

Notat

Høringsnotat**Del I**

Forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser
og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Del II

Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser

DEL I

**FORSLAG TIL ENDRINGER I LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG
FORSKRIFT OM KLAGENEMND FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

1.	Innledning	4
2.	Lovens formål	4
3.	Omfattede oppdragsgivere.....	5
3.1	Offentligrettslige organer	5
3.2	Rettssubjekter i forsyningssektorene.....	5
4.	Universell utforming.....	6
5.	Sanksjonshjemmel	7
5.1	Bakgrunn	7
5.2	Former for regelbrudd som foreslås sanksjonert.....	8
5.3	Kretsen sanksjonen foreslås rettet mot.....	9
5.4	Forslag til sanksjonsmekanisme.....	9
5.5	Utforming av hjemmel for overtredelsesgebyr	10
5.5.1	Handlingsnorm	10
5.5.2	Skyldkrav	11
5.5.3	Beviskrav og bevisføringsplikt	12
5.5.4	Vurderingen av om overtredelsesgebyr skal ilegges	13
5.5.5	Utmåling av overtredelsesgebyr	13
5.5.6	Betalingsfrist.....	14
5.5.7	Hvem bør ha søksmålsbyrden?.....	14
5.5.8	Skal søksmål ha oppsettende virkning?	15
5.5.9	Tvangsfullbyrdelse	15
5.5.10	Foreldelse.....	16
5.5.11	Omfanget av domstolenes prøvelsesrett	16
5.5.12	Forholdet til Grunnloven § 96	17
5.5.13	Forholdet til EMK.....	18
5.6	Foreligger det rettslige hindringer mot å sanksjonere statsforvaltningen og mot at staten saksøker staten?	18
5.7	Håndhevingsorgan.....	19
5.8	Klageadgang.....	20
6.	Behovet for endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.....	21
6.1	Hvilke krav stilles til saksbehandlingen når et forvaltningsorgan skal ilegge sanksjoner?	21
6.2	Gjeldende saksbehandlingsregler for KOFA	21
6.3	Behov for endrede saksbehandlingsregler?.....	22
6.3.1	Hvem skal kunne klage til KOFA på ulovlige direkte anskaffelser?	22
6.3.2	Forhåndsvarsel om vedtak om overtredelsesgebyr.....	23
6.3.3	Plikt til å behandle alle saker	23
6.3.4	Rett til muntlig fremleggelse	23
6.3.5	Krav til saksbehandlingstid.....	24

6.3.6	Oppdragsgivers svarfrist	24
6.3.7	Disposisjonsprinsippet	25
6.3.8	Gebyr	25
7.	Økonomiske og administrative konsekvenser	25

VEDLEGG

- Lov om endring av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
- Forskrift om endring av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

1. INNLEDNING

Departementet fremmer her forslag til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Det foreslås en tilføyelse i lovens formålparagraf om at regelverket skal bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Det foreslås å gjøre noen mindre endringer i lovteksten knyttet til definisjonen av offentligrettslig organ og listingen av hvilke forsyningssektorer som omfattes av regelverket. Disse endringene gjøres av regeltekniske hensyn og medfører ingen realitetsendringer.

Som en oppfølging av regjeringens handlingsplan for økt tilgjengelighet for personer med nedsatt funksjonsevne, foreslås det at oppdragsgivere pålegges en plikt til å ta hensyn til universell utforming under planleggingen av anskaffelser.

Videre foreslås det å innføre en sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser. Det er avdekket en rekke alvorlige og omfattende brudd på regelverket, blant annet gjennom Riksrevisjonens rapporter. Bevisste og overlagte brudd på et regelverk som er overkommelig å forstå, kan ikke tillates. Innføring av et overtredelsesgebyr vil ha en klar preventiv effekt som sikrer større etterlevelse. Dette forslaget er også en oppfølging av AUDA-rapporten¹, som blant annet foreslo å innføre en slik sanksjon.

Det foreslås for øvrig at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr legges til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Dette medfører enkelte endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

Departementet tar sikte på at endringene skal tre i kraft 1. januar 2006.

2. LOVENS FORMÅL

Gjeldende formålparagraf fremhever målene om økt verdiskapning, effektiv ressursbruk, forretningsmessighet og likebehandling av leverandører:

"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."

¹ Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser av 31. mars 2003

Loven nevner imidlertid ikke at regelverket også er et sentralt virkemiddel for å hindre at offentlige innkjøp skjer på en måte som kan undergrave allmennhetens tillit. Dette hensynet er blant annet en viktig grunn til forslaget til ny sanksjonshjemmel mot ulovlige direkte anskaffelser, jf. kap. 5 nedenfor. Siden det offentlige foretar anskaffelser for over 200 milliarder kroner i året, er det særlig viktig at denne aktiviteten skjer på en måte som vekker tillit utad. Regelverket ivaretar med andre ord et aspekt som ikke kommer så godt frem i gjeldende regelverk. Departementet foreslår derfor følgende tillegg i formålsparagrafen i lov om offentlige anskaffelser:

"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."

En slik utvidelse av formålsparagrafen vil sende et klart signal om at krav til etisk adferd hos offentlige tjenestemenn er sentralt, også på området offentlige anskaffelser. Forslaget henger også sammen med forslaget regjeringen har fremmet i WTO om å innta habilitetsbestemmelser i WTO-avtalen for offentlige innkjøp, for å styrke det internasjonale regelverkets betydning i arbeidet mot korrupsjon og korrupsjonslignende praksis.

3. OMFATTEDE OPPDRAGSGIVERE

3.1 Offentligrettslige organer

Lovens § 2 første ledd regulerer hvilke oppdragsgivere som er omfattet av lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsens første ledd bokstav b handler om rettssubjekter som er *"kontrollert av offentlige organer og som tjener allmennheten og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter"*, og angir tre forhold som må være oppfylt for at offentlig kontroll skal anses å foreligge. I gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser § 1-2 (2), er det gitt en bestemmelse som materielt sett svarer til bestemmelsen i lovens § 2 første ledd b, men ordlyden er ulik. Ordlyden i forskriften er mest i samsvar med den tilsvarende ordlyd i EU-direktivene om offentlige anskaffelser. Departementet mener at dette kan skape tolkningstvill, og foreslår derfor å endre lovens § 2 første ledd bokstav b. Det foreslås å gjøre lovens bestemmelse mer overordnet, og at den nærmere beskrivelse av hva som er et offentligrettslig organ kun fastsettes i forskrift. Dette medfører endringer også andre steder i loven der det vises til definisjonen i lovens § 2 første ledd bokstav b. Disse henvisningene erstattes med *"offentligrettslige organer"*.

Endringene medfører ingen realitetsendringer med hensyn til hvilke rettssubjekter som omfattes av lov om offentlige anskaffelser.

3.2 Rettssubjekter i forsyningssektorene

Lovens § 2 første ledd bokstav c sier at loven gjelder for *"rettssubjekter som driver virksomhet innenfor sektorene vannforsyning, energi, transport eller telekommunikasjon..."*. I løpet av våren vil departementet sende på høring et forslag til ny

forskrift for forsyningssektorene, som implementerer direktiv 2004/17 EF av 31. mars 2004 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og posttjenester. Ved gjennomføringen av dette direktivet faller virksomheter innenfor telekommunikasjon utenfor anskaffelsesregelverket, mens posttjenester overføres fra klassisk sektor til forsyningssektorene. Implementeringen innebærer også en ny prosedyre (direktivets artikkel 30) som åpner for at kontrakter innenfor forsyningssektorene kan unntas fra regelverket dersom de opererer i et fritt marked som er undergitt alminnelige konkurransevilkår. Dersom en aktivitet unntas fra forsyningsforskriften med hjemmel i denne bestemmelsen, samtidig som loven fortsatt sier at rettssubjekter i den gitte sektoren omfattes av loven, vil lovens bestemmelser fortsatt gjelde. Det innebærer blant annet at de grunnleggende kravene i lovens § 5 vil gjøre at virksomheten fortsatt må følge visse anskaffelsesrettslige prinsipper, og kan klages inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). For å sikre at virksomheter som unntas etter direktivets artikkel 30 også unntas fra kravene i loven, i tråd med hensikten med bestemmelsen, uten å måtte gjennomføre lovendring, foreslås det at sektorene ikke lenger ramses opp i loven, men kun angis i forskrift. Det foreslås derfor at lovens § 2 første ledd bokstav c erstattes med en generell bestemmelse om at Kongen kan bestemme at loven skal gjelde for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser. Dette medfører også endringer i andre bestemmelser i loven, der sektorene listes opp. Opplistingene erstattes der med *"forsyningssektorene"*.

Endringene medfører ingen realitetsendringer med hensyn til hvilke rettssubjekter som omfattes av lov om offentlige anskaffelser.

4. UNIVERSELL UTFORMING

Regjeringen har i sin handlingsplan for økt tilgjengelighet for personer med nedsatt funksjonsevne, bestemt at hensynene bak universell utforming skal synliggjøres i anskaffelsesregelverket.

I begrepet "universell utforming" ligger det en ambisjon om at alle produkter, tjenester, bygninger og omgivelser skal planlegges slik at de kan brukes på like vilkår av så mange som overhodet mulig. Dette fordi fysisk tilgjengelighet ofte legger grunnlaget for sosial tilgjengelighet og deltagelse i samfunnet. Mange opplever å bli funksjonshemmet på grunn av de løsninger som velges.

Det vises til lovens § 6 som slår fast at oppdragsgiver skal ta hensyn til livssyklus-kostnader og miljømessige konsekvenser under planleggingen av hver enkelt anskaffelse. Plikten til å ta hensyn til livssyklus-kostnader og vurdere miljømessige konsekvenser i denne sammenheng, gjelder først og fremst beslutningen om hvilken løsning eller hvilket type produkt leverandører skal konkurrere om å levere.

Departementet mener at offentlige innkjøpere bør vurdere hensynet til universell utforming på samme måte som hensynet til miljø- og livssyklus-kostnader, når de gjør anskaffelser.

Det er sentralt at denne plikten blir lagt til planleggingsfasen, da det er i denne delen av anskaffelsesprosessen oppdragsgiver har best forutsetning til å vurdere hvilke hensyn og funksjoner anskaffelsen skal oppfylle. Forslaget legger ikke føringer på bestemte fremgangsmåter eller løsninger, men overlater til oppdragsgiver å vurdere hvordan hensynet til universell utforming best kan ivaretas. Bestemmelsen er generell og har en naturlig tilknytning til de overordnede krav til enhver anskaffelse, og er ikke betinget av anskaffelsesmåter, prosedyreregler eller terskelverdier. På enkelte områder vil imidlertid hensynet til funksjonshemmede ha liten eller ingen relevans. Dette kan for eksempel gjelde visse forsvarsanskaffelser. For slike anskaffelser vil plikten til å ta hensyn til universell utforming være oppfylt ved å konstantere at hensynet til universell utforming ikke er relevant for de funksjoner anskaffelsen skal oppfylle.

For å gi økt brukerforståelse om hva universell utforming innebærer blir begrepet forklart i forslaget til ny forskrift. Departementet tar også sikte på å gi rettledning om hvordan hensynet kan ivaretas i selve anskaffelsesprosessen, i den generelle veiledningen til regelverket.

5. SANKSJONSHJEMMEL

5.1 Bakgrunn

Innst.S. nr. 101 (2001-2002) behandlet Riksrevisjonens avdekking av manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser. Kontroll og konstitusjonskomiteen bemerket følgende:

”Komiteen ser videre alvorlig på at flere kontroller som er gjennomført på anskaffelsesområdet, viser manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser, både det nasjonale regelverket og EØS-reglene. Komiteen vil understreke betydningen av at regelverket blir etterlevd og forutsetter at de nødvendige tiltak blir iverksatt for å rette opp de påpekte forhold.”

Statistikk hentet ut fra den obligatoriske kunngjøringsdatabasen DOFFIN i 2002 styrket inntrykket av manglende regeletterlevelse. Nærings- og handelsdepartementet² valgte på denne bakgrunn å nedsette en arbeidsgruppe for å vurdere om sanksjonsreglene i lov om offentlige anskaffelser var tilstrekkelige til å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, eller om det burde innføres nye sanksjonsmekanismer. Arbeidsgruppen skulle videre utarbeide forslag til eventuelle nye sanksjonsregler.

Arbeidsgruppen viste til at det trolig var manglende forståelse og bevissthet om regelverket som lå bak de fleste tilfellene av ulovlige direkte anskaffelser. Arbeidsgruppen mente

² Nærings- og handelsdepartementet hadde forvaltningsansvaret for regelverket for offentlige anskaffelser inntil 18. juni 2004, da ansvaret ble overført til Moderniseringsministeren.

likevel at eksisterende sanksjonsmekanismer³ ikke er tilstrekkelige for å forhindre og motvirke de tilfeller der oppdragsgivere bevisst setter regelverket til side, og lanserte en rekke forslag til sanksjoner og tiltak⁴.

Forslagene ble sendt på høring. Høringsinstansene var svært blandet i sitt syn på rapporten. Flere var sterkt uenige i en rekke av de foreslåtte tiltakene. Særlig gjaldt dette forslaget om straff. Representanter fra både oppdragsgiver- og leverandørsiden uttrykte skepsis. Det store flertallet av høringsinstansene pekte også på at det trolig er manglende bevissthet og kunnskap om regelverket som er årsaken til mange ulovlige direkte anskaffelser. De ønsket fokus på kompetanseheving og regelforenkling fremfor innføring av sanksjoner.

I St.meld. nr. 15 (2004-2005) Om Konkurranspolitikken peker Moderniseringsdepartementet på at det vil følge opp AUDA-rapporten som en del av revisjonen av anskaffelsesregelverket for å presentere en pakkeløsning der regelforenkling, kompetansetiltak og virkemidler for etterlevelse blir sett i sammenheng. Videre står det følgende i konkurransemeldingen:

”Bevisste og overlagte brudd på et regelverk som er overkommelig å forstå og praktisere, kan ikke tillates. Regjeringen vil innføre egnede sanksjoner mot dette i det reviderte regelverket. Dette vil ha en klar preventiv virkning som sikrer større etterlevelse.”

På denne bakgrunn fremmer departementet nå forslag til innføring av sanksjonshjemmel mot brudd på anskaffelsesregelverket.

5.2 Former for regelbrudd som foreslås sanksjonert

AUDAs mandat var å vurdere om det bør innføres sanksjoner eller virkemidler for å motvirke ulovlige direkte anskaffelser. Departementet har i sitt arbeid reist spørsmålet om også andre regelbrudd bør sanksjoneres.

Når det gjelder andre regelbrudd enn ulovlige direkte anskaffelser får markedet kjennskap til anskaffelsene gjennom kunngjøringene. Denne kunnskapen bidrar til at markedet kan fungere som ”rettshåndhever”, i alle fall når det gjelder grovere brudd på regelverket. ”Rettshåndhevingen” i slike saker skjer i stor grad gjennom klager til KOFA. Når det gjelder systemsvikt hos oppdragsgivere uten at det begås klare og grove brudd på regelverket som markedet reagerer mot, fungerer Riksrevisjonen som vaktbikkje overfor

³ AUDA pekte på følgende eksisterende sanksjonsmuligheter; domstolene kan sette til side beslutninger truffet under en anskaffelsesprosedyre når kontrakt ikke er inngått, domstolene kan beslutte midlertidig forføyning når kontrakt ikke er inngått, mulkt i forsyningssektorene, erstatning, pålegg etter anskaffelsesforskriften § 3-11, tjenestelige sanksjoner, korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven og konkurranserettslige sanksjoner.

⁴ AUDA foreslo følgende sanksjoner og tiltak; straff, sivilrettslig bot, adgang for forvaltningen til å erklære kontrakter for ugyldige, protokollføring av direkte anskaffelser over kr 50 000, kunngjøringsplikt for direkte anskaffelser over kr 200 000.

statlige myndigheter. På bakgrunn av dette, og at det å innføre sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser i seg selv er et ganske stort skritt når det gjelder konsekvenser av brudd på regelverket - og således effektiviteten i håndhevingen, foreslår departementet at sanksjoner foreløpig bare skal rettes mot ulovlige direkte anskaffelser.

5.3 Kretsen sanksjonen foreslås rettet mot

Sanksjoner kan tenkes rettet både mot virksomhetene og mot de ansatte. Når det gjelder de ansatte mener departementet at det bør være opp til den enkelte virksomhet å vurdere eventuelle konsekvenser regelbrudd skal få. Dette er også i tråd med AUDAs vurdering. Det foreslås derfor at sanksjonen utelukkende rettes mot virksomhetene.

Videre foreslås det at sanksjonshjemmelen skal omfatte ulovlige direkte anskaffelser både i klassisk sektor og forsyningssektorene. AUDA synes utelukkende å fokusere på klassisk sektor, men departementet ser ingen avgjørende grunner til å forskjellsbehandle oppdragsgiverne i de to sektorene. Tvert i mot vil en beslutning om ikke å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser i forsyningssektorene, samtidig som vi innfører sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser i klassisk sektor, sende et signal om at det ikke er like viktig med overholdelse av regelverket i forsyningssektorene.

5.4 Forslag til sanksjonsmekanisme

AUDA foreslo følgende tre sanksjonsmekanismer:

- 1) straff mot grove og klare brudd,
- 2) hjemmel til å erklære kontrakter for ugyldige i visse tilfeller og
- 3) overtredelsesgebyr.

De fleste av høringsinstansene gikk sterkt mot forslaget om å innføre straff for brudd på regelverket. Blant annet uttrykte Regjeringsadvokaten at straff er et uproporsjonalt tiltak, og Justisdepartementet mente det ikke var fremlagt sterke nok argumenter for behovet for straffesanksjoner i tillegg til de administrative sanksjonene som var foreslått.

Departementet er enig i de innvendingene som kom mot forslaget om straff for brudd på anskaffelsesregelverket. I tillegg til at det er uproporsjonalt, vises det til at et av hovedpunktene i Sanksjonsutvalgets mandat⁵ var at bruken av straff bør reduseres. På bakgrunn av dette, samt de meget sterke innvendingene som kom mot forslaget, fremmes det ikke forslag om strafferettslige sanksjoner.

De fleste av høringsinstansene gikk også mot forslaget om å innføre hjemmel til å erklære kontrakter ugyldige i visse tilfeller. Departementet ser flere positive sider ved forslaget, som for eksempel at det gir mulighet til å rette opp uheldige situasjoner som oppstår ved at feil leverandør får kontrakten og at sanksjonen også rettes mot leverandørene, som da ikke kan prøve å dra fordeler av at oppdragsgiver foretar ulovlige direkte anskaffelser uten at det får negative konsekvenser for dem. Forslaget har imidlertid en del negative sider også.

⁵ NOU 2003:15 Fra bot til bedring

Blant annet kan det føre til usikkerhet for leverandørene som kan komme til å reservere seg mot å inngå avtaler med det offentlige i frykt for at oppdragsgiver ikke har gjort jobben sin. Videre er det uheldig at et forvaltningsorgan skal kunne erklære kontrakter ugyldige, da dette normalt er en oppgave for domstolene, samt at det vil medføre økte anskaffelseskostnader både for leverandører og oppdragsgivere. Departementet har på denne bakgrunn konkludert med at det ikke er ønskelig å fremme forslag om å innføre hjemmel for å erklære kontrakter ugyldige.

Når det gjaldt forslaget om å innføre hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr var høringsinstansene delte i synet. Samtidig var det flere høringsinstanser som så på forslaget som en kompromissløsning, eller det minste av flere onder. Positive sider ved forslaget er at det virker preventivt og vil kunne ta oppdragsgivere som bevisst sniker seg unna regelverket, samtidig som det ikke er så inngripende som straff. Videre er det en vanlig og mye brukt sanksjonsmekanisme. Uheldige konsekvenser av forslaget er at det vil innebære en intern omfordeling av offentlige midler som kan være i strid med politiske mål og at prøving av pålagte sanksjoner kan være dårlig bruk av offentlige ressurser. Videre kan det argumenteres med at ressursene som er nødvendig for å administrere overtredelsesgebyret kan brukes bedre ved støttende tiltak som rådgivning.

Siden formålet med anskaffelsesregelverket blant annet er å sikre at det offentlige gjør bedre innkjøp, mener departementet at det må legges til grunn at innføringen av et overtredelsesgebyr på sikt vil bidra til besparelser for det offentlige, slik at sanksjonen kan forsvares. Departementet foreslår på denne bakgrunn å innføre en lovhjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr.

5.5 Utforming av hjemmel for overtredelsesgebyr

5.5.1 Handlingsnorm

AUDA foreslo å knytte handlingsnormen direkte opp mot gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser § 11-2, som sier når det er adgang til å foreta direkte anskaffelser. Dette utelukker imidlertid sanksjonering av ulovlige direkte anskaffelser i forsyningssektorene. Det foreslås derfor å knytte sanksjonen opp mot ulovlige direkte anskaffelser generelt. Begrepet "ulovlige direkte anskaffelser" må følgelig defineres.

5.5.1.1 Definisjon av ulovlig direkte anskaffelse

En direkte anskaffelse defineres i gjeldende forskrift § 1-4 bokstav k som en "*anskaffelse som skjer ved direkte henvendelse til en eller flere leverandører.*" Ved en direkte anskaffelse skjer det altså ingen forutgående kunngjøring.

Hovedregelen i henhold til anskaffelsesforskriften er at alle anskaffelser skal skje på grunnlag av forutgående kunngjøring og konkurranse mellom et tilstrekkelig antall leverandører. Det foreligger imidlertid noen snevre unntakshjemler som i visse tilfeller gir oppdragsgiver rett til å foreta en direkte anskaffelse. Gjeldende forskrift § 1-3 (2) og (3) angir hvilke kontrakter forskriften ikke får anvendelse på, mens § 11-2, som er en nasjonal bestemmelse, hjemler adgang til direkte anskaffelser i visse tilfeller. For anskaffelser som

er over de såkalte EØS/WTO-terskelverdiene, og som ikke faller utenfor regelverket med hjemmel i § 1-3, ligger den eneste muligheten for å gjennomføre en anskaffelse uten forutgående kunngjøring, i den snevre unntakshjemmelen i anskaffelsesforskriften § 4-3 om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, og i forsyningsforskriften § 17 annet ledd. Disse bestemmelsenes innhold svarer langt på vei til innholdet i anskaffelsesforskriften § 11-2. I tillegg faller tjenestekonsesjoner og anskaffelser i egenregi utenfor regelverkets anvendelsesområde.

Tilfeller som ikke faller inn under noen av de nevnte unntakene må følge de ordinære anbudsreglene. Dersom ikke dette gjøres, og oppdragsgiver inngår kontrakt direkte med en leverandør, er anskaffelsen en ulovlig direkte anskaffelse.

Eksempler på ulovlige direkte anskaffelser er når:

- Oppdragsgiver splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under den nasjonale terskelverdien.
- Oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakt til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket.
- Oppdragsgiver benytter seg av rammeavtaler som andre oppdragsgivere lovlig har inngått, uten at kontrakten eller kunngjøringen lovlig rommer muligheten for at andre virksomheter enn de kontrakten er inngått med, kan gjøre bestillinger fra den.
- En anskaffelse skjer direkte fordi den feilaktig er definert som en tjenestekonsesjon, mens det egentlig er et kjøp som omfattes av anskaffelsesregelverket.

Det foreslås etter dette følgende definisjon av en ulovlig direkte anskaffelse:

”En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i denne loven eller i forskrifter gitt i medhold av loven.”

Da det ikke foreslås noen plikt til å kunngjøre anskaffelser under nasjonal terskelverdi jf. høringsnotatets del II kap. 4.3, innebærer dette at disse anskaffelsene ikke vil omfattes av sanksjonen. Brudd på regelverket under nasjonal terskelverdi vil fortsatt følge dagens ordning med klageadgang til KOFA, samt håndheving ved de ordinære domstoler.

5.5.2 Skyldkrav

Flertallet i AUDA foreslo at både forsettelige og uaktsomme overtredelser skulle omfattes av sanksjonen. Mindretallet mente at sanksjoner burde forbeholdes de forsettelige eller grovt uaktsomme overtredelser.

Adgang til å ilegge overtredelsesgebyr for uaktsomme overtredelser vil kunne bidra til en effektiv håndheving av anskaffelsesregelverket. På den annen side kan det tenkes situasjoner der oppdragsgiver ikke kan klandres for at det er blitt begått en feil. For eksempel vil en feilaktig tolking av unntakene i gjeldende anskaffelsesforskrift § 1-3 eller § 11-2 kunne føre til at man gjør en ulovlig direkte anskaffelse. For noen av disse

unntakene kan det være en berettiget tvil om rekkevidden av dem, og rettskildebildet er ofte komplekst. Dersom man kan dokumentere at man har gjort det som med rimelighet kan kreves for å avdekke unntakenes rekkevidde, og likevel trår feil, mener departementet at det etter omstendighetene kan være unnskyldelig. Dette taler for en viss tilbakeholdenhet med hensyn til hvor streng aktsomhetsnormen bør være, både med hensyn til jus og faktum. Videre er det grunn til å anta at en sanksjonsbestemmelse i seg selv vil ha stor preventiv effekt, slik at bestemmelsen som sådan vil bidra til en nedgang i antall ulovlige direkte anskaffelser. Departementet foreslår derfor at det skal kreves en kvalifisert uaktsomhet, det vil si grov uaktsomhet, før adgangen til å sanksjonere skal tre inn.

5.5.3 Beviskrav og bevisføringsplikt

Utgangspunktet er at domstolskontroll av administrative vedtak behandles etter tvistemålslovens regler. Tradisjonelt er kravene til bevisets styrke vesensforskjellig i sivil- og straffeprosessen. I sivile saker er utgangspunktet sannsynlighetsovervekt, det vil si at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn. Grunnen til dette er at partenes interesser i sivile saker normalt er motstridende, slik at et resultat til fordel for den ene parten normalt går ut over den andre parten.

Det foreligger imidlertid avvik fra hovedregelen om sannsynlighetsovervekt på enkelte rettsområder i sivilprosessen, der særlige hensyn taler for at man krever mer enn bare vanlig sannsynlighetsovervekt. Dette gjelder for det første i sakstyper der uriktig dom i en retning er verre enn uriktig dom i motsatt retning. Det samme gjelder der det er spørsmål om det foreligger et straffbart forhold eller annen form for sterkt klanderverdig forhold fra noen. Det er både i rettspraksis og teori lagt til grunn at det må stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at retten i en sivil sak skal kunne legge til grunn at det er begått et straffbart forhold eller at det foreligger et annet sterkt belastende faktum.

I straffeprosessen er den klare hovedregel at enhver rimelig og fornuftig tvil skal lede til frifinnelse.

Spørsmålet er om man ved saker om ulovlige direkte anskaffelser skal legge til grunn det alminnelige prinsippet i sivile saker – sannsynlighetsovervekt – eller om det er grunn til å stille strengere krav til bevisets styrke, for eksempel klar sannsynlighetsovervekt.

Begrunnelsen for å innføre overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser, er blant annet effektivitetshensyn. For strenge krav til bevisets styrke kan vanskeliggjøre håndhevelsen av regelverket. På den annen side må behovet for effektiv håndheving holdes opp mot hensynet til rettssikkerhet. Overtredelsesgebyret kan utgjøre store beløp, og har således visse likhetspunkter med strafferettslig bot.

I Konkurranselovutvalgets⁶ forslag til ny konkurranselov ble det foreslått at beviskravet for å ilegge overtredelsesgebyr mot brudd på loven, skulle være klar sannsynlighetsovervekt. Arbeids- og administrasjonsdepartementet mente imidlertid at det ikke var særlige hensyn i

⁶ NOU 2003: 12 Ny konkurranselov kap. 6.4.4

slike saker som tilsa at det skulle oppstilles spesielle krav til bevisets styrke. I saker om overtredelser av konkurranseloven vil samfunnets og forbrukernes interesse i riktig pris, stå mot foretakenes interesse i å ikke bli bøtelagt for noe de ikke har gjort. Departementet mente at denne avveiningen ikke burde vektet skjevt, med mindre vekt på hensynet til samfunnet og forbrukerne. Departementet la således sivilprosessens alminnelige beviskrav om sannsynlighetsovervekt til grunn for sitt lovforslag. Dette ble også resultatet av Stortingets behandling.

Regelverket om offentlige anskaffelser skal langt på vei fremme de samme formål som konkurranseloven, nemlig en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det taler for å legge til grunn samme beviskrav som i konkurranseloven. Det foreslås således at kravet til bevisets styrke skal være sannsynlighetsovervekt.

Når det gjelder bevisføringsplikten vil den påligge begge parter i saken. Oppdragsgiver har dessuten plikt til å sørge for at hensynet til gjennomskiktighet og etterprøvhbarhet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen. Dette gjøres blant annet gjennom protokoller og skriftlige begrunnelser. Hvis oppdragsgiver unnlater å oppfylle sin bevisføringsplikt, for eksempel ved å nekte å utlevere relevante dokumenter, vil dette etter omstendighetene kunne belastes oppdragsgiver ved bevisvurderingen.

5.5.4 Vurderingen av om overtredelsesgebyr skal ilegges

Departementet legger til grunn at det skal være opp til opp til håndhevingsorganets skjønn hvorvidt det skal ilegges en sanksjon etter at det er konstatert at vilkårene er tilstede (opportunitetsprinsippet). Det innebærer at etter at det er konstatert at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr er oppfylt, må det vurderes *om* gebyr skal ilegges. Denne avveiningen må etter departementets skjønn bero på en konkret helhetsvurdering. Det foreslås at det i vurderingen særlig skal legges vekt på størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, overtredelsens grovhet, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.

5.5.5 Utmåling av overtredelsesgebyr

Som en veiledende yttergrense for nivået på overtredelsesgebyret vurderte AUDA å sette en grense på 20 prosent av anskaffelsens verdi. Ved å ta utgangspunkt i kontraktens verdi vil botens størrelse kunne avspeile betydningen av lovovertrædelsen. Gruppen mente at bøter opptil 20 prosent først og fremst vil være aktuelt for anskaffelser der kontraktsbeløpet er lavt, for å virke tilstrekkelig preventivt. For større anskaffelser ble det antatt at bøtenivået generelt bør ligge langt lavere enn 20 prosent av anskaffelsesverdien, med mindre særskilte forhold tilsier noe annet. Innenfor dette taket mente den at botens størrelse må fastsettes etter en konkret helhetsvurdering. AUDA foreslo imidlertid ikke å ta en slik grense inn i lovteksten med den begrunnelse at bestemmelsen lovteknisk sett blir enklere uten yttergrenser og gir større fleksibilitet.

AUDA mente videre at det kan være grunn til å tro at det offentlige organet som beskyldes for lovovertrædelse først og fremst vil være bekymret for sin anseelse utad, dersom det fastslås at det har brutt loven, og at botens størrelse således ikke er det primære for å oppnå

den preventive effekt.

Departementet er enig med AUDA i at gebyrets størrelse bør fastsettes etter en konkret helhetsvurdering. Det foreslås her at en skal vektlegge de samme momenter som ved vurderingen av *om* overtredelsesgebyr skal ilegges. Det vil si at det særlig skal tas hensyn til størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, overtredelsens grovhet, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning.

Departementet foreslår videre at det fastsettes et tak for hvor stort overtredelsesgebyr som kan ilegges, blant annet for å sette noen ytre rammer for håndhevingsorganets kompetanse. AUDA drøftet som nevnt et tak på 20 prosent, men mente at gebyr i den størrelsesorden ville være mest aktuelt for de mindre anskaffelsene. Forslaget synes rimelig sett i forhold til gjeldende terskelverdi på kr. 200 000,-. Dette ville for eksempel gitt et gebyr på inntil kr. 60 000,- ved en ulovlig direkte anskaffelse på kr. 300 000,-. Siden taket på gebyret anses å være mest relevant for de mindre anskaffelsene, må vurderingen av hvor taket skal ligge, ses i forhold til forslaget om ny terskelverdi på kr. 500 000,- jf. høringsnotatets del II kap. 3. Med 20 prosent som tak vil en ulovlig direkte anskaffelse på for eksempel kr. 600 000,-, kunne gi et gebyr på inntil kr. 120 000,-. Etter departementets oppfatning er dette gebyrnivået noe i høyeste laget, særlig sett i forhold til at det antas at det i utgangspunktet ikke er behov for høye gebyr for å oppnå ønsket preventiv effekt. Det foreslås derfor at taket settes til 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Det foreslås at gebyret tilfaller statskassen.

5.5.6 Betalingsfrist

I Sanksjonsutvalgets forslag til mønsterbestemmelse for overtredelsesgebyr, foreslås en betalingsfrist på fire uker fra vedtaket ble truffet. I konkurranseloven er det fastsatt en betalingsfrist på to måneder etter at vedtaket er truffet.

Siden det ikke skal være klageadgang på vedtak om overtredelsesgebyr jf. kap. 5.8, mener departementet det bør gis en frist som er tilstrekkelig til at oppdragsgiver kan vurdere om de ønsker å prøve saken for domstolene. I tråd med ordningen i konkurranseloven foreslås derfor en betalingsfrist på to måneder fra vedtaket ble truffet.

5.5.7 Hvem bør ha søksmålsbyrden?

Den vanlige ordningen er at den som er misfornøyd med et forvaltningsvedtak, selv må reise sak for å få det prøvet. I strafferetten er ordningen at dersom en person nekter å vedta et forelegg, er det påtalemyndigheten som har ansvaret for å fremme saken for retten. Sanksjonsutvalget⁷ drøftet hvorvidt det bør innføres en tilsvarende ordning for administrative sanksjoner. Det ville i realiteten innebære at sanksjoner må vedtas av parten, enten uttrykkelig eller ved en form for passivitet, for å bli bindende.

⁷ NOU 2003: 15 Fra bot til bedring kap. 12.8.2

For den som har fått et vedtak mot seg er det åpenbart enklere om det offentlige har søksmålsbyrden. Hensynet til en effektiv håndheving taler imidlertid i motsatt retning. Man vil risikere at håndhevingsorganet unnlater å reise sak for eksempel på grunn av manglende ressurser, hvilket vil svekke sanksjonssystemets effektivitet. Dersom håndhevingsorganet pålegges å reise sak når en sanksjon ikke vedtas, er det dessuten en klar risiko for at det må reises en rekke saker som unødig belaster domstolene for å få iverksatt sanksjonen.

Sanksjonsutvalget fant at hensynet til effektivitet må føre til at hovedregelen bør være at den som har fått et vedtak mot seg, har ansvaret for å reise sak om sanksjonens lovlighet, i samsvar med den alminnelige regel om dette for forvaltningsavgjørelser ellers. Dette er også i samsvar med regelen i konkurranseloven. Departementet mener at ovennevnte hensyn også gjør seg gjeldende i saker etter anskaffelsesregelverket og foreslår derfor at den som ilegges et overtredelsesgebyr skal ha søksmålsbyrden.

5.5.8 Skal søksmål ha oppsettende virkning?

Oppsettende virkning innebærer at et vedtak ikke blir iverksatt. Spørsmålet er hvorvidt en part som går til sak for å prøve lovligheten av en sanksjon, ikke behøver oppfylle denne før saken er avgjort.

Etter dagens regler fører et søksmål ikke automatisk til at det gis oppsettende virkning. Forvaltningsloven § 42 gir imidlertid forvaltningen adgang til å beslutte utsatt iverksetting dersom parten eller annen med rettslig klageinteresse akter å gå til søksmål for å få prøvet vedtaket. En slik beslutning kan være aktuell dersom en gjennomføring av vedtaket vil ha inngripende ulemper for parten. I tråd med de vurderinger Sanksjonsutvalget har gjort⁸, mener departementet at denne sikkerhetsventilen er tilstrekkelig til å avbøte uheldige virkninger av iverksettelse av et overtredelsesgebyr. Det foreslås derfor ikke særskilte regler om oppsettende virkning.

5.5.9 Tvangsfullbyrdelse

Krav mot offentlig myndighet kan ifølge tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2 ikke tvangsfullbyrdes. Dette gjelder tilsvarende hvor virksomheten er organisert som forvaltningsorgan. Unntaket gjelder imidlertid ikke hvor statlig eller kommunal virksomhet er organisert som eget rettssubjekt. Tvangsfullbyrdelse kan følgelig skje der statlig virksomhet er skilt ut som et eget rettssubjekt, for eksempel Statoil Norge AS, og også der virksomheten er organisert etter lov 30. august 1991 nr. 71 om statsforetak (statsforetaksloven).

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

⁸ NOU 2003: 15 Fra bot til bedring kap. 12.8.5

Det er en tilsvarende regel i bestemmelsens annet ledd som omhandler pengekrav mot en kommune, fylkeskommune, et interkommunalt selskap, regionalt helseforetak eller helseforetak. Begrunnelsen bak unntaket for kommuner følger av forarbeidene til kommuneloven NOU 1990: 13 s. 396:

”Kreditorbeslag av en kommunes eller fylkeskommunes eiendeler vil i de fleste situasjoner føre til uakseptable konsekvenser for borgerne og kommunens eller fylkeskommunens virksomhet. Det vil lett føre til en forfordeling kreditorene imellom, fordi kommuner og fylkeskommuner ikke kan slås konkurs, noe som medfører at individuelle sikkerhetsrettigheter ikke kan omstøtes som ledd i et bredere oppgjør...”

På bakgrunn av dette foreslås det ikke å innføre særregler om tvangsfullbyrdelse av overtredelsesgebyr mot offentlige myndigheter.

For offentlige virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter og private virksomheter som er underlagt anskaffelsesregelverket, foreslås det at overtredelsesgebyret er tvangsgrunnlag for utlegg.

5.5.10 Foreldelse

AUDA foreslo en foreldelsesfrist på to år, blant annet på bakgrunn at det normalt vil være relativt enkelt å avdekke ulovlige direkte anskaffelser.

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. I tråd med AUDAs forslag foreslås derfor en foreldelsesfrist på to år. Fristen begynner å løpe når det lovstridige forholdet har opphørt. Dette vil normalt være når kontrakt er inngått. Fristen avbrytes ved at håndhevingsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

5.5.11 Omfanget av domstolenes prøvelsesrett

Utgangspunktet er at domstolene har kompetanse til å vurdere hvorvidt et forvaltningsvedtak er ugyldig. Det innebærer en rett til å prøve det faktiske grunnlaget for avgjørelsen, hvorvidt lovanvendelsen er korrekt og hvorvidt det foreligger saksbehandlingsfeil, herunder myndighetsmisbruk. Gjennom rettspraksis er det imidlertid innført begrensninger i prøvelsesretten når det gjelder det skjønne forvaltningen har utøvet. Dette er blant annet begrunnet med at visse saker kan ha et politisk eller faglig tilsnitt som det ikke er naturlig at domstolene overprøver.

Selve ileggelsen av et overtredelsesgebyr vil være strengt lovbundet. Man kan vanskelig tenke seg at det er et element av fritt forvaltningsskjønn i hvorvidt vilkårene for å ilegge en sanksjon er oppfylt. Det innebærer at domstolene alltid vil kunne prøve dette spørsmålet.

Det er et særskilt spørsmål hvorvidt domstolen skal kunne overprøve utmålingen av sanksjonen eller fastsette en annen sanksjon enn forvaltningen. Det normale ved overprøving av forvaltningsvedtak er at domstolen nøyer seg med å konstatere hvorvidt vedtaket er gyldig eller ugyldig. I konkurranseloven er det imidlertid bestemt at retten kan prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse. Rettens kompetanse tilsvarer der departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Noen begrunnelse for dette synes ikke å fremgå av forarbeidene, men siden det gjelder gebyrer som kan komme opp i betydelige størrelser, synes det rimelig at også nivået på gebyret kan prøves av domstolene. Som i straffesaker der det idømmes bøter, vil domstolene da ha en rolle i å fastsette eller bekrefte et nivå for sanksjonene for overtredelser på det aktuelle feltet. Et annet viktig moment er at det ikke er noen forvaltningsrettslig klageadgang på vedtakene.

Konkurranselovens regel innebærer også at domstolene kan prøve *hvorvidt* et overtredelsesgebyr skal ilegges. Dette beror normalt på et fritt skjønn, slik at domstolene ikke kan prøve spørsmålet med mindre det har foregått myndighetsmisbruk. Det vil for eksempel være tilfelle dersom det ilegges en sanksjon samtidig som det foreligger en fast praksis som går ut på ikke å ilegge sanksjoner i andre, likeartede tilfelle.

Sanksjonsutvalget foreslo ikke særregler om domstolenes prøvingsrett i forhold til forvaltningens frie skjønn. Etter utvalgets syn burde det imidlertid ikke settes absolutte skranker mot at domstolene prøver størrelsen av et overtredelsesgebyr. Det ble i den sammenheng vist til gebyrer der forvaltningen har foretatt et individuelt skjønn, i motsetning til å ha fastsatt et gebyr etter faste satser. I førstnevnte tilfelle ble det antatt å være mer nærliggende at domstolene overprøver nivået.

På bakgrunn av det ikke vil være noen ordinær klageadgang på vedtak om overtredelsesgebyr, jf. kap 5.8 nedenfor, mener departementet at det er viktig at domstolene får en rolle i å fastsette eller bekrefte et nivå for gebyret. Det er da naturlig at domstolene også kan fastsette et nytt gebyr. Når det gjelder spørsmålet om domstolene også skal kunne prøve skjønnet med hensyn til *om* overtredelsesgebyr skal ilegges, ser departementet ingen gode argumenter for å ha en annen regel her enn man har i konkurranseloven. Det foreslås følgelig at domstolene også gis adgang til å overprøve dette skjønnet. Retten gis med andre ord adgang til å prøve alle sider av saken.

5.5.12 Forholdet til Grunnloven § 96

Det har vært reist spørsmål ved om administrativt ilagt sanksjoner som overtredelsesgebyr står seg i forhold til forbudet i Grunnloven § 96 mot straff uten dom. Etter departementets vurdering går det foreslåtte overtredelsesgebyret klar av forbudet, og det vises i den sammenheng til Sanksjonsutvalgets drøftelse av forholdet mellom sivile sanksjoner og Grunnloven § 96 i NOU 2003: 15 side 57 og 58.

5.5.13 Forholdet til EMK

Den norske oversettelsen av EMK artikkel 6 nr. 1 lyder:

”For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller en straffesiktelse mot seg, har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol.”

Begrepet ”straffesiktelse” i EMK artikkel 6 er autonomt. Det vil si at den norske klassifiseringen ikke er avgjørende. Etter konvensjonsorganenes praksis avhenger løsningen av overtredelsens karakter og sanksjonens innhold og alvor. Administrative økonomiske sanksjoner vil være å anse som straffesiktelse i konvensjonens forstand. Dette innebærer ikke uten videre at konvensjonen krever at sivilrettslige reaksjoner skal fastsettes eller overprøves av en domstol i norsk prosessuell forstand. Høyesterett har tolket EMK artikkel 6 slik at det avgjørende er om kravene til uavhengighet og saksbehandling i EMK artikkel 6 er oppfylt, se Rt. 2001 side 1123. Det vil på dette grunnlag neppe være i strid med konvensjonen at vedtaksmyndigheten legges til en uavhengig nemnd, jf. kap. 5.7 nedenfor.

5.6 Foreligger det rettslige hindringer mot å sanksjonere statsforvaltningen og mot at staten saksøker staten?

I Ot.prp.nr.49 (1983-1984) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. ble det blant annet drøftet om det var noen konstitusjonelle hinder for å straffe staten og om staten kan ilegges tvangsmulkt:

”Det har vært reist spørsmål om det er noen generelle konstitusjonelle hinder for å straffe staten. Man har da i første rekke vurdert om Grunnlovens §86 kan være et slikt hinder. Ifølge denne bestemmelsen kan statsråden ilegges straff bare gjennom riksrett. Det må her understrekes at det er et objektivt straffansvar for staten som ønskes innført, ikke et personlig straffansvar for statsråden. Da man i slike tilfeller ikke ilegges statsråden straff, brytes ikke regelen om at personlig ansvar for statsråden bare kan gjøres gjeldende for riksrett. På denne bakgrunn er departementet av den oppfatning at Grunnlovens §86 ikke er til hinder for å ilegge staten straff.

Det vil kunne hevdes at det ikke er i overensstemmelse med maktfordelingsprinsippet i grunnloven om staten gjennom domstolene skulle kunne straffe seg selv. Til dette kan det hevdes at lover etter sitt virkeområde i alminnelighet også gjelder overfor staten. Når en lov som arbeidsmiljøloven stiller visse bestemte krav, og disse også er rettet mot staten, så er nettopp arbeidsmiljøforholdene unndratt politisk styring. Dersom de politiske myndigheter ikke ønsker at loven skal få anvendelse i staten, må staten gjennom den politiske prosess unntas fra hele eller deler av loven. Dette fører til at det ikke er noe i veien for å straffe staten, som juridisk person, dersom staten overtrer lovens bestemmelser. I disse tilfellene vil ikke domstolene gripe inn i den politiske beslutningsprosess, men bare behandle staten som den ville ha behandlet enhver annen arbeidsgiver/bedrift som måtte bli tiltalt.

Departementet kan etter dette ikke se at det vil være i strid med konstitusjonelle regler om det vedtas regler som uttrykkelig åpner for straff mot staten som sådan. (...)

Departementet finner det prinsipielt uheldig med en forskjellsbehandling mellom staten og annen offentlig eller privat virksomhet ved bruk av tvangsmulkt. Dels ser man det som sentralt at loven skal virke likt for all virksomhet. Dels vil bruk av tvangsmulkt i visse situasjoner utvilsomt ha en positiv preventiv effekt overfor ledere av statlige virksomheter.

Departementet mener at staten, resten av det offentlige og den private sektor bør stilles likt når det gjelder bruk av tvangsmulkt. For øvrig kan det vises til de grunner som ovenfor er anført for straffansvar for staten.

Departementet er videre av den mening at de subjekter som skal kunne ilegges straff etter §87, også bør kunne ilegges tvangsmulkt etter §78.”

Lovforslaget ble vedtatt av Stortinget. Det må etter dette kunne legges til grunn at når staten kan straffes og ilegges tvangsmulkt, må den også kunne ilegges et administrativt gebyr.

Dersom en oppdragsgiver som er en del av statsforvaltningen ønsker å prøve gyldigheten av et vedtak for domstolene, innebærer det at staten saksøker staten. Av hensyn til rettsikkerheten til den enkelte oppdragsgiver, særlig med henblikk på at det ikke foreslås noen forvaltningsrettslig klageadgang jf. kap. 5.8, må det etter departementets oppfatning være adgang til dette. Det synes heller ikke å være noe rettslig i veien for dette.

5.7 Håndhevingsorgan

AUDA vurderte Konkurransetilsynet og KOFA som mulige håndhevingsorganer. På bakgrunn av at KOFA på det tidspunktet bare hadde vært i virksomhet noen få måneder, anså imidlertid ikke arbeidsgruppen det som hensiktsmessig å vurdere spørsmålet om dens kompetanse. Den foreslo i stedet at Konkurransetilsynet skulle være håndhevingsorgan. Dette hadde også sammenheng med at den foreslo at Konkurransetilsynet skulle være tilsynsorgan i forhold til ulovlige direkte anskaffelser.

Et moment som taler for at Konkurransetilsynet gis kompetanse som håndhevingsorgan, er at det i forbindelse med myndigheten til å vedta overtredelsesgebyr etter konkurranseloven har etablert de administrative rutineene som er nødvendig for å håndtere dette. Det er imidlertid viktige argumenter som taler mot å legge myndigheten til tilsynet. Først og fremst vil man kunne få uklare ansvarsforhold mellom Konkurransetilsynet og KOFA, samtidig som det blir enda flere aktører å forholde seg til både for oppdragsgivere og leverandører. Videre mangler tilsynet kompetanse på fagområdet, hvilket er ressurskrevende å bygge opp.

Når det gjelder KOFA som håndhevelsesorgan, har den allerede betydelig faglig kompetanse på området. Nemnda har fungert i over to år og dens uttalelser har vist seg å gi viktige bidrag til regelavklaring og heving av kompetansenivået. Selv om dens uttalelser ikke er bindende, har nemnda befestet sin posisjon og må anses å være allment kjent blant både innkjøpere og leverandører. Dette taler for at det bør bygges videre på den kompetanse og posisjon som KOFA har opparbeidet seg. Videre vil en slik løsning hindre at det oppstår rolleproblemer mellom KOFA og Konkurransetilsynet. Nemnda har imidlertid behov for et noe utvidet apparat til å håndtere det administrative knyttet til overtredelsesgebyr. Da nemndas sekretariat fra og med 1. mars 2005 er samlokalisert med Konkurransetilsynet, samtidig som tilsynet har overtatt det administrative ansvaret for KOFA, vil den kunne trekke på ressurser herfra i den forbindelse.

Departementet mener at det totalt sett er flest argumenter som taler for at håndhevelsesmyndigheten bør legges til KOFA fremfor Konkurransetilsynet, og foreslår følgelig KOFA som håndhevingsorgan. Nemndas utvidede kompetanse vil fremgå av et tillegg i lovens § 7a som hjemler opprettelsen av KOFA.

Forslaget legger for øvrig ikke opp til at KOFA skal ha en generell tilsynsrolle i den forstand at den kan ta opp saker av eget tiltak. Begrunnelsen er at man ved å gi klagenemnda en funksjon hvor de selv tar opp saker, kan svekke tilliten til KOFA som et nøytralt organ. Den vil da bli både ”påtalemyndighet” og ”domstol”. Nemnda slik den fungerer i dag, der en sak må klages inn, oppfattes å være en effektiv håndhevelsesordning som også bidrar til regelavklaring og kompetanseheving. Departementet antar dessuten at innføring av overtredelsesgebyr og en utvidet krets av klageberettigede, jf. kap. 6.3.1, ytterligere vil styrke håndhevingen av regelverket.

5.8 Klageadgang

Utgangspunktet etter forvaltningsloven § 28 er at det skal være klageadgang på forvaltningsvedtak. Vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven kan imidlertid ikke påklages. Den som vil prøve et slikt vedtak må gå til søksmål mot staten. Retten kan da prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse, slik som ved en forvaltningsmessig klagebehandling. Arbeids- og administrasjonsdepartementets begrunnelse for ikke å åpne for klageadgang til departementet, var at det anså domstolen som bedre egnet enn departementet til å behandle disse sakene, jf. Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven). Her argumenteres det med at når partene kan bringe saken direkte inn for domstolene vil de få en endelig avgjørelse på et tidligere tidspunkt, enn hvis de hadde vært nødt til å gå veien om departementet. Videre anføres det at partene i saker om overtredelsesgebyr trolig har større tillitt til prosessen ved en domstol, enn ved klagebehandling i departementet. Rettssikkerhetsmessige hensyn talte altså her for at domstolene, og ikke departementet, behandler sakene i annen instans.

Departementet mener at ovennevnte hensyn også gjør seg gjeldende ved overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser. Det vises spesielt til hensynet til at partene trolig vil ha større tillitt til prosessen ved en domstol enn ved en klagebehandling i

departementet. Blant annet er det nærliggende å tenke seg rolleproblemer med gebyrer som ilegges av departementet mot statlige og kommunale myndigheter, samt at departementet i en slik situasjon kan bli utsatt for politisk påvirkning. Det foreslås derfor at det ikke skal være forvaltningsrettslig klageadgang på vedtak om overtredelsesgebyr.

6. BEHOVET FOR ENDRINGER I FORSKRIFT OM KLAGENEMND FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

6.1 Hvilke krav stilles til saksbehandlingen når et forvaltningsorgan skal ilegge sanksjoner?

Når et forvaltningsorgan skal ilegge sanksjoner, gjelder i utgangspunktet de samme krav til saksbehandlingen som når organet behandler andre typer enkeltvedtak. Dette innebærer eksempelvis at parten skal motta et forhåndsvarsel som gjør greie for hva saken gjelder, samt gis anledning til å uttale seg og til å se sakens dokumenter, før forvaltningen ilegger en administrativ sanksjon. Videre må forvaltningen utrede og bearbeide saken til den er ”så godt opplyst som mulig” før avgjørelse treffes. Vedtak om ileggelse av sanksjoner skal være skriftlig og begrunnet. Begrunnelsen skal redegjøre for hvilke faktiske forhold og regler vedtaket bygger på, og helst også de hovedhensyn som har gjort seg gjeldende ved eventuelle skjønsmessige vurderinger. Partene skal underrettes om vedtaket så snart som mulig.

Sanksjonsutvalget drøftet om det er behov for særskilte saksbehandlingsregler for sanksjonssaker, og hva disse eventuelt skal gå ut på. Vurderingene berører to hovedproblemstillinger: 1) gir de alminnelige saksbehandlingsreglene tilstrekkelig vern for den som sanksjonen skal rettes mot, og 2) sikrer de alminnelige reglene forvaltningen tilstrekkelig handlingsrom til at den kan sanksjonere effektivt. Utvalget fant ikke grunnlag for å foreslå endrede saksbehandlingsregler for sanksjonssaker.

6.2 Gjeldende saksbehandlingsregler for KOFA

Klage til KOFA kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av en unnløstelse, handling eller beslutning. Saksbehandlingen er skriftlig. Innklagede gjøres snarest mulig kjent med at klage er innkommet, og gis samtidig en frist for å komme med skriftlig tilsvare. Etter at tilsvaret er meddelt klageren, gis han en frist til å kommentere tilsvaret. Partene kan få adgang til å kommentere saken ytterligere dersom den ikke anses tilstrekkelig opplyst. Deretter tas saken opp til avgjørelse.

Klagenemnda settes med tre medlemmer ved behandlingen av den enkelte sak. Nemndas rådslagning skjer i møte. Uttalelsen skal være skriftlig og begrunnet, og angi hvilke regler som eventuelt er brutt og hvilke omstendigheter som representerer et slikt brudd.

Partene har rett til innsyn i alle dokumenter som fremlegges, og nemndas uttalelser er offentlige. For øvrig gjelder forvaltningsloven kap. I til III for nemndas virksomhet.

6.3 Behov for endrede saksbehandlingsregler?

Da nemnda nå får kompetanse til å fatte enkeltvedtak, må det legges til grunn at hele forvaltningsloven gjelder, med mindre andre regler er gitt i medhold av lov om offentlige anskaffelser § 7a tredje ledd. Spørsmålet blir da om adgangen for KOFA til å ilegge overtredelsesgebyr bør medføre andre krav til saksbehandlingen enn det som følger av forvaltningsloven og KOFA-forskriften.

6.3.1 Hvem skal kunne klage til KOFA på ulovlige direkte anskaffelser?

Ifølge KOFA-forskriften § 6 kan klage fremsettes av enhver som har saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten av anskaffelsen. I dette ligger det at leverandører som har deltatt i en konkurranse om offentlige anskaffelser har klageadgang. Det samme gjelder leverandører som ønsker å delta i en konkurranse, men som mener at han på ulovlig vis har mistet muligheten til å delta. Organisasjoner er gitt selvstendig klagemulighet, forutsatt at de har tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsen til at det kan sies å foreligge en saklig klageinteresse.

KOFA behandler også i dag saker om ulovlige direkte anskaffelser. Spørsmålet er om kretsen av klageberettigede skal utvides i denne typen saker, herunder om det skal være adgang til å tipse anonymt.

AUDA vurderte behovet for anonymitet for en som klager på en ulovlig direkte anskaffelse. Gruppen anbefalte at den som tipser gis anledning til å være anonym i samme utstrekning som i konkurransesaker. Dette begrunnes blant annet med at leverandører frykter at de ikke vil bli tildelt kontrakt ved neste konkurranse, og at de derfor vil avholde seg fra å klage hvis de ikke kan være anonyme.

En viktig forskjell mellom saker etter konkurranseloven og saker om ulovlige direkte anskaffelser, er at førstnevnte gjennomgående vil være vanskeligere å avdekke. Eksempelvis er det vanskeligere å oppdage konkurransebegrensende samarbeid mellom foretak, enn at en virksomhet har foretatt en direkte anskaffelse. For å avdekke førstnevnte vil man typisk være avhengig av tips fra ”innsiden”. Når det gjelder offentlige virksomheters anskaffelser vil disse fremgå av postlistene ved journalføringen av protokoller, samt at det vil fremgå av virksomhetens regnskaper, hvilket Riksrevisjonen, Kommunerevisjonen etc, kan etterkontrollere. Oppdagelsesrisikoen er med andre ord vesentlig større.

Videre taler hensynet til rettssikkerhet mot anonymitet, da det kan gjøre det vanskeligere for den innklagede å bestride de fremsatte påstandene og klagerens troverdighet. Det kan også tenkes at den som tipser ikke har beskyttelsesverdige motiver for å klage på en oppdragsgiver, for eksempel et ønske om å skade denne.

Departementet mener at det totalt sett ikke foreligger tilstrekkelig sterke grunner til å åpne for at klagere kan være anonyme. Hensyn til rettssikkerheten, samt å sikre en viss seriøsitet bak klagen til KOFA, må her veie tyngst.

Departementet mener likevel at kretsen av klageberettigede bør utvides til å omfatte *enhver*, slik at for eksempel en lokalpolitiker eller kommuneansatt som får kjennskap til regelbrudd i kommunen kan bringe saken inn for KOFA, enten selv eller gjennom en organisasjon. Det innebærer at det ikke kreves noen saklig interesse i saken, og hensikten er at dette skal kunne bidra til at flere ulovlige direkte anskaffelser avdekkes.

Departementet ser imidlertid ikke grunn til å utvide klageadgangen *generelt* til å omfatte enhver, og foreslår at denne utvidelsen av kretsen av klageberettigede begrenses til saker om ulovlige direkte anskaffelser.

6.3.2 Forhåndsvarsel om vedtak om overtredelsesgebyr

I henhold til forvaltningsloven § 16 skal en *”part som ikke allerede ved søknad eller på annen måte har uttalt seg i saken [...] varsles før vedtak treffes og gis høve til å uttale seg innen en nærmere angitt frist”*. Som nevnt følger det allerede av KOFA-forskriften at parten skal motta et forhåndsvarsel som gjør greie for hva saken gjelder, samt gis anledning til å inngi skriftlig tilsvare innen en fastsatt frist. Spørsmålet er om dette anses tilstrekkelig som forhåndsvarsel, eller om det også kreves at oppdragsgiver – etter at nemnda har vurdert saken – får et varsel om mulig ileggelse av overtredelsesgebyr.

Etter departementets oppfatning må KOFA i det første varselet til oppdragsgiver gjøre oppmerksom på eventuelle konsekvenser dersom nemnda skulle komme til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse som fyller vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr. Oppdragsgiver har da fått varsel om hva slags vedtak som kan bli truffet, og må komme med de alle bemerkninger og den dokumentasjon som er relevant for saken. Departementet kan ikke se at det er behov for ytterligere varsel om nemndas vurdering av saken. Det følger dessuten av gjeldende forskrift at dersom saken ikke anses tilstrekkelig opplyst etter at partene har fått kommet med sine merknader, skal partene gis anledning til å kommentere saken ytterligere. Departementet mener følgelig at det ikke er grunnlag for å stille ytterligere krav til varsel enn det som følger av gjeldende regler i KOFA-forskriften.

6.3.3 Plikt til å behandle alle saker

Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr og utvidelsen av kretsen av klageberettigede, kan lede til en økning av antall klager. Spørsmålet er om de fortsatt skal ha plikt til å behandle alle klagen de mottar, eller om det skal være opp til nemnda å prioritere sine ressurser.

I følge KOFA-forskriften § 9 avgjør sekretariatet om en klage skal tas til behandling, og kan avvise klager som er ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling. Departementet antar at denne adgangen til å avvise saker er tilstrekkelig. Følgelig foreslås det at nemnda fortsatt skal ha plikt til å behandle alle saker som ikke kan avvises med hjemmel i forskriftens § 9.

6.3.4 Rett til muntlig fremleggelse

Ved domstolsbehandling har partene som hovedregel anledning til å fremføre sin sak muntlig overfor den instans som skal avgjøre saken. Også i forvaltningsprosessen er det et visst rom for muntlig kontakt. Forvaltningsloven § 11d fastsetter at *”[i] den utstrekning en*

forsvarlig utførelse av tjenesten tillater det, skal en part som har saklig grunn for det, gis adgang til å tale muntlig med en tjenestemann ved det forvaltningsorgan som behandler saken.” Bestemmelsen gir ikke parten rett til å møte den eller dem som konkret skal treffe avgjørelsen, men tjenestemannen skal så vidt mulig nedtegne det parten har fremført og legge det til sakens dokumenter.

Sanksjonsutvalget vurderte om det bør lovfestes en rett til muntlig fremleggelse overfor selve vedtaksinstansen i saker om administrative sanksjoner⁹. Utvalget konkluderte med at det ikke er ønskelig å lovfeste en slik rett, blant annet på bakgrunn av at muntlighet kan innebære at man mister mye av den effektivitetsgevinst som antas å kunne ligge i administrative sanksjoner fremfor tradisjonell straffeforfølgning. Det ble også anført at tillitt kan skapes og opprettholdes gjennom god skriftlig kommunikasjon. For øvrig antas den anledning som gis til muntlig kontakt etter forvaltningsloven § 11d generelt å være tilstrekkelig til å tilfredsstille kravene etter EMK.

Departementet kan ikke se at det foreligger særlige hensyn som tilsier en annen konklusjon i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser. Det foreslås derfor ingen rett til muntlig fremleggelse av saken ut over det som følger av forvaltningsloven § 11d.

6.3.5 Krav til saksbehandlingstid

For den som kan bli møtt med sanksjoner, er det gjerne viktig at saken avsluttes raskt. Forvaltningsloven § 11a slår fast at saker skal behandles og avgjøres *”uten ugrunnet opphold”*. Sanksjonsutvalget har vurdert om det bør fastsettes bestemte maksimaltider for sanksjonssaker. Av hensyn til at det kan være store variasjoner med hensyn til kompleksitet og omfang innenfor sanksjonssakene, fant de at det ikke er hensiktsmessig å fastsette en saksbehandlingsfrist. Forvaltningsloven § 11a anses tilstrekkelig. Departementet kan ikke se at det foreligger særlige hensyn som tilsier en annen konklusjon i saker om ileggelse av overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser, og foreslår derfor ikke andre krav til saksbehandlingstid enn det som følger av forvaltningsloven § 11a.

6.3.6 Oppdragsgivers svarfrist

I forhåndsvarselet etter forskriften § 10 settes det i dag en frist for å komme med tilsvarende, som i følge forskriften *”ikke bør overstige 14 virkedager fra innklagede har mottatt sakens dokumenter”*. I saker der sanksjon kan ilegges, kan dette synes å være noe kort tid. Anskaffelsen kan ligge inntil to år tilbake i tid, og oppdragsgiver må få tid til å fremskaffe dokumentasjon, få kontakt med de som gjorde anskaffelsen (vedkommende kan ha byttet arbeidsgiver) og til å benytte juridisk ekspertise. Dessuten er kontrakt allerede inngått i disse sakene, slik at hensynet til rask behandling ikke er like stort her som i en del andre saker. Av hensyn til at oppdragsgiver skal få tilstrekkelig med tid til å kunne tilbakevise påstanden om ulovlig direkte anskaffelse, bør oppdragsgiver i disse sakene få noe lenger frist enn 14 dager til å inngi tilsvarende. Det foreslås derfor at fristen skal være fire uker.

⁹ NOU 2003: 15 kap. 12.7.3

6.3.7 Disposisjonsprinsippet

Behandlingen av klager i KOFA bygger på det såkalt disposisjonsprinsippet, som blant annet innebærer at partene har herredømme over gjenstanden for prosessen. Dette kommer til uttrykk i forskriftens § 12 tredje ledd andre punktum, der det heter at ”[k]lagenemnda kan ikke gå utenfor partenes anførsler og påstander”. I praksis innebærer dette for eksempel at dersom klager bare krever å få fastslått et rettsstridsspørsmål, kan ikke KOFA av eget tiltak vurdere spørsmålet om inngrep i anskaffelsesprosedyren.

I saker om ulovlige direkte anskaffelser vil dette innebære at dersom det fremsettes en klage, uten at klager ber om at oppdragsgiver skal ilegges et overtredelsesgebyr, har ikke KOFA kompetanse til å ilegge slikt gebyr. Dette er etter departementets oppfatning uheldig. Det kan for eksempel være at en leverandør glemmer å be om at oppdragsgiver skal ilegges et slikt gebyr, eller at vedkommende er redd for konsekvensene av å fremsette en slik begjæring. Det foreslås derfor at nemnda gis kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, selv om klager ikke har nedlagt påstand om dette.

6.3.8 Gebyr

I henhold til KOFA-forskriftens § 13 må det betales et rettsgebyr for klage til klagenemnda. Gebyret er pr i dag kr 845. Hensikten med gebyret er primært å unngå sjikanøse og grunnløse klager.

En forbigått leverandør har et personlig incitament til å fremme en klage og er normalt villig til å betale gebyret. Ved en utvidelse av klagekretsen til å omfatte ”enhver”, jf. kap. 6.3.1, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om ”enhver” har et incitament til å klage som er tilstrekkelig til at de er villige til å betale gebyret. Hvis svaret er nei, vil ikke utvidelsen av klagekretsen ha noen effekt. Departementet foreslår derfor at det ikke lenger skal betales gebyr ved klager på ulovlige direkte anskaffelser. Når det gjelder eventuelle sjikanøse og grunnløse klager, kan disse uansett avvises med hjemmel i forskriftens § 9.

7. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

Innføring av overtredelsesgebyr antas å redusere ulovlige direkte anskaffelser og dermed styrke konkurransen. Ordningen kan medføre en liten økning i ressursbehovet i KOFA. KOFA behandler allerede enkelte saker om ulovlige direkte anskaffelser. Adgang til å ilegge overtredelsesgebyr kan imidlertid medføre ytterligere interesse for å klage disse sakene inn for nemnda. Når det gjelder håndteringen av nytt sanksjonsmiddel, antar vi at dette kan skje innenfor dagens kompetanse i sekretariat og hos nemdsmedlemmene. Det blir imidlertid et visst behov for økte ressurser ved utvikling av praksis på området, og for å håndtere det administrative arbeidet knyttet til overtredelsesgebyr. Da nemndas sekretariat fra og med 1. mars 2005 er samlokalisert med Konkurransetilsynet, samtidig som tilsynet har overtatt det administrative ansvaret for KOFA, vil den kunne trekke på ressurser herfra i den forbindelse.

For øvrig forventes det noen kostnader knyttet til kompetanseheving i forbindelse med at oppdragsgiver pålegges en plikt til å ta hensyn til universell utforming under planleggingen av anskaffelsene.

Øvrige endringer antas ikke å ha noen økonomiske eller administrative konsekvenser.

VEDLEGG 1

Lov om endring av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

I lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser skal følgende bestemmelser lyde (ny tekst i kursiv):

§ 1 Formål

Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskaping 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 høy integritet, slik at allmennheten kan ha 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. Kongen kan bestemme at loven skal gjelde for rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelser. Kongen kan også bestemme at loven skal gjelde 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.

§ 6 Ressurs- og miljøbevisste anskaffelser

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 annet ledd

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*.

§ 7a første ledd

Kongen kan opprette et rådgivende organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter denne lov og forskrifter hjemlet i denne. *Organet skal også ha myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter denne lovs § 7b.*

§ 7b Overtredelsesgebyr

En oppdragsgiver i henhold til lovens § 2 kan ilegges overtredelsesgebyr dersom oppdragsgiver eller noen som handler på dennes vegne, forsettelig eller grovt uaktsomt

foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i denne loven eller i forskrifter gitt i medhold av loven.

Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og overtredelsesgebyrets preventive virkning. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Vedtak om overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtak er fattet. Adgangen til å ilegge gebyr foreldes etter to år. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet meddeler oppdragsgiver at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og sikring § 1-2. Retten kan prøve alle sider av saken.

§ 8 annet ledd første punktum

Ved begjæring om midlertidig forføyning mot overtredelser under anskaffelsesprosedyrer innenfor *forsyningssektorene* kan det heller ikke før kontrakt er inngått, besluttes midlertidige forføyninger som nevnt i tvangsfullbyrdelsesloven § 15-8 første ledd.

§ 11 første ledd

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.

VEDLEGG 2

Forskrift om endring av forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

I forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser skal følgende bestemmelser lyde (ny tekst i kursiv og slettet tekst overstrøket):

§ 1 Formål

Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være et rådgivende organ som skal behandle klager om brudd på lov av 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. *Nemnda har også myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b.*

§ 13a Særskilte regler for klager på ulovlige direkte anskaffelser

Kravet om saklig interesse i denne forskrifts § 6 annet ledd gjelder ikke.

Klage kan fremsettes inntil et krav om overtredelsesgebyr er foreldet etter lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 7b tredje ledd.

Fristen for innklagede til å inngi tilsvaret etter denne forskrifts § 10 første ledd, er fire uker.

Nemnda kan fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, selv om klager ikke har nedlagt påstand om dette.

Plikten til å betale rettsgebyr etter denne forskrifts § 13 gjelder ikke.

§ 15 Nærmere retningslinjer for saksbehandlingen

Klagenemnda kan innenfor rammene av denne forskrift fastsette nærmere retningslinjer for saksbehandlingen, herunder delegere oppgaver til leder og sekretariat. Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker gjelder tilsvarende for nemndas virksomhet.