid om det er ønskelig å innføre håndhevelsesdirektivets regler også for slike kontrakter.

For anskaffelser som bare er omfattet av lovens prinsipper og del I er det ikke hensiktsmessig å innføre detaljerte håndhevelsesregler, da det for slike anskaffelser ikke gjelder detaljerte prosedyreregler.

I forskriftens del II gis derimot prosedyrekrav som i stor grad likner på kravene etter anskaffelsesdirektivet. Det vil derfor ganske enkelt kunne stilles liknende bestemmelser for anskaffelser omfattet av del II, som de som følger av håndhevelsesdirektivet.

Hensynene bak innkjøpsregelverket og håndhevelsen av dette

Hensynene til effektiv ressursbruk, forretningsmessighet, rettssikkerhet, likebehandling, ivaretakelse av allmennhetens tillit, lovlig bruk av markedsmakt for å ivareta andre samfunnsmessige hensyn, samt å hindre kameraderi og korrupsjon, er også relevante ved anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Disse hensynene taler for å innføre samtlige regler om håndhevelse også for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Det bemerkes også at anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdien kan utgjøre relativt store kontrakter, da terskelverdien for slike anskaffelser p.t. ligger på 40,5 millioner kroner.

Målet om et felles marked uten nasjonal diskriminering og målet om å styrke europeisk konkurranseevne, slår imidlertid i mindre grad til for disse anskaffelsene, da de presumptivt sjeldnere vil være av grenseoverskridende interesse.

Avveiningen mellom de positive sidene ved innkjøpsregelverkets prosedyreregler, og ulempene knyttet til at anskaffelsesreglene medfører ressurskrevende prosesser, er søkt ivaretatt gjennom den nasjonale kunngjøringsplikten for anskaffelser over 500 000 kroner og skillet mellom reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del I og del II.

Hensyn til enkle regler – og til like regler

Det å ha mest mulig like regler om håndhevelse for alle kjøp over og under EØS-terskelverdiene medvirker til sammenheng i reglene og forutberegnelighet, og bidrar således til at innkjøpsregelverket samlet sett gjøres enklere.

For anskaffelser som reguleres av forskrift om offentlige anskaffelser del II er det imidlertid generelt et mål at reglene skal være enklere og mer fleksible enn i del III. Dette er søkt gjennomført blant annet ved at administrative kostnader reduseres der dette kan gjøres uten å bryte viktige prinsipper som anskaffelsesregelverket skal ivareta. Innføring av klagesystemet i håndhevelsesdirektivet også for slike anskaffelser vil komplisere regelverket og motvirke målet om enklere og mer fleksible regler for disse anskaffelsene.

[10] For uprioriterte tjenester gjelder del II også over EØS-terskelverdiene.

Er direktivets regler om håndhevelse gode?

Som nevnt ovenfor i kapittel 11.2.3 kan det også diskuteres hvorvidt Norge deler EUs syn på hvilke type håndhevelsesregler som er de beste. Det vises der til et brev fra norske myndigheter til Kommisjonen, der det ble tatt uttrykkelig avstand både fra forslaget om fast karensperiode og sanksjonen «uten virkning».

11.3.4 Utvalgets anbefalinger

Angivelse av karensperioden

I dag stiller forskrift om offentlige anskaffelser del II krav til «rimelig tid» mellom meddelelse om tildelingsbeslutningen og signering av kontrakt, jf. § 13-3. Spørsmålet er om dette bør endres, slik at en heller stiller krav til en nærmere angitt karensperiode, slik som i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, mener at anskaffelser av lavere verdi oftere vil være mindre kompliserte, og at markedet derfor kan respondere raskere. Dette kan legitimere en kortere karensperiode. En karensperiode med krav til et bestemt antall dager kan i mange tilfeller virke unødvendig strengt. Hensynet til enkle regler og ønsket om noe mer fleksibilitet for anskaffelser omfattet av forskriftens del II, taler også mot å innføre direktivets regler om en fast karensperiode på 10/15 dager. I tråd med konklusjonen i kapittel 11.2.4 foreslår derfor flertallet å beholde kravet til «rimelig tid» i forskriftens del II.

Flertallet ønsker i den forbindelse å påpeke at rimelig tid aldri vil kunne utgjøre mer enn de 10/15 dager, som utgjør minstefristen etter forskriftens del III.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår å innføre like krav til karens for kontrakter over og under EØS-terskelverdiene. Dette medlemmet foreslår således å innføre en minimumskarensperiode på 15 dager også for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Det vises for øvrig til utvalgets vurderinger i kapittel 7.

Unntak fra kravet om karensperiode

Ny artikkel 2b i håndhevelsesdirektivet gir mulighet for å innføre en rekke unntak fra kravet om karens, se kapittel 7.5. Dette gjelder:

- ved lovlige direkte anskaffelser
- der det bare er en berørt leverandør, og denne tildeles kontrakten
- ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning

Utvalget anbefaler å innføre alle disse unntakene for kontrakter omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III, se kaptittel 7.5.

Som nevnt i kapittel 11.1.3 ser *utvalget* det som uaktuelt å innføre strengere regler for kontrakter omfattet av anskaffelsesforskriften del II enn hva som gjelder for kontrakter omfattet av anskaffelsesforskriftens del III. Utvalget anbefaler derfor at de relevante unntak også innføres i forskriftens del II. Det gjelder unntaket for tilfeller der det bare er én berørt leverandør, og denne tildeles kontrakten, og unntaket for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

Når det gjelder unntaket ved lovlige direkte anskaffelser, er ikke dette relevant for kontrakter omfattet av forskriftens del II. Dette er fordi del II ikke inneholder bestemmelser om kontrakter som kan tildeles direkte uten kunngjøring. Slike kontrakter omfattes utelukkende av forskriftens del I, jf. § 2-1 annet ledd, der det uansett ikke gjelder krav om karensperiode.

Suspensjon ved klage til klageorganet

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, anbefaler at bestemmelsen i håndhevelsesdirektivet artikkel 2 nr. 3 om at det skal inntre suspensjon ved klage til klageorganet, ikke innføres for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Flertallet peker på at reglene i forskrift om offentlige anskaffelser del II, som gjelder for uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene, gjennomgående er mer fleksible enn reglene i del III. Dette kommer for eksempel til uttrykk ved mer fleksible frister og ved at det alltid er mulig å benytte konkurranse med forhandling. Denne fleksibiliteten bør videreføres. Samtidig tilsier hensynet til proporsjonalitet at bestemmelsen om suspensjon ikke bør innføres for kontrakter med lav verdi. Bestemmelsen om suspensjon stiller i tillegg store krav til håndhevelsesorganet, og flertallet mener at de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til leverandører som ønsker å stoppe anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at de nye suspensjonsreglene også gis anvendelse for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Mindretallets utgangspunkt er at håndhevelsesreglene ikke må forskjellsbehandle leverandørers praktiske og juridiske mulighet til å gjenopprette opprinnelige kontraktsmuligheter. Det må være et like egnet håndhevelsesregime for små bedrifter som for de store bedriftene som kan trekke på juridiske ressurser. Suspensjonsmuligheten gir leverandører reelle muligheter til å kunne få prøvet sin sak, og ikke bare bli avspist med eventuell erstatning. I Norge har innstilingen til prosedyreregelverket vært at de samme prosedyreregler i prinsippet skal gjelde under som over EØS-terskelverdiene. I tillegg kommer at anskaffelsesverdiene under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester kan regnes å stå for en vesentlig del av alle offentlige anskaffelser, kanskje så mye som over 80 prosent. Det er derfor av konkurransemessige og samfunnsmessige grunner viktig at leverandører kan gjøre seg nytte av håndhevelsesregler der hvor det er etablert prosedyreregler.

Mindretallet mener at håndhevelsessystemet i hovedsak må være likt for like brudd, og derfor i størst mulig grad følges opp med like virkemidler og rettsgarantier.

Det vises for øvrig til utvalgets vurderinger i kapittel 8.

Sanksjoner

Som omtalt i kapittel 11.1.4 ovenfor, anbefaler ikke *utvalget* å innføre sanksjonen «uten virkning» i anskaffelsesforskriften del II. I stedet foreslår utvalget å innføre de såkalte alternative sanksjonene, bot og avkorting av kontrakt, mot ulovlige direkte anskaffelser.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus. Aardalsbakke og Aatlo, foreslår samtidig å oppheve lov om offentlige anskaffelser § 7b om overtredelsesgebyr. Dersom overtredelsesgebyret ble videreført, ville det fremstå som pussig og lite konsistent. Det ville også komplisere systemet å ha ett gebyr i forskriftens del II, og et gebyr med en annen innretning i forskriftens del III.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår at de alternative sanksjonene, bot og avkortning av kontrakt, også innføres for andre grove brudd på regelverket. Dette er fordi slike grove brudd bør håndheves likt i del II og III. Ved en domstolsmodell ønsker mindretallet i tillegg å beholde KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, både for anskaffelser etter forskriftens del II og III. For en utdypning av mindretallets standpunkt, se kapittel 18.

Utvalget foreslår også å innføre frivillig intensjonskunngjøring for direkte anskaffelser.

Det vises for øvrig til kapittel 10 for en nærmere gjennomgang av utvalgets vurderinger.

Søksmålsfrister og klageprosess

Utvalget foreslår å innføre følgende søksmålsfrister når det fremsettes påstand om at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse under EØS-terskelverdiene:

- 30 dager fra oppdragsgivers kunngjøring av konkurranseresultatet
- 1 år fra kontraktens inngåelse, der oppdragsgiver ikke har foretatt en slik kunngjøring

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår videre at det innføres mulighet for at oppdragsgiver – på frivillig basis – kan innføre en frist for når leverandøren må ha fremsatt begjæring om midlertidig forføyning mot visse beslutninger. Det gjelder oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren, eller om å forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen etter utvelgelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere. Dette gjelder bare ved begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at det ikke innføres (fakultative) preklusive frister ved begjæring om midlertidig forføyning. Når det gjelder klagefrister vil både oppdragsgiver og den vinnende tilbyder på den ene siden ha interesse i at det fastsettes frister for hvor lenge det skal være mulig å klage over en anskaffelse. På den andre siden står hensynet til de forbigåtte leverandører. Både oppdragsgiver og leverandører vil naturligvis som utgangspunkt ha en interesse i at en klage behandles hurtigst mulig, men det er viktig at det ikke blir umulig eller uforholdsmessig vanskelig for en tilbudsgiver å utøve sin rett til å klage. En slik preklusiv frist vil ha den effekt at tilbudsgivere avskjæres fra å begjære midlertidig forføyning. Etter avvisningsreglene vil en oppdragsgiver ikke ha anledning til å avvise like tilfeller på ulikt grunnlag. Dette vil ikke

avviste leverandører kunne vite før man får det endelige resultatet av konkurransen. Etter flertallets forslag vil tilbudsgiveren være avskåret fra å klage når oppdragsgiveren benytter seg av retten til å sette preklusive frister, selv der det faktisk har skjedd alvorlige brudd på regelverket.

Utvalget anbefaler ikke å innføre noen plikt for leverandører til først å klage til oppdragsgiver ved anskaffelser under EØS-terskelverdiene. En slik plikt ville bety at enhver klage til oppdragsgiver – begrunnet eller ubegrunnet – ville medføre at oppdragsgiver måtte avvente utløpet av en suspensjonsperiode, før kontrakt kunne inngås.

Utvalget anbefaler heller ikke å innføre noen særskilt plikt til først å underrette oppdragsgiver, før søksmål fremmes. Reglene i tvisteloven § 5-2 anses å være tilstrekkelige.

Det vises til kapittel 9.5 for en utdyping av spørsmål knyttet til bestemmelsene om klageprosess.

11.3.5 Særlig om håndhevelsesregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene

Håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene gjelder, som håndhevelsesdirektivet i klassisk sektor, utelukkende for anskaffelser over EØS-terskelverdiene.[11] Konklusjonen er derfor at det ikke foreligger noen plikt for Norge til å innføre nye håndhevelsesbestemmelser for anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene.

Terskelverdiene for forsyningssektorene utgjør p.t. 3 200 000[12] kroner for varer og tjenester, og 40 500 000 kroner for bygge- og anleggsarbeider.

Utvalget har imidlertid vurdert om direktivets regler *bør* gis anvendelse for anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene.

Slike anskaffelser omfattes utelukkende av lov om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriftens del I. Forskriftens del I gir alminnelige regler som gjelder for alle anskaffelser, herunder bestemmelser om grunnleggende prinsipper. Kontrakter under EØS-terskelverdiene er således ikke omfattet av noen detaljerte prosedyreregler.

På denne bakgrunnen mener *utvalget* at det ikke er hensiktsmessig å innføre nye, særlige bestemmelser om håndhevelse av anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene.

11.4 Plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål

11.4.1 Oversikt

I forskrift om offentlige anskaffelser del IV gis det særlige prosedyreregler for plan- og designkonkurranser (kapittel 23), bygge- og anleggskonsesjoner (kapittel 24) og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål (kapittel 25). Felles for disse prosedyrereglene er at oppdragsgiver gis en større grad av frihet.

Siden plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål er omfattet av anskaffelsesdirektivet, gjelder i utgangspunktet håndhevelsesdirektivet også for slike kontrakter. Det gjelder imidlertid ikke de samme prosedyrekravene som for andre omfattede kontrakter, og det er derfor ikke nødvendigvis slik at alle de nye håndhevelsesbestemmelsene vil være relevante.

Det er *utvalgets* oppfatning at kravene til karens og suspensjon gjelder for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål. Det betyr også at brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon vil kunne bli møtt med særlige sanksjoner. Krav til karens og suspensjon gjelder derimot ikke for plan- og designkonkurranser eller ved bygge- og anleggskonsesjoner. Bestemmelsene om særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser gjelder imidlertid for både plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål, ettersom oppdragsgiver er forpliktet til forutgående å kunngjøre konkurransen.

Prosedyrebestemmelsene med tilhørende håndhevelsesbestemmelser gjennomgås nærmere i det følgende.

11.4.2 Plan- og designkonkurranser

Plan- og designkonkurranser

En plan- og designkonkurranse er en konkurranseform der oppdragsgiver inviterer leverandører til å konkurrere om et konsept, design eller en plan for eksempel på områdene arealplanlegging, byplanlegging, arkitekt- og ingeniørarbeid eller

[11] Dette følger av direktivets artikkel 1 nr. 1 lest i sammenheng med forsyningsdirektivets artikkel 16, jf. nærmere om dette i de foregående kapitler.

[12] Dette er noe høyere enn terskelverdien for klassisk sektor.

databehandling. Konkurranseformen er forbeholdt konkurranser om tjenester.

Avholdelsen av plan- og designkonkurranser er regulert i anskaffelsesdirektivet del IV (artiklene 66-74).[13] Disse reglene er gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser del IV kapittel 23, og gjelder både over og under EØS-terskelverdiene, jf. § 23-1 annet og tredje ledd.

Oppdragsgivere som ønsker å avholde en plan- og designkonkurranse er forpliktet til å gjøre dette kjent i en kunngjøring, jf. artikkel 69. Oppdragsgivere skal også etterfølgende kunngjøre resultatet av en plan- og designkonkurranse.

Vinneren av konkurransen utpekes av en jury på bakgrunn av kriterier fastsatt i kunngjøringen. Juryens sammensetning og avgjørelser er regulert i artikkel 74, der det blant annet fremgår at juryen skal utarbeide en rapport, som inneholder merknader til prosjektene, rangeringen og en oversikt over dialogen mellom juryens medlemmer og deltakere. Utover dette gis det få prosedyreregler, og det stilles ikke særskilte krav om meddelelse og begrunnelse.

Det finnes lignende regler om plan- og designkonkurranser i forsyningsdirektivet.[14] Disse er gjennomført i forsyningsforskriften kapittel 13, og gjelder bare over EØS-terskelverdiene, jf. § 13-1 første ledd.

Håndhevelse av plan- og designkonkurranser

Plan- og designkonkurranser er omfattet av anskaffelsesdirektivet, og håndhevelsesdirektivet vil derfor som nevnt i utgangspunktet også gjelde for denne konkurranseformen. Ettersom det ikke stilles de samme prosedyrekrav til gjennomføringen av plan- og designkonkurranser som til øvrige tjenesteanskaffelser, vil imidlertid ikke alle de nye håndhevelsesbestemmelsene være relevante for plan- og designkonkurranser.

Krav til karens og suspensjon

Kravet til karensperiode i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 relaterer seg til krav til meddelelsen om oppdragsgivers tildelingsbeslutning og begrunnelsen for denne beslutningen. Ettersom anskaffelsesdirektivet ikke stiller konkrete krav til meddelelse og begrunnelse ved plan- og designkonkurranser, er det *utvalgets* vurdering at håndhevelsesdirektivets bestemmelser om karensperiode ikke gjelder for disse anskaffelsene.

Bestemmelsen om suspensjon er knyttet til bestemmelsen om karensperiode, og derfor gjelder heller ikke suspensjonsbestemmelsen for plan- og designkonkurranser.

Tidsfrister og klageprosess

Minimumsfristene for inngivelse av klage etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2c må også respekteres ved plan- og designkonkurranser. Det betyr at dersom det innføres en klage- eller søksmålsfrist skal denne være minst 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsmiddel. *Utvalget* anbefaler imidlertid ikke at det innføres slike frister.

Utvalget anbefaler heller ikke at det for slike anskaffelser innføres plikt til først å varsle eller klage til oppdragsgiver innen det kan inngis klage til håndhevelsesorganet.

Særlige sanksjoner

Norge er forpliktet til å innføre særlige sanksjoner («uten virkning», avkortning av kontrakt og bot) i tre type tilfeller, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav a-c.

For det første skal særlige sanksjoner innføres ved ulovlige direkte anskaffelser, jf. bokstav a, hvilket vil si der oppdragsgiver i strid med anskaffelsesdirektivet ikke kunngjør kontrakten i TED-databasen. Dette grunnlaget er aktuelt for plan- og designkonkurranser, fordi oppdragsgiver er forpliktet til forutgående å kunngjøre konkurransen. Skjer det ikke en slik kunngjøring, vil resultatet av plan- og designkonkurransen altså etterfølgende kunne kjennes uten virkning, eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner. Følgelig er også bestemmelsene om unntak fra sanksjonen «uten virkning» og mulighetene for å fastsette frister for søksmål som skal føre til særlige sanksjoner relevante.

For det annet skal sanksjonen gjennomføres i nærmere bestemte tilfeller som forutsetter brudd enten på karensperiode eller suspensjonsplikten, jf. bokstav b. Ettersom håndhevelsesdirektivets krav til karensperiode og suspensjon etter utvalgets vurdering ikke gjelder ved plan- og designkonkurranser, er ikke disse reglene relevante.

For det tredje skal sanksjonen gjennomføres i nærmere bestemte tilfeller som forutsetter brudd på prosedyreregler for tildeling av kontrakter under rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, jf. bokstav c. Ettersom slike prosedyrere-

[13] Reglene gjelder når den samlede verdien av tjenestekontraktene eller konkurransepremiene overstiger EØS-terskelverdien for tjenester.

[14] Avsnitt III, artiklene 60-66.

gler ikke gjelder ved plan- og designkonkurranser, er heller ikke dette grunnlaget relevant.

Det vises til kapittel 10 for en nærmere gjennomgang av reglene om særlige sanksjoner.

Konklusjon

Håndhevelsesdirektivet gjelder i prinsippet ved kjøp av plan- og designkonkurranser. I praksis vil det imidlertid ikke være plikt til å gjennomføre krav til karensperiode og suspensjon for slike anskaffelser, og det vil følgelig kun være plikt til å innføre særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser.

Utvalget foreslår ikke at Norge på frivillig basis gir de nye bestemmelsene om karens og suspensjon anvendelse for plan- og designkonkurranser.

Utvalget foreslår at sanksjonene som innføres i forskrift om offentlige anskaffelser del III også innføres for ulovlige direkte anskaffelser ved plan- og designkonkurranser over EØS-terskelverdien. Ved plan- og designkonkurranser under EØS-terskelverdien foreslår utvalget å innføre de samme sanksjonene som ved ulovlige direkte anskaffelser etter del II. Dette begrunnes i at en ulovlig direkte anskaffelse må anses å være et like alvorlig brudd uavhengig av om det skjer ved en plan- og designkonkurranse eller ved bruk av en annen anskaffelsesprosedyre.

11.4.3 Bygge- og anleggskonsesjoner

Om bygge- og anleggskonsesjoner

En bygge- og anleggskonsesjon er en kontrakt av samme type som en bygge- og anleggskontrakt, men med den forskjell at vederlaget for arbeidene som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte byggverket eller i en slik rett sammen med betaling. Et eksempel på en bygge- og anleggskonsesjon er når en entreprenør overtar den økonomiske risikoen ved å oppføre et parkeringsanlegg og vederlaget består av retten til etterfølgende å leie ut parkeringsplassene.

Tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner er regulert i anskaffelsesdirektivet del III (artikkel 56-65).[15] Disse reglene er gjennomført i i forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 24.

Oppdragsgivere som ønsker å tildele en konsesjonskontrakt er forpliktet til å gjøre dette kjent i en kunngjøring, jf. artikkel 58. Bortsett fra bestemmelser om frist for mottak av konsesjonssøknad (artikkel 59) og om underentrepriser (artikkel 60), gis det ikke særlige prosedyreregler. Ved tildeling av en kontrakt om en bygge- og anleggskonsesjon er det altså oppdragsgiver selv som fastsetter hvilken prosedyre som skal gjelde for konkurransen. Det gjelder således ingen særskilte bestemmelser om meddelelser om tildeling av kontrakt eller begrunnelse.

Det gjelder også særlige regler for konsesjonsinnehaverens tildeling av kontrakter til tredjemann.[16] Også her er det krav om kunngjøring av konkurransen, jf. artikkel 64, og det gjelder en bestemmelse om frister for anmodning om å delta og levering av tilbud, jf. artikkel 65. Ellers gis det ikke særlige prosedyreregler, og det er altså konsesjonsinnehaver selv som fastsetter hvilken prosedyre som skal gjelde for konkurransen. Det gjelder således heller ikke her særskilte bestemmelser om meddelelser om tildeling av kontrakt eller begrunnelse.

Reglene for tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner i anskaffelsesforskriften gjelder både over og under EØS-terskelverdiene, jf. § 24-1 første ledd. Forskriftens regler om konsesjonsinnehaverens tildeling av kontrakter til tredjemann gjelder bare over EØS-terskelverdien, jf. § 24-1 annet ledd.

Det gis ikke regler om bygge- og anleggskonsesjoner verken i forsyningsdirektivet eller forsyningsforskriften.[17]

Håndhevelse av bygge- og anleggskonsesjoner

Tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner, samt konsesjonsinnehavers tildeling av kontrakt til tredjemann, er omfattet av anskaffelsesdirektivet. Håndhevelsesdirektivet vil derfor i utgangspunktet også gjelde for slike kontrakter. Ettersom det ikke stilles de samme prosedyrekrav som ved tildeling av alminnelige bygge- og anleggskontrakter, vil imidlertid ikke alle de nye håndhevelsesbestemmelsene være relevante for bygge- og anleggskonsesjoner.

---

[15] Reglene gjelder når den samlede verdien av konsesjonskontrakten overstiger EØS-terskelverdien for bygge- og anleggsarbeider.

[16] Når konsesjonshaver selv er oppdragsgiver gjelder de alminnelige regler i direktivet for tildeling av kontrakt, jf. artikkel 62.

[17] Jf. artikkel 18, der det fremgår at forsyningsdirektivet ikke gjelder for bygge- og anleggskonsesjoner.

Krav til karens og suspensjon

Kravet til karensperiode i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 relaterer seg til krav til meddelelsen av oppdragsgivers tildelingsbeslutning og begrunnelsen for denne beslutningen. Ettersom anskaffelsesdirektivet ikke stiller konkrete krav til meddelelse og begrunnelse av tildelingsbeslutningen ved tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner eller ved konsesjonsinnehavers tildeling av kontrakt til tredjemann, er det *utvalgets* vurdering at håndhevelsesdirektivets bestemmelser om karensperiode ikke gjelder for slike anskaffelser.

Ettersom bestemmelsen om suspensjon er knyttet til bestemmelsen om karensperiode, gjelder heller ikke denne bestemmelsen ved bygge- og anleggskonsesjoner.

Tidsfrister og klageprosess

Minimumsfristene for inngivelse av klage etter håndhevelsesdirektivet artikkel 2c må også respekteres ved tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner og konsesjonsinnehavers tildeling av kontrakt til tredjemann. Det betyr at dersom det innføres en klage- eller søksmålsfrist, skal denne minst være 10/15 dager avhengig av kommunikasjonsmiddel. *Utvalget* anbefaler imidlertid ikke at det innføres slike frister.

Utvalget anbefaler heller ikke at det for slike anskaffelser innføres plikt til først å varsle eller klage til oppdragsgiver innen det kan inngis klage til håndhevelsesorganet.

Særlige sanksjoner

Norge er forpliktet til å innføre særlige sanksjoner («uten virkning», avkortning av kontrakt og bot) ved ulovlige direkte anskaffelser, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav a. Det vil si i de tilfeller der oppdragsgiver i strid med anskaffelsesdirektivet ikke kunngjør kontrakten i TED-databasen. Dette grunnlaget er aktuelt ved tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner og ved konsesjonsinnehavers tildeling av kontrakt til tredjemann, fordi oppdragsgiver/konsesjonsinnehaver er forpliktet til forutgående å kunngjøre konkurransen. Skjer det ikke en slik kunngjøring, vil kontraktene altså etterfølgende kunne kjennes uten virkning, eller oppdragsgiver/konsesjonsinnehaver ilegges alternative sanksjoner. Følgelig er også bestemmelsene om unntak fra sanksjonen «uten virkning» og mulighetene for å fastsette frister for søksmål som kan føre til særlige sanksjoner relevante.

Norge er også forpliktet til å innføre særlige sanksjoner ved visse brudd på karensperiode eller suspensjonsplikten eller ved visse brudd på prosedyreregler for tildeling av kontrakter under rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav b og c. Ettersom det verken gjelder krav til karensperiode, suspensjon eller prosedyreregler for rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, er ikke disse reglene relevante for bygge- og anleggskonsesjoner eller konsesjonsinnehavers tildeling av kontrakt til tredjemann.

Det vises til kapittel 10 for en nærmere gjennomgang av reglene om særlige sanksjoner.

Konklusjon

Håndhevelsesdirektivet gjelder i prinsippet ved tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner og ved konsesjonsinnehavers tildeling av kontrakt til tredjemann. I praksis vil det imidlertid ikke være plikt til å gjennomføre krav til karensperiode og suspensjon for slike anskaffelser, og det vil følgelig kun være plikt til å innføre særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser.

Utvalget foreslår ikke at Norge på frivillig basis innfører bestemmelser om karens- og suspensjon ved bygge- og anleggskonsesjoner.

Utvalget foreslår at sanksjonene som innføres i forskrift om offentlige anskaffelser del III også innføres for ulovlige direkte anskaffelser for bygge- og anleggskonsesjoner og for konsesjonsinnehavers tildeling av kontrakt til tredjemann over EØS-terskelverdien. For tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner under EØS-terskelverdien foreslår utvalget å innføre de samme sanksjonene ved ulovlige direkte anskaffelser som for del II. Dette begrunnes i at en ulovlig direkte anskaffelse må anses å være et like alvorlig brudd uansett om det skjer i forbindelse med en bygge- og anleggskonsesjon eller en alminnelig bygge- og anleggskontrakt.

11.4.4 Bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål

I anskaffelsesdirektivet er det en særlig bestemmelse om bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål i artikkel 34. Bestemmelsen gjelder der kontrakter om planlegging og oppføring av boliger for sosiale formål, på grunn av arbeidets betydning, kompleksitet og antatte varighet, krever samarbeid med representanter for oppdragsgiver, sakkyndige og entreprenører. I slike tilfeller

kan det vedtas en særskilt behandlingsmåte for å sikre valg av den entreprenør som er best egnet til å delta i et slikt samarbeid.

Oppdragsgiver skal da i kunngjøringen gi en mest mulig nøyaktig beskrivelse av arbeidene som skal utføres og oppgi hvilke kvalifikasjonskrav leverandøren må oppfylle. Det vises for øvrig til bestemmelsene om kriterier for kvalitativ utvelgelse (artikkel 45-52), prinsipper for kontraktsinngåelse (artikkel 2), kunngjøringer (artikkel 35-36), frister (artikkel 38-39), meddelelse og begrunnelse (artikkel 41), regler for kommunikasjon (artikkel 42) og rapporter (artikkel 43). Det vil altså si at oppdragsiver er forpliktet til å kunngjøre konkurransen, og at han etterfølgende skal meddele sin tildelingsbeslutning til de berørte leverandørene og på anmodning gi en begrunnelse.

Det finnes ikke noen tilsvarende bestemmelse i forsyningsdirektivet.

EU/EØS-reglene om bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål er gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 25. Reglene gjelder både over og under EØS-terskelverdiene, jf. § 25-1 annet ledd. Det fremgår av § 25-1 at blant annet bestemmelsene i forskriftens del II og III om kunngjøring og begrunnelse får tilsvarende anvendelse for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.

Håndhevelse av bygge- og anleggskontrakter til sosiale formål

Tildeling av bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål er omfattet av anskaffelsesdirektivet, og håndhevelsesdirektivet gjelder derfor også for slike kontrakter. Det stilles ikke helt de samme prosedyrekrav som til andre bygge- og anleggskontrakter, men anskaffelsesdirektivets bestemmelser om kunngjøringer, meddelelse og begrunnelse gjelder. Derfor vil de nye håndhevelsesbestemmelsene etter *utvalgets* vurdering i utgangspunktet også være relevante for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.

Det gjelder imidlertid ingen regler om rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål. Bestemmelsen om at en kontrakt skal kjennes uten virkning når en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning er tildelt i strid med reglene i forskrift, vil derfor ikke være relevant for slike kontrakter.

På denne bakgrunnen anbefaler *utvalget* å innføre de samme håndhevelsesregler for bygge- og anleggskontrakter til sosiale formål som for andre bygge- og anleggskontrakter, bortsett fra bestemmelsen om sanksjoner ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning. Dette gjelder både over og under EØS-terskelverdien.

Det vises til kapitlene 7-10 for en gjennomgang av de materielle reglene og til kapittel 11.3 for en gjennomgang av reglene for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Kapittel 12
Forsyningssektorene

12.1 Innledning

Direktiv 2004/17/EØF (forsyningsdirektivet) gir prosedyreregler for innkjøp i forsyningssektorene. Håndhevelsesreglene for overtredelser av forsyningsdirektivet finnes i dag i direktiv 92/13/EØF (håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene). Disse reglene beskrives nærmere i kapittel 12.2.

Direktiv 2007/66/EF gir endringer for forsyningssektorene som i hovedsak er identiske med endringene for klassisk sektor. Dette innebærer blant annet at det innføres regler om karensperiode, suspensjon, sanksjonen «uten virkning» og alternative sanksjoner. De nye bestemmelsene for forsyningssektorene behandles nærmere i kapittel 12.3.

Forståelsen av bestemmelsene for forsyningssektorene vil i høy grad være den samme som for klassisk sektor. Det betyr også at mange av de problemstillingene som reises er identiske. Direktivet reiser imidlertid også spørsmål som er spesifikke for forsyningssektorene. *Utvalget* har derfor vurdert om det er særskilte forhold i disse sektorene som tilsier andre løsninger for gjennomføring av håndhevelsesdirektivet, enn de som foreslås for klassisk sektor.

Særlig den nye bestemmelsen om suspensjon reiser spørsmål om dagens løsning, der håndhevelsesorganet bare har kompetanse til å fastsette mulkt, og ikke til å annullere ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, fortsatt er hensiktsmessig (kapitlene 12.2.2 og 12.3.4). Dagens løsning blir problematisk når de nye reglene gjennomføres, fordi det vil innebære at suspensjonen må løpe til håndhevelsesorganet har truffet materiell avgjørelse i saken. Utvalget finner derfor at den beste løsningen er å gi domstolene adgang til å treffe beslutning om midlertidig forføyning også i forsyningssektorene.

For øvrig anbefaler utvalget å innføre de samme reglene i forsyningssektorene som i klassisk sektor. Utvalgets anbefalinger finnes i kapittel 12.4.

12.2 Gjeldende regler for forsyningssektorene

12.2.1 Kort om anskaffelsesreglene for forsyningssektorene

De materielle reglene

Forsyningsdirektivet er implementert i norsk rett ved forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester), heretter kalt forsyningsforskriften.

Forsyningsforskriften består av to deler:

- Del I som gir alminnelige regler som gjelder for alle anskaffelser uavhengig av verdi (grunnleggende prinsipper om likebehandling og konkurranse, samt regler om taushetsplikt, spesielle kontraktsvilkår, beregning av terskelverdi mv.).
- Del II som implementerer prosedyrereglene i forsyningsdirektivet og gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene (3 200 000 kroner for kjøp av varer og tjenester og 40 500 000 kroner for bygge- og anleggskontrakter).

Det er ikke innført spesielle nasjonale prosedyreregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester, slik vi kjenner det fra del II i forskrift om offentlige anskaffelser. Bortsett fra dette likner de materielle reglene for forsyningssektorene mye på reglene for klassisk sektor, men er generelt noe mer fleksible. Dette kommer for eksempel til uttrykk ved høyere terskelverdier, fri adgang til å anvende konkurranse med forhandling og generelt mindre detaljerte regler. Dette henger sammen med at forsyningsvirksomheter generelt antas å agere mer som markedsaktører.

Aktiviteter som faller innenfor forsyningssektorene

Forsyningssektorene omfatter samfunnsviktig infrastruktur. Følgende aktiviteter anses som forsyningsaktiviteter i anskaffelsesreglenes forstand, jf. forsyningsforskriften § 1-3 og forsyningsdirektivet artikler 3-7:

- produksjon, transport eller forsyning av gass, varme eller elektrisitet
- produksjon, transport eller forsyning av drikkevann
- offentlige transporttjenester (transport med jernbane, automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss eller kabel)
- posttjenester mv.
- utnyttelse av et geografisk område til leting etter, eller utvinning av, olje, gass, kull eller andre typer fast brensel
- utnyttelse av et geografisk område til å stille til rådighet terminalanlegg for luft-, sjø- eller elvetransportører, herunder luft-, sjø- og innlandshavner

Særlig om olje- og gassektoren og den alternative prosedyre

Det forrige forsyningsdirektivet (direktiv 93/38/EØF) inneholdt en bestemmelse om anvendelse av en alternativ prosedyre, jf. artikkel 3. Ifølge denne bestemmelsen kunne Kommisjonen[1] etter anmodning fra en medlemsstat fatte vedtak om at virksomheter som utnytter et geografisk område til leting etter, eller utvinning av, olje, gass, kull eller andre typer fast brensel, ikke skulle omfattes av forsyningsdirektivets detaljerte prosedyreregler. Dette forutsatte at medlemsstaten oppfylte en rekke vilkår, blant annet skulle andre virksomheter fritt kunne søke om tillatelse til leting eller utvinning på samme vilkår. Medlemsstaten måtte imidlertid uansett sikre at oppdragsgivere i denne sektoren overholdt prinsippene om ikke-diskriminering og konkurranse, og at de innberettet visse opplysninger om inngåtte kontrakter.

ESA fattet i 1999 et slikt vedtak for olje- og gassektoren i Norge, slik at norske virksomheter i olje- og gassektoren kan velge å følge en alternativ prosedyre. Bestemmelser om den alternative prosedyren er innført i forsyningsforskriften kapittel 14, der det stilles færre prosedyrekrav enn etter forsyningsforskriften for øvrig. Det er for eksempel ikke krav om kunngjøring, men oppdragsgivere må tildele kontrakter etter konkurranse basert på ikke-diskriminerende og objektive prosedyrer og kriterier.

Med det nye forsyningsdirektivet fra 2004 (direktiv 2004/17/EØF) ble bestemmelsene om den alternative prosedyren opphevet. I stedet ble det innført en ny bestemmelse i artikkel 30, der Kommisjonen kan fatte vedtak om fullstendig fritak fra forsyningsdirektivet for en sektor, dersom det rettslig og faktisk er fri adgang til markedet i denne sektoren.

Bestemmelsene om fritak er implementert i forsyningsforskriften § 15-1. ESAs vedtak fra 1999, hvoretter norske oppdragsgivere i olje- og gassektoren kan anvende den alternative prosedyren, gjelder imidlertid fortsatt. Det betyr at oppdragsgivere i denne sektoren fortsatt kan velge å benytte den alternative prosedyren fremfor de ordinære prosedyrereglene. Det forventes imidlertid at det i nær fremtid vil komme på plass et fritak for olje- og gassektoren, slik at oppdragsgivere i denne sektoren helt unntas fra anskaffelsesregelverket.

Oppdragsgivere i forsyningssektorene

Forsyningsdirektivet gjelder både for offentlige og private forsyningsvirksomheter. Det er bakgrunnen for at man i forsyningssektorene (både i forsyningsdirektivet og i håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene) bruker betegnelsen «contracting entities» (eller «ordregivere») i stedet for betegnelsen «contracting authorities» (eller «ordregivende myndigheter») som brukes i klassisk sektor.

Følgende typer oppdragsgivere omfattes av EØS-reglene for forsyningssektorene, jf. forsyningsdirektivet artikkel 2:

- offentlige myndigheter som driver forsyningsaktivitet (staten, fylkeskommunene og kommunene)
- offentligrettslige organer som driver forsyningsaktivitet (for eksempel foretak, stiftelser mv. som er kontrollert av offentlige myndigheter og som ikke er markedseksponerte)[2]
- offentlige foretak som driver forsyningsaktivitet (foretak som er kontrollert av offentlige myndigheter og som er markedseksponerte)

---

[1] I Norges tilfelle, ESA.

[2] Anskaffelser som foretas av offentlige myndigheter og offentligrettslige organer som ledd i utøvelsen av forsyningsvirksomhet skal altså skje etter reglene i forsyningsdirektivet. Foretar slike oppdragsgivere anskaffelser som ledd i utøvelsen av annen virksomhet, skal derimot reglene i det klassiske direktivet følges.

– private foretak som driver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett

Håndhevelsesreglene for forsyningssektorene gjelder således også i forhold til denne kretsen av oppdragsgivere.

I 2005 valgte Norge å innføre strengere regler for offentlige myndigheter i forsyningssektorene enn det som følger av forsyningsdirektivet. Disse myndighetene skal følge reglene i klassisk sektor, uansett om anskaffelsen skjer som ledd i utøvelsen av forsyningsvirksomhet eller ikke, jf. forsyningsforskriften § 1-2 annet ledd.[3]

Bakgrunnen for dette var et ønske om å stille samme krav til konkurranse til offentlige myndigheter, uavhengig av om de foretar innkjøp i forbindelse med utøvelse av forsyningsvirksomhet eller annen virksomhet. Ifølge tidligere forsyningsforskrifter skulle for eksempel vann- og avløpsetaten i en kommune følge forsyningsforskriften når den skulle gjøre innkjøp (kunngjøringsplikt inntrer først ved kjøp godt over 3 millioner kroner), mens de øvrige delene av kommunen skulle følge forskrift om offentlige anskaffelser (kunngjøringsplikt inntrer ved kjøp over 500 000 kroner). Hensynet til å sikre konkurranse om oppdrag, en effektiv ressursbruk og å forhindre korrupsjon og lignende atferd, gjør seg imidlertid gjeldende i samme grad for alle deler av stat, fylkeskommune og kommune.

Følgende typer oppdragsgivere er således omfattet av den gjeldende norske forsyningsforskriften:

– offentligrettslige organer som driver forsyningsaktivitet, jf. § 1-2 første ledd bokstav a
– offentlige foretak som driver forsyningsaktivitet, jf. § 1-2 første ledd bokstav a
– private foretak som driver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett, jf. § 1-2 første ledd bokstav b

12.2.2 Dagens håndhevelsesregler for forsyningssektorene

Dagens regler for håndhevelse for forsyningssektorene svarer i stor grad til dagens regler for klassisk sektor. Medlemsstatene er således forpliktet til å sikre at det effektivt og så raskt som mulig kan inngis klage over overtredelser av forsyningsdirektivet og nasjonale regler til gjennomføring av dette direktivet, jf. artikkel 1.

Reglene for forsyningssektorene adskiller seg imidlertid fra reglene for klassisk sektor når det gjelder hvilke kompetanser som skal tillegges håndhevelsesorganet, jf. artikkel 2 nr. 1. For overtredelser av reglene for forsyningssektorene skal håndhevelsesorganet gis kompetanser til *enten* å:

a) treffe avgjørelser om midlertidig forføyning *og*

b) annullere ulovlige beslutninger, herunder fjerne diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner

eller:

c) treffe andre foranstaltninger som har til formål å bringe en konstatert overtredelse til opphør og forhindre at det påføres skade, herunder især muligheten for å kreve betaling av et bestemt beløp, såfremt overtredelsen ikke bringes til opphør eller unngås.[4]

Medlemsstater kan treffe valget mellom a) og b) på den ene siden eller c) på den andre siden, enten for samtlige oppdragsgivere eller for visse kategorier av oppdragsgivere. Det er således intet til hinder for å velge én reaksjon for for eksempel offentlige myndigheter og en annen reaksjon for andre oppdragsgivere.

Ved valg av løsning c) skal det beløp som skal betales være stort nok til å avholde oppdragsgiver fra å begå/fortsette med en overtredelse, jf. artikkel 2 nr. 5. Betalingen kan gjøres betinget av at det ved endelig avgjørelse slås fast at det har skjedd et brudd på anskaffelsesregelverket.

Uansett om det velges løsning a) + b) eller løsning c) skal håndhevelsesorganet *også* gis kompetanse til å:

d) tilkjenne erstatning.

I Norge har man for forsyningssektorene valgt løsning c) + d) i form av mulkt og erstatning, jf. lov om offentlige anskaffelser §§ 7 annet ledd, 8 annet ledd og 10.[5]

---

[3] I forskrift om offentlige anskaffelser § 2-1 åttende ledd gis det likevel en særlig bestemmelse for oppdragsgivere som utøver forsyningsvirksomhet. Etter denne bestemmelsen kan slike oppdragsgivere benytte kvalifikasjonsordninger, unntak i forsyningsforskriften for visse aktiviteter og visse kontrakter, og kan også fritt benytte prosedyren konkurranse med forhandling.

[4] I klassisk sektor skal klageorganet gis kompetanse til å treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, annullere ulovlige beslutninger og tilkjenne erstatning. I denne sektoren kan man ikke velge å innføre mulkt i stedet for midlertidig forføyning og annullering av ulovlige beslutninger.

§ 7 annet ledd lyder:

> «Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven. Dette gjelder likevel ikke for beslutninger som er truffet under anskaffelsesprosedyrer innenfor forsyningssektorene.»

§ 8 annet ledd lyder:

> «Ved begjæring om midlertidig forføyning mot overtredelser under anskaffelsesprosedyrer innenfor sektorene vannforsyning, energi, transport og telekommunikasjon kan det heller ikke før kontrakt er inngått, besluttes midlertidige forføyninger som nevnt i tvisteloven § 34-3 første ledd. Dersom det er sannsynlig at bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven vil bli eller allerede er overtrådt, skal retten i stedet fastsette en mulkt som saksøkte skal betale til statskassen dersom overtredelsen ikke bringes til opphør eller forhindres og kontrakt blir inngått. Mulkten skal være så stor at den er egnet til å hindre at saksøkte begår eller opprettholder overtredelsen. Saksøkte plikter bare å betale mulkten dersom det ved dom blir fastslått at vilkårene for betaling av mulkten er oppfylt.» [6]

Bakgrunnen for ikke å gi adgang til midlertidig forføyning i forsyningssektorene 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.

Når det gjelder overtredelsesgebyret mot ulovlige direkte anskaffelser, se kapittel 13.4, gjelder dette også for forsyningssektorene.

I prinsippet gjelder i dag de samme håndhevelsesreglene over og under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene. Som nevnt ovenfor gis det imidlertid ikke særlige prosedyreregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Håndhevelse under terskelverdiene etter forsyningsforskriften retter seg således mot brudd på lovens bestemmelser og de alminnelige prinsippene i forskriftens del I.

12.3 Nye håndhevelsesbestemmelser for forsyningssektorene

12.3.1 Særlige spørsmål ved gjennomføring i forsyningssektorene

Håndhevelsesdirektivet (direktiv 92/13/EØF, som endret ved direktiv 2007/66/EØF) slår innledningsvis fast i artikkel 1 nr. 1 at direktivet gjelder for kontrakter som omfattes av forsyningsdirektivet (direktiv 2004/17/EF) med mindre kontraktene er unntatt i henhold til artikkel 5 nr. 2, artikkel 18-26, artikkel 29-30 eller artikkel 62 i sistenevnte direktiv.

Det er *utvalgets* vurdering at det er like viktig å imøtegå brudd på anskaffelsesreglene i forsyningssektorene som i klassisk sektor, og at formålene bak håndhevelsesreglene i de to sektorene må antas å være de samme. Dette tilsier at håndhevelsesreglene i forsyningssektorene og i klassisk sektor bør være like, i det omfang ikke særlige forhold gjør seg gjeldende for forsyningssektorene.

12.3.2 Valg mellom mulkt og annullering av ulovlige beslutninger/midlertidig forføyning

Det nye håndhevelsesdirektivet endrer ikke at medlemslandene kan velge mellom å gi håndhevelsesorganet kompetanse til *enten* å annullere ulovlige beslutninger og treffe avgjørelse om midlertidig forføyning *eller* å treffe andre foranstaltninger, som for eksempel å fastsette mulkt. Det betyr at Norge kan beholde dagens bestemmelser der håndhevelsesorganet ikke gis adgang til å annullere ulovlige beslutninger eller beslutte midlertidig forføyning for forsyningssektorene, men bare til å fastsette mulkt.

Innføringen av nye materielle regler om suspensjon gjør imidlertid at dagens løsning ikke lengre er hensiktsmessig. Dette er fordi en suspensjon etter dagens løsning nødvendigvis må løpe til domstolen har truffet materiell avgjørelse i saken, når det ikke kan besluttes midlertidig forføyning.

Utvalget finner derfor at den beste løsningen er å gi domstolen adgang til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe beslutninger om midlertidig forføyning også i forsyningssektorene.

---

[5] Dette må antas å gjelde i forhold til alle oppdragsgivere i forsyningssektorene, også de som er overflyttet til klassisk forskrift, jf. kapittel 12.2.1. Bestemmelsen viser nettopp til kontrakter innen forsyningssektorene, og behovet for ikke å treffe avgjørelser om midlertidig forføyning i disse sektorene må være den samme, uavhengig av typen av oppdragsgiver.

[6] Formuleringen "sektorene vannforsyning, energi, transport og telekommunikasjon" er hentet fra den tidligere forsyningsforskriften av 5. desember 2003 nr. 1424. Dette må således forstås som de aktiviteter som omfattes av gjeldende forsyningsforskrift.

Denne problemstillingen behandles nærmere i kapittel 12.3.4.

12.3.3 Karensperiode

Direktivets hovedregel: krav om karensperiode

Det innføres nye bestemmelser om karensperiode for forsyningssektorene, jf. artikkel 2a. Etter denne bestemmelsen plikter Norge å innføre en karensperiode på minimum 10/15 dager (avhengig av kommunikasjonsmiddel) fra tildelingsbeslutningen er sendt til berørte leverandører til oppdragsgiver kan inngå kontrakt med den valgte leverandøren, jf. artikkel 2a. Tildelingsbeslutningen skal blant annet følges av en kort begrunnelse i henhold til forsyningsdirektivet artikkel 49 nr. 2.[7]

Bestemmelsene om karens for forsyningssektorene svarer stort sett til bestemmelsene for klassisk sektor. Utvalget ser ikke at det er særlige problemstillinger knyttet til direktivets bestemmelser om karens for forsyningssektorene. Det vises derfor til kapittel 7 for en nærmere gjennomgang av bestemmelsene og tilknyttede problemstillinger.

Bestemmelsen om karensperiode i forsyningsforskriften § 11-4 første ledd lyder:

> «Oppdragsgiver skal i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale signeres, gi en skriftlig melding om hvem som skal tildeles kontrakt eller er valgt som leverandør til rammeavtalen. Melding gis samtidig til alle deltakerne og skal inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 11-3 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd. Meddelelsen skal også angi en frist for leverandører til å klage over beslutningen.»

Det nye håndhevelsesdirektivet medfører således behov for endring av forsyningsforskriften § 11-4 første ledd.

Det vises til kapittel 13.2 for en nærmere presentasjon av bestemmelsene om begrunnelse og behov for endringer som følge av det nye håndhevelsesdirektivet.

Unntak fra kravet om karensperiode

Det følger av artikkel 2b at Norge har adgang til i visse tilfeller å gjøre unntak fra kravet til karensperiode. Dette gjelder for:

- kontrakter som i henhold til forsyningsdirektivet lovlig kan tildeles uten forutgående kunngjøring
- tilfeller der det bare er én leverandør (den eneste berørte tilbudsgiveren er den som tildeles kontrakt, og det er ingen berørte «ansøgere» som ønsker å inngi tilbud)
- tildeling av spesifikke kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning

Disse unntakene finnes også for klassisk sektor. Det vises derfor til kapittel 7.5 for en nærmere gjennomgang av unntakene og tilknyttede problemstillinger.

Til forskjell fra klassisk sektor gis det ikke i forsyningssektorene et eksplisitt unntak for kontrakter basert på en rammeavtale.

Dette kan tolkes dit hen at Norge plikter å innføre karensperiode for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale. *Utvalget* mener imidlertid at dette ikke er tilfellet. Begrunnelsen for at det ikke gis et slikt unntak må være at det i forsyningssektorene ikke gis detaljerte prosedyreregler for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale (i motsetning til i klassisk sektor, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 32). I forsyningsdirektivet vises det derimot til at oppdragsgivere som lovlig har inngått en rammeavtale kan anvende en prosedyre uten forutgående kunngjøring ved tildeling av kontrakter som inngås på grunnlag av en rammeavtale, jf. artikkel 14 og artikkel 40 nr. 3. I forsyningsdirektivets forstand er tildeling av en kontrakt basert på en rammeavtale således en kontrakt som lovlig kan tildeles uten forutgående kunngjøring av konkurranse.[8] Det må derfor konkluderes med at det uansett kan gjøres et unntak fra kravet om karens for kontrakter basert på rammeavtaler.

12.3.4 Suspensjonsplikt

Det innføres en ny bestemmelse om suspensjonsplikt for forsyningssektorene, jf. artikkel 2 nr. 3. Etter denne bestemmelsen har Norge plikt til å sikre at oppdragsgiver ved klage til en uavhengig klageinstans ikke kan signere kontrakten før

[7] I klassisk sektor vises til begrunnelsesplikten i anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2 og 3, mens det for forsyningssektorene vises til forsyningsdirektivet artikkel 49 nr. 2. Dette innebærer likevel ikke noen materiell forskjell idet forsyningsdirektivet artikkel 49 nr. 2 har samme innhold som anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2 og 3.

[8] Denne teknikken er også anvendt i den norske forsyningsforskriften, jf. § 6-1.

håndhevelsesorganet har truffet en avgjørelse enten vedrørende en begjæring om midlertidig forføyning eller en klage. Dette gjelder bare ved klage til første instans.

Bestemmelsen er materielt sett identisk med bestemmelsen for klassisk sektor, og det oppstår derfor samme tolkningsspørsmål og problemstillinger, jf. kapittel 8.

Det er imidlertid en problemstilling i forhold til suspensjonsplikten som er særskilt for forsyningssektorene. Dette gjelder sammenhengen med valget mellom håndhevelsesorganets kompetanse etter artikkel 2 nr. 1 til *enten* å annullere ulovlige beslutninger og gi midlertidig forføyning *eller* fastsette mulkt, jf. kapittel 12.2.2.

I Norge har man valgt at det bare skal kunne fastsettes mulkt for brudd på reglene i forsyningssektorene, og det kan altså ikke gis midlertidig forføyning. En slik ordning får konsekvenser i forhold til bestemmelsen om suspensjon, særlig spørsmålet om når suspensjonen opphører.

Det følger av artikkel 2 nr. 3 at suspensjonen løper inntil «klageinstansen har truffet avgjørelse enten vedrørende en begjæring om midlertidig foranstaltninger eller en klage». Dersom håndhevelsesorganet ikke gis kompetanse til å treffe beslutning om midlertidig forføyning, betyr det altså at suspensjonen må løpe til håndhevelsesorganet har truffet avgjørelse i hovedsaken.

Dette vil etter *utvalgets* oppfatning være en svært uheldig konsekvens, idet suspensjonen i praksis vil få virkning som en midlertidig forføyning uten at de normale vilkårene for dette er vurdert. Dette er spesielt uheldig i forsyningssektorene, da man nettopp her har valgt ikke å gi mulighet for midlertidig forføyning, fordi det vil kunne få store konsekvenser og føre til store tap å stoppe en anskaffelse i disse sektorene.

Det vil være mulig å gi håndhevelsesorganet adgang til, enten på begjæring fra oppdragsgiver eller ex officio, å treffe avgjørelse om at suspensjonen skal opphøre. Dette vil imidlertid innebære at en suspensjon inntrer i alle saker i forsyningssektoren[9], og dette vil uansett kunne føre til forsinkelser i den tiden det tar for håndhevelsesorganet å treffe avgjørelse om opphør av suspensjon. I de tilfeller der håndhevelsesorganet finner at suspensjonen ikke skal opphøre, vil dette få helt tilsvarende virkning som hvis håndhevelsesorganet hadde besluttet midlertidig forføyning.

12.3.5 Sanksjonen «uten virkning» ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.

Norge plikter å innføre sanksjonen «uten virkning» for forsyningssektorene, jf. artikkel 2d. Bestemmelsen innebærer at kontrakter i forsyningssektorene skal kjennes uten virkning i følgende tre tilfeller:

- ved ulovlige direkte anskaffelser
- ved alvorlige brudd på prosedyreregler sammen med brudd på karensperiode eller suspensjonsplikten
- ved tildeling av kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning

Det gis visse unntak der kontrakten likevel ikke skal kjennes uten virkning, for eksempel der oppdragsgivere publiserer en frivillig intensjonskunngjøring eller overholder en frivillig karensperiode, jf. artikkel 2d nr. 4 og 5.

Bestemmelsene om sanksjonen «uten virkning» er stort sett identiske i forsyningssektorene og klassisk sektor, og det vises derfor til kapittel 10 for en gjennomgang av bestemmelsene og tilknyttede problemstillinger.

Til forskjell fra klassisk sektor, er det imidlertid ikke for forsyningssektorene en særlig bestemmelse om «uten virkning» for kontrakter basert på en rammeavtale. Dette henger, etter *utvalgets* oppfatning, sammen med at det ikke er krav om karens for slike kontrakter. Dette må innebære at kontrakter basert på en rammeavtale ikke kan kjennes uten virkning som følge av at oppdragsgiver ikke overholder en (frivillig) karensperiode.

12.3.6 Alternative sanksjoner

Norge plikter å innføre alternative sanksjoner, det vil si avkortning av kontrakt eller bot, i tråd med artikkel 2e i følgende tre tilfeller:

- Der en kontrakt likevel ikke kjennes uten virkning fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. I disse tilfellene skal det fastsettes alternative sanksjoner, jf. artikkel 2d nr. 3.
- Der en kontrakt kjennes uten virkning ex nunc skal det i tillegg fastsettes alternative sanksjoner, jf. artikkel 2d nr. 2 annet ledd.

[9] I klassisk sektor foreslår utvalget at suspensjon bare skal inntre i de tilfeller klager begjærer midlertidig forføyning. En slik begrensning vil ikke være mulig i forsyningssektorene, hvis det ikke åpnes opp for at klageorganet skal kunne gi midlertidig forføyning.

- Ved mindre alvorlige brudd på karenstiden/suspensjonsplikten, *kan* det ilegges alternative sanksjoner i stedet for at kontrakten kjennes uten virkning, jf. artikkel 2e nr. 1.

Reglene om alternative sanksjoner er identiske i forsyningssektorene og klassisk sektor. *Utvalget* kan ikke se at det knytter seg særlige problemstillinger til disse bestemmelsene i forsyningssektorene, og det vises derfor til kapittel 10.4 for en gjennomgang av bestemmelsene og tilknyttede problemstillinger.

12.3.7 Klagefrister

I forsyningssektorene kan Norge velge å innføre følgende tidsfrister for å klage:

- For søksmål med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning kan det i henhold til artikkel 2f innføres klagefrister på:
  - 30 dager fra kunngjøring av konkurranseresultatet der konkurransen ikke har vært kunngjort på forhånd
  - 30 dager fra oppdragsgiver har sendt ut informasjon om kontraktsinngåelsen sammen med en nærmere begrunnelse der konkurransen har vært kunngjort på forhånd
  - for alle tilfeller kan det settes en klagefrist på 6 måneder fra kontraktens inngåelse
- For andre klager over en beslutning oppdragsgiver har truffet som ledd i eller i forbindelse med en anskaffelsesprosedyre, kan det i henhold til artikkel 2c fastsettes en klagefrist som ikke må være kortere enn 10/15 dager.

Bestemmelsene om klagefrister i henholdsvis klassisk sektor og forsyningssektorene er materielt identiske. Det vises derfor til kapittel 9 for en gjennomgang av bestemmelsene og tilknyttede problemstillinger.

12.3.8 Klageprosess

Plikt til å underrette oppdragsgiver om at klage vil bli innlevert

Direktiv 91/13/EØF ga medlemslandene mulighet til å kreve at leverandører må underrette oppdragsgiver om den påståtte overtredelsen, og om at han ønsker å gjøre bruk av klageprosedyrene, før klage innleveres. Denne regelen videreføres, jf. artikkel 1 nr. 4, men med den presisering at plikten til å underrette oppdragsgiver ikke må berøre karensperioden etter artikkel 2a, eller enhver annen tidsfrist for å inngi klage etter artikkel 2c.

Denne bestemmelsen er identisk med bestemmelsen i nytt håndhevelsesdirektiv for klassisk sektor. Det vises derfor til kapittel 9 for en gjennomgang av bestemmelsen og tilknyttede problemstillinger.

Plikt til først å klage til oppdragsgiver

Direktivet gir adgang til å kreve at leverandøren først skal ha bedt oppdragsgiver om å overprøve sin beslutning, før han kan gå til en uavhengig klageinstans, jf. artikkel 1 nr. 5. I så fall skal det ved klage til oppdragsgiver innføres en regel om suspensjon av muligheten til å inngå kontrakt, som tidligst opphører 10/15 dager fra oppdragsgiver har sendt sitt svar til leverandøren.

Bestemmelsene for klassisk sektor og forsyningssektorene er identiske, og det vises derfor til kapittel 9 for en gjennomgang av bestemmelsen og tilknyttede problemstillinger.

12.3.9 Opphevelse av bestemmelser om attestering

Direktiv 2007/66/EF opphever artiklene 3-6 om attestering i direktiv 92/13/EØF.

Bestemmelsene om attestering innebærer at oppdragsgivere på frivillig basis kan få undersøkt sine anskaffelsesprosedyrer med henblikk på å få utstedt en attest som fastslår at prosedyrene er i overensstemmelse med felleskapsretten, jf. tidligere artikkel 4. Attesteringsordningen har nesten ikke blitt brukt og bidrar derfor ikke til å forebygge overtredelser. Ordningen fører tvert imot til administrative kostnader for medlemslandene, som skal stille til rådighet godkjente attesteringsorganer. Dette er ikke berettiget, da det ikke er noen reell etterspørsel fra oppdragsgivere, og bestemmelsene er på denne bakgrunnen blitt opphevet med direktiv 2007/66/EF, jf. premiss 29 i fortalen.

Tidligere lov om offentlige anskaffelser (lov 27. november 1992 nr. 116) inneholdt en fullmakt for Kongen til å gi regler om frivillig kontroll (attestering) av oppdragsgivernes etterlevelse av anskaffelsesreglene. Slike regler har imidlertid ikke blitt innført.

Verken gjeldende lov eller forskrift inneholder regler om attestering, og opphevelsen av bestemmelsene vil derfor ikke få betydning for Norge.

12.3.10 Opphevelse av bestemmelser om forliksprosedyre

Direktiv 2007/66/EF opphever artiklene 9-11 om frivillig forliksprosedyre i direktiv 92/13/EØF.

Bestemmelsene om forliksprosedyre innebærer at enhver som har eller har hatt en interesse i å få tildelt en kontrakt omfattet av forsyningsdirektivet, kan be om at det anvendes en særlig forliksprosedyre ved antatt brudd på regelverket. Anmodning om å anvende en slik prosedyre skal sendes til Kommisjonen, som oppfordrer oppdragsgiveren til å delta i prosedyren. Hvis oppdragsgiveren godtar å delta i forliksprosedyren, foreslår Kommisjonen en forliksmann. Hver part utpeker også en forliksmann, slik at det er tre forliksmenn i alt, og det kan eventuelt også utpekes eksperter. Forliksmennene skal bestrebe seg på så hurtig som mulig å oppnå en avtale mellom partene, og resultatet meddeles Kommisjonen.

Den særlige forliksprosedyren har nesten aldri blitt brukt, jf. premiss 30 i fortalen til direktiv 2007/66/EF. På denne bakgrunnen er bestemmelsene om forliksprosedyre blitt opphevet.

Det finnes ikke særlige bestemmelser om forliksprosedyren verken i lov om offentlige anskaffelser eller i forsyningsforskriften. Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA-avtalen) inneholder imidlertid tilsvarende bestemmelser om forliksprosedyre, jf. protokoll 2, artikkel 4-7. Etter disse bestemmelsene sendes anmodning om å benytte forliksprosedyre enten direkte til EFTAs overvåkingsorgan (ESA) eller til FAD som videresender anmodningen til ESA. ESA har, etter konsultasjon av EFTA-landene, ansvaret for å utarbeide en liste over forliksmenn.

Utvalget er ikke kjent med at denne prosedyren har blitt brukt i Norge. Opphevelsen av bestemmelsene vil derfor ikke få praktisk betydning for Norge.

12.4 Utvalgets anbefalinger

12.4.1 Valg mellom mulkt og annullering av ulovlige beslutninger/midlertidig forføyning

Utvalget mener at de nye bestemmelsene om suspensjon vil få uhensiktsmessige konsekvenser for forsyningssektorene, dersom håndhevelsesorganet utelukkende har adgang til å fastsette mulkt. Dette skyldes at suspensjon i praksis da vil få samme virkning som en midlertidig forføyning, uten at de normale vilkårene for forføyning vurderes.

Utvalget foreslår på denne bakgrunnen at det innføres adgang til å annullere ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning også i forsyningssektorene. Dette betyr at det ikke lenger skal være mulig å fastsette mulkt. Argumentet om at det kan få store konsekvenser å stoppe en anskaffelse i forsyningssektorene vil naturligvis fortsatt være relevant. *Utvalget* finner imidlertid ikke at dette er problematisk, da domstolen skal ta hensyn til eventuelle konsekvenser som ledd i den alminnelige vurderingen av om det faktisk skal gis midlertidig forføyning.

12.4.2 Karensperiode

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår at det fastsettes en karensperiode på minimum 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsmiddel.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår at karensperioden settes til 15 dager i alle tilfeller.

Utvalget foreslår å innføre samtlige mulige unntak fra kravet til karensperiode. For å skape størst mulig klarhet i regelverket, foreslår utvalget at det også eksplisitt fremgår at kravet om karensperiode ikke gjelder ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale. Utvalget foreslår også at det i forskriften innføres definisjoner av «karensperiode» og «berørte leverandører».

Utvalgets medlemmer Sejersted, Hellesylt, Mjølhus og Aatlo foreslår å endre skjæringstidspunktet for når en kontrakt i den aktuelle sammenhengen skal anses inngått, til når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept kommer frem til leverandøren. Disse medlemmene anbefaler også at det i bestemmelsen presiseres at meddelelsen om tildelingsbeslutningen ikke anses som avtalerettslig aksept.

Utvalgets medlemmer Hauge, Gjønnes, Goller og Aardalsbakke anbefaler å beholde dagens regel om at kontrakt anses inngått ved signering av begge parter.

Utvalget viser for øvrig til sine vurderinger i kapittel 7.

12.4.3 Suspensjonsplikt

Utvalget foreslår at suspensjon begrenses til å inntre ved begjæring om midlertidig forføyning, når begjæringen fremsettes før utløpet av en karens-

periode fastsatt av oppdragsgiver eller i de 10 dagene etter kunngjøring av en intensjonskunngjøring, der oppdragsgiver er forpliktet til ikke å inngå kontrakt. Suspensjon skal bare inntre ved begjæring til første instans, og ikke ved anke. Utvalget foreslår at suspensjon inntrer ved forkynnelse av begjæringen for oppdragsgiver.

Utvalget foreslår at suspensjonen skal løpe inntil domstolen har tatt stilling til begjæringen om midlertidig forføyning.

Utvalget viser for øvrig til sine vurderinger i kapittel 8.

12.4.4 Søksmålsfrister og klageprosess

Utvalget anbefaler å innføre følgende søksmålsfrister for når en sak med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning kan reises:

- 30 dager fra oppdragsgivers kunngjøring av konkurranseresultatet der konkurransen ikke har vært kunngjort på forhånd
- 30 dager fra oppdragsgiver har sendt ut informasjon om kontraktsinngåelsen til berørte leverandører sammen med en nærmere begrunnelse der konkurransen har vært kunngjort på forhånd
- for andre tilfeller settes det en søksmålsfrist på 1 år fra kontraktens inngåelse

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, anbefaler å innføre en mulighet for oppdragsgiver til å fastsette en frist for når leverandøren må ha fremsatt begjæring om midlertidig forføyning mot visse beslutninger. Dette gjelder oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren, eller om å forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen etter utvelgelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere. Forslaget omfatter bare begrensede anbudskonkurranser, konkurranser med forhandling og konkurransepreget dialog.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler ikke at det innføres slike (fakultative) preklusive frister ved begjæring om midlertidig forføyning.

Utvalget anbefaler ikke å innføre en særlig plikt for leverandører til først å underrette eller klage til oppdragsgiver, før sak kan reises ved domstolen.

Utvalget viser for øvrig til sine vurderinger i kapittel 9.

12.4.5 Sanksjonen «uten virkning» og alternative sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.

Utvalget anbefaler at sanksjonen «uten virkning» innføres for følgende brudd på anskaffelsesregelverket for forsyningssektorene:

- ved ulovlige direkte anskaffelser
- ved visse brudd på anskaffelsesreglene sammen med brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon
- ved tildeling av kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene

Når det gjelder det første tilfellet som skal føre til at kontrakt kjennes uten virkning, ulovlige direkte anskaffelser, foreslår utvalget at det i forsyningsforskriften gis en definisjon av «ulovlige direkte anskaffelser». Denne definisjonen bør knyttes opp til oppdragsgivers plikt etter forskriften til å kunngjøre konkurransen.

Når det gjelder brudd på anskaffelsesregelverket sammen med brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon, foreslår utvalget at det fastsettes som vilkår at bruddet på forskriften skal ha påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten. Det skal også fastsettes som vilkår at bruddet på bestemmelsene om karens eller suspensjon skal ha fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt.

Når det gjelder tildeling av kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene, anbefaler utvalget at et slikt brudd knyttes til prosedyrebestemmelsen i forsyningsforskriften, og at det settes som vilkår at kontrakten overstiger EØS-terskelverdiene. Kontrakter basert på en rammeavtale skal ikke kunne kjennes uten virkning i forsyningssektorene.

Utvalget anbefaler å innføre unntak fra sanksjonen «uten virkning» når hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, ved frivillig intensjonskunngjøring og ved overholdelse av frivillig karensperiode for kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning.

Utvalget foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene, bot og avkortning av kontrakt, og at disse skal kunne kombineres. Håndhevelsesorganet bør gis et handlingsrom som gir det adgang til å fastsette den sanksjonen som er mest egnet i det konkrete tilfellet. Når det gjelder bot foreslår utvalget å anvende terminologien «overtredelses-

gebyr» fremfor bot, og at det settes en øvre grense på 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Utvalget anbefaler videre at sanksjonen «uten virkning» ikke innføres ved mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon. Dette ville kunne virke som en uforholdsmessig sanksjon sett i lys av overtredelsens alvorlighet. Her anbefaler utvalget i stedet å innføre de alternative sanksjonene, overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt.

Utvalget viser for øvrig til sine vurderinger i kapittel 10.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, foreslår samtidig å oppheve lov om offentlige anskaffelser § 7b om overtredelsesgebyr. Utvalgets flertall mener at håndhevelsesdirektivets regler verken prinsipielt eller praktisk kan kombineres med at KOFA fortsatt skal ha kompetanse til å ilegge administrativt overtredelsesgebyr, se kapittel 13.4.4.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår i tillegg, ved en videreføring av dagens domstolsmodell, å beholde KOFAs kompetanse etter lov om offentlige anskaffelser § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, se kapittel 13.4.4.

12.5 Håndhevelse av uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene

Anskaffelser av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene faller i utgangspunktet innenfor håndhevelsesdirektivets virkeområde, jf. artikkel 1 nr. 1. Det innebærer at de generelle reglene i direktivets artikkel 1 og 2, slik som for eksempel at det skal finnes effektive og raske klagemuligheter og at det skal være mulig å oppnå skadeserstatning, kommer til anvendelse på anskaffelser av slike tjenester.

Det er imidlertid ikke alle de nye bestemmelsene som er relevante for anskaffelser av uprioriterte tjenester. Når det gjelder bestemmelsene om karens og suspensjon, har ikke Norge plikt til å innføre slike bestemmelser. De tilfellene som skal føre til sanksjonen «uten virkning» og/eller alternative sanksjoner er heller ikke relevante for kontrakter om uprioriterte tjenester, og det er derfor heller ikke plikt til å innføre disse bestemmelsene for slike kontrakter.

Norge har ikke plikt til å innføre klagefrister i forsyningssektorene. Velger vi å gjøre dette, gjelder imidlertid direktivets bestemmelser om minimumsfrister.

Håndhevelsesdirektivet gjelder ikke for kontrakter under EØS-terskelverdiene, og Norge er således ikke forpliktet til å innføre de nye bestemmelsene som følger av direktiv 2007/66/EF for slike kontrakter.

Et annet spørsmål er om direktivets regler *bør* gis anvendelse også for kontrakter om uprioriterte tjenester og/eller kontrakter under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene.

Slike kontrakter omfattes utelukkende av lov om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften del I. Forskriftens del I gir alminnelige regler som gjelder for alle anskaffelser, herunder bestemmelser om grunnleggende prinsipper. Kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene er således ikke omfattet av noen detaljerte prosedyreregler.

På denne bakgrunnen finner *utvalget* det ikke hensiktsmessig å innføre nye, særlige bestemmelser om håndhevelse for kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene for forsyningssektorene.

Det vises for øvrig til kapittel 11 for en nærmere gjennomgang av håndhevelsesdirektivets rekkevidde i forhold til anskaffelser av uprioriterte tjenester og kontrakter under EØS-terskelverdiene.

12.6 Særlig om håndhevelse i olje- og gassektoren

Som beskrevet i kapittel 12.2.1 kan norske virksomheter i olje- og gassektoren velge å følge en alternativ prosedyre, jf. forsyningsforskriften kapittel 14. Ifølge reglene i dette kapitlet skal tildeling av kontrakter om kjøp av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider skje etter konkurranse basert på ikke-diskriminerende og objektive prosedyrer og kriterier. Det stilles derimot ikke krav om kunngjøring av konkurransen, og det gis for eksempel heller ikke spesifikke prosedyreregler om meddelelse og begrunnelse.

Håndhevelsesdirektivets regler gjelder i utgangspunktet også for anskaffelser som følger den alternative prosedyren. De generelle reglene i artikkel 1 og 2 får følgelig anvendelse, hvilket blant annet innebærer at det skal finnes effektive og raske klagemuligheter, og at det skal være mu-

lig å oppnå erstatning. Det skal med andre ord være mulig for forbigåtte leverandører å klage over anskaffelser som skjer i strid med reglene for den alternative prosedyren, for eksempel dersom oppdragsgivere anvender diskriminerende kriterier.

De nye bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet får imidlertid etter *utvalgets* oppfatning ikke betydning for anskaffelser som følger den alternative prosedyren. Dette henger sammen med at de nye bestemmelsene er knyttet opp til brudd på spesifikke prosedyrekrav.

Når det gjelder kravet om karens knytter dette seg til regler om oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutningen. Ettersom det ikke gis spesifikke regler om meddelelser for anskaffelser som følger den alternative prosedyren, betyr det at det for slike anskaffelser heller ikke stilles krav om å iaktta en karensperiode før kontrakt kan underskrives. Det betyr også at det ikke inntrer suspensjon ved klage over anskaffelser som følger denne alternative prosedyren.

Når det gjelder de nye bestemmelsene om at kontrakter i visse situasjoner skal kjennes uten virkning, knytter disse seg til brudd på kunngjøringsregler eller overtredelser av karens- og suspensjonsbestemmelser. Ettersom det verken stilles krav om kunngjøring av konkurransen eller om karens/suspensjon for anskaffelser som følger den alternative prosedyren, er heller ikke bestemmelsene om «uten virkning» relevante for slike anskaffelser.

Kapittel 13
Andre mulige konsekvenser for norsk anskaffelsesrett

13.1 Innledning

I tillegg til spørsmålene som direkte reguleres av det nye håndhevelsesdirektivet, blir også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte berørt av direktivet. I tråd med mandatet har utvalget vurdert behovet for øvrige regelendringer så langt det har fremstått som hensiktsmessig, for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk. På noen punkter kommer utvalget med konkrete forslag til regelendringer, mens det på andre områder anbefaler myndighetene å se nærmere på problemstillingen.

De temaene som blir behandlet i dette kapittelet er:

- oppdragsgivers begrunnelsesplikt (kapittel 13.2)
- vedståelsesfristen for leverandører (kapittel 13.3)
- de gjeldende reglene om overtredelsesgebyr (kapittel 13.4)
- oppdragsgivers mulighet til å foreta dekningskjøp når en kontrakt kjennes uten virkning (kapittel 13.5)
- erstatningsrettslige problemstillinger (kapittel 13.6)
- utfordringer knyttet til den nye offentlighetsloven (kapittel 13.7)
- utfordringer knyttet til dagens kontroll etter kommuneloven § 59 (kapittel 13.8)

13.2 Begrunnelsesplikten ved valg av leverandør

13.2.1 Innledning

Begrunnelsesplikten er relevant i forbindelse med en rekke av de nye bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet. Det gjelder bestemmelsene om karens, klagefrister og unntak til sanksjonen «uten virkning».

Kravet om at oppdragsgiver skal begrunne sine beslutninger, må sees i lys av formålet med anskaffelsesreglene om å sikre gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesprosessene, og dermed leverandørenes rettssikkerhet. Leverandørenes mulighet til å få oppdragsgivers beslutninger overprøvd, avhenger i stor grad av hvilke opplysninger de mottar om anskaffelsesprosessen. Oppdragsgivers begrunnelse må derfor være av en slik art at det er mulig å etterprøve om beslutningen er i samsvar med regelverket og de reglene som er satt for konkurransen. Videre vil slike tilbakemeldinger være et bidrag til forbedringer i den enkelte bedrift.

En plikt til å utarbeide omfattende begrunnelser vil samtidig kunne representere en byrde for oppdragsgiver. Dette forsterkes av at leverandører som er misfornøyde med en avgjørelse vil kunne stille en rekke spørsmål til oppdragsgiver med utgangspunkt i kravene til begrunnelse, i håp om at svarene vil kunne avdekke feil i prosessen. Selv i anskaffelser der det ikke er noen egentlig grunn til å mistenke brudd på reglene, kan oppdragsgiver bli tvunget til å sette av betydelige ressurser for å behandle spørsmål som ikke leder til noe i praksis.

Spørsmålet om rekkevidden og forståelsen av hvilke krav som stilles til oppdragsgivers begrunnelse er derfor av stor betydning, og det er flere hensyn som må balanseres. Leverandørene må gis tilstrekkelig informasjon til å kunne ivareta sine rettigheter, men uten at oppdragsgiverne pålegges unødvendige byrder knyttet til håndtering av begrunnelsesplikten.

Når det gjelder spørsmålet om krav til begrunnelsen, er det i dag et sprik mellom – på den ene siden – de norske reglene, og særlig slik disse er utlagt i KOFA-praksis, og – på den andre siden – EØS-reglene. Det stilles nemlig større krav til oppdragsgivers begrunnelse etter norsk rett og KOFA-praksis enn hva som følger av EØS-retten. Gjeldende EØS-regler, norske regler og praksis om begrunnelse gjennomgås i hhv. kapittel 13.2.2 og 13.2.3.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, mener at forskriftens ordlyd om innholdet i begrunnelsen er uheldig, og at særlig KOFA har gått for langt i sin praksis når det gjelder hvilke krav som det ut fra dette må stilles til oppdragsgivers begrunnelse. Håndteringen av etterfølgende krav til begrunnelse tar i enkelte anskaffelser uforholdsmessig mye ressurser. Uklarhet knyttet til hva som egentlig kan kreves av en begrunnelse skaper i seg selv også problemer i praksis. Samtidig er det klart at det fortsatt ikke er helt uvanlig at oppdragsgivers første begrunnelse ikke er av et innhold som er egnet til å oppfylle formålet. På denne bakgrunn anbefaler utvalgets flertall at det gis nye bestemmelser om begrunnelse, som utelukkende pålegger oppdragsgiver å gi én begrunnelse. Denne begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at oppdragsgiver fortsatt først må gi en automatisk begrunnelse, som skal opplyse navnet på den valgte leverandør og samtidig gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier. Oppdragsgiver må i tillegg, etter skriftlig anmodning (som i dag), gi en individuell begrunnelse som gjør at leverandøren får innsikt i hvorvidt ens eget tilbud er riktig vurdert opp mot det vinnende tilbudet.

Utvalgets anbefalinger utdypes i kapittel 13.2.5.

13.2.2 Gjeldende EØS-regler om begrunnelse

Anskaffelsesdirektivenes regler om meddelelse til leverandørene

Anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) artikkel 41 inneholder en bestemmelse om meddelelse og begrunnelse.

Etter bestemmelsens nr. 1 skal oppdragsgivere hurtigst mulig underrette «ansøkere» og «tilbudsgivere» om hvilke avgjørelser som er truffet med hensyn til tildeling av kontrakt/inngåelse av rammeavtale/opptak i en dynamisk innkjøpsordning. Dersom oppdragsgiver beslutter å ikke inngå en rammeavtale eller tildele en kontrakt, skal dette begrunnes. Det følger ikke av bestemmelsens ordlyd at meddelelse skal gis i forbindelse med avslag på forespørsel om å delta i konkurransen, men dette må antas også å være tilfelle.[1] Det er ikke krav om at denne underrettelsen skjer skriftlig, med mindre leverandørene ber om det.

Etter artikkel 41 nr. 2 skal oppdragsgiver, på anmodning fra de berørte parter, hurtigst mulig og senest innen 15 dager etter mottak av en skriftlig anmodning, gi en begrunnelse når:

- forbigåtte «ansøkere» ber om en begrunnelse for hvorfor deres anmodning om å delta er avvist[2]
- forbigåtte «tilbudsgivere» ber om en begrunnelse for hvorfor deres tilbud er forkastet[3]
- «tilbudsgivere» som har avgitt et akseptabelt tilbud ber om å få opplyst navnet på den vinnende leverandøren eller partene i rammeavtalen, samt egenskaper og relative fordeler ved det vinnende tilbudet

Kravet til hvilke opplysninger oppdragsgiver må gi, varierer altså alt etter hvem som etterspør opplysninger.[4]

I den meddelelsen som oppdragsgiver skal gi automatisk, må oppdragsgiver kun opplyse om hvilke avgjørelser han treffer, uten at disse trenger å begrunnes. Unntaket er dersom konkurransen avlyses. Det skal da gis en automatisk begrunnelse for dette. Oppdragsgiver er altså ikke i første omgang forpliktet til å opplyse navnet på den vinnende leverandør eller begrunne hvorfor kontrakten er tildelt denne. Kun på oppfordring skal disse beslutningene begrunnes.

Kun leverandører som har avgitt et akseptabelt tilbud har krav på å få opplyst navnet på den vinnende leverandøren. Det er også kun disse leverandørene som har krav på å få vite hvilke egenskaper og relative fordeler ved det vinnende tilbudet som har ført til at dette tilbudet anses som det beste.

Anskaffelsesdirektivet utpensler ikke ytterligere hva som kreves av opplysninger i oppdragsgivers begrunnelse. Verken rettspraksis fra EU-domstolen (se omtale under) eller juridisk teori synes å legge til grunn at det stilles store krav til innholdet i begrunnelsen. I den juridiske litteratu-

---

1 Se EUs udbudsdirektiver med kommentarer av Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, 2008, side 1039.

2 I anskaffelsesforskriften § 20-16 annet ledd bokstav a omtales de som blir avvist og i bokstav b de som blir forkastet i en begrenset anbudskonkurranse. Direktivets artikkel 41 nr. 2 første strekpunkt omfatter trolig begge tilfeller.

3 I anskaffelsesforskriften § 20-16 annet ledd bokstav c benyttes formuleringen at et tilbud er "avvist" i stedet for "forkastet" som i direktivet. Det er trolig ingen materiell forskjell på disse bestemmelsene.

4 Anskaffelsesdirektivet sondrer mellom "ansøkere" og "tilbudsgivere". Se nærmere i kapittel 7.4 om hva som ligger i disse begrepene.

ren fremgår det blant annet at artikkel 41 nr. 2 ikke krever at oppdragsgiver generelt skal

> «redegøre for sin tilgang ved vurderingen av tilbuddene eller næppe heller for, hvordan den anmodende tilbudsgivers tilbud og den vindnende tilbudsgivers tilbud er vurderet i detaljer i forhold til tildelingskriteriet og – ved det økonomisk mest fordelagtige tilbud – eventuelle delkriterier».[5]

Forsyningsdirektivet inneholder en tilsvarende bestemmelse om begrunnelse i artikkel 49.

Anskaffelsesdirektivenes regler om kunngjøring av konkurranseresultater

Ifølge anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 4, jf. artikkel 36 og 37, er oppdragsgiver forpliktet til å kunngjøre konkurranseresultatet i Tenders Electronic Daily (TED-databasen). Hvilke opplysninger en slik kunngjøring skal inneholde fremgår av anskaffelsesdirektivet bilag VII A. Dette gjelder blant annet følgende opplysninger:[6]

- den anvendte anskaffelsesprosedyren
- kontraktens art og omfang
- de anvendte tildelingskriteriene
- antall innkomne tilbud
- navn og adresse på den vinnende leverandøren
- kontraktsverdien

Såfremt oppdragsgiver har benyttet konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, skal kunngjøringen av konkurranseresultatet også inneholde en begrunnelse for hvorfor denne prosedyreformen er anvendt.

Forsyningsdirektivet inneholder tilsvarende en bestemmelse om kunngjøring av konkurranseresultater i artikkel 43.[7]

EU-domstolens praksis om kravet til begrunnelse

Retten i første instans har tatt stilling til spørsmålet om begrunnelse.[8]

I sak T-4/01 (Renco), som vedrørte en anskaffelse foretatt av det europeiske Rådet[9], uttalte retten følgende i premiss 92-93:

> «[…] Rådet opfylder sin begrundelsespligt, hvis det i første omgang nøjes med straks at underrette de forbigåede tilbudsgivere om afslaget på deres bud ved en ubegrundet meddelelse og efterfølgende inden for 15 dage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning herom giver de bydende, der udtrykkeligt anmoder herom, oplysning om det antagne buds egenskaber og relative fordele samt navnet på den bydende, hvis bud er antaget.
>
> Denne fremgangsmåde er i overenstemmelse med formålet med begrundelsesplikten […], hvorefter begrundelsen klart og utvetydig skal angive de betragtninger, som er lagt til grund […], dels således at de berørte personer kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, for at de kan forsvare deres rettigheder, dels således at Domstolen og Retten kan udøve deres prøvelsesret.»

Retten fant i den konkrete saken at oppdragsgivers begrunnelse var tilstrekkelig. Oppdragsgiver hadde her bare vist til at tilbudene var bedømt og sammenlignet på grunnlag av tildelingskriteriene, at kontrakten ble tildelt den leverandør som hadde avgitt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og at klagers tilbud ikke på noen punkter var plassert bedre enn tilbudet fra den vinnende leverandør. Retten bemerket i den forbindelse at klager, ut i fra denne begrunnelsen, umiddelbart kunne fastslå den presise grunnen til at klagers tilbud ble forkastet, nemlig at det var økonomisk mindre fordelaktig.[10]

Kravene til begrunnelse er også behandlet i to senere avgjørelser fra EU-domstolen[11], men uten at disse gir særlig veiledning knyttet til det nærmere innholdet i begrunnelsesplikten.

I sak C-455/08 var spørsmålet om en irsk lovbestemmelse om krav til begrunnelse var i samsvar med direktivene. EU-domstolen uttalte i premiss 32:

> «Secondly, Article 51 of S.I. No 50 of 2007 provides that the unsuccessful tenderers are to be in-

---

[5] EUs udbudsdirektiver med kommentarer av Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, 2008, side 1053 flg. Se også Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 2005, side 798 flg.

[6] Visse opplysninger kan unntas fra kunngjøringen, for eksempel for å beskytte offentlige eller private foretaks legitime økonomiske interesser.

[7] I forsyningsdirektivet artikkel 43 nr. 3 finnes det særlige regler for kunngjøring av konkurranseresultatet for FOU-tjenestekontrakter som kan inngås uten forutgående kunngjøring. For slike kontrakter kan opplysninger om tjenestenes art og omfang begrenses til "tjenester vedrørende FOU".

[8] Se sakene T-183/00 (Strabag) og T-4/01 (Renco) som begge vedrører samme innkjøp.

[9] Det bemerkes at Rådet måtte følge reglene i det tidligere bygge- og anleggsdirektivet (93/37/EØF som endret ved 97/52/EØF) som hadde en tilsvarende bestemmelse om begrunnelse.

[10] Avgjørelsens premiss 95.

[11] Se sakene C-476/08 (Evropaïki Dynamiki) og C-455/08 (Kommisjonen mot Irland).

formed, at the time when the award decision is notified, of 'the principal reason, or reasons, why [their] tender is not the selected tender'. However, as the Commission maintains, the discretion which that provision allows the contracting authority is such that unsuccessful tenderers are at risk of receiving incomplete information and very generally formulated explanations concerning the rejection of their tender, so that they are prevented from examining the validity of the award decision in sufficient time.»

Rekkevidden av uttalelsen er uklar, siden det sentrale spørsmålet i saken var på hvilket tidspunkt meddelelsen må gis og drøftelsen et stykke på vei synes å foregripe reguleringen av begrunnelsesplikten i det nye håndhevelsesdirektivet. Den siterte uttalelsen kan uansett synes å tilsi at EU-domstolen mener at begrunnelsen ikke må være for generell for å kunne oppfylle sitt formål.

13.2.3 Gjeldende norske regler om begrunnelse

Begrunnelsesplikt i forbindelse med meddelelse om tildeling av kontrakt og ved andre beslutninger

I Norge er begrunnelsesplikten regulert i anskaffelsesforskriften § 20-16.[12]

Det følger av bestemmelsens annet ledd at oppdragsgiver snarest mulig, og underforstått uoppfordret, skal gi en skriftlig melding med en kort begrunnelse når:

- en forespørsel om å delta i konkurransen blir avvist (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren)
- en forespørsel om å delta i konkurransen blir forkastet der oppdragsgiver har satt en grense for antall deltakere (deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere)
- et tilbud blir avvist (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet)
- konkurransen avlyses (avlysning av konkurransen og totalforkastelse)
- det ikke blir etablert en dynamisk innkjøpsordning som kunngjort

Formålet med disse bestemmelsene er å gi leverandøren en mulighet til å vurdere om beslutningen er truffet på riktig grunnlag, om det er grunnlag for å klage, og til å foreta forbedringer i fremtiden. Bestemmelsene tilsvarer langt på vei en kombinasjon av bestemmelsene som følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 1 og 2.

Når det gjelder begrunnelse om kontraktstildelinger og valg av leverandør til rammeavtaler, er de norske reglene mer utfyllende. Det følger av forskriftens § 22-3 at meddelelse om tildeling av kontrakt blant annet skal inneholde en begrunnelse for valg av leverandør i samsvar med forskriftens bestemmelser om begrunnelsesplikt.[13] Etter forskriftens § 20-16 første ledd skal denne begrunnelsen inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier.[14] Denne begrunnelsen skal gis til alle «deltakerne», jf. § 22-3, og den skal gis uoppfordret. Det er ikke definert i forskriften hvem som skal anses som deltakere i konkurransen.[15]

Ifølge KOFAs praksis skal begrunnelsen videre omtale det valgte tilbudets egenskaper, og det er ikke tilstrekkelig å bare henvise til tildelingskriteriene. Begrunnelsen må synliggjøre bruken av tildelingskriteriene, og hvordan det valgte tilbudet falt ut i forhold til disse. Særlig når oppdragsgiver velger å tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og dette ikke har lavest pris, må begrunnelsen synliggjøre hvilke fordeler det valgte tilbudet har som mer enn oppveier den høyere prisen.[16]

Begrunnelsen skal altså gi leverandøren tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om han eventuelt skal imøtegå tildelingsbeslutningen, enten gjennom å henstille til oppdragsgiver om å endre beslutningen, eller ved å klage og eventuelt ta ut en begjæring om midlertidig forføyning. Samtidig er begrunnelsen viktig for å gi leverandøren mulighet til å foreta forbedringer, og dermed redusere muligheten for å bli avvist i fremtiden.

Både begrunnelse for beslutning om tildeling av kontrakt og andre begrunnelser skal gis av oppdragsgiver på eget initiativ, så snart som mulig etter at beslutningen er tatt. Slike begrunnelser omtales heretter som «automatiske begrunnelser».

[12] De norske reglene om begrunnelse er identiske over og under EØS-terskelverdiene, jf. anskaffelsesforskriften § 11-14.

[13] En bestemmelse med tilsvarende materielt innhold finnes i forsyningsforskriften § 11-4.

[14] Denne presiseringen er tatt inn i forskriften på bakgrunn av KOFA-praksis, og det må således antas at bestemmelsen er ment å være en kodifisering av praksis.

[15] Det vises til kapittel 7.4 for en nærmere gjennomgang av spørsmålet om berørte leverandører.

[16] Se KOFA-sak 2003/49.

Plikt til å gi nærmere begrunnelse

Dersom en leverandør ber om det, skal oppdragsgiver innen 15 dager gi en nærmere begrunnelse for hvorfor forespørselen om å delta i konkurransen er forkastet eller hvorfor leverandøren ikke får tildelt kontrakten, jf. §§ 11-14 fjerde ledd og 20-16 fjerde ledd. Slike begrunnelser omtales heretter som «nærmere begrunnelser».

Det fremgår av bestemmelsene at kravet til innhold og omfang av den nærmere begrunnelsen er høyere enn hva som gjelder for den automatiske begrunnelsen. Den nærmere begrunnelsen må således forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet fra den leverandøren som har bedt om en nærmere begrunnelse.[17] Dette innebærer blant annet å synliggjøre og utdype hvilke vurderinger som er gjort. Kravene til den nærmere begrunnelsens innhold og omfang må til en viss grad fastsettes på bakgrunn av innholdet i leverandørens skriftlige anmoding.[18]

Når kontrakt er tildelt skal begrunnelsen inneholde både navnet på den valgte leverandøren og en nærmere redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. At de relative fordelene ved det valgte tilbudet skal omtales, betyr konkret at de egenskapene, i henhold til tildelingskriteriene, som gjorde at det vinnende tilbud kom best ut, skal beskrives og settes i forhold til de samme egenskapene ved leverandørens tilbud.

Denne forståelsen av begrunnelsens innhold er i stor grad utviklet gjennom KOFAs praksis, og stiller store krav til oppdragsgiver.[19] KOFAs praksis er imidlertid i mindre grad overprøvd av domstolene (se nærmere om domstolspraksis nedenfor).

Særlig om begrunnelse i forsyningssektorene

I forsyningsforskriften reguleres begrunnelsesplikten i § 11-3. Det anvendes her en litt annen formulering enn i anskaffelsesforskriften § 20-16, og det stilles tilsynelatende mindre krav til begrunnelsesplikten i forsyningsforskriften. Mens det etter reglene for klassisk sektor automatisk skal gis en begrunnelse som inneholder tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om valget har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med angitte tildelingskriterier, skal oppdragsgivere i forsyningssektorene bare automatisk «gi en kort begrunnelse» for tildelingsbeslutningen, jf. § 11-3 første ledd.

Denne forskjellen henger muligens sammen med at det for private forsyningsforetak ikke ved forskrift kan gis regler som går lengre enn det som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner, jf. lov om offentlige anskaffelser § 11 tredje ledd.

Begrunnelsesplikt i forbindelse med kunngjøring av konkurranseresultater

Over EØS-terskelverdiene er oppdragsgivere forpliktet til å kunngjøre konkurranseresultatet i Doffin-databasen, som videreformidler dette til kunngjøring i TED-databasen, jf. § 18-4. Dette svarer til reglene etter anskaffelsesdirektivet, jf. kapittel 13.2.2.[20]

Forsyningsforskriften har tilsvarende bestemmelser i § 8-6.

Praksis fra norske domstoler

Som nevnt ovenfor, har KOFAs forståelse av begrunnelsesplikten i liten grad vært prøvd for domstolene, og det er ikke gitt at domstolene vil trekke kravene til begrunnelsens innhold like langt som KOFA. I motsetning til for KOFA, vil spørsmålet om kravene til begrunnelse er oppfylt relativt sjeldent komme på spissen for domstolene, siden et brudd på begrunnelsesplikten sjelden vil kunne gi grunnlag for noen sanksjon i seg selv. Et par rettsavgjørelser skal for sammenligningens skyld kort behandles i det følgende.

Borgarting lagmannsrett har behandlet et saksforhold[21] som tidligere hadde vært behandlet i KOFA (sak 2006/77):

I saken hadde administrasjonen i en kommune først innstilt én leverandør, hvoretter flertallet i kommunestyret valgte en annen leverandør. I meddelelsen til leverandørene het det blant annet at tilbudet fra den vinnende leverandøren samlet sett var det økonomisk sett mest fordelaktige tilbud med god kvalitet og lavest pris innenfor gitte tildelingskriterier, og at valget var begrunnet i «til-

---

[17] Se KOFA-sak 2003/49.

[18] Se KOFA-sak 2008/112.

[19] Se for eksempel sakene 2003/49, 2003/247, 2008/83 og 2008/112.

[20] For kontrakter under EØS-terskelverdiene kan oppdragsgiver velge å kunngjøre konkurranseresultatene i Doffin, men er ikke forpliktet til dette, jf. § 9-2 første ledd. Ifølge opplysninger fra Doffin fra 2008 utgjør slike kunngjøringer kun ca. 4 prosent av samtlige nasjonale kunngjøringer.

[21] Jf. LB-2008-56919

fredsstillende funksjonelle og visuelt estetiske kvaliteter samt pris».

KOFA mente at denne begrunnelsen ikke var tilstrekkelig. Nemnda la særlig vekt på at det ikke ble oppgitt hvorfor administrasjonens innstilling ble fraveket. I en slik situasjon mente KOFA at det må kunne etterprøves at alle tildelingskriterier er evaluert og på hvilke punkter kommunestyret har et annet syn enn administrasjonen.

Lagmannretten kom til at tildelingen var lovlig.[22] Retten fant ikke grunn til å gå konkret inn på spørsmålet om begrunnelsen tilfredsstilte forskriftens krav, fordi en mulig mangelfull begrunnelse var en saksbehandlingsfeil som ikke hadde hatt betydning for utfallet av konkurransen. Lagmannsretten uttalte likevel at det ikke er holdepunkter for å tillegge administrasjonens innstilling en slik vekt som KOFA hadde gjort, og at kravet til begrunnelse i stedet må knyttes til vurderings- og tildelingskriteriene i anbudsgrunnlaget. Lagmannsretten mente også at det kunne argumenteres for at begrunnelsen som var gitt var tilstrekkelig tatt i betraktning av at forskjellen i pris mellom den vinnende leverandørs tilbud og saksøktes tilbud var på cirka 19 millioner kroner (20 % mindre). Ettersom denne prisforskjellen er så stor, kunne prisen i seg selv være nok som begrunnelse.

Eidsivating lagmannsrett har behandlet en sak der det var begjært midlertidig forføyning inntil det var gitt en tilstrekkelig begrunnelse.[23] Selv om oppdragsgiver her fikk medhold, synes lagmannsretten i premissene å stille strenge krav til begrunnelsens innhold.

Dette kan altså tyde på at domstolene ikke uten videre vil tolke begrunnelsesplikten på samme måte som KOFA, men at det vil bli gjort en selvstendig vurdering. Rettspraksis er uansett begrenset og sprikende, noe som betyr at KOFA-praksis på dette området reelt sett får stor betydning.

Forholdet til EØS-reglene om begrunnelse

Det er *utvalgets* vurdering at kravene til begrunnelse etter norsk rett går lengre enn det som kreves etter EØS-reglene. Dette gjelder i forhold til når begrunnelse skal gis, hvem som har krav på begrunnelse og kravene til begrunnelsenes innhold.

Etter anskaffelsesdirektivets regler er oppdragsgiver i første omgang utelukkende forpliktet til å meddele sin beslutning, ikke til å gi noen automatisk begrunnelse. En begrunnelse skal bare gis dersom en leverandør ber om det. Etter norske regler er oppdragsgiver derimot forpliktet til å gi en automatisk begrunnelse når han meddeler sin beslutning. På anmodning skal det gis en ytterligere begrunnelse.

Etter anskaffelsesdirektivet er det også bare tilbudsgivere som har levert inn akseptable tilbud som har krav på å få vite navnet på den vinnende tilbudsgiver og egenskaper og relative fordeler ved det vinnende tilbudet. Etter norske regler skal disse opplysningene gis til alle «deltakere», hvilket i praksis normalt omfatter flere enn tilbudsgivere som har levert akseptable tilbud.

Når det gjelder krav til innholdet i begrunnelsene, skal det ifølge EØS-rettspraksis lite til før oppdragsgiver har gitt en tilstrekkelig begrunnelse. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om en rettspraksis som utelukkende krever en så overordnet og summarisk begrunnelse, er tilfredsstillende hvis leverandørene reelt sett skal kunne vurdere om tildelingen er i overensstemmelse med regelverket. Det kan da heller ikke avvises at EU-domstolen vil gå noe lengre enn retten i første instans når det gjelder krav til begrunnelsens innhold.[24] Den siste avgjørelsen fra EU-domstolen[25] kan kanskje også anses for å trekke i en slik retning, men som nevnt over er rekkevidden av avgjørelsen uklar.

Omvendt stilles det etter KOFA-praksis høye krav både til innholdet av den automatiske begrunnelsen og til den nærmere begrunnelsen. Dette er på den ene siden en stor fordel for leverandører som får et godt og detaljert grunnlag for å ta stilling til om det skal inngis klage. På den andre siden stiller dette store krav til oppdragsgivere som må bruke mye ressurser på å utforme begrunnelsene. Som nevnt ovenfor, er det ikke gitt at domstolene uten videre vil akseptere KOFAs tolkning av begrunnelsesplikten. KOFAs uttalelser har imidlertid uansett vært normgivende for norske oppdragsgiveres anvendelse av bestemmelsene om begrunnelse.

På bakgrunn av dette spriket mellom EØS-retten og norsk rett, og særlig det forholdet at KOFA har trukket begrunnelsesplikten ganske så langt, finner *utvalget* at kan være hensiktsmessig å re-

[22] Tingretten hadde tilkjent leverandøren erstatning.

[23] Jf. LE-2005-183161

[24] Se for eksempel Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 2005, side 799.

[25] Sak C-455/08, omtalt i kapittel 13.2.2.

vurdere hvilke krav som skal stilles til begrunnelsens innhold etter norsk rett, jf. nærmere om dette under kapittel 13.2.5.

13.2.4 Regler om begrunnelse i direktiv 2007/66/EF

Innledning

Det er flere bestemmelser i håndhevelsesdirektivet som stiller krav om at oppdragsgiver skal begrunne sin beslutning. Disse bestemmelsene kan deles i to kategorier: tilfeller der begrunnelser skal gis direkte til leverandører sammen med meddelelsen om oppdragsgivers beslutning og tilfeller der begrunnelser skal gis i en kunngjøring i TED-databasen.

I følgende bestemmelser stilles det krav om at oppdragsgivers meddelelse til leverandørene skal ledsages av en begrunnelse:

- bestemmelsen om karensperiode[26]
- bestemmelsen om unntak fra sanksjonen «uten virkning» ved «frivillig karens» for kontrakter tildelt i henhold til en rammeavtale/dynamisk innkjøpsordning[27]
- bestemmelsen om generelle klagefrister[28]
- bestemmelsen om klagefrister for sanksjonen uten virkning[29]

Etter disse bestemmelsene løper henholdsvis karensperioden og en eventuell klagefrist fra det tidspunktet en meddelelse som inneholder en begrunnelse blir sendt til leverandørene. Dette reiser blant annet spørsmål om når en begrunnelse må anses som tilstrekkelig, og hvilken konsekvens det får i forhold til karensperioden og klagefrister dersom en begrunnelse ikke er god nok.

I følgende bestemmelser stilles det krav om at en kunngjøring i TED-databasen skal inneholde en begrunnelse for oppdragsgivers beslutning om å tildele kontrakt uten forutgående kunngjøring:

- Bestemmelsen om frister for klage med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning. Her løper en eventuell klagefrist fra kunngjøring av konkurranseresultatene, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 4.[30]
- Bestemmelsen om unntak fra sanksjonen uten virkning. Etter denne bestemmelsen kan oppdragsgiver unngå sanksjonen «uten virkning» ved å offentliggjøre en frivillig forutgående kunngjøring i TED-databasen og etterfølgende iaktta en frivillig karensperiode på minimum 10 dager.[31]

For denne kategorien av bestemmelser er den sentrale problemstillingen når en begrunnelse i slike kunngjøringer er tilstrekkelig til at oppdragsgiver kan unngå sanksjonen «uten virkning».

Håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene inneholder identiske bestemmelser med relevans for begrunnelsesplikten.

Særlige problemstillinger i tilfeller der begrunnelse skal gis direkte til leverandørene

Av bestemmelsene om karens og frist for å klage for å få kjent en kontrakt uten virkning, fremgår det at begrunnelsen som gis skal være i overensstemmelse med anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2 og 3.

Dette må sannsynligvis forstås slik at oppdragsgivere må følge bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet, dersom de skal unngå sanksjoner som «uten virkning», bot eller avkorting av kontrakten.[32]

Etter håndhevelsesdirektivets regler skal oppdragsgivere altså automatisk, og ikke lengre bare på anmodning, gi en begrunnelse, der det redegjøres for det vinnende tilbudets egenskaper og relative fordeler. Dette gjelder i alle fall for kontrakter som er omfattet av bestemmelsene om karens eller der oppdragsgiver ønsker å unngå sanksjonen «uten virkning».[33]

Av bestemmelsene om generelle klagefrister fremgår det imidlertid bare at meddelelsen om oppdragsgivers beslutning skal ledsages av en «kort redegjørelse for de relevante grunner». Det vises altså ikke i denne bestemmelsen til anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2.

Det kan diskuteres om dette må forstås slik at det ikke stilles samme krav til begrunnelse etter

[26] Jf. artikkel 2a nr. 2, se nærmere i kapittel 7.
[27] Jf. artikkel 2d nr. 5, se nærmere i kapittel 10.2.2.
[28] Jf. artikkel 2c, se nærmere i kapittel 9.3.
[29] Jf. artikkel 2f nr. 1 bokstav a, se nærmere i kapittel 9.4.
[30] Jf. artikkel 2f nr. 1 bokstav a, se nærmere i kapittel 9.4.
[31] Jf. artikkel 2d nr. 4, se nærmere i kapittel 10.3.2.
[32] Det kan også argumenteres for at håndhevelsesdirektivet faktisk endrer anskaffelsesdirektivet artikkel 41, slik at en begrunnelse nå alltid skal gis automatisk. Skjer ikke dette, vil det i seg selv utgjøre et brudd på anskaffelsesreglene. Skillet er formodentlig først og fremst av teoretisk interesse.
[33] Hvis det derimot gjøres et unntak fra krav om karens, for eksempel der den eneste berørte leverandøren er den som tildeles kontrakten, vil slike kontrakter heller ikke kunne kjennes uten virkning. I en slik situasjon vil det ikke være noe behov for å få en begrunnelse etter anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2.

denne bestemmelsen. Utvalget går likevel ikke inn i denne diskusjonen, da det allerede følger av dagens norske regler at oppdragsgiver skal gi en automatisk begrunnelse også for andre beslutninger, jf. § 20-16 annet ledd.

Et helt sentralt spørsmål for bestemmelsene om begrunnelse, er hva som skal til for at en begrunnelse skal anses som tilstrekkelig. Svaret på dette vil avhenge av om EØS-praksis eller KOFA-praksis legges til grunn. Dette diskuteres nærmere under kapittel 13.2.5.

Et annet sentralt spørsmål er hva som blir konsekvensen dersom det ikke gis en begrunnelse eller begrunnelsen er mangelfull.

Det kan argumenteres for at en manglende eller mangelfull begrunnelse er et brudd på karensreglene som, i kombinasjon med andre feil, vil kunne føre til at kontrakten kjennes uten virkning, også der oppdragsgiver faktisk har ventet til utløpet av karensperioden med å inngå kontrakt.

Tilsvarende kan det argumenteres for at en klagefrist først begynner å løpe fra det tidspunktet oppdragsgiver gir en tilstrekkelig begrunnelse. Tryggheten som en klagefrist har til hensikt å gi, for eksempel i forhold til om en kontrakt kan kjennes uten virkning, vil således ikke være til stede.

Utvalget finner imidlertid ikke at dette kan være tilfellet. Når karensperioden er utløpt, skal oppdragsgiver kunne signere kontrakten.[34] Tilsvarende bør oppdragsgiver og vinnende leverandør kunne være sikre på at kontrakten ikke blir bestridt etter utløpet av klagefristen.

Dette innebærer at det stilles krav til leverandørene: Dersom en leverandør mener at en begrunnelse mangler eller er mangelfull, må han klage over dette innen utløpet av karensperioden/klagefristen, og eventuelt kreve midlertidig forføyning dersom oppdragsgiver ikke gir tilstrekkelig opplysninger.

Særlige problemstillinger i tilfeller der intensjonskunngjøringen skal inneholde en begrunnelse

Det kan fastsettes en klagefrist på 30 dager for å klage med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning. Klagefristen løper fra oppdragsgivers kunngjøring av konkurranseresultatene i TED-databasen, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 4. Kunngjøringen skal inneholde en begrunnelse for oppdragsgivers tildeling uten forutgående kunngjøring. Etter utløpet av denne klagefristen har oppdragsgiver og den vinnende leverandør i utgangspunktet en sikkerhet for at kontrakten ikke kan bli kjent uten virkning.

Tilsvarende skal nytt kunngjøringsskjema for frivillig forutgående intensjonskunngjøring inneholde en begrunnelse for oppdragsgivers beslutning om å tildele kontrakten uten forutgående kunngjøring, se kapittel 10.3.2. Ved å iaktta en etterfølgende frivillig karensperiode på minimum 10 dager kan sanksjonen «uten virkning» unngås.

Oppdragsgiver skal i begge tilfeller krysse av en rubrikk i kunngjøringsskjemaet som gjengir de mulige begrunnelsene for å tildele en kontrakt uten forutgående kunngjøring. En slik begrunnelse kan for eksempel være at kontrakten kan inngås etter forhandling uten forutgående kunngjøring etter anskaffelsesdirektivet artikkel 31,[35] eller at det er tale om lovlig utvidet egenregi. I tillegg må oppdragsgiver redegjøre nærmere i fritekst for hvorfor han mener at kontrakten lovlig kan tildeles uten kunngjøring.

Også i forbindelse med disse kunngjøringene blir det et sentralt spørsmål hva som skal til for at en begrunnelse anses som tilstrekkelig.

Den begrunnelsen som skal gis i kunngjøringene skal gi interesserte leverandører mulighet til å vurdere om oppdragsgivers beslutning om å tildele kontrakt er lovlig. Dette er en litt annen type begrunnelse enn de begrunnelser som skal gis etter anskaffelsesdirektivet artikkel 41, og det er ingen praksis å støtte seg til, verken fra KOFA, nasjonale domstoler eller EU-domstolen.

For at en slik begrunnelse skal være tilstrekkelig må det imidlertid legges til grunn at oppdragsgiver skal gi visse faktiske opplysninger og redegjøre for hvorfor disse faktiske omstendighetene fører til at det ikke er krav om kunngjøring.

Det kan også i denne sammenheng argumenteres med at en manglende eller mangelfull begrunnelse skal føre til at oppdragsgiver likevel ikke er sikret mot å få kontakten kjent uten virkning etter utløpet av hhv. klagefristen eller den frivillige karensperioden. *Utvalget* mener at dette ikke er en fornuftig løsning. Også her må hensynet til oppdragsgiver og den vinnende leverandøren føre til at det må stilles krav til leverandører som er misfornøyd: de må innen klagefristens/karensperiodens utløp klage med påstand om at be-

[34] En kan også argumentere for at en manglende eller mangelfull begrunnelse riktignok er et brudd på karensbestemmelsene, men at dette ikke har fratatt leverandøren muligheten til å klage forut for kontraktsinngåelse, jf. nærmere i kapittel 10.2.2.

[35] Gjennomført i anskaffelsesforskriften § 14-4.

grunnelsen ikke er tilstrekkelig. Gjør de ikke det, vil ikke kontrakten på et senere tidspunkt kunne kjennes uten virkning.

13.2.5 Utvalgets vurdering

Når det gjelder spørsmålet om krav til begrunnelsens innhold, er det som vist over et sprik mellom dagens norske regler, særlig slik disse er utlagt i KOFA-praksis, på den ene siden og EØS-reglene på den andre siden, jf. kapittel 13.2.2 og 13.2.3.

Det stilles for eksempel mindre detaljerte krav til en begrunnelse etter artikkel 41 nr. 2 enn det gjøres etter anskaffelsesforskriften § 20-16 fjerde ledd, og især KOFAs utlegging av bestemmelsen. Dette gjelder særlig hva som ligger i forståelsen av «tilbudets egenskaper og relative fordeler».

Etter det nye håndhevelsesdirektivet skal begrunnelsen etter artikkel 41 nr. 2 nå gis automatisk i en rekke tilfeller. EØS-reglene krever således nå en annen løsning enn tidligere, og det kan på denne bakgrunn være grunn til å revurdere de norske reglene om begrunnelse.

Endringen i det nye håndhevelsesdirektivet kan innføres i norsk rett ved å endre anskaffelsesforskriften slik at begrunnelsen etter § 20-16 fjerde ledd skal gis automatisk. En slik løsning vil uten tvil oppfylle forpliktelsene etter håndhevelsesdirektivet, men vil samtidig også gå klart lengre enn det som kreves EØS-rettslig. Dette reiser noen praktiske problemstillinger.

Dersom KOFAs praksis legges til grunn, stilles det store krav til innholdet av denne nærmere begrunnelsen. Oppdragsgivere må nokså detaljert beskrive egenskaper og relative fordeler i forhold til hvert enkelt tilbud. Dette kan være svært ressurskrevende, og særlig i en konkurranse med mange leverandører vil det stille store krav til oppdragsgiverne. Det er i denne sammenheng et viktig poeng at også leverandører som uansett ikke ønsker å klage skal motta en slik begrunnelse. Som tidligere nevnt er det ikke gitt at norske domstoler vil trekke kravene til begrunnelsens innhold like langt som KOFA.

Det kan også diskuteres om begrunnelsen etter forskriftens § 20-16 første ledd i praksis allerede tilfredsstiller kravene til begrunnelse etter anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2. Her blir det avgjørende vurderingstemaet hvordan begrepet «relative fordeler» skal tolkes. Hvis dette må anses tilstrekkelig, er det ikke nødvendig å endre forskriften for å oppfylle direktivets krav.

Når det gjelder dagens adgang for leverandører til å kreve en nærmere begrunnelse etter forskriftens § 20-16 fjerde ledd, er det *utvalgets* vurdering at en slik begrunnelse stiller store krav til oppdragsgiver.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, mener at KOFA har gått for langt i forhold til hvilke krav som stilles til begrunnelser. Formuleringen i forskriftens § 20-16 første ledd, om at

> «oppdragsgivers begrunnelse om kontraktstildeling […] skal inneholde tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitte tildelingskriterier»

er også uheldig, siden den kan skape en forventning om at den aktuelle leverandøren skal settes i stand til å foreta en fullstendig overprøving av evalueringen. Dette er i praksis bare mulig om leverandøren gis innsyn i det valgte tilbudet, eller får en svært utfyllende beskrivelse av evalueringen, mens formålet med bestemmelsen bare tilsier at det gis en relativt kort og presis begrunnelse. Formuleringen i forskriftsbestemmelsen gir samtidig ingen klar anvisning på hva slags informasjon som skal gis, og det kan derfor også oppstå spørsmål om vilkårene er oppfylt eller ikke.

Flertallet understreker at kravet til begrunnelse fyller en svært viktig rolle i anskaffelsesretten, og at håndhevelsesdirektivets intensjoner bare kan ivaretas om det gis en tilstrekkelig begrunnelse for tildelinger. Samtidig er det av stor betydning at ikke kravene til begrunnelse blir uforholdsmessig tyngende for oppdragsgiverne, eller at man risikerer situasjoner der stadige diskusjoner med leverandører om begrunnelsene som gis, leder til at oppdragsgivere for eksempel heller velger å legge avgjørende vekt på pris enn også kvalitative elementer. På denne bakgrunn bør kravene til begrunnelse endres i forhold til dagens praksis. Det er også viktig at kravet til begrunnelse ikke legger opp til en subjektiv vurdering hos klager om begrunnelsesplikten er oppfylt, men heller viser til en objektiv standard.

Flertallet finner det videre uhensiktsmessig at det opereres med to forskjellige begrunnelser, én som skal gis automatisk og én som skal gis på anmodning innen 15 dager. For det første vil en slik løsning bety at leverandøren ikke nødvendigvis rekker å få den utdypende begrunnelsen før utløpet av karensperioden. At leverandøren skal ha et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om det kan være aktuelt å klage, er nettopp hensikten med endringen i håndhevelsesdirektivet. For det annet

har det oppstått en praksis der leverandører i mange tilfeller fortsetter med å be om ytterligere avklaringer og begrunnelser, og det kan oppstå tvil om når oppdragsgiver faktisk har oppfylt sine forpliktelser etter § 20-16 fjerde ledd.

Etter flertallets syn er det viktigste at alle leverandørene i forbindelse med tildelingen gis en kort og presis begrunnelse for hvorfor kontrakten er tildelt den aktuelle leverandør, med en beskrivelse av tilbudets egenskaper i relasjon til tildelingskriteriene, slik at de vil kunne gjøre seg opp en mening om tildelingen virker akseptabel. Dersom en leverandør stiller ytterligere spørsmål vil oppdragsgiver alltid ha muligheten til å utdype begrunnelsen, og kan etter omstendighetene også ha en plikt til dette etter mer alminnelige krav om god anbudsskikk, men begrunnelsesplikten som sådan (med de konsekvenser denne har for utgangspunktet av karensperioden mv) bør ikke dekke dette.

På denne bakgrunnen foreslår utvalgets flertall å endre dagens bestemmelse, slik at oppdragsgiver utelukkende har plikt til å gi én begrunnelse. Denne begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Begrunnelsen skal blant annet redegjøre for det vinnende tilbudets egenskaper og relative fordeler i overensstemmelse med anskaffelsesdirektivet artikkel 41 nr. 2. Selve uttrykket for innholdet i begrunnelsesplikten må således også endres i forhold til dagens forskriftstekst.

Flertallet understreker at kravene til en slik begrunnelse klart må nedtones i forhold til det som følger av dagens KOFA-praksis for en nærmere begrunnelse etter forskriftens § 20-16 fjerde ledd, men også i forhold til praksis etter § 20-16 første ledd. En nedtoning vil etter flertallets vurdering være godt i tråd med bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet. Her brukes nettopp formuleringen «en *kort* redegjørelse for de relevante grunner» [utvalgets utheving]. Direktivet forutsetter således ikke noen omfattende redegjørelse, eller noen lengre beskrivelser av saksgangen mv., men en kort forklaring av hvorfor et bestemt tilbud er valgt.

Dette vil i praksis si at oppdragsgiver etter den «nye» begrunnelsesplikten må knytte begrunnelsen til de fastsatte tildelingskriterier og redegjøre for hvorfor det vinnende tilbudet falt best ut i forhold til de øvrige tilbudene samlet sett. Det må således fremgå tydelig på hvilke punkter det vinnende tilbudet var bedre enn de øvrige tilbudene, men uten at dette må beskrives i forhold til hver enkelt leverandør.

Forslaget fra utvalgets flertall innebærer således ikke at oppdragsgiver må redegjøre i detalj for sin fremgangsmåte ved vurderingen av tilbudene, eller for hvordan det vinnende tilbudet i detalj er vurdert i forhold til tildelingskriteriene og hvert enkelt av de øvrige tilbudene. Det skal altså ikke gis en individuell begrunnelse til hver enkelt leverandør.

Begrunnelsen som gis må likevel under alle omstendigheter gjøre leverandøren i stand til å vurdere om oppdragsgivers valg er i overensstemmelse med reglene, og om det er grunnlag for å klage. I en konkurranse med tildelingskriteriet «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet», vil det således aldri være tilstrekkelig å vise til at den vinnende leverandørs tilbud etter en samlet vurdering er best i forhold til de fastsatte kriterier. Oppdragsgiver må gi en kortfattet beskrivelse for hvordan tilbudet ble evaluert under det enkelte tildelingskriterium. Det vil i den forbindelse ikke være tilstrekkelig å påpeke for eksempel at tilbudet best oppfylte et bestemt kriterium (bortsett fra pris); det må også kort angis hva som skilte tilbudet fra de øvrige tilbudene.

Utvalgets flertall ser at leverandørutvikling er et viktig element. Flertallet mener imidlertid ikke at dette hensynet best ivaretas ved å operere med to forskjellige begrunnelser, eller ved å gjøre det til en del av begrunnelsesplikten etter § 20-16, med de konsekvenser som følger av bestemmelsene om karens, søksmålsfrister mv.

Leverandørene kan naturligvis uansett oppfordre oppdragsgiver til å gi en mer utdypende begrunnelse, og oppdragsgiver kan alltid velge å gi en nærmere og mer utfyllende individuell begrunnelse. I de fleste tilfeller vil det også være god praksis å gi en slik begrunnelse når leverandøren ber om det. Oppdragsgiver vil imidlertid ikke være forpliktet til å etterkomme denne oppfordringen etter bestemmelsen om begrunnelsesplikt: når oppdragsgiver har gitt den automatiske begrunnelsen som følger av utvalgets forslag har han oppfylt sine forpliktelser.

Dersom leverandøren fortsatt mener at den begrunnelsen som faktisk er gitt er mangelfull, og ikke oppfyller kravene i den «nye» bestemmelsen om begrunnelse, og oppdragsgiver er uenig i dette, må leverandøren før utløpet av karensperioden eller en eventuell klagefrist inngi en begjæring om midlertidig forføyning, jf. ovenfor i kapittel 13.2.4.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, støtter flertallets forslag om at det i § 20-16 første ledd inntas en regel om automatisk begrunnelse, som

skal opplyse navnet på den valgte leverandør og samtidig gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier.

I tillegg mener utvalgets mindretall at oppdragsgiver, etter skriftlig anmodning (som i dag), må gi en individuell begrunnelse som gjør at leverandøren får innsikt i hvorvidt ens eget tilbud er vurdert korrekt opp mot det vinnende tilbudet.

Formålet med dagens meddelelses- og begrunnelsesplikt er ikke bare hensynet til at leverandører skal få en mulighet til å vurdere den formelle anskaffelsesprosessen, men også hvordan de selv kan utvikle seg for å bli mer konkurransedyktige. Sistnevnte ivaretas i betydelig grad ved at oppdragsgiver etter dagens regler kan bli anmodet om å vise hvilke deler av eget tilbud som må styrkes i forhold til det vinnende tilbudet. I praksis viser det seg også at bestemmelsen er konfliktdempende, fordi det først er når man får konstatert at oppdragsgivers vurdering rent faktisk har omfattet alle momenter i eget tilbud, at leverandøren kan oppleve trygghet for en riktig behandling.

Det understrekes at leverandørutviklingsperspektivet er spesielt viktig når oppdragsgiver tildeler kontrakter etter mer skjønnsmessige kriterier.

Slik flertallet foreslår den nye begrunnelsesplikten, tas det bort en vesentlig del av den utviklede begrunnelsesplikten, nemlig at begrunnelsen tydelig må vise hvilke områder og ut fra hvilke tildelingskriterier det vinnende tilbudet var bedre enn den som ikke nådde opp i konkurransen.

Mindretallet deler flertallets oppfatning av at den første begrunnelsen skal være kort, men må være såpass konkret og fyllestgjørende at leverandøren får kunnskap om hvordan oppdragsgiver har vurdert det vinnende tilbudet.

Dersom leverandøren gjennom den automatiske begrunnelsesplikten ikke får nok informasjon til å vurdere sitt eget tilbud opp mot det vinnende tilbudet, må reglene inneholde en plikt (som i dag) til å gi, på bakgrunn av en skriftlig anmodning, en vurdering av det vinnende tilbudet opp mot det tapende.

Dette er fullt ut i tråd med begrunnelsesplikten, slik den er utviklet i Norge gjennom KOFA-praksis. Mindretallet kan vanskelig se at det er svært ressurskrevende å gi en nærmere begrunnelse i tråd med KOFA-praksis, slik flertallet uttrykker. Oppdragsgiver må likevel foreta en slik vurdering ved evaluering av tilbudene for å kåre en vinner. Denne vurderingen skal fortløpende skrives ned i anskaffelsesprotokollen. Dersom oppdragsgiver i evalueringen har gjort en forsvarlig vurdering av tilbudene, vil det ikke være noe merarbeid for oppdragsgiver med utarbeidelse av begrunnelsene. Dette vil være i tråd med kravet til åpenhet, likebehandling og gjennomsiktighet i lov om offentlige anskaffelser § 5. Det vil også være i tråd med begrunnelsespliktens formål, nemlig å bidra til at de leverandørene som ikke har fått kontrakt, kan føle seg trygge på at oppdragsgiver har opptrådt korrekt i forhold til regelverket og de prosedyrer de selv har sagt at de vil følge.

Dette vil tvinge oppdragsgiver til å skrive anskaffelsesprotokollen fortløpende etter hvert som evalueringen foretas, og ikke produseres i ettertid. Anskaffelsesprotokollen skal ikke produseres i ettertid når informasjon blir etterspurt. Mindretallet er kjent med at dette skjer i praksis, og det vises for eksempel fra Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2008 s. 116.

Det fulle grunnlaget for å vurdere om oppdragsgiver har begått en feil eller ikke, vil leverandøren først ha når han har fått en individuell redegjørelse for det vinnende tilbudet opp mot sitt eget tilbud. Videre vil en individuell begrunnelse kunne stimulere til konkurranse og leverandørutvikling, og ikke bare til klage.

Etter flertallets forslag har leverandører som er uenige med tildelingen etter at begrunnelsen er gitt, bare mulighet til å klage dersom de vil prøve beslutningen, med mindre oppdragsgiver på oppfordring gir en individuell begrunnelse. *Mindretallet* mener at forslaget styrer leverandøren inn i en unødvendig klageprosess for å få tilstrekkelig informasjon og er dermed prosesskapende. I denne sammenheng må det også vektlegges at flertallets forslag på andre områder innebærer fristavskjæring for når man kan klage. Uten videreføring av dagens bredere begrunnelsesplikt, vil insitamentet for å iverksette en formell klage bli større, selv om leverandørens hensikt først og fremst er å forstå beslutningen om tildeling bedre. En individuell begrunnelse er svært viktig i et leverandørperspektiv. Samtidig tvinger det leverandøren til å reagere raskt dersom han ønsker en individuell begrunnelse innenfor karensfristen eller klagefristens løpetid.

Mindretallet viser også til «Beste praksis – offentlige anskaffelser», som er et veiledningshefte med informasjon og praktiske råd til hjelp i innkjøpsprosessen. Heftet ble utarbeidet i 2004 i samarbeid mellom Nærings- og handelsdepartementet, Kommunenes Sentralforbund og Næringsli-

vets Hovedorganisasjon. I dette heftet er innholdet i begrunnelsesplikten i samsvar med mindretallets oppfatning.

Mindretallet viser til at EU-direktivene om begrunnelsesplikt bare er minimumsbestemmelser som skal oppfylles. Det er ikke noe i veien for å gi leverandørene sterkere beskyttelse.

Når det gjelder flertallets bekymring for når oppdragsgiver faktisk har oppfylt sine forpliktelser, er *mindretallet* av den oppfatning at det ligger innenfor oppdragsgivers skjønnsutøvelse, så lenge han har forholdt seg til forskriftens ordlyd. Det betyr at både den automatiske og individuelle begrunnelse må være oppfylt. Når karensfristen og klagefristen er utløpt, kan oppdragsgiver tildele kontrakt. Dette styres ene og alene av oppdragsgiver, hvilket er i tråd med flertallets uttalelse om at når karens- og klagefrist utløper, så skal oppdragsgiver kunne signere kontrakten.

Utvalget ser ikke noen reell grunn til å stille forskjellige krav til begrunnelse i de forskjellige sektorene, og foreslår på denne bakgrunnen at reglene i klassisk sektor og forsyningssektorene harmoniseres. Dette vil også bidra til en forenkling av det samlede anskaffelsesregelverket, idet leverandørene vil få samme rettskrav på begrunnelse, uavhengig av om de leverer tilbud til oppdragsgivere omfattet av anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften. En slik harmonisering krever en endring i lov om offentlige anskaffelser § 11, da kravet i forsyningssektorene vil gå utover det som følger av internasjonale forpliktelser.

13.3 Regulering av vedståelsesfristen

13.3.1 Innledning

De nye reglene om karensperiode, og særlig reglene om suspensjonsplikt, øker risikoen for at innkjøpsprosessen tar lenger tid enn det som det var tatt høyde for ved fastsettelsen av vedståelsesfristen. Dette kan dels føre til at oppdragsgivere generelt krever lengre vedståelsesfrister, dels kan det oppstå flere tilfeller der vedståelsesfristen utløper eller blir feilaktig forlenget før konkurransen er sluttført.

Videre vil gjennomføringen av de nye sanksjonene i håndhevelsesdirektivet kunne føre til større konsekvenser om oppdragsgiver foretar en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at vedståelsesfristen er utløpt. *Utvalget* foreslår derfor både å regulere adgangen til å forlenge vedståelsesfristen innen dennes utløp og åpne for at oppdragsgivere etter utløpet av vedståelsesfristen kan forespørre berørte leverandører om de fortsatt ønsker å fastholde tilbudene.

13.3.2 Gjeldende rett

Regelverket

Spørsmål knyttet til hvordan oppdragsgivere og leverandører skal forholde seg til vedståelsesfrister i offentlige anskaffelsesprosesser, er ikke regulert verken i anskaffelsesdirektivet eller i håndhevelsesdirektivet. Det er imidlertid regulert i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-2 og 19-6, som lyder:

> «(1) Oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir den tiden tilbudene er bindende. Fristen skal angis med dato og klokkeslett. Den bør ikke settes lengre enn det som er nødvendig av hensyn til behandlingen av tilbudene.
>
> (2) Dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, utløper vedståelsesfristen kl. 24.00, 30 dager etter tilbudsfristens utløp.»

KOFAs praksis

KOFA har i en rekke saker tatt stilling til hvordan oppdragsgiver kan forholde seg til spørsmål knyttet til vedståelsesfrister. Nemndas praksis kan oppsummeres slik:

Vedståelsesfristen har avtalerettslig betydning ved at den angir hvor lenge leverandørene er rettslig bundet av sine tilbud. Fristen angir dermed hvor lenge oppdragsgiver kan anse de innleverte tilbudene som bindende. Etter fristens utløp er ikke tilbudene lenger gyldige, og oppdragsgiver kan derfor ikke akseptere et av disse tilbudene og signere en kontrakt, uten at dette anses som en ulovlig direkte anskaffelse,[36] med de konsekvenser dette kan få med hensyn til erstatningskrav[37] og sanksjoner, som for eksempel overtredelsesgebyr[38]. Klarer ikke oppdragsgiver å sluttføre konkurransen innen vedståelsesfristens utløp, er de grunnleggende kravene i lovens § 5 brutt.[39]

---

[36] Se KOFA-sakene 2004/48 og 2005/267.

[37] Se KOFA-sak 2004/54.

[38] Se KOFA-sakene 2008/13, 2008/32, 2008/63, 2007/108 og 2008/107.

[39] Se KOFA-sak 2005/296.

Dersom vedståelsesfristen først er utløpt, har det ingen betydning at partene fremdeles ønsker å vedstå seg sine tilbud. Inngåelse av en avtale vil i slike tilfeller anses som en ulovlig direkte anskaffelse.[40]

Oppdragsgivers meddelelse til den vinnende leverandøren om tildeling av kontrakt, kan anses som en betinget aksept av tilbudet. Dersom vedståelsesfristen utløper i karensperioden, før signering av kontrakten, skal det likevel anses som en ulovlig direkte anskaffelse.[41] Etter meddelelsen kan oppdragsgiver nemlig omgjøre beslutningen på visse vilkår. Bindende tilbud er nødvendig for å sikre likebehandling og reell klageadgang ved en eventuell omgjøring. Det skal også anses som en ulovlig direkte anskaffelse dersom vedståelsesfristen utløper etter meddelelse og utløpt klagefrist, men før signering.[42]

Vedståelsesfristen kan imidlertid forlenges.[43] Utgangspunktet er at en forlengelse må følge vanlige avtalerettslige regler. Forlengelsen må skje før den opprinnelige fristen er utløpt.[44] Oppdragsgiver må kontakte samtlige leverandører i konkurransen, både avviste leverandører og de som fremdeles er med i konkurransen, og spørre om de ønsker å forlenge vedståelsesfristen, jf. kravet til likebehandling. Dersom ikke alle leverandører har fått mulighet til å forlenge fristen, er hensynet til reell klagemulighet ikke ivaretatt. Oppdragsgiver kan dermed ikke anse fristen for forlenget fra noen, og anskaffelsen anses som en ulovlig direkte anskaffelse.[45]

Vedståelsesfristen kan forlenges vesentlig, forutsatt at dette gjøres på en gjennomsiktig måte.[46]

EØS-rettslig handlingsrom

Anskaffelsesdirektivene gir ikke direkte svar på hvorvidt inngåelse av en kontrakt når vedståelsesfristen er utløpt, skal betraktes som en ulovlig direkte anskaffelse. Utvalget er heller ikke kjent med at EU-domstolen har tatt stilling til spørsmålet, og mener at dagens KOFA-praksis må kunne endres, uten å komme i konflikt med EU/EØS-retten. Dette begrunnes i det følgende:

Formålet med kunngjøringsplikten er å åpne for konkurranse. Sanksjonene mot ulovlige direkte anskaffelser skal motvirke at kontrakter inngås direkte, uten kunngjøring. Selv om en konkurranse først sluttføres etter vedståelsesfristens utløp, er hensynet til konkurranse ivaretatt i og med at konkurransen opprinnelig var kunngjort. Forutsatt at konkurransesituasjonen ikke er vesentlig endret som følge av vedståelsesproblematikken, taler altså ikke hensynet til konkurranse for å anse slike tilfeller som ulovlige direkte anskaffelser.

Andre former for mislykkede kunngjorte konkurranser, kan på bestemte vilkår gå over til en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 30 nr. 1 bokstav a annet ledd og artikkel 31, gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4. Ifølge § 14-4 bokstav a er det adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene og alle leverandørene som oppfyller kravene for deltakelse i konkurransen, og som i den forutgående konkurransen har avgitt tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav, inviteres til å delta. I disse tilfellene får leverandørene altså adgang til å levere nye, endrede tilbud.

Ut fra en fra det mer til det mindre betraktning, bør det på bestemte vilkår være adgang til å sluttføre en kunngjort konkurranse, til tross for at vedståelsesfristen er løpt ut. I likhet med tilfellene beskrevet i § 14-4, er den opprinnelige konkurransen kunngjort. Til forskjell fra disse tilfellene, vil ikke prosedyreformen endres fra anbudskonkurranse til forhandlet prosedyre etter at vedståelsesfristen er løpt ut. Det er heller ikke nødvendig å levere nye, endrede tilbud. Oppdragsgiver fortsetter derimot den opprinnelige konkurransen.

Etter *utvalgets* vurdering er følgelig ikke EU/EØS-retten til hinder for å gjøre endringer i den rettstilstanden som er oppstått som følge av KOFAs praksis.

13.3.3 Innføring av nye regler for vedståelsesfrist?

Problemer med lange vedståelsesfrister

Oppdragsgiver må ta høyde for at det kan komme inn klager under anskaffelsesprosessen, og særlig de nye reglene om suspensjonsplikt medfører en risiko for at det kan ta lengre tid før den endelige kontrakten kan signeres. Dette kan føre til at

[40] Se KOFA-sak 2008/23.
[41] Se KOFA-sakene 2005/201, 2006/69, 2006/89 og 2007/108.
[42] Se KOFA-sak 2008/107.
[43] Se KOFA-sak 2005/189.
[44] Se KOFA-sak 2005/267.
[45] Se KOFA-sakene 2005/189, 2007/152 og 2008/32.
[46] Se KOFA-sak 2005/275.

oppdragsgivere generelt krever lange vedståelsesfrister.

Etter forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-2 og 19-6 er det opp til oppdragsgiver å fastsette vedståelsesfristens lengde. I tilbudene vil leverandørene oppgi hvilken vedståelsesfrist som gjelder for tilbudet, enten stilltiende ved å akseptere oppdragsgivers frist, eller eksplisitt ved å oppgi en frist.

Dersom oppdragsgiverne krever svært lange vedståelsesfrister, kan dette virke kostnadsdrivende. Leverandører som leverer inn tilbud i konkurranser med lang vedståelsesfrist må være forberedt på å vinne kontrakten, og ta høyde for dette, før de kan påta seg andre oppdrag eller levere inn tilbud i andre konkurranser om oppdrag som skal utføres i hele eller deler av den samme perioden.

Dersom en leverandør tar forbehold om kortere vedståelsesfrist enn det oppdragsgiver har bedt om i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, risikerer han at tilbudet blir avvist.

Problemet med lange vedståelsesfrister kan reduseres dersom det ikke er nødvendig for oppdragsgiverne å legge inn en sikkerhetsmargin ved fastsettelsen av fristens lengde. Dette taler for at oppdragsgiverne på en enkel måte bør kunne be leverandørene om å forlenge vedståelsesfristene sine. Dette behovet er særlig til stede i prosesser som trekker ut i tid på grunn av klager.

Forutsetninger for å kunne forlenge vedståelsesfristen

I KOFA-sak 2005/189 premiss 66 står det at

> «[v]edståelsesfristen berører ikke det materielle innholdet i tilbudene, verken kontraktsytelsen eller kontraktsvilkårene, og fristen må derfor kunne forlenges uten at dette kommer i strid med forbudet mot endring i tilbudet etter anbudsfristens utløp ved anbudskonkurranser (forskriftens § 16-1 (1))».

Utvalget mener det er grunn til å nyansere dette utgangspunktet.

En forlengelse av vedståelsesfristen kan i visse tilfeller medføre at kontraktens oppstartstidspunkt blir forskjøvet i tid, for eksempel dersom leveransen skal starte umiddelbart etter kontraktssignering. I slike tilfeller kan en forlengelse av vedståelsesfristen medføre at konkurransevilkårene blir endret.

Det kan ikke utelukkes at utvalget av leverandører som deltar i konkurransen hadde vært et annet, dersom det endrede tidspunktet for kontraktsoppstart hadde vært kjent på kunngjøringstidspunktet. En leverandør som unnlot å levere tilbud fordi han ikke hadde ledig kapasitet i nærmeste fremtid, ville kanskje hatt mulighet til å levere tilbud på et oppdrag som skulle utføres i fjernere fremtid.

Det kan heller ikke utelukkes at leverandørene ville ha levert tilbud med et annet innhold, dersom de hadde vært kjent med det endrede tidspunktet for kontraktsoppstart da de utformet tilbudene sine. Leverandørene kan for eksempel ha ulike prismodeller avhengig av hvor langt frem i tid varen eller tjenesten skal leveres, grunnet forhold som årstidsvariasjoner eller usikkerhet rundt fremtidig kapasitet eller råvarepriser.

Utvalget mener derfor at det må være en forutsetning for forlengelse av vedståelsesfristen at grunnlaget for kontrakt ikke endres vesentlig i forhold til innholdet av kunngjøringen, konkurransegrunnlaget, mv. Det vil si at det ikke må skje vesentlig endringer av de vilkårene som skulle legges til grunn ved utforming av tilbudene. Forutsatt at disse vilkårene ikke anses vesentlig endret, ser ikke utvalget at dette skal komme i konflikt med hensynet som ligger bak bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 8-2 og 17-2, om at endringer i konkurransegrunnlaget skal gjøres før tilbudsfristens utløp.

Tilsvarende må det også være en forutsetning at det ikke skjer vesentlige endringer i leverandørenes opprinnelige tilbud.

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser §§ 12-1 og 21-1 at det i anbudskonkurranser ikke er tillatt å endre tilbudene etter at de er levert, herunder er det

> «ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet».

Ved en forlengelse av vedståelsesfristen må det altså ikke skje øvrige endringer i innholdet i tilbudet.

Selv om det ikke skjer slike øvrige endringer, vil en forlengelse av vedståelsesfristen imidlertid kunne føre til at tilbudene vil bli bedømt annerledes. Dersom konkurransevilkårene legger opp til en kontrakt som gir mulighet for prisregulering, vil en utsettelse av vedståelsesfristen for eksempel kunne endre pristilbudene på evalueringstidspunktet, og dermed slå ut på evalueringen av tilbudene i forhold til priskriteriet. I realiteten vil dermed rangeringen av tilbudene kunne endres, avhengig av tidspunktet for evalueringen, og således påvirkes av hvorvidt vedståelsesfristen er ut-

satt eller ei. Også i de tilfellene der oppstartstidspunktet forskyves som følge av forlengelsen av vedståelsesfristen, vil tilbudet i realiteten kunne endres.

Etter *utvalgets* vurdering vil likevel ikke enhver endring av tilbudet være i strid med §§ 12-1 og 21-1. Det vises blant annet til at §§ 12-1 annet ledd og 21-1 annet ledd åpner for visse type endringer av ubetydelig karakter.

Etter utvalgets vurdering må det således også stilles som forutsetning at det ikke skjer noen vesentlig endring av tilbudene og at fristforlengelsen heller ikke har noen vesentlig betydning for bedømmelsen av tilbudene.

Hva ligger i begrepet «vesentlig endring»?

Oppdragsgiver skal altså kun kunne forlenge vedståelsesfristen når dette ikke fører til vesentlige endringer av grunnlaget for kontrakten i forhold til innholdet av kunngjøringen, konkurransegrunnlaget, mv., eller innholdet av leverandørenes opprinnelige tilbud.[47]

Da oppstår spørsmålet om hva som ligger i begrepet «vesentlig endring». Dette spørsmålet har EU-domstolen behandlet i sin avgjørelse i C-454/06 (Pressetext). Avgjørelsen gjelder konkret når endringer i en eksisterende kontrakt utgjør en ny kontrakt, men må også anses å være relevant ved vurderingen av hva som må anses å utgjøre vesentlig endring mer generelt.

Domstolen uttrykte at endringer i en kontrakt utgjør en ny kontrakt når bestemmelsene er «afgørende forskellige«/«materially different» fra bestemmelsene i den opprinnelige avtalen. Domstolen fremførte at denne «testen» er oppfylt i tre tilfeller (premiss 35-37):

> «En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget.
>
> Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri.
>
> En ændring kan også betragtes som væsentlig, når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.»

Særlig det første tilfellet vil være relevant i forbindelse med forlengelse av vedståelsesfristen. Det vil således typisk være en vesentlig endring, der kretsen av tilbydere ville vært en annen eller de avgitte tilbud ville hatt et annet innhold om den «nye» vedståelsesfristen, og eventuelt det nye oppstartstidspunkt for kontrakten som følge av endringen, hadde vært kjent før utløpet av fristen for forespørsel om å delta eller levere inn tilbud.

Hvilke leverandører må forespørres om forlengelse av fristen?

Vedståelsesfristen har avtalerettslig betydning ved at den angir hvor lenge leverandørene er rettslig bundet av sine tilbud. Leverandørene må derfor stå fritt til å akseptere eller avslå oppdragsgivers forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen.

Hvis det kun er én eller noen utvalgte leverandører som blir oppfordret til å forlenge vedståelsesfristen, mens de øvrige ikke blir forespurt og dermed faller ut av konkurransen når deres tilbud utløper, vil dette være problematisk i forhold til likebehandlingsprinsippet. Dette taler for at samtlige leverandører må forespørres. Dette gjelder ikke tilbud som har blitt avvist på grunn av forhold ved tilbudet, jf. §§ 11-11 og 20-13. For slike tilbud mener *utvalget* at det er en bedre løsning at de gjenoppstår dersom leverandøren når frem med en klage om at avvisningen var uberettiget.

Må alle leverandører akseptere forlengelsen?

Slik KOFA-praksis er i dag, synes det å være opp til oppdragsgiver å ta initiativ til fristforlengelse, så fremt han gjør det til samtlige tilbydere og innen utløpet av fristen. Det er opp til hver enkelt tilbyder hvorvidt denne ønsker å forlenge vedståelsesfristen. Om man har ti tilbydere og én sier nei til å forlenge tilbudet, fortsetter konkurransen med ni tilbydere. Om ni sier nei, fortsetter konkurransen med ett tilbud.

Utvalget finner at dette er en hensiktsmessig løsning, slik at ingen leverandører på egen hånd kan fremprovosere en ny konkurranse ved å nekte å forlenge egen frist.

Dersom det ikke stilles krav om at samtlige leverandører må akseptere at vedståelsesfristen for-

[47] Dette er også slått fast i den danske klagenemnds avgjørelse av 16. oktober 2009 (Konkurrencestyrelsen mot Region Sjælland og Region Hovedstaden).

lenges, vil en slik endring imidlertid kunne påvirke hvilke leverandører som deltar i sluttfasen av konkurransen. Konkurransesituasjonen kan således rent faktisk bli endret som følge av at oppdragsgiver forlenger vedståelsesfristen og altså ikke får sluttført konkurransen innen den opprinnelige vedståelsesfristens utløp.

Blir forespørselen om å forlenge vedståelsesfristen fremsatt i karensperioden, vil leverandørene normalt kjenne til om tilbudet var blant de beste og kan ha en mulighet til å vinne konkurransen, eller om tilbudet ble ansett som så svakt at det åpenbart vil være ressurseffektivt å ikke forlenge vedståelsesfristen. Det vil typisk være leverandøren med det beste tilbudet og klager som vil se seg tjent med å forlenge vedståelsesfristen. Både for oppdragsgiveren og de beste leverandørene vil konkurransesituasjonen i en slik situasjon for alle praktiske formål være den samme om de dårligste tilbudene ikke blir forlenget.

Vedståelsesfristen må imidlertid også kunne forlenges før oppdragsgiver er ferdig med tilbudsevalueringen. I slike tilfeller blir leverandørene forespurt om fristforlengelse før de vet hvordan de ligger an i konkurransen. Etter *utvalgets* vurdering må det også i denne situasjonen være opp til hver enkelt leverandør om de ønsker å forlenge fristen, selv om konkurransesituasjonen kan påvirkes av dette. Endringen av konkurransesituasjonen vil først og fremst gå ut over oppdragsgiver, som kan gå glipp av de beste tilbudene.

Utvalget mener på denne bakgrunnen at det ikke bør stilles krav til hvem eller hvor mange leverandører som forlenger vedståelsesfristen.

Formkrav for fristforlengelsen?

Vedståelsesfristen er av avtalerettslig karakter, og alminnelige avtalerettslige prinsipper bør derfor legges til grunn ved vurderingen av om fristen kan anses som forlenget.

Det vil være enkelt og praktisk om vedståelsesfristen kan forlenges muntlig eller ved konkludent adferd. Dersom en leverandør sender inn en klage rett før vedståelsesfristen utløper, vil det ofte være opplagt at han selv ønsker å få tildelt kontrakten, og at tilbudet derfor fremdeles står ved lag.

Manglende formkrav kan imidlertid virke prosesskapende. For eksempel kan det ikke utelukkes at en leverandør som klager gjør dette av prinsipielle årsaker, uten å ha mulighet til å forlenge vedståelsesfristen. Det kan også bli strid om hva som ble avtalt muntlig. Ved å sørge for skriftlig dokumentasjon vil hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet bli ivaretatt. Av bevismessige hensyn kan det derfor være hensiktsmessig for oppdragsgiver å sikre seg skriftlig dokumentasjon på fristforlengelsen.

Det bør være opp til leverandørene hvor lenge de ønsker å vedstå seg sine tilbud. Det kan for eksempel være hensiktsmessig å forlenge fristen til «én måned etter at håndhevelsesorganet har behandlet klagen» eller liknende, slik at oppdragsgiver får tid til å sluttføre konkurransen etter at en klage er behandlet.

Fastholdelse av tilbud etter utløpet av vedståelsesfristen

Som nevnt ovenfor er tilbudene ikke lenger bindende når vedståelsesfristen er utløpt. Dersom leverandørene fastholder sitt opprinnelige tilbud etter fristens utløp, er dette etter gjeldende KOFA-praksis å anse som et nytt tilbud. En inngåelse av en kontrakt med leverandøren av dette tilbudet, anses derfor i dag som en ulovlig direkte anskaffelse.

Utvalget mener at denne praksisen har uheldige sider. I en rekke tilfeller vil det være lite samfunnsøkonomisk lønnsomt å måtte anse konkurransen for avsluttet på grunn av utløpte vedståelsesfrister. Dette gjelder for eksempel dersom vedståelsesfristen nylig har løpt ut, og både oppdragsgiver ønsker å forlenge vedståelsesfristen og samtlige leverandører fremdeles ønsker å vedstå seg sine tilbud. Å måtte kunngjøre en ny konkurranse i en slik situasjon, for at anskaffelsen skal kunne anses lovlig, koster tid og penger for alle parter.

Hvis oppdragsgiver velger å anse konkurransen som avsluttet, uten at kontrakt inngås, kan dette føre til krav om erstatning fra leverandørene. Hvis oppdragsgiver velger å inngå kontrakten, kan KOFA ilegge et overtredelsesgebyr for ulovlig direkte anskaffelse. En videreføring av KOFAs praksis etter innføringen av de nye håndhevelsesreglene, vil føre til at kontrakten kan kjennes uten virkning, eventuelt i kombinasjon med en bot.

Etter utvalgets vurdering er det uheldig at oppdragsgiver i slike situasjoner må anse konkurransen for avsluttet utelukkende fordi vedståelsesfristen er utløpt. Det bør kunne aksepteres at leverandørene fastholder sine opprinnelige tilbud, forutsatt at tilbudenes innhold er uendret.

Utvalget mener imidlertid at en forespørsel om fastholdelse av tilbudene etter vedståelsesfristens utløp, må komme innen rimelig tid for at det

skal være akseptabelt. Utvalget finner det ikke hensiktsmessig å sette en bestemt grense for når oppdragsgiver må fremsette en slik forespørsel, men mener eksempelvis at en måned åpenbart er for sent, mens en forespørsel fremsatt få dager etter fristens utløp åpenbart må være innenfor det akseptable. For øvrig må det vurderes konkret hva som kan anses som rimelig tid. Det er ikke utvalgets hensikt at en adgang til å fastholde tilbudene etter fristens utløp skal bli en «hvilepute» for oppdragsgiver. Det understrekes at oppdragsgiver har et selvstendig ansvar for ikke å glemme at han har en konkurranse gående. Forslaget er ment å være en sikkerhetsventil der oppdragsgiver kommer i skade for å glemme å forlenge fristen før utløpet av den opprinnelige fristen.

Utvalget mener også at det må være et vilkår for at tilbud skal kunne fastholdes at det ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud, at tilbudene midlertidig ikke var bindende. En annen situasjon som kan oppstå, er at vedståelsesfristen løper ut etter at oppdragsgiver har meddelt leverandøren om valget, men før kontrakten signeres. Inngåelse av en kontrakt i en slik situasjon, vil også etter KOFAs praksis anses som en ulovlig direkte anskaffelse.

Oppdragsgivers meddelelse om hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt vil som hovedregel bli fulgt opp av kontraktsinngåelse med denne leverandøren, forutsatt at ingen klager vinner frem eller oppdragsgiver for øvrig har saklig grunn til å omgjøre valget eller avlyse konkurransen. Dersom ingen av disse forholdene slår til, har oppdragsgiver valgt rette leverandør. At vedståelsesfristen løper ut etter meddelelse av valg av leverandør, men før partene rekker å signere avtalen, bør etter *utvalgets* syn ikke medføre at forholdet anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Utvalget mener dette er et klart tilfelle der tilbudet må kunne fastholdes.

Særlig om vedståelsesfristen ved kansellering av inngåtte avtaler

Anskaffelsesregelverket regulerer ikke hvorvidt leverandørene er rettslig forpliktet til å vedstå seg tilbudene helt til vedståelsesfristen er utløpt, eller om denne forpliktelsen kan bli avbrutt av oppdragsgiver, slik at leverandørene frigjøres. Forholdet reguleres dermed av den alminnelige avtaleretten, supplert med de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i anskaffelsesretten.

Utgangspunktet har vært at rettslig bindende avtale først foreligger når oppdragsgiver og valgt leverandør har signert avtalen, og at skjæringspunktet for når de tapende leverandører frigjøres er på samme tidspunkt. Hensynet til reell klageadgang for leverandørene, og følgelig hensynet til at oppdragsgiver i karensperioden bør ha mulighet til å endre valg av leverandør dersom dette blir nødvendig, taler for at vedståelsesfristen ikke avbrytes av kontraktsmeddelelsen, men ved signering. Når en kontrakt skal anses å være uten virkning, kan direktivets ordlyd tilsi at partene skal kunne forholde seg til konkurransen som om kontrakten aldri var blitt inngått.

Den praktiske hovedregel for sanksjonen «uten virkning» vil imidlertid være at kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. I slike tilfeller vil det være ulogisk å si at partene kan forholde seg til konkurransen som om kontrakt aldri var inngått, fordi kontrakten anses som gyldig frem til den kjennes uten virkning.

For de tilfeller der kontrakten kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse, kan en gjenopplivning av tilbud ha bedre grunner for seg, da det i større grad kan være tale om gjenopprettelse av konkurransesitasjonen. Men heller ikke i disse situasjonene er det nok særlig praktisk at vedståelsesfristen ikke er utløpt på det tidspunktet kontrakten kjennes uten virkning.

En fortolkning som innebærer at leverandørene ikke skal anses frigjort fra plikten til å vedstå seg tilbudet etter kontraktsinngåelse, men først ved vedståelsesfristens utløp, vil uansett medføre stor usikkerhet for leverandørene, som ikke vil vite med sikkerhet om de er løst fra forpliktelsen til å vedstå seg tilbudet eller ei.

Etter *utvalgets* vurdering er dette et spørsmål om hvilket innhold man gir sanksjonen «uten virkning» i nasjonal rett. Utvalget mener at kontraktsinngåelse må virke frigjørende for øvrige leverandører, også i tilfeller der kontrakten i ettertid blir kjent uten virkning.

13.3.4 Utvalgets anbefalinger

Utvalget foreslår at det tilføyes et nytt tredje ledd i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-2 og 19-6, der det uttrykkelig fremgår at oppdragsgiver kan forespørre berørte leverandører om å forlenge vedståelsesfristen eller fastholde tilbudet etter et eventuelt utløp av vedståelsesfristen. I sistnevnte tilfelle må forespørselen komme innen rimelig tid etter fristens utløp. En forlengelse av vedståelsesfristen eller en fastholdelse av tilbudet må ikke

føre til at det skjer en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud.

13.4 Konsekvenser for bestemmelsen om overtredelsesgebyr

13.4.1 Innledning

Etter lov om offentlige anskaffelser § 7b har Klagenemnda for offentlige anskaffelser siden 2007 hatt kompetanse til å ilegge «overtredelsesgebyr» ved ulovlige direkte anskaffelser. Det nye håndhevelsesdirektivet (2007/66/EF) gir også anvisning på en gebyrordning, i form av den «bot» som skal være en av de «alternative sanksjonene» til sanksjonen «uten virkning» (se kapittel 10.4).

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, har kommet til at det nye sanksjonssystemet som direktivet legger opp til medfører at det ikke lenger er mulig å videreføre dagens sanksjonssystem uendret, særlig ikke innenfor en fortsatt «domstolsmodell» (se kapittel 15). Slik overtredelsesgebyret er utformet, lar det seg ikke på noen fornuftig måte forene med den gebyrordning som direktivet legger opp til. På denne bakgrunn vil flertallet foreslå at ordningen med overtredelsesgebyr i lovens § 7b oppheves, og at KOFA går tilbake til å bli et rent rådgivende tvisteløsningsorgan.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, ønsker å videreføre ordningen med overtredelsesgebyr etter lovens § 7b, i noe endret form. Det henger også sammen med at mindretallet foreslår at håndhevelsen av regelverket for fremtiden skal skje innenfor rammene av en administrativ nemndmodell (se kapittel 16.4), der KOFA gis kompetanse til å treffe vedtak om at kontrakter skal være uten virkning, samt alternative sanksjoner, herunder gebyr etter direktivet, som da lar seg forene med dagens ordning for overtredelsesgebyr.

13.4.2 Lov om offentlige anskaffelser § 7b

Fra 1. januar 2007 har KOFA hatt hjemmel til å ilegge oppdragsgivere overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b.[48] Bakgrunnen var en rapport fra Arbeidsgruppen mot ulovlige anskaffelser fra 2003, som ble fulgt opp med lovendring i 2006.[49] Ulovlige direkte anskaffelser var inntil da en type regelbrudd det ikke fantes sanksjonsmuligheter mot, og overtredelsesgebyret ble derfor innført for å sikre større regeletterlevelse.

Bestemmelsen retter seg utelukkende mot ulovlige direkte anskaffelser, det vil si anskaffelser som i strid med reglene ikke er kunngjort etter anskaffelsesforskriftens og forsyningsforskriftens bestemmelser om kunngjøring. I anskaffelsesforskriften omfatter den følgelig alle anskaffelser over den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, mens den i forsyningsforskriften omfatter alle anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Inngåelse av kontrakter som ikke krever forutgående kunngjøring, enten fordi regelverket gjør uttrykkelig unntak fra kunngjøringskravet eller fordi kontrakten etter sin art faller utenfor virkeområdet til anskaffelsesregelverket, faller utenfor bestemmelsens virkeområde.

Bestemmelsen krever at det foreligger grov uaktsomhet eller forsett hos oppdragsgiver for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Begrunnelsen var at regelverket fremstår som komplekst, og at det derfor burde utvises en viss tilbakeholdenhet med hensyn til hvor streng aktsomhetsnormen burde være.

Videre er det opp til KOFA å bestemme hvorvidt det skal ilegges overtredelsesgebyr, også dersom alle vilkårene er oppfylt. Avgjørelsen beror på en konkret helhetsvurdering, der det ifølge loven særlig skal legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige direkte anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.

Det fremgår også av lovteksten at overtredelsesgebyret ikke kan settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi. Videre følger det av KOFA-forskriften § 13a at klager på ulovlige direkte anskaffelser kan fremsettes av enhver. Her gjelder altså ikke det vanlige kravet om saklig interesse som gjelder i øvrige klager til KOFA. Dette åpner blant annet for at politikere og andre kan påklage saker de får kjennskap til. Hensikten er å bidra til å avdekke flere ulovlige direkte anskaffelser.

Dersom oppdragsgiver ønsker å få overprøvd nemndas avgjørelse om overtredelsesgebyr, må saken bringes inn for domstolene. Adgangen til å

[48] Tilføyd ved lov 30. juni 2006 nr. 41.

[49] Se "AUDA!", Rapport fra arbeidsgruppen mot ulovlige direkte anskaffelser av 31. mars 2003, og Ot.prp. nr. 62 (2005-2006).

ilegge overtredelsesgebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått.

I praksis har KOFA i perioden januar 2007 til februar 2010 behandlet 87 klagesaker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og ilagt overtredelsesgebyr i 14 tilfeller. Så langt har ingen av oppdragsgiverne som er ilagt overtredelsesgebyr reist søksmål for domstolene for å få prøvet KOFAs vedtak. Det kan være mange grunner til dette.

13.4.3 Sammenlikning av bestemmelsen om overtredelsesgebyr og reglene om bot i direktiv 2007/66/EF

Lov om offentlige anskaffelser § 7b ble innført på et tidspunkt da EU/EØS-regelverket ikke hadde egnede regler til å motvirke ulovlige direkte anskaffelser. Direktiv 2007/66/EF innfører imidlertid strengere regler for håndhevelse, hvorav «bøter» er en av sanksjonene, se kapittel 10.4.

Den nye sanksjonen «bot» etter direktivet likner på mange måter på overtredelsesgebyret, men det er også enkelte forskjeller.

For det første er virkeområdene ulike. Overtredelsesgebyret kan kun ilegges ved ulovlige direkte anskaffelser, mens direktivet åpner for å ilegge alternative sanksjoner, hvorav bot altså er en av dem, i tre type situasjoner:

- Når en kontrakt som er tildelt ulovlig likevel ikke skal anses å være uten virkning, fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger, skal det i stedet fastsettes alternative sanksjoner.
- Når kontrakter annulleres for de forpliktelsene som ennå ikke er oppfylt (uten virkning ex nunc), skal sanksjonen kombineres med andre sanksjoner.
- Når det foreligger mindre alvorlige brudd på prosedyrereglene og karenstiden/suspensjonsplikten, så kan alternative sanksjoner fastsettes i stedet for at kontrakten kjennes uten virkning.

Direktivets bot kan følgelig ikke bare ilegges ved ulovlige direkte anskaffelser, men også ved visse andre brudd på anskaffelsesregelverket. Ved ulovlige direkte anskaffelser er hovedregelen at kontrakten kjennes uten virkning, og bot kan bare ilegges i begrenset grad, det vil si når det foreligger særlige omstendigheter (hensyn til allmennhetens interesser) eller som et supplement til kansellering av en kontrakt ex nunc.

En annen ulikhet er at direktivet ikke stiller krav til skyld for at bot skal kunne ilegges. Den aktsomme oppdragsgiver kan imidlertid unngå bøter gjennom frivillig intensjonskunngjøring og frivillig overholdelse av karensperiode ved tildeling av kontrakter under parallelle rammeavtaler/dynamiske innkjøpsordninger, se nærmere om dette i kapittel 10.3.2 og 10.3.3.

Direktivet gir ikke hjemmel til helt å avstå fra å gi bøter, selv om håndhevelsesorganet skulle finne dette rimelig i det konkrete tilfellet. Det er med andre ord tale om en «skal-regel», se kapittel 10.4.

Direktivet sier ikke noe om botens størrelse, men oppstiller som norm at bøtene skal være effektive, proporsjonale og ha preventiv effekt, og gir klageinstansen adgang til

> «at tage hensyn til alle relevante forhold, herunder hvor alvorlig overtrædelsen er, de ordregivende myndigheders adfærd, og i de artikkel 2d, stk 2, omhandlede tilfælde, hvorvidt kontrakten fortsatt gælder».

Momentene som kan hensyntas ved fastsettelsen av botens størrelse synes i stor grad å være sammenfallende med de hensynene KOFA skal se hen til ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse.

Klageprosedyrene etter håndhevelsesdirektivet skal som minimum kunne påberopes av de

> «personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse»

jf. artikkel 1 nr. 3. De norske reglene om overtredelsesgebyr har en videre krets av personer som kan bringe en sak om ulovlige direkte anskaffelser inn for tvisteløsningsorganet, da slike saker som nevnt kan innklages av *enhver*.

Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått. Direktivet oppstiller en minimumsfrist på 30 dager for å reise sak med påstand om «uten virkning» for tilfeller der oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet. For tilfeller der oppdragsgiver ikke har kunngjort konkurranseresultatet, oppstiller direktivet en minimumsfrist på seks måneder. Direktivet er imidlertid ikke til hinder for at det oppstilles lengre frister nasjonalt, se utvalgets forslag i kapittel 9.4.

13.4.4 Videreføring av bestemmelsen om overtredelsesgebyr parallelt med håndhevelsesdirektivets sanksjoner?

Utvalget har diskutert hvorvidt det er mulig og hensiktsmessig å beholde dagens overtredelsesgebyr ved siden av håndhevelsesdirektivets sanksjoner. En videreføring under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester vurderes separat i kapittel 13.4.5 nedenfor.

Utvalget er delt i synet på om dagens ordning med administrativt ilagt overtredelsesgebyr etter lovens § 7b kan videreføres innenfor rammene av det sanksjonssystem som det nye håndhevelsesdirektivet legger opp til. Dette henger i noen grad også sammen med at utvalget er delt i synet på om direktivets regler skal gjennomføres innenfor rammene av en domstolsmodell, eller om man bør gå over til en modell basert på administrativ tvisteløsning (i nemnd).

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Hauge, Hellesylt, Goller, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, viser til at det vil foreslå at reglene i det nye direktivet skal gjennomføres innenfor den eksisterende domstolsmodellen, slik at sanksjonene etter direktivet håndheves for de ordinære domstolene, se kapittel 15. Domstolene vil med dette i saker om ulovlige direkte anskaffelser m.m. blant annet få hjemmel (og i noen saker plikt) til å ilegge «bøter» (gebyrer) som «alternativ sanksjon» til «uten virkning».

Flertallet kan ikke se at dette prinsipielt eller praktisk kan kombineres med at KOFA skal ha en fortsatt kompetanse til å ilegge administrativt overtredelsesgebyr. Oppdragsgiver vil da for samme forhold kunne bli møtt med både et generelt overtredelsesgebyr fra KOFA, og at kontrakten blir kjent uten virkning av domstolene, eventuelt uten virkning ex nunc, supplert med en bot. Dersom dette i det hele tatt lar seg kombinere, vil det måtte være etter et meget komplisert system. Videre vil en slik dobbelt reaksjon være klart uforholdsmessig, og vil også kunne reise problemer i relasjon til forbudet mot dobbeltstraff slik dette er utledet av EMK protokoll nr. 7 artikkel 4 nr. 1. Flertallet kan heller ikke se at en slik dobbelt, og i hovedtrekk parallell, sanksjonsregulering vil kunne bidra noe til regelverkets preventive effekt.

Flertallet er oppmerksom på at en overgang fra dagens system for administrativt overtredelsesgebyr til en modell der sanksjonene (herunder gebyr) må ilegges av domstolene kan føre til at det blir færre saker der dette er aktuelt. Det følger blant annet av at terskelen for å reise sak for domstolene er høyere enn for å klage til KOFA, samt at kretsen av søksmålsberettigete vil være mer begrenset enn etter dagens ordning, der enhver kan klage til KOFA i saker om ulovlig direkte anskaffelse, uten å måtte påvise klageinteresse. Dette kan isolert sett anses som en ulempe ved den foreslåtte reformen. Flertallet kan imidlertid ikke tillegge dette avgjørende vekt, av flere grunner.

For det første vil flertallet understreke at den viktigste virkningen av å innføre de nye sanksjonene ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. («uten virkning», avkorting og gebyr) må være den preventive effekten. Det er ikke noe mål i seg selv å få så mange tvistesaker som mulig, snarere tvert imot. Målet er å forebygge ulovlige direkte anskaffelser og andre regelbrudd i fremtiden. Og til det formål vil utvalgets flertall anta at det nye sanksjonssystemet samlet sett vil ha en minst like sterk preventiv effekt som dagens overtredelsesgebyr.

For det andre vil flertallet presisere at det ser dette som konflikt mellom to modeller for sanksjonering av ulovlige direkte anskaffelser, som hver for seg har fordeler og ulemper, men som ikke lar seg kombinere. Norsk lovgiver valgte i 2006 én modell. Senere har EU-lovgiver valgt en annen, og det er den som nå gjennom EØS-avtalen skal gjennomføres i norsk rett. Da er det etter flertallets vurdering verken mulig eller ønskelig å samtidig forsøke å videreføre den særnorske modellen.

For det tredje vil flertallet påpeke at det også ser visse rettssikkerhetsmessige betenkeligheter ved dagens ordning etter § 7b. Det er med andre ord ikke slik at dette fremstår som bevaringsverdig for enhver pris. Tvert imot reiser prosedyren for skriftlig saksbehandling i KOFA spørsmål om oppdragsgivers rettssikkerhet og rett til kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt i såpass alvorlige saker som det her er tale om. I den forbindelse har flertallet også merket seg at KOFA selv, i sitt høringsbrev av 2005 til den dengang foreslåtte reformen var sterkt kritisk til dette, og herunder blant annet uttalte at deres behandlingsform var fullstendig uegnet for å vurdere om det foreligger skyld, slik § 7b krever.[50] Etter gjeldende rett er den formelle håndhevelsen av reglene om offentlige anskaffelser i hovedsak lagt til domstolene, men slik at det for en viss undergruppe regelbrudd kan ilegges et betydelig administrativt overtredelsesgebyr, av et organ som ellers kun

[50] Se høringsuttalelse fra KOFA til departementet av 6. juli 2005.

har (omfattende) rådgivende funksjoner. Etter flertallets vurdering kan det diskuteres om dette er et enhetlig og godt system.

Endelig vil flertallet vise til det danske lovforslaget om gjennomføring av endringene i håndhevelsesdirektivet, der den danske klagenemnda (Klagenævnet for Udbud) utelukkende tillegges kompetanse til å bøtelegge oppdragsgivere som er omfattet av den offentlige forvaltningen. Nemnda tillegges derimot ikke kompetanse til å bøtelegge private oppdragsgivere, for eksempel virksomheter som driver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett. Dette er i merknadene til lovforslaget begrunnet i hensynet til EMK artikkel 6 om rettferdig rettergang. Delingen er med andre ord begrunnet i rettssikkerhetshensyn, og dette til tross for at alle medlemmene av nemndas formannskap har sitt daglige virke som dommere. Se nærmere om den danske løsningen i kapittel 6.4.

På denne bakgrunn vil utvalgets flertall foreslå at dagens ordning med administrativt overtredelsesgebyr etter § 7b oppheves som ledd i innføringen av det sanksjonssystem som håndhevelsesdirektivet gir anvisning på. Dermed rendyrkes «domstolsmodellen» som systemet for formelle reaksjoner, og KOFA går tilbake til å være et rent rådgivende alternativt tvisteløsningsorgan, som forutsatt da det ble etablert i 2003, og slik det var inntil 2007. Flertallet mener at dette også vil være en styrke for KOFA.

Flertallets forslag innebærer at det også må gjøres nødvendige endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, ønsker primært at kompetansene etter håndhevelsesdirektivet skal legges til en administrativ klagenemnd («Nye KOFA»), herunder adgangen til å ilegge bot, se kapittel 16.4. Dersom «Nye KOFA» gis kompetanse til å ilegge «bot» som «alternativ sanksjon» lar dette seg forene med en videreføring av overtredelsesgebyret etter gjeldende rett.

Dersom kompetansene legges til domstolene, er mindretallets subsidiære løsning å beholde lov om offentlige anskaffelser § 7b ved siden av direktivets regler. For å unngå dobbelbehandling av samme sak i domstolene og nemnda, forslår mindretallet at det innføres en søksmålsfrist på ett år, slik at domstolene kun kan ilegge sanksjonene etter håndhevelsesdirektivet det første året etter regelbruddet. I denne perioden vil det ikke være mulig å inngi klage til nemnda om samme forhold. Når søksmålsfristen har utløpt, skal det imidlertid bli mulig å gå til nemnda, som har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter mønster av gjeldende § 7b. Da skal enhver, innenfor en frist på 2 år fra kontraktens inngåelse, kunne klage til nemnda over en ulovlig direkte anskaffelse.

Mindretallet peker blant annet på at terskelen for å klage blir svært høy dersom det blir domstolene som skal kunne fastsette de nye sanksjonene som følger av endringene i håndhevelsesdirektivet.

Når det gjelder forholdet til private rettssubjekter, bør usikkerheten knyttet til problemstillinger til EMK kunne sikres ved at man utelukkende velger domstolsmodellen for disse.

Mindretallet viser til at private aktører utgjør en marginal del av oppdragsgivere totalt sett. I løpet av den tid det norske overtredelsesgebyret har virket, har det ikke vært en eneste gebyrsak mot private aktører underlagt forsyningsforskriften.

Det vises også til den danske modellen, hvor den danske klagenemnda (Klagenævnet for Udbud) utelukkende har kompetanse til å bøtelegge oppdragsgivere som er omfattet av den offentlige forvaltningen. Nemnda tillegges ikke kompetanse til å bøtelegge private oppdragsgivere, for eksempel private virksomheter som er underlagt forsyningsdirektivet. I disse situasjoner skal i stedet den danske anklagemyndigheten (Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet) trekkes inn i prosessen. Anklagemyndigheten skal da foreta en selvstendig vurdering av saken og kan utstede et forelegg. Dersom oppdragsgiver ikke vedtar forelegget, reiser anklagemyndigheten sak for domstolene.

For en samlet redegjørelse for mindretallets forslag vises det til kapittel 18.

13.4.5 Videreføring for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester?

Utvalget har videre vurdert om de nye reaksjonsformene som følger av håndhevelsesdirektivet kun skal innføres for anskaffelser over EØS-terskelverdiene (forskriftens del III og IV), samtidig som man beholder overtredelsesgebyret som eneste sanksjon under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester (forskriftens del II).

Det nye håndhevelsesdirektivet krever bare at de nye sanksjonene gjennomføres så langt EØS-rettens anskaffelsesregler gjelder, som vil si med virkning i anskaffelsesforskriften del III og IV. I prinsippet kan man derfor tenke seg en løsning

der det ikke innføres «alternative sanksjoner» for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester (forskriften del II), og at man her i stedet beholder dagens ordning med et administrativt overtredelsesgebyr.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Hauge, Hellesylt, Goller, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, kan imidlertid ikke se at dette er heniktsmessig. Som vist i kapittel 11.2.4 og 11.3.4 har utvalget kommet til at man riktignok ikke vil foreslå å innføre sanksjonen «uten virkning» for anskaffelser under EØS-terskelverdiene eller for uprioriterte tjenester, men derimot vil man foreslå at de alternative sanksjonene (avkorting av kontrakt og gebyr) skal kunne ilegges også for denne typen anskaffelser, det vil si etter forskriften del II. Dermed blir situasjonen også her at det vil virke kompliserende og uforholdsmessig dersom man for slike anskaffelser skal kunne ilegge både administrativt overtredelsesgebyr og «bot» som alternativ sanksjon.

Alternativet ville vært at dagens overtredelsesgebyr måtte vært den eneste sanksjonen ved ulovlige direkte anskaffelser etter forskriften del II, men dette ville etter flertallets vurdering vært en merkelig løsning, og medført at terskelen for å initiere bøtesaker i praksis ville være lavere for uprioriterte tjenester og anskaffelser under terskelverdiene enn for anskaffelser omfattet av EØS-retten.

På denne bakgrunn vil utvalgets flertall anbefale at ordningen med overtredelsesgebyr etter lovens § 7b oppheves også hva gjelder anskaffelser etter forskriften del II. Dermed får man en modell med samme gebyrordning i forskriften del II og III, hvilket også etter flertallets vurdering er en klar rettsteknisk fordel.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, ønsker prinsipalt også for del II at all kompetanse legges til en klagenemnd, herunder også adgangen til å ilegge bot. Subsidiært, ved en domstolsmodell, anbefaler dette medlemmet å beholde KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr parallelt med domstolenes adgang til å ilegge sanksjoner, se mindretallets forslag i kapittel 13.4.4.

13.5 Dekningskjøp når en kontrakt er kjent uten virkning

Som en følge av at visse former for brudd på anskaffelsesreglene (ulovlige direkte anskaffelser m.m.) for fremtiden vil kunne føre til at kontrakter kjennes uten virkning, har *utvalget* vurdert om dette gjør det påkrevet å innføre en viss mulighet for oppdragsgiver til å kunne foreta midlertidig «dekningskjøp», frem til ny korrekt anskaffelse kan skje.

Dersom en kontrakt kjennes uten virkning og oppdragsgiver fortsatt har behov for ytelsen, må det gjennomføres en ny konkurranse i samsvar med anskaffelsesregelverket. For anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser betyr det at oppdragsgiver må foreta en kunngjøring av konkurransen, eventuelt utarbeide konkurransegrunnlag, overholde de fristene som gjelder for mottak av forespørsel om å delta og/eller mottak av tilbud osv. Det betyr i praksis at det fort kan gå noen måneder før oppdragsgiver faktisk kan få levert ytelsen.

Dette kan være problematisk for en oppdragsgiver som har et umiddelbart behov, for eksempel ved nødvendige løpende leveranser av forbruksmateriell eller rengjøring av offentlige sykehjem. Da oppstår spørsmålet om hvordan oppdragsgiver skal få dekket et slikt behov (foreta «dekningskjøp») i tiden fra den inngåtte kontrakten er kjent uten virkning til det er gjennomført en ny konkurranse i samsvar med anskaffelsesregelverket.

Det bemerkes innledningsvis at håndhevelsesorganet vil ha adgang til å avstå fra å kjenne en kontrakt uten virkning når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten (se kapittel 10.3.1). Det vil være tilfellet der en annullering av kontrakten kan føre til at liv, helse eller sikkerhet settes i fare, for eksempel ved levering av medisinske produkter. Vesentlige hensyn til allmennhetens interesser vil også kunne foreligge der oppdragsgiver skal oppfylle visse lovpålagte forpliktelser for det offentlige og hvor det kan få store samfunnsmessige ringvirkninger å kjenne kontrakten uten virkning.

Dersom det ikke foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, vil hovedregelen være at kontrakten skal kjennes uten virkning.

Kjerneområdet for oppdragsgivers behov for å foreta dekningskjøp vil derfor være tilfeller der oppdragsgiver har et behov som det er nødvendig å få dekket raskt, men uten at det er tale om vesentlige hensyn til allmennhetens interesser.

Håndhevelsesorganet vil imidlertid ikke være forpliktet til å anvende unntaket selv om det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. Det kan derfor ikke utelukkes at en kontrakt kjennes uten virkning, selv om det foreligger slike vesentlige hensyn, for eksempel der en ulov-

lig direkte anskaffelse er av særlig grov karakter. I slike situasjoner vil oppdragsgiver ha et særlig behov for å foreta dekningskjøp. Det må likevel antas at dette kun sjeldent vil forekomme.

Oppdragsgiver har allerede i dag i visse situasjoner adgang til å gå direkte i forhandlinger med en eller flere leverandører uten å foreta en forutgående kunngjøring av konkurransen. Dette gjelder for eksempel der det foreligger særlige forhold som gjør at det ikke er mulig å overholde de alminnelige fristene.[51] Denne bestemmelsen er imidlertid i mange tilfeller ikke anvendelig for oppdragsgivere som må foreta et dekningskjøp etter at en kontrakt er kjent uten virkning, idet anvendelse forutsetter at de særlige forhold ikke kan tilregnes eller forutses av oppdragsgiver. At det har skjedd klare brudd på anskaffelsesregelverket må normalt kunne tilregnes oppdragsgiver.

I visse tilfeller er det også mulig å bruke en særlig hasteprosedyre. Dette gjelder når det er umulig å overholde de alminnelige fristene i regelverket, og oppdragsgiver kan da anvende kortere frister for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen (10 dager) og for mottak av tilbud (10 dager).[52] Her er det ikke en uttrykkelig forutsetning at det ikke må kunne tilregnes oppdragsgiver at anskaffelsen haster. Det må imidlertid antas at oppdragsgiver ikke kan anvende denne prosedyren som en sovepute, når hastetilfellet oppstår som følge av oppdragsgivers dårlige eller manglende planlegging.

Det er *utvalgets* vurdering at hasteprosedyren i utgangspunktet må kunne anvendes i tilfeller der en kontrakt kjennes uten virkning. Hasteprosedyren kan imidlertid bare brukes ved begrensede anbudskonkurranser eller konkurranser med forhandling etter forutgående kunngjøring.

Oppdragsgiver vil altså kunne befinne seg i en situasjon der han har behov for å foreta et dekningskjøp, men der det ikke er mulig å anvende hasteprosedyren. Dette kan enten være fordi det ikke er mulig å overholde de forkortede fristene eller fordi det ikke er mulig eller hensiktsmessig å anvende konkurranseformene begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. Det bør ikke være slik at oppdragsgiver på denne bakgrunn ser det som mest formålstjenlig å gjennomføre en direkte anskaffelse, som i seg selv kan være ulovlig.

Utvalget vil på denne bakgrunn anbefale at det innføres bestemmelser i forskrift om offentlige anskaffelser som gir oppdragsgivere adgang til å foreta dekningskjøp uten forutgående kunngjøring, forutsatt at visse betingelser er oppfylt.

For det første bør det bare være tillatt å foreta slike dekningskjøp når det ikke er mulig å overholde fristene i forskriften, herunder også fristene som gjelder for hasteprosedyren.

Det bemerkes i den forbindelse at sanksjonen «uten virkning» først inntrer når avgjørelsen er rettskraftig. Dersom håndhevelsen legges til domstolene, jf. kapittel 15, vil tvistelovens regler for rettskraft gjelde. Det følger av tvisteloven § 19-14 at en avgjørelse er rettskraftig når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler. Tingrettens avgjørelser kan ankes til lagmannsretten, jf. § 29-2. Ankefristen er som hovedregel én måned, jf. § 29-5.

Det betyr at oppdragsgiver fra avgjørelsen om at en kontakt er kjent uten virkning har én måned på seg før kontrakten faktisk er uten virkning. I dette tidsrommet vil oppdragsgiver fortsatt kunne få leveranser i henhold til den ulovlige kontrakten, og han kan påbegynne en ny anskaffelsesprosess. Det må også antas at oppdragsgiver i noen tilfeller vil rekke å gjennomføre en ny konkurranse etter hasteprosedyren.

For det andre bør dekningskjøp bare kunne foretas når det er *nødvendig* som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning. Dette må forstås relativt strengt, slik at det ikke er tilstrekkelig at det er besværlig eller uheldig for oppdragsgiver å skulle gjennomføre en ny anskaffelse i samsvar med anskaffelsesregelverket, for eksempel fordi oppdragsgiver må avsette ressurser til å gjennomføre anskaffelsen eller fordi det vil møte politisk motstand. Er det imidlertid uforholdsmessig vanskelig, må oppdragsgiver likevel kunne foreta et midlertidig dekningskjøp. Videre må det være et klart krav at det er nødvendig å få levert ytelsen raskt, og at det ikke er tid til å vente.

For det tredje bør ikke adgangen til å gjennomføre dekningskjøp åpne for at oppdragsgivere kan inngå langvarige kontrakter. Bestemmelsen bør derfor begrenses til å gi adgang til å inngå kontrakt i den perioden det tar å gjennomføre en ny konkurranse i samsvar med forskriften. Denne perioden vil typisk utgjøre noen måneder, avhengig av hvor komplisert anskaffelsen er. Oppdragsgiver kan ikke inngå lengre avtaler om dekningskjøp selv om dette medfører at prisnivået ville blitt lavere enn ved en kortvarig kontrakt.

---

[51] Anskaffelsesdirektivet artikkel 31 nr. 1 bokstav c, gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4 bokstav d.

[52] Anskaffelsesdirektivet artikkel 38, gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser § 19-5.

Er alle tre betingelser oppfylt skal oppdragsgivere kunne foreta et dekningskjøp. I det omfang det er mulig, bør dette skje ved at oppdragsgiver går ut i markedet før tildeling av kontrakt. Dette vil sikre et minimum av konkurranse om oppgaven, og kan for eksempel skje ved å ta direkte kontakt til et visst antall leverandører. Skal kontrakten kjennes uten virkning som følge av at oppdragsgiver har brutt bestemmelser om karens eller suspensjon, kan det for eksempel være hensiktsmessig å ta kontakt med alle deltakerne i den forutgående konkurransen.

Det vil imidlertid også kunne oppstå tilfeller der det ikke er hensiktsmessig å gå ut i markedet. Det kan for eksempel være tilfellet der det ikke anses for sannsynlig at andre enn den eksisterende leverandøren vil kunne levere på så kort varsel eller for en så begrenset periode. Det vil i den forbindelse også kunne være aktuelt å gå til den leverandøren som oppdragsgiver hadde før inngåelsen av den ulovlige kontrakten.

Utvalget anbefaler å innføre tilsvarende bestemmelser om dekningskjøp for anskaffelser omfattet av forsyningsforskriften.

Bestemmelsen vil ikke være relevant for kontrakter under EØS-terskelverdiene og om uprioriterte tjenester, idet slike kontrakter ikke kan kjennes uten virkning.

Utvalget har vurdert om det er forenlig med EØS-retten å innføre en bestemmelse om dekningskjøp for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivet. Det er ikke noen eksplisitt åpning for dette i de relevante direktivene. Imidlertid har utvalget kommet til at innføring av en begrenset og strengt regulert adgang til midlertidige dekningskjøp må være klart i overensstemmelse med formålet og hensynene bak EU/EØS-rettens regler om offentlige anskaffelser. For det første er dette en praktisk viktig problemstilling, som det må finnes en fornuftig og forholdsmessig løsning på. For det andre kan det ikke være formålstjenlig å tvinge oppdragsgiver til å foreta en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning. Ved å åpne for dekningskjøp i en begrenset mellomperiode, vil oppdragsgiver få mulighet i praksis til å utlyse og gjennomføre konkurransen om den nye anskaffelsen på en korrekt og forsvarlig måte.

Hva gjelder kontrakter der dekningskjøpet isolert sett ikke overstiger EØS-terskelverdiene, er dette ikke problematisk. Riktignok finnes det regler som i utgangspunktet fastslår at oppdragsgiver ved beregning av anskaffelser av varer og tjenester som inngås med regelmessige mellomrom eller som fornyes, skal ta med slike anskaffelser som foretas over en ettårig periode.[53] Oppdragsgiver må heller ikke dele opp kontrakter i den hensikt å unngå at bestemmelser i anskaffelsesregelverket skal få anvendelse. Et dekningskjøp vil imidlertid bare kunne foretas når det er nødvendig og for en begrenset periode, og når hensikten ikke er å omgå regelverket.[54]

På denne bakgrunn foreslår utvalget en ny bestemmelse om «dekningskjøp», som er inntatt som en ny situasjon i § 14-4 i forskrift om offentlige anskaffelser, som kan begrunne at oppdragsgiver benytter konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

Utvalget ser at det også kan oppstå tilsvarende problemstillinger i andre situasjoner. Det kan for eksempel være tilfelle når oppdragsgiver må stanse en anskaffelsesprosess som følge av en beslutning om midlertidig forføyning, eller når oppdragsgiver av eget tiltak avlyser en konkurranse fordi det har skjedd slike vesentlige feil i prosessen at konkurransen må avlyses. Også her vil det kunne oppstå et behov for oppdragsgiver til å foreta dekningskjøp frem til ny konkurranse er gjennomført. I disse situasjoner må hasteprosedyren i forskrift om offentlige anskaffelser § 19-5 i utgangspunkt også kunne brukes.

I enkelte tilfeller vil det også kunne være rettslig grunnlag for å gå i direkte forhandlinger med en eller flere leverandører for å dekke helt nødvendige behov frem til ny leverandør kan komme på plass etter en ny, ordinær anskaffelsesrunde. Dette vil i hvert fall være tilfelle for anskaffelser under 500 000 kroner. For slike anskaffelser vil det uansett ikke være krav om kunngjøring, og kravet til konkurranse gjelder bare «så langt det er mulig». Det kan heller ikke utelukkes at det i noen situasjoner kan være grunnlag for å gå i direkte forhandlinger for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II og III, der det foreligger et akutt og nødvendig behov. Dette vil avhenge av den konkrete situasjonen som har ført til behovet for dekningskjøpet. Der-

---

[53] Anskaffelsesdirektivet artikkel 9, gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3.

[54] I en dansk veileder om håndtering av anskaffelser i forbindelse med kommunalreformen ("Udbud i forbindelse med kommunalreformen - håndtering af forskellige udbudssituationer") er spørsmålet om inngåelse av kontrakter i en mellomfase behandlet. I forbindelse med den danske kommunalreform forekom det en rekke praktiske problemer med samkjøring av kontrakter for de forskjellige kommuner og amter som skulle sammenslås. Her ble det akseptert at kommunene kunne inngå nye mellomliggende kontrakter av kortere varighet, når kontraktverdien ikke oversteg EØS-terskelverdiene.

som den konkrete situasjonen er slik at det er grunnlag for en direkte anskaffelse, må denne, både i tid og omfang, begrenses så mye som mulig, og fortrinnsvis slik at anskaffelsen ikke overstiger EØS-terskelverdiene.

13.6 Erstatningsrettslige problemstillinger

13.6.1 Oversikt

Direktiv 2007/66/EF stiller ikke direkte nye krav til nasjonal erstatningsrett, og utvalget vil ikke foreslå endringer i lov eller forskrift på dette feltet. Gjennomføringen av direktivet vil imidlertid kunne aktualisere erstatningsrettslige problemstillinger som ikke tidligere har vært fremme i norsk rett. Det hører under domstolene å avgjøre hvordan de nye problemstillingene best skal løses, som ellers i anskaffelsesrettslige erstatningsspørsmål. Ettersom det følger av utvalgets mandat, vil *utvalget* i dette kapitlet likevel knytte enkelte bemerkninger til nye typer problemstillinger som aktualiseres ved gjennomføring av direktivet.

Etter gjeldende rett forutsetter EU/EØS-retten at det skal være en *adgang* for leverandører til å kreve erstatning for feil begått i offentlige anskaffelsesprosesser. EU/EØS-retten overlater imidlertid den nærmere reguleringen av dette til nasjonal rett. Håndhevelsesdirektivene (89/665/EØF og 92/13/EØF) regulerer ikke de nærmere vilkår for erstatning,[55] og det er heller ingen bestemmelser om dette i det nye direktiv 2007/66/EF. Det beror derfor i første rekke på intern norsk rett i hvilken utstrekning leverandører kan kreve erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis.[56]

I norsk anskaffelsesrett er den nærmere utvikling av erstatningsspørsmålet i praksis overlatt til domstolene. Det fremgår riktignok av anskaffelsesloven § 10 at:

> «Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet».

Forarbeidene legger imidlertid til grunn at bestemmelsen bare slår fast det som allerede følger av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.[57] Utgangspunktet er at de tre grunnleggende kravene for erstatning – ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng – må være oppfylt. Hvordan disse skal tilpasses de særlige spørsmål som anskaffelsesretten gir opphav til, har lovgiver overlatt til rettspraksis.

Etter gjeldende rett er det i all hovedsak leverandører som ikke nådde opp i konkurransen om en offentlig kontrakt, som påberoper seg feil i anskaffelsesprosessen som grunnlag for å kreve erstatning fra oppdragsgiveren. Etter at kontrakt er inngått, er erstatningskrav det eneste de kan gjøre gjeldende for domstolene. På nærmere vilkår kan disse leverandørene kreve erstattet sine utgifter til konkurransedeltakelse (den negative kontraktsinteresse)[58] eller kreve å bli stilt som om de hadde vunnet konkurransen (den positive kontraktsinteresse).[59] Videre har rettspraksis anerkjent potensielle leverandørers krav på erstatning for tap de har lidt for å få stoppet en ulovlig direkte anskaffelse.[60]

Gjennomføringen av direktiv 2007/66/EF reiser ingen nye erstatningsrettslige spørsmål for de tradisjonelle situasjonene, der kontrakt er tildelt og fastholdes, og potensielt forbigåtte leverandører søker erstatning for tap de mener å ha lidt. Derimot vil gjennomføringen av direktivet skape nye typer situasjoner i tilfeller der en inngått kontrakt kjennes uten virkning. Dette vil kunne reise erstatningsspørsmål først og fremst for medkontrahenten (som mister kontrakten), men til en viss grad også for andre leverandører.

13.6.2 Erstatningskrav fra medkontrahent hvis en kontrakt blir kjent uten virkning

Hvis en inngått kontrakt kjennes uten virkning, må medkontrahenten godta at kontrakten helt eller delvis settes til side, se kapittel 10.2. Dette vil kunne medføre økonomisk tap for vedkommende. For å få dekket dette tapet, vil erstatningssøksmål kunne fremstå nærliggende. Årsaken er at kontrakten bortfaller som følge av at den offentlige oppdragsgiveren har brutt anskaffelsesregelverket. Spørsmålet er dermed i hvilken grad medkontrahenten vil kunne søke tapet erstattet fra oppdragsgiveren.

---

[55] En modifikasjon er spesialregelen om erstatning for utgifter til deltakelse i en anbudskonkurranse i håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene.

[56] Jf. Rt. 2008 side 1705 (TA).

[57] Jf. Ot.prp. nr. 71 (1997-98) side 68.

[58] Jf. Rt. 1997 side 574 (Firesafe).

[59] Jf. Rt. 2001 side 1062 (Nucleus), Rt. 2007 side 983 (Reno-Vest) og Rt. 2008 side 1705 (TA).

[60] Jf. Rt. 2008 side 982 (Catch).

Utgangspunktet for å løse slike erstatningsspørsmål vil være lov om offentlige anskaffelser § 10 og alminnelige erstatningsrettslige regler. Etter gjeldende rett er det klart at § 10 ikke bare gjelder for forbigåtte leverandører, men for alle parter som måtte ha lidt tap i forbindelse med en anskaffelsesprosess. Dermed vil også oppdragsgivers medkontrahent i utgangspunktet kunne være erstatningsrettslig vernet dersom en kontrakt kjennes uten virkning.

Sammenligner man denne problemstillingen med de tradisjonelle anskaffelsesrettslige erstatningsspørsmålene, gjør imidlertid en vesentlig forskjell seg gjeldende. Erstatningskrav fra leverandører som ikke har fått tildelt kontrakten er knyttet til at de er beskyttet av de regler som oppdragsgiver har brutt ved anskaffelsen. Medkontrahenten har derimot fått tildelt kontrakten som følge av brudd på anskaffelsesreglene. Denne forskjellen kan medføre at rettspraksis om de tradisjonelle erstatningstilfellene ikke uten videre gir avgjørende bidrag til å løse de nye erstatningsrettslige problemstillingene som kan oppstå.

Når en kontrakt kjennes uten virkning, ex nunc eller ex tunc, skal kontraktsforholdet avvikles og det skal eventuelt skje et etteroppgjør. Som det fremgår under kapittel 10.2.4 flg. foreslår utvalget ikke særskilt regulering av dette etteroppgjøret. De kontraktsrettslige regler som vil måtte danne bakgrunnen for slike oppgjør, løser heller ikke spørsmål knyttet til erstatning for tap som følge av at kontrakten kjennes uten virkning. De kontraktsrettslige erstatningsregler bygger på en forutsetning om at kontraktens økonomiske virkninger skal opprettholdes, slik at det ved mislighold kan kreves erstatning for den positive kontraktsinteressen. En slik løsning kan ikke uten videre overføres til de tilfeller hvor en kontrakt kjennes uten virkning etter anskaffelsesregelverket.

Når en kontrakt kjennes uten virkning, vil medkontrahenten kunne lide forskjellige typer tap. For det første vil medkontrahenten helt eller delvis kunne gå glipp av fortjeneste han ville oppnådd dersom kontrakten var blitt oppfylt (den positive kontraktsinteresse). Forutsetningen er selvsagt at kontrakten ikke ville blitt tapsbringende for medkontrahenten. Hensynet bak sanksjonen «uten virkning» kan etter *utvalgets* oppfatning tilsi at erstatning for den positive kontraktsinteressen er utelukket. Å tilkjenne erstatning for den positive kontraktsinteressen, innebærer reelt sett å gi kontrakten økonomisk virkning, noe som kan stride mot hensynet til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.

For det andre vil det kunne oppstå tapsposter, som ikke direkte hører inn under det som tradisjonelt beskrives som den positive kontraktsinteressen. Hvis kontrakten kjennes uten virkning, vil utgiftene til kontraktsinngåelsen kunne ha vært helt eller delvis bortkastede. Medkontrahenten vil også kunne pådra seg ulike typer tap knyttet til avviklingen av kontraktsforholdet, for eksempel erstatningskrav fra underleverandører. Denne typen tap vil være tap som følge av at medkontrahenten har innrettet seg i tillit til at kontrakten hadde virkning (den negative kontraktsinteresse).

Det er oppdragsgiver som er pliktsubjekt etter reglene om offentlige anskaffelser. Situasjonen er da at oppdragsgiver i forbindelse med kontraktsinngåelsen har brutt regler som får den konsekvens at kontrakten kjennes uten virkning. Det er likevel ikke opplagt at brudd på anskaffelsesreglene i seg selv etablerer ansvarsgrunnlag overfor medkontrahenten, siden reglene ikke tar sikte på å beskytte den medkontrahenten som urettmessig har fått tildelt en kontrakt. En mulig konsekvens av et slikt synspunkt er at en medkontrahent som i ond tro inngår en kontrakt i strid med anskaffelsesreglene, ikke er erstatningsrettslig vernet. Under enhver omstendighet vil ond tro hos medkontrahenten aktualisere nedsettelse eller bortfall av erstatning etter skadeserstatningsloven § 5-1 om medvirkning.

Spørsmålet om erstatning er mer komplisert hvis medkontrahenten har vært i god tro om regelbruddet. God tro hos medkontrahenten kan skyldes rettsvillfarelse eller manglende kjennskap til de faktiske forhold som ligger til grunn for regelbruddet. Særlig aktuelt ved sanksjonen «uten virkning» vil antakelig være villfarelse om de rettslige grensene for når det er plikt til å kunngjøre en anskaffelse.

Det kan hevdes at den godtroende medkontrahenten må ha en berettiget forventning om at oppdragsgiver følger grunnleggende anskaffelsesregler, som er avgjørende for at kontrakten får vanlige privatrettslige virkninger. Selv om de rettslige vurderingene i grensetilfeller kan være kompliserte også for oppdragsgiver, synes oppdragsgiver å være den nærmeste til å bære risikoen for eventuelle feilvurderinger. Som et utgangspunkt er det da mye som taler for at regelbrudd overfor en aktsomt godtroende medkontrahent vil utgjøre erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag. Det kan innvendes at et slikt erstatningsansvar kan virke hardt overfor oppdragsgiver, som risikerer ikke bare å måtte betale erstatning til medkontrahenten, men også å betale overtredelsesgebyr dersom kontrakten kjennes uten virkning ex nunc.

På den annen side må det tas i betraktning at oppdragsgiver har mulighet til å benytte seg av ordningen med frivillig intensjonskunngjøring hvis han mener det er adgang til å tildele kontrakt uten forutgående kunngjøring. Samfunnsøkonomiske hensyn kan tilsi at medkontrahenten i slike tilfeller må kunne innrette seg etter oppdragsgivers vurdering.

For at oppdragsgiver skal kunne kreve erstatning må tapet stå i årsakssammenheng med det erstatningsbetingende forhold. Som det fremgår innledningsvis i kapitlet er utvalget av den oppfatning at erstatning for den positive kontraktsinteresse harmonerer dårlig med sanksjonen «uten virkning». Dersom man skulle legge til grunn at erstatning for positiv kontraktsinteresse prinsipielt ikke er utelukket, vil kravet til årsakssammenheng uansett medføre at slik erstatning er lite aktuelt. Utgangspunktet er at medkontrahenten har fått tildelt en kontrakt som følge av oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene.

Ved ulovlige direkte anskaffelser vil medkontrahenten, på samme måte som potensielle leverandører, vanskelig kunne sannsynliggjøre at han ville ha fått tildelt kontrakten dersom anskaffelsesreglene hadde vært fulgt. Dersom sanksjonen «uten virkning» er grunnet i brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon i kombinasjon med brudd på materielle anskaffelsesregler, kan det tenkes at medkontrahenten vil kunne argumentere med at han uansett ville blitt tildelt kontrakten. Sett i lys av vilkårene for å kjenne kontrakten uten virkning, herunder at feilen må ha påvirket øvrige leverandørers mulighet for å få tildelt kontrakten, fremstår det likevel mindre nærliggende at medkontrahenten kan sannsynliggjøre at han ville fått kontrakten dersom feilen ikke var begått.

Også for tapsposter knyttet til den negative kontraktsinteresse kan det oppstå ulike spørsmål om årsakssammenheng. For eksempel kan det bli spørsmål om i hvilken utstrekning det kan tilkjennes erstatning for utgifter i forbindelse med kontraktsinngåelsen i tilfeller hvor kontrakten under oppfyllelsen kjennes uten virkning ex nunc. Utvalget finner det ikke hensiktsmessig å søke å oppstille mer generelle retningslinjer for denne typen spørsmål.

13.6.3 Erstatningskrav fra øvrige leverandører dersom en kontrakt kjennes uten virkning

Hva gjelder øvrige leverandører, vil gjennomføringen av direktiv 2007/66/EF etter hva *utvalget* kan se bare i begrenset grad kunne medføre nye erstatningsrettslige spørsmål, utover det som følger av gjeldende rett. To potensielle problemstillinger skal likevel kort nevnes.

For det første vil utvalget påpeke at det hovedsakelig er de potensielle leverandørene som vil ha interesse i å få en kontrakt kjent uten virkning. Etter gjeldende rett vil disse leverandørene kun få erstattet utgifter til å få stoppet en ulovlig direkte anskaffelse, altså utgifter som påløper *før* kontraktsinngåelse. Med innføring av sanksjonen «uten virkning» vil de potensielle leverandørene også *etter* kontraktsinngåelse ha mulighet til å gripe inn. En konsekvens må være at også de utgifter som påløper etter kontraktsinngåelse, for å få kjent kontrakten uten virkning, etter forholdene må kunne kreves erstattet i henhold til alminnelige prinsipper.

Dersom vilkårene for å kjenne kontrakten uten virkning på grunnlag av brudd på karensperiode/suspensjon er oppfylt, antar utvalget at forbigåtte leverandører vil kunne gjøre gjeldende erstatningskrav på samme måte som i dag. Dersom et krav om at kontrakten skal kjennes uten virkning faktisk leder til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen, synes det imidlertid å kunne ha betydning for hvilket tap som konkret kan kreves erstattet. Har for eksempel en leverandør som mener seg forbigått, fått tildelt kontrakten etter utlysing av ny konkurranse, vil han ikke kunne kreve full erstatning for positiv kontraktsinteresse knyttet til den første utlysning av kontrakten.

På den annen side kan det ved utlysning av ny konkurranse, ikke være noen plikt for leverandører til å delta i denne, selv om de har klaget i første runde og har hatt utgifter i den forbindelse. Tapsbegrensningsplikten kan med andre ord ikke strekke seg så langt at en leverandør som har erstatningsrettslig vern for utgifter pådratt i første runde har noen plikt til å delta i neste.

13.6.4 Frister for fremsettelse av krav om erstatning

I kapittel 9.4 drøfter *utvalget* både de særlige frister som kan settes for krav om at en kontrakt skal kjennes uten virkning, og om det skal settes generelle særlige frister for alle krav i kjølvannet av inngåelse av offentlige kontrakter, herunder erstatningskrav. I dag reguleres dette kun av de alminnelige foreldelsesreglene. Utvalget kommer imidlertid til at det ikke vil anbefale å innføre nye preklusive frister for fremsettelse av erstatningskrav etter at kontrakt er inngått.

13.7 Utfordringer knyttet til den nye offentlighetsloven

13.7.1 Innledning

Etter den nye offentlighetsloven er tilbudene i en konkurranse etter anskaffelsesregelverket offentlige fra tidspunktet for oppdragsgivers tildelingsbeslutning. *Utvalget* mener det er uheldig at leverandørene kan få innsyn i hverandres tilbud før kontrakten er endelig inngått, særlig i situasjoner hvor oppdragsgiver finner å måtte avlyse konkurransen og utlyse den på nytt. Utvalget anbefaler derfor at offentlighetslovens bestemmelse om innsyn i tilbud i karensperioden vurderes på nytt.

13.7.2 Offentlighetslovens bestemmelser om innsyn

Etter den nye offentlighetsloven er tilbud og protokoller offentlige, men det kan gjøres unntak fra innsyn i disse frem til valget av leverandør er gjort, jf. § 23 tredje ledd. Tilbud og protokoller er således offentlige etter dette tidspunktet. Krav om innsyn skal avgjøres «uten ugrunnet opphold», jf. offentlighetsloven § 29. Tilbud og protokoller vil dermed være offentlige i karensperioden.

Det kan gjøres unntak fra innsyn for opplysninger når det er påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen til organet. Det skal gjøres unntak for opplysninger som er omfattet av taushetsplikt, som for eksempel forretningshemmeligheter.

Reglene skiller seg fra den gamle offentlighetsloven, der det var gjort et generelt unntak fra innsyn i tilbud og protokoller. Dette unntaket gjaldt også etter tildelingsbeslutningen.

Offentlighetslovutvalget foreslo å videreføre unntaket for innsyn i tilbud, jf. NOU 2003:30 kapittel 14. Utvalget konkluderte med at ulempene med en slik ordning ville bli så store at de ikke ville fremme et forslag om offentlighet om tilbud. Utvalget la blant annet vekt på at det ville innebære en betydelig arbeidsbyrde for forvaltningen å gå gjennom tilbudene med tanke på taushetsbelagte opplysninger.

Justisdepartementet mente at utvalget la for stor vekt på den økte arbeidsbyrden offentlighet om tilbud ville medføre, og foreslo at tilbudene skal være offentlige fra tildelingsbeslutningen. Formålet med de nye reglene er i følge Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) Om lov om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd, å få en mer gjennomsiktig innkjøpsprosess, slik at både leverandører, politikere og allmennheten kan kontrollere at det ikke blir tatt utenforliggende hensyn, herunder at korrupsjon og korrupsjonslignende forhold ikke finner sted. Andre motargumenter enn ressurshensynet ble ikke berørt av departementet.

13.7.3 Om offentlighet for tilbud

Utvalget er prinsipielt enig i de hensyn som ligger bak den nye bestemmelsen om innsyn i tilbud inngitt i konkurranser etter anskaffelsesregelverket. Offentlighet om tilbud før karensperiodens utløp er imidlertid ikke uproblematisk.

I karensperioden, som er perioden fra oppdragsgiver har besluttet hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås, kan oppdragsgiver endre sin tildelingsbeslutning dersom kontrakten skulle vise seg å være tildelt feil leverandør eller dersom det har skjedd feil i anskaffelsesprosessen som gjør at konkurransen må avlyses og utlyses på nytt. Når konkurransen må utlyses på nytt, kan det være svært skadelig for konkurransen at leverandørene har hatt innsyn i hverandres tilbud i den forutgående konkurransen. De vil, så langt opplysninger ikke er unntatt som følge av taushetspliktsreglene, kunne få innsyn i hverandres priser og øvrige betingelser. Dette legger til rette for at leverandørene kan tilpasse seg hverandres tilbud i den nye konkurransen. I tillegg til at dette kan være straffbart etter konkurranseloven, kan det gi dårligere betingelser for det offentlige og mindre effektiv bruk av offentlige midler.

Dersom det dreier seg om en forhandlet konkurranse kan en gjenåpning av konkurransen etter at tilbudene har vært offentlig tilgjengelige vise seg umulig, fordi offentliggjøringen har forrykket konkurransesituasjonen.

Etter endringene i håndhevelsesdirektivet skal oppdragsgiver automatisk gi en begrunnelse for sitt valg av leverandør samtidig med tildelingen av kontrakten. Denne begrunnelsen skal inneholde en beskrivelse av tilbudets egenskaper i relasjon til tildelingskriteriene, slik at øvrige leverandører skal kunne gjøre seg opp en mening om tildelingen virker akseptabel.

De nye reglene om karensperiode, i kombinasjon med kravet til begrunnelse, skal sikre at leverandørene får tilstrekkelig med tid og kunnskap til å vurdere om de ønsker å angripe oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Leverandørenes behov for innsyn i prosessen før kontraktstildeling er således sikret gjennom disse reglene. I tillegg følger det av offentlighetsloven § 23 tredje ledd at proto-

kollene skal være offentlige fra tidspunktet for tildelingsbeslutningen, samtidig som oppdragsgiverne har fått plikt til å føre protokoll for alle anskaffelser over 100 000 kroner, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2. Behovet for innsyn *før* kontrakt er inngått bør således være dekket gjennom disse reglene. Utvalget kan ikke se at det er behov for innsyn også i selve tilbudene før karensperiodens utløp, eller at regelen om innsyn før kontraktsinngåelse kan forankres i formålet med offentlighetsloven.

De nye sanksjonsreglene som innføres som følge av endringene i håndhevelsesdirektivet, sammen med reglene om karensperiode, begrunnelse og offentlighet om anbudsprotokollen, utgjør en vesentlig styrking av gjennomsiktigheten og håndhevelsen av offentlige anskaffelser. Utvalget mener at dette vil ivareta hensynet til å sikre at oppdragsgivere ikke tar utenforliggende hensyn, herunder korrupsjonslignende forhold, og kan som nevnt heller ikke se at regelen om innsyn før karensperiodens utløp kan forankres i formålet med offentlighetsloven. Utvalget anbefaler derfor at bestemmelsen om innsyn i tilbud før karensperiodens utløp blir revurdert.

13.8 Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59

13.8.1 Innledning

Etter kommuneloven § 59 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. Lovlighetskontrollen er et middel til å få en autoritativ avgjørelse av rettslig tvil eller uenighet som oppstår som ledd i kommunal og fylkeskommunal saksbehandling, uten å gå til domstolene.

I hvilken grad kommunale og fylkeskommunale avgjørelser som treffes i forbindelse med offentlige anskaffelser kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, er et komplisert spørsmål. Etter ordlyden i § 59 første ledd første punktum er det

> «avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon»

som er gjenstand for departementets lovlighetskontroll. Ut fra bestemmelsens ordlyd kan det derfor synes som enhver beslutning truffet av et kommunalt eller fylkeskommunalt organ er gjenstand for departementets lovlighetskontroll. I lovens forarbeider presiseres det imidlertid at departementets lovlighetskontroll bare gjelder «avgjørelsens offentligrettslige sider».[61]

Videre fremgår det samme sted at det kun er «endelig avgjørelse» som kan bringes inn for kontroll. Særlig etter lovendring av 19. juni 2009 nr. 88, sett i sammenheng med uttalelser i forarbeidene til lovendringen, synes det rimelig klart at prosessledende avgjørelser som utgangspunkt ikke kan gjøres til gjenstand for selvstendig lovlighetskontroll, men kan prøves som ledd i prøvingen av den endelige realitetsavgjørelsen.[62]

En offentlig anskaffelse ligger i skjæringspunktet mellom offentlig og privat rett. Selve kontraktsinngåelsen er normalt av privatrettslig karakter, selv om dette nok vil kunne være avhengig av hvilke varer og/eller tjenester som anskaffes og det nærmere innhold av avtalen. Beslutningsprosessen styres av lov om offentlige anskaffelser som er offentligrettslige prosedyreregler. Det er et uavklart spørsmål hvorvidt kommuneloven § 59 skal forstås slik at realitetsavgjørelsen må være av offentligrettslig karakter for at saken kan bringes inn for lovlighetskontroll, eller om også sakens *prosessuelle* sider av offentligrettslig karakter skal kunne lovlighetskontrolleres, uavhengig av om realitetsavgjørelsen materielt sett er av offentligrettslig eller privatrettslig karakter. Kommunal- og regionaldepartementet synes å legge det sistnevnte syn til grunn.[63]

Utvalget tar ikke nærmere stilling til de kompliserte grensedragningene som gjør seg gjeldende på dette området, men merker seg at anbudsregelverket kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll etter nærmere omstendigheter. Utvalget mener at denne kontrollen bør ses i sammenheng med håndhevelsessystemet for øvrig, og ber lovgiver vurdere å innføre et unntak fra lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, for saker som gjelder offentlige anskaffelser.

13.8.2 Nærmere om lovlighetskontrollen

Krav om lovlighetskontroll skal som nevnt fremsettes av tre eller flere medlemmer av kommunestyret/fylkestinget, og skal fremsettes for det organ som har truffet den aktuelle avgjørelse som

[61] Se blant annet Ot.prp. nr. 43 (1991-92) s. 300.
[62] Se blant annet Ot.prp. nr. 17 (2008-2009) pkt 5.3.1.
[63] Rundskriv H-2123 pkt 4.1.4.1.

ønskes overprøvd. Dette skal skje innen tre uker fra det tidspunkt avgjørelsen ble truffet. Hvis organet opprettholder avgjørelsen, skal saken oversendes til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet dersom det gjelder en fylkeskommunal avgjørelse om en anskaffelse, og til fylkesmannen dersom det gjelder en kommunal avgjørelse.[64] Departementet kan også på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll.

Ifølge kommuneloven § 59 kan departementet kreve at kommunen/fylkeskommunen gir opplysninger om enkeltsaker eller sider av sin virksomhet. Departementet har også rett til innsyn i alle fylkeskommunale/kommunale saksdokumenter. Kommuneloven gir imidlertid ikke særskilte regler om saksbehandlingen ved gjennomføring av lovlighetskontroll.

I følge juridisk litteratur[65] er lovlighetskontroll ikke en del av den partsrettede saksbehandlingen, men må anses som et ledd i den interne kvalitetssikring av offentlig myndighetsutøvelse. Eventuelle parter i saken har altså ikke mulighet for å bringe inn en sak for lovlighetskontroll. Eventuelle parters interesse i og rettigheter under en forvaltningsmessig overprøvning er ivaretatt ved reglene om forvaltningsklage i forvaltningsloven, og det har ikke vært meningen at reglene om lovlighetskontroll skal gjenta og overlappe disse reglene.

Forvaltningslovens saksbehandlingsregler, herunder reglene om kontradiktorisk saksbehandling og klagerett, får altså som utgangspunkt ikke anvendelse på departementets lovlighetskontroll. *Utvalget* antar imidlertid at dette må vurderes konkret slik at man kan tenke seg at departementets prøving kan få slik betydning for rettigheter og plikter til enkeltpersoner at departementets avgjørelse må anses som et enkeltvedtak. Departementet må dessuten alltid legge til grunn de alminnelige reglene i forvaltningsloven i sin saksbehandling.

13.8.3 Innhold av lovlighetskontrollen

Ved lovlighetskontroll skal det tas stilling til følgende tre forhold:

- om avgjørelsen er innholdsmessig lovlig
- om avgjørelsen er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse
- om avgjørelsen er blitt til på lovlig måte

Kontrollen kan ikke begrense seg til ett av disse forholdene, men må omfatte alle. Departementet kan derfor ikke begrense kontrollen til bare å prøve klagers anførsler, men må ta stilling til alle sider av saken. Lovlighetskontrollen går imidlertid som nevnt utelukkende på avgjørelsens offentligrettslige sider. Departementet skal derfor ikke ta stilling til privatrettslige spørsmål, herunder spørsmål av kontraktsrettslig, erstatningsrettslig eller tingsrettslig karakter.[66] Dette betyr at lovlighetskontrollen i forhold til spørsmål om offentlige anskaffelser må gå ut på at departementet påser at bestemmelsene i regelverket er overholdt. Departementet kan derimot ikke ta stilling til spørsmål om innkjøpsfaglige skjønn eller avtalerettslige spørsmål.

13.8.4 Konsekvens av lovlighetskontroll

Departementet skal påtale feil og eventuelt oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig, jf. kommuneloven § 59 fjerde ledd.

Om en avgjørelse blir ugyldig skal avgjøres ut i fra de alminnelige forvaltningsrettslige regler. At et vedtak er beheftet med feil betyr altså ikke uten videre at det blir ugyldig, men at departementet må se på om feilen er av en slik karakter eller er så grov at den kan ha påvirket avgjørelsens innhold. Det presiseres at en lovlighetskontroll ikke griper inn i gyldigheten av den inngåtte kontrakten. Selv om et vedtak kjennes ugyldig, vil likevel en avtale som er inngått på grunnlag av vedtaket som senere kjennes ugyldig, fortsatt være gyldig.

Det understrekes videre at lovlighetskontrollen ikke har karakter av en administrativ klagebehandling. Departementet har altså ikke kompetanse til å fatte en ny avgjørelse, bare til å oppheve den foreliggende avgjørelsen, dersom den er ugyldig.

Også selv om avgjørelsen ikke kjennes ugyldig kan lovlighetskontrollen ha betydning. En eventuell konstatering av feil vil kunne få betydning for oppdragsgiverens fremtidige praksis og vil også kunne danne grunnlag for en eventuell erstatningssak mot kommunen/fylkeskommunen eller et frivillig forlik.

---

[64] I det følgende beskrives departementets kompetanse til å føre lovlighetskontroll. I denne sammenheng dekker begrepet "departementet" både Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets og fylkesmannens kompetanse.

[65] Overå og Bernt, Kommentarutgaven til kommuneloven, side 433.

[66] Se for eksempel NOU:1990:13 og Ot.prp. nr. 42 (1991-1992).

13.8.5 Problemstillinger

Som beskrevet ovenfor er avgjørelser om offentlige anskaffelser ikke forvaltningsrettslige avgjørelser i tradisjonell forstand, idet slike avgjørelser står i en «mellomstilling» mellom offentlig og privat rett. Ettersom det kun er de offentligrettslige sider ved saken som kan prøves, ikke de privatrettslige, innebærer dette trolig at departementet kun kan ta stilling til om regelverket for offentlige anskaffelser er overholdt. Departementet kan ikke vurdere de avtalemessige konsekvensene av at regelverket eventuelt er brutt, det vil si om overtredelsen medfører at avtalen er ugyldig.

Dette kan bli særlig problematisk i forhold til de nye bestemmelsene om at visse kontrakter skal kjennes uten virkning, se nærmere om dette i kapittel 10. Ifølge håndhevelsesdirektivet er det utelukkende håndhevelsesorganet som skal kjenne en kontrakt uten virkning. Spørsmålet er da hva konsekvensen blir, dersom departementet konstaterer slike brudd som kan føre til at kontrakten kjennes uten virkning.

En annen og vel så vesentlig problemstilling er om den saksbehandlingen som foregår i departementet og hos fylkesmennene gir partene tilstrekkelig rettssikkerhet. Sakene er ofte meget kompliserte og krever omfattende utredninger av både faktum og jus. Særlig for fylkesmennene som ikke har spesialkunnskap på området for offentlige anskaffelser, kan det være vanskelig å treffe en slik avgjørelse. Avgjørelsene som treffes har karakter av «skrivebordsavgjørelser», og det kan stilles spørsmål ved om den nødvendige kompetanse til å gjennomføre en bredere vurdering av sakskomplekset og til å foreta den nødvendige bevisvurdering alltid er til stede. Det er heller ingen saksbehandlingsregler som sikrer tilstrekkelig kontradiksjon, verken i forhold til den offentlige oppdragsgiveren, den vinnende leverandøren eller forbigåtte leverandører. Dette innebærer at faren er stor for at det treffes uriktige beslutninger av stor betydning for enkeltpersoner, uten klagerett og andre rettssikkerhetsgarantier for berørte aktører.

Et viktig poeng i forhold til kontrollen med offentlige anskaffelser er dessuten at det gjennom KOFA er etablert et særskilt administrativt klageorgan med kompetanse på området. Behovet for å få avgjort tvil eller uenighet innad i kommunen i form av lovlighetskontroll, og med dette slippe domstolsbehandling, er derfor liten.

I den forbindelse kan det vises til tilsvarende danske regler om tilsyn med kommunene. Etter den danske kommunestyrelseslov fører statsamtmannen tilsyn med at kommuner og kommunale fellesskaper overholder den lovgivning som særlig gjelder for offentlige myndigheter. Statsamtmannen kan uttale seg om lovligheten av kommunale disposisjoner eller unnlatelser, og kan sette ulovlige beslutninger ut av kraft. Dette gjelder imidlertid ikke i det omfang særlige klage- eller tilsynsmyndigheter kan ta stilling til den aktuelle saken. Ettersom det på anskaffelsesområdet er en særlig klageinstans (Klagenævnet for Udbud) kan statsamtmannen ikke behandle spørsmål om overtredelse av anskaffelsesregelverket.[67]

Det bemerkes i den forbindelse at medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget ikke nødvendigvis selv har mulighet for å få saken overprøvd i KOFA, da det er krav til saklig interesse for å få vurdert lovligheten av en unnlatelse, handling eller beslutning.[68]

Endelig fremheves det at spørsmål om overtredelser av anskaffelsesregelverket også kan bringes inn for EFTA Surveillance Authority (ESA), og her stilles det ikke krav til saklig klageinteresse. I slike saker er det Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets oppgave å besvare henvendelser fra ESA, og det er således departementet som skal ivareta norske interesser. Klager til ESA kan bringes inn parallelt med at samme spørsmål behandles i en lovlighetskontroll eller etter at departementet har truffet en avgjørelse.

Departementet har i slike situasjoner motstridende roller og skal ta motstridende hensyn. I forbindelse med lovlighetskontrollen skal departementet fungere som dommer, mens departementet i forbindelse med en ESA-klagesak, nærmest fungerer som forsvarer. Departementet skal naturligvis i alle tilfeller fremme rett anvendelse av regelverket, men dobbeltrollen er uansett uheldig. Når departementet først har uttalt seg om lovligheten av en avgjørelse i en sak om lovlighetskontroll, står departementet dårlig i forhandlingene med ESA for å unngå en eventuell traktatbruddssak.

På bakgrunn av problemene i forbindelse med lovlighetskontroll av avgjørelser om offentlige an-

---

[67] Se for eksempel brev fra statsforvaltningen i Region Syddanmark: http://www.statsforvaltning.dk/Tilsynsafg%C3%B8relser/Files/VedhaeftetFil/462.pdf

[68] Kravet til saklig interesse gjelder ikke ved klager over ulovlige direkte anskaffelser, jf. KOFA-forskriften § 13a, men denne bestemmelsen foreslår flertallet opphevet sammen med bestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 7b om overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser, se kapittel 13.4.

skaffelser, og at det allerede eksisterer flere andre klagemuligheter, anbefaler *utvalget* at de ansvarlige norske myndigheter innfører et unntak fra kommuneloven § 59 for disse sakene.

Del III
Håndhevelsessystemet

Kapittel 14
Håndhevelsesorganets kompetanse og prosedyrer

14.1 Hovedtrekk

Så langt har utvalget behandlet de krav som det nye håndhevelsesdirektivet stiller til anskaffelsesprosessen, og sanksjonene ved ulovlige direkte anskaffelser m.m. Men direktivet stiller også visse krav til hvordan håndhevelsessystemet *organiseres*, og til klageorganenes kompetanse og prosedyrer. Temaet i det følgende er hvordan dette best kan gjennomføres i norsk rett.

Etter EU/EØS-retten er det som utgangspunkt opp til nasjonale myndigheter å avgjøre hvordan de felles reglene organisatorisk skal håndheves og kontrolleres på nasjonalt nivå. I anskaffelsesretten er det imidlertid lagt en rekke EU/EØS-rettslige føringer på den nasjonale håndhevelsen, som nærmere beskrevet nedenfor i kapittel 14.2. Ved gjennomføringen må disse sees i sammenheng også med de grunnleggende krav til tvisteløsning som gjelder etter vanlig norsk rett (kapittel 14.3). Innenfor disse rammene kan man tenke seg flere mulige modeller for håndhevelse av anskaffelsesreglene. Disse er skissert i kapittel 14.3, og nærmere beskrevet i kapitlene 15 og 16.

Siden EU/EØS-reglene om offentlige anskaffelser først ble inntatt i norsk rett tidlig på 1990-tallet, har man i Norge valgt en «domstolsmodell» for håndhevelsen, der de formelle reaksjonene ivaretas av de alminnelige domstolene, i all hovedsak etter alminnelig prosessrett. Dette er så supplert med uformell (rådgivende) tvisteløsning gjennom Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Fra enkelte hold har det imidlertid vært anført at man i stedet bør gå over til hel eller delvis administrativ klagebehandling i første instans i en form for domstolslignende klageorgan («nemndmodell»), slik det gjøres i visse andre europeiske land. Det nye håndhevelsesdirektivet aktualiserer dette spørsmålet, og utvalget har derfor gått grundig inn i dette.

Utvalget er delt i synet på hvordan håndhevelsessystemet for klager i saker om offentlige anskaffelser i fremtiden bør organiseres.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, mener at håndhevelsen av anskaffelsesretten i Norge også i fremtiden bør bygge på en domstolsmodell, kombinert med fortsatt rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at også de sanksjonene som følger av det nye håndhevelsesdirektivet bør legges til domstolene, med de (mindre) tilpasninger det krever. Utvalgets flertall har redegjort for dette i kapittel 15.

Utvalgets flertall anser samtidig at det best oppfyller sitt utredningsoppdrag ved også å skissere hvordan det mener en alternativ nemndmodell bør utformes, dersom lovgiver likevel kommer til at det er ønskelig. En slik skisse gir også et bedre grunnlag for å sammenligne domstolsmodellen og nemndmodellen. Flertallets subsidiære redegjørelse for en mulig nemndmodell er inntatt i kapittel 16.2.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, mener at det nå er på tide å gå over til en nemndmodell for håndhevelsen av anskaffelsesreglene i Norge. Mindretallets forslag er å omdanne dagens KOFA til et formelt administrativt klageorgan med bindende vedtakskompetanse i første instans og visse tilsynsfunksjoner. Dette er nærmere beskrevet i kapittel 16.4.

14.2 Håndhevelsesdirektivets krav til klageprosedyren og tilgjengelige beføyelser

I EU/EØS-retten gjelder det et grunnleggende prinsipp om såkalt nasjonal prosessuell autonomi. Det betyr at det som utgangspunkt er opp til nasjonal lovgiver selv å bestemme hvordan EU/EØS-reglene prosessuelt skal håndheves på nasjonalt plan, etter nasjonal forvaltnings- og prosessrett. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. For det første er det et generelt prinsipp at den nasjonale håndhevelsen må være lojal og effektiv. For det andre oppstiller EU/EØS-retten på en rekke

områder også mer eller mindre detaljerte prosessuelle krav.

Anskaffelsesretten er et slikt område. Som utgangspunkt er det opp til nasjonal lovgiver å avgjøre hvordan EU/EØS-reglene om offentlige anskaffelser skal håndheves. Men EU/EØS-retten stiller samtidig krav til det nasjonale klagesystemet både hva gjelder klageorganets kompetanse og prosedyrene for klagebehandling.

For det første gjelder det et generelt grunnleggende EU/EØS-rettslig prinsipp om ekvivalens med nasjonal rett, som innebærer at håndhevelsen av EU/EØS-regler ikke må være mer byrdefull enn håndhevelsen av tilsvarende nasjonale regler. Dette prinsippet er formulert av EU-domstolen både på generelt plan og nærmere spesifisert for anskaffelsesretten.[1]

For det andre har EU-lovgiver i tillegg til de materielle anskaffelsesreglene også gitt egne regler om hvordan den nasjonale håndhevelsen skal organiseres. Dette er gjort i de særskilte «håndhevelsesdirektivene», som er direktiv 89/665/EØF (klassisk sektor) og direktiv 92/13/EØF (forsyningssektoren). Det nye håndhevelsesdirektivet 2007/66/EF er et endringsdirektiv til de to eksisterende, som videreutvikler dem.

I de opprinnelige håndhevelsesdirektivene er ekvivalensprinsippet nedfelt i artikkel 1 nr. 2 i hvert av dem. Videre er det oppstilt en rekke krav til klageprosedyrene og klageorganets kompetanse. Dette er videreført i de nye håndhevelsesdirektivene artikkel 2. Det fremgår av artikkel 2 nr. 1 at det, som under dagens direktiver, er tre typer avgjørelser som må kunne treffes.

For det første må håndhevelsesorganet kunne treffe en *midlertidig avgjørelse*, for å bringe en overtredelse til opphør eller forhindre skade, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav a. Direktivet stiller her både krav til beslutningens karakter (en midlertidig avgjørelse) og til prosedyren som sådan. Dette skal kunne skje hurtigst mulig, og som hastesak, men uten at det er beskrevet hva som nærmere ligger i dette. Kravet har sammenheng med det alminnelige EU/EØS-rettslige prinsippet om effektivitet, som generelt tilsier at statene må etablere effektive systemer for å håndheve rettigheter under EØS-avtalen. Prinsippet er utviklet i rettspraksis fra EU-domstolen. Videre er det presisert at avgjørelsen i hvert fall må kunne rette seg mot å forhindre kontraktsinngåelsen, og å stille gjennomføringen av en hver beslutning i bero. Et eksempel på det sistnevnte er at domstolen treffer avgjørelse om at en leverandør ikke skal anses avvist inntil det er truffet avgjørelse om lovligheten av avvisningen i hovedsaken.

For det andre må håndhevelsesorganet kunne *annullere* eller foranledige annullering av ulovlig beslutninger, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav b. Hva som må anses som ulovlige beslutninger er ikke nærmere angitt, men det er presisert i bestemmelsen at kompetansen i hvert fall skal omfatte en tilsidesettelse av diskriminerende spesifikasjoner i konkurransegrunnlaget mv.

For det tredje må håndhevelsesorganet kunne tilkjenne *erstatning*, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Direktivet stiller ikke nærmere krav til hva slags erstatning som må tilkjennes, eller for hvilke typer regelbrudd. Dette overlates i utgangspunktet til nasjonal rett. Enkelte krav vil likevel følge av effektivitetsprinsippet.

Ved det nye håndhevelsesdirektivet er de tre tidligere sanksjonene (midlertidig forføyning, annullasjon og erstatning) som beskrevet ovenfor nå supplert med krav om at håndhevelsesorganet for visse typer regelbrudd (særlig ulovlig direkte anskaffelser) skal ha kompetanse til på nærmere vilkår å kjenne kontrakter *uten virkning* (artikkel 2d), samt å ilegge *alternative sanksjoner* (artikkel 2e). Dette er nyskapninger i direktivet. En annen vesentlig endring sammenlignet med tidligere er videre at klager til håndhevelsesorganet skal ha *oppsettende virkning* (suspensjon), jf. artikkel 2 nr. 3.

Direktivet krever ikke at alle disse beføyelsene må kunne utøves av samme organ, bare at de er tilgjengelige, jf. artikkel 2 nr. 2. Dersom håndhevelsesorganet ikke er en domstol, er det særlig angitt at avgjørelsen må treffes skriftlig, og kunne påankes, se artikkel 2 nr. 9. Den samme bestemmelsen oppstiller også krav til ankeinstansens sammensetning i dette tilfellet.

Alle de formelle kravene til klageprosedyrene og tilgjengelige beføyelser er i dag ivaretatt av de ordinære domstoler. KOFA er et rådgivende organ og fyller i dag ingen rolle i det formelle klagesystemet etter håndhevelsesdirektivene.

14.3 Grunnleggende krav til tvisteløsning etter norsk rett

Selv om EU/EØS-retten stiller krav til nasjonal håndhevelse av anskaffelsesretten, er dette kun som supplerende regler, for å ivareta hensynet til

[1] Se generelt sak C-33/76, Rewe-Zentralfinanz v Landwirtschaftskammer für das Saarland, og nærmere om hvordan dette gjelder for reglene om offentlige anskaffelser i sak C-225/97, Kommisjonen mot Frankrike.

effektiv etterlevelse. I hovedsak vil håndhevelsen fortsatt følge nasjonal forvaltnings- og prosessrett, og nasjonal lovgiver har full frihet til selv å regulere dette nærmere, så lenge direktivenes krav er oppfylt. Herunder vil det fortsatt være opp til nasjonal lovgiver å sørge for at grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper er ivaretatt, samt regulere de nærmere detaljer i prosessene.

Utvalget vil derfor understreke at ethvert system for håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser selvsagt også må oppfylle de generelle krav til tvisteløsning som følger av norsk rett. Det gjelder enten man velger en «domstolsmodell» eller en «nemndmodell». I anskaffelsessaker vil det kunne være aktuelt å ilegge en rekke formelle sanksjoner (midlertidig forføyning, annullering, ugyldighet, avkortning, gebyr og erstatning), som vil kunne få følge både for den offentlige oppdragsgiver og i noen grad også for private parter, og de prosessuelle reglene for dette må respektere alminnelige grunnleggende krav til rettssikkerhet, effektivitet m.m.

Innenfor rammene av utvalgets mandat vil det føre for langt å gi en generell redegjørelse for de grunnleggende krav til tvisteløsning som i dag gjelder i norsk rett. Utvalget vil derfor i stedet vise til den grundige og fortsatt relativt oppdaterte redegjørelsen for dette som ble gitt av tvistemålsutvalget i kapittel 3 av NOU 2001:32 «Rett på sak». Her drøfter tvistemålsutvalget grunnleggende krav til tvisteloven og domstolene, og hvilke hensyn prosessreglene må ivareta. Herunder gjennomgås også de krav som følger av EMK artikkel 6 nr. 1, inkludert kravene til rettferdig rettergang, og rettsbehandling innen rimelig tid. En rekke av de mer konkrete spørsmålene som deretter drøftes (se særlig pkt 3.9 flg.), og konklusjonen som trekkes, vil ha direkte betydning også for håndhevelsessystemet for offentlige anskaffelser. Dette gjelder blant annet spørsmål knyttet til muntlig eller skriftlig behandling, bevisumiddelbarhet og bevisbedømmelse, kontradiksjon og innsyn, og mulighet for ankebehandling.

De grunnleggende krav som må oppstilles til forsvarlig tvisteløsning er også kommet til uttrykk i formålsbestemmelsen til den nye tvisteloven, i § 1-1, der det i første ledd heter at loven skal «legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler», samt at den skal

> «ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene».

I annet ledd presiseres deretter kravene til blant annet bevisførsel, kontradiksjon, forholdsmessighet, begrunnelse og domstolskontroll.

Utvalget vil understreke at uavhengig av om det er de ordinære domstoler eller en ny klagenemnd som velges som håndhevelsesorgan, så bør de hensyn som er nedfelt i tvisteloven § 1-1 første ledd ivaretas, og i hvert fall som et utgangspunkt med de virkemidler som følger av bestemmelsens annet ledd. Dette er prinsipper som går ut over de EU/EØS-rettslige kravene som håndhevelsesdirektivet oppstiller til klageprosedyren, men som følger av alminnelig norsk rett, og som er nødvendige for å ivareta rettsikkerheten og troverdigheten i prosessene.

14.4 Håndhevelsesmodeller

Ved den nærmere utformingen av et nasjonalt system for håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser kan man tenke seg en rekke ulike løsninger på detaljplan. På mer overordnet plan kan det imidlertid etter utvalgets syn sies å være tre hovedmodeller:

- domstolsmodellen
- nemndmodellen (administrativt klageorgan)
- blandet modell (dels domstol, dels nemnd)

I norsk anskaffelsesrett har man tradisjonelt lagt til grunn en domstolsmodell, i den forstand at all formell klagebehandling og sanksjoner har vært lagt til de ordinære domstolene. Dette har så fra 2003 vært supplert med KOFA som et alternativt og rådgivende lavterskeltilbud. I 2007 ble det gjort et unntak fra den rendyrkete domstolsmodellen da KOFA ble gitt kompetanse til å ilegge formelle overtredelsesgebyrer ved ulovlige direkte anskaffelser.

Som vist i den komparative redegjørelsen i kapittel 6 bruker omtrent halvparten av medlemsstatene i EU også en domstolsmodell i anskaffelsesretten. Det gjelder de aller fleste statene i Vest-Europa (dog ikke Danmark og Tyskland). I den andre halvparten av medlemsstatene har man valgt en nemndmodell – der man har opprettet særskilte administrative klageorganer for behandling av anskaffelsessaker i første instans. Det gjelder de aller fleste statene i Øst- og Sentraleuropa. De aller fleste nemndene i disse statene har kompetanse til å stanse anskaffelsesprosesser, konstatere

brudd på regelverket, pålegge oppdragsgiveren å rette feil, samt å sette til side ulovlige beslutninger. I alle stater – unntatt Danmark – hører imidlertid erstatningssaker under de alminnelige domstolene.

Med «blandet modell» siktes det til håndhevelsessystemer der det er opprettet en eller annen form for formelt administrativt klageorgan, med kompetanse til å ilegge formelle sanksjoner, men der enkelte sanksjoner likevel bare kan ilegges av domstolene. Det vil særlig kunne være aktuelt for erstatningssanksjonen. De aller fleste EU/EØS-stater som har administrative klageorganer kan i noen grad sies å være «blandet», i den forstand at erstatningssanksjonen kun ligger til de alminnelige domstolene, og må håndheves der gjennom særskilt søksmål. Unntaket er Danmark, der Klagenævnet også kan ilegge erstatning.[2]

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Hauge, Hellesylt, Goller, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, vil som nevnt anbefale en fortsatt domstolsmodell, som nærmere beskrevet nedenfor i kapittel 15. Herunder vil flertallet anbefale at samtlige nye sanksjoner etter det nye håndhevelsesdirektivet legges til de ordinære domstolene. Videre vil flertallet foreslå at man går tilbake til en ren domstolsmodell, ved at den kompetanse KOFA i dag har til å ilegge overtredelsesgebyr fjernes. Hovedgrunnen til dette er at en slik sanksjonsform er vanskelig å forene med de nye sanksjonene som etter direktivet nå skal innføres for ulovlige direkte anskaffelser («uten virkning», avkortning og gebyr). Men forslaget har også den fordel at domstolsmodellen igjen rendyrkes, med KOFA som et rådgivende alternativt lavterskeltilbud. Det innebærer at KOFA går tilbake til å være et rent rådgivende organ, slik det var før lovendringen i 2006 (se kapittel 13.4).

Utvalgets flertall har også vurdert om man alternativt kunne se for seg andre former for «blandet modell», men mener at tungtveiende hensyn taler imot en slik løsning. Etter flertallets syn er det en klar fordel at all håndhevelse av anskaffelsesreglene samles ett sted, og ikke slik at det for eksempel skilles mellom erstatningssaker og andre reaksjoner på regelbrudd. En deling av kompetansen vil blant annet føre til at en part som har vunnet i nemnda må bringe saken videre til domstolene for å få erstatning, fremfor å få behandlet saken ferdig i den samme instansen. I tillegg oppstår en rekke andre spørsmål om forholdet mellom nemndas avgjørelse og domstolenes behandling av erstatningsspørsmålet, herunder om domstolene automatisk skal legge nemndas vurdering av saken til grunn for vurdering av kravet på erstatning, eller selv foreta en ny prøving av saken.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår at KOFA blir et bindende administrativt klageorgan som får kompetanse til å håndheve anskaffelsesregelverket i tråd med kravene i håndhelsesdirektivene. Dette gjelder ikke krav på erstatning, som etter mindretallets forslag fortsatt bør avgjøres av domstolene. En slik modell vil i noen grad være en blandet modell, men slik at langt de fleste beføyelser er lagt til nemnda. For en nærmere redegjørelse for mindretallets forslag, vises det til kapittel 16.4.

[2] Klagenævnet vil likevel etter foreliggende forslag ikke bli tillagt kompetanse til å bøtelegge private forsyningsvirksomheter, da dette er ansett problematisk etter EMK artikkel 6 (se kapittel 13.4.4).

Kapittel 15
Domstolsmodellen

15.1 Dagens domstolsmodell og behovet for tilpasninger

Da regulering av offentlige anskaffelser ble etablert som et nytt rettsområde på begynnelsen av 1990-tallet, valgte man en domstolsmodell basert på privat håndhevelse, der formelle sanksjoner kun kan ilegges etter søksmål for de ordinære domstolene. Saker om offentlige anskaffelser følger i all hovedsak de alminnelige prosessreglene, med noen få særregler i lov om offentlige anskaffelser §§ 7-10.

Under senere revisjoner av anskaffelsesretten er domstolsmodellen beholdt som det formelle hovedspor, selv om den fra 2003 er supplert med Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som en alternativ rådgivende tvisteløsningsmekanisme.

Etter dagens regler er det tre typer avgjørelser domstolene kan treffe i saker om offentlige anskaffelser:

- midlertidig forføyning (typisk for å stanse en besluttet tildeling)
- tilsidesettelse av rettsstridige beslutninger under anskaffelsesprosessen[1]
- erstatning (typisk for negativ eller positiv kontraktsinteresse)

For det første har domstolene kompetanse til å treffe midlertidige forføyninger etter de alminnelige reglene om dette i tvisteloven, men gjeldende § 8 i lov om offentlige anskaffelser slår fast at forføyning ikke kan gis etter at kontrakt er inngått. Begjæringer om midlertidige forføyninger i anskaffelsessaker må derfor fremmes og avgjøres før kontrakt er inngått, og hensikten med begjæringen vil ofte være å få stanset kontraktsinngåelse, til det er avklart om reglene er fulgt. Men det kan også forekomme begjæringer på tidligere stadier av anskaffelsesprosessen, for eksempel mot en beslutning om å avvise et tilbud. Det behandles årlig forholdsvis mange begjæringer om midlertidig forføyning i anskaffelsessaker.

For det andre har domstolene kompetanse til å sette til side rettsstridige beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre etter lov om offentlige anskaffelser § 7. Slike saker kommer i praksis sjelden for domstolene. Forutsetningen for at et slikt spørsmål skal kunne komme på spissen er at klager først har fått medhold i en begjæring om midlertidig forføyning, siden adgangen til å få satt til side en rettstridig beslutning truffet under en anskaffelsesprosedyre, bortfaller ved kontraktsinngåelse. Hvis først klager får medhold i en forføyningsbegjæring, og ankemulighetene er utprøvd, vil oppdragsgiver imidlertid ofte ikke ha annet valg enn å finne en løsning med klager eller avlyse konkurransen. Tidsforløpet frem til en endelig avgjørelse av det underliggende kravet vil ellers ofte gjøre anskaffelsen uinteressant eller upraktisk. I mange tilfeller vil oppdragsgiver også være i en situasjon der han må foreta en anskaffelse og det vil dermed ikke være mulig å avvente en rettsbehandling av hovedkravet. Dersom det skulle være mulig å avvente en kontraktsinngåelse til etter at hovedkravet er behandlet, vil dette likevel ikke være mulig, fordi leverandørene ofte ikke vil vedstå seg tilbudene i så lang tid.

For det tredje kan domstolene tilkjenne erstatning etter lovens § 10. Det er etter hvert en relativt rikholdig praksis rundt erstatningskrav for brudd på anskaffelsesreglene. Bestemmelsen i § 10 viser kun til de alminnelige erstatningsreglene, men det kan i noen grad sies å ha utviklet seg en egen rettspraksis for erstatning i anskaffelsessaker, med enkelte særtrekk, i hovedsak basert på sondringen mellom krav om negativ og positiv kontraktsinteresse. Se nærmere om erstatningsspørsmål i kapittel 13.6.

Det nye håndhevelsesdirektivet stiller som beskrevet tidligere følgende nye krav til nasjonal behandling av klagesaker:

[1] For anskaffelser i forsyningssektorene kan domstolene ikke beslutte midlertidig forføyning eller tilsidesette rettsstridige beslutninger. Her kan domstolene imidlertid fastsette mulkt, jf. lov om offentlige anskaffelser §§ 7 og 8.

- adgangen til å inngå kontrakt skal suspenderes ved klage
- innføring av «uten virkning» som ny sanksjon ved enkelte former for regelbrudd, i første rekke ulovlige direkte anskaffelser
- avkortning eller gebyr som alternative sanksjoner til «uten virkning»

Innføringen av nye sanksjoner i tillegg til de eksisterende har gjort det naturlig å gjennomgå hele håndhevelsessystemet, for å vurdere om man skal videreføre dagens domstolsmodell, eller skifte spor og gå over til alternativet, som er en eller annen form for administrativ tvisteløsning i første instans, der sanksjonskompetansene helt eller delvis overføres til en administrativ klagenemnd.

Som tidligere nevnt er utvalget delt i dette spørsmålet.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, legger til grunn at dagens domstolsmodell bør videreføres, slik at også de nye sanksjonene legges til domstolene. Etter flertallets syn er dette både den enkleste og den klart beste løsningen, som vil sikre korrekt og forsvarlig tvisteløsning også i fremtiden. De ordinære domstoler vil herunder bli tillagt de sanksjoner som håndhevelsesorganet etter direktivet skal ha. Innføringen av de nye reglene vil i hovedsak kunne foregå innenfor rammen av alminnelig prosessrett slik denne følger av tvisteloven. På enkelte punkter oppstår det imidlertid særlige spørsmål, og noen av disse vil kreve spesialregulering. Dette er det nærmere redegjort for i det følgende.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, mener at det i forbindelse med gjennomføringen av direktivet i norsk rett vil være ønskelig å etablere en ny modell for håndhevelse av saker om offentlige anskaffelser i første instans, der KOFA omgjøres til et administrativt klageorgan med bindende vedtakskompetanse, blant annet til å ilegge de nye sanksjonene som følger av direktivet. Mindretallet mener at terskelen for å benytte domstolsapparatet vil være for høy og at tilgjengeligheten til effektive sanksjoner dermed blir illusoriske. Mindretallet har enkelte nærmere merknader til domstolsmodellen i kapittel 15.6, og har redegjort for sin alternative modell i kapittel 16.4.

I det følgende skal *utvalgets flertall* redegjøre nærmere for hvordan de nye sanksjonene kan gjennomføres innenfor den eksisterende domstolsmodellen med enkelte tilpasninger.

For det første oppstiller direktivet krav om at en klage skal ha oppsettende virkning i den forstand at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes til klagen er behandlet (i første instans). Overført på domstolsmodellen betyr det at en begjæring om midlertidig forføyning automatisk vil måtte innebære at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes. Dette er en prinsipielt og praktisk viktig nyskapning, som avviker fra alminnelig prosessrett, og som krever særlig regulering. Dette er behandlet nedenfor i kapittel 15.2.

For det andre vil søksmål med påstand om at en kontrakt skal være uten virkning og/eller at det skal ilegges alternative sanksjoner (avkorting eller gebyr) reise en del særlige problemstillinger og prosessuelle utfordringer. Det gjelder blant annet spørsmålet om hvem som skal ha søksmålskompetanse, om ansvaret for sakens opplysning, om rettskraftvirkning og litispendens overfor tredjeparter, og om domstolenes forhold til partenes anførsler og hvor langt de kan ha fri rådighet over saken. Disse spørsmålene er behandlet i kapittel 15.3.

For det tredje oppstår det spørsmål om hvilken rolle KOFA skal ha innenfor en fortsatt domstolsmodell, der de nye sanksjonene legges til domstolene. Dette er behandlet i kapittel 15.4.

Ettersom det er ulike oppfatninger med hensyn til det grunnleggende valget mellom domstolsmodell og nemndmodell, følger det at redegjørelsen i kapitlene 15.2, 15.3 og 15.4 kun gir uttrykk for flertallets syn (medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo). I kapittel 15.5 redegjør flertallet for sin nærmere begrunnelse for å velge denne modellen. Mindretallet (medlemmet Gjønnes) har sine merknader til domstolsmodellen i kapittel 15.6.

Det nye håndhevelsesdirektivet bruker uttrykkene «klage» og «klageorgan». Innenfor en domstolsmodell vil «klageorganet» være domstolene, og «klagen» enten en begjæring om midlertidig forføyning eller et søksmål. Utvalget bruker generelt «håndhevelsesorgan» som en samlebetegnelse, men vil i dette kapittelet også referere direkte til «domstolene», og til «klagen» som enten begjæring eller søksmål.

15.2 Midlertidig forføyning og suspensjon

15.2.1 Innledning

De alminnelige reglene om midlertidig forføyning er inntatt i tvistelovens kapittel 34, jf. kapittel 32. I følge tvisteloven § 32-1 jf. § 34-1, kan den som har et krav som går ut på annet enn penger, begjære

midlertidig forføyning dersom det foreligger sikringsgrunn. Disse reglene gjelder også for begjæringer i anskaffelsessaker, med de tilpasninger som følger av § 8 i lov om offentlige anskaffelser.

Gjennomføringen av det nye håndhevelsesdirektivet krever som vist i kapittel 8 at en begjæring om midlertidig forføyning vil måtte føre til at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes til begjæringen er behandlet (i første instans). Temaet i det følgende er hvordan dette best kan gjennomføres.

15.2.2 Krav om endringer i reglene om midlertidig forføyning og suspensjon

Direktivet medfører kun krav om én endring i dagens regler om midlertidig forføyning. Det er til gjengjeld en prinsipielt og praktisk viktig endring, som vil være en nyskapning i norsk prosessrett. I saker om offentlige anskaffelser vil en begjæring om midlertidig forføyning fra nå av måtte innebære at adgangen til å inngå kontrakt automatisk suspenderes, til retten har tatt stilling til begjæringen.

Ut over dette vil dagens regler og praksis for midlertidige forføyninger imidlertid kunne videreføres. Det er derfor naturlig kort å redegjøre for gjeldende rett og praksis før endringene beskrives.

Generelt om midlertidig forføyning i anskaffelsessaker

Det er et generelt EU/EØS-rettslig krav at det må være adgang til å anmode håndhevelsesorganet om å treffe en midlertidig avgjørelse i anskaffelsessaker. Det følger av artikkel 2 nr. 1 bokstav a i håndhevelsesdirektivet som lyder som følger:

> «Medlemslandene påser, at de foranstaltninger, der treffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:
> a) hurtigst mulig og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero.»

Direktivet stiller krav både til hva slags avgjørelse som skal treffes (en midlertidig avgjørelse) og til selve prosedyren. Formelt er kravet at avgjørelsen skal treffes hurtigst mulig og som hastesak.

Direktivet stiller ikke krav om at det skal være mulig å treffe en midlertidig avgjørelse også etter at kontrakt er inngått.[2]

Det følger i dag av lov om offentlige anskaffelser § 8 at midlertidig forføyning ikke kan gis etter at kontrakt er inngått.

Utvalgets flertall har vurdert om innføring av sanksjonen «uten virkning» for noen typer regelbrudd (ulovlige direkte anskaffelser m.m.) også bør føre til at det i slike saker blir anledning til å begjære midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått, for å få stanset oppfyllelsen av kontrakten til hovedsaken kan avgjøres. Det er ikke noe krav om dette etter EU/EØS-retten, og *flertallet* har kommet til at det heller ikke vil være nødvendig eller hensiktsmessig. Stansing av kontraktsoppfyllelsen i en slik mellomperiode vil være kompliserende og byrdefullt, på en måte som ikke står i forhold til de fordeler som kan oppnås. Etter at kontrakt er inngått vil derfor eventuelle saksøkere være henvist til å kreve erstatning, eller til å reise søksmål om å få kontrakten kjent uten virkning (eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner) dersom de særlige vilkårene for dette påstås å være til stede.

På denne bakgrunn vil utvalgets flertall anbefale en videreføring av dagens regel i § 8 første ledd om at midlertidig forføyning ikke kan gis etter at kontrakt er inngått.

Innholdsmessig presiseres det i direktivet at den midlertidige avgjørelsen må kunne rette seg mot enten å stanse en kontraktsinngåelse eller å stille gjennomføringen av enhver beslutning som oppdragsgiveren har truffet i bero.

Der avgjørelsen retter seg mot å stanse kontraktsinngåelsen kan det for det første tenkes midlertidig forføyning i intensjonskunngjøringsperioden eller i tilfeller der oppdragsgiver overhodet ikke har foretatt noen kunngjøringer (ulovlig direkte anskaffelse).

Begge typer forføyningskrav, stans av kontraktsinngåelse og stans av andre beslutninger, vil videre kunne være aktuelle ved andre påståtte brudd på anskaffelsesreglene, eksempelvis der en tilbyder mener seg urettmessig avvist eller er av den oppfatning at oppdragsgiver har kommet til et urettmessig resultat i konkurransen. Forskjellen vil først og fremst vise seg gjennom påstandsformuleringen i begjæringen om midlertidig forføyning. I den første typen saker vil det være naturlig å legge ned påstand om at oppdragsgiver forbys å inngå kontrakt, mens det i den andre typen saker

[2] Se kapittel 7.2.3 om når kontrakt skal anses inngått.

vil være naturlig å legge ned påstand om at anskaffelsesprosessen skal stanses, for eksempel inntil regelbruddet er rettet opp.

Det alt vesentligste av forføyningssaker i dag omhandler slike forhold, og ikke påstander om ulovlig direkte anskaffelser. Dette må forventes å være situasjonen også i fremtiden. Det kan likevel forventes at det også vil komme forføyningssaker knyttet til intensjonskunngjøringer.

Det kan ikke sees at direktivets krav medfører at det må gjøres endringer i tvistelovens materielle krav til midlertidig forføyning.

Etter gjeldende rett må den som krever midlertidig forføyning *sannsynliggjøre hovedkravet*. Ved begjæring om midlertidig forføyning etter anskaffelsesloven vil hovedkravet være at det er truffet beslutninger i strid med regelverket som kan settes til side av domstolene, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7. Forutsetningen vil videre være at den aktuelle beslutningen sannsynligvis har påvirket utfallet av konkurransen.

For at hovedkravet skal kunne sies sannsynliggjort, kreves det med andre ord både at oppdragsgiver har truffet en beslutning i strid med regelverket, og at det er sannsynlig at retten vil velge å sette beslutningen til side i hovedsaken. Ved begjæringer på anskaffelsesrettens område er ikke sjelden det sentrale tema i praksis om hovedkravet er sannsynliggjort.

Etter gjeldende rett er det videre et vilkår at *sikringsgrunnen* sannsynliggjøres. Kravet til sikringsgrunn er oppfylt hvis saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a, eller når det finnes nødvendig med en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, jf. tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b. Dersom det i en anskaffelsessak begjæres midlertidig forføyning etter at oppdragsgiver har tildelt oppdraget og er i ferd med å inngå kontrakt, vil det som oftest foreligge sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a. Det vil i så fall være selve kontraktsinngåelsen som vil medføre at forfølgningen eller gjennomføringen vil bli vesentlig vanskeliggjort. Dersom kontrakt er inngått, vil det som nevnt over ikke være mulig å beslutte midlertidig forføyning. Sikringsgrunnen og partenes rettslige interesse vil da uansett være bortfalt. Sikringsgrunnen etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b vil i praksis sjelden være oppfylt i anskaffelsessaker.

Dersom det er «fare ved opphold» kan midlertidig forføyning besluttes selv om hovedkravet ikke er sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34 annet ledd. Det er ikke uvanlig i anskaffelsessaker i dag at domstolene først gir midlertidig forføyning på dette grunnlaget – typisk fordi tiden fra oppdragsgiver har besvart klagen til kontrakt forventes inngått ofte er svært kort. Oppdragsgiver vil da ha adgang til å begjære muntlig forhandling, og det gjøres ofte, slik at man på den måten i praksis får en «ny runde» i første instans.

Midlertidig forføyning kan ikke besluttes dersom den skade eller ulempe saksøkte (oppdragsgiveren) blir påført står i *åpenbart misforhold* til den interesse saksøkeren (leverandøren) har i at forføyning blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1 annet ledd. Som eksempel vises det til en avgjørelse fra Hålogaland lagmannsrett (LH-2004-5633). Saken gjaldt krav om midlertidig forføyning for å hindre avtaleinngåelse ved offentlig anskaffelse av prosjekteringstjeneste, grunnet påstått forbigåelse som følge av feil ved kontraktstildelingen. Lagmannsretten fant at sikringsgrunn ikke forelå på grunn av åpenbart misforhold mellom den skade og ulempe byggherren ble påført og den interesse leverandøren hadde i at forføyning ikke ble besluttet. Avgjørende var en helhetsvurdering, og ved denne veide kommunens og befolkningens interesser i at byggeprosjektet kunne gjennomføres uten ytterligere avbrudd så tungt, at den ene leverandørens interesse i avklaring av tvist om tildeling av prosjekteringskontrakten ikke kunne forsvare stans av prosjektet. Lagmannsretten viste videre til at

> «[s]amfunnsøkonomiske interesser i vid forstand taler med styrke mot at prosjektet stanses på grunn av tvisten. Sikkerhetsstillelse fra noen part for mulig erstatningsansvar, kan vanskelig avhjelpe dette.»

Suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt

Etter endringene i håndhevelsesdirektivet skal klager til håndhevelsesorganet ha oppsettende virkning (suspensjon). Dette følger av artikkel 2 nr. 3 som lyder:

> «Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet avgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage.

Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5.»

Etter bestemmelsen inntrer suspensjonen når det sendes inn en «klage» over en tildelingsbeslutning til et «klageorgan». I domstolsmodellen vil dette bety at en begjæring om midlertidig forføyning til domstolen skal ha oppsettende virkning.

Dette er som nevnt en nyskapning i norsk rett. Etter gjeldende rett kan ikke domstolen gi en begjæring om midlertidig forføyning oppsettende virkning slik at anskaffelsesprosedyren stanses inntil det foreligger en (endelig) avgjørelse i forføyningssaken. En oppdragsgiver kan derfor hindre en midlertidig forføyning ved å inngå kontrakt med den leverandøren oppdragsgiver ønsker, før retten rekker å ta stilling til begjæringen. I praksis har det i flere tilfeller skjedd at oppdragsgiver har benyttet seg av denne muligheten, også med kjennskap til at det er inngitt en begjæring om midlertidig forføyning. Hovedregelen synes likevel å være at oppdragsgivere avventer kontraktsinngåelsen til saken er behandlet av retten, dersom man blir klar over at det er inngitt en begjæring om midlertidig forføyning før kontrakt er inngått. Det kan også anføres at en slik opptreden er i samsvar med god anbudsskikk.

I tillegg er det ikke uvanlig i anskaffelsessaker at det treffes en foreløpig avgjørelse om midlertidig forføyning uten muntlig forhandling, jf. tvisteloven § 32-7.

Og ved klage til KOFA blir partene ikke sjelden enige om å vente med å inngå kontrakt inntil KOFA har behandlet klagen, eventuelt inntil en gitt frist etter at klagen er behandlet i KOFA.

På denne måten hender det allerede i dag i praksis ofte at en begjæring om midlertidig forføyning eller en klage til KOFA medfører at oppdragsgiver venter med å inngå kontrakt til man har fått en første avklaring, selv om man rettslig sett ikke er forpliktet til det. Slik sett kan det hende at den praktiske betydningen av å innføre en automatisk og formell suspensjonsvirkning ikke blir så stor, sammenlignet med i dag. Men prinsipielt er dette likevel en viktig nyskapning, som i en del tilfeller også vil kunne få betydelig virkning.

Det nye ved artikkel 2 nr. 3 er altså at en begjæring om midlertidig forføyning automatisk skal føre til suspensjon. For å oppfylle direktivets krav er det nødvendig med en endring i lov om offentlige anskaffelser. Som redegjort for i kapittel 8 foreslår utvalget et nytt tredje ledd i gjeldende § 8 (ny § 9) i lov om offentlige anskaffelser der Kongen gis fullmakt til å gi forskrift om at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlertidig forføyning mot overtredelser av anskaffelsesregelverket, når begjæringen er fremsatt innenfor en fastsatt karensperiode.

Dersom en begjæring om midlertidig forføyning skal medføre at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes, må dette komme oppdragsgiver til kunnskap snarest mulig. Dette forutsetter *varslingsregler*. Direktivet sier ikke noe direkte om dette, hvilket må forstås slik at nasjonal lovgiver her står fritt. Forskjellige modeller kan tenkes. En mulighet er at klager pålegges plikt til å sende begjæringen i kopi til oppdragsgiver og at dette utløser suspensjonsvirkningen. En annen mulighet er en regel som sier at varsel skal forkynnes av retten, og at det er dette som utløser virkningen. Uansett hvilken løsning som velges kan det oppstå kompliserte spørsmål knyttet til hvem som må varsles, og på hvilken måte.

Utvalget har etter nærmere vurdering kommet til at det mest hensiktsmessige vil være at *retten* plikter å varsle saksøkte om begjæringen straks etter at den er kommet inn. Et slikt varsel må forkynnes for saksøkte, og saksøkte må i varselet gjøres kjent med at suspensjon er inntrådt fra forkynningsdato. Forkynning skal skje i tråd med domstollovens alminnelige regler. Rekvirenten bør sende kopi av begjæringen til oppdragsgiver (saksøkte), eventuelt også varsle om begjæringen per telefon eller e-post. Partene vil på denne måten kunne legge forholdene til rette for en rask behandling i domstolen.

Suspensjon kan ha store konsekvenser for oppdragsgivers rettsstilling, og det taler for at begjæringen behandles så raskt som mulig. Det foreslås derfor at retten samtidig med at saksøkte varsles om begjæringen og suspensjonen, innkaller partene til muntlig forhandling. Utvalget har vurdert om det skal foreslås en særlig lovregulering av dette hastekravet, men har kommet til at det ikke er nødvendig, da det uansett følger av tvistelovens system at begjæringer skal avgjøres så raskt som mulig.

Retten treffer avgjørelsen om midlertidig forføyning ved kjennelse, som vil kunne påankes på vanlig måte.

Utvalget har videre vurdert om det bør innføres en absolutt frist for når avgjørelsen skal foreligge etter avslutning av den muntlige forhandlingen, men har kommet til at det ikke er hensiktsmessig. Saker på anskaffelsesrettens område kan

være meget komplekse både faktisk og rettslig, og en absolutt frist vil kunne reise unødvendige problemer. Samtidig er det på grunn av suspensjonsvirkningen viktig at avgjørelsen treffes så raskt som mulig.

Dersom begjæringen om midlertidig forføyning ikke tas til følge, vil suspensjonen opphøre. Det vil bety at oppdragsgiver kan inngå kontrakt. Det er ikke noe krav etter direktivet om at anke skal gis oppsettende virkning, og utvalget vil ikke foreslå noe slikt i norsk rett.

Dersom begjæringen blir tatt til følge, vil det fremgå av slutningen i rettens kjennelse hva forføyningen går ut på. De alminnelige regler i tvisteloven § 34-3 får da anvendelse. Det betyr at det på dette tidspunktet er rettens avgjørelse (og ikke den opprinnelige suspensjonsvirkningen) som regulerer partenes rettigheter/plikter.

Retten kan etter tvisteloven § 34-3 annet ledd tredje og fjerde punktum bestemme når forføyningen skal tre i kraft, hvor lenge den skal vare og gi saksøker eventuell frist for å stille sikkerhet. En kjennelse om midlertidig forføyning på anskaffelsesrettens område vil som oftest ha virkning fra det tidspunkt den blir avsagt. Hvor lenge forføyningen skal vare, vil avhenge av hva forføyningen konkret går ut på.

Det vanligste i dag er enten at det gis forføyning inntil saken er realitetsbehandlet av retten i første instans, eller til en klage er behandlet av KOFA. Den siste løsningen har blitt vanligere i den senere tid. Håndhevelsesdirektivet stiller ikke krav til hva en eventuell forføyning må gå ut på, og begge løsninger må anses forenlige med direktivet. Det avgjørende er at leverandørene er gitt anledning til å få stanset prosessen, slik at en klage om de materielle forhold kan prøves.

Dersom retten pålegger saksøkeren å stille sikkerhet etter tvisteloven § 34-2 første ledd annet punktum, er hovedregelen at forføyningen ikke trer i kraft før sikkerheten er stilt. Retten kan imidlertid gjøre unntak etter § 34-3 annet ledd annet punktum. Unntak kan være særlig aktuelt i en anskaffelsessak hvor formålet med begjæringen er å stanse en kontraktsinngåelse.

I praksis vil lengden på suspensjonsvirkningen avhenge av hvor raskt domstolene i første instans kan behandle begjæringer om midlertidig forføyning.[3]

Et særtrekk ved anskaffelsessaker er at dersom det først besluttes midlertidig forføyning, vil dette i praksis normalt legge tunge føringer på hvordan den underliggende hovedsaken utvikler seg.

Hvis saksøker først vinner frem med en midlertidig forføyning, vil det ofte være meget vanskelig for oppdragsgiver å skulle avvente en realitetsprøvelse i hovedsaken. I praksis vil oppdragsgiver i slike tilfeller normalt enten omgjøre den omtvistede beslutningen, eller avlyse konkurransen dersom det foreligger en saklig grunn til det. Enkelte feil som kan danne grunnlag for en begjæring om midlertidig forføyning er også av en karakter som alltid må lede til avlysning. Hvis det for eksempel konkluderes med at konkurransegrunnlaget angir et ulovlig tildelingskriterium, må konkurransen avlyses.

Utsettelse av kontraktsinngåelsen, enten fordi det gis midlertidig forføyning eller fordi tvisten avdekker en feil som leder til avlysning av konkurransen, skaper flere praktiske problemer. Eksempelvis er det spørsmål om hvordan oppdragsgiver skal forholde seg til eksisterende kontrakter. Dersom det er behov for løpende leveranse i den mellomliggende perioden blir spørsmålet om disse skal forlenges. Det vanlige synes å være at dette gjøres, mens man samtidig igangsetter en ny konkurranse så raskt som mulig. Dette er kort behandlet i kapittel 13.5.

Dersom leverandøren vinner frem med en begjæring om midlertidig forføyning, og det senere viser seg at forføyningen var uberettiget fordi hovedkravet ikke besto, kan han bli erstatningsansvarlig etter nærmere regler i tvisteloven § 32-11. Hvis for eksempel markedet har endret seg, kan det bli tale om store beløp. Det er ikke uvanlig at oppdragsgiver varsler slike krav i forbindelse med en begjæring om midlertidig forføyning, men i praksis har dette til nå svært sjeldent kommet på spissen.

15.3 Søksmål med påstand om «uten virkning» m.m.

15.3.1 Nye typer søksmål

Etter gjeldende rett avhenger typen rettslige skritt som kan reises av om kontrakt er inngått eller ikke. Før kontraktsinngåelse er det vanligste begjæringer om midlertidig forføyning, for å få stanset beslutninger truffet under anskaffelses-

[3] I følge Årsmelding 2008 for Domstolene i Norge behandles midlertidig sikring og midlertidige avgjørelser med en generell gjennomsnittlig saksbehandlingstid i 2008 på 0,6 måneder. Det foreligger ikke i dag noe tilgjengelig statistikk for omfanget av eller utfallet av forføyningssaker særskilt på anskaffelsesrettens område.

prosessen, eller for å stanse en varslet kontraktstildeling. Etter at kontrakt er inngått, er saksøkers eneste mulighet å reise erstatningssøksmål, normalt med påstand om erstatning for negativ og/eller positiv kontraktsinteresse. Erstatningssøksmål er bare helt unntaksvis aktuelt for andre enn parter som har deltatt i konkurransen. Rene erstatningssøksmål vil derfor kun i sjeldne tilfeller være aktuelt der det er foretatt en kontraktstildeling uten forutgående utlysning av konkurransen.[4]

For det store flertallet av tvistesaker i anskaffelsesretten, vil erstatningssøksmål også i fremtiden være den eneste muligheten etter at kontrakt er inngått, og her vil det ikke være noen endringer sammenlignet med gjeldende rett.

For de tilfeller der det anførte regelbruddet imidlertid er (i) at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, eller (ii) at en kontrakt er tildelt innenfor en rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning i strid med reglene for dette, eller (iii) at det er brudd på reglene om karens eller suspensjon kombinert med andre regelbrudd, vil saksøker i fremtiden også kunne reise søksmål med påstand om at kontrakten skal kjennes «uten virkning», ex nunc eller ex tunc. Det kan også kreves alternative reaksjoner (avkorting av kontrakt eller overtredelsesgebyr), enten som hovedpåstand eller subsidiært. Men selv om det ikke er nedlagt påstand om dette, vil retten i visse tilfeller ha rett og plikt til å ilegge slike sanksjoner ex officio. Det vil kunne være aktuelt både med rene «uten virkning»-søksmål, og blandete søksmål der det legges ned påstand både om «uten virkning» og erstatning.

Søksmål der det nedlegges påstand om «uten virkning» m.m. reiser en del særlige spørsmål med hensyn til blant annet søksmålskompetanse, partskonstellasjoner, rettskraft, litispendens og fri rådighet. Dette er behandlet i det følgende. I hovedsak antar utvalgets flertall at de nye utfordringene kan møtes innenfor rammen av de alminnelige prosessreglene, slik de følger av tvisteloven. På noen punkter vil det imidlertid oppstå behov for særregulering for denne helt spesielle kategorien av saker.

I motsetning til vanlige erstatningssøksmål, vil saker der det er nedlagt påstand om «uten virkning» (eller avkortning) også direkte berøre oppdragsgivers medkontrahent.

Dette reiser særlige utfordringer med hensyn til å ivareta dennes rettigheter, samtidig som håndhevelsessystemet må legges opp slik at man så langt som mulig unngår flere påfølgende rettsprosesser for å avgjøre det totale sakskomplekset. Prosessreglene for håndhevelsesorganet bør derfor sikre at alle parter kan trekkes inn i rettsprosessen, slik at det gis mulighet for at den dom som avsies rydder opp både i forholdet mellom saksøker og oppdragsgiver og mellom oppdragsgiver og dennes medkontrahent.

15.3.2 Søksmålskompetanse i saker om «uten virkning» m.m.

Utvalgets flertall har vurdert om det særskilt for søksmål med påstand om «uten virkning» m.m. kan være hensiktsmessig å utvide kretsen av søksmålsberettigete, utover det som følger av tvistelovens alminnelige regler. Etter nærmere vurdering har flertallet kommet til at dette ikke fremstår som nødvendig, og at de alminnelige prosessreglene vil være tilstrekkelige. Problemstillingen reiser imidlertid noen særlige utfordringer, som er nærmere beskrevet i det følgende.

Etterlevelsen av reglene om offentlige anskaffelser bygger generelt på *privat håndhevelse*. Det er ikke etablert noe offentlig tilsynsorgan på dette området med kompetanse til å ta opp saker på eget initiativ,[5] og for at saker skal komme opp til prøving er det en forutsetning at private parter tar dem opp, enten ved søksmål eller klage til KOFA. For søksmål for domstolene gjelder de alminnelige kravene til rettslig interesse (søksmålskompetanse), slik disse følger av tvisteloven.[6]

For begjæringer om midlertidig forføyning eller erstatningssøksmål, reiser det vanlige kravet til rettslig interesse normalt ikke noen spørsmål. Slike saker vil i praksis alltid reises av parter som har direkte interesse i utfallet.

For de særlige sakene som vil gjelde spørsmål om «uten virkning» eller alternative sanksjoner (avkorting av kontrakt eller gebyr) kan dette stille seg noe annerledes. I den grad slike søksmål rei-

---

[4] Et unntak er Rt. 2008 s. 982 (Catch). En leverandør fikk her erstattet kostnader som var påløpt i et forsøk på å stanse en kontraktsinngåelse, der utlysningen ikke dekket hele kontraktsgjenstanden.

[5] Unntaket er EFTAs Overvåkningsorgan, som kan ta opp anskaffelsessaker på eget initiativ eller etter klage, se kort i kapittel 3.3.4. Videre kan Riksrevisjonen eller kommunerevisjonen ta opp saker som ledd i sin revisjon eller forvaltningsrevisjon, og dette kan føre til kritikk, men ikke som sådant til erstatning eller "uten virkning", se kort i kapittel 3.3.5.

[6] For klage til KOFA gjelder som hovedregel at det bare kan fremsettes av den "som har saklig interesse", jf. KOFA-forskriften § 6. Unntaket er klager om ulovlige direkte anskaffelser, som kan fremsettes av enhver, uten å måtte påvise noen saklig interesse, jf. forskriften § 13a.

ses i fremtiden, kan det antas at det normalt vil være andre potensielle leverandører som mener at de er fratatt muligheten til å konkurrere om anskaffelsen, som går til sak. I så fall vil det alminnelige kravet til søksmålsinteresse være oppfylt, og her bør det ved anvendelsen ikke stilles særlig strenge krav til hva som anses for å tilfredsstille tvistelovens krav. Videre bør en saksøker som nedlegger påstand om «uten virkning» og/eller avkortning også kunne nedlegge påstand om overtredelsesgebyr, selv om vedkommende selv ikke har noen direkte interesse i om dette ilegges eller ikke (det vil domstolene på gitte vilkår uansett selv måtte vurdere).

Problemstillingen er derfor ikke om det i et tilfelle der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse (eller en annen av de regelbrudd som kan utløse sanksjonen «uten virkning») vil finnes private parter som har søksmålsinteresse. Det må det antas at det normalt vil være. Spørsmålet er snarere om de berørte parter har tilstrekkelig insitament til å reise slike saker, og dermed om ordningen med privat håndhevelse er tilstrekkelig til å skape et effektivt system for å avdekke ulovlige direkte anskaffelser, i tråd med formålet bak direktivet. Dette kan diskuteres. For en privat part som mener at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan det etter forholdene være av betydelig interesse å få kontrakten avkortet eller kjent uten virkning. Dermed kan man håpe på at det vil skje en ny utlysning, på korrekt måte, der man vil kunne konkurrere om å få kontrakten. Samtidig vil saksøker ikke ha noen garantier for at han selv oppnår noe konkret, selv om anskaffelsen lyses ut på nytt. For det første vil det være langt fra sikkert at man vinner en eventuell ny konkurranse. For det andre er det ikke gitt at oppdragsgiver alltid vil foreta noen ny anskaffelse i saken, for eksempel der budsjettene er brukt opp i første runde, eller der behovene har endret seg.

For en rasjonell privat part som mener at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, vil det derfor være nærliggende å foreta en grundig vurdering av om forventningene til utfallet av en rettssak og eventuell ny konkurranse overstiger kostnadene og arbeidet med en potensiell lang og vanskelig rettssak. Og det kan ikke tas for gitt at det i alle saker der det har skjedd ulovlige direkte anskaffelser vil være private parter som oppfyller de ordinære kravene til søksmålsinteresse som har tilstrekkelig insitament til selv å ta belastningene ved å reise sak.

På denne bakgrunn har utvalgets flertall vurdert om det kan være hensiktsmessig, innenfor rammene av domstolsmodellen, å utvide kretsen av søksmålsberettigete utover det som følger av tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 hva gjelder søksmål med påstand om «uten virkning» og alternative sanksjoner. Det som særlig kunne være aktuelt er å utvide søksmålsadgangen med hensyn til organisasjoner og andre utenforstående tredjemenn med en særlig interesse i å bekjempe ulovlige direkte anskaffelser.

Etter en gjennomgang av gjeldende regler for søksmålsinteresse etter tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 har utvalgets flertall imidlertid kommet til at dette ikke fremstår som påkrevet. For private parter vil enhver potensiell leverandør og konkurrent som kan påvise at det er reelt behov for å få avklart om kontrakten må kjennes «uten virkning» antas å ha tilstrekkelig rettslig interesse, og her må kravet i tvisteloven § 1-3 som nevnt etter flertallets syn tolkes og anvendes liberalt. Så lenge det skjer, vil det ikke være behov for noen spesialregel. Det samme gjelder den søksmålsinteresse som organisasjoner mv. kan ha etter § 1-4. Flertallet vil her understreke at interesseorganisasjoner på leverandørsiden vil måtte antas å ha tilstrekkelig interesse i en sak om «uten virkning», slik at de oppfyller kravet til søksmålskompetanse.

Alternativt kan det også være aktuelt for interesseorganisasjonen å opptre som partshjelper. Tvisteloven § 15-7 bokstav b fastsetter at partshjelp skal tillates for foreninger og stiftelser i sak som ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde etter § 1-4. Partshjelperen trer inn i saken slik den står, jf. tvisteloven § 15-7 tredje ledd første punktum. Hva gjelder gruppesøksmål gjelder de alminnelige bestemmelser i tvisteloven kapittel 35.

På denne bakgrunn antar utvalgets flertall at gjeldende regler om søksmålsinteresse etter tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 vil være tilstrekkelig til å sørge for at de aktuelle konkurrenter eller organisasjoner eller andre som kan tenkes å ha en berettiget interesse i å få avdekket og sanksjonert ulovlige direkte anskaffelser, kan reise sak.

Flertallet vil derfor opprettholde tvistelovens krav til søksmålskompetanse også for saker med påstand om «uten virkning». Samtidig understrekes det at tvistelovens regler her bør tolkes fleksibelt og liberalt, og på en måte som ivaretar de særlige hensynene og partskonstellasjonene i disse spesielle typer saker.

Domstolsmodellen medfører etter dette at saker hvor det legges ned påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning, herunder mulighet for ileggelse av overtredelsesgebyr og/eller avkorting

av kontraktsperioden, må anlegges av personer, foretak eller foreninger med søksmålskompetanse.

Dette innebærer en betydelig endring i forhold til gjeldende rett. Etter det systemet som ble etablert med virkning fra 2007 kan saker om ulovlige direkte anskaffelser i dag innklages til KOFA, uten krav om saklig klageinteresse, og slik at KOFA deretter overtar ansvaret for sakens utredning og håndhevelse. Dette er et system som etter flertallets syn ikke lar seg forene med den modellen som det nye håndhevelsesdirektivet nå legger opp til. Både prinsipielt og praktisk vil det være høyst problematisk med et tosporet system for overtredelsesgebyr i slike saker, der dette både skulle kunne ilegges av domstolene (som alternativ sanksjon til «uten virkning») og samtidig av KOFA etter dagens regler for administrativt gebyr.

På denne bakgrunn har *utvalgets flertall*, som nærmere redegjort for i kapittel 13.4 kommet til at gjennomføringen av direktivets krav gjør det nødvendig å avskaffe ordningen med administrativt ilagt overtredelsesgebyr, og gå tilbake til modellen fra før 2007, der KOFA var et rent rådgivende organ, uten formell vedtakskompetanse.

Utvalget har vurdert om denne endringen vil medføre risiko for at det avdekkes færre ulovlige direkte anskaffelser enn det som i dag er tilfellet. I motsetning til en klage til KOFA vil det kreve både tid og kostnader å reise en sak om ulovlig direkte anskaffelse for domstolene. Etter tvistelovens hovedregel vil saksøker også kunne bli ansvarlig for saksøktes omkostninger, dersom kravet ikke fører frem, i motsetning til hva som er situasjonen for KOFA.

Utvalgets flertall antar at disse forholdene kan tilsi at det blir noe færre søksmål om ulovlige direkte anskaffelser for de alminnelige domstoler enn det er klagesaker med krav om overtredelsesgebyr for KOFA i dag. Flertallet vil imidlertid ikke tillegge dette avgjørende betydning – av flere grunner.

For det første vil utvalgets flertall påpeke at dette fremstår som en nødvendig følge av gjennomføringen av direktivet. I 2007 valgte norsk lovgiver én modell for å bekjempe ulovlige direkte anskaffelser, gjennom å gi KOFA kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Kort tid etter valgte EU-lovgiver en noe annen modell, som nedfelt i det nye håndhevelsesdirektivet, som skal inntas i EØS-avtalen. Etter utvalgets flertall er disse to modellene ikke forenlige, og da må den EU/EØS-rettslige modellen gjennomføres, uansett hvilken man etter en rent nasjonal vurdering måtte mene er den beste.

For det andre vil utvalgets flertall understreke at det faktum at det kan bli noe færre tvistesaker ikke er ensbetydende med at avdekkingen og håndhevelsen av problemet med ulovlige direkte anskaffelser svekkes. Tvert imot. Etter flertallets syn vil innføringen av «uten virkning» som ny sanksjon måtte antas å ha en betydelig preventiv effekt, som er sterkere enn dagens administrative overtredelsesgebyr, og som vil medføre økt aktsomhet i markedet, ikke bare blant de offentlige oppdragsgiverne, men også deres (direkte) medkontrahenter. Videre vil den nye ordningen med kunngjøring av direkte anskaffelser etter flertallets syn også måtte antas å kunne få stor effekt, og bidra til økt bevissthet og åpenhet på dette feltet. Selv om det skulle bli færre søksmål etter de nye reglene enn det har vært klagesaker til KOFA på dette feltet de to siste årene, betyr det altså ikke at håndhevelsen av forbudet mot ulovlige direkte anskaffelser nødvendigvis svekkes.

For det tredje vil utvalgets flertall også stille spørsmål ved om oppdragsgiveres rettssikkerhet er tilstrekkelig ivaretatt i dagens KOFA-modell, der store overtredelsesgebyr kan ilegges administrativt. Herunder har flertallet merket seg at KOFA selv under høringen ikke ønsket den type kompetanse som det fikk i 2007, og mente dette ville skape alvorlige rettssikkerhetsutfordringer.[7] Dette vil gjelde enn mer dersom et slikt organ også skulle ha mulighet for å kjenne kontrakter uten virkning, siden rettsvirkningen da retter seg direkte mot en privat part – og ikke bare det offentlige (som overtredelsesgebyret). Dersom KOFA gis en slik utvidet kompetanse (og dermed i praksis endres til en spesialdomstol), for å bli klageorganet etter håndhevelsesdirektivet, vil det derfor uansett måtte bygges inn rettssikkerhetsgarantier som gjør at man i stor grad nærmer seg en alminnelig domstol. I så fall blir forskjellen uansett likevel ikke så stor.

Utvalgets flertall har også vurdert om det bør foreslås etablert en ordning der Konkurransetilsynet eller et annet offentlig tilsynsorgan gis selvstendig søksmålskompetanse i saker om ulovlige direkte anskaffelser. En slik ordning kunne tenkes etablert for å sikre at slike saker blir brakt inn for retten. Når dette likevel ikke foreslås, er det blant annet fordi etableringen av en ny offentligrettslig tilsynsordning vil gi en rekke utfordringer både av prosessuell, materiell og økonomisk

[7] Se KOFAs høringsuttalelse av 6. juli 2005: http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/hdk/2005/0011/ddd/pdfv/252999-horing_off_anskaffelser_kofa.pdf. Se også kapittel 13.4.

art. For det første oppstår det spørsmål om i hvilken grad man skal etablere et tilsyn for å overvåke det offentliges opptreden på dette spesielle området, og hvordan dette vil forholde seg til muligheten for etterfølgende kontroll (gjennom Riksrevisjonen og kommunerevisjonene). For det andre er det et økonomisk spørsmål knyttet til hvilke ressurser som i så fall må settes av til et slikt organ for at det skal ha en reell betydning, samt hvilke former for granskningskompetanse og -prosedyrer som måtte etableres. Videre oppstår det spørsmål knyttet til selve gjennomføringen av kontrollen, og herunder hva slags prinsipielt problematiske rettssaker man i så fall ville kunne få mellom forskjellige offentlige organer.

Utvalgets flertall har på denne bakgrunn kommet til at det ikke er nødvendig eller hensiktsmessig verken å utvide kretsen av søksmålsberettigete eller å etablere noen form for offentlig søksmålsmyndighet i saker der det er mistanke om ulovlige direkte anskaffelser. Innenfor den modell som det nye håndhevelsesdirektivet medfører, vil slike saker måtte håndteres gjennom private søksmål. Det må antas at den preventive effekten av faren for at kontrakten skal kunne kjennes «uten virkning» (samt de alternative sanksjonene), vil være tilstrekkelig til å ivareta formålet bak direktivet – også uten et stort antall tvister om dette. I tillegg kommer andre kontrollordninger, herunder revisjon foretatt av Riksrevisjonen og kommunerevisjonene, som i de senere år i praksis har vist seg å være et effektivt og viktig bidrag til håndhevelsen av regelverket.

15.3.3 Partene i søksmål om «uten virkning» m.m.

Spørsmålet om søksmålskompetanse har også en side til spørsmålet om hvem som kan eller skal saksøkes og om hvem en dom får virkning for. En avgjørelse om «uten virkning» vil med nødvendighet måtte få betydning ikke bare for den offentlige oppdragsgiver, men også for medkontrahenten. En slik avgjørelse vil også medføre spørsmål om erstatning, om gjennomføring av etteroppgjøret mellom kontraktspartene mv.

Utgangspunktet er at den som reiser sak for retten selv bestemmer hvem han ønsker å saksøke. Det følger av reglene om litispendens og rettskraft at et saksanlegg og den senere dommen bare har virkning mellom sakens parter. Dersom søksmål anlegges mot en oppdragsgiver, får søksmålet og dommen bare virkning for oppdragsgiveren og saksøker. Oppdragsgiverens kontraktspart og eventuelt andre interesserte leverandører berøres med andre ord ikke direkte av saksanlegget eller dommen.

Som oversikten over partskonstellasjonene i anskaffelsessaker i kapittel 5.3 ovenfor illustrerer, kan denne typen søksmål medføre komplikasjoner for de øvrige aktørene, særlig oppdragsgivers medkontrahent. Et søksmål kan avstedkomme behov for ytterligere søksmål. I anskaffelsessaker er det derfor behov for å vurdere om flere skal trekkes inn i et søksmål, for på den måten å sikre at det totale rettsforhold avgjøres en gang for alle.

Utvalgets flertall har vurdert om det er behov for å innføre ordninger med tvunget prosessfellesskap, men har kommet til at tvistelovens regler ivaretar partenes behov for prosessfellesskap på en tilstrekkelig måte. Det er likevel behov for visse særregler om varsling, rettens forhold til partenes påstander og rettskraft. Det redegjøres nærmere for dette i det følgende.

I forføyningssaker

Det er ikke behov for endringer i reglene om hvem krav om midlertidig forføyning skal rette seg mot, siden en forutsetning for en slik begjæring er at det ikke allerede er inngått kontrakt. I forføyningssakene vil det heller ikke bli foreslått endringer som gjør det nødvendig å se på reglene om prosessfellesskap. I visse situasjoner vil en annen part kunne ha interesse av å opptre som partshjelper (typisk valgte leverandør). Når partshjelp skal tillates fremgår av tvisteloven § 15-7.

I saker om erstatning

I saker som utelukkende gjelder erstatning vil saksøker selv velge hvem han mener å ha et krav mot. Dette endres ikke ved innføringen av de nye sanksjonene, og det er følgelig ikke behov for regelendringer på dette området. Det vil også bare unntaksvis være behov for å trekke flere parter inn i søksmålet for å sikre en endelig avslutning av saken. Behovet for en partsutvidelse vil da stort sett oppstå som følge av et regressøksmål. Slike regressøksmål vil særlig kunne være aktuelle i tilfeller der oppdragsgiver, som normalt vil være den som er saksøkt, mener at tapet er oppstått som følge av erstatningsbetingende handlinger fra hans rådgivere, samarbeidspartnere eller lignende. Slike prosessfellesskap eller trepartssaker kan håndteres innenfor de reglene som allerede finnes i tvisteloven.

I saker om «uten virkning» og i blandingssøksmål

I søksmål som gjelder den nye sanksjonen «uten virkning», vil det være annerledes.

I slike saker vil grunnlaget som leverandørene påberoper seg for eksempel være at den offentlige oppdragsgiver har brutt regelverket ved å foreta en ulovlig direkte anskaffelse. Den naturlige saksøkte er dermed oppdragsgiveren. Søksmålet vil likevel like mye gjelde oppdragsgivers medkontrahent, som risikerer at den inngåtte kontrakten vil bli kjent uten virkning også med konsekvenser for ham. Et søksmål om «uten virkning», kan også være av interesse for andre enn saksøker og saksøkte. Spørsmål om prosessfellesskap, rettskraft og litispendens må derfor også vurderes i forhold til andre med rettslig interesse i at kontrakten kjennes uten virkning eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner.

Hva gjelder forholdet til oppdragsgivers medkontrahent, vil han kunne ha et berettiget behov for å fremme egne synspunkter og interesser i denne type søksmål. Videre vil et søksmål som ender i en dom på «uten virkning», etterlate seg en usikker situasjon mellom de opprinnelige kontraktspartene, dersom saken utelukkende går mellom saksøker og den offentlige oppdragsgiver. Hva betyr «uten virkning» i forhold til oppdragsgivers og hans medkontrahents rettigheter i forhold til den opprinnelige kontrakt? Hvilke rettigheter og plikter har partene i behold og hvilke kan ikke påberopes? Hva skal leveres tilbake og hva skal betales?

Et søksmål mot oppdragsgiver uten at denne tar ut regressøksmål eller uten at medkontrahenten intervenerer, vil som hovedregel ikke ha rettskraftsvirkninger for andre enn sakens to parter. En sak om «uten virkning» vil likevel få virkning for oppdragsgivers medkontrahent, idet denne vil bli påvirket av utfallet av saken. Spørsmålet er hvor langt man skal trekke disse rettsvirkningene i tilfeller der medkontrahenten ikke er part i saken.

Det må anses som lite heldig at en dom skal få større konsekvenser for en ikke medvirkende part enn at den fastslår kontraktsopphøret eller forkortelsen av kontrakten. Denne virkningen synes imidlertid å følge som en logisk nødvendighet. Det vil si at en slik dom nærmest per definisjon må få virkning også for medkontrahenten. Sagt på en annen måte, hvis kontrakten er rettskraftig kjent uten virkning, så er den uten virkning. Medkontrahenten vil derfor alltid kunne intervenere, eller velge å la være om han ikke «bryr seg» om utfallet.

På denne bakgrunn fremstår det som hensiktsmessig å innta en bestemmelse i loven om rettskraftsvirkningen av en avgjørelse om «uten virkning». Forslag til en slik bestemmelse er foreslått inntatt i en ny § 15 tredje ledd, om at 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.[8] Dette gjelder da også overfor oppdragsgivers medkontrahent.

En «uten virkning»-avgjørelse skal fastslå om en kontrakt skal kjennes uten virkning, og om det gjelder med eller uten tilbakevirkende kraft (eventuelt i kombinasjon med alternative sanksjoner). Gjennomføringen av selve etteroppgjøret er i utgangspunktet en sak mellom oppdragsgiver og medkontrahent, og gjennomføringen av dette kan partene i prinsippet bli enige om seg i mellom. I en del tilfeller vil det likevel allerede i forbindelse med hovedsaken være klart at det kan oppstå problemer knyttet til etteroppgjøret, hvis retten kommer til at kontrakten skal kjennes uten virkning eller kontraktsperioden avkortes. I disse tilfellene blir det spørsmål om også disse problemstillingene skal trekkes inn i saken om «uten virkning».

Hva gjelder spørsmål knyttet til *etteroppgjøret* etter at en kontrakt er kjent uten virkning (eller avkortet), kan dette ikke avgjøres uten at begge de berørte parter er parter i saken. I noen tilfeller vil dette kunne håndteres under saken, men i andre tilfeller vil det kunne åpne for senere søksmål. Fra saksøkers ståsted vil det kunne være en fordel at etteroppgjøret mellom kontraktspartene ikke trekkes inn i samme tvist, da dette ellers vil kunne bidra til å fordyre prosessen også for ham.

Dersom spørsmålene knyttet til etteroppgjøret ikke avgjøres i søksmålet om «uten virkning», kan det derfor i mange tilfeller oppstå et behov for en ytterligere rettstvist om samme kontrakt. Dette kan etter omstendighetene være upraktisk og samfunnsøkonomisk lite heldig. Prosessreglene bør derfor sikre partene en mulighet til å få hele rettsforholdet behandlet i samme sak. I dette ligger at oppdragsgiver må ha mulighet til å trekke sin medkontrahent inn i en sak om «uten virkning». På samme måte må det offentliges medkontrahent ha mulighet til å kunne tre inn i saken.

---

[8] Se forslag inntatt som ny § 15 i kapittel 21, med merknader i kapittel 20.

Tvisteloven har i kapittel 15 regler om forening av krav eller søksmål. Det åpnes i §§ 15-1 til 15-3 for forening av krav og søksmål, samt for partshjelp. På nærmere vilkår kan saksøkeren i en sak sette fram flere krav mot samme saksøkte, flere parter kan saksøke eller saksøkes i en sak og tredjeperson kan tre inn som part i en sak. Partshjelp skal tillates for den som har et reelt behov begrunnet i egen rettsstilling for at den ene vinner og organisasjoner mv. som har til oppgave å fremme særskilte interesser i sak som hører inn under deres formål og naturlige virkeområde, jf. tvisteloven § 15-7.

Utvalgets flertall legger på denne bakgrunn til grunn at reglene i tvisteloven som hovedregel vil være tilstrekkelige til å sikre partene mulighet til å få hele sakskomplekset avgjort i en og samme sak, der dette er hensiktsmessig.

For at medkontrahenten skal ha mulighet til å ivareta sine interesser i et søksmål om «uten virkning», foreslås det videre at medkontrahenten skal *prosessvarsles*. Det foreslås her at plikten til å prosessvarsle pålegges saksøker, ettersom det er han som tar initiativ til å få kontrakten kjent uten virkning. Retten vil måtte kontrollere om slikt varsel er sendt, og hvis det ikke er gjort gi saksøker en frist for retting av feilen. Dersom saksøker ikke retter innen den gitte frist, er hovedregelen at søksmålet avvises, jf. tvisteloven § 16-5. Tvisteloven § 15-9 har en regel om prosessvarsel. Dette er imidlertid en «kan-regel», som ikke vil være tilstrekkelig i de særlige tilfellene det her er tale om. Det foreslås derfor å ta inn en særskilt regel i anskaffelsesloven om at saksøker skal prosessvarsle oppdragsgivers medkontrahent.

I enkelte saker om «uten virkning» m.m. kan det tenkes at medkontrahentens *underleverandører* vil ha interesse av sakens utfall. Dersom deres interesser ikke kan ivaretas av hovedleverandøren, kan det også være aktuelt at disse benytter seg av muligheten til å tre inn i saken, hvis vilkårene etter omstendighetene skulle være oppfylt. Saksøker eller medkontrahent(er) kan også, dersom de ser behov for det, sende prosessvarsel til andre, for eksempel til underleverandører.

Hva gjelder rettskraftsvirkninger og litispendens knyttet til *andre interessenter på saksøkersiden*, oppstår det særlig spørsmål om hvilken betydning et søksmål skal få for deres mulighet til selv å ta ut søksmål. Dersom en kontrakt er kjent uten virkning, eventuelt med tillegg av andre sanksjoner, må en ny sak om samme rettsforhold avvises, uansett om saken er anlagt av samme eller en annen interessent. Dette gjelder likevel ikke dersom retten ikke skal legge samme faktum til grunn i de to sakene. Tvistelovens regler om litispendens, jf. lovens § 19-15 tredje ledd, vil ikke nødvendigvis medføre slik avvisning, idet regelen som utgangspunkt forutsetter at litispendensvirkninger først inntrer når saken anlegges mellom de samme parter. Utvalget har derfor diskutert om det er behov for egne litispendensregler for denne type saker. Selv om det kan være spørsmål om rekkevidden av gjeldende litispendensregler, vil flertallet ikke foreslå særskilt regulering av disse spørsmålene. Dette skyldes først og fremst at det virker lite sannsynlig at noen vil ta ut nytt søksmål basert på et samme faktum som er lagt til grunn i den avsagte dommen. Selv om et slikt søksmål ikke skulle bli rammet av litispendensreglene, vil risikoen knyttet til et slikt søksmål være så stor, at det er lite sannsynlig at det vil bli anlagt.

Dersom søksmålet fra en annen interessent gjelder erstatning, vil det ikke være slik at retten skal ta stilling til det samme rettsforholdet. For disse tilfellene må også en annen interessent ha anledning til å få sin sak behandlet av retten. Denne situasjonen skiller seg ikke fra dagens situasjon.

15.3.4 Fri rådighet – forlik og domstolens forhold til partenes påstand

Det følger av tvistelovens regler at partene har fri rådighet over sakens gjenstand så lenge denne rådigheten ikke konkret er begrenset i lov. Dette kan reise problemer i relasjon til direktivets krav om at håndhevelsesorganet skal ilegge bestemte sanksjoner dersom visse nærmere angitte forhold anses oppfylt.

Spørsmålet om fri rådighet må deles i (i) et spørsmål om partenes rett til fritt å kunne forlike eller trekke en sak med den konsekvens at retten må respektere partenes valg, og (ii) spørsmålet om retten kan gå utover de påstander partene har lagt ned.

Hva gjelder det første spørsmålet stiller direktivet ingen krav om at partenes rådighet over saken skal begrenses. Det legges derfor til grunn at tvistelovens hovedregel om fri rådighet fortsatt skal gjelde både for erstatningssaker, som i dag, og for saker med påstand om «uten virkning» m.m. Dette innebærer i hvert fall at partene fritt vil kunne forlike saken utenrettslig, før tingrettens behandling og deretter legge ned felles påstand om at den heves som forlikt. Den private part vil også kunne trekke saken for tingretten. Dersom tingretten skal bistå i forbindelse med

spørsmålet om forlik, enten ved rettsmekling eller ved inngåelse av rettsforlik, stilles de samme kravene til rettens behandling og medvirkning som i andre saker. Et slikt forlik vil i noen tilfeller være til hinder for at andre kan anlegge sak om samme forhold (se om rettskraft i forrige avsnitt).

Dersom en oppdragsgiver dømmes i tingretten, vil han ha anledning til å anke saken inn for lagmannsretten. På samme måte vil den private part ha anledning til å anke tingrettens dom. Spørsmålet er så om partenes rådighet over saken er like fri i ankesaken, som den er før tingrettens behandling av saken.

I en sak om «uten virkning» kan slutningen lyde på at oppdragsgiver skal betale et gebyr til statskassen. Den private part kan dermed ikke frita oppdragsgiver for gebyret så lenge retten ved dom har ilagt dette. Dette faktum vil medføre en viss begrensning i partenes frihet til å forlike eller trekke ankesaken. Også i tilfeller der andre sanksjoner er ilagt, er det spørsmål om partene har anledning til å forlike saken etter at dom er avsagt. Samtidig vil en privat part som ikke har fremmet erstatningskrav sammen med påstanden om «uten virkning», kunne ha mindre interesse av en ankesak. I ankesaken kan det dermed oppstå en konflikt mellom hensynet til oppdragsgiver, som må ha en rett til å få saken prøvet av en høyere rettsinstans, og hensynet til den private part, som har begrenset eller ingen interesse i en slik ankebehandling.

Spørsmålet er i denne sammenhengen for det første om den private part bør ha anledning til å inngå forlik med oppdragsgiveren. Det kan her være slik at den private part ønsker å forlike saken, slik at han slipper en tids- og kostnadskrevende ankesak eller han kan ønske å oppnå en for ham gunstigere situasjon enn det domstolens slutning har satt ham i. En sak om «uten virkning» vil imidlertid kunne få direkte virkning for andre enn sakens parter. Innholdet i slutningen kan dermed være en direkte begrensning for retten til å forlike, og i mange tilfeller vil muligheten for forlik være helt stengt. Dette vil særlig være tilfelle der slutningen medfører rettigheter for andre, enten statskassen eller andre aktører som vil kunne ha interesse i at kontrakten kjennes uten virkning eller avkortes, slik at det vil kunne bli lyst ut ny konkurranse. Utvalget antar uansett at oppdragsgiver i en slik situasjon ikke er interessert i å inngå forlik som på noen måte kan oppfattes som en utilbørlig forfordeling av den private part. Det kan heller ikke inngås forlik som direkte fratar statskassen eller andre rettigheter. Idet det er vanskelig å forutsi de ulike situasjonene som kan oppstå, har utvalget valgt ikke å foreslå noen spesialregulering av disse tilfellene. Dette spørsmålet må dermed avgjøres ut i fra tvistelovens alminnelige regler.

For det andre er det spørsmål om den private part har anledning til å trekke seg ut av saken, uten at dette skjer ved forlik. Parten kan for eksempel unnlate å inngi anketilsvar eller unnlate å møte til hovedforhandling. I disse tilfellene har utvalget under noe tvil kommet til at det er lite naturlig å kreve at den private part tvinges inn i en ankebehandling. Utgangspunktet må her være at retten behandler manglende tilsvar eller manglende oppmøte på samme måte som i andre saker der partene ikke har full rådighet. Ankeinstansen plikter da å fatte en avgjørelse på grunnlag av det samlede bevismateriale i saken. Det foreslås på dette grunnlag ikke spesialregler som begrenser partenes frie rådighet.

Tilsvarende spørsmål oppstår der oppdragsgivers medkontrahent anker saken, men oppdragsgiver ikke ønsker en ankesak. På dette punkt stiller ikke forholdene seg annerledes enn i andre trepartssaker.

Hva gjelder rettens forhold til partenes påstander, stiller direktivet krav om at domstolen i visse tilfeller skal kjenne kontrakten uten virkning og/eller ilegge «alternative sanksjoner» (avkortning og/eller overtredelsesgebyr). Dette gjelder uavhengig av om saksøker har nedlagt påstand om dette eller ikke. For å sikre at det ikke oppstår spørsmål om ileggelse av slike sanksjoner innebærer at retten går utover partenes påstander, foreslås det en bestemmelse i ny § 15 som presiserer at retten, uavhengig av partenes påstander, skal ilegge sanksjonene som følger av lovutkastet §§ 13 og 14 (uten virkning, avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr) dersom vilkårene for det er oppfylt.

Retten kan heller ikke være bundet av partenes påstander for øvrig når det gjelder størrelsen på boten (som alternativ sanksjon), virkningstidspunktet for sanksjonen «uten virkning» eller lignende. Dette må også sies å følge av lovutkastet § 15 jf. §§ 13 og 14. Dersom saksøker legger ned påstand om en bestemt type sanksjon eller en bot av en viss størrelse, får dette ingen betydning for rettens handlingsrom. Det kan derimot ikke utelukkes at det i særlige tilfeller vil kunne få betydning for spørsmålet om fordeling av sakens kostnader.

I den grad domstolene etter dette i saker om ulovlige direkte anskaffelser m.m. blir nødt til å gå utover partenes påstander, reiser det spørsmål

om hvordan denne delen av saken skal opplyses. I alminnelige rettstvister er det partene som skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst, herunder ved å fremskaffe bevis. Det kan spørres om retten i denne type saker skal pålegges en særskilt plikt til å sørge for at bevis fremskaffes, slik at spørsmål knyttet til den ulovlige direkte anskaffelsen blir tilstrekkelig opplyst. Utvalgets flertall vil ikke foreslå en slik regel, men heller vise til at retten i disse tilfellene må ha en særlig oppfordring til aktiv saksstyring, jf. tvisteloven § 11-6 og til å bruke sin veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5, særlig annet til syvende ledd som gjelder den materielle veiledningsplikt. Retten vil for eksempel kunne oppfordre en part til å tilby bevis. Ut fra tvistelovens regler om veiledningsplikt, og kravene til planmøter mv., anses det ikke å være behov for noen spesialregulering av dette spørsmålet.

Utvalgets flertall har videre vurdert om det etter mønster fra tvisteloven § 21-3 annet ledd første punktum (saker om rettsforhold som ikke er undergitt partenes fri rådighet) bør inntas en bestemmelse om at «ved ileggelse av overtredelsesgebyr, har retten plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag». Selv om retten har plikt til å sørge for at saken blir tilstrekkelig opplyst, vil det likevel være partene som har hovedansvaret for å sørge for bevisføringen også i dette spørsmålet, jf. tvisteloven § 11-5 annet ledd. En plikt for retten vil bety at retten kan og skal sørge for innhenting av vitneforklaring og andre bevis om dette er nødvendig for sakens opplysning. En vesentlig innvending mot en slik regel vil imidlertid være kostnadssiden. Hvem skal dekke kostnadene ved bevisføring som besluttes av retten? Utvalget vil på denne bakgrunn ikke foreslå en slik regel.

I den utstrekning retten i saker om «uten virkning» m.m. ikke er bundet av partenes påstander vil det kunne reise særlige problemer for spørsmålet om sakskostnader. Som utgangspunkt gjelder de vanlige regler i tvisteloven kapittel 20. I saker der retten uavhengig av partenes påstander ilegger en eller flere sanksjoner, mener utvalget at den private part enten må anses å ha vunnet saken, jf. tvisteloven § 20-2, eller å ha fått medhold av betydning, jf. § 20-3. Etter utvalgets syn bør det i slike saker bare helt unntaksvis bli aktuelt å frita saksøkte helt eller delvis for ansvaret for sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 (3). Dersom oppdragsgiver frifinnes, finner utvalget det tilstrekkelig å vise til de alminnelige reglene om sakskostnader.

15.4 KOFAs rolle i domstolsmodellen

Etter at KOFA ble opprettet i 2001 har håndteringen av tvister i norsk anskaffelsesrett vært organisert som en modell med to alternative spor. Formelt bindende avgjørelser kan bare treffes av domstolene, og det er domstolssystemet som oppfyller de krav EU/EØS-retten setter til nasjonal klagebehandling. Terskelen for å gå til domstolene er imidlertid relativt høy, selv for profesjonelle parter i anskaffelsessaker. Derfor er det etablert en alternativ rådgivende tvisteløsningsmodell, som et lavterskeltilbud, der berørte leverandører kan få en rask og rimelig vurdering av om anskaffelsesprosessene har foregått på korrekt måte.

Denne tosporete modellen synes å ha vært vellykket, og har kombinert behovet for prosessuell grundighet og rettssikkerhet i saker om sanksjoner med behovet for et raskere og mer fleksibelt alternativ i andre saker. KOFA-systemet kan antas å ha en opplæringseffekt på markedet, for uten en betydelig preventiv effekt, ut over det trusselen om rettssak kan ha. En evaluering av KOFA som ble foretatt i 2006 viste at aktørene i hovedsak mente at ordningen var funksjonell, og ble oppfattet som rask, rimelig og mindre konfliktfylt enn domstolsbehandling.

Den klare todelingen mellom bindende og rådgivende tvisteløsning i anskaffelsessaker ble fraveket da KOFA med virkning fra 2007 ble gitt kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser, som nedfelt i loven § 7b. De siste tre årene har man derfor hatt en mer blandet modell. Selv om gebyrsakene i antall bare utgjør en meget liten del av KOFAs samlede saksmengde, har de vist seg å være ressurskrevende og har fått mye oppmerksomhet.

Da norsk lovgiver fra 2007 ga KOFA kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, var formålet å bekjempe ulovlige direkte anskaffelser. På dette tidspunkt var det ingen sanksjoner etter EU/EØS-retten som direkte tok sikte på å imøtegå denne formen for regelbrudd, og på nasjonalt plan valgte man derfor å gå videre med egen regulering. Kort etter vedtok imidlertid EU direktiv 2007/66/EF, som har det samme hovedformål, men med andre virkemidler, i første rekke «uten virkning» som ny sanksjon, med avkorting eller bot som alternative sanksjoner.

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, har ovenfor i kapittel 13.4 redegjort for hvorfor dagens ordning med overtredelsesgebyr etter

deres syn verken kan eller bør videreføres parallelt med det nye sanksjonssystemet som direktivet gir anvisning på. Herunder er det påpekt at det er tale om to ulike modeller for å bekjempe ulovlige direkte anskaffelser, som hver har fordeler og ulemper, men som ikke lar seg kombinere. Og da er det EØS-rettens modell som nå må gjennomføres. Det innebærer at dagens ordning med administrativt overtredelsesgebyr må oppheves innenfor en fortsatt domstolsmodell.

Utvalgets flertall vil understreke at man ser dette som en nødvendig konsekvens av gjennomføringen av direktiv 2007/66/EF. Dersom det ikke hadde vært for EU/EØS-rettens krav, ville man ikke ha foreslått å endre dagens ordning. Samtidig kan det diskuteres hvor god ordningen egentlig er, om den gir de berørte parter tilstrekkelig prosessuelle garantier, og om blandingen av rådgivende og bøteleggende funksjoner egentlig er heldig for KOFA som organ. Herunder vil flertallet vise til at KOFA selv under høringsrunden i 2005 gikk sterkt imot forslaget om at det skulle gis formell gebyrkompetanse, og blant annet uttalte at deres behandlingsform var fullstendig uegnet til slike prosesser.[9]

Under den modell som utvalgets flertall vil foreslå, legges alle formelle sanksjoner derfor til domstolene, inkludert «bot» (gebyr) som alternativ til å kjenne en ulovlig inngått kontrakt «uten virkning». Samtidig oppheves dagens ordning med et eget overtredelsesgebyr. Dermed rendyrkes den opprinnelige tosporete modellen, med KOFA som et rent rådgivende alternativt tvisteløsningsorgan. Flertallet vil understreke at det ser dette som en bedre og mer hensiktsmessig modell enn den blandingsordningen man har hatt de siste tre årene.

Under domstolsmodellen vil KOFA på denne måten videreføres i tilnærmet uendret form, på samme måte som nemnda i dag fungerer i de aller fleste av sine saker. Den eneste forskjellen vil være at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr for én spesiell form for regelbrudd, som nemnda har hatt i tre år, nå fjernes, og i stedet legges til domstolene i form av den alternative sanksjonen bot. I alle andre saker vil KOFA fortsatt fungere som før. Dette er samlet sett en fordel ved reformen, som både vil bedre rettssikkerheten i gebyrsakene og gi KOFA mulighet til å rendyrke og videreutvikle sin funksjon som et rådgivende og fleksibelt lavterskeltilbud.

15.5 Flertallets vurdering av domstolsmodellen

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, vil på denne bakgrunn foreslå at de nye kravene til håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser gjennomføres innenfor rammene av en fortsatt domstolsmodell, med de tilpasninger som er nødvendige. Etter flertallets vurdering vil det være en rekke fordeler ved å videreføre dagens domstolsmodell, som innebærer bruk av et eksisterende og velfungerende system. Det er ikke behov for etablering av et nytt organ eller for å utvide og styrke et eksisterende klageorgan.

Flertallets forslag bygger på en samlet analyse av de reaksjoner som er aktuelle i anskaffelsessaker. Etter gjeldende rett kan det før kontrakt er inngått treffes midlertidig forføyning for å stanse tildelingen, og beslutninger foretatt under prosessen kan tilsidesettes. Etter kontraktstildeling kan oppdragsgiver bli erstatningsansvarlig. Med gjennomføringen av det nye direktivet utvides reaksjonsalternativene. Betydningen av å klage (begjære midlertidig forføyning) blir større når dette nå vil innebære at retten til å inngå kontrakt suspenderes. Og for visse typer regelbrudd (ulovlige direkte anskaffelser m.m.) innføres det nye strenge sanksjoner – «uten virkning» og alternativt avkortning av kontraktsperioden og/eller gebyr.

Etter flertallets vurdering er det klart at kompetansen til å formelt avgjøre tvister i anskaffelsessaker og sanksjonere regelbrudd bør være samlet ett sted, slik at sakene ikke splittes opp i ulike prosedyrer for forskjellige organer, med de prinsipielle og praktiske problemer det vil medføre. Videre er det åpenbart at håndhevelsesorganet må ha betryggende prosedyrer for å kunne bedømme sakene. For utvalgets flertall fremstår det som klart at disse forutsetningene fortsatt best kan ivaretas av de alminnelige domstolene.

Utvalgets flertall er heller ikke enig med de som hevder at anskaffelsesretten er et så spesielt rettsområde at det krever særskilt fagkompetanse for å avgjøre sakene. Tvert imot. Flertallet kan ikke se at de saker som oppstår er spesielt kompliserte, sammenlignet med de spørsmål det ellers tilligger domstolene å ta stilling til. Og de sanksjonene det er tale om – midlertidig forføyning, erstatning, ugyldighet og gebyr – er videre slike som etter sin

[9] Jf. brev fra KOFA til Moderniseringsdepartementet av 6. juli 2005, der det på vegne av en samstemt nemnd understrekes at det ville være "helt feil å gjøre klagenemnda til den instans som skal ilegge gebyrer". Reformen ble likevel vedtatt.

karakter hører naturlig hjemme i domstolsapparatet. Det ordinære domstolsapparatet er med andre ord vel egnet til å ivareta de oppgaver som direktivet forutsetter at klageorganet skal ha.

Etter flertallets vurdering er en fortsatt domstolsmodell også en forutsetning for å kunne videreføre dagens tosporede system, med formelt bindende tvisteløsning i domstolene og rådgivende tvisteløsning i KOFA. Dette er et system som i praksis har vist seg å fungere på en fleksibel og hensiktsmessig måte, men som det etter flertallets syn vil bli meget vanskelig å videreføre dersom KOFA skal omdannes til å bli et bindende vedtaksorgan med vide fullmakter.[10] Et slikt organ kan ikke samtidig videreføre en rent rådgivende funksjon. Dersom man legger de nye sanksjonene etter direktivet til KOFA vil man således etter flertallets vurdering stå igjen med et samlet sett langt dårligere og mindre fleksibelt system.

Det er noen utfordringer ved å gjennomføre direktivets nye sanksjoner innenfor rammene av en domstolsmodell, som vist i gjennomgangen ovenfor. Et system basert på privat initiativ og håndhevelse for domstolene er egnet til å få frem begjæringer om midlertidig forføyning, erstatningskrav, og krav om at inngåtte kontrakter skal være uten virkning eller avkortes. Derimot er det mindre egnet til å ivareta det «gebyr» som etter direktivet skal være en «alternativ sanksjon», og som vil tilfalle staten, ikke klager. Dette kan reise enkelte prosessuelle utfordringer. Men flertallet kan ikke se det som avgjørende, og vil påpeke at det kun er tale om en alternativ sanksjon, som neppe vil aktualiseres så veldig ofte, og som vil kunne håndteres av domstolene innenfor rammene av den skisserte modell.

En annen utfordring med domstolsmodellen er at antallet saker der det anføres å ha foregått en ulovlig direkte anskaffelse kan gå noe ned når dette i fremtiden må fremmes som et privat søksmål, sammenlignet med antallet klager til KOFA om slike forhold de siste to-tre årene. Dette er etter flertallets syn en nødvendig konsekvens av systemet, og er ikke i seg selv et avgjørende argument for å erstatte domstolsmodellen med en nemndmodell. For det første antar flertallet at det vil være et visst antall saker hvert år der det er aktører i markedet som vil ha tilstrekkelig interesse i saken til å få prøvet om det har foregått en ulovlig direkte anskaffelse. For det andre antar flertallet at den preventive effekten av innføringen av de nye sanksjonene vil være betydelig, og at det nye systemet med intensjonskunngjøring vil føre til økt åpenhet og årvåkenhet rundt direkte anskaffelser.

For det tredje er det betenkeligheter ved dagens system med administrativt overtredelsesgebyr, som påpekt i kapittel 13.4. Dersom det skulle videreføres, og slik at KOFA i tillegg også skulle gis kompetanse til å treffe de nye sanksjonene som direktivet gir anvisning på, ville prosedyrer og rettssikkerhetsgarantier uansett måtte bygges betydelig ut, slik at man i realiteten vil nærme seg prosessrettens krav. Dermed vil terskelen for å reise sak for KOFA også i praksis bli høyere enn etter dagens ordning, og byrden på klager i form av konfliktnivå, kostnader og tid vil langt på vei bli de samme som under en domstolsmodell. Dette er derfor ikke noe avgjørende argument mot en slik modell. Når utvalgets mindretall, ett medlem, fremstiller det slik, er det etter flertallets vurdering blant annet fordi man undervurderer behovet for prosessuelle garantier i saker der klageorganet skal ha kompetanse til å ilegge strenge sanksjoner, med virkning både for oppdragsgiver og den berørte medkontrahenten.

Utvalgets flertall fremhever også at man med en nemndmodell risikerer å måtte behandle en sak både i nemnd og senere i retten, dersom saken inneholder krav som ikke kan behandles av en og samme instans. En slik todeling vil gjøre det tyngre å få en endelig avgjørelse i saken.

På denne bakgrunn vil utvalgets flertall anbefale at dagens domstolsmodell videreføres, og at kompetansen til å treffe avgjørelser etter de nye reglene i direktivet legges til de alminnelige domstolene, som en videreføring av den funksjon domstolene allerede i dag har på anskaffelsesrettens område. Etter flertallets vurdering vil dette være den klareste, enkleste og mest hensiktsmessige håndhevelsesmodellen, som lojalt vil etterleve EØS-rettens krav, og som vil ivareta behovene for formelt bindende tvisteløsning i anskaffelsessaker.

15.6 Mindretallets vurdering av domstolsmodellen

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, mener prinsipalt at de nye kompetansene etter håndhevelsesdirektivet, herunder de nye sanksjonene, ikke bør plasseres i domstolen. Mindretallet anbefaler derimot at disse plasseres i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), slik at KOFA blir

[10] Se nærmere nedenfor kapittel 16.2 om hvordan en "nemndmodell" etter flertallets syn eventuelt måtte utformes, og kapittel 16.3 om de hensyn som taler imot en nemndmodell.

et bindende administrativt klageorgan. Mindretallet mener at terskelen for å benytte domstolsapparatet er for høy og at tilgjengeligheten til effektive sanksjoner dermed blir illusoriske. KOFA har den nødvendige spesialkompetanse som er utviklet over år, noe som borger for fortsatt ensartet praksis. Mindretallet mener at KOFA blir den mest effektive, raskeste og billigste ordningen for partene i en klagesak. Det vises til kapittel 16.4 for en utdypende redegjørelse for mindretallets anbefaling om en nemndmodell.

Mindretallet deler ikke flertallets oppfatning om at det er domstolene som best kan sikre de hensyn som er beskrevet i tvistelovens formålsbestemmelse. Mindretallet viser til at det Nye KOFA, både vil sikre partene rettssikkerhet og kontradiksjon. Mindretallet støtter heller ikke flertallets vurdering om at enkel og billig implementering av håndhevelsesdirektivet er en begrunnelse for bruk av domstolene. Norge skal sikre implementering som igjen sikrer effektiv etterlevelse av regelverket, og ikke hensynet til enklest og færrest mulige regler eller hensynet til forvaltningen.

Dersom lovgiver ønsker en fortsatt domstolsmodell, ønsker mindretallet imidlertid å knytte noen kommentarer til domstolsmodellen som foreslått av utvalgets flertall.

Ulike typer søksmål

Utvalgets flertall foreslår å legge samtlige nye sanksjoner etter håndhevelsesdirektivet til domstolene, og samtidig oppheve KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, er ikke enig i at KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr må oppheves ved en fortsatt domstolsmodell.

Overtredelsesgebyret er primært en samfunnsmessig reaksjon og representerer et systematisk press på sviktende innkjøpssystem. Gebyret kan ikke være avhengig av at en tilfeldig leverandør eller organisasjon vil ta risikoen for en rettssak for en kontrakt som ikke bedriften engang vet om han ville ha vært kvalifisert til å få. Da KOFA fikk myndighet til å ilegge gebyr for ulovlige direkte anskaffelser fra 1. januar 2007, ble adgangen til å fremme klager i slike saker utvidet, slik at det ikke gjaldt krav om saklig interesse. Dette var og er et viktig tiltak for å sikre effektiv etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser.

Flertallets forslag om at domstolen skal overta behandlingen av overtredelsesgebyret, fører til at bare de som har saklig interesse og organisasjoner kan klage. Mindretallet mener at det vil redusere dagens oppdagelsesmulighet. Ordningen vil bli lite tilgjengelig, da klager risikerer å måtte føre saken gjennom hele rettsapparatet. I dagens system er det KOFA som har denne prosessrisikoen.

Mindretallet mener derfor at KOFA ved en fortsatt domstolsmodell, skal beholde adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr parallelt med domstolens nye adgang til å ilegge sanksjoner. For å unngå problemer i forhold til dobbelstraff, må imidlertid dagens ordning tilpasses. Mindretallet foreslår derfor en løsning der domstolen i det første året fra kontraktsinngåelse får kompetanse til å ilegge sanksjoner som foreslått av flertallet. Når søksmålsfristen til domstolene utløper, vil KOFA ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr som i dag. Det vil si at enhver kan fremme klager om ulovlige direkte anskaffelser for KOFA i inntil ett år etter at fristen for å reise sak for domstolen har løpt ut. KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr skal, som i dag, bortfalle to år etter at kontrakt er inngått.

Søksmålskompetanse

Utvalgets flertall anfører at det vil kunne bli færre søksmål om ulovlige direkte anskaffelser for domstolene. Flertallet mener likevel ikke at dette bør være avgjørende da risikoen for sanksjoner alene vil medføre at oppdragsgivere blir mer forsiktige med å gjennomføre ulovlige direkte anskaffelser, og at rettsikkerheten ikke kan anses å være tilstrekkelig ivaretatt i en KOFA-modell.

Mindretallet er enig i at en domstolsmodell vil kunne føre til færre søksmål, men er derimot ikke enig i flertallets vurderinger av hvilke konsekvenser dette vil ha, både med hensyn til antall klager og med hensyn til håndhevelsesregimets betydning for etterlevelsen av regelverket: det vil si de mer allmennpreventive virkninger.

Mindretallet mener således at det vil bli færre klager, og at årsaken til det vil være at terskelen for å gå til domstolen vil bli alt for høy ved denne type saker. Verken bedrifter eller organisasjoner vil påta seg oppgaven som samfunnsvokter, når man kan risikere å måtte følge saken gjennom alle domstolsinstanser. Dette kan heller ikke forventes. Dette vil medføre at risikoen for å bli saksøkt som oppdragsgiver er minimal og dermed vil ikke den tiltenkte preventive effekt inntreffe. Mindretallet mener at dersom sanksjonsreglene skal fungere etter sin hensikt og være preventive, må det legges til rette for en klageordning som er lettere

tilgjengelig, enkel og for partene forholdsvis billig å benytte.

Mindretallet er heller ikke enig med flertallet i at det er klart at alle beføyelser må samles ett sted, og at en nemnd derfor også må kunne avgjøre erstatningssaker. Håndhevelsesdirektivet stiller ikke slike krav, så dette vil være opp til hvert enkelt land å avgjøre. Mindretallet mener at dersom en klager får medhold i KOFA i at det har skjedd et brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, vil et system med krav om å reise etterfølgende erstatningssak for ordinære domstoler kunne tvinge partene til minnelige løsninger. Dermed dempes også konfliktnivået. Skulle en part som har fått medhold i KOFA ønske å reise sak om erstatning, vil det ikke være noe til hinder for å forfølge en slik sak ved ordinære domstoler. Mindretallet minner om at det i Danmark lenge var slik at Klagenævnet for Udbud behandlet overtredelser av regelverket, mens erstatningsspørsmålet ble prøvd for ordinære domstoler. I dag behandler Klagenævnet også erstatningssaker, da man etter flere års erfaring kom frem til at det var hensiktsmessig at nemnden også kunne pålegge oppdragsgiver å betale erstatning til klager for tap som var lidt som følge av en overtredelse av anskaffelsesreglene.

Det vises også til vurderingen som flertallet gjør om at det ikke bør foreslås en ordning der Konkurransetilsynet eller et annet offentlig tilsynsorgan gis selvstendig søksmålskompetanse i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Mindretallet er av den oppfatning at Konkurransetilsynet bør styrkes generelt som tilsynsmyndighet for offentlige anskaffelser, på samme måte som i Sverige. Mindretallet viser også til den svenske regjerings Lagrådsremiss hvor det foreslås at tilsynsmyndigheten, det vil si Konkurrensverket, skal føre saker for forvaltningsdomstolen i saker om «marknadsavgift», som tilsvarer den alternative sanksjonen bot.

Fri rådighet

Utvalgets mindretall viser til beskrivelsen i kapittel 15.3.4. Mindretallet mener at de problemstillingene som reises i dette avsnittet viser at behandling av klager om ulovlige direkte anskaffelser ikke passer for den alminnelige domstol. Klager vet sjelden noe mer om anskaffelsen enn at den er tildelt, og vil derfor ha vanskelig for å føre bevis mv. Ved en KOFA-modell trengs ikke særlig medvirkning fra klager, idet KOFA har ansvaret for at saken blir tilstrekkelig opplyst.

Kapittel 16
Nemndmodellen

16.1 Innledning

Som vist i kapittel 14.2 stiller EU/EØS-retten visse krav til det nasjonale systemet for behandling av klager på offentlige anskaffelser, men disse kan oppfylles både gjennom domstolene og administrative klageorganer. Medlemsstatene har med andre ord valgfrihet til enten å legge klagebehandlingen til det ordinære rettsapparatet, eller alternativt opprette klageorganer i forvaltningen til å behandle sakene i første instans.

Som vist i kapittel 6 er det her ulike tradisjoner i EU-statene. I de fleste land i Vest-Europa håndheves anskaffelsesreglene gjennom de ordinære domstolene (eller forvaltningsdomstoler). I Danmark, Tyskland og Østerrike har man derimot valgt å opprette administrative klagenemnder for offentlige anskaffelser, og denne modellen er med visse variasjoner brukt også i de fleste landene i Sentral- og Øst-Europa.

I Norge har lovgiver til nå valgt domstolsmodellen for offentlige anskaffelser (i kombinasjon med KOFA som rådgivende organ), og *utvalgets flertall, medlemmene Sejerstad, Hauge, Hellesylt, Goller, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo,* vil som redegjort for i kapittel 15 anbefale at dette videreføres også ved gjennomføringen av det nye håndhevelsesdirektivet. Samtidig tolker flertallet mandatet slik at det som ledd i sin utredning også bør skissere hva som kan være det mulige alternativet, dersom lovgiver likevel skulle ønske å gå over til en administrativ klagemodell. Dette vil også gi et bedre grunnlag for valget mellom de to hovedmodellene.

Utvalgets flertall skal derfor i det følgende i kapittel 16.2 skissere hvordan det mener en eventuell administrativ klagemodell («nemndmodell») bør se ut, dersom lovgiver ønsker å gå over til dette. Det understrekes at dette fra flertallets side er en subsidiær løsning. Flertallet har heller ikke utredet alle nødvendige detaljer ved en slik modell, men nøyer seg med å skissere de hovedtrekk og grunnprinsipper som det mener bør legges til grunn. I kapittel 16.3 vil flertallet begrunne hvorfor det ikke vil anbefale en slik modell.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, vil anbefale at man som ledd i innføringen av nye sanksjoner for offentlige anskaffelser går over til en modell basert på administrativ klagebehandling, ved at KOFA omdannes til et klageorgan med kompetanse til å treffe bindende vedtak. Dette er det redegjort for i kapittel 16.4.

16.2 Skisse til en mulig nemndmodell

16.2.1 Hovedtrekk

Utvalgets flertall vil innledningsvis understreke at det ser valget mellom en fortsatt «domstolsmodell» og en administrativ «nemndmodell» som et grunnleggende veivalg, der lovgiver bør velge enten det ene eller det andre. I teorien kan man tenke seg ulike blandete modeller, der noen typer anskaffelsessaker går for en klagenemnd og andre går rett til domstolene. Men dette vil reise en rekke prinsipielle og praktiske problemer, og er ikke noe flertallet vil anbefale.

Dersom lovgiver skulle ønske å opprette en administrativ klagenemnd for offentlige anskaffelser med kompetanse til å treffe bindende vedtak, bør dette organet i så fall etter flertallets vurdering få tildelt kompetanse til å fungere som klageorgan i første instans i alle typer anskaffelsessaker. Det betyr at organet må ha kompetanse til å vedta midlertidige forføyninger, sette til side ulovlige beslutninger, avlyse konkurranser, tilkjenne erstatning, ilegge gebyrer og kjenne kontrakter uten virkning eller avkorte dem.

Det er tale om vidtrekkende kompetanser, av stor betydning for de berørte offentlige og private parter, og utvalgets flertall finner det åpenbart at dersom dette skal overlates til et administrativt organ, så må dette organiseres som et *domstolslignende forvaltningsorgan* med strenge krav til saksbehandling og rettssikkerhet. Dette er administrative organer som har særtrekk som minner om domstolene. De er formelt sett forvaltningsorga-

ner, men er organisert og behandler saker etter delvis mønster fra domstolene. De har gjerne som hovedoppgave å løse rettslige tvister, avgjørelsene er rettslig bindende, og i sin faglige virksomhet har de en betydelig grad av uavhengighet fra andre (overordnede) forvaltningsorganer. Avgjørelsene som treffes kan imidlertid overprøves av de alminnelige domstolene.

Det eksisterer i dag en rekke domstolslignende klageorganer i norsk forvaltning, som kan tjene som inspirasjon for en eventuell anskaffelsesnemnd.[1] Men disse organene er utformet på forskjellig måte, og det er ingen felles mal. På samme måte vil en ny klagenemnd for offentlige anskaffelser måtte skreddersys for de spesielle oppgaver den skal løse og de særlige hensyn og interesser som gjør seg gjeldende på dette området.

I enkelte land har de offentlige organene som forvalter anskaffelsesreglene kompetanse ikke bare til å ta imot klager, men også i noen grad til å ta opp saker på eget initiativ og føre aktivt *tilsyn* med offentlige anskaffelser, slik man kjenner det fra andre rettsområder (for eksempel konkurranseretten). Utvalgets flertall kan ikke se at det er ønskelig å opprette et eget «tilsyn» i Norge på anskaffelsesområdet.[2] Et slikt tilsynsorgan ville også reise en rekke nye spørsmål om granskingskompetanse, prosedyrer, ressurser m.m. Etter flertallets syn bør den løpende håndhevelsen av anskaffelsesreglene fortsatt i hovedsak foregå gjennom privat klage eller søksmål. Det som skisseres i det følgende er derfor et rent klageorgan, som skal kunne behandle alle klager (i første instans), men ikke selv initiere eller granske saker.

Ved siden av domstolsmodellen har man i Norge siden 2003 hatt ordningen med KOFA, som et rådgivende klageorgan, men uten formell beslutningskompetanse.[3] Utvalgets flertall legger til grunn at det er vanskelig å se for seg en videreføring av KOFA i sin nåværende form ved siden av en ny «anskaffelsesnemnd» med omfattende beslutningskompetanse. Et slikt nytt klageorgan må derfor komme i stedet for dagens KOFA. Man kan selvsagt videreføre ekspertise, ressurser, personell m.m. til det nye organet, men det vil være tale om et nytt organ med vesentlig utvidete fullmakter og helt andre prosessuelle og materielle rammer. Det er med andre ord ikke tale om et revidert KOFA, men om et helt nytt organ. En annen sak er om klageorganet ved siden av sin beslutningsfunksjon også vil kunne videreføre den rent rådgivende funksjonen som KOFA har i dag. Utvalgets flertall har vanskelig for å se at det vil være mulig, og det er et argument mot en slik reform, som nærmere beskrevet nedenfor.

16.2.2 Nærmere om nemndas kompetanse og virkeområde

Ved fastsettelsen av kompetanse og virkeområde for en ny anskaffelsesnemnd, må det sondres mellom de krav EØS-retten (håndhevelsesdirektivene) oppstiller og spørsmål som norsk lovgiver står fritt til å avgjøre på egen hånd.

Etter EØS-retten må klageorganene ha kompetanse til å kunne vedta midlertidige forføyninger, sette til side ulovlige beslutninger under anskaffelsesprosessen, avlyse konkurranser, tilkjenne erstatning, ilegge gebyrer og kjenne kontrakter uten virkning eller avkorte dem. Direktivene setter for så vidt ikke noe krav til at alle disse sanksjonskompetansene må være samlet i ett organ. I prinsippet vil de kunne fordeles på flere, eller slik at bare noen sanksjoner kan ilegges administrativt, mens andre må til domstolene. Utvalgets flertall har vurdert slike «blandete modeller», men kan ikke se at sanksjonskompetansen kan splittes opp på noen fornuftig måte, uten å reise en rekke nye (unødvendige) problemer. Der-

---

[1] Eksempler er Trygderetten, Fylkesnemnda for sosiale saker, Pasientskadenemnda, Utlendingsnemnda, Forbrukertvistutvalget og Markedsrådet. Utlendingsnemnda er den største av disse, med ca 300 medlemmer og et sekretariat på ca 250 personer. Siden starten i 2001 har nemnda behandlet ca. 95 000 klager over avslag gitt av Utlendingsdirektoratet. Trygderetten består av ca 27 faste rettsmedlemmer og ca 12 rettsfullmektiger, samt et sekretariat. Pasientskadenemnda består av 20 medlemmer og et sekretariat på 29 personer, og behandler klager over vedtak fattet av Norsk pasientskadeerstatning. Blant de mindre nemndene har man Forbrukertvistutvalget med 14 medlemmer og Markedsrådet med 9 medlemmer. Videre kan inspirasjon hentes fra det danske Klagenævnet for Udbud, som er nærmere beskrevet ovenfor i kapittel 6.4.

[2] I noen grad føres det "tilsyn" med offentlige etaters anskaffelsesprosedyrer også i Norge, gjennom de offentlige revisjonsordningene (Riksrevisjonen og kommunerevisjonene). Videre har EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) kompetanse til å ta opp anskaffelsessaker på eget initiativ og granske disse. Men utover det er det ingen tradisjon i Norge for aktivt tilsyn med offentlige anskaffelser. Tilsynsmodellen brukes i Norge i all hovedsak til å føre kontroll med private rettssubjekter, ikke med offentlige etater, som vil være tilfellet dersom man oppretter et "anskaffelsestilsyn".

[3] Med den modifikasjon at KOFA fra 2007 er gitt kompetanse til å treffe vedtak om overtredelsesgebyr, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b. Som det er redegjort for i kapittel 13.4 vil utvalgets flertall anbefale at denne kompetansen trekkes tilbake som ledd i gjennomføringen av det nye håndhevelsesdirektivet, og at KOFAs rolle som uformelt rådgivende organ rendyrkes og videreføres.

som det først etableres en anskaffelsesnemnd med formell vedtakskompetanse, må denne følgelig kunne ilegge alle de typer sanksjoner som anskaffelsesreglene gir anvisning på.

Flertallet vil påpeke at dette gjør at en anskaffelsesnemnd som skissert vil atskille seg betydelig fra andre typer domstolslignende forvaltningsorganer i Norge, som ikke har like vidtfavnende sanksjonskompetanse som det som her er skissert. Særlig er erstatning og privatrettslig ugyldighet sanksjoner som ellers normalt kun tilligger domstolene.[4] Det er heller ikke vanlig at domstolslignende forvaltningsorganer må ta stilling til private flerpartsforhold av den typen som kan oppstå dersom medkontrahenten eller andre leverandører trekkes inn i tillegg til klager og oppdragsgiver.

Hva gjelder virkeområde, krever håndhevelsesdirektivene at håndhevelsesorganet må kunne behandle klager over alle typer kontrakter som er omfattet av anskaffelsesdirektivene. Dette gjelder både varekontrakter, tjenestekontrakter, bygge- og anleggskontrakter og konsesjonskontrakter om bygge- og anleggsarbeider. Nemndas kompetanse må videre gjelde uavhengig av hvilken prosedyre oppdragsgiver har valgt for konkurransen.

Videre må klagenemndas kompetanse etter direktivene omfatte anskaffelser foretatt av alle oppdragsgivere underlagt anskaffelsesregelverket. Det vil si både statlige, kommunale og fylkeskommunale organer, offentligrettslige organer, private forsyningsvirksomheter og andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av anskaffelsens verdi[5]. Likeledes må konsesjonsinnehavere som ikke er offentlige oppdragsgivere, men som overdrar kontrakter om bygge- og anleggskonsesjoner til tredjemann, omfattes, når vilkårene i forskrift om offentlige anskaffelser § 24-1 er oppfylt.[6]

Direktivene krever ikke at klageorganet skal ha myndighet til å behandle klager på anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Det betyr at norsk lovgiver kan velge å la en nemnd kun ha kompetanse til å behandle klager på anskaffelser med en verdi over EØS-terskelverdiene. Det ville imidlertid bety at man enten fjernet sanksjonene under terskelverdiene, eller overlot dem til domstolene, hvilket ville gi det paradoksale resultat at de største sakene behandles administrativt, mens de mindre måtte til domstolene. Det antas derfor at også saker under EØS-terskelverdiene bør gå for den eventuelle klagenemnda. En annen sak er om unntak bør gjøres for mindre anskaffelser, for eksempel under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner. Slike saker vil kunne medføre en unødig belastning på nemnda og faller utenfor oppdragsgivers plikt til å følge de detaljerte prosedyrereglene. På den annen side gjelder de grunnleggende prinsippene i lovens § 5 også her, og det taler for at det bør være mulig å håndheve brudd på regelverket også for disse anskaffelsene. Et annet alternativ kan være å sette grensen ved anskaffelser under 100 000 kroner, slik at alle anskaffelser som er omfattet av protokollplikten, samt plikten til å innhente skatteattest og HMS-erklæring, omfattes.

16.2.3 Besluttende og rådgivende funksjon

Dersom det opprettes en ny anskaffelsesnemnd med bindende vedtakskompetanse, er et viktig spørsmål om det samtidig er mulig å videreføre den rådgivende funksjon som KOFA har i dag, som er et fleksibelt og praktisk viktig lavterskeltilbud, og et sentralt trekk ved håndhevingen av anskaffelsesreglene i Norge.[7]

Utvalgets flertall skal ikke utelukke at dette vil kunne la seg kombinere på en eller annen måte, men har selv vanskelig for å se for seg hvordan det kan gjøres. Skillet må nødvendigvis gjøres ut fra hva klager anmoder om, om det er formelt vedtak eller rådgivende uttalelse. Men er det sannsynlig at noen klagere vil be om uttalelse dersom de kan få vedtak? Skal en slik anmodning i så fall avbryte formelle frister? Og hva dersom nemnda i en rådgivende sak ser at det er grunnlag for formelle reaksjoner? Eller hva dersom klager ønsker rådgivning om noe, men vedtak om andre sider av

[4] Et unntak er Pasientskadenemnda, som nettopp har som oppgave å vurdere erstatningskrav.

[5] Jf. lov om offentlige anskaffelser § 2 første ledd siste punktum.

[6] Direktivene krever også at det finnes et klageorgan for anskaffelser foretatt etter forsyningsdirektivet. Det er de samme grunnleggende hensyn og prinsipper som gjelder for anskaffelser i forsyningssektorene, selv om reguleringen er noe mindre detaljert og åpner for mer fleksibilitet. Utvalgets flertall kan ikke se at det er noen særskilte forhold som tilsier at forsyningssektorene skulle være unntatt fra nemndas kompetanse (slik at saker her ville måtte gå for domstolene), og viser til at KOFA i dag har kompetanse på dette området. Dersom også forsyningssektorene skal falle innenfor nemndas kompetanse, innebærer det at også rent private rettssubjekter kan bli innklaget, forutsatt at de baserer sin virksomhet på eksklusive rettigheter, jf. forsyningsforskriften § 1-2.

[7] I en evaluering av KOFA, utført av Resource-Partner høsten 2006 på oppdrag fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet, anførte hele 91 prosent av klagerne og 77 prosent av de innklagede at KOFA er et meget viktig eller ganske viktig alternativ til domstolsbehandling.

saken? Skal det være to separate saksbehandlingsrutiner, eller to separate avdelinger i nemnda, en for vedtak og en for uttalelser? En rekke slike spørsmål vil oppstå, og utvalgets flertall har vanskelig for å se hvordan de skal kunne løses på en hensiktsmessig måte.

På denne bakgrunn kan utvalgets flertall ikke se hvordan dagens rådgivende KOFA-modell kan videreføres i tilnærmet samme form dersom man velger en nemndmodell, og dette er for flertallet et viktig argument mot en slik løsning.

16.2.4 Organisering, bemanning og sekretariat

Et neste spørsmål er hvordan en anskaffelsesnemnd skal organiseres, hvor stort apparat som er nødvendig, og hvordan den skal bemannes. Her stiller direktivene ingen krav, og dette vil måtte bero på en analyse av de nasjonale behov. Utvalgets flertall skal for sin del nøye seg med å peke på noen hovedspørsmål.

Et første spørsmål er om nemnda skal bestå av medlemmer som er ansatt på heltid, eller ha medlemmer som har sitt daglige virke andre steder, slik tilfellet i dag er med KOFA. Med de krav som vil følge av de nye sanksjonshjemlene, og ettersom nemnda må kunne vedta midlertidige forføyninger på kort varsel i til dels kompliserte saker, legger utvalgets flertall til grunn at en eventuell anskaffelsesnemnd i hvert fall må ha enkelte medlemmer som er ansatt på heltid. Dermed er det ikke gitt at alle medlemmene trenger å være det – man kan tenke seg kombinasjoner av faste medlemmer og eksterne medlemmer som bare deltar i noen saker.

Antallet nemndmedlemmer vil måtte bero på om man kun har heltidsansatte, eller primært deltid, eller en blanding, og i så fall hvilken. Jo større del av medlemmene som ikke fungerer på heltid, desto flere trenger man. Dette vil også måtte tilpasses etter hvert som man ser hvor mange saker anskaffelsesnemnda vil få.[8]

Hva gjelder formell kompetanse, legger utvalgets flertall til grunn at medlemmene av nemnda må være kvalifiserte jurister, slik tilfellet er for KOFA i dag. De faste medlemmene bør være personer som er kvalifisert på nivå med dommere. Dersom det også opereres med eksterne medlemmer på deltid, vil de med fordel kunne hentes fra ulike deler av juristverdenen, herunder advokatstanden og akademia. Man kan også tenke seg sakkyndige nemndmedlemmer, men dette behovet kan også dekkes ved bruk av eksterne sakkyndige i de sakene der det er nødvendig.[9]

Størrelsen på sekretariatet vil avhenge av hvordan saksbehandlingen organiseres. Man kan her tenke seg to hovedmodeller. I den ene er det nemndmedlemmene selv som i hovedsak utreder sakene. Dette gjøres i den danske klagenemnda, der sekretariatet kun består av én juridisk fullmektig, som bistår dommerne, og én person som har ansvar for rene administrative funksjoner. I den andre modellen er det sekretariatet som utreder sakene og fremlegger disse for nemnda. Dette krever et langt større sekretariat.[10] Utvalgets flertall heller i retning av at i saker der det er tale om potensielt inngripende sanksjoner («uten virkning», erstatning, gebyr, etc), bør nemndmedlemmene selv i betydelig grad stå for behandlingen. Det samme vil langt på vei følge av seg selv i saker der prosessen helt eller delvis er basert på muntlige forhandlinger. Dette tilsier en relativt stor nemnd, og et relativt sett mindre sekretariat.

16.2.5 Saksbehandlingsregler

Dersom et administrativt klageorgan skal gis så omfattende kompetanse som det her er tale om til å ilegge sanksjoner, må det etter flertallets syn stilles strenge krav til rettssikkerhet ved saksbehandlingen. På samme måte som ved en domstolsprosess, må saksbehandlingen bygge på et kontradiksjonsprinsipp som går lengre enn vanlig i forvaltningsprosessen.

Mens hovedregelen i domstolsprosessen er muntlighet, er skriftlig saksbehandling hovedprinsippet i forvaltningen. Det gjelder også i betydelig grad for domstolslignende forvaltningsorganer, selv om det for flere av dem i noen grad også er mulig å kreve helt eller delvis muntlig behandling.

For en eventuell anskaffelsesnemnd antar utvalgets flertall at man kan operere med skriftlig

---

[8] KOFA har i dag 10 medlemmer, alle i annen jobb, i tillegg til et sekretariat med 6 personer. En ny anskaffelsesnemnd kan forventes å få betydelig færre saker enn KOFA har i dag. På den annen side vil hver sak være langt mer ressurskrevende. Dertil kommer behovet for å kunne treffe beslutninger raskt, særlig ved begjæring om midlertidig forføyning.

[9] Til sammenligning består den danske klagenemnda av en formann, flere nestformenn og et antall sakkyndige medlemmer. De sakkyndige medlemmene utpekes som følge av særlig kunnskap for eksempel på områdene bygge- og anleggsvirksomhet, offentlig innkjøpsvirksomhet, transport og annen tilknyttet ervervsvirksomhet. I den enkelte sak settes nemnda som hovedregel med én person fra formannskapet og to sakkyndige medlemmer.

[10] Denne modellen benyttes eksempelvis i KOFA (6 ansatte i sekretariatet), Utlendingsnemnda (ca. 250), Pasientskadenemnda (29) og Forbrukertvistutvalget (10).

saksbehandling som et utgangspunkt. Det bør imidlertid være lav terskel for å gå over til helt eller delvis muntlig forhandling, enten etter beslutning fra nemnda selv eller etter krav fra en av partene. Ved mer kompliserte saker, og der det er tale om inngripende sanksjoner (erstatning, gebyr, «uten virkning», etc), bør muntlighet være det vanligste i praksis. Slike muntlige høringer må legges opp på en måte som sikrer partenes rettigheter, som i praksis vil si relativt tett opp til en alminnelig domstolsprosess, med adgang til prosedyre, vitneførsel og annen bevisfremleggelse. Dette vil kreve et relativt detaljert prosessreglement. Videre må det sikres at berørte tredjemenn (medkontrahenten, andre leverandører) gis mulighet til å delta i prosessen og ivareta sine interesser.

Et prinsipielt spørsmål er i hvilken grad prosessen for en anskaffelsesnemnd skal være avhengig av partenes opplysninger og anførsler. Etter alminnelig forvaltningsprosess har et organ selv ansvar for å utrede saken og sørge for at den er forsvarlig opplyst, jf. forvaltningsloven § 17, og er ikke bundet av partenes krav og anførsler. Dette gjelder også ved klagebehandling, og i noen grad også for domstolslignende klageorganer, som Trygderetten, Pasientskadenemnda og Utlendingsnemnda, som har et selvstendig ansvar for at sakene er opplyst. Et fellestrekk ved de sakene som behandles i disse organene er imidlertid at den private part normalt må anses som den svake part i saken. I anskaffelsesretten vil den private klager normalt være en privat næringsdrivende, med tilgang til profesjonell juridisk bistand. For KOFA er hovedprinsippet at saken begrenses av partenes opplysninger og anførsler (unntatt i saker om overtredelsesgebyr etter ulovlig direkte anskaffelser). Etter flertallets mening vil det være hensiktsmessig å videreføre dette også for en ny anskaffelsesnemnd. For det første står partene fritt til å gjøre opp saken uten hjelp av nemnda, og det er da naturlig at det er partene som får definere innholdet og omfanget av den konflikten nemnda skal løse. For det andre kan partsstyringen bidra til at partene opplever organet som en nøytral og uhildet instans. Videre kan det bidra til en effektiv saksavvikling at det er partene som har ansvaret for å framskaffe opplysninger om de faktiske forhold av betydning for avgjørelsen.

16.2.6 Gebyr og saksomkostninger

Det koster i dag 860 kroner å få behandlet en klage i KOFA, som tilsvarer ett rettsgebyr. I evalueringen fra 2006 ble partene spurt om gebyrnivået. 76 prosent av klagerne mente at gebyret bør være under 3000 kroner, mens 55 prosent av de innklagede mente at gebyret bør være større enn 3000 kroner. I Danmark er klagegebyret til sammenligning satt til 4000 kroner, som blir tilbakebetalt dersom en klage avvises eller klageren får medhold i saken.

Et lavt klagegebyr kan redusere terskelen for å klage, og et høyt gebyr øke terskelen. Ved høye gebyrer må man anta at andelen ubegrunnede klager reduseres. Samtidig kan det også lede til at saker som burde vært innklaget ikke blir det. Utfordringen er å fastsette gebyret på et nivå som kan forene hensynet til å unngå ubegrunnede klager, samtidig som terskelen for å klage ikke blir så høy at man unngår å sende inn berettigede klager. Det bør også vurderes om klager skal kunne få tilbakebetalt gebyret dersom saken avvises eller han får helt eller delvis medhold i saken.

Når en sak går for domstolene har den part som vinner saken krav på å få dekket sine sakskostnader fra motparten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Motparten kan helt eller delvis fritas for dette ansvaret hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig, jf. tredje ledd. Ved behandling av en sak i KOFA bærer hver av partene sine omkostninger.[11] Etter alminnelig forvaltningsrett kan en klager etter forvaltningsloven § 36 på visse vilkår tilkjennes dekning for vesentlige kostnader som har vært nødvendige for å få endret vedtaket, når vedtaket er endret til gunst for parten. Videre følger det av annet ledd at i sak som vesentlig er en tvist mellom parter, kan den part som har satt fram krav om endring av et vedtak, men ikke har fått medhold i spørsmål av betydning, på visse vilkår pålegges å betale den annen part helt eller delvis de særlige sakskostnader som kravet har ført med seg. Denne løsningen er også lagt til grunn blant annet i saker for Markedsrådet, og kan være et naturlig utgangspunkt for saksomkostningsspørsmålet også for en ny anskaffelsesnemnd.

16.2.7 Etterfølgende domstolskontroll

Utvalgets flertall legger til grunn at dersom det opprettes en anskaffelsesnemnd, så bør denne være obligatorisk, i den forstand at saker må bringes inn her, og ikke kan bringes rett inn for domstolene. Dette tilsvarer ordningen for eksempel i Trygderetten og for Pasientskadenemnda. Mye av hensikten med å opprette en nemnd må være å få en spesiali-

[11] Den danske klagenemnda kan pålegge innklagede å erstatte klagerens sakskostnader, dersom klageren har fått helt eller delvis medhold. Innklagede må imidlertid alltid selv bære egne omkostninger.

sert behandling i første runde. Videre vil valgfrihet kunne medføre rettslige og praktiske problemer dersom en leverandør klager til nemnda mens en annen leverandør i samme sak går til domstolene.

Etter at anskaffelsesnemnda har truffet sitt vedtak, må dette kunne bringes inn for domstolene til etterprøving. Det er et krav etter direktivet (artikkel 2 nr. 9 første ledd), og følger også av alminnelige nasjonale rettslige prinsipper. Det naturlige vil være at saken bringes inn for domstolene i første instans (tingretten). På samme måte må vedtak som nemnda treffer om midlertidige forføyninger kunne bringes inn for prøving av tingretten, og deretter med vanlig ankebehandling videre.

En kan tenke seg to modeller for domstolsprøvelse. En modell kunne være at det er partene som fortsetter saken ved domstolene slik at tvistegjenstanden er den samme som for nemnda. En annen modell kunne være at det er nemndas vedtak som er tvistegjenstanden, slik at det er nemnda som er den saksøkte part.

Den første modellen vil reise de samme prinsipielle og praktiske spørsmål som oppstår ved anke i domstolsmodellen. Må for eksempel saksøker forpliktes til å opptre som ankemotpart, selv om han egentlig ikke ønsker å fortsette saken, eller bør det være mulig å trekke eller forlike saken etter at den er brakt inn for domstolene? Se nærmere om dette i kapittel 15.3.4.

Den andre modellen vil reise prinsipielle og praktiske spørsmål om hvordan nemnda skal være organisert for å kunne føre etterfølgende rettssaker for domstolene, og hvem som skal representere den. I saker der nemnda har truffet vedtak som frikjenner oppdragsgiver, vil det være den private klager som er motpart – men her er det ikke gitt at nemndas oppfatninger og interesser er sammenfallende med oppdragsgivers. I så fall må oppdragsgiver selv ha mulighet til å delta i prosessen. I saker der nemnda har ilagt sanksjoner, vil saksøker normalt være den offentlige oppdragsgiver.[12] Her vil forholdet altså være at en offentlig etat saksøker en annen, med de utfordringer dette reiser.

16.3 Flertallets vurdering av nemndmodellen

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Hauge, Hellesylt, Goller, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, har ovenfor skissert hvordan de (subsidiært) ser for seg at en mulig nemndmodell i hovedtrekk kan utformes. Andre modeller kan også tenkes, men dette er etter flertallets syn den mest hensiktsmessige. En slik modell vil uansett kreve ytterligere utredning, av de mange rettslige og praktiske spørsmål den reiser.

Når utvalgets flertall ikke har utredet nemndmodellen i full detalj, er det fordi man uansett ikke vil anbefale en slik løsning. Det er flere grunner til dette.

For det første er dette etter flertallets syn ikke nødvendig for å forbedre håndhevelsen av reglene om offentlige anskaffelser. Tvert imot vil regelverket samlet sett enklere og mer effektivt kunne håndheves innenfor dagens tosporede modell, der formelle avgjørelser må treffes av domstolene, men med et alternativt rådgivende lavterskeltilbud. Dette er et godt system, og det er verken nødvendig eller hensiktsmessig med en slik omfattende, komplisert og ressurskrevende organisatorisk reform som overgang til en nemndmodell innebærer.

For det andre er de sanksjoner som håndhevelsesorganet skal kunne ilegge slike som etter flertallets vurdering best hører hjemme i de alminnelige domstolene. Avgjørelser om midlertidig forføyning, erstatning, «uten virkning», avkorting, gebyr og etteroppgjør er alt sammen slikt som de alminnelige domstolene er egnet til å ivareta, og som etter sin karakter hører mest naturlig hjemme der.

For det tredje vil flertallet understreke at en eventuell anskaffelsesnemnd på grunn av de inngripende beføyelsene det er tale om, nødvendigvis må utformes som et domstolslignende forvaltningsorgan, med langt på vei de samme saksbehandlingsreglene og rettssikkerhetsgarantiene som for de ordinære domstolene. Dermed forsvinner mye av en eventuell terskel- og effektiviseringsgevinst. Dersom nemnda utformes på en måte som kan sikre de berørte parters krav på kontradiksjon og rettssikkerhet, må saksbehandlingen nødvendigvis bli relativt omfattende og ressurskrevende. Da sitter man egentlig igjen langt på vei med en spesialdomstol, som vil utgjøre en ekstra domstolsinstans, i tillegg til de ordinære. I vanskelige saker som partene vil ønske å bringe videre vil det kunne føre til at det totalt sett tar lengre tid enn i dag før det foreligger endelig avgjørelse. Videre vil dette innebære en sentralisering, til ett felles organ, i stedet for at sakene starter i tingretten der partene har verneting. Utvalgets flertall kan ikke se at det er ønskelig å etablere en slik sentralisert spesialdomstol på anskaffelsesrettens område.

Som argument for en nemndmodell har det blant annet vært anført at dette vil kunne sikre

[12] I saker som gjelder ulovlige direkte anskaffelser kan kontrakten være avkortet eller kjent ugyldig, og da vil den opprinnelige medkontrahenten også kunne være saksøker.

mer ensartet praksis enn for de alminnelige domstolene, og at en nemnd kan bidra til informasjonsspredning og kompetanseoppbygging på rettsområdet. På den annen side kan det hevdes at spesialiseringen og den særlige kyndigheten som opparbeides kan være betenkelig, fordi saksfeltet blir for snevert. Spesialiseringen kan lede til at sakene ikke blir vurdert i en bred nok sammenheng og ut fra et tilstrekkelig vidt spekter av hensyn. Dette kan også føre til at anskaffelsesreglene tolkes og anvendes lengre og strengere enn det som er hensiktsmessig.

Utvalgets flertall vil på denne bakgrunn fraråde lovgiver å gå over til et håndhevelsessystem basert på en «nemndmodell». Det gjelder generelt, selv om en slik nemnd skulle bli utformet etter de retningslinjer flertallet ovenfor har skissert. Videre gjelder det enn mer den nemndmodell som utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, nedenfor i kapittel 16.4 foreslår, under tittelen «Nye KOFA». Etter flertallets syn er dette ikke noen god modell, av flere grunner. Herunder er det blant annet ikke bygget inn tilstrekkelige prosessuelle garantier, i forhold til hvor omfattende kompetanse mindretallet mener at «Nye KOFA» skal gis. Videre vil modellen være komplisert, blant annet i saker der det både kan være aktuelt med «uten virkning» og erstatning (som fortsatt skal ligge til domstolene). Dernest vil utbyggingen av «Nye KOFA» som et organ med omfattende formell vedtakskompetanse etter flertallets syn ikke være mulig å forene med en videreføring av dagens KOFA som et alternativt rådgivende lavterskeltilbud. Ett og samme organ kan ikke være begge deler på samme tid. Etter flertallets vurdering vil mindretallets modell derfor med sannsynlighet føre til at dagens effektive rådgivende ordning svekkes, slik at resultatet paradoksalt nok vil være færre klagesaker og et samlet sett mindre effektivt og fleksibelt håndhevelsessystem.

På dette grunnlag vil utvalgets flertall anbefale at dagens domstolsmodell videreføres som redegjort for ovenfor i kapittel 15, i kombinasjon med en videreføring av KOFA som et rent rådgivende alternativ.

16.4 Mindretallets forslag til nemndmodell («Nye KOFA»)

16.4.1 «Nye KOFA»

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, anbefaler at KOFA blir et bindende administrativt klageorgan.

Dersom en leverandør ønsker å klage på en oppdragsgiver når det gjelder offentlige anskaffelser, er det fortsatt KOFA som skal være rett adressat, ikke først og fremst domstolene. Det blir den mest effektive, raskeste og billigste ordningen, også når de nye håndhevelsesreglene innføres i Norge. Praktiseringen av håndhevelsesreglene før etableringen av dagens KOFA viser at bruk av domstolene øker terskelen for å prøve en sak dramatisk, og oppleves ikke som et reelt alternativ, sett med leverandørenes øyne.

Mindretallet mener at de nye sanksjonsmidlene må sikre effektiv håndhevelse. Det kan enklest gjøres ved å ha et administrativt klageorgan (KOFA), som tar avgjørelser med bindende virkning. Det kan ikke bli effektive sanksjonsmidler uten at det legges til rette for en rask, tilgjengelig og billig løsning for små og mellomstore bedrifter.

Innføring av de nye sanksjonsmidlene følger av et endringsdirektiv fra EU. Gjennom høringer i forbindelse med utformingen av dette direktivet og EU-domstolens praksis ble det avdekket en rekke svakheter ved de nasjonale klageordningene. Særlig mente mange leverandører at håndhevelsesreglene ikke alltid gjorde det mulig å rette opp feil i anbudsprosessene.

Mindretallet mener at fordelen med å etablere KOFA som et bindende klageorgan fremfor bruk av domstolen, er at dette vil bli den mest effektive, raskeste og billigste ordningen for brukerne. Samtidig vil KOFA opprettholde ensartet praksis, og sikre informasjon og kompetansebygging om offentlige anskaffelser når behandling av saker samles i ett organ med spesialkompetanse.

16.4.2 Historikk

Konfliktløsningsordning – domstolene.

Før EØS-avtalen trådte i kraft i 1994, fantes det ikke formelle klage- og håndhevelsesregler på området offentlige anskaffelser i Norge utover reglene for alminnelig forvaltningsklage. De spesielle klage- og søksmålsregler i anskaffelsesreglene kom som en følge av EØS-avtalens håndhevelsesregler på området.

Mellom 1994 og 1997 ble bare én sak etter klagereglene ført for domstolen, ifølge NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser. I samme periode behandlet EFTAs overvåkingsorgan ca. 40 henvendelser der det var mistanke om at norske offentlige oppdragsgivere hadde brutt EØS-regelverket om offentlige anskaffelser. EFTAs overvåkingsorgan igangsatte en formell klageprosedyre etter overvåkings- og domstolsavtalen (ODA-avtalen) i 4 saker.

Næringslivets forum for offentlige anskaffelser (NFOA)

Næringslivet/bedriftene har aldri vært tilfreds med å må benytte domstolsapparatet for å få prøvd brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. NHO etablerte derfor Næringslivets Forum for offentlige anskaffelser (NFOA) i 1997 for å kunne avdekke om det var behov for et administrativt tvisteløsningsorgan. Det besto av representanter for oppdragsgiversiden (KS og Statens forvaltningstjeneste) og representanter for leverandører (NHO) samt én uavhengig juridisk ekspert på anbudsrett /EØS-avtalens regler for offentlige anskaffelser. Nærings- og handelsdepartementet var observatør, NHO sekretariat.

Forumet skulle gi uttalelser til konkrete henvendelser i forbindelse med offentlige anskaffelser. Den som ønsket forumets uttalelser, kunne etter særskilte vilkår sende inn skriftlig forespørsel. Forumet la til grunn den fremstilling av saken som ble gitt i forespørselen og foretok ingen bevisvurdering. Ved uttalelser gjorde forumet oppmerksom på at det var kollegialt, og at det enkelte medlem ikke var bundet av uttalelsen. Forumet virket fra januar 1997 til 2002, da det ble avviklet som følge av etableringen av KOFA. Forumet behandlet tilsammen ca. 100 saker.

NHO hadde den gang gjentatte ganger tatt til orde for en gjennomgang og effektivisering av den norske håndhevelses- og overvåkingsordningen. I brev datert 25. november 1997 anmodet NHO departementet om å «nedsette et utvalg for å vurdere systemet i Norge og om det er behov for nytenkning.» Om bakgrunnen for henvendelsen sies det blant annet:

> «Vår erfaring er at det foregår en rekke overtredelser av regelverket. Vi har også grunn til å tro at det er et mørketall, da bedrifter ikke vet hvor de skal henvende seg for å få vurdert sin sak, uten å gå til domstolene.»

Og videre:

> «Slik som det norske klage- og overvåkingssystemet er i dag, er terskelen for høy for mange små og mellomstore bedrifter til å få saker belyst, selv om sakene absolutt skulle ha vært belyst. Dette beror på mange faktorer. Små og mellomstore bedrifter har i mange sammenheng problemer med å gå til søksmål mot en potensiell anskaffer, da man er redd for at man ved en senere konkurranse ikke vil bli tatt med i betraktning. Videre synes det som om bedriftene må være 100 % sikre for å vinne en sak for i det hele tatt å ta skrittet å gå til søksmål, på grunn av faren for å måtte betale både egen advokat og motpartens saksomkostninger ved et eventuelt tap.»

Blant annet som følge av NHOs initiativ besluttet Nærings- og handelsdepartementet (NHD) å nedsette en arbeidsgruppe for å vurdere det eksisterende håndhevelses- og overvåkingssystemet (august 1998).

Etableringen av KOFA

I Ot. prp. nr. 3 (2000-2001) ble det uttalt at det i løpet av de årene som lov om offentlige anskaffelser hadde virket, hadde det vært få saker knyttet til dette regelverket for domstolene. Det er derfor, heter det, reist spørsmål ved om de norske håndhevelsesreglene er tilstrekkelig effektive til å sikre en god etterlevelse av regelverket. Arbeidsgruppen som ble nedsatt av NHD, opplyste å kjenne til bare tre inngrepssaker fremmet for norske domstoler siden regelverket trådte i kraft 1. januar 1994. Når det gjelder erstatningssaker som kommer etter at anskaffelsesprosedyren er avsluttet, kjente arbeidsgruppen til 5-6 saker. Til sammenligning viste den til at Forvaltningsdomstolen i Sverige hadde prøvet ca. 300 saker og at EFTAs overvåkningsorgan hadde mottatt nær 40 henvendelser om norske oppdragsgiveres brudd på EØS-reglene om offentlige anskaffelser.

Sett på bakgrunn av det store antall anskaffelser som foretas og de meget betydelige summer som er involvert, syntes det som om søksmålshyppigheten lå på et beskjedent nivå relativt sett. Det reelle behovet for tvisteløsning var trolig langt større.

Ifølge Ot. prp. nr. 3 (2000-2001) er det foretatt flere undersøkelser blant leverandører og offentlige oppdragsgivere om erfaringer med regelverket om offentlige anskaffelser. Undersøkelsene som blant annet ble utarbeidet av NORUT Samfunnsforskning og FINNUT, viste at de fleste leverandørene ikke oppfattet klagemuligheten som god. Dessuten syntes domstolene å være en lite attraktiv klageinstans for leverandørene. Terskelen for å gå til domstolene ble ansett for å være for høy. Kostnadene i tid og penger var også en viktig begrensende faktor.

Departementet konstaterte den gang at det heller ikke lot til at de øvrige tilgjengelige klagemulighetene som sto til leverandørenes disposisjon, så som klage til EFTAs overvåkningsorgan og Næringslivets forum for offentlige anskaffelser, helt fylte behovet for effektiv tvisteløsning.

16.4.3 Generelle merknader og forslag til «Nye KOFA»

Mindretallet mener at tiden er inne for å etablere KOFA som et administrativt klageorgan som tar bindende avgjørelser. En slik ordning er ikke ny i Norge.[13] Det er positivt at ett klageorgan, som har særlig kompetanse på anskaffelsesjus, ivaretar de nye håndhevelsesreglene. Hvis ikke KOFA gis kompetanse til å treffe beslutninger etter det nye direktivet, kan det stilles spørsmålstegn ved effekten av de nye bestemmelsene. Ved å begrense avgjørelser med bindende virkning til domstolen, blir KOFA marginalisert til et organ hvor leverandørene kun får prøvd sin sak med utfallet av en moralsk oppreisning ved at man «vinner» saken. Dette vil uvegerlig føre til færre saker for KOFA, fordi det ikke blir attraktivt nok å benytte klageorganet. Det vil igjen kunne føre til en svekkelse av KOFA.

Mindretallet stiller et stort spørsmålstegn ved hva som blir igjen av KOFA, dersom de nye beføyelsene blir lagt til domstolen. De klassiske overtredelsene som for eksempel brudd på begrunnelsesplikten, brudd på kvalifikasjons- og tildelingskriteriene vil kunne prøves for KOFA. Det betyr at dersom en leverandør kun er ute etter erstatning, kan KOFA brukes som grunnlag for det. Dersom leverandøren derimot ønsker å gjøre noe med selve kontraktstildelingen, det vil si stoppe kontrakten fra å bli tildelt feil leverandør, vil bare domstolen kunne fatte en slik avgjørelse.

I dag er utgangspunktet at KOFA er et rådgivende organ som ikke treffer bindende avgjørelser. Bakgrunnen er at KOFA skulle være et lavterskeltilbud, hvor leverandører kunne få en rask, smidig og billig avgjørelse på overtredelser av regelverket. Ved etableringen av KOFA, var det minimalt med kunnskap hos både oppdragsgivere og leverandører om regelverket, og det var viktig at man fikk praksis på området. I en rapport utarbeidet av Resource-Partner på vegne av Fornyings- og administrasjonsdepartementet, ble det konkludert med at KOFA har vært en suksess og av stor betydning for utforming av klagesystemet for offentlige anskaffelser.

Når de nye håndhevelsesreglene skal innføres, forutsettes det i direktivet at klageorganet skal ha bindende virkning. Derfor må KOFA endres til å kunne håndtere disse virkemidlene, se forslag til forskrift for et administrativt klageorgan med bindende virkning i kapittel 21.5 og 21.6. Et nytt KOFA som sikrer rettssikkerhet for både oppdragsgiver og leverandør med bindende virkning, vil fremdeles bli sett på som et lavterskeltilbud sammenlignet med domstolen. Terskelen for å benytte domstolsapparatet er for høy, særlig for mange små og mellomstore bedrifter. Således vil flertallets modell lett kunne føre til at leverandører avstår fra å gå til søksmål. Et vanskelig tilgjengelig klagesystem fører dessuten oppmerksomheten bort fra det økonomisk viktige området som offentlige anskaffelser er (ca. 380 mrd. kroner i 2008), og gjør det dermed enklere å skjule overtredelser av regelverket. Samfunnet er ikke tjent med at leverandører ikke forfølger offentlige anskaffelsessaker.

Når en leverandør først går til det skritt å klage, er det med et ønske om at vedtaket skal ha en realitet. Mindretallet mener at de nye sanksjonene blir illusoriske for de fleste norske bedrifter, dersom flertallets forslag vinner frem.

Mindretallet mener at det vil være store fordeler med bruk av KOFA som et bindende administrativt klageorgan. KOFA har nødvendig spesialkompetanse som er utviklet over år. Det borger for fortsatt ensartet praksis. I Sverige har man gjort den erfaring at spredning av behandling av offentlige anskaffelsessaker på mange forvaltningsdomstoler gir stor variasjon i avgjørelsene og uensartet praksis. Dette fører igjen til at sakene blir anket og verserer lenge i domstolsapparatet.

Mindretallet mener at en utvikling i retning av domstolsbehandling fremfor behandling og bindende avgjørelser i KOFA fører til at KOFA mister sin betydning, og at risikoen for uensartet praksis er til stede.

Særlig om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte innkjøp

Ifølge flertallsforslaget skal dagens behandling av overtredelsesgebyret flyttes fra KOFA til domstolene. Mindretallet er uenig i det, og foreslår at kompetansen videreføres i KOFA.

Overtredelsesgebyret er primært en samfunnsmessig reaksjon og systematisk press på sviktende innkjøpssystemer og kan ikke, som foreslått, være avhengig av at en tilfeldig potensiell leverandør vil ta risikoen med en rettssak for en kontrakt som ikke bedriften engang vet om den vil være kvalifisert til. Dersom overtredelsesgebyret utelukkende legges til domstolen, vil det i realiteten være å fjerne den alminnelige borgers og bedrifters adgang til å bli tatt alvorlig ved ob-

[13] Jf. fotnote 1.

servasjon av grove brudd på regelverket. Tilsvarende vil man også fjerne muligheten for at en offentlig innkjøpsenhet kan bli fritatt for mistanke, hvis KOFA ved en gjennomgang finner at handlingen har vært legitim. Sistnevnte kan være like viktig, samt bidra til reell tillit til bruk av offentlige ressurser og myndighet.

Mindretallet viser til at Stortinget besluttet å innføre hjemmel for KOFA til å utferdige overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser med virkning fra januar 2007.

Bakgrunnen for regelen var at håndhevelsen den gang viste seg å ikke være tilstrekkelig til å hindre ulovlige direkte anskaffelser. Slike innkjøp blir sjelden oppdaget før kontrakt er inngått. Det er dermed vanskelig å se for seg at en forbigått leverandør kan godtgjøre et krav på erstatning, dersom en oppdragsgiver har gjort et ulovlig direkte kjøp ved ikke å ha kunngjort konkurransen. Ved klager som gjelder ulovlige direkte anskaffelser, er det ikke krav om saklig interesse. Det betyr at hvem som helst kan klage, blant annet leverandører, politikere og organisasjoner. Det bidrar til å øke muligheten for å oppdage ulovlige direktekjøp, og således øke risikoen for dem som prøver seg.

Flertallets forslag om at domstolen skal overta behandling av overtredelsesgebyret, fører til at bare de som har saklig interesse og organisasjoner kan klage. Det vil redusere dagens oppdagelsesrisiko. En klage til domstolen innebærer at den som klager, risikerer å bære saksomkostninger for hele saken helt frem til øverste instans. Overtredelsessakene har økt i omfang etter innføringen av overtredelsesgebyret i 2007. De er i større grad brakt frem i lyset. Dersom overtredelsesgebyret overføres til domstolen, blir det for dyrt og tidkrevende for mange å klage. Dermed vil muligheten øke for igjen å skjule de alvorligste overtredelsene av anskaffelsesregelverket. Klagemulighetene blir for risikofylt.

I 2007 påla KOFA 1 overtredelsesgebyr, i 2008 ble 3 overtredelsesgebyr pålagt, og i 2009 ble 7 overtredelsesgebyr pålagt. Dette viser at det har vært et behov for innføring av overtredelsesgebyret. Alle berørte oppdragsgivere har akseptert gebyret.

Mindretallet mener derfor prinsipalt at dagens regime for ulovlige direkte anskaffelser må bestå, samtidig som de nye håndhevelsessanksjonene ivaretas av KOFA. Mindretallet er imidlertid enig i at klageinstansenes gebyrkompetanse må tilpasses de nye sanksjonene. Mindretallet mener derfor at KOFA skal ha gebyrkompetanse. Dette skal begrenses til en periode på inntil to år etter at kontrakt er inngått, på samme måte som i dag.

Mindretallet mener subsidiært, at dersom domstolen likevel skal få kompetanse til å behandle klagegebyret, er forslaget fremdeles at muligheten til å påklage må være to år etter at kontrakten er inngått, for ulovlige direkte anskaffelser. Dette innebærer at KOFA opprettholder kompetansen ett år etter at leverandørenes frist for å klage til domstolen er avskåret. Det betyr at enhver fremdeles vil ha klagerett til KOFA i ett år etter at fristen for å klage til domstolen er løpt ut, se nærmere i kapittel 13.4 og 15.6.

16.4.4 Mindretallets nærmere merknader til «Nye KOFA»

Nemndas kompetanse

Mindretallet foreslår at klagenemnda skal gis kompetanse til å fatte bindende avgjørelser i tråd med håndhevelsesdirektivet.

Mindretallet mener at nemnda bør gis kompetanse også til å kjenne kontrakter uten virkning, avkorte kontrakter og ilegge gebyrer. Mindretallet mener imidlertid at man kan fravike håndhevelsesdirektivets hovedregel om å kjenne kontrakter uten virkning under EØS-terskelverdi og for uprioriterte tjenester, slik at bare avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr vil gjelde under EØS-terskelverdi. KOFA er i dag allerede gitt kompetanse til å ilegge gebyrer for ulovlige direkte anskaffelser. Praksis viser at ingen av gebyrsakene er overprøvd. Også de rådgivende uttalelsene fra KOFA blir vanligvis fulgt av partene og har derfor også i dag som konsekvens at konkurranser avlyses, beslutninger annulleres og omgjøres, og at det fremforhandles minnelige ordninger om erstatningsutbetalinger.

Å skulle kunne avlyse konkurranser og kjenne kontrakter uten virkning, er inngripende sanksjoner. Derfor må det etableres saksbehandlingsregler og kontradiksjon som oppfyller det nye håndhevelsesdirektivets krav for å håndtere bindende avgjørelser. KOFA har ervervet seg en helt annen forutsetning enn domstolene for å skulle vurdere om slike sanksjoner bør ilegges. Nemnda har en betydelig erfaring og innsikt i innkjøpsrettslige problemstillinger. I en domstol vil den enkelte dommer i meget sjelden grad ha tidligere befatning med innkjøp eller med saker som gjelder brudd på regelverket for offentlige anskaffelser. Ved bruk av domstolen, vil dette kunne føre til at sakene i større grad ankes.

Å gi KOFA myndighet til å fatte bindende avgjørelser, representerer ikke noen særegen løsning i norsk rett. Utlendingsnemnda treffer i dag beslutninger der vedtak om oppholdstillatelse, asyl mv. truffet av Utlendingsdirektoratet, kan settes til side. Påtalemyndighetene utferdiger forelegg ved brudd på straffesanksjonerte lovregler. Behovet for rettssikkerhet i saker som de nevnte, er formodentlig større enn i saker som gjelder avlysning av en konkurranse om et innkjøp, eller å sette til side en kontrakt som ugyldig. Det er derfor vanskelig å se hvorfor nemndmodellen ikke skulle kunne ivareta partenes rettssikkerhet i tilstrekkelig grad.

Mindretallet kan heller ikke se at KOFAs kompetanse etter de nye reglene bør begrenses til bare å gjelde anskaffelser over EØS-terskelverdi. Det vil i tilfelle medføre at en viktig del av dagens kontrollmekanisme bortfaller, fordi ca. 80 prosent faller utenfor anskaffelsesdirektivenes kompetanse, det vil si er under EØS-terskelverdi eller uprioriterte tjenester. Det er heller ingenting i erfaringene fra KOFA som tilsier at det er behov for en slik begrensning i nemndas kompetanseområde. Den praksis som er nedfelt av nemnda for anskaffelser under EØS-terskelverdi, har medført en vesentlig rettsavklaring, idet det har blitt tydeliggjort hvilke konkrete plikter som ligger i prinsipper som likebehandling, konkurranse og etterprøvbarhet.

KOFAs kompetanse er i dag begrenset til å prøve lovmessigheten av beslutninger i en innkjøpsprosess, og nemnda skal ikke overprøve innkjøpsfaglig skjønnsutøvelse. Denne begrensningen i kompetansen bør etter mindretallets syn videreføres.

Et system hvor nemnda både skulle kunne sette til side kontrakter, og kunne avlyse konkurranser, er ikke forenlig med at nemnda selv skal kunne ta opp saker av eget initiativ. Nemnda bør imidlertid beholde sin kompetanse til å ilegge sanksjoner av eget tiltak når en sak først er brakt inn for nemnda.

Skriftlig eller muntlig saksbehandling

Kontradiksjon og bevisumiddelbarhet er viktige prinsipper for å sikre en forsvarlig avgjørelse. I noen tilfeller kan sakens karakter kreve muntlig fremleggelse, men i anskaffelsessaker er dette sjelden tilfelle. Det kan for det første vises til at KOFA ikke praktiserer muntlighet ved sin klagebehandling i dag, ei heller ved behandling av overtredelsesgebyr som er bindende. For det andre kreves det etter lov om offentlige anskaffelser skriftlig protokollføring og etterprøvbarhet ved alle viktige beslutninger i innkjøpsprosessen. Også tilbud skal være skriftlige, og det samme gjelder kontrakter. Ved at hovedgjenstanden for bevisvurderingen er dokumenter, kan derfor hensynet til bevisumiddelbarhet ofte ivaretas ved en skriftlig prosess. Dessuten avgjør domstolene erfaringsmessig saker om midlertidig forføyning, der det kreves forbud mot kontraktsinngåelse, bare basert på den skriftlige begjæringen fra saksøker – uten muntlige forhandlinger.

For å sikre at det likevel i saker hvor det er nødvendig med muntlig behandling for å få saken tilstrekkelig opplyst og sikre kontradiksjon, bør nemnda kunne åpne for muntlig behandling etter en konkret vurdering.

Mindretallet gjør oppmerksom på at det danske forslaget til Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. foreslår skriftlig behandling som hovedregel. En sak forberedes ved utveksling av skriftlige innlegg og avgjøres på grunnlag av det, med mindre det i den enkelte sak besluttes at det skal skje ved muntlig forhandling. Dette er i tråd med hva mindretallet foreslår innført i Norge. I Finland er saksbehandlingen i Marknadsdomstolen i hovedsak skriftlig.

I forslag til forskriftsbestemmelse forutsettes det at det kan åpnes for muntlige forhandlinger. Samtidig er det viktig å sikre at ressursbruken blir så lav som mulig, ved at det også åpnes for bildeoverføringer. Dette samsvarer med domstolenes system.

Organiseringen

Mindretallet er av den oppfatning at sekretariatet for nemnda bør gis en noe større kompetanse til å avgjøre saker enn i dag. Dette bør gjelde saker som kan avgjøres på skriftlig grunnlag og ikke er av prinsipiell karakter. Gjennom sekretariatets arbeid over flere år, er det gjort en rekke juridiske avklaringer. Sekretariatet har derfor god forutsetning for å løse enkle juridiske saker raskt.

Sekretariatet kan tilpasses saksmengden til enhver tid, og således kunne sikre at saker avgjøres raskt. Dette er særlig viktig når det gjelder spørsmålet om suspensjon av kontraktsinngåelsen. En utvidet kompetanse til å treffe avgjørelser, bidrar også til å styrke kvaliteten på avgjørelsene. Partene gis på den måten mulighet til å få en revurdering av de avgjørelser sekretariatet treffer. Dersom oppdragsgiver ser at enkelte faktiske forhold er misforstått, eller at det er viktige sider

som ikke har blitt belyst, vil både sekretariatet og nemnda lett kunne se på avgjørelsen på nytt. Ved en domstolsmodell betinger dette i utgangspunktet at saken ankes, hvilket vil være både ressurskrevende og ta lang tid.

Mindretallet mener at sekretariatsfunksjonen bør styrkes ved at sekretariatet gis mulighet til å avgjøre flere tvister enn i dag. Mindretallet mener videre at dette bør tas inn i fullmaktsbestemmelser i lov om offentlige anskaffelser, men at de mer detaljerte reglene gjennomføres i forskrifts form.

Mindretallet mener at bestemmelsen om oppnevning av medlemmene i nemnda, skal begrense mulighetene for medlemmene til å kombinere verv i nemnda med oppdrag som prosessfullmektig for nemnda. Det kan ikke være slik at medlemmer i nemnda, kan påta seg klagesaker for nemnda. Eventuelle advokater som oppnevnes til å være medlemmer av nemnda, må avstå fra å ta oppdrag i klagesaker som føres for nemnda. Dette prinsippet er viktig når nemndas myndighet og kompetanse blir styrket, slik at det ikke kan reises spørsmål ved nemndas habilitet.

Noe som i tillegg kan vurderes, er hvorvidt representanter fra innkjøpersiden og leverandørsiden med juridisk kompetanse skal være representert i nemnda. De samme restriksjoner må da gjelde for disse representanter som for advokater. Tyskland har hatt god erfaring med slike representanter.

Tilføring av ressurser

Mindretallet mener at en etablering av KOFA som et bindende administrativt organ forutsetter styrking og tilførsel av mer ressurser til KOFA. Sekretariatet som får en større kompetanse til å avgjøre saker enn i dag, bør få utvidet staben med flere kompetente saksbehandlere. Dette vil være avhengig av sakstilfanget, og ansettelser vil kunne skje etter behov. Det er viktig å tilstrebe tilstrekkelig juridisk kompetanse når sekretariatet skal forberede komplekse og inngripende saker. Tilføring av ressurser til et bindende klageorgan, synliggjør en satsing på et område med betydelig og økt aktualitet over flere år.

Erstatningssaker

I praksis er det ikke mange anskaffelsessaker for domstolen om erstatning. Mindretallet mener at KOFA ikke skal prøve erstatningssaker hvor tap påstås lidt som følge av en overtredelse av anskaffelsesreglene. Mindretallet mener at det ikke er nødvendig at samtlige beføyelser samles ett sted. Håndhevelsesdirektivet stiller ikke slike krav, så dette vil det være opp til hvert enkelt land å avgjøre. Mindretallet mener at dersom en klager får medhold i en sak om brudd på regelverket for offentlige anskaffelser i KOFA, vil et system med krav om å reise etterfølgende erstatningssak for ordinære domstoler, kunne være et incitament for partene til å komme til minnelige løsninger. Dermed dempes også konfliktnivået. Skulle en part som har fått medhold i KOFA ønske å reise sak om erstatning, vil det ikke være noe til hinder for å forfølge en slik sak ved ordinære domstoler.

Tvungen klage til KOFA?

Mindretallet mener at det ikke er grunnlag for å pålegge at alle anskaffelsessaker skal starte i KOFA. Det er heller ikke situasjonen i dag. Likevel viser det seg at de fleste klagesaker går til KOFA. Mindretallet mener at det bør være opp til den enkelte klager å bestemme hvor man vil føre saken. Mindretallet viser til at det i Danmark i flere år har vært opp til klager om en klage skal inngis til Klagenævnet eller innbringes for domstolen. I forslag til ny lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. er det foreslått at Klagenævnet skal være obligatorisk i første instans til å treffe avgjørelser i klager over fellesskapsrettslige anbudsregler, når det klages i karensperioden. Bakgrunnen for å gjøre Klagenævnet til obligatorisk første instans ved klager inngitt i karensperioden, er at det ikke er hensiktsmessig at samtlige av Danmarks domstoler skal kunne håndtere håndhevelsesdirektivets regler om at klager inngitt i karensperioden har automatisk oppsettende virkning.

Del IV
Avsluttende del

Kapittel 17
Flertallets avsluttende merknader

Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, har ovenfor lagt frem sin redegjørelse for hvordan de enkelte elementene i det nye håndhevelsesdirektivet etter deres vurdering best kan gjennomføres i norsk rett. Avslutningsvis kan det være naturlig med enkelte mer generelle og overordnete betraktninger.

Flertallet vil understreke at forslagene i de foregående kapitler er ment som en helhetlig og samlet modell, der gjennomføringen av hver av de nye reglene i direktivet henger sammen. Dette er tilpasset den «domstolsmodell» som flertallet mener har fungert godt som et rammeverk for den bindende håndhevelsen av anskaffelsesreglene i norsk rett, og som også bør videreføres for fremtiden.

Flertallet vil videre understreke at det har sett sin hovedoppgave som å være å gjennomføre direktivet på en EØS-rettslig lojal måte, men samtidig en måte som passer best mulig inn i norsk rettstradisjon generelt og anskaffelsesretten spesielt. Til forskjell fra de fleste andre lovutvalg, har dette utvalget ikke stått fritt til å foreslå de regler man selv måtte mene er mest hensiktsmessige. Oppgaven har vært å gjennomføre et gitt sett EU/EØS-regler. Innenfor denne rammen er det imidlertid som vist et til dels betydelig nasjonalt handlingsrom, og dette har flertallet søkt å benytte på best mulig måte.

Utredningen har blitt relativt omfattende. Det er derfor nødvendig å minne om at de endringer det nye direktivet krever egentlig ikke er så store, og i hovedsak begrenset til tre nye elementer.

Det første nye er kravet om innføring av en fast definert «karensperiode». Dette er egentlig kun en kodifisering og klargjøring av den såkalte «Alcatel-pausen», som allerede var etablert av EU-domstolen, og innført i norsk rett. Det nye her er i hovedsak en teknisk justering, ved at kravet om å vente i «rimelig tid» nå endres til en fast tidsangivelse på 10 til 15 dager, hvilket uansett har vært vanlig i praksis i de senere år. Etter flertallets forslag vil den nye tidsangivelsen dessuten kun gjelde for anskaffelser over EØS-terskelverdiene (med andre ord kun for forskriftens del III).

Det andre som er nytt er kravet om innføring av en regel som sier at oppdragsgivers rett til å inngå kontrakt suspenderes ved klage innenfor karensperioden. Gjennomført innenfor en domstolsmodell, slik flertallet foreslår, betyr dette at en tredjemann kan få stanset kontraktsinngåelsen ved å ta ut begjæring om midlertidig forføyning. Suspensjonen vil gjelde frem til retten har tatt stilling til begjæringen i første instans.

Innføringen av suspensjonsvirkning er en prinsipielt viktig nyskapning, og vil innebære at begjæringer om midlertidig forføyning får en annen funksjon i anskaffelsessaker enn ellers. Men for øvrig er det ikke sikkert at endringen her heller vil bli så stor i praksis. Allerede i dag er det relativt vanlig i praksis at oppdragsgiver ved begjæring om midlertidig forføyning frivillig velger å utsette kontraktsinngåelsen til saken er behandlet, og det skjer relativt ofte også ved klage til KOFA. Videre er det heller ikke helt uvanlig at domstolen i praksis stanser kontraktsinngåelsen ved å gi en første (foreløpig) midlertidig forføyning uten foregående forhandling, før begjæringen deretter behandles grundigere.

Det tredje og siste hovedelementet i direktivet er innføringen av nye sanksjoner – «uten virkning» og/eller alternative sanksjoner (bot og/eller avkortning av kontrakt) for visse typer regelbrudd. Dette er en viktig nyskapning, av stor prinsipiell betydning. Samtidig må det understrekes at rekkevidden av disse nye sanksjonene er begrenset til kun å gjelde visse typer regelbrudd, i første rekke ulovlige direkte anskaffelser. Andre brudd på regelverket kan bare lede til slike sanksjoner dersom det skjer i kombinasjon med brudd på reglene om karens eller suspensjon og i tillegg er av en viss grovhet. Videre må de nye sanksjonene ikke gjennomføres lengre enn EØS-retten rekker, og flertallet vil ikke anbefale å innføre en så komplisert sanksjon som «uten virkning» for mindre anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Samlet sett betyr dette at dekningsområdet for de nye

sanksjonene vil være relativt begrenset. Det store antall tvister i anskaffelsessaker vil ikke bli berørt, og vil fortsatt håndteres som i dag.

Selv om dekningsområdet for den nye sanksjonen «uten virkning» i hovedsak vil være begrenset til ulovlige direkte anskaffelser av en viss størrelse, er dette en regel som ved nærmere ettersyn og analyse har vist seg å være komplisert å gjennomføre, og som under utvalgets arbeid har vist seg å reise en rekke vanskelige spørsmål, ikke bare av anskaffelsesrettslige, men også av kontraktsrettslig og prosessrettslig karakter. Dette er en relativt problematisk sanksjon å innføre. I sitt høringsinnspill til EU i 2005 påpekte norske myndigheter at innføring av «uten virkning» som sanksjon ved ulovlige direkte anskaffelser ville være et brudd med norsk kontraktsrettstradisjon og dessuten kunne ha «substantial negative consequences for third parties in good faith».[1] Nå ble dette likevel vedtatt i direktiv 2007/65/EF, og utvalget har ikke sett det som sin oppgave å vurdere om direktivet skal inntas i EØS-avtalen eller ikke. Direktivet er klart EØS-relevant, og utvalget vil ikke anbefale annet enn at det inntas i avtalen og gjennomføres lojalt. Men det betyr at det er en betydelig utfordring å innføre dette på en måte som i størst mulig grad passer inn med eksisterende kontraktsrett, erstatningsrett og prosessrett.

Slik flertallet har foreslått å gjennomføre de nye sanksjonene, vil det antagelig bare være et lite antall saker om dette for domstolene hvert år. Det er ikke utilsiktet. Formålet med de nye reglene er etter flertallets syn ikke å få så mange tvister for domstolene som mulig. Tvert imot. Slike tvister vil isolert sett kunne være meget ressurskrevende og vanskelige, for alle berørte parter. Det viktigste er reglenes preventive effekt. Det er en stor utfordring å bekjempe bruken av ulovlige direkte anskaffelser. Etter flertallets syn må det viktigste redskap være opplæring og profesjonalisering i forvaltningen, i tillegg til internkontroll og stats- og kommunerevisjonenes kontrollvirksomhet. Betydningen av sanksjoner er at de skal virke preventivt, og forhindre ulovlige anskaffelser i fremtiden. Utvalgets flertall har tiltro til at lovfesting av «uten virkning» som en potensiell sanksjon ved ulovlige direkte anskaffelser vil kunne ha en betydelig preventiv effekt – og det er hovedhensikten.

Utredningen og utformingen av de mange og til dels svært kompliserte spørsmål som «uten virking» m.m. reiser er en hovedgrunn til at utredningen har blitt såpass omfattende, som illustrert særlig i kapitlene 10 og 15.

Videre har utredningen blitt omfattende fordi de tre nye reglene i direktivet indirekte også påvirker andre sider av anskaffelsesretten, i større eller mindre grad. Ut fra mandatet har utvalget sett det som sin oppgave å utrede dette så langt det har fremstått som naturlig. Igjen har utvalgets flertall søkt å gjøre dette gjennom en balansert tilnærming, der man kritisk har vurdert fordeler og ulemper ved videre regulering.

Resultatet er at flertallet på noen punkter foreslår en ytterligere regulering, men på andre punkter at det foretas endringer som skal gjøre regelverket noe mer fleksibelt og enklere å bruke. Herunder har flertallet utformet forslag til et noe enklere begrunnelseskrav, mulighet for forlengelse av vedståelsesfristen, samt mulighet for å foreta midlertidig dekningskjøp.

Endelig har gjennomføringen av direktivet gjort det naturlig å foreta en generell utredning og vurdering av den organisatoriske modellen for håndhevelse av anskaffelsesreglene i norsk rett. Innenfor de rammer EU/EØS-retten setter kan dette som vist i den komparative oversikten i kapittel 6 gjøres på ulike måter, med «domstolsmodellen» og «nemndmodellen» som to hovedalternativer. Da anskaffelsesretten ble utformet i Norge på 1990-tallet valgte man en domstolsmodell, og denne har siden vært videreført, etter hvert med KOFA som et rådgivende alternativ. Det har imidlertid i noen år nå vært debatt om dette, med forslag om andre modeller, basert på administrativ klagebehandling. Gjennomføringen av direktivet har vært en anledning til å utrede og vurdere dette – slik utvalget har gjort. Flertallets konklusjon er imidlertid klar. Reglene om offentlige anskaffelser bør fortsatt håndheves innenfor et tosporet system, der bindende avgjørelser ligger til de alminnelige domstolene og med KOFA som et rent rådgivende alternativt tvisteløsningsorgan.

Flertallets forslag innebærer at KOFA kan beholdes langt på vei slik nemnda er i dag. Dette er positivt ettersom KOFA har blitt en viktig del av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket, samtidig som den har bidratt til økt forståelse av regelverket både hos oppdragsgivere og leverandører. Etter flertallets vurdering vil det styrke KOFA å overføre den gebyrkompetansen som nemnda har hatt de siste tre årene til domstolene, slik at rollen som rådgivende organ kan rendyrkes.

Flertallet har merket seg at et mindretall, medlemmet Gjønnes, har en gjennomgående dis-

[1] Jf. Brev av 13. juli 2005 fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet til EU-Kommisjonen.

sens på en rekke punkter, som samlet sett innebærer at direktivets nye regler skal gis anvendelse langt ut over det EØS-avtalen krever, samt at man skal gå over fra domstolsmodell til en nemndmodell med elementer av aktivt tilsyn. Flertallet mener at dette ikke er en hensiktsmessig modell, og heller ikke nødvendig for å sikre en fortsatt fornuftig utvikling av anskaffelsesreglene i norsk rett.

Flertallet vil understreke at det ser anskaffelsesretten som et viktig rettsområde, av stor samfunnsmessig betydning. Utviklingen av rettslige krav til offentlige anskaffelser har de siste seksten årene bidratt til mer effektiv ressursbruk i offentlig sektor, på en måte som sparer fellesskapet for store utgifter og som har gjort det offentlige innkjøpssystemet mer profesjonelt og rasjonelt. Dette har også en positiv effekt på samfunnsøkonomien og markedet generelt. Samtidig vil flertallet påpeke at anskaffelsesretten fortsatt er et ungt rettsområde, som har utviklet seg raskt de siste seksten årene, og som fortsatt i noen grad er i støpeskjeen. Så langt har utviklingen i all hovedsak gått én vei – mot et stadig mer omfattende regelverk og stadig strengere krav. Etter flertallets syn er tiden nå kommet for å konsolidere, og for en mer balansert tilnærming til hvordan regelverket videre skal utvikles. Flertallets forslag er ment som et bidrag til dette.

Kapittel 18
Mindretallets avsluttende merknader

18.1 Innledning

I dette kapittelet gis det en samlet fremstilling av mindretallets forslag, både på det materielle og det organisatoriske.

Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, foreslår følgende:

- Likt håndhevelsesregime i forskriftens del II og III for samme type grove brudd på regelverket.
- Etablere KOFA som et bindende administrativt klageorgan og beholde KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser.

18.2 Likt håndhevelsesregime i forskriftens del II og III for samme type grove brudd på regelverket

Mindretallets utgangspunkt og oppfatning er at håndhevelsesreglene ved grove regelbrudd, ikke må forskjellsbehandle leverandørers praktiske og juridiske mulighet til å gjenopprette opprinnelig kontraktsmulighet. Det må også være et like egnet håndhevelsesregime for småbedrifter, som for de store bedriftene som kan trekke på juridiske ressurser.

Mindretallet mener at håndhevelsessystemet i hovedsak må være likt for like brudd, og derfor i størst mulig grad følges opp med like virkemidler og rettsgarantier. I den grad det er opp til EØS-landet selv å velge utfyllende innretning på klagesystemet for en del av anskaffelsene, bør man være varsom for forskjeller som svekker den reelle klageadgangen for ulovlige direkte anskaffelser og andre grove brudd. Etter mindretallets oppfatning vil det for eksempel være en reell svekkelse av klageadgangen at man ikke garanteres en tilstrekkelig og forutsigbar karenstid.

Når det gjelder anskaffelser som faller inn under anskaffelsesforskriftens del II, det vil si uprioriterte tjenester og anskaffelser under EØS-terskelverdiene, innebærer flertallets forslag en betydelig forskjell i håndhevelsesregimet som skal være tilgjenglig for leverandørene. Tjenesteleverandører blir betinget av at man rent teknisk faller inn i en av de 16 begrensede kategoriene som kalles prioriterte tjenester, dersom det skal være mulig å fastsette at en ulovlig inngått kontrakt ikke skal ha «virkning». Tilsvarende vil det ikke bli mulig å stoppe en kontrakt hvor det er begått brudd på regelverket, i kombinasjon med brudd på karensperioden, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å klage før kontraktinngåelse.

Det bemerkes at skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester ikke må forstås dit hen at de prioriterte tjenestene er viktigere eller representerer en større økonomisk betydning enn de såkalte uprioriterte tjenestene (og kontrakter under EØS-terskelverdiene). Det er heller ikke grunnlag for å hevde at det er mindre behov for effektiv håndhevelse mot alvorlige etiske og juridiske grove brudd som skjer på området uprioriterte tjenester og under EØS-terskelverdiene. Det minnes om at anskaffelser under EØS-terskelverdiene kan være bygg- og anleggskontrakter opp til ca. 41 millioner kroner, samt at uprioriterte tjenester kan være kontrakter på titalls millioner kroner.

Videre er skillet mellom de såkalte prioriterte og uprioriterte tjenestene, basert på at man i fremforhandlede og gjensidige internasjonale avtaler, har vurdert 16 kategorier på tjenesteområdet som mest egnet for ensartede prosedyreregler for inngåelse av kontrakt. Det er gode argumenter for at Norge har forskjeller med hensyn til fleksibilitet i måten konkurransen om kontrakten skal skje på ut fra om anskaffelsen faller utenfor eller innenfor kategoriene. Dette er gjennomført i dagens forskrift del II. Derimot er det få argumenter som tilsier at grove brudd på regelverket skal være mer akseptert eller mindre alvorlig ut fra type tjeneste.

Mindretallet er imidlertid enig i at man kan fravike direktivets hovedregel om å kjenne kontrakten «uten virkning» for anskaffelser etter del

II i forskriften. Bot/gebyr og/eller fremtidig opphør av kontrakt, synes å være et mer tilpasset og forutsigbart virkemiddel uten at en snarlig gjenopprettelse av kontraktmuligheten nødvendigvis blir betydelig svekket.

I denne sammenhengen ser mindretallet enkelte fordeler med å fravike direktivets hovedregel med å kjenne en kontrakt uten virkning. Innføringen av sanksjonen «uten virkning», er noe fremmed i norsk rettstradisjon. Det kan også diskuteres hva som er den reelle forskjellen mellom å kjenne en kontrakt uten virkning og avkorting av kontrakt, når det samtidig pålegges en rimelig restitusjon for utvekslede ytelser, mot det å pålegge opphør av kontrakten på et tidligst mulig tidspunkt. En streng etterlevelse av «tidligst mulig opphør» kan i praksis nærme seg samme reaksjon som å kjenne kontrakten uten virkning.

En mulig forskjell fra direktivet vil imidlertid være at klageorganet får noe større fleksibilitet til å vurdere reaksjonen i en større helhet, fremfor å bli pålagt å benytte en sanksjon med tilbakevirkende virkning.

Mindretallet er imidlertid uenig med flertallet i at det ikke ved andre klare og alvorlige brudd etter del II, skal åpnes for bruk av bot/gebyr og avkortning av kontrakt. Det vises til forslaget i kapittel 11.2.4 og 11.3.4 der det åpnes for dette for anskaffelser etter del III for andre brudd som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, når oppdragsgiver samtidig har brutt bestemmelsene om karensperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse. Mindretallet ser ikke argumentene som tilsier at et kompetent klageorgan ikke skal ha muligheten til å reagere med samme virkemiddel på disse områdene ved brudd av en slik karakter.

Tilsvarende mangler flertallets forslag en preventiv og «reparerende» håndhevelsesadgang for grove brudd ved tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler. Det vises her til at selve tildelingen av den enkelte rammekontrakt i dagens regelverk har betydelige lempninger i forhold til begrunnelsesplikten og karenstid. Dette er gjort ut fra hensynet til anskaffelsesprosessens effektivitet, men er av stor betydning for leverandørenes reelle mulighet til å vurdere anskaffelsesprosessen. Samtidig er det først de enkelte kontraktene (som kan være tjenesteleveranser over mange år og til omfattende verdier), at det ligger en økonomisk interesse for samfunnet og leverandør. Oppdragsgivere som baserer seg på å gjøre alle konkurrerende deltagere til «vinnere» av rammeavtale med påfølgende minikonkurranse, vil ikke utløse noen reaksjon fra leverandører. De vil altså normalt ikke kontrollere anskaffelsesprosessen eller be om begrunnelse, fordi de fortsatt er med i konkurransen om de enkelte kontraktene. Derimot, når de reelle kontraktene faktisk blir tildelt, og behovet for å vurdere prosessen blir aktuelt, vil flertallets forslag innebære at leverandørene står uten tilsvarende håndhevelsesmulighet som en ordinær konkurranse om samme kontrakt ville ha gitt dem.

I dag er reglene like for samme brudd på anskaffelsesregelverket, mens flertallsforslaget vil innebære en forskjellsbehandling i reaksjon og virkemidler for å sikre samme reelle klageadgang for leverandører, innenfor samme type brudd på regelverket.

Mindretallet, medlemmet Gjønnes, foreslår følgende:

Karensperiode:
- De nye karensreglene gis samme anvendelse på anskaffelser under EØS-terskelverdi og uprioriterte tjenester som over EØS-terskelverdi.
- Karensperioden settes til 15 dager for alle tilfeller.
- Begge parter, både oppdragsgiver og leverandør skal signere den endelige kontrakt.

Suspensjon:
- Reglene for suspensjon skal gis lik anvendelse for anskaffelser under EØS-terskelverdi og uprioriterte tjenester som ved anskaffelser over EØS-terskelverdi.

Mindretallet mener at de nye bestemmelsene om karens og suspensjon vil effektivisere klageprosessen ved å sikre at forbigåtte tilbudsgivere får en reell mulighet til å bringe en sak inn for et klageorgan. Dette må gjelde uavhengig av om anskaffelsen ligger innenfor del II eller del III i regelverket.

Begrunnelsesplikten:
- Støtter flertallets forslag om automatisk begrunnelse, som skal opplyse navnet på den valgte leverandør og samtidig gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriterier. I tillegg mener mindretallet at oppdragsgiver, etter skriftlig anmodning (som i dag), må gi en individuell begrunnelse som gjør at leverandøren får innsikt i hvorvidt ens eget tilbud er riktig vurdert mot det vinnende tilbud.

Preklusive klagefrister ved avvisning av leverandør:

- Mindretallet vil anbefale at det ikke innføres preklusive frister ved avvisning av leverandør. En preklusiv frist vil ha den effekt at tilbudsgivere avskjæres fra å klage. Etter avvisningsreglene vil en oppdragsgiver ikke ha lov til å avvise like tilfeller på ulikt grunnlag. Dette vil ikke avviste leverandører vite før man får det endelige resultatet av konkurransen.

Rekkevidden av de nye bestemmelsene:

- Støtter flertallets forslag om at bestemmelsen om «uten virkning» ikke skal gjelde under terskelverdi og for uprioriterte tjenester.
- Alternative sanksjoner, det vil si avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr, skal gjelde for overtredelser under EØS-terskelverdi og for uprioriterte tjenester.

18.3 KOFA som et bindende administrativt klageorgan

Dersom en leverandør ønsker å klage på en oppdragsgiver når det gjelder offentlige anskaffelser, er det fortsatt KOFA som skal være rett adressat, ikke først og fremst domstolene. Det blir den mest effektive, raskeste og billigste ordningen, også når de nye håndhevelsesreglene innføres i Norge. Praktiseringen av håndhevelsesreglene før etableringen av dagens KOFA viser at bruk av domstolene øker terskelen for å prøve en sak dramatisk, og oppleves ikke som et reelt alternativ, sett med leverandørenes øyne.

Mindretallet mener at de nye sanksjonsmidlene må sikre effektiv håndhevelse. Det kan enklest gjøres ved å ha et administrativt klageorgan (KOFA), som tar avgjørelser med bindende virkning. Det kan ikke bli effektive sanksjonsmidler uten at det legges til rette for en rask, tilgjengelig og billig løsning for små og mellomstore bedrifter.

Mindretallet peker på at leverandørens praktiske (reelle) mulighet for håndhevelse marginaliseres ved for sene og mangelfulle begrunnelser, høy terskel for klage (som for eksempel det å saksøke en kunde eller prosessrisiko), for kort tid til å få bistand til å vurdere klage osv. Det må også sees på helheten mellom type klageinstans og øvrige virkemidler som skal gi klageretten et reelt innhold. Jo høyere prosessuelle krav og risiko som knyttes til klageadgangen, jo høyere krav må stilles til alle virkemidler som skal sikre forsvarlig vurderingsgrunnlag for klage. En domstolsløsning gir svært høy terskel for å klage, stiller betydelige krav til hurtig og omfattende innsyn i beslutningsmateriale for at små og mellomstore bedrifter skal våge å utsette seg for prosessrisiko og en rettslig konflikt med potensiell kunde.

Det må i betydelig grad også vektlegges at håndhevelsesregelverket ikke utelukkende er til for leverandørers egen del, men at leverandørene ved berettigede klager faktisk foretar seg noe som er ønskelig ut fra de samfunnsmessige hensynene knyttet til regelverket. Det pekes for eksempel på at klage på ulovlige direkte anskaffelser ikke inneholder andre insitament for leverandøren enn en teoretisk mulighet til å konkurrere om kontrakten. Mens sett fra et samfunnsmessig ståsted, bidrar enhver som avdekker mulig smøring eller grove brudd i det kontinuerlige arbeidet for en best mulig forvaltning av fellesskapets ressurser.

Det er altså samfunnet og myndighetene som har mest å tjene på å avdekke grove brudd på anskaffelsesregelverket. Det må derfor tas hensyn til at det ikke er en ønskesituasjon for leverandører å klage på egne potensielle kunder. I den anledning vises det til hensynene bak innføring av den norske gebyrordningen ved ulovlige direkte anskaffelser som tar hensyn til at det er samfunnsmessige hensyn som grunngir ordningen, at det ofte tar tid for at slike forhold avdekkes og behovet for at varslinger skal kunne skje anonymt.

Mindretallet mener derfor at dagens regime for ulovlige direkte anskaffelser, i hovedsak må bestå i tillegg til de nye håndhevelsesmekanismene. Mindretallet er imidlertid enig i at innføringen av de nye mekanismene i direktiv 2007/66/EF innebærer at klageinstansens gebyrkompetanse må tilpasses dette. Mindretallet mener derfor at KOFA skal ha gebyrkompetanse. Dette skal begrenses til en periode på inntil to år etter at kontrakt er inngått, på samme måte som i dag. Mindretallet mener subsidiært, at dersom domstolen likevel skal få kompetanse til å behandle klagegebyret, er forslaget fremdeles at muligheten til å påklage må være to år etter at kontrakten er inngått, for ulovlige direkte anskaffelser. Dette innebærer at KOFA opprettholder kompetansen ett år etter at leverandørenes frist for å klage til domstolen er avskåret. Det betyr at enhver fremdeles vil ha klagerett til KOFA i ett år etter at fristen for å klage til domstolen er løpt ut.

Dette vil hindre eventuell dobbelforfølgelse eller dobbelstraff. Det er liten grunn til at slike alvorlige brudd, ene og alene skal baseres på leverandører som faktisk ikke vet om de vil være kva-

lifisert til å delta i en senere konkurranse om oppdraget. Svakheten med forslaget vil bli forsterket ytterligere hvis den eneste klageinstans skal være domstolen. Insitamentet for de potensielle leverandørene til å iverksette en slik klageprosess blir nærmest uten praktisk relevans.

Mindretallet viser til sitt forslag i kapittel 13.4 om at KOFA skal ha gebyrkompetanse. Dette skal begrenses til en periode på inntil to år etter at kontrakt er inngått, på samme måte som i dag. Mindretallet mener subsidiært, at dersom domstolen likevel skal få kompetanse til å behandle klagegebyret, er forslaget fremdeles at muligheten til å påklage må være to år etter at kontrakten er inngått for ulovlige direkte anskaffelser. Dette innebærer at KOFA opprettholder kompetansen ett år etter at leverandørenes frist for å klage til domstolen er avskåret. Det betyr at enhver fremdeles vil ha klagerett til KOFA i ett år etter at fristen for å klage til domstolen er løpt ut.

Kapittel 19
Økonomiske og administrative konsekvenser

19.1 Innledning

De administrative og økonomiske konsekvensene av de enkelte endringsforslagene er vurdert under gjennomgangen av de enkelte forslagene.

De økonomiske og administrative konsekvensene av endringsforslagene må vurderes på flere nivåer. Siden endringsforslagene er knyttet til håndhevingen av anskaffelsesregelverket, må en vurdere de økonomiske konsekvensene for håndhevingen som sådan. Det som må vurderes blir da hvilke gunstige konsekvenser endringsforslagene får for avskrekking, oppdagelse og reparasjon av regelbrudd og kostnadene knyttet til å oppnå dette.

Endringsforslagene må også vurderes i lys av det formålet anskaffelsesregelverket skal fremme, herunder verdiskapning og effektiv ressursbruk gjennom effektiv konkurranse om offentlige anskaffelser.

19.2 Konsekvenser for håndhevelsen av regelverket

Endringsforslagene skal styrke håndhevelse av anskaffelsesregelverket. Styrket håndhevelse innebærer at regelbrudd i større grad oppdages og at dette får adekvate konsekvenser, slik at uheldige konsekvenser av lovbrudd kan repareres og lovbrudd avskrekkes.

Utvalgets vurdering er at endringsforslagene på overordnet nivå vil bidra til økt oppdagelse av brudd på anskaffelsesregelverket og til en viss grad muliggjøre reparasjon. Full reparasjon ville innebære at tapt effektivitet som følge av tapt konkurranse gjenopprettes og aktørene stilles økonomisk som om anskaffelsen hadde foregått på lovlig måte. Karensperioden og suspensasjonsplikten vil bidra til at regelbrudd kan oppdages mens den pågående prosessen fortsatt er reverserbar og vil derfor bidra til reparasjon. Videre vil reglene om «uten virkning» kunne bidra til at en ulovlig konkurranse erstattes med en lovlig konkurranse for den delen som er uten virkning. Avkorting av kontrakt vil kunne medføre at det vil kunne skapes en lovlig konkurranse om deler av kontrakten. Muligheten for erstatning og eventuelt å konkurrere om kontrakten på nytt, gir private aktører insentiver til å effektuere disse regelsettene og samtidig bidra til at disse stilles økonomisk som om anskaffelsen ville foregått på lovlig måte.

Det er imidlertid flere forhold som hindrer full reparasjon. Som regel vil det være vanskelig fullt ut å gjenskape den opprinnelige konkurransesituasjonen. Når anskaffelsesprosessen først er satt i gang og har vært gjenstand for en rettslig prøving, vil aktørene i større eller mindre grad ha fått informasjon om hverandre, noe som mest sannsynlig vil påvirke den senere konkurranseatferden. Videre kan lovbrudd utløse en erstatningsplikt slik at det innefor knappe budsjetter ikke vil være mulig å skape en ny konkurranse med samme økonomiske omfang. Utvalgets vurdering er derfor at selv om endringsforlagene bidrar til reparasjon av uheldige virkninger av lovbrudd, blir det for optimistisk å legge til grunn at endringsforslagene kan reparere følgene av oppdagete lovbrudd fullt ut.

Den styrkede håndhevelsen som følge av endringene i regelverket vil medføre at oppdragsgivere og til dels leverandører vil oppleve det som mer sannsynlig at regelbrudd oppdages og mer byrdefullt å bryte reglene. Endringsforslagene vil derfor bidra til avskrekking og etterlevelse av reglene. Utvalget vil likevel påpeke at endringsforslagene ikke nødvendigvis vil være den mest kostnadseffektive måten å oppnå den avskrekkende effekten på. Som det vil framgå nedenfor, vil gjennomføringen av endringsforlagene medføre høye kostnader. Ettersom utvalgets oppgave har vært å utrede gjennomføring av håndhevelsesdirektivet innefor det relativt snevre handlingsrommet direktivet gir, har utvalget ikke hatt anledning til å gjennomføre en grundig vurdering av om andre virkemidler kunne vært mer effektive for å oppnå den samme avskrekkingseffekten som endringsforslagene innebærer.

Endringsforlagene vil øke etterlevelseskostnadene og aktsomhetskostnadene hos både innkjøpere og tilbydere. Regelverket blir til dels mer omfattende, slik at kostnadene ved opplæring i regelverket og eventuell rettslig bistand ved anskaffelser øker. Videre må innkjøperne legge opp til prosesser og plikter som det innebærer kostnader å gjennomføre. Endringsforslagene kan også lede til at det vil ta lengre tid å gjennomføre enkelte anskaffelser og derfor medføre forsinkelseskostnader.

Enkelte av endringsforslagene, slik som sanksjonen «uten virkning», kan innebære at de negative konsekvensene av lovbrudd også oppleves som en sanksjon av tilbydere i god tro. Disse vil også ha insentiver for å gjennomføre kostnadskrevende tiltak for sikre etterlevelse av regelverket. Tilbydere i god tro vil normalt ikke være de som kan forebygge brudd på anskaffelsesreglene mest effektivt. Kostnader ved forebyggingstiltak hos tilbydere i god tro vil derfor kunne medføre ressurssløsing i samfunnsøkonomisk forstand, selv om det skulle bidra til færre regelbrudd.

Endringsforlagene innebærer en risiko for relativt omfattende sanksjoner også ved uaktsom atferd. Aktørene kan redusere denne risikoen ved økt aktsomhet, det vil si ved å gjennomføre etterlevingstiltak som nevnt over. Ettersom det er kostnader forbundet med aktsomhet vil det på et nivå være mer kostnadseffektivt for aktørene å ta risiko. Tilbydere vil også oppleve en risiko knyttet til at innkjøper ikke er tilstrekkelig aktsom, slik at det oppstår en tvist i ettertid. Endringsforslagene vil derfor medføre risikokostnader. Tilbyders risikokostnader vil imidlertid delvis motvirkes ved at leverandørene av varer og tjenester til offentlige sektor får større forutberegnlighet i form av økt mulighet til å få håndhevet sine rettigheter ved leveranser til det offentlige ved regelbrudd. Dette vil bidra til å redusere tilbydernes risikokostnader ved offentlige leveranser og dermed redusere tilbydernes kostnadsnivå.

Etterlevelseskostnader og risikokostnader utgjør transaksjonskostnader for aktørene, og kan i verste fall medføre at en samfunnsøkonomisk tjenelig transaksjon ikke blir gjennomført. Innkjøpere kan velge andre løsninger enn anskaffelsen og tilbydere kan velge andre avsetningsalternativer enn å gi tilbud. En kostnad ved endringsforslagene er derfor kostnader knyttet til overavskrekking.

Det vil også være betydelige kostnader ved å gjennomføre de sanksjonene som er forutsatt i endringsforlagene. For eksempel vil det være kostnader knyttet til å fastlegge omfanget av sanksjonen «uten virkning», og eventuelt å gjennomføre ny konkurranse for den delen som blir kjent uten virkning. Gevinsten i form av reparasjon kan være begrenset som nevnt over. Prosesser rundt erstatning vil normalt være kostnadskrevende og sammenliknet med for eksempel offentlige sanksjoner kan det være høye kostnader knyttet til å beregne påregnelig årsakssammenheng og økonomisk tap.

Det økte omfanget av prosessuelle rettigheter for leverandørene kan også virke prosessdrivende og kunne øke omfanget av tvister om offentlige anskaffelser. Et økt omfang og en økt mengde prosesser vil i tillegg til de direkte kostnadene dette medfører for de involverte aktørene, også medføre økt behov for ressurser hos KOFA og i domstolene. Den prosessdrivende effekten motvirkes imidlertid av at etterlevelsen økes slik at antallet reelle lovbrudd reduseres.

19.3 Konsekvenser for hensynene bak anskaffelsesregelverket

Hovedhensynet bak anskaffelsesregelverket er økt verdiskapning ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk. Om endringsforslagene bidrar til å styrke realiseringen av dette hensynet bak regelverket, vil det også medføre samfunnsøkonomiske gevinster.

Selv om det kan diskuteres hvor store virkningene er, legger utvalget til grunn at endringsforlagenes nettovirkninger er at en i større grad enn med dagens regelverk vil avskrekke brudd på regelverket, og i større grad enn i dag vil få reparert uheldige konsekvenser ved brudd på regelverket. Dette innebærer at gjennomførte anskaffelser, i større grad enn i dag, vil skje etter anskaffelsesregelverkets regler og prinsipper, som i sin tur bidrar til mer effektiv ressursbruk og økt verdiskapning.

Endringsforslagene vil på den ene side gi leverandørene av varer og tjenester til offentlig sektor større forutberegnlighet i form av økt mulighet til å få håndhevet sine rettigheter ved leveranser til det offentlige. De reduserte risikokostnadene dette innebærer, vil delvis også komme det offentlige til gode gjennom lavere innkjøpspriser.

Endringsforslagene vil på den annen side øke transaksjonskostnadene, herunder risikokostnader og etterlevingskostnader, både for innkjøpere og tilbydere. Dette innebærer som nevnt over at alternativer til å gjennomføre en anskaffelse eller

å gi et tilbud blir relativt mer attraktivt. For innkjøpere vil tjenesteproduksjon i egenregi bli relativt mer attraktivt. Dette kan medføre at produksjon som isolert sett mest effektivt kunne blitt gjennomført ved en anskaffelse, blir gjennomført i egenregi. Dette vil gi et negativt bidrag til verdiskapningen og mindre effektiv ressursbruk. For tilbydere kan konsekvensen av det økte transaksjonskostnadene bli at det blir relativt mer attraktivt ikke å gi tilbud. Dersom den mest effektive tilbyder ikke gir tilbud, kan dette medføre at produksjon ikke blir gjennomført av den som kan gjennomføre produksjonen mest effektivt. Dette vil også gi et negativt bidrag til økt verdiskapning og effektiv ressursbruk. Selv om det ikke er den tilbyderen som ellers ville fått oppdraget som lar være å gi tilbud, vil fravær av tilbydere redusere konkurransen, noe som i seg selv er negativt for ressursbruken, og øke kostnadene for innkjøperne gjennom økte priser. De økte transaksjonskostnadene for tilbyderne må dekkes inn av overskuddet ved å gi tilbudet. Dette vil i sin tur reflekteres i prisnivået. Det økte prisnivået medfører at mindre kan anskaffes for et gitt budsjett, og kan på denne måten fortrenge samfunnsnyttig produksjon. Dette vil virke negativt for verdiskapningen.

Det kan også legges til at de økte kostnadene for innkjøperne knyttet til å etterleve regelverket etter forholdene vil kunne «spise» en betydelig del av budsjettet for anskaffelsen. Dette vil medføre at en mindre andel av budsjettet benyttes til anskaffelsens hovedformål. Dette kan ha en negativ virkning for verdiskapningen.

19.4 Samlet vurdering av økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalgets vurdering er at endringsforlagene har egenskaper som bidrar til både positive og negative virkninger for verdiskapningen. Endringsforlagene vil på den ene siden styrke håndhevingen og derigjennom bidra til å realisere anskaffelsesreglenes hovedformål om økt verdiskapning. På den annen side er det mange forhold i endringsforlagene som gjør at en kan stille spørsmål ved om hvor mye håndhevingen egentlig styrkes i form av å bidra til reparasjon og prevensjon. Endringsforslagene medfører transaksjonskostnader og har så mange indirekte effekter at det ikke er sikkert at de gir et positivt bidrag til anskaffelsesreglenes hovedformål om verdiskapning.

Utvalget har ikke tatt stilling til om totaleffekten av endringsforslagene samlet sett har positive samfunnsøkonomiske virkninger. Utvalgets frihet til å utforme regler har vært begrenset innefor det handlingsrommet som ligger i håndhevingsdirektivet. Utvalget har imidlertid søkt å utnytte dette handlingsrommet slik at endringsforlagene i størst mulig grad skal gi positive samfunnsøkonomiske virkninger.

Om endringsforslagene faktisk vil ha positive samfunnsøkonomiske konsekvenser vil kunne vurderes når en har konkrete erfaringer med hvordan forslagene virker.

Kapittel 20
Merknader til de enkelte bestemmelsene

Lovens inndeling:

Loven deles inn i følgende kapitler:
- Kapittel 1 Formål og virkeområde
- Kapittel 2 Alminnelige bestemmelser
- Kapittel 3 Generell håndhevelse
- Kapittel 4 Særlige sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m.
- Kapittel 5 Avsluttende bestemmelser

Hensikten er å gjøre loven mer oversiktlig. Samtidig er det et poeng at reglene om særlige sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m. kun vil få anvendelse i et begrenset antall saker, og dette markeres ved at de skilles ut i et eget kapittel.

Til opphevelsen av gjeldende § 7 annet ledd siste punktum:

Gjeldende § 7 annet ledd siste punktum om at retten ikke kan sette tilside ulovlige beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre innenfor forsyningssektorene, blir ikke videreført. Dette er en konsekvens av at det innføres nye bestemmelser om suspensjon, jf. forslag til ny § 9 tredje ledd.

Det følger av håndhevelsesdirektivet at håndhevelsesorganet skal gis kompetanse til *enten* å treffe avgjørelser om midlertidig forføyning og sette til side ulovlige beslutninger *eller* treffe andre foranstaltninger som har til formål å bringe en konstatert overtredelse til opphør og forhindre at det påføres skade. Etter gjeldende rett har man valgt sistnevnte løsning, der retten bare har kompetanse til å fastsette mulkt for overtredelser innenfor forsyningssektorene.

De nye reglene om suspensjon som følger av direktiv 2007/66/EF, innebærer imidlertid at det nå er mest hensiktsmessig å gi retten kompetanse til å beslutte midlertidig forføyning også i forsyningssektorene. Uten en slik kompetanse ville suspensjonen måtte løpe til retten har truffet materiell avgjørelse i saken, hvilket i praksis betyr at suspensjonen ville få samme virkning som en midlertidig forføyning, men uten at de normale vilkårene for dette er vurdert. Derfor gis retten nå kompetanse til å treffe beslutning om midlertidig forføyning også i forsyningssektorene, jf. at gjeldende § 8 annet ledd ikke videreføres i ny § 9. Følgelig må også retten gis kompetanse til å sette til side ulovlige beslutninger.

Det vises for øvrig til redegjørelsen i kapittel 12.3.2 og 12.3.4.

Til opphevelsen av gjeldende § 7b:

Som en konsekvens av at håndhevelsesdirektivene nå anviser et annet sanksjonssystem enn Norge har i dag (se lovutkastet §§ 13 og 14), og dette verken prinsipielt eller praktisk lar seg kombinere med tvisteløsningsorganets kompetanse etter § 7b til å ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser, blir bestemmelsen opphevet. En videreføring av bestemmelsen ved siden av sanksjonene som følger av håndhevelsesdirektivene, ville åpnet for at oppdragsgiver for samme forhold kunne få kjent kontrakten uten virkning fra kontraktsinngåelsen, eventuelt fra domstidspunktet kombinert med en bot, i tillegg til et overtredelsesgebyr etter gjeldende § 7b. En slik dobbeltreaksjon vil verken være forholdsmessig eller virke mer preventivt, samtidig som det kunne medført problemer i relasjon til forbudet mot dobbeltstraff i EMK protokoll nr. 7 artikkel 4 nr. 1.

For øvrig vises det til redegjørelsen i kapittel 13.4.

Til § 9 Beslutning om midlertidig forføyning:

Første ledd fastslår at reglene i tvisteloven gjelder ved begjæring om midlertidig forføyning, med mindre annet er særskilt bestemt i denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven.

Annet ledd er en videreføring av gjeldende § 8 første ledd.

Tredje ledd gir Kongen myndighet til å gi forskrift om at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlerti-

dig forføyning mot overtredelser av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven. Dette forutsetter at begjæringen er fremsatt innenfor en fastsatt karensperiode. Bestemmelsen er ny.

Kravet om suspensjon følger av direktiv 2007/66/EF. Formålet med bestemmelsen er å sikre at kontrakt ikke blir inngått før domstolen har rukket å ta stilling til begjæringen om midlertidig forføyning, slik at leverandører får en reell og effektiv mulighet til faktisk å forhindre inngåelse av kontrakter i strid med anskaffelsesregelverket. Etter gjeldende norsk rett har en begjæring om midlertidig forføyning ikke i seg selv oppsettende virkning. Det nye med bestemmelsen om suspensjon blir derfor at det automatisk skal inntre oppsettende virkning ved begjæring om midlertidig forføyning i saker om brudd på lov om offentlige anskaffelser med forskrifter.

Siste ledd gir Kongen myndighet til å fastsette regler om at oppdragsgiver kan fastsette en nærmere angitt frist for å begjære midlertidig forføyning. Dette gjelder kun når oppdragsgiver har truffet beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, og vil bare være aktuelt i konkurranser som skjer i flere faser, det vil si i begrensede anbudskonkurranser, konkurranser med forhandling og konkurransepreget dialog. Oppdragsgiver kan ikke sette en frist for å begjære midlertidig forføyning for leverandører som har levert inn tilbud.

Bakgrunnen for at oppdragsgiver bør få adgang til å sette en frist for å begjære midlertidig forføyning, er at det kan være hensiktsmessig å få prøvet en eventuell avvisning før prosessen er gått så langt at den i realiteten ikke kan reverseres, og leverandøren derfor ikke kan komme inn i konkurransen igjen. Eneste løsning kan da være avlysing av konkurransen. En slik frist vil således gi oppdragsgiver sikkerhet for at det ikke begjæres midlertidig forføyning knyttet til avvisning på et senere tidspunkt. Dersom oppdragsgiver fastsetter en slik frist, vil leverandørene altså på et tidlig tidspunkt i prosessen måtte ta stilling til om oppdragsgivers beslutninger innebærer feil, og i så fall om feilen er av en slik karakter at den kan ha betydning for resultatet av konkurransen.

Kongens hjemmel er begrenset til å bestemme at *oppdragsgiver* kan fastsette en frist. Kongen gis altså ikke myndighet til i forskrift å fastsette en generell frist for å begjære midlertidig forføyning mot en beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen. En generell frist vil kunne virke prosessdrivende, med den konsekvens at oppdragsgiver må stanse anskaffelsesprosessen. Samtidig kan det i noen anskaffelsesprosesser, typisk i store og kompliserte anskaffelser, være hensiktsmessig å sette en frist. Med bestemmelsen åpnes det for å gi forskrifter som gir oppdragsgiver muligheten til selv å vurdere når en slik frist er hensiktsmessig. I denne vurderingen kan oppdragsgiver ta hensyn til behovet for å oppnå den sikkerhet i prosessen som fristen gir, kontra behovet for en rask gjennomføring av anskaffelsen.

Bestemmelsen i gjeldende § 8 annet ledd blir ikke videreført. Det følger av bestemmelsen at det ikke kan besluttes midlertidig forføyning mot overtredelser under anskaffelsesprosedyrer innenfor forsyningssektorene, men at retten i stedet kan ilegge en mulkt. Bakgrunnen for at bestemmelsen ikke videreføres, er at det ifølge direktiv 2007/66/EF er obligatorisk å innføre bestemmelser om suspensjon også for forsyningssektorene, jf. forslaget til nytt tredje ledd. Dersom domstolene ikke gis adgang til å beslutte midlertidige forføyninger i forsyningssektorene, ville det bety at en suspensjon må løpe til domstolen har truffet materiell avgjørelse i saken. Dette er ikke en hensiktsmessig løsning, idet en suspensjon da i praksis vil få samme virkning som en midlertidig forføyning, men uten at de normale vilkårene for dette er vurdert.

Det vises for øvrig til redegjørelsen i kapittel 12.3.4.

Til § 10 Underretningsplikt for domstolene:

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende § 9, men endres slik at det ikke lengre henvises til ileggelse av mulkt etter gjeldende § 8. Bakgrunnen for dette er at adgangen til å ilegge mulkt for overtredelser under anskaffelsesprosedyrer innenfor forsyningssektorene oppheves, jf. merknadene til § 9.

Samtidig endres paragrafhenvisningene som følge av lovens nye inndeling.

Til § 12 Rådgivende tvisteløsningsorgan:

Overskriften endres, slik at det allerede der tydelig fremgår at tvisteløsningsorganet er et rådgivende organ.

Tvisteløsningsorganets hjemmel til å fatte bindende vedtak om overtredelsesgebyr oppheves, se merknadene til opphevelsen av § 7b. I stedet innføres det nye sanksjonsbestemmelser, jf. ny §§ 13 og 14. Kompetansen til å anvende de nye sanksjonene legges til domstolene.

Til § 13 Uten virkning:

Bestemmelsen er ny og fastslår at kontrakter i visse særlige tilfeller skal kjennes uten virkning. Denne sanksjonen er en nyskapning i norsk rett. Det følger av direktiv 2007/66/EF at Norge er forpliktet til å innføre denne sanksjonen. Den har særlig til formål å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som en av de groveste overtredelsene av anskaffelsesregelverket. Det følger også av direktivet at sanksjonen skal innføres for andre grove brudd på regelverket.

Retten skal, uavhengig av partenes påstander, kjenne en kontrakt uten virkning når vilkårene for det er oppfylt. Dette er nærmere regulert i § 15 annet ledd.

En rettskraftig avgjørelse som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning vil være bindende overfor alle og enhver og legges til grunn i alle forhold hvor spørsmålet har betydning. Dette er nærmere regulert i § 15 tredje ledd.

Det følger av *første ledd* at bestemmelsen kun gjelder ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene. Det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Bestemmelsen vil også i noen grad gjelde for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del IV (plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål) og plan- og designkonkurranser omfattet av forsyningsforskriften del III.

Bestemmelsen vil ikke være relevant for anskaffelser omfattet av den alternative prosedyren i forsyningsforskriften del III, ettersom de samme detaljerte prosedyrekravene ikke gjelder for slike anskaffelser.

Første ledd pålegger retten å kjenne en kontrakt uten virkning i tre tilfeller:

For det første *skal* en kontrakt kjennes uten virkning når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, jf. bokstav a. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med anskaffelsesregelverket ikke har kunngjort en konkurranse. Dette tilsvarer anvendelsesområdet for tvisteløsningsorganets adgang til å ilegge overtredelsesgebyr etter gjeldende § 7b, som foreslås opphevet.

I en rekke tilfeller vil oppdragsgiver ha adgang til å tildele en kontrakt uten å kunngjøre en konkurranse, se kapittel 10.2.2. Kontrakten kan bare kjennes uten virkning der det ikke foreligger slik adgang.

«Uten virkning» ved ulovlige direkte anskaffelser etter bokstav a vil være relevant også for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del IV og plan- og designkonkurranser omfattet av forsyningsforskriften del III.

For det andre *skal* en kontrakt kjennes uten virkning der oppdragsgiver har tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften, jf. bokstav b. Begrepene rammeavtale og dynamisk innkjøpsordning er nærmere definert i forskriftene, der det også er gitt nærmere prosedyreregler for inngåelse av kontrakter basert på dynamiske innkjøpsordninger. Når det gjelder prosedyreregler for inngåelse av kontrakter basert på rammeavtaler, er dette kun regulert i forskrift om offentlige anskaffelser. Med begrepet «i strid med regler fastsatt i forskrift», siktes det til disse prosedyrereglene. Dette betyr at kontrakter basert på rammeavtaler ikke kan kjennes uten virkning innenfor forsyningsforskriftens anvendelsesområde. Kongen vil fastsette nærmere bestemmelser om når sanksjonen «uten virkning» skal inntre ved brudd som omtalt i bokstav b.

Bestemmelsen i bokstav b vil verken være relevant for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del IV eller plan- og designkonkurranser omfattet av forsyningsforskriftens del III, da det for slike anskaffelser ikke gjelder regler om rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger.

For det tredje *skal* retten kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har foretatt andre brudd på forskriftene som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten. Oppdragsgiver må samtidig ha brutt forskriftenes bestemmelser om karensperiode eller suspensjon, og dette må ha fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelsen. Vilkårene er kumulative.

Med «andre brudd på forskriftene» menes alle andre brudd på anskaffelsesregelverket enn de som er nevnt i bokstav a og b.

Vilkåret om at overtredelsen har «påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten», innebærer ikke et krav om at leverandøren skal sannsynliggjøre at han *faktisk* ville fått tildelt kontrakten. Bestemmelsen stiller heller ikke noe krav om klar sannsynlighetsovervekt. Årsaksvurderingen må være konkret, slik at spørsmålet blir om overtredelsen har påvirket den aktuelle leverandørens mulighet til å få tildelt kontrakten.

Med karensperiode menes tidsrommet mellom meddelelsen om kontraktstildeling og det tidspunktet oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt. Med brudd på bestemmelsene om karensperiode, menes således at oppdragsgiver inngår kontrakt før karensperiodens utløp. Kongen vil i forskrift gi nærmere regler om krav til karensperiode.

Reglene om suspensjon følger av lovforslagets § 9, der Kongen gis hjemmel til å gi forskrift om at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlertidig forføyning. Med brudd på bestemmelsene om suspensjon siktes det til slike bestemmelser som fastsettes i forskrift. Brudd vil foreligge der oppdragsgiver inngår kontrakt til tross for at adgangen til det er suspendert.

Når det gjelder vilkåret om at overtredelsen av bestemmelsene om karens eller suspensjon skal ha fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før inngåelsen av kontrakten, er utgangspunktet at en leverandør skal kunne legge til grunn at karensperioden og suspensjonsplikten overholdes. En overtredelse av disse vil i utgangspunktet alltid medføre at leverandøren fratas adgangen til å iverksette rettslige skritt før inngåelse av kontrakten. Det åpnes ikke for en skjønnsmessig vurdering av hvorvidt den enkelte leverandør faktisk hadde mulighet til å klage, og burde gjort det, på et tidligere tidspunkt. Leverandøren skal altså trygt kunne innstille seg på at det kan begjæres midlertidig forføyning på et hvilket som helst tidspunkt før utløpet av karensperioden.

Dersom oppdragsgiver gjennom forskrift gis adgang til å fastsette frist for å begjære midlertidig forføyning, jf. forslagets § 9 fjerde ledd, vil et brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon imidlertid ikke nødvendigvis ha fratatt en avvist leverandør muligheten til å iverksette rettslige skritt. Når leverandøren ikke har klaget over en avvisning som han mener er i strid med anskaffelsesreglene før utløpet av en fastsatt frist, vil leverandøren etterfølgende være avskåret fra å begjære midlertidig forføyning mot oppdragsgivers avvisningsbeslutning. At oppdragsgiver etterfølgende bryter bestemmelser om karens eller suspensjon vil således ikke ha fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt i forhold til denne beslutningen. Dette forholdet vil altså ikke kunne tas opp sammen med oppdragsgivers eventuelle etterfølgende overtredelse av bestemmelser om karens eller suspensjon slik at kontrakten skal kjennes uten virkning.

Et annet tilfelle som kan være relevant, er der oppdragsgivers meddelelse ikke inneholder en begrunnelse. En manglende (eller mangelfull) begrunnelse vil i utgangspunktet være et brudd på bestemmelsen om karens, men den leverandør som faktisk har mottatt meddelelsen om tildelingsbeslutningen vil imidlertid ikke være fratatt muligheten til å iverksette rettslige skritt. Det er således fullt mulig for denne leverandøren å begjære midlertidig forføyning før karensperiodens utløp, dersom han ikke mottar en tilfredsstillende begrunnelse.

Bestemmelsen i bokstav c vil kun delvis være relevant for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del IV. For plan- og designkonkurranser og bygge- og anleggskonsesjoner gjelder det ikke i dag krav til karens og suspensjon, og bokstav b vil derfor heller ikke være relevant for slike anskaffelser. For bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål vil «uten virkning» etter bokstav c derimot kunne være relevant, da det for slike anskaffelser vil gjelde krav til karens og suspensjon. Bestemmelsen er heller ikke relevant for plan- og designkonkurranser omfattet av forsyningsforskriften del III.

Annet ledd fastsetter at retten kan unnlate å kjenne kontrakten uten virkning, når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten. Denne unntaksbestemmelsen skal tolkes snevert. Hvis annullering av kontrakten for eksempel leder til at liv, helse eller sikkerhet settes i fare, er man i kjerneområdet for når det er aktuelt å bruke unntaksbestemmelsen. Det kan eksempelvis være tale om anskaffelser av nødvendig medisinsk utstyr, men det kan også være tale om andre typer anskaffelser der annullering av kontrakten for eksempel medfører at driften av en helseinstitusjon rammes på en inngripende måte.

Økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågjeldende kontrakt kan ikke utgjøre vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. Eksempelvis gjelder dette omkostninger som følge av forsinkelser i forbindelse med kontraktens oppfyllelse eller omkostninger som følge av at det må innledes en ny anskaffelsesprosedyre. Økonomiske interesser av mer indirekte karakter kan kun anses som vesentlige hensyn hvis det i særlige tilfeller får uforholdsmessige konsekvenser å kjenne kontrakten uten virkning.

Dersom unntaket i annet ledd anvendes må retten i stedet avkorte kontrakten og/eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr i henhold til § 14.

Det følger av *tredje ledd* at oppdragsgiver kan sikre seg mot at kontrakten i ettertid kjennes uten

virkning, gjennom å kunngjøre at det vil bli inngått en kontrakt (en intensjonskunngjøring). Dette forutsetter at oppdragsgiver ikke inngår kontrakten før tidligst ti dager etter denne kunngjøringen.

I praksis oppstår det en del grensetilfeller der det er uklart om det er adgang til å gjennomføre en anskaffelse uten å følge kunngjøringsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften. Oppdragsgiver vil med en slik intensjonskunngjøring være sikret mot at kontrakten på et senere tidspunkt blir kjent uten virkning, eller at han blir ilagt andre sanksjoner etter § 14. Samtidig sikrer intensjonskunngjøringen gjennomsiktighet og gir leverandørene mulighet til å stoppe en kontraktsinngåelse, når de mener at det ikke er grunnlag for å gjennomføre anskaffelsen uten å følge de ordinære kunngjøringsreglene i anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften.

Bestemmelsens *fjerde ledd* gir et unntak ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning. For slike kontrakter vil det ikke bli stilt krav om at oppdragsgiver skal overholde en karensperiode. Dersom oppdragsgiver, etter at han har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene, likevel velger å overholde en karensperiode før kontrakt inngås, kan kontrakten ikke kjennes uten virkning. Denne meddelelsen og den etterfølgende karensperioden, sikrer gjennomsiktighet og gir leverandørene mulighet til å stoppe inngåelsen av en kontrakt når de mener at kontrakten er tildelt i strid med anskaffelsesreglene.

Bestemmelsens *femte* ledd gir nærmere føringer for innholdet av sanksjonen «uten virkning». Her kan retten velge mellom å kjenne en kontrakt uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc), eller dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, fra tidspunktet for kontraktsinngåelsen (ex tunc).

Det vises til kapittel 10.2 for en utførlig gjennomgang av innholdet av sanksjonen «uten virkning».

Bestemmelsens *siste ledd* gir Kongen myndighet til å gi utfyllende regler i forskrift.

Til § 14 Avkortning av kontrakt og overtredelsesgebyr:

Bestemmelsen er ny og regulerer sanksjonene avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr. Det følger av direktiv 2007/66/EF at Norge er forpliktet til å innføre disse sanksjonene for kontrakter om varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene. Direktivet omtaler disse sanksjonene som «alternative sanksjoner». Dette refererer til at det er sanksjoner som i utgangspunktet trer i stedet for, eller kommer i tillegg til, sanksjonen «uten virkning». Bestemmelsene om sanksjoner etter §§ 13 og 14 har særlig til formål å motvirke ulovlige direkte anskaffelser. Det følger også av direktivet at sanksjonene skal innføres for andre brudd på regelverket.

Plikten til å fastsette sanksjonene etter bestemmelsens første og annet ledd gjelder bare for anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene. Det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften.

Bestemmelsen vil også i noen grad gjelde for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del IV (plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål) og plan- og designkonkurranser omfattet av forsyningsforskriften del III. Dette vil i utgangspunktet omfatte de samme tilfeller som etter § 13, men hvor sanksjonene i § 14 kommer i tillegg til, eller trer i stedet for, sanksjonen «uten virkning». Det vises til merknaden til § 13 for en nærmere redegjørelse.

Bestemmelsens første ledd bokstav a og annet ledd, har altså sammenheng med bestemmelsen om uten virkning i § 13. Disse sanksjonene kommer således i tillegg til, eller i stedet for, rettsvirkningen «uten virkning».

Bestemmelsens første ledd bokstav b og tredje ledd er sanksjoner som er uavhengige av § 13. Her er avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr selvstendige sanksjoner.

Også etter § 14 skal retten, uavhengig av partenes påstander, avkorte en kontrakt eller ilegge overtredelsesgebyr når vilkårene for det er oppfylt. En rettskraftig avgjørelse som går ut på at en kontrakt avkortes vil være bindende for alle og enhver og legges til grunn i alle forhold hvor spørsmålet har betydning. Dette er nærmere regulert i § 15 annet og tredje ledd.

Første ledd pålegger retten å avkorte en kontrakt eller ilegge et overtredelsesgebyr i to tilfeller:

For det første *skal* retten fastsette slike sanksjoner når den unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, jf. § 13 annet ledd. Dette gjelder uansett

om kontrakten i utgangspunktet skulle ha vært kjent uten virkning etter § 13 første ledd bokstav a, b eller c. Her trer altså sanksjonene i stedet for sanksjonen «uten virkning».

For det andre *skal* retten fastsette slike sanksjoner ved andre brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13. Etter § 13 første ledd bokstav c skal retten kjenne en kontrakt uten virkning når fire kumulative vilkår er oppfylt, se nærmere om dette i merknaden til § 13. Etter § 14 er det imidlertid tilstrekkelig at vilkåret om brudd på karensperiode eller suspensjon er oppfylt. Det er således ikke krav om at bruddet skal ha fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelsen eller at det også har skjedd andre brudd på anskaffelsesregelverket.

Denne bestemmelsen vil også få selvstendig betydning for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål omfattet av anskaffelsesforskriften del IV. Bakgrunnen er at det også gjelder krav til karens og suspensjon ved slike anskaffelser.

Etter bestemmelsens *annet ledd skal* retten ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Her kommer sanksjonen i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse.

Bestemmelsens *tredje ledd* er en selvstendig sanksjon for ulovlige direkte anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene, samt uprioriterte tjenester. Det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II. Ved ulovlige direkte anskaffelser *skal* retten her avkorte kontrakten eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

Bestemmelsen vil også være relevant for anskaffelser under EØS-terskelverdien som omfattes av anskaffelsesforskriften del IV. Forsyningsforskriften er derimot ikke omfattet av tredje ledd, da det der ikke er fastsatt noen kunngjøringsplikt for anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene, samt uprioriterte tjenester.

Det innføres også et unntak fra kravet om sanksjoner: Oppdragsgiver kan sikre seg mot at kontrakten avkortes eller at han blir ilagt et overtredelsesgebyr, gjennom å kunngjøre at det vil bli inngått en kontrakt (en intensjonskunngjøring). Dette forutsetter at oppdragsgiver ikke inngår kontrakten før tidligst ti dager etter denne kunngjøringen. Dette unntaket svarer til unntaket i § 13 tredje ledd, se merknadene til denne bestemmelsen.

Retten gis et vidt skjønn til å ta hensyn til alle relevante forhold ved fastsettelse av og utmåling av sanksjoner, slik at den kan finne frem til egnede sanksjoner i den konkrete saken. Bestemmelsen *fjerde ledd* gir imidlertid en anvisning på noen hensyn retten særlig skal vektlegge.

Dette gjelder for det første overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen og sanksjonens preventive virkning. Dette er en videreføring av hensyn som tvisteløsningsorganet i dag særlig skal vektlegge når det vurderer å ilegge overtredelsesgebyr etter gjeldende § 7b. I tillegg skal retten ta særlig hensyn til muligheten for å gjenopprette konkurransen. Dette er relevant ved vurderingen av om kontrakten skal avkortes eller om oppdragsgiver skal ilegges et overtredelsesgebyr. Dersom det er grunn til å tro at en avkorting av kontrakten fører til at oppdragsgiver utlyser oppdraget på nytt, kan det tale det for at retten anvender denne sanksjonen. Dersom det er svært kort tid igjen av kontraktsperioden, kan det tale for at det er mest formålstjenlig å ilegge et overtredelsesgebyr fremfor å avkorte kontrakten.

Når retten beslutter å avkorte kontrakten, bør den ved fastsettelsen av tidspunktet for kontraktens opphør, blant annet ta hensyn til den tid det tar for oppdragsgiver å gjennomføre en ny konkurranse i tråd med anskaffelsesreglene.

Retten har også myndighet til å både avkorte kontrakten *og* ilegge overtredelsesgebyr, for samme regelbrudd. Eksempelvis bør retten vurdere å fastsette begge sanksjonene, dersom det er mulig å gjenopprette konkurransesituasjonen, samtidig som en avkorting av kontrakten er økonomisk gunstig for oppdragsgiver (for eksempel fordi markedsprisen har falt).

Det følger av bestemmelsens *femte ledd* at overtredelsesgebyret ikke kan settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi. Dette er en videreføring av begrensningen som ligger i gjeldende § 7b. Den nærmere avgrensningen av hva som menes med anskaffelsens verdi, følger av reglene om beregning av anskaffelsens anslåtte verdi i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften. Når det gjelder den enkelte kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, må det imidlertid være denne enkelte kontraktens verdi som blir utgangspunktet for beregningen.

Bestemmelsens *siste ledd* gir Kongen myndighet til å gi utfyllende bestemmelser i forskrift.

Til § 15 Særlige prosessuelle regler:

Bestemmelsen angir særlige prosessuelle regler som skal gjelde ved søksmål om forhold som er beskrevet i §§ 13 og 14. Dette omfatter regler om prosessvarsel, rettens forhold til partenes påstander, rettskraft og søksmålsfrister.

Bestemmelsens *første ledd* innfører et krav til saksøker om å varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmål om forhold som beskrevet i §§ 13 og 14. Det vil si i de tilfeller der søksmålet kan føre til at kontrakten kan bli kjent uten virkning eller avkortet, eller oppdragsgiver ilagt et overtredelsesgebyr. Varselet gis ved å oversende kopi av stevningen.

Bakgrunnen for å innføre en slik regel er at en avgjørelse om at kontrakten kjennes uten virkning eller avkortes, også vil være bindende overfor oppdragsgivers medkontrahent, jf. bestemmelsens tredje ledd. Medkontrahenten bør derfor gis mulighet til å ivareta sine interesser.

Det er saksøker som har ansvaret for å varsle medkontrahenten. Retten vil måtte kontrollere om slikt varsel er sendt, og hvis ikke, gi saksøker en frist for å rette feilen. Dersom feilen ikke rettes innen den gitte frist, er hovedregelen at søksmålet må avvises, jf. tvisteloven § 16-5.

Bestemmelsens *annet ledd* fastslår at retten skal ilegge sanksjoner etter §§ 13 og 14 uavhengig av partenes påstander. Partene har en noe begrenset rådighet over sakens gjenstand ved overtredelser som omfattes av disse bestemmelsene. Dette henger sammen med at retten pålegges en plikt til å kjenne kontrakter uten virkning når vilkårene for det er oppfylt. Der en part for eksempel har lagt ned påstand om at det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse, men uten å legge ned påstand om at kontrakten skal kjennes uten virkning, vil med andre ord retten ha plikt til å kjenne kontrakten uten virkning når vilkårene for dette er oppfylt. I praksis bør ikke dette nødvendigvis reise problemer, da retten har en veiledningsplikt etter tvisteloven § 11-5, herunder også plikt til å sørge for at partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort, jf. § 11-5 tredje ledd.

Retten vil heller ikke være bundet av partenes påstander når det gjelder størrelsen på et eventuelt overtredelsesgebyr, hvor mye en kontrakt skal avkortes eller lignende.

Bestemmelsen er en spesialregel for anskaffelsesområdet.

Bestemmelsens *tredje ledd* fastslår at en rettskraftig avgjørelse som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning eller avkortes, også er bindende for alle andre. Dette er nødvendig hvis kontrakten faktisk skal være uten virkning eller avkortes, og for at det ikke etterfølgende skal oppstå en ny rettstvist mellom for eksempel oppdragsgiver og medkontrahenten om samme forhold.

Ettersom medkontrahenten vil motta et prosessvarsel, jf. første ledd, vil han ha mulighet til å ivareta sine interesser under saken.

Bestemmelsens *fjerde til sjette ledd* angir frister for når søksmål som skal føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner etter §§ 13 og 14 må reises. Bakgrunnen er at det kan være tyngende for både oppdragsgiver og dennes medkontrahent, dersom kontrakten kjennes uten virkning eller blir avkortet. Fristregelen gir både oppdragsgiver og dennes medkontrahent sikkerhet for at kontraktsforholdet ikke skal kunne påvirkes av eventuelle søksmål fra andre leverandører flere år etter kontraktsinngåelsen. Tilsvarende er det uhensiktsmessig om oppdragsgiver skal ilegges et overtredelsesgebyr lenge etter kontraktsinngåelsen.

Når det gjelder krav om erstatning gjelder den alminnelige foreldelsesfristen etter foreldelseslovens regler.

Bestemmelsens *fjerde ledd* innebærer at søksmål må fremmes innen ett år etter kontraktsinngåelse, for at oppdragsgiver skal kunne ilegges sanksjoner etter §§ 13 og 14. Sett i sammenheng med femte og sjette ledd, gjelder denne fristen når oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen eller underrettet de deltakende leverandørene om resultatet av en kunngjort konkurranse. I disse tilfellene har ikke oppdragsgiver bidratt til at leverandørene blir kjent med at kontrakt er tildelt, og det kan gå lang tid før dette blir kjent. Samtidig må det tas hensyn til oppdragsgivers medkontrahent, som har innrettet seg i tillit til kontrakten. Fristen på ett år er ment å avveie disse hensynene.

Når oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen, følger det av *femte ledd* at oppdragsgiver bare kan ilegges sanksjoner etter §§ 13 og 14 når sak reises innen 30 dager fra kunngjøringen.

Når oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, følger det av *sjette ledd* at oppdragsgiver bare kan ilegges sanksjoner etter §§ 13 og 14 når sak reises innen 30 dager fra meddelelsen. Dette gjelder både de situasjoner der leve-

randøren mener at oppdragsgiver har brutt reglene om karens eller suspensjon og de situasjoner der leverandøren mener at en kontrakt basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning er tildelt i strid med anskaffelsesreglene.

I situasjonene nevnt i femte og sjette ledd, har oppdragsgiver sikret gjennomsiktighet overfor andre potensielle leverandører. Med kunngjøringen av konkurranseresultatet eller meddelelsen om tildelingen får leverandørene kjennskap til at kontrakt er inngått, og de får mulighet til straks å reise sak dersom de mener anskaffelsen er i strid med anskaffelsesregelverket. Derfor settes søksmålsfristen i disse tilfellene bare til 30 dager.

Begrepet «berørte leverandører» i sjette ledd vil bli definert i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften. I utgangspunktet menes her de leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen og som ikke har fått meddelelse om at deres forespørsel er avvist eller forkastet og alle leverandører som har levert inn tilbud. Det vil altså si at oppdragsgiver ikke har plikt til å sende en slik meddelelse til leverandører som i en begrenset anbudskonkurranse, en konkurranse med forhandling eller en konkurransepreget dialog ikke har blitt invitert til å avgi tilbud, og dette er gjort kjent for leverandøren.

Bestemmelsens *siste ledd* gir Kongen myndighet til å gi forskrift for å utfylle bestemmelsen.

Til § 16 Forskrifter og enkeltvedtak:

Bestemmelsens *første ledd siste punktum* er ny. Den gir Kongen fullmakt til å gi forskrift om begrunnelsesplikt, også overfor andre oppdragsgivere enn statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer, selv om dette ikke følger av Norges internasjonale forpliktelser.

I forsyningsforskriften anvendes i dag en annen formulering enn i anskaffelsesforskriften, der det stilles mindre krav til begrunnelsesplikten. Mens det etter reglene for klassisk sektor automatisk skal gis en begrunnelse som inneholder tilstrekkelig informasjon om det valgte tilbudet til at leverandøren kan vurdere om valget har vært saklig og forsvarlig, og i samsvar med angitte tildelingskriterier, skal oppdragsgivere i forsyningssektorene bare automatisk «gi en kort begrunnelse» for tildelingsbeslutningen. Den nye hjemmelen gir mulighet for en harmonisering av reglene om begrunnelsesplikt i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften. Dette vil bidra til en forenkling av det samlede anskaffelsesregelverket, idet leverandørene vil få samme rettskrav på begrunnelse uavhengig av om de leverer tilbud til oppdragsgivere omfattet av anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften.

Kapittel 21
Forslag til ny lov- og forskriftstekst

21.1 Utkast til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

Lov om offentlige anskaffelser, slik den vil se ut etter endringene foreslått av flertallet, er inntatt som vedlegg 1.

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

Loven deles inn i følgende kapitler:
- Kapittel 1 Formål og virkeområde
- Kapittel 2 Alminnelige bestemmelser
- Kapittel 3 Generell håndhevelse
- Kapittel 4 Særlige sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m.
- Kapittel 5 Avsluttende bestemmelser

Gjeldende § 7 annet ledd siste punktum oppheves.
Gjeldende § 7 blir ny § 8.
Gjeldende § 7a blir ny § 12.
Gjeldende § 7b oppheves.
Gjeldende § 8 blir ny § 9.
Gjeldende § 9 blir ny § 10.
Gjeldende § 10 blir ny § 11.
Gjeldende § 11 blir ny § 16.
Gjeldende § 11a blir ny § 7.
Gjeldende § 12 blir ny § 17.

Følgende bestemmelser skal lyde (endringene er kursivert, og der tekst er tatt ut er ordet foran og etter den fjernede teksten kursivert):

§ 9. Beslutning om midlertidig forføyning

For begjæring om midlertidig forføyning mot overtredelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av denne lov gjelder reglene i tvisteloven med de presiseringer som er gitt i denne lov og forskrifter gitt i medhold av denne lov.

Mot overtredelser av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven 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 mot overtredelser av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, når begjæringen er fremsatt innenfor en fastsatt karensperiode.

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.

§ 10. Underretningsplikt for domstolene

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

§ 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.

§ 13. Uten virkning

Ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene, fastsatt i forskrift, skal retten kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har:

a) foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
b) tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskrift, eller
c) foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og det samtidig er brutt bestemmelser om karensperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å

iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

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

Ved en ulovlig direkte anskaffelse kan kontrakten likevel ikke kjennes uten virkning når oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen.

Ved tildeling av en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning kan kontrakten likevel ikke kjennes uten virkning når oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karensperiode.

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

Kongen kan gi forskrift til utfylling av denne bestemmelsen.

§ 14. Avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr

Ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene, fastsatt i forskrift, skal retten avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr i følgende tilfeller:

a) når retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 annet ledd eller
b) ved andre brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13.

Retten skal ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse.

For anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene, fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, skal retten avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette gjelder ikke når oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen.

Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, 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.

Kongen kan gi forskrift til utfylling av denne bestemmelsen.

§ 15. Særlige prosessuelle regler

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, ilegge 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.

En kontrakt kan bare kjennes uten virkning, avkortes eller oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr etter §§ 13 og 14, når sak reises innen ett år fra kontrakt er inngått.

Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen, kan kontrakten bare kjennes uten virkning, avkortes eller oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr i henhold til § 13 første ledd bokstav a eller § 14 tredje ledd, når sak reises innen 30 dager fra kunngjøringen.

Dersom oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, kan kontrakten bare kjennes uten virkning, avkortes eller oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr i henhold til § 13 første ledd bokstav b eller c eller § 14 første ledd bokstav b, når sak reises innen 30 dager fra meddelelsen er sendt.

Kongen kan gi forskrift til utfylling av denne bestemmelsen.

§ 16. Forskrifter og enkeltvedtak

Kongen kan ved forskrift gi bestemmelser 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 ved forskrift gi bestemmelser om begrunnelsesplikt.*

Kongen kan ved forskrift gi bestemmelser om tvunget verneting for søksmål som nevnt i § *8* og

for begjæringer om midlertidig forføyninger som nevnt i § *9*.

21.2 Utkast til endringer i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

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

I del I Alminnelige bestemmelser skal følgende bestemmelser lyde:

§ 4-1 bokstav o: karensperiode: tidsrommet mellom meddelelsen om kontraktstildeling og det tidspunktet oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakten.

§ 4-1 bokstav p: berørte leverandører: leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen og som ikke har fått meddelelse om at deres forespørsel er avvist eller forkastet, og alle leverandører som har levert inn tilbud.

§ 4-1 bokstav q: ulovlig direkte anskaffelse: en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen.

I del II Anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester skal følgende bestemmelser lyde:

§ 9-3 Intensjonskunngjøring

Oppdragsgiver som anser at det foreligger hjemmel for å tildele en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med § 9-1 (kunngjøring av konkurranse), kan etter at tildeling er besluttet, kunngjøre at kontrakt vil bli inngått. Kunngjøringen sendes til operatøren av Doffin i samsvar med kunngjøringsskjemaer fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

§ 10-2 Vedståelsesfrist

(1) Oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir den tiden tilbudene er bindende. Fristen skal angis med dato og klokkeslett. Den bør ikke settes lengre enn det som er nødvendig av hensyn til behandlingen av tilbudene.
(2) Dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, utløper vedståelsesfristen kl. 24.00, 30 dager etter tilbudsfristens utløp.
(3) Bestemmelsene i første og annet ledd er ikke til hinder for at oppdragsgiver før vedståelsesfristens utløp spør leverandørene som har levert inn tilbud om å forlenge vedståelsesfristen, forutsatt at de ikke har blitt avvist etter §§ 11-10 eller 11-11 eller deres tilbud ikke er forkastet etter § 11-8. Oppdragsgiver kan også innen rimelig tid etter fristens utløp spørre disse leverandørene om de vil fastholde tilbudet. Forlengelse av vedståelsesfristen eller fastholdelse av tilbudet etter fristens utløp kan kun skje dersom det ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud.

§ 10-3 Frist for begjæring om midlertidig forføyning

(1) Oppdragsgiver kan i en begrenset anbudskonkurranse eller en konkurranse med forhandling fastsette en frist for når begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. § 11-10 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren) eller § 8-6 (deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere), må settes frem for tingretten.
(2) Fristen skal være minst 15 dager regnet fra oppdragsgivers meddelelse etter § 11-14 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) annet ledd bokstav a eller b er sendt.
(3) Oppdragsgiver må opplyse om fristen i konkurransegrunnlaget, jf. § 8-1, eller i et eget kvalifikasjonsgrunnlag, jf. § 8-5, samt i meddelelsen til leverandøren om at han er avvist, jf. § 11-13.

§ 11-14 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt

(1) Oppdragsgiver skal i samsvar med § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode) annet ledd gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale. Oppdragsgiver skal i begrunnelsen opplyse navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier.
(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom:
   a) en forespørsel om å delta i konkurransen blir avvist, jf. § 11-10 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren),

b) en forespørsel om å delta i konkurransen blir forkastet der oppdragsgiver har satt en grense for antall deltakere, jf. § 8-6 (deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere),
c) et tilbud blir avvist, jf. § 11-11 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet),
d) konkurransen avlyses, jf. § 13-1 (avlysing av konkurransen og totalforkastelse), eller
e) det ikke blir etablert en dynamisk innkjøpsordning som kunngjort.

(3) Melding etter annet ledd bokstav d og e skal gis samtidig til alle deltakerne.

§ 13-3 Meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode før inngåelse av kontrakt

(1) Oppdragsgiver skal meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller rammeavtale til alle berørte leverandører i rimelig tid før kontrakten eller rammeavtalen inngås.
(2) Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle berørte leverandører. Meddelelsen skal inne holde en begrunnelse for valget etter § 11-14 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd, og opplyse om karensperioden.
(3) Kravet om karensperiode gjelder ikke:
a) når leverandøren som får tildelt kontrakten eller rammeavtalen er den eneste berørte leverandøren,
b) ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale, jf. §§ 6-2, (rammeavtale med én leverandør) og 6-3 (rammeavtale med flere leverandører), eller
c) ved tildeling av kontrakt innenfor en dynamisk innkjøpsordning, jf. § 6-4 (dynamiske innkjøpsordninger).
(4) Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 13-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått.

5. *Alternativ 1:* Kontrakt eller rammeavtale anses inngått når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept har kommet frem til medkontrahenten. Meddelelsen om kontraktstildeling er ikke å anse som avtalerettslig aksept.
Alternativ 2: Kontrakt eller rammeavtale anses inngått når begge parter har signert kontrakten eller rammeavtalen.

Nytt kapittel 13A Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser

§ 13A-1 Avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr

(1) Ved ulovlige direkte anskaffelser skal retten avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Retten kan kombinere disse sanksjonene.
(2) Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen.
(3) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.
(4) Dersom oppdragsgiver har kunngjort i tråd med § 9-3 (intensjonskunngjøring) og tidligst inngått kontrakten ti dager etter kunngjøringen, kan sanksjonene etter første ledd likevel ikke fastsettes.

§ 13A-2 Søksmålsfrister

(1) Oppdragsgiver kan bare ilegges særlige sanksjoner etter § 13A-1, når sak reises innen ett år fra kontrakt er inngått.
(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet i samsvar med § 9-2 av en kontrakt som er tildelt uten forutgående kunngjøring av konkurransen, kan oppdragsgiver bare ilegges særlige sanksjoner etter § 13A-1, når sak reises innen 30 dager. Fristen løper fra kunngjøringen av konkurranseresultatet.

I del III Anskaffelser over EØS-terskelverdiene skal følgende bestemmelser lyde:

§ 14-4 bokstav l: ved dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning etter reglene i kapittel 22A, forutsatt at kontrakt ikke inngås for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en konkurranse i samsvar med forskriften.

§ 17-1 Utarbeidelse av konkurransegrunnlaget

Ny annet ledd bokstav m: det settes en frist for når begjæring om midlertidig forføyning må fremsettes for tingretten, jf. § 19-7.

Gjeldende § 17-1 annet ledd bokstav m blir heretter bokstav n.

§ 18-3a Intensjonskunngjøring

Oppdragsgiver som anser at det foreligger hjemmel for å tildele en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med § 18-3 (kunngjøring av konkurranse), kan etter at tildeling er besluttet, kunngjøre at kontrakt vil bli inngått.

§ 19-6 Vedståelsesfrist

(1) Oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, som angir den tiden tilbudene er bindende. Fristen skal angis med dato og klokkeslett. Den bør ikke settes lengre enn det som er nødvendig av hensyn til behandlingen av tilbudene.
(2) Dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, utløper vedståelsesfristen kl. 24.00, 30 dager etter tilbudsfristens utløp.
(3) Bestemmelsene i første og annet ledd er ikke til hinder for at oppdragsgiver før vedståelsesfristens utløp spør leverandørene som har levert inn tilbud om å forlenge vedståelsesfristen, forutsatt at de ikke har blitt avvist etter §§ 20-12 eller 20-13 eller deres tilbud ikke er forkastet etter §§ 20-8 eller 20-11. Oppdragsgiver kan også innen rimelig tid etter fristens utløp spørre disse leverandørene om de vil fastholde tilbudet. Forlengelse av vedståelsesfristen eller fastholdelse av tilbudet etter fristens utløp kan kun skje dersom det ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud.

§ 19-7 Frist for begjæring om midlertidig forføyning

(1) Oppdragsgiver kan i en begrenset anbudskonkurranse, en konkurranse med forhandling eller en konkurransepreget dialog fastsette en frist for når begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, jf. § 20-12 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren) eller § 17-6 (deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere), må settes frem for tingretten.
(2) Fristen skal være minst 15 dager regnet fra oppdragsgivers meddelelse etter § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) annet ledd bokstav a eller b er sendt.
(3) Oppdragsgiver må opplyse om fristen i konkurransegrunnlaget, jf. § 17-1 eller i et eget kvalifikasjonsgrunnlag, jf. § 17-5, samt i meddelelsen til leverandøren om at han er avvist, jf. § 20-15.

§ 20-16 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt

(1) Oppdragsgiver skal i samsvar med § 22-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode) annet ledd gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale. Oppdragsgiver skal i begrunnelsen opplyse navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier.
(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom:
   a) en forespørsel om å delta i konkurransen blir avvist, jf. § 20-12 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren),
   b) en forespørsel om å delta i konkurransen blir forkastet der oppdragsgiver har satt en grense for antall deltakere, jf. § 17-6 (deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere),
   c) et tilbud blir avvist, jf. § 20-13 (avvisning på grunn av forhold ved tilbudet),
   d) konkurransen avlyses, jf. § 22-1 (avlysing av konkurransen og totalforkastelse), eller
   e) det ikke blir etablert en dynamisk innkjøpsordning som kunngjort.
(3) Melding etter annet ledd bokstav d og e skal gis samtidig til alle deltakerne.
(4) Ved avvisning av tilbud i tilfellene som nevnt i § 17-3 (krav til ytelsen og tekniske spesifikasjoner) fjerde og femte ledd, skal begrunnelsen redegjøre for hvorfor kravene ikke anses oppfylt på tilsvarende måte, eller hvorfor man har besluttet at vare, tjeneste, eller bygge- og anleggskontrakten ikke oppfyller kravene til ytelse eller funksjon.

§ 22-3 Meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode

(1) Oppdragsgiver skal meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller rammeavtale til alle berørte leverandører før kontrakten eller rammeavtalen inngås.
(2) Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle berørte leverandører. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget, etter § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd, og opplyse om karensperioden.

(3) Oppdragsgiver kan tidligst inngå kontrakt eller rammeavtale etter utløpet av den karensperioden oppdragsgiver har fastsatt. Karensperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen sendes elektronisk eller over telefaks, eller minst 15 dager dersom den sendes med et annet kommunikasjonsmiddel. Fristen regnes fra dagen etter meddelelsen er sendt.
(4) Kravet om karensperiode gjelder ikke:
a) når det ikke er krav om forutgående kunngjøring,
b) når leverandøren som får tildelt kontrakten eller rammeavtalen er den eneste berørte leverandøren,
c) ved tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale, jf. §§ 15-2 (rammeavtale med en leverandør) og 15-3 (rammeavtale med flere leverandører), eller
d) ved tildeling av kontrakter innenfor en dynamisk innkjøpsordning, jf. § 14-4 (dynamiske innkjøpsordninger).
(5) Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 22-2 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått.

6. *Alternativ 1:* Kontrakt eller rammeavtale anses inngått når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept har kommet frem til medkontrahenten. Meddelelsen om kontraktstildeling er ikke å anse som avtalerettslig aksept.
Alternativ 2: Kontrakt eller rammeavtale anses inngått når begge parter har signert kontrakten eller rammeavtalen.

§ 22-3a Suspensjon

(1) Ved begjæring om midlertidig forføyning etter oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når:
a) oppdragsgiver har fastsatt en karensperiode etter § 22-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakten) tredje ledd, og begjæringen er fremsatt innen utløpet av karensperioden, eller
b) oppdragsgiver har kunngjort i tråd med 18-3 (intensjonskunngjøring), og begjæringen er fremsatt innen ti dager etter kunngjøringen.
(2) Suspensjon inntrer når begjæringen er forkynt for saksøkte.
(3) Suspensjonen varer inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karensperioden eller ti dager etter intensjonskunngjøringen.
(4) Ved forkynning av begjæringen gjøres saksøkte oppmerksom på suspensjonsvirkningen.
(5) Retten skal samtidig som begjæringen sendes til forkynnelse beramme muntlig forhandling til behandling av begjæringen.
(6) Det inntrer ikke suspensjon ved anke over tingrettens avgjørelse.

Nytt kapittel 22A Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.

§ 22A-1 Uten virkning

(1) Retten skal kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har:
a) foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
b) tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale med flere leverandører i strid med § 15-3 tredje ledd eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med § 15-4, og kontrakten overstiger terskelverdiene angitt i § 2-2 (terskelverdier), eller
c) foretatt andre brudd på denne forskriften som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig brutt §§ 22-3 (karensperiode) eller 22-3a (suspensjon), og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.
(2) Når vesentlige hensyn til allmenhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne kontrakten uten virkning. I slike tilfeller skal retten fastsette sanksjoner som nevnt i § 22A-2.
(3) Ved en ulovlig direkte anskaffelse kan retten likevel ikke kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har kunngjort i tråd med § 18-3a (intensjonskunngjøring) og tidligst inngått kontrakten ti dager etter kunngjøringen.
(4) Ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning kan kontrakten likevel ikke kjennes uten virkning når oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene i samsvar med § 22-3 første og annet ledd, og tidligst inngått kontrakten etter en frivillig karensperiode i samsvar med § 22-3 tredje ledd.
(5) En kontrakt kan kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, eller dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig

samme stand og mengde, fra tidspunktet for kontraktsinngåelse.

(6) Dersom kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal retten i tillegg ilegge overtredelsesgebyr som nevnt i § 22A-2.

§ 22A-2 Avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr

(1) Retten skal avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr:
   a) når retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 22A-1 annet ledd, og
   b) ved andre brudd på §§ 22-3 (karensperiode) eller 22-3a (suspensjon) enn de som er omfattet av § 22A-1.

   Retten kan kombinere disse sanksjonene.

(2) Retten skal ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning etter § 22A-1 for fremtidig oppfyllelse.

(3) Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen.

(4) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

§ 22A-3 Søksmålsfrister

(1) Oppdragsgiver kan bare ilegges særlige sanksjoner etter § 22A-1 eller § 22A-2, når sak reises innen ett år fra kontrakt er inngått.

(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet i samsvar med § 18-4 når en kontrakt er tildelt uten forutgående kunngjøring av konkurransen, kan oppdragsgiver bare ilegges særlige sanksjoner for brudd som omtalt i 22A-1 første ledd bokstav a, når sak reises innen 30 dager. Fristen løper fra kunngjøringen av konkurranseresultatet.

(3) Dersom oppdragsgiver i en konkurranse som er kunngjort i samsvar med § 18-3 har meddelt berørte leverandører om kontraktstildelingen etter § 22-3 første ledd, kan oppdragsgiver bare ilegges særlige sanksjoner for brudd som omtalt i § 22A-1 første ledd bokstav b eller c eller § 22A-2 første ledd bokstav b, når sak reises innen 30 dager. Fristen løper fra meddelelsen er sendt.

I del IV Øvrige prosedyrer skal følgende bestemmelser lyde:

Ny § 23-3 Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser

(1) For anskaffelser som overstiger terskelverdiene, jf.§ 2-2 (terskelverdier), gjelder reglene i kapittel 22A (særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.) tilsvarende for forhold som beskrevet i § 22A-1 første ledd bokstav a.

(2) For anskaffelser under terskelverdiene, jf. § 2-2 (terskelverdier), gjelder reglene i kapittel 13A (særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser) tilsvarende.

Ny § 24-2 Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser

(1) For anskaffelser som overstiger terskelverdiene, jf.§ 2-2 (terskelverdier), gjelder reglene i kapittel 22A (særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.) tilsvarende for forhold som beskrevet i § 22A-1 første ledd bokstav a.

(2) For anskaffelser under terskelverdiene, jf. § 2-2 (terskelverdier), gjelder reglene i kapittel 13A (særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser) tilsvarende.

§ 25-1 Særskilt behandlingsmåte ved bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål (endret 4. og 5. ledd)

(4) For anskaffelser som overstiger terskelverdiene, jf. § 2-2 (terskelverdier), gjelder reglene i kapittel 16 (kommunikasjon), § 17-4 (kvalifikasjonskrav), § 17-8 (dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling), § 17-9 (dokumentasjon av leverandørens tekniske kvalifikasjoner), § 17-12 (dokumentasjon av oppfyllelse av kvalitetssikringsstandarder), § 17-13 (standarder for miljøledelsessystem), § 18-4 (kunngjøring av konkurranseresultatet), kapittel 19 (frister), § 20-12 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren), § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt), § 21-4 (supplerende opplysninger om leverandørenes kvalifikasjoner), § 22-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode) og § 22-3a (suspensjon) tilsvarende.

(5) For anskaffelser under terskelverdien, gjelder reglene i kapittel 7 (kommunikasjon), § 8-4 (kvalifikasjonskrav, jf. § 2-2 (terskelverdier)),

§ 9-2 (kunngjøring av konkurranseresultatet), § 10-1 (frister), § 11-10 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren), § 11-14 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt), § 12-4 (supplerende opplysninger om leverandørenes kvalifikasjoner) og § 13-3 (meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode) tilsvarende.

Ny § 25-2 Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.

(1) For anskaffelser som overstiger terskelverdiene, jf.§ 2-2 (terskelverdier), gjelder reglene i kapittel 22A (særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.) tilsvarende for forhold som beskrevet i § 22A-1 første ledd bokstav a og c og § 22A-2 første ledd bokstav b.
(2) For anskaffelser under terskelverdiene, jf. § 2-2 (terskelverdier), gjelder reglene i kapittel 13A (særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser) tilsvarende.

21.3 Utkast til endringer i forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)

I forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) gjøres følgende endringer:

I del I Alminnelige bestemmelser skal følgende bestemmelser lyde:

§ 4-1 bokstav v: karensperiode: tidsrommet mellom meddelelsen om kontraktstildeling og det tidspunktet oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakten.

§ 4-1 bokstav w: berørte leverandører: leverandører som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen og som ikke har fått meddelelse om at deres forespørsel er avvist eller forkastet, og alle leverandører som har levert inn tilbud.

§ 4-1 bokstav x: ulovlig direkte anskaffelse: en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene i denne forskrift ikke har kunngjort konkurransen.

I del II Anskaffelser over EØS-terskelverdiene skal følgende bestemmelser lyde:

§ 8-2 tredje ledd bokstav m: ved dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning etter reglene i kapittel 12A, forutsatt at kontrakt ikke inngås for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en konkurranse i samsvar med forskriften.

§ 8-5a Intensjonskunngjøring

Oppdragsgiver som anser at det foreligger hjemmel for å tildele en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med § 8-2 (kunngjøring av konkurranse) eller § 8-5 (konkurranse utlyst i form av veiledende kunngjøring), kan etter at tildeling er besluttet, kunngjøre at kontrakt vil bli inngått.

§ 9-3 Frist for begjæring om midlertidig forføyning

(1) Oppdragsgiver kan i en begrenset anbudskonkurranse eller en konkurranse med forhandling fastsette en frist for når begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen, inkludert tilfellene i § 10-1 (deltagelse i en konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere), må settes frem for tingretten.
(2) Fristen skal være minst 15 dager regnet fra oppdragsgivers meddelelse etter § 11-3 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) annet ledd bokstav a eller b er sendt.
(3) Oppdragsgiver må opplyse om fristen i konkurransegrunnlaget eller i et eget kvalifikasjonsgrunnlag, samt i meddelelsen til leverandøren om at han er avvist.

§ 11-3 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt

(1) Oppdragsgiver skal i samsvar med § 11-4 (meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode) annet ledd gi berørte leverandører en begrunnelse for tildeling av kontrakt eller rammeavtale. Oppdragsgiver skal i begrunnelsen opplyse navnet på den som fikk kontrakten eller rammeavtalen og gi en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med angitte tildelingskriterier.
(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom:

a) en forespørsel om å delta i konkurransen blir avvist,
b) et tilbud blir avvist, inkludert tilfellene i § 7-8 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner),
c) konkurransen avlyses, eller
d) det ikke blir etablert en dynamisk innkjøpsordning som kunngjort.

(3) Melding etter annet ledd bokstav c og d skal gis samtidig til alle deltakere.

(4) Ved avvisning av tilbud i tilfellene som nevnt i § 7-8 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje og fjerde ledd, skal begrunnelsen redegjøre for hvorfor kravene ikke anses oppfylt på tilsvarende måte, eller hvorfor man har besluttet at vare, tjeneste, eller bygge- og anleggskontrakten ikke oppfyller kravene til ytelse eller funksjon.

(5) Dersom utlevering av opplysninger vil:
a) hindre rettshåndhevelsen eller på annen måte stride mot offentlige interesser,
b) skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime forretningsmessige interesser, eller
c) kunne være til skade for lik konkurranse mellom foretak,

kan oppdragsgiver beslutte at opplysninger holdes tilbake.

§ 11-4 Meddelelse om kontraktstildeling og karensperiode

(1) Oppdragsgiver skal meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller rammeavtale til alle berørte leverandører før kontrakten eller rammeavtalen inngås.

(2) Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle berørte leverandører. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 11-3 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd, og opplyse om karensperioden.

(3) Oppdragsgiver kan tidligst inngå kontrakt eller rammeavtale etter utløpet av den karensperioden oppdragsgiver har fastsatt. Karensperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen sendes elektronisk eller over telefaks, eller minst 15 dager dersom den sendes med et annet kommunikasjonsmiddel. Fristen regnes fra dagen etter meddelelsen er sendt.

(4) Kravet om karensperiode gjelder ikke:
a) når det ikke er krav om forutgående kunngjøring,
b) når leverandøren som får tildelt kontrakten eller rammeavtalen er den eneste berørte leverandøren,
c) ved tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale, jf. §§ 6-1 (rammeavtaler) eller
d) ved tildeling av kontrakter innenfor en dynamisk innkjøpsordning, jf. § 6-2 (dynamiske innkjøpsordninger).

(5) Dersom oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 11-1 (kriterier for valg av tilbud) kan beslutningen annulleres frem til kontrakt er inngått.

6. *Alternativ 1:* Kontrakt eller rammeavtale anses inngått når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept har kommet frem til medkontrahenten. Meddelelsen om kontraktstildeling er ikke å anse som avtalerettslig aksept.
Alternativ 2: Kontrakt eller rammeavtale anses inngått når begge parter har signert kontrakten eller rammeavtalen.

§ 11-4a (suspensjon)

(1) Ved begjæring om midlertidig forføyning etter oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når:
a) oppdragsgiver har fastsatt en karensperiode etter § 11-4 (meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakten) tredje ledd, og begjæringen er fremsatt innen utløpet av karensperioden, eller
b) oppdragsgiver har kunngjort i tråd med 8-5a (intensjonskunngjøring), og begjæringen er fremsatt innen ti dager etter kunngjøringen.

(2) Suspensjon inntrer når begjæringen er forkynt for saksøkte.

(3) Suspensjonen varer inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karensperioden eller ti dager etter intensjonskunngjøringen.

(4) Ved forkynning av begjæringen gjøres saksøkte oppmerksom på suspensjonsvirkningen.

(5) Retten skal samtidig som begjæringen sendes til forkynnelse beramme muntlig forhandling til behandling av begjæringen.

(6) Det inntrer ikke suspensjon ved anke over tingrettens avgjørelse.

Nytt kapittel 12A Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser m.m.

§ 12A-1 Uten virkning

(1) Retten skal kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har:
   a) foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
   b) tildelt en kontrakt innenfor en dynamisk innkjøpsordning i strid med § 6-2 og kontrakten overstiger terskelverdiene angitt i § 2-3 (terskelverdier), eller
   c) foretatt andre brudd på denne forskriften som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig brutt §§ 11-4 (karensperiode) eller 11-4a (suspensjon), og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

(2) Når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne kontrakten uten virkning. I slike tilfeller skal retten fastsette sanksjoner som nevnt i § 12A-2.

(3) Ved en ulovlig direkte anskaffelse kan retten likevel ikke kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har kunngjort i tråd med § 8-5a (intensjonskunngjøring) og tidligst inngått kontrakten ti dager etter kunngjøringen.

(4) Ved tildeling av en kontrakt innenfor en dynamisk innkjøpsordning kan kontrakten likevel ikke kjennes uten virkning når oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene i samsvar med § 11-4 første og annet ledd, og tidligst inngått kontrakten etter en frivillig karensperiode i samsvar med § 11-4 tredje ledd.

(5) En kontrakt kan kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, eller dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, fra tidspunktet for kontraktsinngåelse.

(6) Dersom kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal retten i tillegg ilegge overtredelsesgebyr som nevnt i § 12A-2.

§ 12A-2 Avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr

(1) Retten skal avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr:
   a) når retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 12A-1 annet ledd, og
   b) ved andre brudd på §§ 11-4 (karensperiode) eller 11-4a (suspensjon) enn de som er omfattet av § 12A-1.

   Retten kan kombinere disse sanksjonene.

(2) Retten skal ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning etter § 12-A for fremtidig oppfyllelse.

(3) Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen.

(4) Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

§ 12A-3 Søksmålsfrister

(1) Oppdragsgiver kan bare ilegges særlige sanksjoner etter § 12A-1 eller § 12A-2, når sak reises innen ett år fra kontrakt er inngått.

(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet i samsvar med § 8-5a når en kontrakt er tildelt uten forutgående kunngjøring av konkurransen, kan oppdragsgiver bare ilegges særlige sanksjoner for brudd som omtalt i 12A-1 første ledd bokstav a, når sak reises innen 30 dager. Fristen løper fra kunngjøringen av konkurranseresultatet.

(3) Dersom oppdragsgiver i en konkurranse som er kunngjort i samsvar med §§ 8-2, 8-4 eller 8-5 har meddelt berørte leverandører om kontraktstildelingen etter § 11-4 første ledd, kan oppdragsgiver bare ilegges særlige sanksjoner for brudd som omtalt i § 12A-1 første ledd bokstav b eller c eller § 12A-2 første ledd bokstav b, når sak reises innen 30 dager. Fristen løper fra meddelelsen er sendt.

I del III Øvrige prosedyrer skal følgende bestemmelser lyde:

Ny § 13-3 Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser

For plan- og designkonkurranser gjelder reglene i kapittel 12A (særlige sanksjoner) tilsvarende for forhold som beskrevet i § 12A-1 første ledd bokstav a.

21.4 Utkast til endringer i forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

I forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser gjøres følgende endringer:

§ 1 tredje punktum oppheves.

§ 13a oppheves.

§ 15 annet punktum skal lyde: Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker kapittel I til III gjelder tilsvarende for nemndas virksomhet.

§ 15 tredje punktum oppheves.

21.5 Mindretallets kommentarer til utkast til forskrift om «Nye KOFA»

Formålsbestemmelsen

Bestemmelsen fastslår nemndas formål. Det er ønskelig å presisere at nemnda også er et virkemiddel for å bekjempe korrupsjon og korrupsjonslignende adferd. Leverandørenes rettigheter overfor oppdragsgiver er ikke bare begrunnet i rent privatøkonomiske hensyn, men er et virkemiddel for å sikre en effektiv kontroll med anvendelsen av fellesskapets midler.

Nemndas kompetanse

For å oppfylle direktivets krav til avgjørelsesmyndighet, foreslås det at avgjørelsen gjøres bindende. Videre foreslås myndigheten utvidet til også å gjelde de nye sanksjonsformene i direktivene, med å kjenne en kontrakt uten virkning, avkorting av kontrakt og ileggelse av overtredelsesgebyr.

Bestemmelsen viderefører dagens kompetanse til å avgjøre klagesaker og ilegge gebyr.

Klagenemndas organisering

Bestemmelsen bygger videre på dagens bestemmelse om oppnevning av medlemmer, men begrenser mulighetene for å kombinere verv i nemnda med oppdrag som prosessfullmektig for nemnda. Dette prinsippet er viktig når nemndas myndighet og kompetanse blir styrket, slik at det ikke kan reises spørsmål ved nemndas habilitet.

Mottak av klagen

Bestemmelsen øker kravet til effektivitet i behandlingen av klager, og gjør bruk av telefon til orientering hos innklagede til regelen. Dette har sammenheng med reglene om automatisk stans i kontraktsinngåelsen ved klagesaker, for på den måten å unngå at tidsbruk i klagebehandlingen medfører at inngåtte kontrakter senere må oppheves.

Suspensjon

Bestemmelsen om suspensjon gjennomfører direktivenes minimumskrav til suspensjon. I forskriftens § 2-3 fjerde ledd foreslås at sekretariatet skal kunne oppheve suspensjonen etter en interesseavveining, tilsvarende den domstolene ville måtte foreta ved behandling av begjæringer om midlertidige forføyninger.

Sekretariatets prøving av klagen

§§ 5-2 første ledd og 7-1 viderefører i det vesentlige det som er dagens praksis i KOFA. Ved at grunnløse klager kan forkastes raskt, forhindrer man at klager unødig kan trenere anskaffelsesprosessen. Det vil presumtivt være lettere for sekretariatet å vurdere om saker er åpenbart grunnløse, som følge av sin ekspertise og erfaring med klagesaker, enn det vil være for en domstol som i liten eller ingen grad har hatt befatning med denne type saker tidligere.

Saksstyring

Bestemmelsen gir sekretariatet en klar plikt til å bidra til en rask og effektiv behandling av klagene.

Muntlig høring

Hovedregelen er skriftlig saksbehandling. Bestemmelsen åpner for muntlige forhandlinger hvor det er påkrevd av hensyn til saken. Samtidig er det viktig å sikre at ressursbruken blir så lav som mulig, ved at det også åpnes for bildeoverføringer. Dette samsvarer med domstolenes system.

Sekretariatets avgjørelse av saken

Bestemmelsen kommer i tillegg til den foreslåtte bestemmelsen om å avvise klager straks de kom-

mer inn. Den første avvisningsregelen vil avhjelpe konsekvensene av at det blir automatisk stans i kontraktsinngåelsen, og vil tjene som en sikkerhetsventil. Etter at klagen er forberedt, må imidlertid sekretariatet på nytt ta stilling til klagen, og det må da være hensiktsmessig at sekretariatet fortsatt kan avvise saker som klart ikke kan føre frem, slik de kan i praksis i dag. Adgangen til å klage avgjørelsen inn for nemndas leder videreføres.

En viktig forskjell fra dagens regler i forslaget, er at sekretariatet gis adgang til også å avgjøre saker som kan avgjøres på skriftlig grunnlag og ikke er av prinsipiell karakter og der det åpenbart er gjort regelbrudd. Det synes uhensiktsmessig slik det er i dag, at sekretariatet etter reglenes system må fremlegge alle saker for nemnda, der det foreligger åpenbare regelbrudd.

Frister for å bringe saken inn for domstolene

Etter at saken er behandlet i nemnda, vil sakens faktiske og juridiske tvistespørsmål være godt avklart. Selv om partene fortsatt er uenige, vil i det minste problemstillingene som må besvares være avklart og utredet. Det bør derfor være enkelt å avgjøre om saken skal bringes inn for domstolene. På denne måten vil man også samtidig gi en raskere prosess selv om domstolene brukes, siden det i dag ikke gjelder egne frister for hvor lang tid det kan gå før en sak bringes inn for domstolene.

Partenes omkostninger og behandlingsgebyr

Bestemmelsen viderefører dagens regler om at hver av partene bærer egne saksomkostninger. Likevel er det behov for å statuere at man kan bli ansvarlig for motpartens saksomkostninger, dersom saken reises uten fyllestgjørende grunn. Dette antas å være i samsvar med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, og er også systemet etter tvisteloven.

21.6 Mindretallets utkast til forskrift om «Nye KOFA»

Del 1 – Innledende bestemmelser

Kapittel 1: Formål

§ 1-1. Formål

Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være et organ som skal behandle klager om brudd på lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Nemnda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Gjennom håndhevelse av regelverket vil nemnda bidra til en forsvarlig forvaltning av fellesskapets midler, herunder å bidra til å forhindre korrupsjon eller korrupsjonslignende adferd.

Kapittel 2: Uavhengighet, kompetanse og deltakelse i klagebehandlingen

§ 2-1. Uavhengighet

Kongen kan ikke instruere klagenemnda eller sekretariatet om lovtolking, skjønnsutøvelse, avgjørelse av enkeltsaker eller saksbehandlingen.

§ 2-2. Oppdragsgivers plikt til å delta i klagebehandlingen

Oppdragsgiver som er omfattet av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne, plikter å delta i klagebehandlingen etter denne forskrift. Oppdragsgiver skal inngi tilsvar og for øvrig følge de instrukser som klagenemnda gir om saksbehandlingen.

§ 2-3 Nemndas kompetanse

Nemnda kan gi uttalelse i klagesaker om regelverket for offentlige anskaffelser og ta stilling til om regelverket er brutt. Uttalelsen skal være bindende for partene, med mindre saken ankes inn for domstolene.

Nemnda kan kjenne en kontrakt uten virkning, eller avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver overtredelsesgebyr på de vilkår som følger av forskrift om offentlige anskaffelser.

Nemnda kan, etter anmodning, beslutte at en klage skal ha oppsettende virkning. Under de vilkår som følger av § 6-1, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når det begjæres oppsettende virkning.

Sekretariatet tar beslutning om oppsettende virkning. Beslutningen kan klages inn til nemndas leder.

Dersom den skade eller ulempe innklagede blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse klageren har i kontraktsinngåelsen, kan klagen ikke tillegges oppsettende virkning. Sekretariatet kan på ethvert tidspunkt beslutte at suspensjonen skal opphøre.

Dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved dom i første instans, kan klagen ikke tas til behandling.

Kapittel 3: Organisering

§ 3-1. Klagenemnda

Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. I særlige tilfeller kan det oppnevnes medlemmer for en kortere periode. Blant medlemmene oppnevner Kongen en leder. Medlemmene kan ikke avsettes eller suspenderes i perioden, med mindre det foreligger særlig grunn.

Klagenemndas medlemmer kan ikke føre saker for nemnda som prosessfullmektig eller medhjelper for leverandører eller oppdragsgivere.

§ 3-2. Sekretariat

Konkurransetilsynet utpeker sekretariatet for klagenemnda. Sekretariatet ledes av en sekretariatsleder. Sekretariatet skal utføre de oppgaver som fastsettes i denne forskrift, samt oppgaver som klagenemnda eller dets leder delegerer til sekretariatet.

Nemnda kan fastsette retningslinjer for sekretariatets lovtolkning og skjønnsutøvelse, men kan ikke instruere i avgjørelser av enkeltsaker eller saksbehandling.

Del 2 – Saksbehandling

Kapittel 4: Klagegjenstand og klageinteresse

§ 4-1. Klagegjenstand

Klage til klagenemnda må gjelde brudd på reglene etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

§ 4-2. Klageinteresse

Klage kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning. Foreninger og organisasjoner anses å ha saklig klageinteresse i saker som ligger innenfor organisasjonenes formål og naturlige virkeområde.

For saker som gjelder ulovlige direkte anskaffelser, gjelder ikke krav om saklig interesse.

Kapittel 5: Utforming og mottak av klage

§ 5-1. Formelle krav til klagen

Klagen skal inneholde klagers og innklagedes navn og adresse. Klagen skal være skriftlig og angi de faktiske og rettslige forhold klagen bygger på. De relevante dokumentbevis må vedlegges.

§ 5-2. Mottak av klagen

Dersom de formelle krav til klagen ikke er oppfylt, skal sekretariatet avvise klagen. Dersom klagen ikke avvises, skal sekretariatet umiddelbart orientere innklagede om at det er kommet inn en klage og eventuelt om hans adgang til å inngå kontrakt er suspendert, jf. § 6-1. Dette skal fortrinnsvis skje per telefon samme dag. Kopi av klage skal sendes til innklagede uten ugrunnet opphold. Klager skal likeledes orienteres om at innklagede er meddelt klagen, uten ugrunnet opphold

Kapittel 6: Suspensjon av kontraktsinngåelsen

§ 6-1. Oppsettende virkning og suspensjon

Sekretariatet tar beslutning om oppsettende virkning.

Ved klage til klagenemnda over oppdragsgivers beslutning om kontraktstildeling, suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når:

- klager ber om oppsettende virkning
- oppdragsgiver har fastsatt en karensperiode etter forskriftene om offentlige anskaffelser
- begjæringen er fremsatt innen utløpet av karensperioden.

Suspensjonen inntrer når klagenemnda har orientert oppdragsgiver om klagen.

Suspensjonen løper inntil klagenemnda har tatt stilling til oppsettende virkning. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karensperioden.

Kapittel 7: Prøving av klagen og videre saksforberedelse

§ 7-1. Åpenbart grunnløse klager

Sekretariatet kan avvise en klage som den finner åpenbart ikke fører frem.

En beslutning om avvisning kan ankes til klagenemnda.

§ 7-2. Prosesskrifter

Innklagede skal gis en frist for skriftlig tilsvar, som ikke bør overstige 14 virkedager. I tilsvaret skal innklagede opplyse om det framsatte krav godtas eller bestrides, eller om det gjøres gjeldende innsigelser mot at klagenemnda behandler saken.

Etter at tilsvar er meddelt klageren, skal klageren gis en frist som ikke bør overstige 10 virkedager til å kommentere tilsvaret.

Det kan gis partene adgang til ytterligere kommentarer dersom saken ikke anses tilstrekkelig belyst. Deretter kan saken tas opp til avgjørelse. Det samme gjelder om innklagedes eller kla-

gers kommentarer ikke har kommet innenfor de angitte frister.

§ 7-3. Saksstyring

Sekretariatet skal aktivt og planmessig styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling. Straks tilsvar er inngitt, skal sekretariatet legge en plan for den videre behandlingen etter drøfting med partene, og herunder fastsette frister og treffe nødvendige beslutninger.

Klagenemnda skal bidra til at partenes anførsler og påstander blir så klare som mulig, og kan oppfordre partene til å ta stilling til relevante, faktiske og rettslige spørsmål og til å tilby bevis.

Klagenemnda kan på ethvert trinn i saken ta initiativ til å bilegge tvisten uten formell klagebehandling. Dette gjelder likevel ikke der det kan bli aktuelt å ilegge særlige sanksjoner etter forskrift om offentlige anskaffelser.

§ 7-4. Plikt til å fremlegge bevis

For partenes plikt til å fremlegge skriftlige bevis, gjelder tvistelovens regler. Eventuelle pålegg om fremleggelse gis av sekretariatet. Pålegg kan påklages til klagenemndas leder i samsvar med reglene i forvaltningsloven § 14.

Kapittel 8: Avgjørelse av saken

§ 8-1. Sekretariatets avgjørelse av saken

Dersom saken ikke reiser tvil om faktiske og juridiske spørsmål, kan sekretariatet avgjøre saken. Avgjørelsen kan klages inn for nemndas leder. Sekretariatet kan treffe avgjørelser som kan avgjøres på skriftlig grunnlag og ikke er av prinsipiell karakter.

§ 8-2. Saksforberedelse for klagenemnda

Dersom saken ikke avgjøres av sekretariatet etter § 8-1, skal klagenemnda utpeke en saksordfører blant nemndmedlemmene. Saksordfører har ansvaret for saksforberedelsen av saken, herunder til å treffe beslutninger om det skal være en skriftlig eller muntlig fremleggelse av saken for nemnda. Saksordfører gir sekretariatet instrukser om hvordan saksforberedelsen skal gjennomføres.

§ 8-3. Nemndbehandling

Klagenemnda settes med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Beslutningen om uttalelsens innhold treffes med simpelt flertall.

§ 8-4. Muntlig høring

Saksbehandlingen for nemnda er som hovedregel skriftlig.

Nemnda kan beslutte muntlige forhandlinger dersom det er påkrevd av hensyn til saken.

Nemnda kan bestemme at partene skal avgi muntlige forklaringer gjennom bildeoverføring. Partene kan bli enige om at muntlig forhandlinger ikke skal gjennomføres.

Del 3 – Avsluttende bestemmelser

Kapittel 9: Offentlighet og innsyn, domstolsbehandling og tredjemanns inntreden i saken

§ 9-1. Offentlighet og innsyn

For offentlighet og innsyn i saksdokumentene gjelder tvistelovens regler tilsvarende, så langt de passer.

Kapittel 10: Saksbehandlingsfrister

§ 10-1. Saksbehandlingsfrister

Saken skal avgjøres innen 100 dager.

§ 10-2. Frister for å bringe saken inn for domstolene

Hver av partene kan bringe saken inn for de alminnelige domstoler innen 4 uker regnet fra det tidspunkt nemndas avgjørelse er meddelt partene. Dersom saken ikke blir brakt inn for domstolen innen fristen, er nemndas avgjørelse endelig.

Kapittel 11: Gebyr og omkostninger

§ 11-1. Partenes omkostninger og behandlingsgebyr

I tilfeller hvor en klager får helt eller delvis medhold i en sak som er innbrakt for klagenemnda, kan den pålegge oppdragsgiver å godtgjøre klageren de saksomkostninger denne har hatt i forbindelse med saken. Ved åpenbart grunnløse saker, kan klager bli ansvarlig for motpartens saksomkostninger.

§ 12-2. Klagegbyr

Klager skal betale fem ganger rettsgebyret.

Vedlegg 1

Lov om offentlige anskaffelser slik den vil se ut etter endringene dersom flertallets forslag blir vedtatt

Kapittel 1

Formål og virkeområde

§ 1. Formål

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

§ 2. Oppdragsgivere som er omfattet

Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser og forskrifter gitt i medhold av loven. Loven gjelder også for andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter, dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om hvilke oppdragsgivere som er omfattet av loven.

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om lovens anvendelse på Svalbard og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forhold.

§ 3. Anskaffelser som er omfattet

Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2. Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123.

§ 4. Rettighetshavere

Rettighetshavere etter loven er bare virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og som har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat. Det samme gjelder virksomheter som er gitt slike rettigheter etter WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet til å følge.

Kapittel 2

Alminnelige bestemmelser

§ 5. Grunnleggende krav

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse.

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Oppdragsgiver skal ikke

a. diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet,
b. bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, eller
c. dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse.

§ 6. Livssykluskostnader, universell utforming og miljø

Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssykluskostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.

§ 7. Lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Kongen kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som inngås etter denne lov, som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende landsomfattende tariffavtale eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.

Kongen kan ved forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende etterlevelse av klausulene.

Kapittel 3

Generell håndhevelse

§ 8. Søksmål

Søksmål om overtredelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, reises for tingretten uten forliksmegling.

Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven.

§ 9. Beslutning om midlertidig forføyning

For begjæring om midlertidig forføyning mot overtredelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av denne lov gjelder reglene i tvisteloven med de presiseringer som er gitt i denne lov og forskrifter gitt i medhold av denne lov.

Mot overtredelser av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven 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 mot overtredelser av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, når begjæringen er fremsatt innenfor en fastsatt karensperiode.

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.

§ 10. Underretningsplikt for domstolene

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

§ 11. Erstatning

Ved brudd på denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven, har saksøker krav på erstatning for det tap han har lidt som følge av bruddet.

§ 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.

Kapittel 4

Særlige sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m.

§ 13. Uten virkning

Ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene, fastsatt i forskrift, skal retten kjenne en kontrakt uten virkning når oppdragsgiver har:

a) foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
b) tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskrift, eller
c) foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og det samtidig er brutt bestemmelser om karensperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

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

Ved en ulovlig direkte anskaffelse kan kontrakten likevel ikke kjennes uten virkning når oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en

kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen.

Ved tildeling av en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning kan kontrakten likevel ikke kjennes uten virkning når oppdragsgiver har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene og tidligst inngår kontrakten etter en karensperiode.

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

Kongen kan gi forskrift til utfylling av denne bestemmelsen.

§ 14. Avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr

Ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene, fastsatt i forskrift, skal retten avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr i følgende tilfeller:

a) når retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 annet ledd eller
b) ved andre brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13.

Retten skal ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse.

For anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene, fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, skal retten avkorte kontraktens løpetid eller ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Dette gjelder ikke når oppdragsgiver har kunngjort at det vil bli inngått en kontrakt og tidligst inngår kontrakten ti dager etter kunngjøringen.

Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, 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.

Kongen kan gi forskrift til utfylling av denne bestemmelsen.

§ 15. Særlige prosessuelle regler

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, ilegge 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.

Kontrakt kan bare kjennes uten virkning, avkortes eller oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr etter §§ 13 og 14, når sak reises innen ett år fra kontrakt er inngått.

Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen, kan kontrakten bare kjennes uten virkning, avkortes eller oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr i henhold til § 13 første ledd bokstav a eller § 14 tredje ledd, når sak reises innen 30 dager fra kunngjøringen.

Dersom oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, kan kontrakten bare kjennes uten virkning, avkortes eller oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr i henhold til § 14 første ledd bokstav b eller c eller § 14 første ledd bokstav b, når sak reises innen 30 dager fra meddelelsen er sendt.

Kongen kan gi forskrift til utfylling av denne bestemmelsen.

Kapittel 5

Avsluttende bestemmelser

§ 16. Forskrifter og enkeltvedtak

Kongen kan ved forskrift gi bestemmelser 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

ved forskrift gi bestemmelser om begrunnelsesplikt.

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

§ 17. Ikrafttredelse

Loven trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves lov av 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser m.v.

Vedlegg 2

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EØS-relevant tekst)

EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPÆISKE UNION HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 95,

under henvisning til forslag fra Kommissionen,

under henvisning til udtalelse fra Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg [1],

under henvisning til udtalelse fra Regionsudvalget [2],

efter proceduren i traktatens artikel 251 [3], og

ud fra følgende betragtninger:

1. Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter [4] og Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation [5] vedrører klageprocedurer i forbindelse med kontrakter, der indgås henholdsvis af ordregivende myndigheder, som omhandlet i artikel 1, stk. 9, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [6], og ordregivere, som omhandlet i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester («forsyningsvirksomhedsdirektivet») [7]. Direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF har til formål at sikre effektiv anvendelse af direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF.
2. Direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF finder derfor kun anvendelse på kontrakter, der henhører under direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF, som fortolket af De Europæiske Fællesskabers Domstol, uanset hvilken udbudsprocedure eller -metode der anvendes, herunder projektkonkurrencer, kvalifikationsordninger og dynamiske indkøbssystemer. I henhold til Domstolens praksis bør medlemsstaterne sikre, at der findes effektive og hurtige muligheder for at klage over de ordregivende myndigheders og ordregiveres beslutninger, om hvorvidt en bestemt kontrakt henhører under det personlige og materielle anvendelsesområde for direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF.
3. Høring af de berørte parter har sammen med Domstolens praksis afdækket en række svagheder ved medlemsstaternes eksisterende klageordninger. På grund af disse svagheder er det ikke altid muligt ved hjælp af mekanismerne i direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF at sørge for, at fællesskabsbestemmelserne overholdes, især på et tidspunkt, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør. Det betyder, at garantierne for gennemsigtighed og ikke-forskelsbehandling, der tilstræbes ved disse direktiver, bør styrkes for at sikre, at de positive virkninger af den modernisering og forenkling af reglerne om offentlige kontrakter, der er gennemført ved direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF, til fulde kan komme hele Fællesskabet til gode. For at nå de resultater, der tilstræbes af fællesskabslovgiver, bør der følgelig foretages en række væsentlige præciseringer i direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF.

4. En af de svagheder, der er blevet påpeget som væsentlig, er, at der ikke er nogen frist, som gør det muligt at klage effektivt i perioden mellem beslutningen om tildeling af en kontrakt og indgåelsen af den pågældende kontrakt. Dette fører undertiden til en meget hurtig undertegnelse af kontrakten, fordi de ordregivende myndigheder og ordregivere ønsker at gøre virkningerne af den omtvistede tildelingsbeslutning endelige. For at afhjælpe denne svaghed, der er en alvorlig hindring for en effektiv retsbeskyttelse af de berørte tilbudsgivere, det vil sige dem, der endnu ikke er endeligt udelukket, bør der indføres en minimumsstandstill-periode, inden for hvilken indgåelsen af den pågældende kontrakt suspenderes, uanset om indgåelsen finder sted på tidspunktet for undertegnelsen af kontrakten eller ej.
5. Minimumsvarigheden af standstill-perioden bør tage hensyn til de forskellige kommunikationsmidler. Hvis der anvendes hurtige kommunikationsmidler, kan der indføres en kortere periode, end hvis der anvendes andre kommunikationsmidler. Dette direktiv fastsætter kun minimumsstandstill-perioder. Medlemsstaterne kan frit indføre eller opretholde perioder, der er længere end disse minimumsperioder. Medlemsstaterne kan også frit beslutte, hvilken frist der gælder, hvis forskellige kommunikationsmidler anvendes samtidig.
6. Standstill-perioden bør give de berørte tilbudsgivere tilstrækkelig tid til at gennemgå tildelingsbeslutningen og vurdere, om det er hensigtsmæssigt at indlede en klageprocedure. Når tilbudsgiverne underrettes om tildelingsbeslutningen, bør de have de relevante oplysninger, der er nødvendig for en effektiv klageadgang. Det samme gælder derfor for ansøgere, i det omfang den ordregivende myndighed eller ordregiveren ikke rettidigt har stillet oplysninger om afvisningen af deres ansøgning til rådighed.
7. Disse relevante oplysninger omfatter blant annet en kort redegørelse for de grunde, der er omhandlet i henholdsvis artikel 41 i direktiv 2004/18/EF og artikel 49 i direktiv 2004/17/EF. Da varigheden af standstill-perioden er forskellig fra medlemsstat til medlemsstat, er det også vigtigt, at de berørte ansøgere og tilbudsgivere informeres om den frist, der står til deres rådighed for indgivelse af klage.
8. En sådan minimumsstandstill-periode finder ikke anvendelse, hvis direktiv 2004/18/EF eller direktiv 2004/17/EF ikke kræver forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, især i sager af yderst hastende karakter, jf. artikel 31, stk. 1, litra c), i direktiv 2004/18/EF eller artikel 40, stk. 3, litra d), i direktiv 2004/17/EF. I sådanne tilfælde er det tilstrækkeligt at sikre effektive klageprocedurer efter indgåelse af kontrakten. Tilsvarende er standstill-perioden ikke nødvendig, hvis den eneste berørte tilbudsgiver er den person, der får tildelt kontrakten, og der ikke er nogen berørte ansøgere. I dette tilfælde er der ikke andre tilbageværende deltagere i udbudsproceduren, som har interesse i at modtage underretning og drage fordel af en standstill-periode med henblik på en effektiv klageadgang.
9. Endelig kan en obligatorisk standstill-periode for så vidt angår kontrakter, der er baseret på en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem, have en indvirkning på de effektivitetsgevinster, der tilstræbes med disse udbudsprocedurer. Medlemsstater bør derfor i stedet for at indføre en obligatorisk standstill-periode kunne fastsætte, at kontrakten er uden virkning som en effektiv sanktion i overensstemmelse med artikel 2d, i såvel direktiv 89/665/EØF som 92/13/EØF, for overtrædelser af artikel 32, stk. 4, andet afsnit, andet led, og artikel 33, stk. 5 og 6, i direktiv 2004/18/EF og af artikel 15, stk. 5 og 6, i direktiv 2004/17/EF.
10. I de i tilfælde, der er omhandlet i artikel 40, stk. 3, litra i), i direktiv 2004/17/EF, kræver kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, ikke forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. I disse tilfælde bør en standstill-periode ikke være obligatorisk.
11. Når en medlemsstat kræver, at en person, der agter at gøre brug af en klageprocedure, underretter den ordregivende myndighed eller ordregiveren herom, er det nødvendigt at præcisere, at dette ikke bør berøre standstill-perioden eller en anden frist for indgivelse af en klage. Når en medlemsstat kræver, at den berørte person først skal have indgivet klage til den ordregivende myndighed eller ordregiveren, bør denne person endvidere råde over en rimelig minimumsfrist til at indbringe sagen for den kompetente klageinstans inden indgåelsen af kontrakten, for det tilfælde at vedkommende ønsker at anfægte den ordregivende myndigheds eller ordregiverens svar eller manglende svar.

12. Indgivelse af en klage kort før udløbet af standstill-perioden bør ikke bevirke, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, berøves den tid, der som minimum er nødvendig for at gribe ind, navnlig med henblik på at forlænge suspensionen af indgåelsen af kontrakten. Der bør derfor fastsættes en selvstændig minimumsfrist med opsættende virkning, der ikke bør udløbe, før klageinstansen har truffet afgørelse om begæringen. Dette bør ikke hindre klageinstansen i at foretage en forudgående vurdering af, om klagen som sådan kan behandles. Medlemsstaterne kan fastsætte, at denne periode udløber, enten når klageinstansen har truffet en afgørelse om anvendelse af midlertidige foranstaltninger, herunder en yderligere suspension af indgåelse af kontrakten, eller når klageinstansen har truffet en afgørelse om sagen, især om begæringen om annullering af ulovlige beslutninger.
13. For at modvirke ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå, bør der indføres sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning. Derfor bør en kontrakt, der bygger på en ulovlig direkte tildeling i princippet betragtes som værende uden virkning. Retsvirkningen «uden virkning» bør ikke indtræde automatisk, men bør fastslås af eller være resultatet af en afgørelse truffet af en uafhængig klageinstans.
14. Retsvirkningen «uden virkning» er den mest effektive måde at genskabe konkurrencen og til at skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for at konkurrere. Direkte tildelte kontrakter bør i dette direktivs forstand omfatte enhver indgåelse af kontrakter uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. direktiv 2004/18/EF. Dette svarer til procedurer uden forudgående udbud, jf. direktiv 2004/17/EF.
15. Direkte tildelte kontrakter i dette direktivs forstand kan eventuelt være berettigede i kraft af de særlige situationer, der er nævnt i artikel 10-18 i direktiv 2004/18/EF, i medfør af artikel 31, 61 eller 68 i direktiv 2004/18/EF, tildeling af tjenesteydelseskontrakter i henhold til artikel 21 i direktiv 2004/18/EF eller lovlig tildeling af in-house-kontrakter, som fortolket af Domstolen.
16. Det samme gælder for kontrakter, der opfylder betingelserne for undtagelse eller en særlig ordning i henhold til artikel 5, stk. 2, artikel 18-26, artikel 29 og 30 eller artikel 62 i direktiv 2004/17/EF, for sager, der involverer anvendelse af artikel 40, stk. 3, i direktiv 2004/17/EF eller for tildeling af tjenesteydelseskontrakter i henhold til artikel 32 i direktiv 2004/17/EF.
17. Der bør være adgang til en klageprocedure i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at få tildelt en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.
18. For at forebygge alvorlige overtrædelser af standstill-forpligtelsen og automatisk suspension, der er forudsætninger for effektiv klageadgang, bør effektive sanktioner finde anvendelse. Kontrakter, der er indgået i strid med standstill-perioden eller automatisk suspension, bør derfor anses for principielt uden virkning, hvis de er kombineret med overtrædelser af direktiv 2004/18/EF eller direktiv 2004/17/EF, for så vidt disse overtrædelser har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager.
19. I tilfælde af andre overtrædelser af formelle krav kan medlemsstaterne overveje, om princippet om «uden virkning» er uhensigtsmæssigt. Medlemsstaterne bør i sådanne tilfælde have fleksibilitet til at fastsætte alternative sanktioner. Alternative sanktioner bør begrænses til idømmelse af bøder, der skal betales til et organ uafhængigt af den ordregivende myndighed eller ordregiveren, eller til en afkortelse af kontraktens løbetid. Det tilkommer medlemsstaterne at fastsætte de nærmere bestemmelser vedrørende alternative sanktioner og deres anvendelse.
20. Dette direktiv bør ikke udelukke anvendelse af strengere sanktioner i henhold til national ret.
21. Når medlemsstaterne fastlægger regler, der sikrer, at en kontrakt anses for at være uden virkning, skal det have til formål, at kontraktparternes rettigheder og forpligtelser ikke længere bør håndhæves og opfyldes. Følgerne af, at en kontrakt betragtes som værende uden virkning, bør fastlægges i national ret. Det kan således bestemmes i national ret, at f.eks. samtlige kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft (ex tunc), eller at annulleringens omfang omvendt begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt (ex nunc). Dette bør ikke føre til, at der ikke findes virkningsfulde sanktioner, hvis for-

pligtelserne i henhold til en kontrakt allerede er opfyldt fuldt ud eller næsten fuldt ud. I sådanne tilfælde bør medlemsstaterne ligeledes fastsætte alternative sanktioner, der tager hensyn til, i hvilket omfang en kontrakt fortsat gælder i overensstemmelse med national ret. Tilsvarende skal der i national ret fastlægges regler om følgerne med hensyn til tilbagebetaling af allerede betalte beløb samt enhver anden mulig form for tilbagegivelse, herunder tilbagegivelse i penge, hvis tilbagegivelse i naturalier ikke er mulig.

22. For at sikre at sanktionerne står i et rimeligt forhold til overtrædelsen, kan medlemsstaterne imidlertid give den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, mulighed for ikke at anfægte kontrakten eller for at anerkende visse af eller alle dens tidsmæssige virkninger, når væsentlige hensyn til almenhedens interesser i ganske særlige tilfælde tilsiger det. I disse tilfælde bør der i stedet anvendes alternative sanktioner. Klageinstansen, der er uafhængig af den ordregivende myndighed eller ordregiveren, bør undersøge alle relevante aspekter for at fastslå, om væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt at opretholde kontraktens virkninger.
23. I særlige tilfælde er anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse som omhandlet i artikel 31 i direktiv 2004/18/EF eller i artikel 40, stk. 3, i direktiv 2004/17/EF tilladt umiddelbart efter annulleringen af kontrakten. Hvis de resterende kontraktlige forpligtelser i disse tilfælde af tekniske eller andre tvingende omstændigheder på det stadium kun kan opfyldes af den økonomiske aktør, der har fået tildelt kontrakten, vil det kunne være berettiget at lade princippet om væsentlige hensyn finde anvendelse.
24. Økonomiske interesser i en kontrakts gyldighed må kun anses som tvingende omstændigheder, hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning. Økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågældende kontrakt bør imidlertid ikke udgøre tvingende omstændigheder.
25. Af hensyn til retssikkerheden for så vidt angår de ordregivende myndigheders og ordregiverens beslutninger er det på længere sigt nødvendigt at indføre en rimelig minimumsfrist for forældelse af klager, der har til formål at få fastslået, at den pågældende kontrakt er uden virkning.
26. For at undgå retsusikkerhed, der kan opstå på grund af retsvirkningen «uden virkning», bør medlemsstaterne indføre en undtagelse fra retsvirkningen «uden virkning» i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed eller ordregiveren finder, at kontrakter indgået uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF og har anvendt en minimumsstandstillperiode, der giver mulighed for effektive retsmidler. Den frivillige offentliggørelse, der udløser denne standstill-periode, medfører ikke nogen udvidelse af de forpligtelser, der følger af direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF.
27. Eftersom dette direktiv forbedrer de nationale klagemuligheder, navnlig i forbindelse med kontrakter, der ulovligt er direkte tildelt, bør de økonomiske aktører opfordres til at anvende de nye mekanismer. Af hensyn til retssikkerheden kan det kun i en begrænset periode gøres gældende, at en kontrakt er uden virkning. Disse tidsfrister bør respekteres.
28. Effektiviseringen af de nationale klagemuligheder bør bevirke, at de berørte personer i højere grad benytter mulighederne for som hastesag at klage forud for kontraktindgåelsen. Derfor bør interventionsmekanismen centreres om alvorlige overtrædelser af fællesskabslovgivningen vedrørende offentlige kontrakter.
29. Den ved direktiv 92/13/EØF indførte frivillige attesteringsordning, hvorefter ordregivere har mulighed for ved regelmæssige undersøgelser at få fastslået, at deres udbudsprocedurer er i overensstemmelse med reglerne, er næsten ikke blevet anvendt. Den kan derfor ikke opfylde sit formål, som er at forebygge overtrædelser af fællesskabsbestemmelser vedrørende offentlige kontrakter. Derimod kan den forpligtelse, der ved direktiv 92/13/EØF er pålagt medlemsstaterne, til at sikre, at der til stadighed er godkendte organer til rådighed for ordningen, give anledning til administrative vedligeholdelsesomkostninger, som ikke længere er berettigede, da der ikke er nogen reel efterspørgsel fra ordregivernes side. Attesteringsordningen bør derfor ophæves.
30. Den forligsprocedure, der er fastsat i direktiv 92/13/EØF, har heller ikke vakt reel interesse hos de økonomiske aktører. Dette skyldes både, at den ikke i sig selv gør det muligt at opnå bindende midlertidige foranstaltninger, der rettidigt kan forhindre ulovlig indgåelse af

en kontrakt, og at den er af en beskaffenhed, der kun vanskeligt kan forenes med overholdelsen af de særdeles korte klagefrister, der gælder for klager med henblik på midlertidige foranstaltninger og annullering af ulovlige beslutninger. Forligsprocedurens potentielle effektivitet er desuden blevet yderligere svækket på grund af vanskelighederne med at opstille en fuldstændig og tilstrækkelig bred liste over uafhængige forligsmænd fra hver medlemsstat, som altid er til rådighed, og som kan behandle forligsanmodninger med meget kort varsel. Forligsproceduren bør derfor ophæves.

31. Kommissionen bør kunne anmode medlemsstaterne om at indsende oplysninger om anvendelsen af de nationale klageprocedurer, som står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges, og Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler bør inddrages i fastlæggelsen af omfanget og arten af disse oplysninger. Kun ved hjælp af de oplysninger, der stilles til rådighed, vil virkningerne af de ændringer, der indføres ved dette direktiv, kunne evalueres korrekt, efter at direktivet er blevet anvendt i en repræsentativ periode.
32. Kommissionen bør undersøge fremskridtene i medlemsstaterne og aflægge rapport til Europa-Parlamentet og Rådet om dette direktivs effektivitet senest tre år efter fristen for dets gennemførelse.
33. De nødvendige foranstaltninger til gennemførelse af direktiv 89/665/EØF og 92/13/EF bør vedtages i overensstemmelse med Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen [8].
34. Målene for dette direktiv, nemlig at forbedre effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter, der falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF og direktiv 2004/17/EF, kan ikke i tilstrækkelig grad opfyldes af medlemsstaterne og kan derfor bedre nås på fællesskabsplan; Fællesskabet kan derfor træffe foranstaltninger i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet, jf. traktatens artikel 5. I overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, jf. nævnte artikel, går dette direktiv ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, idet det navnlig overholder princippet om medlemsstaternes procesautonomi.
35. I overensstemmelse med punkt 34 i den interinstitutionelle aftale om bedre lovgivning [9] bør medlemsstaterne både i egen og i Fællesskabets interesse udarbejde og offentliggøre deres egne oversigter, der viser overensstemmelsen mellem dette direktiv og gennemførelsesforanstaltningerne.
36. I dette direktiv overholdes de grundlæggende rettigheder og de principper, som anerkendes i bl.a. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Dette direktiv har navnlig til formål at sikre adgangen til effektive retsmidler og til en upartisk domstol i overensstemmelse med chartrets artikel 47, første og andet afsnit.
37. Direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF bør derfor ændres —

Udstedt følgende direktiv:

Artikel 1

Ændring af direktiv 89/665/EØF

Direktiv 89/665/EØF ændres som følger:

1) Artikel 1 og 2 erstattes af følgende:

«Artikel 1

Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer

1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [10], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 10-18 i nævnte direktiv.

   Kontrakter omfatter ifølge dette direktiv offentlige kontrakter, rammeaftaler, koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder og dynamiske indkøbssystemer.

   Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter

eller de nationale regler til gennemførelse heraf.

2. Medlemsstaterne sikrer, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.
3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.
4. Medlemsstaterne kan kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en klageprocedure, underretter den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage under forudsætning af, at dette ikke berører standstill-perioden i overensstemmelse med artikel 2a, stk. 2, eller enhver anden tidsfrist for indgivelse af klage i overensstemmelse med artikel 2c.
5. Medlemsstaterne kan kræve, at den pågældende person først indgiver klage til den ordregivende myndighed. I så fald påser medlemsstaterne, at indgivelsen af denne klage fører til øjeblikkelig suspension af muligheden for at indgå kontrakten.

   Medlemsstaterne træffer afgørelse om, hvilke passende kommunikationsmidler, herunder kommunikation pr. telefax eller ad elektronisk vej, der skal anvendes til indgivelse af klage i henhold til første afsnit.

   Den i første afsnit omhandlede suspension ophører først ved udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndighed har sendt et svar pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller, hvis et andet kommunikationsmiddel anvendes, først ved udløbet af enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndighed har sendt et svar, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor svaret modtages.

Artikel 2

Krav til klageprocedurerne

1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:
   a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller hindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at afbryde eller foranledige afbrydelse af den pågældende procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt eller stille gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af den ordregivende myndighed, i bero
   b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt
   c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.
2. De i stk. 1 og artikel 2d og 2e omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren.
3. Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivende myndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5.
4. Klageprocedurerne skal ikke nødvendigvis automatisk have opsættende virkning for de procedurer for indgåelse af kontrakter, som de vedrører, jf. dog stk. 3 og artikel 1, stk. 5.
5. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, kan tage hensyn til de sandsynlige følger af midlertidige foranstaltninger for alle interesser, som vil kunne skades, samt til almenvellet, og beslutte ikke at give sit samtykke hertil, når de negative følger af sådanne foranstaltninger kan være større end fordelene.

   En beslutning om ikke at tillade midlertidige foranstaltninger berører ikke de øvrige rettigheder, som den person, der anmoder om disse foranstaltninger, måtte gøre krav på.

6. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den anfægtede beslutning, når der kræves skadeserstatning med den begrundelse, at beslutningen er ulovlig, først skal annulleres af en instans, der har den fornødne kompetence dertil.
7. Virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser for den kontrakt, som følger efter tildelingen af en ordre, fastlægges i national ret, jf. dog de i artikel 2d-2f omhandlede tilfælde.

   Endvidere kan medlemsstaterne, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, fastsætte, at den for klageprocedurerne ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen af en kontrakt i overensstemmelse med artikel 1, stk. 5, nærværende artikels stk. 3 eller artikel 2a-2f er begrænsede til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.
8. Medlemsstaterne påser, at de afgørelser, der træffes af de for klageprocedurerne ansvarlige instanser, kan gennemføres effektivt.
9. Når de instanser, der er ansvarlige for klageprocedurerne, ikke er retsinstanser, skal deres afgørelser altid begrundes skriftligt. I så fald skal der desuden træffes dispositioner til at sikre de procedurer, hvorved enhver foranstaltning, der formodes at være ulovlig, og som træffes af klageinstansen, eller enhver formodet forsømmelse i udøvelsen af de beføjelser, der er tildelt denne, kan appelleres eller indbringes for en anden instans, som er en ret i henhold til traktatens artikel 234, og som er uafhængig i forhold til den ordregivende myndighed og klageinstansen.

   Udnævnelsen af medlemmerne af denne uafhængige instans og udløbet af deres embedsperiode er undergivet de samme betingelser, som gælder for dommere, for så vidt angår den myndighed, der er ansvarlig for deres udnævnelse, varigheden af deres embedsperiode og muligheden for deres afsættelse. Som minimum skal formanden for denne uafhængige instans have samme juridiske og faglige kvalifikationer som en dommer. Den uafhængige instans træffer sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure, og disse afgørelser har på grundlag af bestemmelser, som fastsættes af hver medlemsstat, retsvirkninger med bindende kraft.

2) Følgende artikler indsættes:

«Artikel 2a

Standstill-periode

1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 3, omhandlede personer har tilstrækkelige frister, som sikrer effektiv mulighed for at klage over ordregivende myndigheders tildelingsbeslutninger, idet de vedtager de nødvendige bestemmelser, som opfylder mindstekravene i stk. 2 og i artikel 2c.
2. En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv 2004/18/EF, kan tidligst finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.

   Tilbudsgivere anses for at være berørte, hvis de endnu ikke er endeligt udelukket. En udelukkelse er endelig, hvis den er meddelt de berørte tilbudsgivere og enten er fundet lovlig af en uafhængig klageinstans eller ikke længere kan blive genstand for klageprocedure.

   Ansøgere anses for at være berørt, hvis den ordregivende myndighed ikke har stillet oplysninger til rådighed om, at deres ansøgning er afvist inden meddelelsen om tildelingsbeslutningen til de berørte tilbudsgivere.

   Meddelelsen af beslutningen om tildeling til hver af de berørte tilbudsgivere og ansøgere ledsages af følgende:
   - en kort redegørelse for de relevante grunde, jf. artikel 41, stk. 2, i direktiv 2004/18/EF, jf. nævnte direktivs artikel 41, stk. 3, og
   - en præcis angivelse af den nøjagtige standstill-periode, der finder anvendelse i henhold til de nationale bestemmelser for gennemførelsen af dette stykke.

Artikel 2b

Undtagelser fra standstill-perioden

Medlemsstaterne kan fastsætte, at fristerne i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, ikke finder anvendelse på:

a) tilfælde, hvor direktiv 2004/18/EF ikke kræver forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*
b) tilfælde, hvor den eneste berørte tilbudsgiver som omhandlet i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, er den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, og der ikke er nogen berørte ansøgere
c) kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, jf. artikel 32 i direktiv 2004/18/EF, og specifikke kontrakter, der er baseret på et dynamisk indkøbssystem, jf. nævnte direktivs artikel 33.

Hvis denne undtagelse anvendes, sikrer medlemsstaten, at kontrakten er uden virkning i overensstemmelse med dette direktivs artikel 2d og 2f, hvis

– artikel 32, stk. 4, andet afsnit, andet led, eller artikel 33, stk. 5 eller 6, i direktiv 2004/18/EF er overtrådt, og
– den anslåede kontraktværdi svarer til eller overstiger tærskelværdien i artikel 7 i direktiv 2004/18/EF.

Artikel 2c

Tidsfrister for indgivelse af klage

Når medlemsstaterne fastsætter, at en klage over en beslutning truffet af en ordregivende myndighed som led i eller i forbindelse med en udbudsprocedure, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, skal indgives inden udløbet af en bestemt frist, skal denne frist være på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndigheds beslutning er sendt til tilbudsgiveren eller ansøgeren, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er sendt til tilbudsgiveren eller ansøgeren, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndigheds beslutning modtages. Meddelelsen om den ordregivende myndigheds beslutning til hver af tilbudsgiverne eller ansøgerne ledsages af en kort redegørelse for de relevante grunde. I tilfælde af klager over beslutninger som omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 1, litra b), der ikke er omfattet af en specifik meddelelse, skal fristen være mindst ti kalenderdage regnet fra datoen for offentliggørelsen af den pågældende beslutning.

Artikel 2d

Retsvirkningen «uden virkning»

1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:
   a) hvis den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF
   b) hvis bestemmelserne i dette direktivs artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, eller artikel 2a, stk. 2, er overtrådt, og denne overtrædelse har frataget tilbudsgiver muligheden for at iværksætte retslige skridt forud for indgåelsen af kontrakten, såfremt en sådan overtrædelse er kombineret med en overtrædelse af direktiv 2004/18/EF, og denne overtrædelse har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager
   c) i tilfælde omhandlet i dette direktivs artikel 2b, litra c), andet afsnit, hvis medlemsstaten har anvendt muligheden for at undtage kontrakter baseret på en rammeaftale og et dynamisk indkøbssystem fra standstill-perioden.
2. Følgerne af, at en kontrakt anses for at være uden virkning, fastlægges i national ret.

   Det kan fastsættes i national ret, at alle allerede opfyldte kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft, eller at annulleringens omfang begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt. I sidstnævnte tilfælde beslutter medlemsstaterne at anvende andre sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2.
3. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, kan undlade at betragte en kontrakt som værende uden virkning, selv om den er tildelt ulovligt af de i stk. 1 omhandlede årsager, hvis klageinstansen efter at have undersøgt alle relevante aspekter finder, at visse væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt at opretholde kontraktens virkninger. Medlemsstaterne skal i så fald fastsætte alternative sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2, der finder anvendelse i stedet.

Økonomiske interesser i kontraktens effektive virkning kan kun anses som væsentlige hensyn eller uomgængeligt nødvendige krav, hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning.

Økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågældende kontrakt kan imidlertid ikke udgøre væsentlige hensyn til almenhedens interesser. Økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten omfatter bl.a. omkostninger som følge af forsinkelser i forbindelse med kontraktens opfyldelse, omkostninger som følge af indledningen af en ny udbudsprocedure, omkostninger som følge af udskiftningen af den økonomiske aktør, der udfører kontrakten, samt omkostninger i forbindelse med de retlige forpligtelser, der følger af, at kontrakten er uden virkning.

4. Medlemsstaterne fastsætter, at denne artikels stk. 1, litra a), ikke finder anvendelse, hvis
   - den ordregivende myndighed finder, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den *Europæiske Unions Tidende* er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF
   - den ordregivende myndighed i D*en Europæiske Unions Tidende* har offentliggjort en bekendtgørelse, som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten, og
   - kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.
5. Medlemsstaterne fastsætter, at denne artikels stk. 1, litra c), ikke finder anvendelse, hvis
   - den ordregivende myndighed finder, at tildelingen af en kontrakt er i overensstemmelse med artikel 32, stk. 4, andet afsnit, andet led, eller med artikel 33, stk. 5 og 6, i direktiv 2004/18/EF
   - den ordregivende myndighed har sendt en beslutning om tildeling af kontrakten sammen med en kort redegørelse for de grunde, der er omhandlet i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, fjerde afsnit, første led, til de berørte tilbudsgivere, og
   - kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller, hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, inden udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.

Artikel 2e

Overtrædelser af dette direktiv og alternative sanktioner

1. I tilfælde, hvor artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, eller artikel 2a, stk. 2, er overtrådt, og som ikke er omfattet af artikel 2d, stk. 1, litra b), skal medlemsstaterne fastsætte, at kontrakten er uden virkning i overensstemmelse med artikel 2d, stk. 1-3, eller fastsætte alternative sanktioner. Medlemsstaterne kan fastsætte, at klageinstansen, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, efter at have vurderet alle relevante aspekter, skal beslutte, om kontrakten bør betragtes som værende uden virkning, eller om der bør fastsættes alternative sanktioner.
2. Alternative sanktioner skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Alternative sanktioner er:
   - bøder, den ordregivende myndighed idømmes, eller
   - afkortelse af kontraktens løbetid.

   Medlemsstaterne kan give klageinstansen vide skønsbeføjelser til at tage hensyn til alle relevante forhold, herunder hvor alvorlig overtrædelsen er, de ordregivende myndigheders adfærd, og, i de i artikel 2d, stk. 2, omhandlede tilfælde, hvorvidt kontrakten fortsat gælder.

   Skadeserstatning er ikke en passende sanktion i henhold til dette stykke.

Artikel 2f

Frister

1. Medlemsstaterne kan fastsætte, at en klage i henhold til artikel 2d, stk. 1, skal indgives
   a) inden udløbet af mindst 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor
      - den ordregivende myndighed har offentliggjort en bekendtgørelse om indgåede kontrakter i overensstemmelse med artikel 35, stk. 4, og artikel 36 og 37 i direktiv 2004/18/EF, forudsat

at en sådan bekendtgørelse indeholder begrundelsen for den ordregivende myndigheds beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, eller
– den ordregivende myndighed har underrettet de berørte tilbudsgivere og ansøgere om indgåelsen af kontrakten, forudsat at denne meddelelse indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde, som omhandlet i artikel 41, stk. 2, i direktiv 2004/18/EF, med forbehold af nævnte direktivs artikel 41, stk. 3. Denne mulighed gælder også i de i nærværende direktivs artikel 2b, litra c), omhandlede tilfælde

b) i alle tilfælde inden udløbet af en periode på mindst seks måneder regnet fra dagen efter den dag, hvor kontrakten er indgået.

2. I alle andre tilfælde, herunder ved indgivelse af klager i overensstemmelse med artikel 2e, stk. 1, fastsættes tidsfristerne for indgivelse af klager i national ret, jf. dog artikel 2c.»

Artikel 3 affattes således:

«*Artikel 3*
Interventionsmekanisme

1. Kommissionen kan påberåbe sig den i stk. 2-5 fastlagte procedure, når den før indgåelsen af en kontrakt finder, at der er begået en alvorlig overtrædelse af fællesskabsret vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter i forbindelse med en udbudsprocedure, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF.
2. Kommissionen meddeler den pågældende medlemsstat grundene til, at den finder, at der er begået en alvorlig overtrædelse, og anmoder om, at den bringes til ophør ved passende midler.
3. Senest 21 kalenderdage efter modtagelsen af den i stk. 2 omhandlede meddelelse fremsender den pågældende medlemsstat til Kommissionen:
   a) en bekræftelse af, at overtrædelsen er bragt til ophør
   b) en begrundet konklusion med redegørelse for, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden, eller
   c) en meddelelse om, at den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt er blevet afbrudt, enten på den ordregivende myndigheds eget initiativ eller som følge af udøvelsen af de beføjelser, der er nævnt i artikel 2, stk. 1, litra a).
4. En begrundet konklusion i henhold til stk. 3, litra b), kan bl.a. være baseret på det forhold, at den påståede overtrædelse allerede er genstand for appel eller er indbragt for en anden instans som omhandlet i artikel 2, stk. 9. I så fald underretter medlemsstaten Kommissionen om resultatet af disse procedurer, så snart det er kendt.
5. Hvis der gives meddelelse om, at en procedure for indgåelse af en kontrakt er blevet afbrudt under de i stk. 3, litra c), fastsatte omstændigheder, giver medlemsstaten Kommissionen meddelelse om ophævelsen af afbrydelsen eller om indledningen af en anden udbudsprocedure, der helt eller delvis har tilknytning til den foregående procedure. Denne nye meddelelse skal indeholde en bekræftelse af, at den påståede overtrædelse er bragt til ophør, eller en begrundet konklusion med en redegørelse for, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden.»

4) Følgende artikler indsættes:

«*Artikel 3a*
Indholdet af en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed

Den i artikel 2d, stk. 4, andet led, omhandlede bekendtgørelse, hvis format skal vedtages af Kommissionen efter proceduren i artikel 3b, stk. 2, skal indeholde følgende oplysninger:

a) den ordregivende myndigheds navn og kontaktoplysninger
b) en beskrivelse af genstanden for kontrakten
c) begrundelsen for den ordregivende myndigheds beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*
d) navn på og kontaktoplysninger for den økonomiske aktør, som er blevet valgt i henhold til beslutningen om kontrakttildeling, og
e) eventuelle andre oplysninger, som den ordregivende myndighed måtte finde nyttige.

Artikel 3b
Udvalgsprocedure

1. Kommissionen bistås af Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler, der er nedsat ved artikel 1 i Rådets afgørelse 71/306/EØF af 26. juli 1971 [11] (i det følgende benævnt «udvalget»).

2. Når der henvises til dette stykke, anvendes artikel 3 og 7 i Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen [12], jf. dennes artikel 8.

5) Artikel 4 affattes således:

«Artikel 4

Gennemførelse

1. Kommissionen kan i samråd med udvalget anmode medlemsstaterne om at sende den oplysninger om anvendelsen af de nationale klageprocedurer.
2. Medlemsstaterne meddeler hvert år Kommissionen teksten til alle beslutninger, sammen med begrundelserne herfor, truffet af deres klageinstanser i overensstemmelse med artikel 2d, stk. 3.»

6) Følgende artikel indsættes:

«Artikel 4a

Revision

Senest den 20. december 2012 evaluerer Kommissionen dets gennemførelse og aflægger rapport til Europa-Parlamentet og Rådet om dette direktivs effektivitet, især om effektiviteten af de alternative sanktioner og tidsfristerne.»

Artikel 2

Ændring af direktiv 92/13/EØF

I direktiv 92/13/EØF foretages følgende ændringer:

1) Artikel 1 affattes således:

«Artikel 1

Klageprocedurernes anvendelsesområde og adgang til disse procedurer

1. Dette direktiv finder anvendelse på kontrakter som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester («forsyningsvirksomhedsdirektivet») [13], medmindre sådanne kontrakter er undtaget i henhold til artikel 5, stk. 2, artikel 18-26, artikel 29 og 30 eller artikel 62 i nævnte direktiv.

   Kontrakter omfatter ifølge dette direktiv offentlige vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter, rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer.

   Medlemsstaterne træffer for så vidt angår kontrakter, der er omfattet af direktiv 2004/17/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over ordregivernes beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende indgåelse af kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf.
2. Medlemsstaterne sikrer, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler til gennemførelse af fællesskabsretten og de øvrige nationale regler.
3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.
4. Medlemsstaterne kan kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en klageprocedure, underretter ordregiveren om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage under forudsætning af, at dette ikke berører minimumsfristen i overensstemmelse med artikel 2a, stk. 2, eller enhver anden tidsfrist for indgivelse af klage i overensstemmelse med artikel 2c.
5. Medlemsstaterne kan kræve, at den pågældende person først indgiver klage til ordregiveren. I så fald påser medlemsstaterne, at indgivelsen af denne klage fører til øjeblikkelig suspension af muligheden for at indgå kontrakten.

   Medlemsstaterne træffer afgørelse om, hvilke passende kommunikationsmidler, herunder kommunikation pr. telefax eller ad elektronisk vej, der skal anvendes til indgivelse af klage i henhold til første afsnit.

   Den i første afsnit omhandlede suspension ophører først ved udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor ordregiveren har sendt et svar pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller, hvis et andet kommunikationsmiddel anvendes, først ved udløbet af en frist på enten mindst 15 kalen-

derdage regnet fra dagen efter den dato, hvor ordregiveren har sendt et svar, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor svaret modtages.

2) Artikel 2 ændres således:

a) Som overskrift indsættes: «Krav til klageprocedurerne».

b) Stk. 2-4 affattes således:

«2. De i stk. 1 og artikel 2d og 2e omhandlede beføjelser kan tillægges særlige instanser, der har ansvaret for forskellige aspekter af klageproceduren.

3. Når der for et organ i første instans, der er uafhængig af ordregiveren, indbringes en klage over en beslutning om tildeling, påser medlemsstaterne, at ordregiveren først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage. Suspensionen ophører tidligst ved udløbet af standstill-perioden i artikel 2a, stk. 2, og artikel 2d, stk. 4 og 5.

3a. Klageprocedurerne skal ikke nødvendigvis automatisk have opsættende virkning for de procedurer for indgåelse af kontrakter, som de vedrører, jf. dog stk. 3 og artikel 1, stk. 5.

4. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den instans, der er ansvarlig for klageprocedurerne, kan tage hensyn til de sandsynlige følger af midlertidige foranstaltninger for alle interesser, som vil kunne skades, samt til almenvellet, og beslutte ikke at give sit samtykke hertil, når de negative følger af sådanne foranstaltninger kan være større end fordelene.

En beslutning om ikke at tillade midlertidige foranstaltninger berører ikke de øvrige rettigheder, som den person, der anmoder om disse foranstaltninger, måtte gøre krav på.»

c) Stk. 6 affattes således:

«6. Virkningerne af udøvelsen af de i denne artikels stk. 1 omhandlede beføjelser for en kontrakt, som følger efter tildeling af en ordre, fastlægges i national ret, jf. dog de i artikel 2d-2f omhandlede tilfælde.

Endvidere kan medlemsstaterne, undtagen når en beslutning skal annulleres, inden der ydes skadeserstatning, fastsætte, at den for klageprocedurerne ansvarlige instans' beføjelser efter indgåelsen en kontrakt i overensstemmelse med artikel 1, stk. 5, stk. 3 i denne artikel eller artikel 2a-2f er begrænset til ydelse af skadeserstatning til enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse.»

d) I stk. 9, første afsnit, ændres udtrykket «ret i henhold til traktatens artikel 177» til «ret i henhold til traktatens artikel 234».

3) Følgende artikler indsættes:

«*Artikel 2a*

Standstill-periode

1. Medlemsstaterne påser, at de i artikel 1, stk. 3, omhandlede personer har tilstrækkelige frister, som sikrer effektive muligheder for at klage over ordregiveres tildelingsbeslutninger, idet de vedtager de nødvendige bestemmelser, som opfylder mindstekravene i stk. 2 og i artikel 2c.
2. En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv 2004/17/EF, kan først finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.

   Tilbudsgivere anses for at være berørt, hvis de endnu ikke er endeligt udelukket. En udelukkelse er endelig, hvis den er meddelt de berørte tilbudsgivere og enten er fundet lovlig af en uafhængig klageinstans eller ikke længere kan blive genstand for klageprocedure.

   Ansøgere anses for at være berørt, hvis ordregiveren ikke har stillet oplysninger til rådighed om, at deres ansøgning er afvist inden meddelelsen om beslutningen om tildeling til de berørte tilbudsgivere.

   Meddelelsen af beslutningen om tildeling til hver af de berørte tilbudsgivere og ansøgere ledsages af følgende:
   - en kort redegørelse for de relevante grunde, som omhandlet i artikel 49, stk. 2, i direktiv 2004/17/EF, og
   - en præcis angivelse af den nøjagtige standstill-periode, der finder anvendelse i overensstemmelse med de nationale

bestemmelser for gennemførelsen af dette stykke.

Artikel 2b

Undtagelser fra standstill-perioden

Medlemsstaterne kan fastsætte, at fristerne i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, ikke finder anvendelse på:

a) tilfælde, hvor direktiv 2004/17/EF ikke kræver forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*
b) tilfælde, hvor den eneste berørte tilbudsgiver som omhandlet i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, er den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, og der ikke er nogen berørte ansøgere
c) specifikke kontrakter, der er baseret på et dynamisk indkøbssystem, jf. artikel 15 i direktiv 2004/17/EF.

Hvis denne undtagelse anvendes, sikrer medlemsstaten, at kontrakten er ugyldig i overensstemmelse med dette direktivs artikel 2d og 2f, hvis

– artikel 15, stk. 5 eller 6, i direktiv 2004/17/EF er overtrådt, og
– den anslåede kontraktværdi svarer til eller overstiger tærskelværdien artikel 16 i direktiv 2004/17/EF.

Artikel 2c

Tidsfrister for indgivelse af klage

Når medlemsstaterne fastsætter, at en klage over en beslutning truffet af en ordregiver som led i eller i forbindelse med en udbudsprocedure, der henhører under direktiv 2004/17/EF, skal indgives inden udløbet af en bestemt frist, skal denne frist være på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor ordregiverens beslutning er blevet meddelt den berørte tilbudsgiver eller ansøger pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller, hvis ordregiverens beslutning er sendt til tilbudsgiveren eller ansøgeren med et andet kommunikationsmiddel, enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor ordregiverens beslutning er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere eller ansøgere eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor ordregiverens beslutning modtages. Meddelelsen om den ordregivende enheds beslutning til hver af tilbudsgiverne eller ansøgerne ledsages af en kort redegørelse for de relevante grunde. I tilfælde af klager over beslutninger som omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 1, litra b), der ikke er omfattet af en specifik meddelelse, skal fristen være mindst ti kalenderdage regnet fra datoen for offentliggørelsen af den pågældende beslutning.

Artikel 2d

Retsvirkningen «uden virkning»

1. Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af ordregiveren, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:
   a) hvis ordregiveren har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/17/EF
   b) hvis bestemmelserne i dette direktivs artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, eller artikel 2a, stk. 2, er overtrådt, og denne overtrædelse har frataget tilbudsgiver muligheden for at iværksætte retslige skridt forud for indgåelsen af kontrakten, såfremt en sådan overtrædelse er kombineret med en overtrædelse af direktiv 2004/17/EF, og denne overtrædelse har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager
   c) i tilfælde omhandlet i dette direktivs artikel 2b, litra c), andet afsnit, hvis medlemsstaten har anvendt muligheden for at undtage kontrakter baseret på et dynamisk indkøbssystem fra standstill-perioden.
2. Følgerne af, at en kontrakt anses for at være uden virkning, fastlægges i national ret.

   Det kan således fastsættes i national ret, at alle allerede opfyldte kontraktlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft, eller at annulleringens omfang begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt. I sidstnævnte tilfælde beslutter medlemsstaterne at anvende andre sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2.
3. Medlemsstaterne kan fastsætte, at den klageinstans, der er uafhængig af ordregiveren, kan undlade at betragte en kontrakt som værende uden virkning, selv om den er tildelt ulovligt af de i stk. 1 omhandlede årsager, hvis klageinstansen efter at have undersøgt alle relevante aspekter finder, at visse væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt at opretholde kontraktens virkninger. Medlemsstaterne skal i så fald fastsætte alternative sanktioner, jf. artikel 2e, stk. 2, der finder anvendelse i stedet.

   Økonomiske interesser i kontraktens effektive virkning kan kun anses som væsent-

lige hensyn, hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning.

Økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågældende kontrakt kan imidlertid ikke udgøre væsentlige hensyn til almenhedens interesser. Økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten omfatter bl.a. omkostninger som følge af forsinkelser med kontraktens opfyldelse, omkostninger som følge af indledningen af en ny udbudsprocedure, omkostninger som følge af udskiftningen af den økonomiske aktør, der udfører kontrakten, samt omkostninger i forbindelse med de retslige forpligtelser, der følger af, at kontrakten er uden virkning.

4. Medlemsstaterne fastsætter, at denne artikels stk. 1, litra a), ikke finder anvendelse, hvis
   - ordregiveren finder, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* er tilladt i henhold til direktiv 2004/17/EF
   - ordregiveren i *Den Europæiske Unions Tidende* har offentliggjort en bekendtgørelse, som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at ordregiveren agter at indgå kontrakten, og
   - kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.
5. Medlemsstaterne fastsætter, at denne artikels stk. 1, litra c), ikke finder anvendelse, hvis
   - ordregiveren finder, at tildelingen af en kontrakt er i overensstemmelse med artikel 15, stk. 5 og 6, i direktiv 2004/17/EF
   - ordregiveren har sendt en beslutning om tildeling af kontrakten sammen med en kort redegørelse for de grunde, der er omhandlet i dette direktivs artikel 2a, stk. 2, fjerde afsnit, første led, til de berørte tilbudsgivere, og
   - kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, inden udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.

Artikel 2e

Overtrædelser af dette direktiv og alternative sanktioner

1. I tilfælde, hvor artikel 1, stk. 5, artikel 2, stk. 3, eller artikel 2a, stk. 2, er overtrådt, og som ikke er omfattet af artikel 2d, stk. 1, litra b), skal medlemsstaterne fastsætte, at kontrakten er uden virkning i overensstemmelse med artikel 2d, stk. 1-3, eller fastsætte alternative sanktioner. Medlemsstaterne kan fastsætte, at klageinstansen, der er uafhængig af ordregiveren, efter at have vurderet alle relevante aspekter, skal beslutte, om kontrakten bør betragtes som værende uden virkning, eller om der bør fastsættes alternative sanktioner.
2. Alternative sanktioner skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning. Alternative sanktioner er:
   - bøder, ordregiveren idømmes, eller
   - afkortelse af kontraktens løbetid.

   Medlemsstaterne kan give klageinstansen vide skønsbeføjelser til at tage hensyn til alle relevante forhold, herunder hvor alvorlig overtrædelsen er, ordregiverens adfærd, og, i de i artikel 2d, stk. 2, omhandlede tilfælde, hvorvidt kontrakten fortsat gælder.

   Skadeserstatning er ikke en passende sanktion i henhold til dette stykke.

Artikel 2f

Frister

1. Medlemsstaterne kan fastsætte, at en klage i henhold til artikel 2d, stk. 1, skal indgives
   a) inden udløbet af mindst 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor
      - ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse om indgåede kontrakter i overensstemmelse med artikel 43 og 44 i direktiv 2004/17/EF, forudsat at en sådan bekendtgørelse indeholder begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, eller
      - ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere og ansøgere om indgåelsen af kontrakten, forudsat at

denne meddelelse indeholder en kort redegørelse for de relevante grunde, som omhandlet i artikel 49, stk. 2, i direktiv 2004/17/EF. Denne mulighed gælder også i tilfælde omhandlet i dette direktivs artikel 2b, litra c)

b) og i alle tilfælde inden udløbet af en periode på mindst seks måneder regnet fra dagen efter den dag, hvor kontrakten er indgået.

2. I alle andre tilfælde, herunder ved indgivelse af klager i overensstemmelse med artikel 2e, stk. 1, fastsættes tidsfristerne for indgivelse af klager i national ret, jf. dog artikel 2c.»

4) Artikel 3-7 erstattes af følgende:

«*Artikel 3a*

Indholdet af en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed

Den i artikel 2d, stk. 4, andet led, omhandlede bekendtgørelse, hvis format skal vedtages af Kommissionen efter proceduren i artikel 3b, stk. 2, skal indeholde følgende oplysninger:

a) ordregiverens navn og kontaktoplysninger
b) en beskrivelse af genstanden for kontrakten
c) begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende
d) navn på og kontaktoplysninger for den økonomiske aktør, som er blevet valgt i henhold til beslutningen om kontraktildeling, og
e) eventuelle andre oplysninger, som ordregiveren måtte finde nyttige.

Artikel 3b

Udvalgsprocedure

1. Kommissionen bistås af Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler, der er nedsat ved artikel 1 i Rådets afgørelse 71/306/EØF af 26. juli 1971 [14] (i det følgende benævnt «udvalget»).
2. Når der henvises til dette stykke, anvendes artikel 3 og 7 i Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28. juni 1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen [15], jf. dennes artikel 8.

5) Artikel 8 affattes således:

«*Artikel 8*

Interventionsmekanisme

1. Kommissionen kan påberåbe sig den i stk. 2-5 fastlagte procedure, når den før indgåelsen af en kontrakt finder, at der er begået en alvorlig overtrædelse af fællesskabsret vedrørende indgåelse af kontrakter i forbindelse med en udbudsprocedure, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17/EØF, eller for så vidt angår artikel 27, litra a), i nævnte direktiv, når det drejer sig om ordregivere, for hvilke denne bestemmelse finder anvendelse.
2. Kommissionen meddeler den pågældende medlemsstat grundene til, at den finder, at der er begået en alvorlig overtrædelse, og anmoder om, at den bringes til ophør ved passende midler.
3. Senest 21 kalenderdage efter modtagelsen af den i stk. 2 omhandlede meddelelse fremsender den pågældende medlemsstat til Kommissionen:
   a) en bekræftelse af, at overtrædelsen er bragt til ophør
   b) en begrundet konklusion med redegørelse for, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden, eller
   c) en meddelelse om, at den pågældende udbudsprocedure er blevet suspenderet, enten på ordregiverens eget initiativ eller som led i udøvelsen af de beføjelser, der er nævnt i artikel 2, stk. 1, litra a).
4. En begrundet konklusion i henhold til stk. 3, litra b), kan bl.a. være baseret på det forhold, at den påståede overtrædelse allerede er genstand for appel eller er indbragt for en instans som omhandlet i artikel 2, stk. 9. I så fald underretter medlemsstaten Kommissionen om resultatet af disse procedurer, så snart det er kendt.
5. Hvis der gives meddelelse om, at en udbudsprocedure er blevet suspenderet under de i stk. 3, litra c), fastsatte omstændigheder, giver medlemsstaten Kommissionen meddelelse om ophævelsen af suspensionen eller om indledningen af en anden udbudsprocedure, der helt eller delvis har tilknytning til den foregående procedure. Denne nye meddelelse skal indeholde en bekræftelse af, at den påståede overtrædelse er bragt til ophør, eller en begrundet konklusion med en redegørelse for, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden.»

6) Artikel 9-12 erstattes af følgende:

«Artikel 12

Gennemførelse

1. Kommissionen kan i samråd med udvalget anmode medlemsstaterne om at sende den oplysninger om anvendelsen af de nationale klageprocedurer.
2. Medlemsstaterne meddeler hvert år Kommissionen teksten til alle beslutninger, sammen med begrundelserne herfor, truffet af deres klageinstanser i overensstemmelse med artikel 2d, stk. 3.

Artikel 12a

Revision

Senest den 20. december 2012 evaluerer Kommissionen direktivets gennemførelse og aflægger rapport til Europa-Parlamentet og Rådet om dets effektivitet, herunder især om effektiviteten af de alternative sanktioner og tidsfristerne.»

7) Bilaget udgår.

Artikel 3

Gennemførelse

1. Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 20. december 2009. De underretter straks Kommissionen herom.

   Disse love og bestemmelser skal ved vedtagelsen indeholde en henvisning til dette direktiv eller skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for henvisningen fastsættes af medlemsstaterne.
2. Medlemsstaterne tilsender Kommissionen de vigtigste nationale retsforskrifter, som de udsteder på det område, der er omfattet af dette direktiv.

Artikel 4

Ikrafttræden

Dette direktiv træder i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende*.

Artikel 5

Adressater

Dette direktiv er rettet til medlemsstaterne.

Udfærdiget i Strasbourg, den 11. december 2007.

På Europa-Parlamentets vegne
H.-G. Pöttering
Formand

På Rådets vegne
M. Lobo Antunes
Formand

[1] EUT C 93 af 27.4.2007, s. 16.
[2] EUT C 146 af 30.6.2007, s. 69.
[3] Europa-Parlamentets udtalelse af 21.6.2007 (endnu ikke offentliggjort i EUT). Rådets afgørelse af 15.11.2007.
[4] EFT L 395 af 30.12.1989, s. 33. Ændret ved direktiv 92/50/EØF (EFT L 209 af 24.7.1992, s. 1).
[5] EFT L 76 af 23.3.1992, s. 14. Senest ændret ved direktiv 2006/97/EF (EUT L 363 af 20.12.2006, s. 107).
[6] EUT L 134 af 30.4.2004, s. 114. Senest ændret ved direktiv 2006/97/EF.
[7] EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1. Senest ændret ved direktiv 2006/97/EF.
[8] EFT L 184 af 17.7.1999, s. 23. Ændret ved afgørelse 2006/512/EF (EUT L 200 af 22.7.2006, s. 11).
[9] EUT C 321 af 31.12.2003, s. 1.
[10] EUT L 134 af 30.4.2004, s. 114. Senest ændret ved Rådets direktiv 2006/97/EF (EUT L 363 af 20.12.2006, s. 107).»
[11] EFT L 185 af 16.8.1971, s. 15. Ændret ved afgørelse 77/63/EØF (EFT L 13 af 15.1.1977, s. 15).
[12] EFT L 184 af 17.7.1999, s. 23. Ændret ved afgørelse 2006/512/EF (EUT L 200 af 22.7.2006, s. 11).»
[13] EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1. Senest ændret ved Rådets direktiv 2006/97/EF (EUT L 363 af 20.12.2006, s. 107).»
[14] EFT L 185 af 16.8.1971, s. 15. Ændret ved afgørelse 77/63/EØF (EFT L 13 af 15.1.1977, s. 15).
[15] EFT L 184 af 17.7.1999, s. 23. Ændret ved afgørelse 2006/512/EF (EUT L 200 af 22.7.2006, s. 11).»

Norges offentlige utredninger 2009 og 2010

Statsministeren:

Arbeids- og inkluderingsdepartementet:
Om grunnlaget for inntektsoppgjørene 2009. NOU 2009: 7.

Arbeidsdepartementet:
Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet. NOU 2010: 1.

Barne- og likestillingsdepartementet:
Farskap og annen morskap. NOU 2009: 5.
Tilstandsrapport ved salg av bolig: NOU 2009: 6.
Kompetanseutvikling i barnevernet. NOU 2009: 8.
Et helhetlig diskrimineringsvern. NOU 2009: 14.
Adopsjon – til barnets beste. NOU 2009: 21.
Det du gjør, gjør det helt. NOU 2009: 22.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet:

Finansdepartementet:
Kapital- og organisasjonsformer i sparebanksektoren mv. NOU 2009: 2.
Tiltak mot skatteunndragelser. NOU 2009: 4.
Fordelingsutvalget. NOU 2009: 10.
Bedre pensjonsordninger. NOU 2009: 13.
Globale miljøutfordringer – norsk politikk. NOU 2009: 16.

Fiskeri- og kystdepartementet:

Fornyings- og administrasjonsdepartementet:
Individ og integritet. NOU 2009: 1.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet:
Håndhevelse av offentlige anskaffelser. NOU 2010: 2.

Forsvarsdepartementet:

Helse- og omsorgsdepartementet:

Justis- og politidepartementet:
Lov om offentlige undersøkelseskommisjoner. NOU 2009: 9.
Kredittavtaler. NOU 2009: 11.
Et ansvarlig politi. NOU 2009: 12.
Skjult informasjon – åpen kontroll. NOU 2009: 15.
Ny grenselov. NOU 2009: 20.

Kommunal- og regionaldepartementet:
Sikring mot tap av felleskostnader i borettslag. NOU 2009: 17

Kulturdepartementet:

Kunnskapsdepartementet:
Rett til læring. NOU 2009: 18.

Landbruks- og matdepartementet:

Miljøverndepartementet:

Nærings- og handelsdepartementet:

Olje- og energidepartementet:

Samferdselsdepartementet:
På sikker veg. NOU 2009: 3.

Utenriksdepartementet:
Skatteparadis og utvikling. NOU 2009: 19.

Offentlige publikasjoner

Opplysninger om abonnement, løssalg og pris får man hos:
Fagbokforlaget
Postboks 6050, Postterminalen
5892 Bergen
E-post: offpub@fagbokforlaget.no
Telefon: 55 38 66 00
Faks: 55 38 66 01
www.fagbokforlaget.no/offpub

Publikasjonen er også tilgjengelig på
www.regjeringen.no

MILJØMERKET
TRYKKSAK FRA 07 OSLO 241 344