



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

# Prop. 12 L

(2011–2012)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

Endringer i lov om offentlige anskaffelser  
og kommuneloven (gjennomføring av EUs  
håndhevelsesdirektiv i norsk rett)



# Innhold

<b>1</b>	<b>Proposisjonens hovedinnhold</b> .....	5	6.3	Sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m. ....	30
<b>2</b>	<b>Bakgrunnen for lovforslaget</b> ....	9	6.3.1	Gjeldende rett .....	30
2.1	Nye håndhevelsesregler med direktiv 2007/66/EF .....	9	6.3.2	Direktivets krav .....	31
2.1.1	Innledning .....	9	6.3.3	Utvalgets forslag .....	32
2.1.2	Hovedtrekk ved direktiv 2007/66/EF .....	9	6.3.4	Høringsinstansenes syn .....	33
2.1.3	Virkeområdet for direktivet .....	10	6.3.5	Departementets vurdering .....	37
2.2	Nedsettelse av håndhevelsesutvalget .....	11	6.4	Søksmålsfrister og klageprosess .....	40
2.2.1	Bakgrunn og mandat .....	11	6.4.1	Gjeldende rett .....	40
2.2.2	Utvalgets sammensetning .....	13	6.4.2	Direktivets regler .....	40
2.3	Utvalgets utredning .....	13	6.4.3	Utvalgets forslag .....	42
2.4	Høring .....	14	6.4.4	Høringsinstansenes syn .....	42
2.5	Direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser .....	15	6.4.5	Departementets vurdering .....	44
<b>3</b>	<b>Gjeldende rett</b> .....	17	6.5	Særlig om forsyningssektorene ....	46
3.1	Anskaffelsesregelverket .....	17	6.5.1	Gjeldende rett .....	46
3.2	Håndhevelse av reglene .....	18	6.5.2	Direktivets krav .....	47
<b>4</b>	<b>Komparativ rett/ retts-tilstanden i andre land</b> .....	20	6.5.3	Utvalgets forslag .....	47
4.1	Oversikt .....	20	6.5.4	Høringsinstansenes syn .....	47
4.2	Klage- og håndhevelsessystemet i Sverige .....	20	6.5.5	Departementets vurdering .....	48
4.3	Klage- og håndhevelsessystemet i Danmark .....	21	<b>7</b>	<b>Håndhevelsessystemet</b> .....	49
4.4	Klage- og håndhevelsessystemet i Finland .....	21	7.1	Gjeldende rett .....	49
<b>5</b>	<b>Rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivet i norsk rett</b> .....	22	7.2	Direktivets krav .....	49
5.1	Utvalgets forslag .....	22	7.3	Utvalgets forslag .....	49
5.2	Høringsinstansenes syn .....	22	7.4	Høringsinstansenes syn .....	50
5.3	Departementets vurdering .....	24	7.5	Departementets vurdering .....	52
<b>6</b>	<b>Gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler</b> .....	25	<b>8</b>	<b>Andre konsekvenser for anskaffelsesregelverket</b> .....	56
6.1	Innledning .....	25	8.1	Innledning .....	56
6.2	Suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning .....	25	8.2	Begrunnelsesplikten .....	56
6.2.1	Gjeldende rett .....	25	8.2.1	Gjeldende rett .....	56
6.2.2	Direktivets krav .....	25	8.2.2	Direktivets krav .....	57
6.2.3	Utvalgets forslag .....	26	8.2.3	Utvalgets forslag .....	57
6.2.4	Høringsinstansenes syn .....	27	8.2.4	Høringsinstansenes syn .....	57
6.2.5	Departementets vurdering .....	29	8.2.5	Departementets vurdering .....	59
			8.3	Lovlighetskontroll etter kommuneloven .....	60
			8.3.1	Gjeldende rett .....	60
			8.3.2	Utvalgets forslag .....	61
			8.3.3	Høringsinstansenes syn .....	61
			8.3.4	Departementets vurdering .....	61
			8.4	Erstatningsrettslige problemstillinger .....	63
			8.4.1	Gjeldende rett .....	63
			8.4.2	Direktivets krav og utvalgets forslag .....	63
			8.4.3	Høringsinstansenes syn .....	64
			8.4.4	Departementets vurdering .....	64
			8.5	Offentlighet for tilbud .....	64
			8.5.1	Gjeldende rett .....	64

8.5.2	Utvalgets forslag .....	64	<b>10</b>	<b>Økonomiske og administrative konsekvenser .....</b>	<b>77</b>
8.5.3	Høringsinstansenes syn .....	65	10.1	Generelt .....	77
8.5.4	Departementets vurdering .....	66	10.2	Konsekvenser knyttet til de enkelte bestemmelsene .....	77
<b>9</b>	<b>Noen spørsmål i utvalgets forslag til endringer på forskriftsnivå .....</b>	<b>68</b>	10.2.1	Suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning .....	77
9.1	Innledning .....	68	10.2.2	Sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser mv. ....	78
9.2	Nye regler om karenperiode .....	68	10.2.3	Begrunnelsesplikten .....	79
9.2.1	Gjeldende rett .....	68	10.2.4	Lovlighetskontroll .....	79
9.2.2	Direktivets krav .....	68	10.2.5	Valg av klageorgan .....	79
9.2.3	Utvalgets forslag .....	69	<b>11</b>	<b>Merknader til de enkelte bestemmelser i lovforslaget .....</b>	<b>81</b>
9.2.4	Høringsinstansenes syn .....	69	11.1	Merknader til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser .....	81
9.2.5	Departementets vurdering .....	71	11.2	Merknader til endring i lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner ...	89
9.3	Nye regler om vedståelsesfrist .....	72	11.3	Merknader til ikrafttredelsesbestemmelser .....	90
9.3.1	Gjeldende rett .....	72			
9.3.2	Direktivets krav og utvalgets forslag .....	72			
9.3.3	Høringsinstansenes syn .....	72			
9.3.4	Departementets vurdering .....	73			
9.4	Nye regler om dekningskjøp .....	74			
9.4.1	Gjeldende rett .....	74			
9.4.2	Direktivets krav og utvalgets forslag .....	74			
9.4.3	Høringsinstansenes syn .....	75			
9.4.4	Departementets vurdering .....	75			
				<b>Forslag til lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) .....</b>	<b>91</b>



DET KONGELIGE FORNYINGS-,  
ADMINISTRASJONS- OG KIRKEDEPARTEMENT

# Prop. 12 L

(2011–2012)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

## Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

*Tilråding fra Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet 11. november 2011, godkjent i statsråd samme dag. (Regjeringen Stoltenberg II)*

### 1 Proposisjonens hovedinnhold

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet legger i denne proposisjonen frem et forslag til hvordan EUs direktiv 2007/66/EF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter (nytt håndhevelsesdirektiv) kan gjennomføres i norsk rett. Det fremmes forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven.

Formålet med det nye direktivet er å forbedre effektiviteten av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket, bl.a. ved å sikre leverandører bedre inngrepsmuligheter før kontrakt inngås.

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

Innføringen av de nye håndhevelsesreglene reiser en rekke problemstillinger, ikke bare på anskaffelsesområdet, men også vedrørende kontrakts- og erstatningsretten. Særlig reises det mange problemstillinger knyttet til at inngåtte kontrakter skal kjennes uten virkning. Denne rettsvirkningen bryter med alminnelig norsk kontraktsrett, og ordningen etablerer en særregulering på området for offentlige anskaffelser.

På bakgrunn av dette ble det nedsatt et offentlig utvalg som skulle anbefale hvordan håndhevelsesdirektivet best kunne gjennomføres i norsk rett, for å legge til rette for et helhetlig og velfungerende norsk håndhevelsessystem. Proposisjon tar utgangspunkt i utvalgets utredning, NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser.

Proposisjonen fremmer ikke bare forslag til gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler, men tar også stilling til hvordan det samlede norske håndhevelsessystemet best kan organiseres. Det vil si spørsmålet om oppgavene

etter håndhevelsesdirektivet bør legges til domstolene eller et administrativt klageorgan. Videre fremmes det forslag til endringer som ikke følger direkte av håndhevelsesdirektivet, men som er hensiktsmessige for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk.

Departementet vil for øvrige påpeke at anskaffelsesregelverket ikke regulerer hvordan det offentlige skal organisere sin virksomhet. Det er således det offentlige organet selv som avgjør om en ytelse bør utføres av eget personale (produksjon i "egenregi") eller om det bør benyttes en ekstern leverandør. Dersom en ytelse leveres i egenregi, faller dette utenfor anskaffelsesregelverket. Regelverket kommer således først til anvendelse når det besluttes at oppgaven skal løses eksternt. Forslagene som legges frem i denne proposisjonen endrer ikke på dette, og det vil således fortsatt være tilfellet også etter gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet.

I *kapittel 2* redegjøres det for bakgrunnen for lovforslaget.

I *kapittel 3* omtales gjeldende rett, der det gis en kortfattet beskrivelse av utviklingen av regelverket på området for offentlige anskaffelser. Håndhevelsen av reglene er omtalt spesielt.

I *kapittel 4* beskrives gjeldende rett i de europeiske landene, med særlig fokus på de øvrige nordiske land. Redegjørelsen viser at landene har valgt ulike modeller for håndhevelse av regelverket.

I *kapittel 5* gjennomgås rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivbestemmelsene i norsk rett. Det redegjøres for hvor langt Norge er forpliktet til å gjennomføre reglene, og hvilke hensyn som ligger til grunn for den overordnede vurderingen av om reglene bør gis anvendelse i norsk rett utover dette.

I *kapittel 6* gjennomgås forslag til gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler. Dette gjelder for det første nye regler om *suspensjon* ved begjæring om midlertidig forføyning (kapittel 6.2). Dersom oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt påklages innen utløpet av karenperioden, stiller håndhevelsesdirektivet krav om at adgangen til å inngå kontrakt skal suspenderes inntil klagen er behandlet (i første instans). I praksis vil det innebære at en begjæring om midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesreglene skal føre til en automatisk utsettelse av adgangen til å inngå kontrakt, frem til domstolen har behandlet begjæringen om midlertidig forføyning. Departementet foreslår at direktivets nye regler om suspensjon bare gjennomføres så langt EU/EØS-retten krever det.

Det skal også innføres nye sanksjoner (kapittel 6.2). For visse typer overtredelser av reglene om offentlige anskaffelser stiller direktivet således krav om at den inngåtte kontrakten skal kjennes uten virkning. Det gjelder først og fremst ved ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som særlige grove brudd på regelverket. Videre må denne sanksjonen også innføres for visse andre grove brudd på regelverket.

Departementet foreslår at sanksjonen "uten virkning" kun innføres for varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene (det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og IV samt forsyningsforskriften del II). Videre foreslår departementet at domstolen skal gis adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (*ex tunc*) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (*ex nunc*). Adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning *ex tunc* begrenses imidlertid til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og mengde.

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

Endelig krever direktivet at sanksjonen "uten virkning" eller alternative sanksjoner innføres for mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karen og suspensjon. Ved slike brudd foreslår departementet at det bare innføres alternative sanksjoner.

Dersom det foretas ulovlige direkte anskaffelser eller det skjer andre tilsvarende grove brudd på regelverket for kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og for kjøp av såkalte uprioriterte tjenester (det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. nærmere forklaring i kapittel 2.1.3), foreslår departementet at domstolen skal kunne avkorte kontraktens løpetid og/eller ilegge overtredelsesgebyr.

De nye sanksjonene som innføres med gjennomføringen av direktivet medfører at KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ikke kan

videreføres. Departementet foreslår derfor å oppheve lov om offentlige anskaffelser § 7b, slik at KOFA går tilbake til å bli et rent rådgivende tvisteløsningsorgan.

Endelig gir direktivet mulighet for å innføre en rekke *søksmålsfrister* (kapittel 6.4). Departementet anbefaler her at det innføres særskilte søksmålsfrister for krav om sanksjoner, som er kortere enn for vanlige søksmål. Der oppdragsgiver har kunngjort resultatet av konkurransen eller meddelt inngåelsen av kontrakten til berørte leverandører, settes søksmålsfristen til 30 dager. I de tilfeller oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene, eller underrettet de deltaende leverandørene om inngåelsen av kontrakt, settes fristen til to år.

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

Når det gjelder *forsyningssektorene* (det vil si for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og post) innfører håndhevelsesdirektivet endringer som i hovedsak er identiske med endringene for klassisk sektor. Dette gjelder nye regler om suspensjon og sanksjoner. Bestemmelsen om suspensjon reiser imidlertid spørsmål om dagens løsning, der domstolen i forsyningssektorene bare har kompetanse til å fastsette mulkt, og ikke til å sette tilside ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, fortsatt er hensiktsmessig. Departementet foreslår her en endring, slik at domstolene også i forsyningssektorene gis adgang til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe beslutning om midlertidig forføyning. Dette redegjøres det nærmere for i kapittel 6.4.

I *kapittel 7* redegjøres det for organisering av klagesystemet. Det er i utgangspunktet opp til nasjonal lovgiver å bestemme hvordan EU/EØS-reglene prosessuelt skal håndheves, herunder om dette skal skje ved domstolene eller ved et administrativt klageorgan. Håndhevelsesdirektivet stiller imidlertid visse krav til klageorganenes kompetanse og prosedyrer.

I norsk anskaffelsesrett har man tradisjonelt lagt til grunn en domstolsmodell, i den forstand at all formell klagebehandling og sanksjoner etter

håndhevelsesdirektivet har vært lagt til de ordinære domstolene. Dette har fra 2003 vært supplert med KOFA, som et alternativt og rådgivende lavterskeltilbud. Departementet mener at håndhevelsen av anskaffelsesretten i Norge fortsatt bør bygge på en domstolsmodell, kombinert med rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at sanksjonene mv. som følger av det nye håndhevelsesdirektivet legges til domstolene. Dette vil i hovedsak kunne gjøres innenfor rammen av alminnelig prosessrett, men reiser enkelte særlige prosessuelle utfordringer, som foreslås særskilt regulert.

I tillegg til de forholdene som direkte reguleres av det nye håndhevelsesdirektivet, blir også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte berørt av direktivet, jf. nærmere i *kapittel 8*. På noen punkter fremmer departementet forslag til regelendringer som fremstår som hensiktsmessige, for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk:

Departementet foreslår at reglene på forskriftsnivå om *begrunnelse* i forsyningssektorene harmoniseres med reglene i klassisk offentlig sektor. Dette forutsetter at det foretas endringer i lov om offentlige anskaffelser, da loven bare gir begrenset adgang til å regulere forsyningssektorene gjennom forskrift. Videre foreslår departementet at forskriftsbestemmelsene om begrunnelse endres, slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse, mot dagens regler der oppdragsgiver etter omstendighetene må gi to begrunnelser. Den nye begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Dette er det nærmere redegjort for i kapittel 8.2.

Etter kommuneloven § 59 kan anskaffelser etter anskaffelsesregelverket i dag gjøres til gjenstand for *lovlighetskontroll* etter nærmere omstendigheter. Departementet mener at denne kontrollen bør ses i sammenheng med håndhevelses-systemet for øvrig, og foreslår å innføre et unntak fra kommuneloven § 59 slik at spørsmål om det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket ikke lenger kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll, jf. nærmere i kapittel 8.3.

De gjeldende håndhevelsesdirektivene stiller krav om at håndhevelsesorganet skal ha kompetanse til å tilkjenne *erstatning*, men direktivet oppstiller ellers ikke krav til nasjonal erstatningsrett. Det nye håndhevelsesdirektivet endrer ikke ved dette, men de nye reglene kan aktualisere erstatningsrettslige problemstillinger som ikke tidligere har vært fremme i norsk rett. Det gjelder særlig når en inngått kontrakt kjennes uten virk-

ning, da det kan reises erstatningskrav først og fremst fra medkontrahenten (som mister kontrakten), men krav om erstatning kan også reises av de øvrige leverandører som deltok i konkurranse om kontrakten. Departementet foreslår ikke noen ny regulering, men enkelte problemstillinger diskuteres likevel i kapittel 8.4.

Etter 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. Departementet er

enig i dette, men mener at utfordringene langt på vei kan løses innenfor handlingsrommet i eksisterende regelverk og foreslår derfor ingen lovendring. Dette er nærmere behandlet i kapittel 8.5.

I *kapittel 9* redegjøres for noen spørsmål i utvalgets forslag til endringer på forskriftsnivå. Det gjelder regler om karenperiode (kapittel 9.2), vedståelsesfrister (kapittel 9.3) og oppdragsgivers adgang til å foreta dekningskjøp (kapittel 9.4).

I *kapittel 10* redegjøres for økonomiske og administrative konsekvenser av lovforslagene.

Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget finnes i *kapittel 11*.



## 2 Bakgrunnen for lovforslaget

### 2.1 Nye håndhevelsesregler med direktiv 2007/66/EF

#### 2.1.1 Innledning

Direktiv 2007/66/EF skal forbedre effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter. Direktivet ble vedtatt 11. desember 2007 og endrer håndhevelsesdirektivene 89/665/EØF og 92/13/EØF. Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen ved vedtak av 1. juli 2011.

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

EU-kommisjonen identifiserte to hovedproblemstillinger: For det første var ikke de rettslige klagemulighetene før kontrakt ble inngått tilstrekkelig effektive, og disse burde derfor styrkes. For det andre skulle ulovlige direkte anskaffelser bekjempes med sterkere midler.

#### 2.1.2 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, og
- nye sanksjoner 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 (avhengig 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 lovlig 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 de nye sanksjonene, 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. Sanksjonen skal også innføres når kontrakter basert på rammeavtaler/dynamiske innkjøpsordninger tildeles i strid med prosedyrereglene. Bare når det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser kan håndhevelsesorganet unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning. I slike tilfeller må alternative sanksjoner (bot eller avkorting av kontraktens løpetid), benyttes i stedet.

Medlemsstatene kan fritt bestemme om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunkt

tet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc). Kjenner en kontrakt uten virkning kun for fremtiden, må oppdragsgiver i tillegg ilegges alternative sanksjoner.

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

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

Direktivet innfører også noen nye frivillige håndhevelsesregler. For det første gis medlemsstatene adgang til å innføre klagefrister, både for klager som kan føre til at oppdragsgiver skal ilegges sanksjoner, og for andre klager over brudd på anskaffelsesregelverket (herunder klager med påstand om erstatning). For det andre innføres det nye bestemmelser om klageprosessen, og enkelte gjeldende regler presiseres. Direktivet viderefører således bestemmelsen om at medlemsstatene kan kreve at leverandører først underretter oppdragsgiver om den påståtte overtredelsen og om at klage vil bli innlevert, men med den presisering at dette ikke må berøre karenperioden eller eventuelle klagefrister. Videre innføres det en adgang for medlemsstatene til å kreve at klage først må inngis til oppdragsgiver før klage kan inngis til håndhevelsesorganet.

### 2.1.3 Virkeområdet for direktivet

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

#### *Klassisk offentlig 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 uttrykkelig er unntatt. Dette følger av håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 1.

Anskaffelsesdirektivet og håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor, gjelder for oppdragsgivere i offentlig sektor, det vil si statlige, kommunale og fylkeskommunale oppdragsgiver, samt offentligrettslige organer.

#### *Forsyningssektorene*

Håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene (direktiv 92/13/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF) får anvendelse på kontrakter som omfattes av forsyningsdirektivet (direktiv 2004/17/EF), med mindre kontraktene er unntatt. Dette følger av håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene artikkel 1 nr. 1.

Forsyningsdirektivet og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene gjelder for oppdragsgiver i forsyningssektorene, det vil si oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og post.

Håndhevelsesreglene for forsyningssektorene er nærmere behandlet i kapittel 6.5.

#### *Særlig om kontrakter om uprioriterte tjenester og kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene*

Håndhevelsesdirektivene gjelder for anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivene (2004/17/EF og 2004/18/EF). Det vil si kontrakter om varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene (EØS-anskaffelser).

Håndhevelsesdirektivene gjelder således i utgangspunktet også ved kjøp av såkalte uprioriterte tjenester over EU/EØS-terskelverdiene. Med uprioriterte tjenester menes de tjenester som er opplistet i henholdsvis anskaffelsesdirektivet bilag II B og forsyningsdirektivet bilag XVII, gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser vedlegg 6 og forsyningsforskriften vedlegg 3. Uprioriterte tjenester omfatter bl.a. hotell- og restaurantvirksomhet, visse transporttjenester, juridiske tjenester, tjenester vedrørende undervisning og yrkesutdanning, helse- og sosialtjenester og fritids-, kultur- og sportstjenester.

Inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester er imidlertid kun delvis regulert i anskaffelsesdirektivene. Slike kontrakter er utelukkende underlagt prosedyrereglene om tekniske spesifikasjoner og om kunngjøring av konkurranseresultater. Direktivenes øvrige detaljerte prosedyrere-

gler gjelder derimot ikke for inngåelse av kontrakter om uprioriterte tjenester.

Ettersom flere av håndhevelsesdirektivenes bestemmelser utelukkende gir mening for kontrakter som er omfattet av de detaljerte prosedyreglene i anskaffelsesdirektivene, vil ikke medlemslandene være forpliktet til å innføre de nye materielle reglene for uprioriterte tjenester. Det gjelder for eksempel bestemmelsene om karen, suspensjon og sanksjoner knyttet til manglende pliktig kunngjøring av en konkurranse.

Kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene er verken omfattet av anskaffelsesdirektivene eller håndhevelsesdirektivene.

## 2.2 Nedsettelse av håndhevelsesutvalget

### 2.2.1 Bakgrunn og mandat

Ved kongelig resolusjon 19. desember 2008 ble det oppnevnt et utvalg som skulle utrede og anbefale hvordan det nye EU/EØS-direktivet om håndhevelse av reglene om offentlige anskaffelser best kan gjennomføres i norsk rett.

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 overvåkingssorgans 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.

Direktivet stiller krav om at det innføres en fast karenperiode på 10/15 dager fra det tidspunkt leverandørene som har deltatt i konkurransen blir varslet om oppdragsgivers tilde-

lingsbeslutning, og til kontrakt kan inngås. Dette innebærer at oppdragsgiver må vente med å skrive under kontrakten til karenstiden har utløpt. Det kan i visse situasjoner gjøres unntak fra kravet om karenstid.

Utvalget skal vurdere hvordan reglene om karenstid best utformes.

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 forføyning eller tatt materielt stilling til klagen.

Utvalget skal utrede hvordan reglene om suspensjonsplikt best utformes.

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 karenstiden/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 reglene om rettsvirkningen "uten virkning" best utformes.

I tilfeller av mindre alvorlige brudd gir direktivet medlemsstatene mulighet for å innføre alternative sanksjoner, som bot og forkorting, 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.

Direktivet gir mulighet for å innføre en plikt for klager til (forutgående) å varsle oppdragsgiver om at en klage rettes til et klageor-

gan 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.

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.

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.

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.”

Som det fremgår av mandatet skulle utvalget levere sin rapport til departementet innen 1. januar 2010. Utvalget ba imidlertid 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 av departementet.

## 2.2.2 Utvalgets sammensetning

Mandatet la opp til et omfattende arbeid med gjennomgang og vurdering av håndhevelsesreglene

og organiseringen av håndhevelsessystemet. Det var derfor behov for å nedsette et utvalg som representerte de ulike aktørene i anskaffelsesprosessen, herunder både leverandør- og oppdragsgiversiden, samt representanter med erfaring fra domstolssystemet og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). I tillegg var det behov for kontraktsrettslig ekspertise. Lovutvalget fikk således ved oppnevningen følgende sammensetning:

- Fredrik Sejersted, Prof. dr. juris, Universitetet i Oslo (leder)
- Arnhild Dordi Gjønnnes, 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 (nå avdelingsdirektør i Toll- og avgiftsdirektoratet)
- Kari Mjølhus, Lagdommer i Hålogaland lagmannsrett, Tromsø
- Jørgen Aardalsbakke, Seniorrådgiver i Vegdirektoratet, Kongsberg (nå advokatfullmektig/spesialrådgiver i Advokatfirmaet Grette)
- Nina Ramstad Aatlo, Advokat i KS, Oslo

Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet ivaretok sekretariatsfunksjonen for utvalget. Sekretariatet bestod av seniorrådgiver Monica Auberg, seniorrådgiver Christina Paludan Melson og seniorrådgiver Marianne Guettler Monrad. I tillegg bidro seniorrådgiver Peder Østbye, Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet, og vitenskapelig assistent ved Universitetet i Oslo Carsten Eriksrud.

## 2.3 Utvalgets utredning

Den 16. april 2010 ble utvalgets utredning, NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, overlevert fornyings-, administrasjons- og kirke ministeren.

Utvalget la i 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.

I tillegg til de spørsmålene som direkte reguleres av direktivet, så utvalget at også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte blir berørt. I tråd med mandatet vurderte utvalget derfor behovet for øvrige regelendringer for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk. På

noen punkter har utvalget kommet med konkrete forslag til regelendringer, mens det på andre områder har anbefalt myndighetene å se nærmere på særlige problemstillinger.

Utvalgets forslag er omtalt nærmere i de følgende kapitler.

## 2.4 Høring

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet sendte den 16. april 2010 NOU 2010:2 ut på høring, med invitasjon til høringsinstansene om å gi sitt syn på lovutvalgets forslag. Høringsinstansene ble også bedt om å vurdere eventuelle underliggende instansers behov for å avgi uttalelse.

Høringsfristen ble satt til 20. august 2010, men ble ved brev av 27. mai 2010 forlenget til 20. september 2010.

Følgende instanser ble bedt om å kommentere utvalgets utredning:

Departementene  
Direktorater og tilsyn  
Fylkesmennene  
Fylkeskommunene  
Kommunene  
Regjeringsadvokaten  
Klagenemnda for offentlige anskaffelser  
Riksrevisjonen  
Bedriftsforbundet  
Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon  
KS  
Norges Kommunerevisorforbund  
Den Norske Advokatforening  
Den Norske Dommerforening  
Næringslivets Hovedorganisasjon

Organisasjoner som ikke stod på høringslisten kunne også uttale seg.

Utvalgets innstilling ble ettersendt på høring 6. oktober 2010 med høringsfrist 17. november 2010 til en del instanser med særskilt interesse for spørsmål knyttet til offentlighetsloven. Følgende instanser ble oppmuntret til å kommentere denne delen av utredningen:

Akademikerne  
Den norske fagpresses forening  
Landsorganisasjonen i Norge  
Mediebedriftenes Landsforening  
Norsk forbund for Lokal-TV  
Norsk forum for Ytringsfrihet  
Norsk Lokalradioforbund  
Riksadvokaten  
Stortingets ombudsmann for forvaltningen

Utdanningsforbundet  
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet mottok 121 høringssvar. Følgende 107 instanser hadde realitetsmerknader:

Finansdepartementet  
Forsvarsdepartementet  
Helse- og omsorgsdepartementet  
Justis- og politidepartementet  
Kommunal- og regionaldepartementet  
Kunnskapsdepartementet  
Landbruks- og matdepartementet  
Miljøverndepartementet  
Nærings- og handelsdepartementet  
Olje- og energidepartementet  
Samferdselsdepartementet  
Utenriksdepartementet

Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)  
Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir)  
Departementenes servicesenter (DSS)  
Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI)  
Domstoladministrasjonen  
Finanstilsynet  
Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO)  
Forsvarsbygg  
Fylkesmannen i Oslo og Akershus  
Helse Midt-Norge  
Helse Nord RHF  
Helse Sør-Øst RHF  
Helse Vest  
Innovasjon Norge  
Jernbaneverket  
Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) (herunder særuttalelse fra KOFA-medlem professor dr. juris Kai Krüger)  
Konkurransetilsynet  
Lotteri- og stiftelsestilsynet  
NSB AS  
Petroleumstilsynet  
Politidirektoratet  
Politiets data- og materieltjeneste (PDMT)  
Posten Norge AS  
Regjeringsadvokaten  
Statens jernbanetilsyn  
Statens vegvesen  
Statsbygg  
Utlendingsdirektoratet (UDI)  
  
Akershus fylkeskommune  
BTV - Buskerud, Telemark og Vestfold fylkeskommune  
Hedmark fylkeskommune  
Nordland Fylkeskommune

Nord-Trøndelag fylkeskommune  
 Oppland fylkeskommune  
 Rogaland fylkeskommune  
 Sogn og Fjordane fylkeskommune  
 Sør-Trøndelag fylkeskommune  
 Østfold fylkeskommune

Bergen kommune  
 Drammen kommune  
 Elverum kommune  
 Fjell kommune  
 Fredrikstad kommune  
 Giske kommune  
 Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet (GKI)  
 (Bamble, Drangedal, Kragerø, Porsgrunn, Siljan og Skien)  
 Grimstad kommune  
 Halden kommune  
 Horten kommune  
 Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet (Bokn, Etne, Haugesund, Karmøy, Sauda, Sveio, Tysvær, Utsira og Vindafjord)  
 Kristiansund kommune  
 Kvinnherad kommune  
 Larvik kommune  
 Namsskogan kommune  
 Odda kommune  
 Samordnet innkjøp i Salten (SIIS) (Beiarn, Bodø, Fauske, Gildeskål, Hamarøy, Meløy, Saltdal og Sørfold)  
 Sandefjord kommune  
 Sarpsborg kommune  
 Stange kommune  
 Stavanger kommune  
 Steinkjer kommune  
 Stord kommune  
 Sula kommune  
 Sørum kommune  
 Tinn kommune  
 Valdres-kommunene (Nord-Aurdal, Sør-Aurdal, Øystre Slidre, Vestre Slidre, Vang og Etnedal)  
 Øvre Romerike Innkjøpssamarbeid (Eidsvoll, Gjerdrum, Hurdal, Nannestad, Nes og Ullensaker)  
 Advokatfirmaet Schjødt DA  
 Advokatfirmaet G-Partner AS  
 Bedriftsforbundet  
 Entreprenørforeningen - Bygg og anlegg (EBA)  
 Fagforbundet  
 Finansnæringens Fellesorganisasjon (FNO)  
 Firstventura AS  
 Grande Trevare AS  
 Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH)  
 IKT-Norge  
 KS

KS Nord-Trøndelag  
 Leverandørforeningen for Helsesektoren (LFH)  
 Landsorganisasjonen i Norge (LO)  
 Maskinentreprenørens Forbund (MEF)  
 Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)  
 NHO Service  
 NIMAs offentlige komité  
 Norges Autoriserte Regnskapsføreres Forening  
 Norges Kommunerevisorforbund  
 Norges Taxiforbund  
 Den Norske Advokatforening  
 Norsk Redaktørforbund, Norsk Journalistlag, Norsk Presseforbund  
 Norsk Teknologi  
 Norsk Renseri- & Vaskeriforening  
 Oslo Byfogdembete  
 Oslo Taxi AS  
 Transportbedriftenes Landsforening (TLF)  
 Tre og Stål AS

## 2.5 Direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Et direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, direktiv 2009/81/EF, ble vedtatt 13. juli 2009. Direktivet gir en ny europeisk lovgivningsramme for inngåelse av følsomme offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet. Målet er å etablere et effektivt europeisk marked for forsvarsmateriell og samtidig sikre en konkurransedyktig forsvarsindustri. Norge er forpliktet til å gjennomføre dette direktivet etter at det er innlemmet i EØS-avtalen.

I utgangspunktet er anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet i dag omfattet av det alminnelige anskaffelsesdirektivet, 2004/18/EF. Det finnes imidlertid et unntak i EØS-avtalens artikkel 123 for beskyttelse av vesentlige sikkerhetsinteresser, herunder forsvarsinteresser. Artikkel 123 tilsvarende i stor grad artikkel 346 i traktaten om Den europeiske unions virkeområde. Ifølge praksis fra EU-domstolen må denne unntaksbestemmelsen kun anvendes i særlige klart definerte tilfeller, men den er likevel i høy grad anvendt innenfor EØS som et automatisk unntak for forsvarsanskaffelser. Dette har ført til at forsvarsanskaffelser i Europa for det meste er underlagt forskjellige nasjonale anskaffelsesregler, noe som vanskeliggjør opprettelsen av et felles marked for denne typen innkjøp.

Selv om en konkret anskaffelse på forsvars- og sikkerhetsområdet ikke er omfattet av unntaket i EØS-avtalen, er det anerkjent at slike anskaffelser kan være sensitive og at særlige forhold gjør seg

gjeldende for disse anskaffelsene. Direktiv 2009/81/EF regulerer således anskaffelsene i denne gråsonen og er tilpasset de særlige forhold som gjelder for følsomme offentlige forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Vedtakelsen av direktivet medfører at det skjer en tredeling av hvordan forsvars- og sikkerhetsanskaffelser reguleres etter EØS-avtalen. Noen anskaffelser vil fortsatt være unntatt etter EØS-avtalens artikkel 123. I et midtre sjikt vil man finne de anskaffelsene som er regulert av det nye direktivet. Ikke-følsomme anskaffelser til forsvaret, sikkerhetsmyndighetene m. fl. skal fortsatt følge det ordinære anskaffelsesdirektivet.

Direktiv 2009/81/EF er i høy grad basert på oppbygningen av og filosofien bak anskaffelsesdirektivet 2004/18/EF, og det inneholder flere bestemmelser som svarer til bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet. Dette gjelder bl.a. alminnelige bestemmelser, konkurransegrunnlaget, offentliggjøring, frister og prosedyreforløp. Det er imidlertid også gitt spesifikke bestemmelser som gir oppdragsgiverne mer fleksibilitet og samtidig

mulighet til å ta nødvendige forholdsregler for å sikre informasjons- og leveringssikkerhet.

Håndhevelsesdirektivet gjelder ikke for direktiv 2009/81/EF, men direktiv 2009/81/EF inneholder selvstendige håndhevelsesbestemmelser som stort sett er identiske med bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet. Det gjelder bl.a. bestemmelsene om karen, suspensjon, sanksjonen ”uten virkning” og alternative sanksjoner. Bare på ett punkt er det mindre forskjeller. Det gjelder håndhevelsesorganets plikt til å unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning der det foreligger vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, jf. nærmere i kapittel 6.3.

Ettersom direktiv 2009/81/EF først ble vedtatt etter at håndhevelsesutvalget var nedsatt, ble en henvisning til dette direktivet ikke tatt med i utvalgets mandat. Direktivet er således verken omtalt i NOU 2010:2 eller i departementets høringsbrev. De nye håndhevelsesbestemmelsene må imidlertid utformes på en slik måte at også kravene etter direktiv 2009/81/EF ivaretas.



## 3 Gjeldende rett

### 3.1 Anskaffelsesregelverket

Offentlige anskaffelser er et relativt nytt rettsområde i norsk rett. Riktignok har det fra langt tilbake eksistert interne retningslinjer som påla forvaltningen forpliktelser når den skulle anskaffe varer eller tjenester, men det første regelverket med ekstern virkning, det vil si som private leverandører kunne utlede rettigheter fra og som kunne håndheves for domstolene, kom med lov 27. november 1992 nr. 116 om offentlige anskaffelser. Loven trådte i kraft 1. januar 1994, og gjennomførte EU/EØS-direktiver om offentlige anskaffelser i norsk rett, som Norge hadde forpliktet seg til gjennom EØS-avtalen.

Loven var primært en fullmaktslov, som ga Kongen myndighet til å gi nærmere regler i forskrift. Med hjemmel i loven ble det gitt en rekke forskrifter, som i hovedsak gjorde EU/EØS-direktivene ordrett til norsk rett. Norges tilslutning til WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, Government Procurement Agreement (GPA) i 1994, og handelsavtaler med tredjeland gjennom EFTA-samarbeidet, krevde også enkelte tilpasninger i de norske reglene.

Resultatet av disse prosessene ble et komplisert og lite enhetlig regelverk, og myndighetene så det raskt som nødvendig å foreta en full revisjon av regelverket. Resultatet ble en ny lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, som trådte i kraft 1. juli 2001. Med hjemmel i den nye loven ble det fastsatt en forskrift om offentlige anskaffelser og en forskrift om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Ved utforming av disse forskriftene gikk man bort fra den tidligere teknikken med ordrett innlemming av EU/EØS-direktivene, og man søkte heller å innpasse reglene materielt og retsteknisk inn i norsk rett på en helhetlig og oversiktlig måte. I tillegg til å inkorporere EU/EØS-rett ble det i forskriftene også gitt utfyllende nasjonale regler, som norsk lovgiver fant det hensiktsmessig å vedta.

EU reviderte sine direktiver på anskaffelsesområdet i 2004, og vedtok to direktiver til erstatning for de tidligere: et hoveddirektiv for ”klassisk

offentlig sektor” og et for forsyningssektorene (vann, energi, transport og posttjenester). Direktivene ble inntatt i EØS-avtalen, og gjennomført i norsk rett gjennom enkelte endringer i lov om offentlige anskaffelser, ny forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, som i dag er det sentrale regelverket på området, og forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene. Også den nye forskriften om offentlige anskaffelser inneholder særlige norske regler i tillegg til regler med opphav i EU/EØS. Resultatet er et rettsområde som er en særegen blanding av EU/EØS-rett og nasjonalt utformet rett. Dette har ingen betydning for den daglige anvendelse av reglene, men det er viktig å være oppmerksom på ved revisjon av regelverket, for å vite hvilket handlingsrom norsk lovgiver har til selv å utvikle rettsområdet. I tillegg har de to typene regler forskjellig rettskildemessig bakgrunn; de EU/EØS-baserte reglene skal tolkes ut fra utviklingen i EU-domstolen, og har krav på forrang fremfor annen norsk rett så langt dette følger av EØS-loven 27. november 1992 nr. 109 § 2.

EU/EØS-direktivene gir detaljerte prosedyregler for anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene (heretter omtalt som ”EØS-anskaffelser”). Terskelverdiene utgjør per i dag 1,6 mill kr for vare- og tjenestekontrakter (1,1 mill kr for sentrale statlige etater), og 40,5 mill. kr for bygge- og anleggskontrakter. Norge er således forpliktet til å gjennomføre direktivbestemmelsene for EØS-anskaffelser. Om bestemmelsene også skal gjøres gjeldende for andre anskaffelser, er det opp til nasjonal lovgiver å avgjøre.

Forskrift om offentlige anskaffelser er delt inn i fire deler som regulerer ulike typer anskaffelser, avhengig av anskaffelsens art og verdi. Del I gir alminnelige bestemmelser som gjelder for alle anskaffelser (grunnleggende prinsipper om likebehandling og krav til konkurranse, regler om habilitet, taushetsplikt, beregning av terskelverdi og krav om protokoll, skatteattest og HMS-egen-erklæring). I tillegg til reglene i del I, gjelder del II for anskaffelser mellom 500 000 kr (”nasjonal terskelverdi”) og EU/EØS-terskelverdiene, og for

kontrakter om uprioriterte tjenester uavhengig av størrelsen på anskaffelsen. I tillegg til reglene i del I, gjelder del III for EØS-anskaffelsene. Del IV regulerer plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.

### 3.2 Håndhevelse av reglene

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 overlatt til nasjonal forvaltnings- og prosessrett. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt, og 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 håndhevelse av de materielle reglene. Anskaffelsesretten er et slikt område. De to særskilte håndhevelsesdirektivene som gjelder i dag, 89/665/EØF (klassisk sektor) og direktiv 92/13/EØF (forsyningssektorene), stiller en del krav til håndhevelsesorganet, nasjonale prosedyrer og sanksjoner ved håndhevelsen av anskaffelsesreglene. Det nye direktivet, 2007/66/EF, er et endringsdirektiv til de to håndhevelsesdirektivene, og det nye direktivet videreutvikler kravene til nasjonal prosess.

Håndhevelsesdirektivene krever prosessregler som gir klager en reell og effektiv mulighet til å få saken prøvet dersom man mener det foreligger regelbrudd. Det gis enkelte mer detaljerte regler, men direktivene gir også et visst handlingsrom til nasjonale myndigheter. Bl.a. er det overlatt til medlemsstatene å avgjøre om klager på mulige regelbrudd i første runde skal behandles administrativt eller for domstolene. Ved gjennomføringen av EU/EØS-reglene om offentlige anskaffelser i norsk rett, vurderte man ulike alternativer og falt ned på at den nasjonale håndhevelsen skulle legges til det ordinære domstolsapparatet.

Før kontrakt er inngått kan domstolene i vanlige saker etter lov om offentlige anskaffelser § 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. Dette gjelder likevel ikke i forsyningssektorene, her kan det i stedet ilegges mulkt.

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, kommer saker om offentlige anskaffelser derfor kun til domstolene i form av erstatningssaker. Erstatningsrettslige problemstillinger på anskaffelsesområdet er særlig omtalt under kapittel 8.4.

Fra 2003 ble Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) etablert gjennom en endring i lov om offentlige anskaffelser, som en alternativ tvisteløsningsmodell til ordinær domstolsbehandling. Det uavhengige, administrative organet skulle gi rådgivende uttalelser i tvister på anskaffelsesområdet, og være en raskere og rimeligere klagemulighet for leverandørene, på et lavere konfliktnivå. Klagegebyret ble satt lavt (for tiden 860 kr), og partene kan ikke bli holdt ansvarlig for hverandres omkostninger.

Frem til 2007 var erstatning ilagt av domstolene den eneste formen for reaksjon som kunne rettes mot en oppdragsgiver etter at kontrakt var inngått i saken. For tilfeller av ulovlig direkte anskaffelser, ble dette i 2007 supplert med adgang til å ilegge et overtredelsesgebyr. Kompetansen til å ilegge dette gebyret ble lagt til KOFA, men med mulighet for full rettslig etterprøving for domstolene. Per 1. november 2011 har det vært ilagt overtredelsesgebyr i 37 saker. Så langt departementet kjenner til har ingen av dem ennå vært prøvet for domstolene.

Siden opprettelsen har KOFA mottatt over 2000 klager. Det ble gjennomført en evaluering av KOFA i 2006, som konkluderte med at klagenemnda i hovedsak hadde fungert etter de intensjoner som ble gitt ved opprettelsen.

Dersom en leverandør eller en annen med saklig interesse mener at en offentlig oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene, kan de ta opp dette med oppdragsgiveren eller bringe saken inn for KOFA. KOFA er imidlertid ikke et håndhevelsesorgan i håndhevelsesdirektivets forstand, og er således ikke ment å ivareta norske forpliktelser etter direktivet. Dersom man ønsker at det iverksettes formelle prosesser etter håndhevelsesdirektivene, med mulighet for å sette til side ulovlige beslutninger, tilkjenne erstatning mv., må man således bringe saken inn for domstolene. Ved domstolene behandles saker som gjelder mulige brudd på anskaffelsesregelverket i hovedsak etter de vanlige prosessreglene i tvisteloven. Hvilke krav som kan gjøres gjeldende for domstolene, avhenger av om kontrakten i saken er inngått eller ikke.

I årene som har gått side 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 antallet 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 til KOFA.

## 4 Komparativ rett/ rettstilstanden i andre land

### 4.1 Oversikt

---

Som redegjort for i omtalen av gjeldende rett, gjelder i utgangspunktet et generelt prinsipp om nasjonal prosessuell autonomi i EU/EØS-retten. Håndhevelsesdirektivene gjør imidlertid et unntak fra dette prinsippet, ved bl.a. å stille visse minstekrav til organiseringen av de nasjonale klage- og håndhevelsessystemene. Enkelte nye slike krav innføres gjennom direktiv 2007/66/EF, men utover dette er kravene i det vesentlige de samme som etter de gjeldende håndhevelsesdirektivene.

Prinsippet om nasjonal autonomi, kombinert med forskjeller i hvordan de nasjonale rettssystemene er bygget opp og ulikheter i juridiske tradisjoner, gjør at det finnes mange ulike klage- og håndhevelsessystemer på anskaffelsesområdet. Blant EUs 27 medlemsstater, har 13 land valgt å legge klageprosedyrene til de alminnelige domstolene (Belgia, Finland, Frankrike, Hellas, Irland, Italia, Litauen, Luxembourg, Nederland, Portugal, Spania, Storbritannia og Sverige), mens 14 stykker har opprettet en særskilt administrativ klageinstans (Bulgaria, Danmark, Estland, Kypros, Latvia, Malta, Polen, Romania, Slovakia, Slovenia, Tsjekkia, Tyskland, Ungarn og Østerrike). Blant EFTA-statene er det også valgt ulike modeller, for eksempel har Island valgt en særskilt klagenemnd. I tillegg er det til dels store variasjoner i kompetanse og prosedyrer til organer som faller under samme kategori, dette gjelder særlig de særskilte administrative klageorganene.

Få land ser ut til å gjøre nevneverdige organisatoriske endringer i forbindelse med gjennomføringen av det nye håndhevelsesdirektivet. Unntaket fra dette er Spania, som vil gå vekk fra sin domstolsmodell og opprette en administrativ nemnd som skal behandle klager i første instans, og Bulgaria, som går motsatt vei.

I kapittel 4.2 til 4.4 redegjøres det for klage- og håndhevelsessystemene i Sverige, Danmark og Finland. Det vises for øvrig til NOU 2010:2, kapittel 6 for en nærmere redegjørelse for gjeldende rett og direktivgjennomføringen i EU.

### 4.2 Klage- og håndhevelsessystemet i Sverige

---

I Sverige kan de som mener det har skjedd en feil i en offentlig anskaffelsesprosess eller mener seg forbigått ved kontraktstildelingen, anlegge sak for en alminnelig forvaltningsdomstol. Retten kan vedta midlertidig forføyning og pålegge oppdragsgiver å starte prosessen på nytt eller foreta nødvendige rettelser. Etter at kontrakt er inngått, kan domstolen ilegge erstatning for brudd på anskaffelsesreglene.

I tillegg til tvisteløsningen i domstolene, fører det svenske konkurransetilsynet, "Konkurrensvverket", tilsyn med regelverket om offentlige anskaffelser. Konkurrensvverket agerer både på eget initiativ og etter tips, og kan påpeke overtredelser av regelverket, men tilsynet har ikke kompetanse til å ilegge sanksjoner eller mekle i tvister.

I Sverige er håndhevelsesdirektivet gjennomført ved endringer i "lagen om offentlig opphandling" og "lagen om opphandling innom områdene vatten, energi, transporter og posttjänster". Endringene trådte i kraft 15. juli 2010. Blant de viktigste endringene var innføring av karenperiode ("avtalspörr") og mulighet for å kjenne en kontrakt uten virkning ("ogiltigförklara upphandlingskontrakt"). For de tilfeller der domstolene etter klage fra en misfornøyd leverandør ikke kjenner en kontrakt uten virkning, til tross for at det er påvist brudd på regelverket, innføres den alternative sanksjonen overtredelseavgift ("upphandlings-skadeavgift"). Det er utelukkende Konkurrensvverket - som tilsynsmyndighet på området for offentlige anskaffelser - som har kompetanse til å anlegge sak ved forvaltningsdomstolene med påstand om illeggelse av slik avgift. De nye reglene er som hovedregel gjort gjeldende for anskaffelser både i klassisk offentlig sektor og forsyningssektorene, og både over og under EU/EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.

Endringene innebærer ingen organisatoriske endringer, alle sanksjoner og beføyelser på anskaffelsesområdet ilegges fortsatt av forvaltningsdomstolene.

### 4.3 Klage- og håndhevelsessystemet i Danmark

---

I Danmark kan den som vil klage på en offentlig anskaffelsesprosess i første instans velge mellom å gå til det administrative klageorganet "Klagenævnet for Udbud" eller anlegge sak direkte for domstolene. Siden den siste muligheten benyttes svært sjelden, er Klagenævnet det viktigste forumet for tvisteløsning. I tillegg kan det klages til det danske konkurransetilsynet "Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen", som kan gi veiledende uttalelser. Selv om uttalelsene kun er veiledende, etterleves de som regel av oppdragsgiverne. Skjer ikke dette, kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bringe saken inn for Klagenævnet, noe som kun er gjort i noen enkelte saker.

Klagenævnet kan behandle saker og fatte vedtak om beføyelser og sanksjoner både før og etter kontraktsinngåelse og ilegger dermed også erstatning. Dette stiller det danske systemet 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. Saksbehandlingen i Klagenævnet minner mye om domstolene. I den enkelte sak er Klagenævnet satt sammen av en "formann", hvis hovedbeskjefteelse er juridisk dommer, og to sakkyndige medlemmer. Hovedregelen er at det skjer muntlig forhandling med mulighet for vitneavhør. Får klageren helt eller delvis medhold, kan oppdragsgiveren pålegges å dekke klagerens saksomkostninger. Avgjørelsen kan bringes inn for overprøving for de alminnelige domstolene. Erfaringsmessig bringes relativt få saker inn for domstolene.

I Danmark er direktiv 2007/66/EF gjennomført ved "Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.", som trådte i kraft 1. juli 2010. De nye reglene i håndhevelsesdirektivet om karenperiode, suspensjon, "uten virkning", alternative sanksjoner og klagefrister, er gjort gjeldende for anskaffelser etter EUs anskaffelsesdirektiver, det vil si både i klassisk offentlig sektor og forsyningssektorene, men ikke under EU/EØS-terskelverdiene eller for uprioriterte tjenester. Det er ikke gjort noen organisatoriske endringer.

Klagenævnet får imidlertid bare kompetanse til å fastsette økonomiske sanksjoner for oppdragsgivere som omfattes av *den offentlige forvaltningen*. Nemnda kan således ikke ilegge private oppdragsgivere bot, det vil si virksomheter som driver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett. Dette begrunnes i hensynet til

rettssikkerhet. Der det er aktuelt å fastsette en økonomisk sanksjon for private oppdragsgivere, bør Klagenævnet i stedet trekke inn den danske påtalemyndigheten (Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet) i prosessen. Dette skjer ved at nemnda anmelder forholdet til Politiet når den ikke erklærer hele kontrakten uten virkning. Påtalemyndigheten skal da foreta en selvstendig vurdering av saken og kan utstede et forelegg. Dersom oppdragsgiver ikke vedtar forelegget, reiser påtalemyndigheten sak for domstolene.

### 4.4 Klage- og håndhevelsessystemet i Finland

---

I Finland er håndhevelsen av anskaffelsesregelverket lagt til domstolene. Leverandører som klager før kontraktsinngåelse, må klage til "Marknadsdomstolen", som er en særskilt forvaltningsdomstol som bare behandler markedsrettslige saker, konkurransesaker og saker om offentlige anskaffelser. Saksbehandlingen er i hovedsak skriftlig – den innklagede oppdragsgiveren utarbeider et skriftlig tilsvarende. Unntaksvis blir en sak behandlet ved muntlig høring, typisk der det er behov for å avhøre vitner eller sakkyndige. Avgjørelse fra Marknadsdomstolen kan ankes til "Høgsta forvaltningsdomstolen". Etter at kontrakt er inngått, må krav om erstatning fremmes for de alminnelige domstolene.

I stedet for eller i tillegg til å anlegge sak ved Marknadsdomstolen kan en leverandør levere en form for forvaltningsrettslig krav om omgjøring ("rättelsesyrkande"), dersom oppdragsgiveren er en kommune, samkommune eller et kirkeorgan. Kravet fremmes overfor det aktuelle organet og skal behandles i organet uten unødig opphold. Beslutningen kan bare endres etter de grunner som er anført av klageren.

I Finland trådte endringene etter direktiv 2007/66/EF i kraft 1. juni 2010. De nye reglene innebærer ingen organisatoriske endringer. Samtlige nye regler etter håndhevelsesdirektivet er gjort gjeldende for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene i både klassisk offentlig sektor og forsyningssektorene. Reglene om karenperiode, suspensjon, frivillig intensjonskunngjøring og en ny form for omgjøringsadgang ("upphandlingsrättelse") innføres for alle anskaffelser, også under nasjonal terskelverdi. Den nye omgjøringsadgangen erstatter muligheten til å klage på forvaltningsrettslig grunnlag og skal gjelde alle offentlige anskaffelser.

## 5 Rammer og hensyn ved gjennomføring av direktivet i norsk rett

### 5.1 Utvalgets forslag

Norge er forpliktet til å gjennomføre direktivets regler for EØS-anskaffelser, det vil si anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygg- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene. Om reglene også skal gis anvendelse utover dette, bl.a. for anskaffelser etter del II i forskrift om offentlige anskaffelser, er det opp til norske myndigheter å ta stilling til. Utvalget drøfter hvor langt de mener direktivet skal gjennomføres i norsk rett, med utgangspunkt i hva de mener er formålet med anskaffelsesreglene og de nye reglene om håndhevelse, og hvilke hensyn og mothensyn som gjør seg gjeldende.

*Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aalto, understreker at de ser fremveksten av et regelverk om offentlige anskaffelser som en grunnleggende positiv utvikling, som bidrar til effektiv ressursbruk i samfunnet. Samtidig peker de på at det gjør seg gjeldende visse hensyn mot å stille for strenge krav til offentlige anskaffelsesprosesser, bl.a. at det kan være tids- og ressurskrevende, virke firkantet og forretningsmessig kompliserende og dermed stille offentlige oppdragsgivere markedsmessig dårligere enn private oppdragsgivere. Videre vil for kompliserte krav til anskaffelsesprosessen kunne fungere konfliktskapende og prosessdrivende. Flertallet peker også på at det er behov for fleksibilitet i det offentlige anskaffelsesprosesser. På denne bakgrunn understreker flertallet at anskaffelsesretten er et område der kryssende interesser gjør seg gjeldende og må avveies, både ved tolkningen av de krav EU/EØS-retten stiller, og ved gjennomføringen av disse i nasjonal rett. Flertallet følger opp disse synspunktene ved i hovedsak å foreslå at reglene i håndhevelsesdirektivet ikke gjøres gjeldende i videre omfang enn man er forpliktet til. Det innebærer bl.a. at de nye reglene ikke innføres for kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester.*

*Medlemmet Hellesylt viser til at det ikke uten videre er enkelt å måle de samfunnsmessige pluser 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 kr til 500 000 kr, fant at regelverket har en god innretning ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted. Dette medlemmet mener derimot at det er utfordringer knyttet til hvordan håndhevelsesorganene tolker reglene. Det er mange eksempler på at overordnede EU/EØS-prinsipper og grunnleggende krav i anskaffelsesloven blir penslet ut gjennom praksis, særlig i EU-domstolen, men også i KOFA.*

*Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnnes, støtter ikke flertallets vurderinger av regelverkets virkninger. Mindretallet peker bl.a. på at den tid og de ressurser som brukes på å etterleve anskaffelsesregelverket, får samfunnet i sum igjen i form av gode offentlige anskaffelser. Mindretallet ønsker i større grad å gjøre reglene i håndhevelsesdirektivet gjeldende også for anskaffelser etter forskriftens del II. Mindretallet peker på at bygge- og anleggsarbeider, samt uprioriterte tjenester etter forskriftens del II, kan utgjøre store summer, og at anskaffelser etter forskriftens del II utgjør hoveddelen av de offentlige anskaffelsene i Norge. Videre mener mindretallet at like sanksjoner for brudd på de samme forhold, enten anskaffelsen er over eller under EU/EØS-terskelverdiene, vil innebære en forenkling av regelverket.*

### 5.2 Høringsinstansenes syn

Mange høringsinstanser har generelle synspunkter på i hvilken utstrekning direktivet bør gjennomføres i norsk rett. Høringsinstansene deler seg stort sett i to grupper, der representantene for oppdragsgiversiden generelt støtter flertallets synspunkter, mens representantene for leverandørsiden generelt støtter mindretallet.

Et flertall av høringsinstansene er enige med flertallet om å vektlegge kryssende hensyn ved innføring av de nye sanksjonsreglene. En rekke høringsinstanser fra kommunesektoren uttaler dette, herunder Øvre Romerike innkjøpssamarbeid:

”ØRIK er positive til at flertallet i utvalget synes å ha fokus på å gjøre regelverket mer balansert og ikke innføre strengere regelverk enn det håndhevelsesdirektivet krever. Det er hensiktsmessig å gå gjennom regelverket slik at offentlige innkjøpere ikke mister fokus på formålet om økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling.”

KS uttaler:

”KS deler flertallets syn hva gjelder viktigheten av å se at regelverkets hovedformål primært skal ivareta offentlige hensyn. KS ser gjennom rådgivning og i øvrig kontakt med medlemmene at en i mange enkeltsaker mister dette perspektivet, og at hovedfokus ligger på private parters rettigheter. Regelverks- og klagehåndtering går på bekostning av tid og ressurser som kunne vært benyttet nettopp til å sikre bedre anskaffelsesfaglige kost/nytte vurderinger samt kontraktsoppfølging.”

De høringsinstansene som støtter mindretallets synspunkter, legger særlig vekt på at det er hensiktsmessig med like håndhevelsesregler for like brudd, og mener at flertallets forslag generelt vil svekke en effektiv håndhevelse av anskaffelsesreglene. Det pekes særlig på at det av hensyn til små- og mellomstore bedrifter er viktig med effektive håndhevelsesregler også i anskaffelsesforskriftens del II.

NHO uttrykker dette slik:

”Selv om det ikke er krav om å innføre direktivets bestemmelser under terskelverdi og for uprioriterte tjenester (f.eks. vakt- og sikkerhetstjenester, helse- og omsorgstjenester, hotell- og restauranttjenester) mener NHO at det bør innføres både for anskaffelser ned til 500.000 kr og for uprioriterte tjenester. Med hensyn til at anskaffelser utenfor det direktivstyrte området utgjør største delen av alle anskaffelser i Norge (ca. 80 %), finnes det gode grunner for å sikre overprøving før avtalen om kontraktstildeling undertegnes.”

NHO viser videre til de store korrupsjonssakene som har vært rullet opp de senere årene knyttet til offentlige innkjøp, og til at regelverket for offentlige anskaffelser inneholder en rekke beskyttelsesmekanismer som skal verne det offentlige mot utilbørlig påvirkning og forsøk på ulovlig tilegning av offentlige midler. Lemper man på kravene til det offentliges innkjøpsvirksomhet, svekkes denne beskyttelsen.

Det er også delte meninger om hva som vil innebære et enklere regelverk. De høringsinstansene som støtter mindretallet, fremhever generelt at det vil være en forenkling med identiske regler i forskriftens del II og III. De høringsinstansene som støtter flertallet er ikke enige i dette – for disse innebærer forenkling at reglene i del II gjøres mest mulig enkle og fleksible.

Statsbygg uttaler følgende:

”Statsbygg har også i tidligere høringer knyttet til regelverket om offentlige anskaffelser understreket betydningen av at det legges opp til enkle håndterbare regler. Dette tilsier etter vår mening at reglene under terskelverdi i langt større grad bør frikobles fra enkelte meget omfattende og unødig kompliserte regler over EØS-terskelverdiene. Statsbygg mener det må være viktigere å komme frem til enkle, fleksible og formålstjenlige regler enn å vektlegge prinsippet om mest mulig likhet mellom de to regelsettene. Man kunne tro at like regler over og under EØS-terskelverdiene ville innebære en forenkling, men det er ikke vår erfaring. Når det medfører unødvendig omfattende og kompliserte regler under terskelverdiene, er det forenkling å frikoble de to regelsettene. Vi oppfatter det slik at flertallet er enig i dette.”

HSH uttaler:

”[HSH er]generelt opptatt av at reglene i anskaffelsesforskriftens del II i utgangspunktet bør være enklere å forholde seg til enn det som av EØS-rettslige forpliktelser er mulig i forskriftens del III. Men dette strekker seg ikke lenger enn at gode regler i del III også bør få plass i del II, særlig når man har for øyet at anskaffelser av uprioriterte tjenester etter del II gjerne kan dreie seg om betydelige summer og omfattende tjenesteleveranser. I denne avveiningen bør det også fremheves at synspunktet om enklere regler i del II i hovedsak har betydning for kompleksiteten i prosedyre-

bestemmelser, og i mindre grad er et viktig argument mot håndhevingsbestemmelser.”

### 5.3 Departementets vurdering

Departementet støtter i hovedsak flertallets vurderinger av hvor langt håndhevelsesdirektivet bør gjennomføres i norsk rett. Departementet mener de hensyn som gjør seg gjeldende mot å ha for komplekse og faste regler om offentlige anskaffelser, bør tillegges vekt. Departementet synes det er relevant å vise til de vurderingene som ble gjort av regelverket sett fra et samfunnsøkonomisk perspektiv, i forbindelse med at den nasjonale terskelverdien ble hevet (”Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi og tiltak i konkurransefasen”, Asplan Viak, 2008). Det ble da konkludert med at det norske regelverket i dag i det store og hele har et omfang som er hensiktsmessig.

Departementet deler oppfatningen av at like regler i forskrift om offentlige anskaffelser del II og III ikke uten videre innebærer en forenkling av regelverket, og mener at det ikke er et mål i seg selv å ha samme håndhevelsesregler i disse delene. Allerede i dag er det forskjell på reglene for ulike typer anskaffelser og i de ulike delene av forskriften. For anskaffelser som gjennomføres etter forskriftens del II, er det generelt et mål at

reglene skal være enklere og mer fleksible. Dette er bl.a. søkt gjennomført ved at det er innført regler som reduserer de administrative kostnadene, der dette kan gjøres uten å bryte viktige prinsipper som anskaffelsesregelverket skal ivareta, og gjennom mer fleksible regler for frister, adgang til å forhandle, mv. En innføring av håndhevelsesdirektivets regler i denne delen av forskriften, vil kunne komplisere regelverket og motvirke formålet om enklere og mer fleksible regler for disse anskaffelsene. Fremfor å ta for gitt at like regler innebærer forenkling, mener departementet derfor det bør vurderes nøye i hvilken grad nye regler i del II kan bidra til formålene bak regelverket.

Forebyggende arbeid for å hindre korrupsjon i offentlig sektor er viktig. Departementet peker på at det er behov for innsats på flere plan for å bekjempe dette, og viser til at en rekke regler og ordninger har til formål å motvirke korrupsjon i offentlig sektor, bl.a. straffebestemmelser og regelverk om økonomistyring og internkontroll. Departementet kan derfor ikke se at likelydende prosessregler for del II og III i forskrift om offentlige anskaffelser er avgjørende for bekjempelse av korrupsjon, og støtter i hovedsak flertallets syn i at enklere prosessregler for forskriftens del II vil være en viktigere forenkling enn likelydende regler i forskriftens ulike deler.



## 6 Gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler

### 6.1 Innledning

---

Det nye håndhevelsesdirektivet innfører flere nye materielle håndhevelsesregler.

Dette gjelder for det første en suspensjonsplikt, slik at klage til håndhevelsesorganet i visse tilfeller medfører at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes. Dette omtales nærmere i kapittel 6.2.

Det innføres også et nytt sanksjonssystem for visse alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket, herunder med krav om at kontrakter i visse tilfeller skal kjennes uten virkning. Dette omtales nærmere i kapittel 6.3.

Direktivet gir også mulighet for å innføre visse søksmålsfrister og stille krav til leverandørene om først å underrette eller klage til oppdragsgiver innen klage kan bringes inn for håndhevelsesorganet. Dette omtales nærmere i kapittel 6.4.

Særlige regler for forsyningssektorene omtales i kapittel 6.5.

Endelig stiller direktivet krav om en obligatorisk ventetid, såkalt karenperiode, fra oppdragsgiver meddeler sin beslutning om hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås. Dette vil imidlertid bare bli regulert i forskrift og er således ikke omtalt i dette kapitlet. Bestemmelsene er omtalt nærmere i kapittel 9.2.

### 6.2 Suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning

---

#### 6.2.1 Gjeldende rett

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

De alminnelige reglene som finnes i tvisteloven kapittel 34, jf. kapittel 32, gjelder for begjæring om midlertidig forføyning mot brudd på

anskaffelsesreglene. En slik begjæring har ikke i seg selv oppsettende virkning (det vil si at det ikke er forbud mot å gjennomføre den påklagede beslutning før det er tatt stilling til begjæringen). En oppdragsgiver kan derfor i prinsippet forhindre en midlertidig forføyning ved å inngå kontrakt før retten rekker å ta stilling til begjæringen, og dette har også skjedd i praksis. Hovedregelen synes likevel å være at oppdragsgivere avventer kontraktsinngåelse 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.

Partene kan også på frivillig grunnlag bli enige om å vente med å inngå kontrakt. Dette skjer ofte ved klage til KOFA, der partene blir 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 ofte i praksis 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 oppdragsgiver rettslig sett ikke er forpliktet til det.

#### 6.2.2 Direktivets krav

Håndhevelsesdirektivet krever at visse klager til håndhevelsesorganet skal ha oppsettende virkning. Dette følger av artikkel 2 nr. 3 og gjelder først og fremst der oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt påklages innen utløpet av karenperioden, det vil si den obligatoriske ventetiden fra oppdragsgiver har meddelt hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt til kontrakten faktisk kan inngås. I et slikt tilfelle skal oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes inntil klageorganet har truffet avgjørelse enten

vedrørende begjæring om midlertidig forføyning eller inntil klagen er behandlet.

Formålet med bestemmelsen fremgår av direktivets fortale, premiss 12. Der heter det at innlevering av klage kort tid før utløpet av karenperioden, 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.

I tilfeller der oppdragsgiver vil tildele en kontrakt direkte uten forutgående kunngjøring av konkurransen, åpner direktivet opp for at oppdragsgiver kan kunngjøre sin hensikt om å tildele kontrakten (såkalt intensjonskunngjøring). Oppdragsgiver vil da ikke kunne ilegges sanksjoner dersom han venter med å signere kontrakten i minst 10 dager fra kunngjøringen. Dette er i praksis også en form for karenperiode, og en klage som inngis innenfor disse 10 dagene skal derfor også føre til suspensjon.

I håndhevelsesdirektivet brukes betegnelserne "klage" og "klageinstans". Disse begrepene er ment å være nøytrale til valg av type klageorgan. 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.

Håndhevelsesdirektivets regler om suspensjon gjelder bare for EØS-anskaffelser. Det gjelder ikke for kontrakter om uprioriterte tjenester eller kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene.

### 6.2.3 Utvalgets forslag

Utvalget forstår bestemmelsen i direktivet slik at suspensjon i nasjonal rett kan begrenses til å inntre der det begjæres midlertidig forføyning, og mener at en slik begrensning bør innføres.

Dette begrunnes i at det bare er hensiktsmessig at suspensjon inntre der leverandøren bestriker tildelingsbeslutningen og faktisk ønsker å stanse anskaffelsesprosessen for å unngå at kontrakt blir tildelt feil leverandør. Et søksmål kan derimot også vedrøre en feil i anskaffelsesprosessen som i den konkrete saken ikke har fått betydning for tildelingsbeslutningen, men som leverandøren av prinsipielle årsaker ønsker å få overprøvd. Når leverandøren ikke ønsker eller ser et formål med å stanse prosessen, vil det være uhenktsmessig om suspensjon uansett skal inntre. Dette ville innebære unødvendig merarbeid for domstolene og være til ulempe for oppdragsgiver.

Utvalget viser til at suspensjon skal inntre *automatisk* ved begjæring om midlertidig forføy-

ning: Domstolen skal altså ikke "godkjenne" at suspensjonen inntre.

På denne bakgrunnen foreslår utvalget å innføre en lovbestemmelse som gir Kongen hjemmel til å gi forskrift om at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved begjæring om midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesregelverket, når begjæringen er fremsatt innenfor en karenperiode.

Av utvalgets forslag til forskriftsbestemmelse om suspensjon fremgår det at suspensjon bare skal inntre ved begjæringen om midlertidig forføyning i to tilfeller: for det første når begjæringen fremsettes før utløpet av en karenperiode fastsatt av oppdragsgiver. For det andre der begjæringen fremsettes i de 10 dagene etter en intensjonskunngjøring, der oppdragsgiver er forpliktet til ikke å inngå kontrakt. Suspensjonen skal bare inntre ved begjæring til første instans, ikke ved anke til andre instanser. Utvalget foreslår at skjæringstidspunktet for når suspensjonen skal inntre, skal være rettens forkynnelse av begjæringen om midlertidig forføyning for oppdragsgiver, og at suspensjonen skal løpe inntil domstolen har tatt stilling til begjæringen.

Utvalget peker på at den nye bestemmelsen om suspensjonen innebærer en markert endring i norsk rett, idet en begjæring om midlertidig forføyning automatisk skal ha oppsettende virkning. Utvalget foreslår imidlertid ikke å endre på de alminnelige reglene om midlertidig forføyning for øvrig.

*Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatto,* anbefaler at direktivets nye regler om suspensjon bare gjennomføres så langt EU/EØS-retten krever det, dvs. for EØS-anskaffelser (anskaffelser som i dag er omfattet av anskaffelsesforskriften del III og forsyningsforskriften del II), og at det ikke innføres regler om suspensjon for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene eller for uprioriterte tjenester (anskaffelser som i dag omfattes av anskaffelsesforskriften del II).

Flertallet peker på at reglene i del II gjennomgående er mer fleksible enn reglene for EØS-anskaffelser. Videre vil bestemmelsene om suspensjon ikke alltid være forholdsmessige ved kontrakter som inngås etter del II. Særlig ved små kontrakter vil det kunne virke uforholdsmessig at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt automatisk skal stanses ved begjæring om midlertidig forføyning. Endelig mener flertallet at de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til leverandører som

ønsker å stoppe anskaffelser under EU/EØS-ter-skelverdiene eller av uprioriterte tjenester.

*Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes,* anbefaler at reglene om suspensjon også gis anvendelse for anskaffelser under EU/EØS-ter-skelverdiene og for uprioriterte tjenester, dvs. både i anskaffelsesforskriften del II og III og for-syningsforskriften del II.

Mindretallets utgangspunkt er at håndhevel-sesreglene ikke må forskjellsbehandle leverandø-rers praktiske og juridiske mulighet til å gjenopp-rette opprinnelige kontraktmuligheter. Det må være et like egnet håndhevelsesregime for små bedrifter, som for de store bedriftene som kan trekke på juridiske ressurser. Suspensjonsmulig-heten gir leverandørene reelle rettigheter til å kunne få prøvet sin sak, og ikke bare bli avspist med eventuell erstatning. 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 – uansett størrelsen på anskaffelsen. Kontrakter om upriori-terte tjenester kan videre beløpe seg til store sum-mer. Det er derfor av konkurransemessige og samfunnsmessige grunner viktig at leverandører kan få nytte av suspensjonsbestemmelsen også i anskaffelsesforskriften del II.

Utvalget peker på at reglene om suspensjon ikke vil være aktuelle for plan- og designkonkur-ranser eller bygge- og anleggskonsepsjoner etter forskrift om offentlige anskaffelser del IV eller for-syningsforskriften del III. Utvalget mener derimot at reglene om suspensjon må gjelde også for bygge- og anleggskontrakter til sosiale formål (det vil si planlegging og oppføring av boliger til sosiale formål som på grunn av arbeidets betyd-ning, kompleksitet og antatte varighet, krever samarbeid med oppdragsgiver, sakkyndige og entreprenører) etter forskrift om offentlige anskaffelser del IV.

#### 6.2.4 Høringsinstansenes syn

De fleste høringsinstansene i offentlig sektor (56 høringsinstanser, herunder KOFA og Regjerings-advokaten), samt *KS, NIMAs offentlige komité og Norges taxiforbund* støtter flertallets anbefaling om å innføre regler om suspensjon bare for EØS-anskaffelser.

Flere av disse høringsinstansene uttrykker generell bekymring over de nye bestemmelsene om suspensjon. Suspensjon vil i praksis kunne føre til at anskaffelsesprosessene kan bli vesentlig forsinket, og at systemet blir sårbart for at det utnyttes ved grunnløse klager. At adgangen til å

inngå kontrakt suspenderes kompliserer ikke bare prosessen for oppdragsgiver, men vil kunne skape reelle problemer for den daglige driften. Dette kan i siste ende føre til økte kostnader og ineffektivitet.

*Helse Sør-Øst* uttaler:

”Denne nye regelen vil medføre en markert endring i forhold til dagens praksis og åpner for trenering av anskaffelsesprosessene. Dette innebærer at enhver begjæring om midlertidig forføyning (eller klage til KOFA etter mindretallets forslag) med påstand om brudd på anskaffelsesreglene innenfor karenstiden, vil hindre oppdragsgiver i å inngå kontrakt. Dette vil også gjelde for klager/begjæringer som åpenbart ikke kan føre frem og for klager hvor det er begått mindre feil som ikke har hatt betydning for utfallet av konkurransen.

HSØ er bekymret for denne utviklingen. Anskaffelsesregelverket strammes stadig inn og vi ser at det vil bli vanskeligere å gjennomføre effektive anskaffelser, hvor potensialet for økonomiske besparelser raskt kan hentes ut og virksomhetskritiske endringer raskt kan iverksettes (for eksempel implementering av avtaler for medisinske forbruksvarer og utstyr, strategisk viktige IKT anskaffelser mv.) På den annen side ser vi behovet for suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt som en rettsikkerhetsgaranti for leverandørene.”

Flere høringsinstanser viser til at det allerede etter dagens regler er mulig for forbigåtte leverandører å fremsette begjæring om midlertidig forføyning før kontraktsinngåelse, hvilket vil være tilstrekkelig etter anskaffelsesforskriften del II. Erfaringer viser at mange oppdragsgivere i en slik situasjon vil vente med å inngå kontrakt inntil saken er avgjort av retten, og det vil også være i oppdragsgivers interesse å rette eventuelle feil før kontrakt inngås. En gruppe høringsinstanser peker videre på at suspensjon ikke vil være et proporsjonalt virkemiddel til kontrakter omfattet av anskaffelsesforskriften del II. En annen gruppe peker på at det er viktig å beholde fleksibiliteten og et så enkelt regelverk som mulig i denne delen.

*Fagforbundet* avviser helt å innføre automatisk suspensjon – både i anskaffelsesforskriften del II og III – idet behovet for suspensjon er ivarettet gjennom eksisterende regelverk. *LO* mener det er svært uheldig med en innføring av suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt, da dette kan innefektivisere offentlig sektor.

14 høringsinstanser på leverandørsiden, samt *Advokatforeningen*, *Helse Vest RHF* og *KOFA-medlem Kai Krüger*, støtter mindretallets forslag om å innføre regler om suspensjon også for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Flere av disse høringsinstansene peker på at dagens håndhevelsesregler ikke gir tilstrekkelige klagemuligheter før kontrakt er inngått. Hvis oppdragsgiver først har inngått kontrakt, står leverandørene tilbake med muligheten til å reise erstatningskrav, noe som langt fra er en ønskelig situasjon verken for leverandørene eller oppdragsgiver. Mange ser derfor på den nye suspensjonsbestemmelsen som en av de viktigste nyvinningene. *NHO* uttrykker dette slik:

”Denne regelen er en nyskaping i norsk rett, og som virkelig er en nyvinning innenfor sanksjonsreglene for offentlige anskaffelser. *NHO* mener at dette er reparasjonsregelen over alle. [...]

Ingen annen regel vil kunne gi forbigåtte leverandører en slik reell mulighet til å prøve sin sak eller mulighet til å avklare om egen klage er berettiget. Suspensjon innebærer at oppdragsgiver ikke har rett til å inngå kontrakt før klageorganet har truffet en avgjørelse, dersom leverandøren sender inn en klage til klageorganet innen utløpet av karensperioden. Problemet med håndhevelse av offentlige anskaffelser har vært at leverandøren har blitt fratatt denne muligheten, hvor oppdragsgiver raskt har undertegnet kontrakt.”

Flere av høringsinstansene viser videre til at suspensjon fører til at oppdragsgiver får mulighet til raskt å rette opp feil som har blitt begått, før kontrakt inngås. Samtidig vil bestemmelsen også ha preventiv effekt. Oppdragsgivere vil få incitament til å ha bedre rutiner, noe som generelt vil føre til bedre innkjøp.

Endelig mener en del høringsinstanser at det vil bidra til en forenkling av regelverket, dersom det innføres like håndhevelsesregler i anskaffelsesforskriften del II og III. *NHO Service* peker i den forbindelse på at det i seg selv vil være konfliktskapende og fordyrende at man må være spesialist i reglene for å kunne skille mellom de ulike rettighetene i ulike markedssegment.

Når det gjelder klageorganets håndtering av suspensjonssaker, peker flere høringsinstanser, bl.a. *Bufdir*, *FLO*, *PDMT*, *Utenriksdepartementet*, og flere *regionale helseforetak og kommuner*, på at

det er viktig at behandling av slike saker skjer så raskt som mulig.

*Regjeringsadvokaten* viser i sin høringsuttalelse til at det må følge av tvisteloven § 32-11 at leverandøren vil kunne bli erstatningsansvarlig for det tap som er påført oppdragsgiver som følge av den automatiske suspensjonen, der det viser seg at det ikke foreligger noe brudd på anskaffelsesregelverket. Leverandøren er her i samme stilling som alle andre som har oppnådd midlertidig sikring av et krav som viste seg ikke å være berettiget.

Flere kommuner, fylkeskommuner og *NIMAs offentlige komité* viser også til at reglene om sikkerhetsstillelse for mulig erstatningsansvar i tvisteloven og i tvangsloven uansett må gjelde ved begjæring om midlertidig forføyning. Noen av disse ber i tillegg departementet om å vurdere å innføre en obligatorisk regel om at leverandørene skal stille sikkerhet for mulige tap. Dette er som ”motbør” til bestemmelsen om suspensjon som nettopp innebærer at leverandører med et minimum av kostnad og uten konsekvenser kan stoppe innkjøpsprosessen. Et krav om sikkerhetsstillelse kan således forhindre unødvendige saker for domstolene og unødig tidspille for oppdragsgiver.

*Advokatforeningen*, *FLO* og *Oslo byfogdembede* stiller spørsmål ved om forkynning er det beste skjæringstidspunktet for når suspensjonen skal inntre. Dette begrunnes i at det kan gå noen tid fra en begjæring om midlertidig forføyning innkommer til domstolen før den forkynnes. I mellomtiden kan karensperioden være utløpt og kontrakt inngått. *Oslo byfogdembede* uttaler følgende:

”Det foreslås at saksøker skal varsle motparten ved å sende kopi av begjæringen, men at suspensjonen først trer i kraft når domstolen har forkynt den for vedkommende. Vi finner grunn til å påpeke at det i enkelte tilfeller kan ta noen dager fra saken kommer inn, til forkynnelse har funnet sted. Det er for eksempel ikke alltid at rett saksøkt oppgis. Dette gjelder spesielt i saker hvor saksøkte ikke er et departement, men eksempelvis et organ. Ofte oppgis i disse tilfellene det organet som skal inngå kontrakten, selv om det ikke har rettslig partevne. Det må da kartlegges hvem som kan motta forkynnelse i sakens anledning. Dessuten forutsetter regelverket om forkynnelse at dette skal foregå på en særskilt måte. Også dette tar derfor noe tid. Det vil følgelig være fullt mulig å inngå kontrakten i perioden fra oppdragsgiver mottar kopi av begjæringen til forkynnelse har funnet sted. Selv om muligheten for et senere erstat-

ningssøksmål kan medføre at partene avstår fra dette, foreslår vi at det fastsettes et annet skjæringstidspunkt. Skjæringstidspunktet kan eksempelvis være når begjæringen er innkommet retten eller det kan være tilstrekkelig at retten meddeler (og ikke forkynner) begjæringen for saksøkte.”

*Advokatforeningen* peker på at direktivets artikkel 2 nr. 3 fastslår at det er "indbringelsen" av klagen som skal ha suspensiv virkning, ikke klageorganets forkynnelse av klagen. Denne høringsinstansen foreslår derfor at skjæringstidspunktet fastsettes til tidspunktet når begjæringen kommer frem til domstolen.

*Oslo byfogdembede* kommenterer videre utvalgets forslag om at det legges opp til muntlig forhandling. Denne høringsinstansen peker på at det i praksis kan vise seg vanskelig å få berammet et rettsmøte innen kort tid, og mener derfor at det bør vurderes å gi hjemmel for at partene kan samtykke til at saken behandles skriftlig.

*Advokatfirmaet Schjødt, EBA, KOFA-medlem Kai Krüger, m.fl.* mener at KOFA, uansett om det legges opp til en domstolsmodell, jf. nærmere i kapittel 7, bør få adgang til å suspendere oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt.

*Advokatfirmaet Schjødt* uttaler:

”Etter vår oppfatning er det fornuftig å styrke lavterskeltilbudet og suspensjon vil være en svært nyttig måte å sikre at KOFAs avgjørelser har virkning i konkrete saker. Dette vil heller ikke hindre anvendelsen av midlertidig forføyning i de saker dette fremstår som mer naturlig.”

### 6.2.5 Departementets vurdering

Norge er forpliktet til å innføre bestemmelsen om suspensjon. Departementet foreslår derfor å innføre en lovhjemmel og å fastsette nærmere bestemmelser om suspensjon i forskrift.

Det er departementets vurdering at bestemmelser om suspensjon i noen tilfeller vil kunne skape reelle problemer for oppdragsgivere som har behov for raskt å inngå kontrakter om kritiske ytelser. Dette kan også være tilfellet selv om anskaffelsen bare forsinkes i noen få dager (frem til avgjørelsen om midlertidig forføyning). Ettersom suspensjonen skal inntre automatisk, vil det ikke være mulig å ta hensyn til eventuelle uheldige konsekvenser som stans i kontraktsinngåelsen vil kunne få.

Departementet er derfor enig i at lovhjemmelen bør begrenses slik at det kun kan gis forskriftsbestemmelser om at suspensjon skal inntre når det er fremmet begjæring om midlertidig forføyning. Departementet slutter seg i den forbindelse til utvalgets begrunnelse. Utvalget foreslår også å begrense suspensjonen til begjæring som fremsettes innenfor den karensperioden som følger etter tildeling av kontrakt eller etter intensjonskunngjøring. Dette svarer etter departementets oppfatning godt til formålet bak bestemmelsene om karens: Forbigåtte leverandører skal ha rimelig tid til å vurdere om det kan lønne seg å klage. Når 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.

Der det ikke stilles krav om karens, for eksempel der det bare er én leverandør eller der oppdragsgiver har behov for å foreta en anskaffelse raskt, vil heller ikke behovet for suspensjon være tungtveiende.

Når oppdragsgiver har fastsatt en karensperiode må suspensjon inntre, uansett om oppdragsgiver har vært forpliktet til å fastsette en slik karensperiode eller dette har skjedd på frivillig grunnlag. Dersom suspensjon bare skulle inntre når oppdragsgiver har plikt til å fastsette en karensperiode, ville det bli vanskelig for domstolene umiddelbart å konstatere om suspensjon skal inntre eller ei. Dette er fordi det ikke nødvendigvis fremgår tydelig om oppdragsgiver overholder en karensperiode fordi han er forpliktet til det eller ei.

Tilsvarende ville det bli vanskelig for domstolene å ta stilling til en automatisk suspensjonsplikt i tilfeller der oppdragsgiver ikke har fastsatt en karensperiode, men egentlig har plikt til det. Dette ville kreve at domstolene realitetsprøver om det faktisk foreligger en slik plikt, eller om den konkrete anskaffelsen er unntatt fra kravet om karens. Departementet mener derfor at det ikke bør inntre automatisk suspensjon i tilfeller der oppdragsgiver ikke har fastsatt en karensperiode, selv om oppdragsgiver faktisk er forpliktet å gjøre det. Her bør heller de alminnelige reglene om midlertidig forføyning få anvendelse. Viser det seg at

oppdragsgiver faktisk hadde en plikt til å overholde en karenperiode, men ikke har gjort det, vil dette uansett også være et brudd på bestemmelsene om karen, som for visse anskaffelser skal føre til overtredelsesgebyr eller eventuelt avkortning av kontrakt. Har kontrakt blitt inngått, og har det i tillegg skjedd et brudd på anskaffelsesregelverket som har påvirket utfallet av konkurransen, risikerer oppdragsgiver også at kontrakten blir kjent uten virkning.

Det nærmere omfang av suspensjonen, særlig spørsmålet om hvilke anskaffelser suspensjonen skal gjelde for, vil bli regulert nærmere i forskrift.

Departementet bemerker imidlertid at det er enig med utvalgets flertall og de høringsinstansene som påpeker at suspensjon ikke i alle tilfelle vil være et proporsjonalt virkemiddel, og at det er mer hensiktsmessig å holde fast i den fleksibiliteten som allerede i dag finnes for anskaffelser av uprioriterte tjenester og under EU/EØS-terskelverdiene. Videre finner departementet at de alminnelige reglene om midlertidig forføyning i tilstrekkelig grad vil ivareta hensynet til leverandører som ønsker å stoppe slike anskaffelser. Departementet deler ikke synspunktet som fremmes av noen høringsinstanser, om at det vil bidra til en forenkling av regelverket dersom man innfører reglene om suspensjon også i anskaffelsesforskriften del II. Reglene i denne delen er mer fleksible, og å innføre mer omfattende regler her med det formål at reglene skal identiske med reglene i del III, kan snarere oppfattes som kompliserende fremfor forenkling, slik andre høringsinstanser påpeker. Departementet mener at det ikke bør innføres bestemmelser om suspensjon i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Også det nærmere skjæringstidspunkt for når suspensjonen skal inntre og nærmere krav til domstolenes saksbehandling, vil bli regulert i forskriftsbestemmelsene.

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

Det vises for øvrig til forslag til ny § 9 tredje ledd.

Spørsmålet om KOFA skal få nye oppgaver etter håndhevelsesdirektivet, herunder mulighet til å suspendere oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt, er nærmere behandlet i kapittel 7.5.

Når det gjelder anskaffelser omfattet av forsyningsforskriften, får nye regler om suspensjon konsekvenser for rettens adgang til å fastsette multt i forsyningssektorene, i stedet for å treffe avgjørelser om midlertidig forføyning. Dette er nærmere behandlet i kapittel 6.5.

## 6.3 Sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser m.m.

---

### 6.3.1 Gjeldende rett

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

Ved ulovlige direkte anskaffelser har det ikke vært avholdt noen konkurranse og det vil ikke være noen leverandører som kan få erstatning for tap i den forbindelse (den negative kontraktsinteressen). Det vil også i praksis være umulig for en leverandør å sannsynliggjøre at han ville ha fått tildelt kontrakten dersom det faktisk hadde vært avholdt en konkurranse, og derfor vil det heller ikke være mulig å godtgjøre at vilkårene for å få erstatning for oppfyllesesinteressen (positiv kontraktsinteresse) er til stede. Fra 1. januar 2007 har derfor Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) hatt hjemmel til å ilegge oppdragsgivere overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7b.

Bestemmelsen om overtredelsesgebyr retter seg utelukkende mot ulovlige direkte anskaffelser, det vil si anskaffelser som i strid med reglene ikke på forhånd er kunngjort slik anskaffelsesforskriftens og forsyningsforskriftens bestemmelser om kunngjøring krever. Bestemmelsen om overtredelsesgebyr retter seg således mot alle anskaffelser over den nasjonale terskelverdien på 500 000 kr omfattet av anskaffelsesforskriften, mens den i forsyningssektorene retter seg mot alle anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene.

Inngåelse av kontrakter som ikke krever forutgående kunngjøring, enten fordi kontrakten etter sin art faller utenfor virkeområdet til anskaffelsesregelverket eller fordi regelverket gjør uttrykkelig unntak fra kunngjøringskravet, faller utenfor bestemmelsens virkeområde. Adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr bortfaller to år etter at kontrakt er inngått.

Et overtredelsesgebyr kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi. Det må imidlertid foreligge grov uaktsomhet eller forsett hos oppdragsgiver for at overtredelsesgebyr skal kunne ilegges. Begrunnelsen for dette er at regelverket anses for å være komplekst, og at det derfor bør utvises en viss tilbakeholdenhet med hensyn til hvor streng aktsomhetsnormen bør 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 på overtredelsesgebyrets preventive virkning.

Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 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 og ved søksmål for domstolene. Dette åpner bl.a. for at politikere og andre kan klage saker om ulovlige direkte anskaffelser inn for KOFA. 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.

KOFA har i perioden januar 2007 til juni 2011 behandlet 164 klagesaker med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, og ilagt overtredelsesgebyr i 29 tilfeller. Så langt har ingen av oppdragsgiverne som er ilagt overtredelsesgebyr, reist søksmål for domstolene for å få prøvet KOFAs vedtak.

Oppdragsgivere kan ikke i dag ilegges sanksjoner for andre brudd på anskaffelsesregelverket enn ulovlige direkte anskaffelser.

### 6.3.2 Direktivets krav

For visse typer brudd på anskaffelsesreglene stiller håndhevelsesdirektivet krav om at den inngåtte kontrakten skal kjennes uten virkning, jf. artikkel 2d. Det gjelder først og fremst ved ulov-

lige direkte anskaffelser, som regnes som en særlig grov overtredelse av regelverket.

Kontrakten skal også kjønes uten virkning ved andre grove brudd på regelverket der konkurransen har vært kunngjort. Det gjelder brudd som har påvirket klagerens muligheter til å få tildelt kontrakten, og som skjer i kombinasjon med brudd på reglene om karens eller suspensjon. Det er en betingelse at bruddet på reglene om karens eller suspensjon skal ha fratatt leverandøren muligheten for å iverksette rettslige skritt før inngåelsen av kontrakten. Med andre ord skal altså kontrakten kjønes uten virkning der kontrakt potensielt er inngått med "feil" leverandør, samtidig som øvrige leverandører ikke har hatt mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen og få saken prøvd.

Endelig skal en kontrakt basert på en rammeavtale/ dynamiske innkjøpsordning kjønes uten virkning, når den er tildelt i strid med prosedyreglene. Ved slike kontrakter vil det ikke bli stilt krav til karens, jf. omtalen i kapittel 9.2. Dette innebærer at oppdragsgiver kan inngå kontrakt umiddelbart i forbindelse med tildelingen. Det vil således også under en rammeavtale med flere leverandører kunne oppstå den situasjon at kontrakt potensielt tildeles "feil" leverandør, samtidig som de øvrige leverandørene ikke får mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen, fordi oppdragsgiver ikke overholder noen karensperiode.

I ovennevnte tre tilfeller er håndhevelsesorganet i utgangspunktet forpliktet til å kjenne en inngått kontrakten uten virkning, når vilkårene for dette for øvrig er oppfylt.

Følgene av at en kontrakt kjønes uten virkning skal fastsettes i nasjonal rett. Her kan det bestemmes om allerede oppfylte kontraktsrettslige forpliktelser skal annulleres med tilbakevirkende kraft (*ex tunc*), eller om annulleringen skal begrenses til de forpliktelser som ennå ikke har blitt oppfylt (*ex nunc*).

Det følger av direktivet at det *kan* gjøres unntak fra kravet om at en inngått kontrakt skal kjønes uten virkning der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger.

Videre *skal* det gjøres unntak i to tilfeller. For det første skal det gjøres unntak der oppdragsgiver på nærmere vilkår har foretatt en såkalt intensjonskunngjøring (dvs. en kunngjøring om at oppdragsgiver har til hensikt å tildele en kontrakt direkte til en leverandør uten forutgående kunngjort konkurranse). Oppdragsgiver må da i tillegg vente med å inngå kontrakt i 10 dager fra kunngjøringen, for at adgangen til etterpå å kjenne kon-

trakten uten virkning skal avskjæres. For det andre skal det gjøres unntak ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale/dynamisk innkjøpsordning, der oppdragsgiver "frivillig" har overholdt en karenperiode.

Direktivet krever også at det innføres såkalte "alternative sanksjoner", det vil si overtredelsesgebyr (bot) og avkorting av kontrakt, i stedet for eller i tillegg til at en kontrakt kjennes uten virkning. Det skal benyttes slike 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.

Endelig krever direktivet at sanksjonen "uten virkning" eller alternative sanksjoner innføres for mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karen og suspensjon. Her stilles det ikke krav om at det i tillegg skal ha skjedd andre brudd på anskaffelsesregelverket, eller at bruddet på bestemmelsene om karen og suspensjon skal ha fratatt leverandøren muligheten for å iverksette rettslige skritt før inngåelsen av kontrakten.

Den EU/EØS-rettslige forpliktelsen til å innføre nye bestemmelser om sanksjoner gjelder bare for EØS-anskaffelser. Norge er således ikke forpliktet til å innføre slike regler for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene eller for uprioriterte tjenester.

Det bemerkes avslutningsvis at direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, direktiv 2009/81/EF, inneholder bestemmelser om sanksjoner som stort sett er identiske med bestemmelsene i håndhevelsesdirektivet, jf. kapittel 2.5. På ett punkt skiller bestemmelsene i direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser seg likevel ut: Det gjelder bestemmelsen om muligheten for å gjøre unntak fra kravet om uten virkning, der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger. I direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser anvendes formuleringen "tungtveiende samfunnsmessige hensyn, først og fremst vedrørende forsvars- og sikkerhetsinteresser" i stedet for "vesentlig hensyn til allmennhetens interesser", jf. artikkel 60. Dette må imidlertid langt på vei anses for å være sammenfallende begreper - direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser peker bare på særlige interesser som vil være relevante på dette området. Direktiv 2009/81/EF inneholder imidlertid også en tilføelse om at det i visse situasjoner skal gjøres unntak. Det gjelder der konsekvensene av at kontrakten kjennes uten virkning i alvorlig grad vil kunne

true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er av avgjørende betydning for en medlemsstats sikkerhetsinteresser.

### 6.3.3 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at sanksjonen "uten virkning" kun innføres for anskaffelser omfattet av anskaffelsesdirektivene, dvs. i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. 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 kontraktsgjensstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde.

Videres anbefales det å innføre alle de tre mulige unntakene fra sanksjonen "uten virkning".

Utvalget foreslår å innføre begge de alternative sanksjonene (overtredelsesgebyr og avkorting av kontrakt), og at disse kan kombineres. Hva gjelder overtredelsesgebyrets størrelse, foreslår utvalget å videreføre dagens nivå for overtredelsesgebyr i KOFA, dvs. maksimalt 15 prosent av kontraktens verdi.

Ved mindre alvorlige brudd anbefaler utvalget at det bare innføres slike alternative sanksjoner og ikke sanksjonen "uten virkning".

Dersom det foretas ulovlige direkte anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del II (anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester), foreslår utvalget at håndhevelsesorganet kun skal kunne avkorte kontraktens løpetid og/eller ilegge overtredelsesgebyr. Utvalget foreslår at det skal innføres et unntak fra adgangen til å ilegge slike sanksjoner der oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunngjøring.

*Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo, ønsker ikke å innføre sanksjoner for andre brudd på regler i anskaffelsesforskriftens del II, mens utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnes, ønsker sanksjoner i del II for samme typer brudd som skal sanksjoneres etter del III.*

Utvalget foreslår en rekke prosessuelle regler i tilknytning til søksmål som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner.

For det første anbefaler utvalgets flertall at saksøker plikter å varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet, da sanksjonen "uten virkning" og "avkorting av kontrakt" også vil få konsekvenser for denne. Medkontrahenten vil også



ha en interesse i sakens utfall og skal således gis mulighet til å ivareta sine interesser i saken, herunder til å tre inn i saken etter reglene i tvisteloven. Et slikt varsel skal gis ved å sende kopi av stevningen.

For det annet foreslår utvalget at retten, uavhengig av partenes påstander, skal ilegge sanksjonene når vilkårene for det er oppfylt. Dette henger sammen med at det foreligger en slik forpliktelse etter håndhevelsesdirektivet. Retten vil altså ikke være bundet av partenes påstander.

For det tredje foreslår utvalget at det innføres en bestemmelse 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. Dette er nødvendig hvis avgjørelsen skal få konsekvenser også for oppdragsgivers medkontrahent, det vil si for at kontrakten faktisk skal være uten virkning eller avkortes, og for at det ikke etterfølgende skal oppstå en ny rettstvist om samme forhold.

Endelig ønsker utvalgets flertall ikke å utvide kretsen av søksmålsberettigede i saker som kan føre til sanksjoner. Det anbefales således at de alminnelige regler om rettslig interesse i tvisteloven skal gjelde også ved saker om ulovlige direkte anskaffelser. Dette i motsetning til reglene om hvem som kan bringe en sak om ulovlig direkte anskaffelse inn for KOFA i dag, som åpner for at alle kan reise en sak om ulovlig direkte anskaffelse for KOFA.

De nye sanksjonene som innføres ved gjennomføringen av direktivet medfører at det ikke lenger er mulig – i uendret form – å videreføre dagens sanksjonssystem, der KOFA har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. *Utvalgets flertall* foreslår derfor at de nye sanksjonene skal erstatte dagens overtredelsesgebyr, slik at KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr oppheves. *Mindretallet* foreslår at KOFA, uansett om de øvrige sanksjonene legges til domstolene, fortsatt skal ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, men i noe endret form. For å unngå problemer med dobbeltstraff mv. foreslår mindretallet en ordning der domstolene i det første året fra kontraktsinngåelse får kompetanse til å ilegge sanksjoner som foreslått av flertallet. Når søksmålsfristen til domstolene utløper, vil KOFA "overta" kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr.

Utvalget finner at bestemmelsene om sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser også skal gjelde for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del IV og forsyningsfor-

skriften del III (plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål). Sanksjoner for andre overtredelser vil derimot ikke være aktuelle for plan- og designkonkurranser og bygge- og anleggskonsesjoner, men bare i noen grad for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål.

#### 6.3.4 Høringsinstansenes syn

##### *Sanksjoner i forskrift om offentlige anskaffelser del III*

Mange høringsinstanser peker på at sanksjonen "uten virkning" er et ukjent virkemiddel som bryter med vanlig norsk kontraktsrett. Sanksjonen vil være svært inngripende, ikke bare for oppdragsgiver, men også for den (eventuelt godtroende) leverandøren som har fått tildelt kontrakten. Flere viser også til at sanksjonen reiser vanskelige problemstillinger knyttet til erstatning og etteroppgjør. Dette taler for å begrense innføringen av sanksjonen mest mulig. På denne bakgrunnen er høringsinstansene generelt enige med utvalget i at sanksjonen "uten virkning" ikke bør innføres for mindre alvorlige brudd i del III. For slike brudd bør det utelukkende innføres "alternative sanksjoner".

*Fagforbundet* og LO fraråder at sanksjonen "uten virkning" innføres i det hele tatt. Dette begrunnes i at sanksjonen ikke er treffende og for omfattende, samt at den vil føre til forsinkelser og ineffektivitet. Samtidig rammes "uskyldige" parter.

*Bergen kommune, Grimstad kommune, KS, NSB og Statens vegvesen* er enig med utvalget i at det skal være opp til håndhevelsesorganet å avgjøre om en kontrakt skal kjennes uten virkning ex tunc eller ex nunc, likevel med den foreslåtte begrensning at ex tunc bare kan benyttes der kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde.

*KS* uttaler:

"KS er enig i at nasjonale myndigheter må benytte det handlingsrommet som ligger i direktivteksten vedrørende tidspunkt for når en kontrakt kjennes uten virkning, slik at det åpnes for at håndhevelsesorganet vurderer hva som i det enkelte tilfellet er mest formålstjenlig. Hvorvidt kontrakten bør kjennes uten virkning ex tunc (fra inngåelsestidspunktet) eller ex nunc (fra tidspunktet for rettskraftig avgjørelse) vil bero på hva som er anskaffelsens gjenstand, og valget vil ha stor betydning for

gjennomføringen av etteroppgjøret mellom de involverte parter.”

*Bufdir, Firstventura AS, Kunnskapsdepartementet, Norges taxiforbund og Utenriksdepartementet* er imidlertid skeptiske til eller helt imot å anvende sanksjonen ”uten virkning” ex tunc. Eksempelvis anføres det at ex tunc i praksis vil kunne medføre unødige byrder og kostnader for samfunnet, og at denne virkningen uansett ikke vil være anvendelig på tjenestekontrakter der ytelsene ikke kan restitueres.

Når det gjelder de alternative sanksjonene, støtter 11 høringsinstanser uttrykkelig utvalgets forslag om å innføre både overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt, og å overlate det til håndhevelsesorganet å fastsette den sanksjonen som er mest egnet i det konkrete tilfellet (*Bufdir, FLO, Helse Midt-Norge, Helse Nord, Helse Sør-Øst, HSH, MEF, OED, Posten, Sogn og Fjordane fylkeskommune og Statens vegvesen*).

*Bufdir* uttaler:

”Avkortning av kontraktens løpetid vil kunne ha en oppdragende effekt og bidra til reparasjon. Men sanksjonen er lite formålstjenlig hvis det er kort tid igjen av kontraktens varighet. En bot går bare utover oppdragsgiver, og vil være en hensiktsmessig sanksjon hvis det er behov for stabilitet i kontraktsforholdet. Dersom avkortning av kontrakt virker positivt for oppdragsgiver kan det være hensiktsmessig å kombinere begge sanksjonene.

*Bufdir* støtter forslaget om at det er håndhevelsesorganet som skal ha kompetanse til foreta den konkrete vurderingen av hvilken sanksjon som er best egnet [...]”

*Utenriksdepartementet* mener derimot at avkortning av kontrakt ikke bør innføres som alternativ sanksjon.

”UD er ikke enig med Utvalgets forslag om å innføre begge de alternative sanksjonene, og at disse skal kunne kombineres. Avkortning av kontrakt vil kunne medføre leveransebrudd som bare går ut over samfunnet. Dersom ”alternativ sanksjon” er nødvendig bør denne begrenses til bot.”

9 høringsinstanser i kommunal og fylkeskommunal sektor mener at det vil være urimelig for oppdragsgiver dersom sanksjonene kombineres.

*Bufdir, Norges taxiforbund, PDMT og Politidirektoratet* slutter seg uttrykkelig til utvalgets for-

slag om å videreføre dagens nivå for overtredelsesgebyr på maksimalt 15 prosent av kontraktens verdi. 13 kommuner og fylkeskommuner foreslår imidlertid å begrense overtredelsesgebyret ytterligere oppad, eksempelvis til 10 prosent av anskaffelsens verdi, som bl.a. er grensen i Sverige og Finland. Det anføres at den preventive virkningen i de fleste tilfeller vil kunne oppnås med bøter av langt mindre størrelse enn det som følger av den senere tids praksis i KOFA.

#### *Sanksjoner i forskrift om offentlige anskaffelser del II*

Høringsinstansene støtter generelt opp om utvalgets forslag om ikke å innføre sanksjonen ”uten virkning” i forskriftens del II. Det er også generell enighet om at det i stedet bør innføres alternative sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser i forskriftens del II.

*NHO Service* uttaler:

”NHO Service er enig med utvalget om at direktivets mekanisme om ”kontrakter uten virkning” er et lite passende institutt i norsk sammenheng. Bruk av de subsidiære virkemidlene som avkortning av kontraktsperiode og gebyr er mekanismer som virker mer forståelig og proporsjonale i forhold til den enkelte situasjon. Når man først er forpliktet til å innføre dette ”nye” instituttet i norsk sammenheng, er det fornuftig ikke å overføre denne delen til del II anskaffelsene. Samtidig understrekes det at håndhevelsesregime bør i all hovedsak for øvrig være tilsvarende likt for del II og III.”

Bare en enkelt høringsinstans (*UDI*) uttrykker ønske om at sanksjonen ”uten virkning” innføres i del II, særlig for uprioriterte tjenester. *UDI* uttaler:

”Utvalget foreslår at sanksjonen ”uten virkning” kun innføres for anskaffelser over EØS-terskelverdi. Vi er enig i dette forslaget. Forutsetningen for dette må imidlertid være at departementet kommer frem til at obligatorisk bestemt karensperiode også skal innføres for anskaffelser under EØS-terskelverdi og for uprioriterte tjenester. Dersom departementet kommer til motsatt konklusjon om virkeområdet for karensperiode, vil sanksjonen ”uten virkning” i praksis være det eneste virkemidlet som gir leverandørene en effektiv mulighet for å ivareta sine interesser ved grove brudd på anskaffelsesreglene.

Når det gjelder anskaffelse av uprioriterte tjenester vil mange av disse kunne ha verdi over EØS-terskelverdi, og argumentasjonen over tilsier derfor at sanksjonen "uten virkning" også bør gjelde for uprioriterte tjenester. Vi nevner dette selv om vi antar at departementet ikke ønsker å ha ulike bestemmelser om dette for anskaffelser som er samlet under forskrift om offentlige anskaffelser del II."

Når det gjelder andre grove brudd på reglene i forskriftens del II, støtter 16 høringsinstanser flertallets forslag om ikke å innføre sanksjoner for slike brudd (*Akerhus fylkeskommune, Finansdepartementet, Forsvarsbygg, Hedmark fylkeskommune, Helse Midt-Norge, Helse Nord, Helse Sør-Øst, Innkjøpssamarbeidet på Haugalandet, KS, NAV, Olje- og energidepartementet, Petroleumstilynet, Regjeringsadvokaten, Statsbygg, Utenriksdepartementet og Stange kommune*).

NAV uttaler:

"NAV anser det mest hensiktsmessig at regelendringer kun gjennomføres i FOA del III, så langt det er mulig. Dette for å gjøre færrest mulig endringer, samt at "uten virkning" er en svært inngripende sanksjon. Vi støtter derfor (flertallets) forslag om at sanksjonen "uten virkning" kun innføres for anskaffelser etter FOA del III. Av tilsvarende grunner er vi enig i at det ikke innføres alternative sanksjoner etter FOA del II i forhold til andre regelbrudd enn ulovlige direkte anskaffelser. Dette begrunnes i at endringene er omfattende og inngripende nok som det er, og at slike sanksjoner i del II ikke vil bidra til proporsjonalitet og effektivitet i anskaffelsesprosessene, men i unødig grad hemme fremdriften."

10 høringsinstanser støtter derimot mindretallet i at det også bør innføres alternative sanksjoner for andre grove brudd i forskriftens del II (*Advokatforeningen, Bedriftsforbundet, HSH, LFH, MEF, NHO, NHO Service, Norsk teknologi, NRV og UDI*). Dette begrunnes primært i at like brudd bør behandles likt i del II og III; det er ingen grunn til å gjøre forskjell. Sanksjonene vil dessuten ha en preventiv effekt.

NHO uttaler:

"NHOs prinsipielle utgangspunkt er at det må være like regler for like brudd, som derfor i størst mulig grad følges opp med like virkemidler og rettsgarantier. Like regler er enklere å forholde seg til for alle som anvender regelver-

ket, foruten at det er behov for samme håndhevelse både over og under terskelverdi.

I dag utgjør anskaffelser under EØS-terskelverdi størsteparten av alle anskaffelser. For bygg- og anlegg er EØS-terskelverdien på 40,5 millioner NOK og omfatter mange mindre veianlegg og også en del bygg som eksempelvis barnehager.

Dersom mer effektiv håndhevelse kun vil gjelde over EØS-terskelverdi, vil det kunne ligge insitamenter til oppsplitting av kontrakter i den hensikt å komme under denne terskelverdien.

Ønsket om like regler for like brudd gjelder generelt med unntak av å kjenne en kontrakt "uten virkning".

HSH uttaler:

"Når det gjelder spørsmålet om anvendelsen av de alternative sanksjonene bot og avkorting i forskriftens del II, støtter HSH mindretallets syn om at det ikke bare bør være ved ulovlige direkteanskaffelser at disse rettsvirkningene skal kunne være aktuelle. Også de grove tilfellene av regelbrudd som mindretallet viser til bør kunne resultere i bot eller avkorting. Det vises her til mindretallets redegjørelse for dette spørsmålet, og igjen viser HSH til at anskaffelser av uprioriterte tjenester gjerne kan omhandle betydelige summer, slik at det er liten grunn til å gjøre forskjell i sanksjonsapparatet i del II og del III, med mindre man har svært gode grunner for det, som i tilfellet med sanksjonen "uten virkning", jf. over. Særlig gjelder dette i lys av den preventive effekt disse sanksjonene antas å kunne ha."

*Finansdepartementet* er skeptisk til i det hele tatt å innføre sanksjoner i del II og uttaler således:

"Etter Finansdepartementets vurdering er regelverket for offentlige anskaffelser allerede i utgangspunktet komplisert med detaljerte prosedyrekrav som innebærer relativt høye administrasjonskostnader for alle parter, også for små innkjøp. Ved innføring av nye prosedyrekrav og sanksjonsformer er det etter Finansdepartementets vurdering vesentlig at det tas hensyn til om endringene kan virke ytterligere tids- og ressurskrevende eller prosessdrirende. Dette trekker i retning av at direktivet bare gjennomføres så langt EØS-retten krever det."

### Unntak

Flere høringsinstanser gir uttrykkelig støtte til utvalgets forslag om å innføre unntakene fra kravet om sanksjoner. Ingen av høringsinstansene motsetter seg forslagene.

### Konsekvensen for KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

47 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder KOFA, samt Advokatforeningen, KS og NIMAs offentlige komité gir støtte til flertallets forslag om at overtredelsesgebyret etter lov om offentlige anskaffelser § 7b faller bort som sanksjonsmulighet, og at KOFA igjen blir et rent rådgivende organ. Dette anses som en nødvendig konsekvens av de nye sanksjonene som følger av håndhevelsesdirektivet.

KOFA uttaler:

”Klagenemnda er enig i at innføringen av sanksjonen uten virkning mv må få konsekvenser for dagens sanksjonssystem, der klagenemnda har kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr etter lov om offentlige anskaffelser § 7b. Sanksjonsmulighetene må nødvendigvis ses og håndheves samlet.

[...]

Et alternativ til forslaget fra utvalgets flertall om at sanksjonen ”uten virkning” ikke innføres for anskaffelser som følger forskriften del II, er å videreføre klagenemndas gebyrmyndighet for disse anskaffelsene. En slik ordning vil imidlertid skape vanskelige avgrensningsspørsmål, fortrinnsvis ved at gebyr (bot) kan ilegges av domstolene som alternativ sanksjon ved grove brudd over terskelverdien (del III), og som eneste sanksjon fra KOFA under verdien (del II). Det kan by på problemer å samordne gebyrpraksis under en slik delt ordning. Flertallet av nemndsmedlemmene ser det derfor som en fordel om klagenemnda går tilbake til å være et rent rådgivende organ, slik som opprinnelig ment. Klagenemnda vil også da kunne uttale seg om ulovlige anskaffelser selv om det ikke legges noen sanksjonsmyndighet til nemnda, som et eventuelt skritt på veien til en senere domstolsbehandling. Det kan imidlertid være et alternativ å vurdere hvorvidt en oppdeling som nevnt likevel kan være hensiktsmessig, dersom antallet av ulovlige direkte anskaffelser som følger av forskriftens del II øker når klagenemnda ikke lenger har gebyrmyndighet.”

13 høringsinstanser på leverandørsiden, samt Advokatfirmaet G-partner, *Difi*, *Petroleumstilsynet* og *UDI* uttrykker støtte til forslaget om at KOFA skal beholde myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr selv om de øvrige sanksjonene legges til domstolene. Disse høringsinstansene gir uttrykk for at fjerning av overtredelsesgebyret vil bety en klar svekkelse av håndhevelsen av anskaffelsesreglene, og *NHO* mener at ”ulovlige direkte anskaffelser vil blomstre opp igjen”.

EBA uttaler:

”Overtredelsesgebyret er primært en samfunnsmessig reaksjon idet ileggelse av slikt gebyr vil tilfalle staten, ikke klager. Regelverket om overtredelsesgebyr har nå virket i noen år og gebyrsakene om ulovlige direkte anskaffelser er i økende omfang noe som viser at det er et absolutt behov for denne sanksjonsformen.

[...]

Flertallets forslag om å fjerne KOFAs gebyrsanksjon for ulovlige direkteanskaffelser hvor enhver kan klage og fristen er to år, til å legge alle sanksjoner for slike anskaffelser til domstolen med kortere klagefrist og en snovere krets av klageberettigede, er et steg tilbake. Bakgrunnen for at adgangen til å utferdige overtredelsesgebyr ble lagt til KOFA var jo nettopp at man anså dette for å være den eneste effektive måten å hindre ulovlige direkte anskaffelser på.

EBA anbefaler på denne bakgrunnen sterkt at adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr opprettholdes. For å unngå ”dobbelstraff”, må imidlertid muligheten for overtredelsesgebyr innskrenkes til de tilfellene hvor det ikke lenger er mulig å kjenne en kontrakt uten virkning”, dvs. når søksmålsfristen på ett år er utløpt. Vi mener at denne adgangen må beholdes hos KOFA uavhengig av om det er KOFA eller domstolene som blir klageorgan i forhold til sanksjonsreglene ”uten virkning”.

*KOFA-medlem Kai Krüger* mener overtredelsesgebyret bør videreføres, men bare for anskaffelser etter forskriftens del II. *Krüger* uttaler:

”Konsekvensen av flertallets løsning blir at anskaffelsene etter foa 2006 [forskrift om offentlige anskaffelser] Del II verken sanksjoneres med ”uten virkning” eller med overtredelsesgebyr.

Krüger minner om at KOFA-ordningen med overtredelsesgebyr har fungert godt og

langt bedre enn KOFA-medlemmene først antok den gang ordningen ble foreslått lagt til nemnda (Ot prp nr 62 (2005-2006) s. 12). KOFA har vært selektiv og bare ilagt gebyr ved alvorlige tilfelle av direkte anskaffelser. Av anslagsvis ca 200 saker med påstand om ikke kunngjorte anskaffelser er det frem til 2010 ilagt gebyr i bare 19 saker – og gebyrskalaen opp til 15 % er anvendt med sikte på å sikre konsistens og signalverdi i sakene. Krüger mener at det vil representere et tilbakeslag å sløyfe overtredelsesgebyr i saker som følger foa Del II og at virkningen blir forsterket ved de dramatisk strengere sanksjoner når anskaffelsen er på EØS-nivå. Åtte av de nitten gebyr-sakene frem til 2010 gjaldt foa 2006 Del II anskaffelser og ville dermed etter flertallets løsning heretter kunne gjennomføres som regelbrudd uten andre sanksjoner enn erstatningsansvar. Men ved direktekjøp er det som kjent ingen negativ kontraktsinteresse – og det gjelder praktisk nærmest uoverstigelig beviskrav for positiv kontraktsinteresse. Det kan også erindres om at terskelverdien for BA oppdrag er så høy at mange kommunale byggeprosjekter vil ligge under beløpsgrensen på 40.5 mill.

Krüger støtter derfor NOU mindretallet i at gebyrordningen bør beholdes for foa 2006 del II anskaffelser.”

### 6.3.5 Departementets vurdering

#### *Hvilke sanksjoner skal innføres*

Både utvalget og de fleste høringsinstansene uttrykker en generell skepsis mot den nye sanksjonen ”uten virkning”. På denne bakgrunnen er det bred enighet om bare å innføre denne sanksjonen så langt Norge er forpliktet til det. Dette innebærer at sanksjonen ”uten virkning” bare skal gjelde for EØS-anskaffelser (det vil si anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften del III og forsyningsforskriften), og at det ved mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon for slike anskaffelser utelukkende skal kunne ilegges alternative sanksjoner (det vil si overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt).

Departementet kan ikke se at det har kommet inn merknader som taler for å avvike fra utvalgets oppfatning. Departementet slutter seg derfor til denne vurderingen, og legger i likhet med utvalget vekt på at sanksjonen ”uten virkning” er et brudd med norsk kontraktsrettstradisjon som vil kunne få betydelige negative konsekvenser for godtroende tredjemann (oppdragsgivers medkon-

trahent). Dessuten er sanksjonen ”uten virkning” en svært inngripende og prosesskapende sanksjon. Dette er for øvrig også i samsvar med hva departementet ga uttrykk for i sitt høringsinnspill til EU-kommisjonen i 2005.

Tilsvarende er departementet enig med utvalget og de høringsinstansene som ønsker at håndhevelsesorganet skal ha adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc). En kontrakt kan likevel kun kjennes uten virkning ex tunc i de tilfeller hvor kontraktsgjensstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde. Dette åpner opp for en fleksibel løsning, der klageorganet kan velge det som er mest hensiktsmessig i den konkrete situasjonen. I den forbindelse vil klageorganet kunne ta stilling til den preventive effekten og muligheten for å gjenopprette konkurransen i de ulike stadier av kontraktsoppfyllelsen. Det vises for øvrig til utvalgets utredning av konsekvensene av at en kontrakt kjennes uten virkning og valget mellom ex nunc og ex tunc, jf. NOU 2010:2 kapittel 10.2.

Når det gjelder spørsmålet om sanksjoner for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II, er det generell enighet om å innføre de alternative sanksjonene for ulovlige direkte anskaffelser. Også dette kan departementet slutte seg til; ulovlige direkte anskaffelser forekommer også ved anskaffelser omfattet av del II, og det vil derfor fortsatt være behov for håndhevelse av slike alvorlige brudd på regelverket. Trusselen om å kunne bli ilagt alternative sanksjoner vil derfor gi en viktig preventiv effekt overfor oppdragsgiverne.

Utvalget og høringsinstansene er imidlertid delt når det gjelder spørsmålet om det skal innføres alternative sanksjoner for andre brudd enn ulovlige direkte anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Departementet støtter på dette punktet mindretallet i at det bør innføres overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt også for andre grove brudd etter del II. Dette begrunnes med at det er viktig å demme opp for slike alvorlige brudd der oppdragsgiver har tildelt kontrakt til ”feil leverandør” og samtidig avskåret øvrige leverandørers mulighet til å stanse kontraktsinngåelsen.

I noen situasjoner vil forbigåtte leverandører kunne reise krav om erstatning, og dette vil naturligvis i seg selv kunne ha en preventiv virkning. Det vil imidlertid ikke alltid være tilstrekkelig sett fra leverandørens side. Forbigåtte leverandører vil kunne ha en større interesse i å få reell mulig-

het til å konkurrere om kontrakten (gjenoppretning av konkurransen), og dette vil delvis bli mulig ved å åpne opp for bruk av sanksjonen "avkortning av kontrakt".

Departementet ser at innføringen av sanksjoner for "nye overtredelser" i del II vil kunne oppfattes som en ytterligere komplisering av anskaffelsesregelverket. Det er imidlertid viktig å huske at innføring av nye sanksjoner i utgangspunktet ikke endrer på eller vanskeliggjør selve anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver er uansett forpliktet til å overholde de materielle reglene for anskaffelsesprosessen. Først der disse reglene ikke overholdes, kommer sanksjonene inn i bildet. Ved en domstolsmodell, jf. kapittel 7, vil det også være en viss terskel for å bringe slike saker inn for retten, og det er derfor ikke umiddelbart fare for omfattende uheldige konsekvenser og misbruk. Den preventive effekten som sanksjonene vil ha, vil imidlertid gi oppdragsgiverne et større incitament til å overholde bestemmelsene om karens også i del II – og dette er bestemmelser som er helt sentrale for en effektiv håndhevelse.

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

Departementet ser at når kravet til karensperiode i del II angis som "*rimelig tid*", vil det kunne oppstå spørsmål om sanksjoner der leverandører mener at karensperioden som oppdragsgiver har fastsatt ikke er rimelig. Sanksjonene vil imidlertid, som i del III, bare kunne komme til anvendelse der leverandøren er fratatt muligheten for å klage. Dette vil være tilfellet der oppdragsgiver helt unnlater å fastsette en karensperiode, eller der han inngår kontrakt før utløpet av den fastsatte karensperioden. Leverandøren vil imidlertid ikke være fratatt muligheten til å klage, der oppdragsgiver eksempelvis setter karensperioden til 7 dager, selv om 10 dager etter en konkret vurdering hadde vært rimelig. I dette tilfellet vil det altså ikke kunne ilegges sanksjoner. Der en leverandør

mener at den fastsatte karensperioden er urimelig, og oppdragsgiver ikke går med på å forlenge den, må leverandøren i stedet begjære midlertidig forføyning for å hindre at kontrakt inngås. Forføyningen må da ha virkning frem til oppdragsgiver har gitt en rimelig karensperiode, slik at leverandørene får den nødvendige tid til å vurdere om det er grunnlag for å klage.

Det vises for øvrig til forslag til ny § 13.

#### *Nærmere om de alternative sanksjonene*

Når det gjelder overtredelsesgebyrets størrelse, støtter departementet utvalgets forslag om å videreføre dagens nivå for KOFA-overtredelsesgebyret, slik at det fastsettes en øvre ramme på 15 prosent av kontraktens verdi. I de sakene der KOFA har ilagt overtredelsesgebyr, har dette ligget på mellom 1 og 13,9 prosent. Det kan således ikke avvises at det kan være behov for et høyt gebyr i særlig grove tilfeller.

Departementet finner det videre hensiktsmessig at det åpnes for at klageorganet kan kombinere de alternative sanksjonene. Klageorganet bør også ha kompetanse til å ta i betraktning alle relevante forhold ved fastsettelse og utmåling av sanksjoner. Det gjelder for det første overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte overtredelser og sanksjonens preventive virkning. I tillegg skal det tas særlig hensyn til muligheten for å gjenopprette konkurransen. Dette vil særlig være relevant der klageorganet skal velge mellom overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakt, eller om disse skal kombineres. En kombinasjon kan eksempelvis være hensiktsmessig der det er mulig å gjenopprette konkurransen, samtidig som en avkortning av kontrakten vil være økonomisk gunstig for oppdragsgiver (for eksempel fordi markedsprisen har falt).

Departementet mener at det bør overlates til klageorganet å fastsette den/de sanksjoner som er mest hensiktsmessig i det konkrete tilfellet, herunder fastsette overtredelsesgebyret på et fornuftig nivå. Det vises for øvrig til utvalgets utredning om bruken av de alternative sanksjonene, jf. NOU 2010:2 kapittel 10.4.

Det vises for øvrig til forslag til ny § 14.

#### *Unntak*

Departementet støtter forslaget om å innføre samtlige mulige unntak til kravet om sanksjoner, det vil si der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kon-

traktens virkninger, der oppdragsgiver har foretatt en intensjonskunnngjøring og der oppdragsgiver ved tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale/dynamisk innkjøpsordning overholder en "frivillig" karenperiode.

Når det gjelder unntaket begrunnet i hensynet til allmennhetens interesser, må dette utformes slik at også kravene etter direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ivaretas.

Det vises for øvrig til forslag til nye §§ 13 og 14.

#### *Prosessuelle regler*

Departementet er enig med utvalget i at det er behov for visse særlige prosessuelle regler i tilknytning til søksmål som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner. Det vises til utvalgets redegjørelse i NOU 2010:2, kapittel 15.3.

På denne bakgrunn anbefaler departementet at det innføres prosessuelle bestemmelser om prosessvarsel til oppdragsgivers medkontrahent, avgjørelsens rettskraft og rettens plikt til å ilegge sanksjoner når vilkårene for det er oppfylt.

Departementet er også enig med flertallet i at kretsen av søksmålsberettigede i saker om ulovlige direkte anskaffelser mv. ikke skal utvides, og at det således fortsatt skal gjelde et krav til rettslig interesse for å kunne reise sak for domstolene. I den forbindelse finner departementet imidlertid grunn til å påpeke interesseorganisasjoner på leverandørsiden vil måtte antas å ha tilstrekkelig interesse i saker om ulovlige direkte anskaffelser, slik at de vil oppfylle kravet til "rettslig interesse".

Det vises for øvrig til forslag til ny § 15.

#### *Konsekvensen for KOFA's adgang til å ilegge overtredelsesgebyr*

Departementet er enig med flertallet i utvalget og flertallet av høringsinstansene i at overtredelsesgebyret etter lov om offentlige anskaffelser § 7b ikke bør videreføres som sanksjonsform.

Det er vanskelig å se hvordan de nye sanksjonene prinsipielt og praktisk kan kombineres med at KOFA fortsatt skal ha kompetanse til å ilegge et administrativt overtredelsesgebyr. Oppdragsgiver ville da for samme forhold kunne bli møtt med både et overtredelsesgebyr fra KOFA, og at kontrakten blir kjent uten virkning av domstolene, eventuelt uten virkning *ex nunc*, supplert med et overtredelsesgebyr. En slik dobbel reaksjon vil være klart uforholdsmessig, og vil også kunne være i strid med forbudet mot dobbeltstraff slik dette er utledet av EMK protokoll nr. 7 artikkel 4

nr. 1. Dersom administrative og domstolsilagte sanksjoner i det hele tatt lar seg kombinere, vil det bli et meget komplisert system som vil oppfattes som vanskelig tilgjengelig. Det ville kunne oppstå kompliserte spørsmål knyttet til hvor grensene for domstolenes og KOFA's kompetanse går i konkrete saker, og utfordringer knyttet til samordning av kompetanse. Det er ikke hensiktsmessig at håndhevelsesorganene skal måtte bruke ressursene sine til å håndtere slike spørsmål. Utvalget har også vurdert om man eventuelt skulle beholde overtredelsesgebyret etter lov om offentlige anskaffelser § 7b mot ulovlige direkte anskaffelser i anskaffelsesforskriften del II, slik KOFA-medlem Kai Krüger foreslår. 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. Departementet er i den forbindelse enig med utvalgets flertall i at et slikt system vil fremstå som 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.

Departementet er oppmerksom på at en overgang fra dagens system med administrativt overtredelsesgebyr, til en modell der alle sanksjonene (herunder gebyr) må ilegges av domstolene, kan føre til at færre saker om ulovlige direkte anskaffelser blir håndhevet. Det følger bl.a. 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. Dette kan isolert sett anses som en ulempe ved den foreslåtte reformen. Departementet mener imidlertid at det som skal tillegges vekt først og fremst må være den preventive effekten. Det er ikke noe mål i seg selv å få så mange tvistesaker som mulig, men derimot å forebygge ulovlige direkte anskaffelser og andre regelbrudd i fremtiden. Det nye sanksjonssystemet må samlet sett anses å ha en minst like sterk preventiv effekt som dagens overtredelsesgebyr.

Videre må det antas at de nye reglene samlet sett vil føre til større åpenhet omkring direkte tildelinger. Som beskrevet ovenfor blir det mulig for oppdragsgiver å foreta en såkalt intensjonskunnngjøring, med den konsekvens at kontrakten senere ikke kan kjennes uten virkning. Dette vil få praktisk stor betydning der det er usikkert om det er hjemmel til å tildele en kontrakt uten konkurranse, for eksempel der det er tvil om vilkårene for å tildele en kontrakt i egenregi er oppfylt, om

det er adgang til å benytte forhandlet prosedyre uten kunngjøring, om det foreligger en vesentlig endring av kontrakt, mv. Muligheten for intensjonskunngjøring kan føre til at mange slike tildelinger som er i ”gråsonen”, der det ellers kunne ha blitt foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, vil kunne stanses og prosessen rettes opp.

Endelig er det viktig å understreke at KOFA fortsatt vil ha adgang til å gi veiledende uttalelser om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det er således bare adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr som fjernes. Det må uansett anses som en belastning for oppdragsgiver at KOFA kommer frem til at det foreligger en slik ulovlig direkte anskaffelse, med etterfølgende medieoppslag osv. Det vil også være mulig å videreføre den brede krets av klageberettigede til KOFA ved ulovlige direkte anskaffelser, slik alle og enhver kan be om en veiledende uttalelse.

Det vises for øvrig også til flertallets argumentasjon i NOU 2010:2, kapittel 13.4.

På denne bakgrunnen foreslår departementet at overtredelsesgebyret i lov om offentlige anskaffelser § 7b oppheves.

Departementet vil imidlertid følge utviklingen over tid, for å se om håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser svekkes. Dersom dette viser seg å være tilfellet vil departementet vurdere å utrede behovet for å gi Konkurransetilsynet mulighet for å bringe saker om brudd på reglene inn for domstolen. Se forøvrig drøftelse i kapittel 7.5.

## 6.4 Søksmålsfrister og klageprosess

### 6.4.1 Gjeldende rett

*Frist for å reise sak ved domstolene – generell preklusiv søksmålsfrist*

For erstatningskrav, som i dag er den aktuelle sanksjonen etter at kontrakt er inngått, må søksmål reises innenfor foreldelseslovens frister. Erstatningskrav utenfor kontrakt foreldes som et utgangspunkt tre år etter at leverandøren fikk eller burde skaffet seg kunnskap om regelbruddet, jf. lov 18. mai 1975 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) § 9.

*Frist for å klage til KOFA*

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er ikke et håndhevelsesorgan i den betydning som er lagt til grunn i håndhevelsesdirektivet.

Anskaffelsesregelverket oppstiller likevel visse klagefrister for å klage til KOFA.

#### *Ordinære saker*

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

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.

#### *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.

#### *Klageprosess*

Lov og forskrifter om offentlige anskaffelser inneholder ikke regler om at en leverandør som ønsker å reise sak om brudd på anskaffelsesreglene ved domstolene (eller for KOFA), først skal underrette oppdragsgiver om den påståtte overtredelsen og om at det vil bli reist sak. Det gis heller ikke regler om at leverandøren først må ha klaget til oppdragsgiver innen slik sak reises.

I tvisteloven § 5-2 heter det imidlertid at klager, før sak reises ved domstolen, skriftlig skal 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.

### 6.4.2 Direktivets regler

Direktivet åpner for at det kan fastsettes særskilte klagefrister. Dette gjelder både frister underveis i prosessen, for krav om sanksjoner og generelt for søksmål etter anskaffelsesprosessens avslutning. Det kan også innføres regler om at en leverandør først må ha underrettet eller klaget til oppdragsgiver



ver, innen sak kan reises for klageorganet. Medlemslandene er imidlertid ikke forpliktet til å innføre slike regler.

Både etter gjeldende rett i Norge og etter departementets forslag vil en klage i håndhevelsesdirektivets betydning innebære søksmål for domstolene, jf. kapittel 7, og denne terminologien er derfor brukt i det følgende.

#### *Søksmålsfrister underveis i anskaffelsesprosessen*

Ifølge håndhevelsesdirektivet artikkel 2c kan Norge fastsette generelle søksmålsfrister for å reise sak om beslutninger som oppdragsgiver har truffet som ledd i eller i forbindelse med anskaffelsesprosessen. Dette gjelder både søksmålsfrister underveis i anskaffelsesprosessen for de ulike beslutninger som oppdragsgiver fatter, og en generell preklusiv søksmålsfrist etter kontraktsinngåelse. At en frist er preklusiv innebærer at sak ikke kan reises etter fristens utløp.

Når det gjelder søksmålsfrister underveis i anskaffelsesprosessen, vil disse innebære at leverandører må reise sak om oppdragsgivers beslutninger underveis i prosessen. Eksempelvis må leverandørene være forberedt på å reise sak om en beslutning om avvisning før utfallet av konkurransen er avgjort. Det vil for eksempel også være mulig å innføre søksmålsfrister etter kunngjøring av konkurransen, offentliggjøring av konkurransebetingelsene mv.

Dersom det fastsettes slike frister etter artikkel 2c må disse være minst 10 kalenderdager fra oppdragsgivers beslutning sendes til leverandøren, dersom det brukes elektroniske kommunikasjonsmidler. Dersom andre kommunikasjonsmidler benyttes, må fristen være minst 15 kalenderdager fra beslutningen sendes, eller 10 kalenderdager fra beslutningen er mottatt. Meddelelsen om oppdragsgivers beslutning skal inneholde en kort begrunnelse, jf. artikkel 2c annet punktum. Der en beslutning ikke meddeles direkte til leverandørene (for eksempel kunngjøring av konkurransen), skal fristen være minst 10 kalenderdager fra offentliggjøringen av beslutningen.

#### *Frist for søksmål med påstand om sanksjoner*

De nye sanksjonene innebærer som beskrevet i kapittel 6.3 at en kontrakt i visse tilfeller skal kjønes uten virkning. De nye håndhevelsesreglene åpner for at medlemsstatene, av hensyn til rettsikkerheten for så vidt gjelder oppdragsgivers

beslutning, kan sette frister for når en sak med slik påstand må være reist.

Fristene vil ikke bare gjelde når en kontrakt faktisk skal kjønes uten virkning, men vil også være relevante der det av en eller annen grunn er aktuelt å avkorte kontrakten eller ilegge oppdragsgiver en overtredelsesgebyr fremfor, eller i tillegg til, å kjenne kontrakten uten virkning.

#### *Frist for søksmål etter kunngjøring av konkurranseresultatet*

Der oppdragsgiver har tildelt og inngått en kontrakt uten forutgående kunngjøring kan Norge velge å innføre en søksmålsfrist på minst 30 kalenderdager som skal løpe fra kunngjøring av konkurranseresultatet, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2f nr. 1 bokstav a første ledd.

Denne fristen vil således gjelde søksmål med påstand om at det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav a.

Fristen løper fra dagen etter kunngjøring av konkurranseresultatet som skal inneholde begrunnelsen for at kontrakten er tildelt uten forutgående kunngjøring av konkurransen.

#### *Frist for søksmål etter underretning om tildeling av kontrakt*

En tilvarende søksmålsfrist på minst 30 kalenderdager kan innføres der oppdragsgiver har underrettet berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, jf. håndhevelsesdirektivet artikkel 2f nr. 1 bokstav a annet ledd. Dette forutsetter at meddelelsen inneholder en begrunnelse som er i samsvar med kravene i anskaffelsesdirektivet.

Denne fristen vil gjelde søksmål med påstand om at det har skjedd alvorlige brudd på anskaffelsesdirektivets materielle regler i tillegg til brudd på håndhevelsesdirektivets regler om karens eller suspensjon, eller der oppdragsgiver tildeler en kontrakt på grunnlag av en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med reglene, jf. artikkel 2d nr. 1 bokstav b eller c.

Denne fristen vil også være relevant ved påstand om at det har skjedd mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon, der kontrakten enten skal kjønes uten virkning eller oppdragsgiver ilegges alternative sanksjoner, jf. artikkel 2e nr. 1.

Etter denne bestemmelsen begynner fristen å løpe fra det tidspunktet oppdragsgiver sender en meddelelse om inngåelse av kontrakt.

### *Frist for søksmål etter kontraktens inngåelse*

Norge kan i henhold til artikkel 2f nr. 1 bokstav b bestemme at søksmål som går ut på å kjenne en kontrakt uten virkning, under alle omstendigheter må fremsettes innen utløpet av en periode på minst seks måneder fra kontrakten ble inngått.

### *Klageprosess*

#### *Plikt til først å underrette oppdragsgiver*

Håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 4 åpner for at Norge kan bestemme at de som ønsker å reise sak, først må underrette oppdragsgiver om den påståtte overtredelsen og om at sak vil bli reist. Dette er en videreføring av tidligere artikkel 1 nr. 3, men med den presisering at dette ikke må berøre karenperioden eller en eventuell søksmålsfrist.

#### *Plikt til først å klage til oppdragsgiver*

Norge kan i henhold til håndhevelsesdirektivet artikkel 1 nr. 5 bestemme at leverandøren først må klage til oppdragsgiver før sak kan reises ved klageorganet. Klagen til oppdragsgiver fører i så fall til øyeblikkelig suspensjon av oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakt. Suspensjonen opphører først 10/15 kalenderdager etter at oppdragsgiver har svart på klagen, avhengig av kommunikasjonsmiddel. Dette er en ny bestemmelse.

### **6.4.3 Utvalgets forslag**

Utvalget anbefaler at det innføres søksmålsfrister for krav om at oppdragsgiver skal ilegges sanksjoner, dvs. sanksjonen "uten virkning", avkortning av kontrakt og/eller overtredelsesgebyr. Slike frister vil gi både oppdragsgiver og den valgte leverandøren sikkerhet for at kontraktsforholdet ikke vil kunne påvirkes av eventuelle søksmål fra andre leverandører etter utløpet av denne fristen.

Oppdragsgiver vil kunne påvirke hvilken frist som skal gjelde. Dersom oppdragsgiver kunngjør at kontrakt er inngått, eller meddeler dette til berørte leverandører, settes søksmålsfristen til 30 dager (dette svarer til direktivets minstefrist). I de tilfeller oppdragsgiver verken kunngjør konkurreresultatene eller underretter de deltakende leverandørene om resultatet av konkurransen, settes fristen til ett år (her er direktivets minstekrav 6 måneder). Utvalget foreslår at søksmålsfristene skal gjelde både for anskaffelser over og under EU/EØS-terskelverdiene og for upriori-

terte tjenester, dvs. både i forskrift om offentlige anskaffelser del II, III og IV, samt forsyningsforskriften del II og III.

Utvalget foreslår generelt ikke å innføre preklusive frister for øvrige søksmål. Dette begrunnes blant annet i at slike frister kan virke prosessdrivende, og at anskaffelsesprosessen må sees som et samlet hele, der det er sammenheng mellom de ulike stadier i prosessen. Utvalgets *flertall*, medlemmene *Sejersted, Goller, Hauge, Hellesyllt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo*, anbefaler likevel at oppdragsgiver gis mulighet til, på frivillig basis, å sette en frist for å fremsette begjæring om midlertidig forføyning mot visse beslutninger underveis i anskaffelsesprosessen. Dette gjelder oppdragsgivers beslutning om å avvise/forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren, eller der det settes en øvre grense for antall deltakere. I et slikt tilfelle deltar leverandøren ikke i den videre prosessen. Venter leverandøren med å begjære midlertidig forføyning, kan det bli vanskelig å reversere prosessen. En slik frist på 15 dager foreslås innført både i forskrift om offentlige anskaffelser del II og III, samt forsyningsforskriften del II. Utvalgets *mindretall*, medlemmet *Gjønnes*, ønsker ikke en slik preklusiv frist, da leverandøren ikke alltid vil vite om han er avvist på rett grunnlag før det endelige resultatet av konkurransen foreligger.

Utvalget anbefaler ikke at det innføres noen særskilt plikt på anskaffelsesområdet til først å underrette eller klage til oppdragsgiver, før søksmål kan fremmes. Utvalget finner at de reglene som allerede finnes i tvisteloven er tilstrekkelige.

### **6.4.4 Høringsinstansenes syn**

#### *Frister for søksmål med påstand om sanksjoner*

Forslaget om å sette frister for krav om sanksjoner får bred støtte, og ingen høringsinstanser er imot. Det pekes i den forbindelsen på at forslaget bidrar til mer effektive anskaffelsesprosesser, og til at oppdragsgivere og leverandører trygt vil kunne innrette seg etter avtalen etter fristens utløp.

*Helse Sør-Øst RHF* uttaler:

"Vi synes forslaget om at oppdragsgiver kan påvirke dette ved å kunngjøre den anskaffelsen som er foretatt er et positivt tiltak i denne sammenheng. Vi ser det videre som positivt at meddelelse til berørte leverandører likestilles med kunngjøring i denne sammenheng."

Når det gjelder fristens lengde, foretrekker 13 høringsinstanser i kommunesektoren en frist på 6 måneder der oppdragsgiver verken har kunngjort resultatet av konkurransen eller meddelt sin beslutning til berørte leverandører, fremfor utvalgets forslag om ett år.

Seks høringsinstanser, primært på leverandørsiden, mener derimot at det er viktig å beholde toårsfristen etter bestemmelsen om overtredelsesgebyr etter gjeldende lov om offentlige anskaffelser § 7b.

*Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (EBA)* uttaler:

”Det nye forslaget innebærer at søksmålsfristen for å kunne kjenne en kontrakt ”uten virkning” er satt til ett år. Praksis viser imidlertid at det i svært få tilfeller oppdages ulovlige direkteanskaffelser i løpet av kontraktens første år. Kjennetegnet med disse kontraktene er nettopp at de unntas offentlighetens lys ved inngåelsen av dem. Det er gjerne først gjennom senere rapporter fra riksrevisjon eller kommunerevisjon at bruddene oppdages. Mange av de sakene som i dag er behandlet etter reglene om overtredelsesgebyr, vil derfor ikke klageorganet kunne behandle etter de nye reglene flertallet i utvalget har foreslått.”

Dersom kompetansen til å ilegge sanksjoner legges til domstolene, foreslår disse høringsinstansene en form for blandet modell, der det kan reises søksmål for domstolene det første året etter kontraktsinngåelse, og der KOFA i det etterfølgende året ”overtar” kompetansen, slik at det kan reise sak for KOFA med krav om ileggelse av overtredelsesgebyr etter at fristen for å reise sak for domstolene er løpt ut og inntil to år etter kontraktsinngåelse. Også *MEF*, som i utgangspunktet støtter forslaget om en søksmålsfrist på et år, tar til orde for en slik blandet modell.

#### *Søksmålsfrister underveis i anskaffelsesprosessen*

En enkelt høringsinstans, *Regjeringsadvokaten*, argumenterer for at det generelt bør innføres preklusive søksmålsfrister og viser til at slike frister er innført i flere andre europeiske land:

”Tankegangen bak disse bestemmelsene er at man ved slike regler får avdekket feil og mangler ved konkurransegrunnlaget og andre beslutninger i anskaffelsesprosessen så raskt som mulig. Dette vil ofte kunne medføre at oppdragsgiver blir oppmerksom på eventuelle feil

på et stadium i prosessen der feilen kan rettes på en enkel måte og uten videre omkostninger for oppdragsgiver eller tilbyderne.

Regjeringsadvokaten mener det er et problem at leverandørene ofte ikke gjør oppdragsgiver oppmerksom på feil, ufullstendigheter eller lignende i konkurransegrunnlaget før det er brakt på det rene at de ikke vinner kontrakten. [...]

Det er liten tvil om at det vil fremme en effektiv ressursbruk både på oppdragsgiversiden og leverandørsiden om oppdragsgiver så fort som mulig blir gjort oppmerksom på slike feil. Dette både om feilen medfører at konkurransen må avlyses og om feilen er av en slik art at det er tilstrekkelig å rette konkurransegrunnlaget.”

Når det gjelder forslaget om oppdragsgivers mulighet til, på frivillig basis, å innføre en preklusiv frist for begjæring om midlertidig forføyning, støttes flertallets forslag av 29 høringsinstanser i offentlig sektor, samt *Firstventura AS*, *KS* og *NIMAs offentlige komité*.

*Firstventura AS* uttaler:

”I ein prosess med fleire trinn vil det vera nyttig for oppdragsgjevar å kunne leggja ymse forhold bak seg etter ei tid, slik at prosessen kan halda fram uforstyrra. Etter vår meining vil fleirtalet sitt framlegg om innføring av minimumsfrist soleis vera fornuftig. Når det gjeld mindretallet sine innvendingar er det for det fyrste å visa til at den som ynskjer å klaga uansett vil ha høve til dette innanfor fristen som vert sett. Vidare vil det dersom det seinare viser seg at ein tilbyder er feilbehandla uansett vera mogleg å reisa søksmål med krav om erstatning”.

10 høringsinstanser, hovedsakelig på leverandørsiden, deler mindretallets oppfatning om at en preklusiv frist til å begjære midlertidig forføyning ikke bør innføres. Flere av disse høringsinstansene er bl.a. bekymret for at den frivillige fristen skal bli en ”standardfrist”, slik at oppdragsgiver bruker den i alle tilfeller uten å foreta et skjønn eller en avveining av om det konkret er nyttig. De mener at hensynet til leverandøren her må stå sterkere.

*Advokatfirmaet G-partner* uttaler:

”Selv om slike klagefrister kan ha en funksjon, vil de føre til en lite hensiktsmessig beskjæring av leverandørens rettigheter i konkurransen.

Et av grunnprinsippene i en anskaffelse er likebehandlingsprinsippet. Det innebærer at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller skal behandles ulikt, med mindre forskjellsbehandling er saklig begrunnet. Flertallets forslag om fakultative preklusive frister vil innebære at leverandører vil kunne være avskåret fra å fremme saklig begrunnede klager på usaklig forskjellsbehandling. Uten kunnskap om de andre leverandørene og hvordan oppdragsgiver har vurdert disse, vil ikke leverandørene kunne ta stilling til om kravet til likebehandling er overholdt. Det vil igjen innebære at leverandørene kan bli avskåret fra å få prøvet spørsmål av sentral betydning for deres muligheter til å få kontrakten. Et slikt inngrep i leverandørenes rettsstilling synes ikke tilsiktet og ikke hensiktsmessig.”

#### *Klageprosess*

En høringsinstans (*Posten*) mener at det bør innføres en absolutt plikt for leverandører til å underrette oppdragsgiver innen sak bringes inn for klageorganet. Denne høringsinstansen mener at bestemmelsen om prosessvarsling i tvisteloven § 5-2 ikke er tilstrekkelig, da en slik varsling ikke er en prosessforutsetning. En absolutt plikt til å underrette vil i mange tilfeller være ressursbesparende for begge parter og prosessøkonomisk. Dette begrunnes slikt:

”Postens erfaring er at når man som oppdragsgiver mottar informasjon om at en leverandør ønsker å anlegge sak for påståtte brudd på anskaffelsesverket, foretas det en fornyet gjennomgang av anskaffelsesprosessen ofte av andre personer enn de som har gjennomført den opprinnelige vurderingen/beslutningen. Ikke sjelden munner slike gjennomganger ut i at man som oppdragsgiver erkjenner at det er begått feil i anskaffelsesprosessen. Gjennom de annulleringsprosedyrer som regelverket har åpnet for (se for eksempel forsyningsforskriften § 11-5) gis man som oppdragsgiver mulighet til å rette opp de feilene som oppdages. For eksempel ved at konkurransen avlyses. Prosessøkonomisk er dette svært gunstig for både oppdragsgiver og leverandøren. Hertil kommer at den leverandør som har klaget i de aller fleste tilfeller oppnår sin primære hensikt, å få delta i og om mulig vinne konkurransen. For senere relasjoner er dette svært mye gunstigere enn en domstolsprosess hvor frontene

lett kan bli meget “steile” og ikke minst rettsliggjort.”

#### **6.4.5 Departementets vurdering**

##### *Frist for søksmål med påstand om sanksjoner*

Departementet er enig med utvalget og en lang rekke av høringsinstansene i at det bør innføres søksmålsfrister for krav om sanksjoner. Det kan være en tyngende sanksjon for både oppdragsgiver og den leverandør som er tildelt kontrakten, dersom en kontrakt kjennes uten virkning (eller avkortes). Søksmålsfrister vil som påpekt av utvalget, bidra til sikkerhet rundt kontraktsforholdet.

Departementet er imidlertid uenig med utvalgets flertall om lengden på den søksmålsfrist som skal gjelde i de tilfeller oppdragsgiver verken har kunngjort konkurranseresultatene eller underrettet deltakende leverandører om inngåelsen av kontrakten. Her foreslår departementet en søksmålsfrist på 2 år, mot flertallets forslag på 1 år.

Dette svarer til dagens klagefrist til KOFA for klager om ulovlige direkte anskaffelser. Bakgrunnen for denne fristen, sett opp imot den alminnelige klagefrist til KOFA på 6 måneder, er hensynet til at noen saker først avdekkes påfølgende år, eksempelvis i forbindelse med revisjon. Det bemerkes i den forbindelse at av de 29 sakene der KOFA frem til juni 2011 har ilagt overtredelsesgebyr, har klage i 16 av dem først kommet inn mer enn ett år etter kontraktens inngåelse. Med en søksmålsfrist på 1 år ville mer enn halvdel av sakene således ikke ha vært behandlet. Departementet finner det uheldig dersom de ulovlige direkte anskaffelsene som først blir oppdaget det etterfølgende året, ikke vil kunne få noen konsekvenser for oppdragsgiver. Når KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr samtidig fjernes, vil en søksmålsfrist på 1 år bety en svekkelse av håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser.

Departementet ser at særlig sanksjonen ”uten virkning” kan være mer inngripende for oppdragsgiver enn et overtredelsesgebyr. Departementet finner imidlertid ikke at dette er et viktig argument for å fastsette en kortere søksmålsfrist. For det første får oppdragsgiver med de nye reglene mulighet til å foreta en såkalt intensjonskunngjøring før kontraktsinngåelse (dvs. en kunngjøring om at oppdragsgiver har til hensikt å tildele en kontrakt direkte til en leverandør), slik at han ikke i ettertid kan sanksjoneres. For det andre vil oppdragsgiver også selv kunne påvirke hvilken søksmålsfrist som skal gjelde: Der oppdragsgiver etterfølgende kunngjør konkurranseresultatet

eller underretter berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, vil det i stedet gjelde en søksmålsfrist på 30 dager.

Departementet ser også at det er et særlig hensyn å ta til oppdragsgivers medkontrahent. Selv om anskaffelsesregelverket utelukkende pålegger oppdragsgiver plikter, bør imidlertid også leverandørene være oppmerksomme på ikke å inngå kontrakter som ikke er kunngjort. Selv om leverandøren ikke selv kan foreta slike kunngjøringer eller tvinge oppdragsgiver til å gjøre det, vil leverandøren imidlertid få et sterkt incitament til å oppfordre oppdragsgiver til å kunngjøre, enten på forhånd eller i ettertid.

Når det gjelder fristen for å reise søksmål som løper fra meddelelsen om at kontrakt er inngått, synes det som utvalget sidestiller denne meddelelsen med oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutning etter for eksempel forskrift om offentlige anskaffelser § 22-3. Departementet mener imidlertid at det her er tale om en ny type meddelelse, som først skal gis når kontrakt faktisk er inngått. Dette støttes av ordlyden i håndhevelsesdirektivet, jf. artikkel 2f nr. 1 bokstav a annet strekpunkt sammenlignet med artikkel 2a nr. 2. Videre gir det ikke mening at fristen begynner å løpe fra et tidspunkt før bruddet potensielt har skjedd. Dette ville i noen tilfelle kunne resultere i at søksmålsfristen allerede ville ha løpt ut når bruddet skjer. Eksempelvis der oppdragsgiver i en komplisert anskaffelse ved meddelelse om tildelingsbeslutningen, fastsetter en lang karenstperiode på 40 dager (som løper fra meddelelsen om tildelingsbeslutningen), men likevel inngår kontrakt på dag 35.

Departementet viser til forslag til ny § 15 fjerde til sjettede ledd.

#### *Søksmålsfrister underveis i anskaffelsesprosessen*

Departementet går ikke inn for å innføre generelle preklusive frister for øvrige søksmål. Departementet er for så vidt enig med Regjeringsadvokaten i at slike frister vil kunne føre til at feil og mangler avdekkes på et tidlig tidspunkt. Slike preklusive frister vil imidlertid også i seg selv kunne virke prosessdrivende; leverandører kan bli tvunget til å klage før de vet om feilen faktisk får en konsekvens for utfallet av konkurransen. Dersom leverandøren unnlater å klage av denne grunn, vil det også være u hensiktsmessig der feilen faktisk har fått en slik konsekvens.

Departementet er videre enig med utvalget som påpeker at hele anskaffelsesprosessen må sees i sammenheng. Det kan f.eks. være vanskelig

å sondre mellom om regelbrudd i forbindelse med tildelingen skyldes utformingen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget eller oppdragsgivers faktiske anvendelse av kriteriene. Dette kan i seg selv føre til tvister om hvorvidt leverandøren faktisk burde ha oppdaget feilen på et tidligere tidspunkt.

Det er imidlertid noen beslutninger som skiller seg ut, nemlig beslutninger om å avvise en leverandør i en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog (konkurranser som skjer over flere faser, der første fase består i utvelgelse av kvalifiserte leverandører). Eksempelvis der en leverandør i en begrenset anbudskonkurranse ikke blir prekvalifisert, fordi han ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Avvisningen betyr da at leverandøren ikke kan bli med videre i konkurransen, og han får således ikke mulighet til å levere inn tilbud. Denne leverandøren oppnår i prinsippet ikke noe ved å vente og se hvordan konkurransen utvikler seg. Venter han likevel med å klage til de øvrige leverandører har levert inn tilbud eller helt til kontrakt er tildelt, og får medhold, vil det oftest bety at konkurransen må starte på nytt. Dette er ressurskrevende både for oppdragsgiver og de øvrige deltakende leverandørene.

I den forbindelse må det også understrekes at å innføre en preklusiv frist i slike tilfeller bare vil avskjære adgangen til å begjære midlertidig forføyning, dvs. muligheten til å stanse konkurransen for selv å kunne bli med videre i konkurransen. Leverandører som blir avvist på feil grunnlag vil således uansett ha mulighet til å kreve erstatning, også etter fristens utløp.

Utvalgets mindretall og flere høringsinstanser har fremhevet argumentet om at like tilfeller skal behandles likt, og at leverandører ikke vil kunne vite om de er avvist på riktig eller galt grunnlag før det endelige resultatet av konkurransen foreligger. Dette synspunktet er departementet i utgangspunktet uenig i: I prinsippet spiller det endelige resultatet av konkurransen ikke noen rolle for den avviste leverandøren. Denne leverandøren blir verken mer eller mindre kvalifisert senere i prosessen. Det er selvfølgelig ganske uheldig dersom det viser seg at den leverandøren som vinner kontrakten heller ikke er kvalifisert og også burde ha vært avvist. Dette vil den avviste leverandøren imidlertid ikke være avskåret fra å få prøvd – det er kun adgangen til å få overprøvd egen avvisning som prekluderes. Dersom leverandøren ikke blir orientert om hvem som får tildelt kontrakten, vil det kanskje i noen tilfeller kunne få uheldige konsekvenser. Dette vil likevel oppveies

av effektivitetsgevinstene ved å innføre en slik frist. Det må videre forventes at også øvrige ikke-avviste leverandører vil være interessert i å følge et brudd på anskaffelsesregelverket som innbærer at en ikke kvalifisert leverandør får tildelt kontrakten.

Departementet finner det særlig hensiktsmessig at det er oppdragsgiver selv som kan vurdere om en frist for å begjære midlertidig forføyning er hensiktsmessig i den konkrete anskaffelsen. Oppdragsgiver kan således ta hensyn til behovet for å oppnå den sikkerhet som fristen gir, med de eventuelle stopp i prosessen og tvister som dette innebærer, kontra behovet for en rask gjennomføring.

Departementet viser til forslag til ny § 9 fjerde ledd.

### *Klageprosess*

Departementet foreslår ikke å innføre en plikt for leverandører til først å underrette oppdragsgiver før sak kan reises for domstolene. Departementet er enig med utvalget i at reglene i tvisteloven § 5-2 vil være tilstrekkelige.

Departementet foreslår heller ikke å innføre en plikt for leverandører til først å klage til oppdragsgiver før sak kan reises. En slik plikt ville nok i noen tilfeller kunne føre til at oppdragsgiver av seg selv retter opp feil, slik at en ressurskrevende rettslig prosess ikke blir nødvendig. Bli oppdragsgiver forpliktet til å behandle enhver klage – begrunnet eller ubegrunnet – vil det imidlertid medføre at det inntrener en suspensjonsperiode. Dvs. at oppdragsgiver da først kan inngå kontrakt etter 10/15 dager fra det er gitt svar på klagen. Dette vil også gjelde der klage til oppdragsgiver først kommer inn dagen før karenperioden utløper. En slik plikt vil således generelt kunne føre til forsinkelser i anskaffelsesprosessene.

At det ikke innføres slike forpliktelser er imidlertid ikke til hinder for at leverandør og oppdragsgiver forsøker å løse saken på minnelig vis, og leverandøren vil uansett kunne oppfordre oppdragsgiver til å omgjøre en beslutning.

## **6.5 Særlig om forsyningssektorene**

### **6.5.1 Gjeldende rett**

Forsyningsdirektivet (2004/17/EF) gir prosedyreregler for innkjøp i forsyningssektorene (sektorer for vann- og energiforsyning, transport og posttjenester). Dette direktivet er gjennomført i norsk rett ved forskrift 7. april 2006 nr. 403 om inn-

kjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften).

Forsyningsforskriften består av to deler:

- Del I 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 gjennomfører prosedyrereglene i forsyningsdirektivet i norsk rett og gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene (3 200 000 kr for kjøp av varer og tjenester og 40 500 000 kr for bygge- og anleggskontrakter).

Det er ikke innført spesielle nasjonale prosedyreregler for anskaffelser under EU/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 de 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.

Håndhevelsesreglene for overtredelser av forsyningsdirektivet finnes i dag i direktiv 92/13/EØF (håndhevelsesdirektivet i forsyningssektorene). Disse reglene svarer i stor grad til dagens regler for klassisk sektor (direktiv 89/665/EØF). Norge er således forpliktet til å sikre at det effektivt og så raskt som mulig kan inngis klage over brudd på reglene også i forsyningssektorene.

På ett punkt skiller reglene for forsyningssektorene seg imidlertid fra reglene for klassisk sektor. Det gjelder kravet til hvilke kompetanser håndhevelsesorganet skal tillegges, jf. artikkel 2 nr. 1. For overtredelser av reglene for forsyningssektorene er medlemsstatene ikke forpliktet til å gi håndhevelsesorganet kompetanse til å treffe avgjørelser om midlertidig forføyning og sette til side ulovlige beslutninger. Håndhevelsesorganet kan i stedet gis kompetanse til å treffe andre foranstaltninger som har til formål å bringe en konstatert overtredelse til opphør og forhindre at det påføres skade, for eksempel i form av mulkt. Om den ene eller den andre løsningen velges er opp til den enkelte medlemsstat. Håndhevelsesorganet skal under alle omstendigheter ha kompetanse til å tilkjenne erstatning.

I Norge har man i forsyningssektorene valgt at det bare kan gis mulkt for overtredelser av anskaffelsesreglene, jf. lov om offentlige anskaffelser § 8

annet ledd. Retten kan altså ikke for denne gruppen anskaffelser sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosess eller treffe avgjørelser om midlertidig forføyning, jf. § 7 annet ledd og § 8 annet ledd. Bakgrunnen var at man vurderte at det generelt ville kunne få store konsekvenser og føre til uforholdsmessig store tap å stoppe en anskaffelse i disse sektorene. Reglene om erstatning og overtredelsesgebyr gjelder også for forsyningssektorene, jf. § 10 og § 7b.

I prinsippet gjelder i dag de samme håndhevelsesreglene over og under EU/EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene. Som nevnt ovenfor gis det imidlertid ikke særlige prosedyreregler for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene eller for uprioriterte tjenester. Håndhevelse under terskelverdiene etter forsyningsforskriften retter seg således mot brudd på lovens bestemmelser og de alminnelige prinsippene i forskriftens del I.

Departementet viser til forslag til ny § 9 og opphevelsen av gjeldende § 7 annet ledd siste punktum.

### 6.5.2 Direktivets krav

Det nye håndhevelsesdirektivet innfører endringer for forsyningssektorene som i hovedsak er identiske med endringene for klassisk sektor. Dette innebærer bl.a. at det skal innføres regler om karenperiode, suspensjon, sanksjonen "uten virkning" og alternative sanksjoner (avkortning av kontrakt og overtredelsesgebyr) også for forsyningssektorene. Tilsvarende åpnes det for at det kan fastsettes søksmålsfrister og gis bestemmelser om at en leverandør først må ha underrettet eller klaget til oppdragsgiver, innen sak kan reises.

Det vises til kapitlene 6 og 8 for en nærmere redegjørelse for de materielle reglene.

### 6.5.3 Utvalgets forslag

Det er utvalgets vurdering at det er like viktig å hindre 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 den utstrekning særlige forhold ikke gjør seg gjeldende for forsyningssektorene. Utvalget foreslår således å innføre tilsvarende regler om sanksjoner, suspensjon og søksmålsfrister for forsyningssektorene, som for klassisk sektor. Det vises til kapitlene 6 og 8 for en

nærmere redegjørelse for utvalgets forslag på disse punktene.

Den nye bestemmelsen om suspensjon reiser imidlertid spørsmål om hvorvidt dagens løsning med mulkt fortsatt er hensiktsmessig i forsyningssektorene.

Suspensjonen skal ifølge håndhevelsesdirektivet løpe til "*klageinstansen har truffet avgjørelsen 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.

På denne bakgrunnen foreslår utvalget en endring, slik at domstolene også i forsyningssektorene skal gis adgang til å sette til side ulovlige beslutninger og treffe beslutning om midlertidig forføyning. Bestemmelsene om mulkt oppheves.

### 6.5.4 Høringsinstansenes syn

Få høringsinstanser har spesifikt kommentert forslagene rettet mot forsyningssektorene (*Bedriftsforbundet, Fagforbundet, Jernbaneverket, KOFA, NSB, Olje- og energidepartementet, Posten, Rogaland fylkeskommune og Samferdselsdepartementet*).

KOFA og OED tiltrer uttrykkelig utvalgets vurderinger for forsyningssektorene, og *Fagforbundet* støtter "minimumsløsninger" for forsyningssektorene.

Flere høringsinstanser uttrykker bekymring over at det skal innføres nye regler om suspensjon for forsyningssektoren.

*Rogaland fylkeskommune* uttaler:

"Rogaland fylkeskommune finner det uheldig å innføre regler om midlertidig forføyning på forsyningssektoren, istedenfor kun økonomiske sanksjoner etter dagens system. Dersom oppdragsgiver hindres i å inngå kontrakt av vesentlig betydning for kommunikasjon, for eksempel kontrakter om kollektivtransport, vil man i verste fall risikere at publikum står uten transportmuligheter."

*Jernbaneverket* uttaler:

”JBV vil henlede oppmerksomheten på de vurderinger som i sin tid ble gjort vedrørende midlertidig forføyning i forsyningssektoren og det at kontinuiteten i denne type virksomhet ble ansett som et mer tungtveiende hensyn enn hensynet til leverandørens adgang til å kreve midlertidig forføyning.”

3 høringsinstanser (*NSB, Posten og Samferdselsdepartementet*) er imidlertid enige med utvalget i at det ikke lengre er hensiktsmessig at retten ikke har adgang til å treffe avgjørelse om midlertidig forføyning i forsyningssektorene.

*Posten* uttaler:

”Posten erkjenner at Norge er forpliktet til å innføre en ny bestemmelse om suspensjonsplikt ved klage til uavhengig organ (for eksempel domstolene). Posten støtter uttalelsen om at en slik suspensjon i praksis vil få virkning som en midlertidig forføyning. Det er dermed viktig at dette instituttet behandles som nettopp dette av alle parter. For Posten som oppdragsgiver oppleves det betryggende at reglene om suspensjon foreslås koblet til reglene om begjæring om midlertidig forføyning. Konsekvensen må således være at det må innføres regler om bruk av midlertidig forføyning også for forsyningssektorene, hvilket innebærer at “den gamle sanksjonen” mulkt bortfaller.”

*Samferdselsdepartementet* uttaler:

”Bruk av midlertidig forføyning i forsyningssektorene vil kunne få store konsekvenser, og det vil kunne føre til uforholdsmessig store tap ved å stoppe anskaffelser i disse sektorene. Vi har merket oss at de nye materielle reglene medfører at en eventuell suspensjon skal løpe til “klageinstansen har truffet avgjørelse enten

vedrørende en begjæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage”, jf. håndhevelsesdirektivet art. 2 nr. 3. Departementet er derfor enig med utvalget i at suspensjon i praksis ville få virkning som en midlertidig forføyning uten at de normale vilkårene for dette er vurdert.”

### 6.5.5 Departementets vurdering

Departementet er enig med utvalget i at det bør være like håndhevelsesregler for forsyningssektorene og klassisk sektor, i den utstrekning særlige forhold ikke gjør seg gjeldende. Når det gjelder utformingen av bestemmelser om suspensjon, sanksjoner og søksmålsfrister ser departementet ikke at det foreligger slike særlige forhold.

Departementet er også enig i at de nye reglene om suspensjon innebærer at det er mest hensiktsmessig å oppheve bestemmelsen om mulkt i lov om offentlige anskaffelser § 8 annet ledd, og i stedet gi retten adgang til å sette tilside ulovlige beslutninger og treffe avgjørelser om midlertidig forføyning også for forsyningssektorene.

Departementet ser at det kan gi uheldige konsekvenser dersom anskaffelser i forsyningssektorene stoppes. At nye regler om suspensjon og midlertidig forføyning må innføres også for forsyningssektorene er imidlertid en konsekvens av det nye håndhevelsesdirektivet. Det må i den forbindelse understrekes at domstolene i en vurdering av om det faktisk *skal* gis midlertidig forføyning uansett må ta hensyn til slike konsekvenser. Det følger av tvisteloven § 34-1 annet ledd at midlertidig forføyning ikke kan besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet. Dersom det fører til uforholdsmessig store tap å stoppe en konkret anskaffelse vil det således være begrenset adgang til å stoppe prosessen ved en avgjørelse om midlertidig forføyning.



## 7 Håndhevelsessystemet

### 7.1 Gjeldende rett

---

I Norge har man valgt å la de alminnelige domstolene behandle saker etter anskaffelsesregelverket, jf. lov om offentlige anskaffelser § 7. Dette er i tråd med den tradisjonelle norske modellen med alminnelige domstoler som tvisteløsningsorgan.

Etter dagens regler er det, i tråd med håndhevelsesdirektivene, tre typer avgjørelser domstolene kan treffe i saker om offentlige anskaffelser. For det første kan retten treffe avgjørelse om midlertidig forføyning (typisk for å stanse en beslutning om å tildele kontrakt). Dette gjelder likevel bare der kontrakt ennå ikke er inngått, jf. § 8 første ledd. Inntil kontrakt er inngått kan retten dessuten sette til side ulovlige beslutninger, jf. § 7 annet ledd. For det tredje kan retten tilkjenne erstatning, jf. § 10. For forsyningssektorene kan domstolene ikke treffe avgjørelser om midlertidig forføyning eller sette til side ulovlige beslutninger. Her kan domstolene i stedet fastsette mulkt, jf. § 8 annet ledd.

Domstolenes behandling er supplert med uformell, rådgivende behandling gjennom Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). KOFA behandler klager om brudd på lov om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Uttalelsene fra nemnda er rådgivende. Som et unntak fra den rendyrkede domstolsmodellen, har KOFA fra januar 2007 i tillegg fått kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Som omtalt i kapittelet om gjeldende rett, ivaretar KOFA i dag ikke forpliktelser etter eksisterende håndhevelsesdirektiver. Disse forpliktelsene ivaretas utelukkende gjennom domstolene.

### 7.2 Direktivets krav

---

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 gjelder også på området for offentlige

anskaffelser, her er det opp til nasjonal lovgiver å avgjøre hvordan EU/EØS-reglene skal håndheves. EU/EØS-retten oppstiller imidlertid noen grunnleggende krav til kompetansen til klageorganet/ene og til prosedyren for klagebehandling. Bl.a. gjelder det et generelt grunnleggende 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. Kravene er i det vesentlige de samme etter endringene som følger av det nye håndhevelsesdirektivet.

Det er ikke krav om at alle sanksjonene/beføyelsene som er aktuelle på anskaffelsesområdet må kunne utøves av samme organ. Det kan altså være flere håndhevelsesorganer.

### 7.3 Utvalgets forslag

---

Utvalget er delt i synet på hvordan håndhevelsessystemet for klager i saker om offentlige anskaffelser bør organiseres i fremtiden.

*Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Gøller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo*, mener at håndhevelsen fortsatt bør bygge på en domstolsmodell, kombinert med fortsatt rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at alle beføyelsene og sanksjonene som følger av det nye håndhevelsesdirektivet legges til domstolene. KOFA skal ikke lenger ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, og blir igjen et rent rådgivende organ. Flertallet understreker at KOFA har fungert bra, men at denne endringen i KOFAs kompetanse anses som en nødvendig konsekvens av gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet. Som en del av utredningsoppdraget skisserer flertallet også (subsidiært) hvordan det mener en alternativ nemndmodell bør utformes, dersom lovgiver skulle komme til at en slik modell er ønskelig.

*Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnnes*, foreslår å omdanne dagens KOFA til et administrativt klageorgan med bindende vedtakskompetanse i første instans. Kompetansen til å idømme erstatning skal likevel fortsatt ligge hos domstolene.

For å tilpasses sin nye rolle skal ”nye” KOFA justeres noe, bl.a. skal sekretariatet gis mulighet til å avgjøre flere tvister enn i dag, og det skal åpnes opp for muntlig behandling i saker hvor dette er nødvendig for å få saken tilstrekkelig opplyst og sikre kontradiksjon.

Videre mener mindretallet at dersom man faller ned på en fortsatt domstolsmodell, skal KOFA beholde adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr, parallelt med domstolens adgang til å ilegge sanksjoner.

Konsekvensen for KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr er nærmere behandlet i kapittel 6.3.

## 7.4 Høringsinstansenes syn

Mange høringsinstanser kommenterer forslaget til håndhevelsesmodell. 54 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder KOFA og Regjeringsadvokaten, samt *Advokatfirmaet Schjødt*, *Advokatforeningen*, *Fagforbundet*, *KS*, *LO*, *NIMAs offentlige komité*, og *Norges Taxiforbund* støtter til forslaget fra flertallet, og ønsker at sanksjonene som følger av håndhevelsesdirektivet fortsatt skal håndheves av domstolene.

12 høringsinstanser på leverandørsiden, samt *Difi*, *First Ventura AS*, *Namskogan kommune* og *UDI* støtter forslaget fra mindretallet.

Flere høringsinstanser (*Advokatfirmaet G-Partner*, *FNO*, *HSH*, *JD* og *Konkurransetilsynet*) tar ikke definitivt stilling til valg av klageorgan, og ser at begge modeller har fordeler og ulemper. Noen av disse høringsinstansene anbefaler at nemndmodellen utredes nærmere før beslutningen treffes, og andre er opptatt av at klageorganet – uavhengig av modell – tilføres tilstrekkelig med ressurser til å sikre rask saksbehandling.

FNO uttaler:

”FNO vil ikke ta definitivt stilling til hvilken rolle KOFA bør ha i fremtiden. På den ene siden ser vi at det kan være argumenter mot etablering av særdomstoler innenfor ulike fagområder. Samtidig erkjennes at anskaffelsesområdet er et veldig spesialisert område der det kan være fordeler ved at eksperter på området vurderer tvistene. Dersom KOFA skal omdannes til et klageorgan med bindende virkning, er FNO opptatt av at KOFA eventuelt må styrkes vesentlig ressursmessig, for å sikre tempo, kvalitet og autoritet.

Uavhengig av hvilken rolle KOFA bør ha i fremtiden er det viktigste etter vårt syn at

KOFA opprettholdes som en selvstendig instans som kan bidra til avklaringer av spørsmål som dukker opp, og til at det holdes fokus på regelverk og gode anskaffelsesprosedyrer i kommunene.”

*Nordland og Nord-Trøndelag Fylkeskommune* støtter ingen av forslagene og foreslår en tilsynsmodell, der f.eks. Konkurransetilsynet fører tilsyn med og håndhever anskaffelsesregelverket. Konkurransetilsynet selv peker på at en tilsynsmodell vil kunne bidra til å redusere enkelte av utfordringene dersom en velger domstolsmodellen.

De som støtter flertallet begrunner det bl.a. med tradisjonene i Norge med ordinære domstoler fremfor særdomstoler. Videre ønsker de å beholde KOFA som et rådgivende tvisteløsningsorgan og lavterskeltilbud, og da kan KOFA ikke samtidig fatte bindende vedtak.

*Sula kommune* uttaler:

”Sula kommune støtter flertallet om at håndhevelse av anskaffelsesreglene i Norge fortsatt bør bygge på en domstolsmodell. Vi er opptatt av at KOFAs rolle som tvisteløsningsorgan blir rendyrket. KOFA bør av den grunn slippe å behandle gebyrsaker. Dette vil frigjøre kapasitet og dermed redusere saksbehandlingstiden.”

Mange høringsinstanser som ønsker en domstolsmodell begrunner sitt syn i hensynet til rettsikkerhet.

*Forsvarsdepartementet* uttaler:

”Domstolene med sin saksbehandlingsform er etter vår oppfatning mest egnet for å behandle disse sakene. Dagens behandlingssystem i KOFA ivaretar ikke hensynene til kontradiksjon og rettssikkerhet i tilstrekkelig grad til at de bør ha kompetanse til å ilegge alvorlige sanksjoner som ”uten virkning” eventuelt kombinert med overtredelsesgebyr.”

*KOFA* uttaler:

”Ved såpass alvorlige konsekvenser som ”uten virkning”, eventuelt kombinert med et overtredelsesgebyr, bør langt sterkere rettssikkerhetsgarantier være på plass enn dem klagenemnda kan tilby med sin nåværende arbeidsform. Behandlingen av sakene for de ordinære domstolene gir mulighet for partene til å fremlegge sin sak muntlig etter en skriftlig saksforberedelse, samt mulighet for umiddelbar bevis-

føring, hvilket vil være påkrevet for å få saken tilfredsstillende belyst. Dette er i praksis ikke mulig uten endringer i dagens nemndsmodell. Det måtte da legges opp til en domstollignende behandling, hvilket i betydelig grad vil redusere klagenemndas nåværende effektivitet. Det som i dag er fordelene ved nemndsbehandlingen, ville dermed gå tapt. Det har heller ikke i Norge vært tradisjon for spesialdomstoler, og de ordinære domstolene er allerede godt egnet til å ivareta de nye sanksjonene som en innføring av håndhevelsesdirektivet innebærer”.

Flere høringsinstanser (bl.a. *Regjeringsadvokaten og Statsbygg*) imøtegår innspillene fra mindretallet i utvalget om at dagens KOFA med noen justeringer vil inneha de rettsikkerhetsgarantier som er nødvendig ved de nye sanksjonene. De peker på at organet vil bli et mer domstolslignende organ, og at lavterskeltilbudet vanskelig kan opprettholdes.

*Helse Sør-Øst, NIMAs offentlige komité, Statsbygg og Stavanger kommune* viser til at de nye og mer alvorlige sanksjonene det nye direktivet innfører, fører til at det ikke bør være for lav terskel for å anlegge sak.

*Stavanger kommune* uttaler:

”Med innføring av det nye sanksjonssystemet er det viktig at det er en høy terskel for å anlegge sak mot en offentlig oppdragsgiver. De nye sanksjonene er mer omfattende og mer alvorlige enn hva de har vært tidligere. En sak vil derfor kreve mye ressurser både hos den offentlige og private part.”

Flere peker særlig på at den nye regelen om suspensjon ikke bør praktiseres slik at det nærmest blir en regel at leverandørene trener kontraktssinnngåelse i ”alle” saker. Som en motvekt til at domstolsmodellen vil høyne terskelen for klage, peker *Finansdepartementet og Stavanger kommune* på at de nye sanksjonsformene ”uten virkning” og avkortning av kontrakt trolig vil virke disiplinerende også for medkontrahenten, slik at den samlede effekten av omleggingen uansett kan bli reduserte ulovlige direkte kjøp.

*KS og Statsbygg* synes det er viktig at alle rettslige forhold knyttet til anskaffelsen kan behandles av samme organ, dvs. også erstatning og etteroppgjør.

De som støtter forslaget om en nemndsmodell, med KOFA som myndighet til å fatte endelige beslutninger som første instans (med unntak av adgangen til å tilkjenne erstatning), begrunner

dette bl.a. med at KOFA siden oppstarten i 2003 har fungert godt, som et enkelt tilgjengelig konfliktløsningsorgan som har bidratt til rettsavklaringer.

*Difi* uttaler:

”Difi anser det er flere grunner til å ta lærdom av våre naboland, i særdeleshet Danmark, og gjøre KOFA til et klageorgan i håndhevelsesdirektivets forstand. Difi anser dette som avgjørende for at KOFA ikke bare skal kunne videreutvikles, men også for at KOFA skal få beholde sin posisjon.”

Videre pekes det på viktigheten av at det finnes et tilgjengelig og effektivt håndhevelsesorgan. Terskelen for å bringe en sak inn for domstolene vil oppleves for høy, bl.a. fordi man må gjennom en krevende muntlig forhandling, det vil være behov for bistand fra advokat, man risikerer å måtte betale saksomkostninger, osv.

Eksempelvis er *Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg (EBA)* opptatt av å få på plass et effektivt håndhevelsesorgan, og at terskelen for å ta en sak til domstolen vil være for høy:

”Det er avgjørende at innføringen av håndhevelsesdirektivet sikrer nettopp en mest mulig effektiv håndhevelse. En løsning der KOFA er et administrativt klageorgan som fatter avgjørelser med bindende virkning blir den mest effektive, raskeste og billigste ordningen. KOFA vil kunne utgjøre et ”lavterskeltilbud” uten en omfattende hovedforhandling. Etter som bevismaterialet i anskaffelsessaker er skriftlig, er det mindre betenkelig på området for offentlige anskaffelser å ha en skriftlig fremfor muntlig prosess i form av hovedforhandling, så fremt adgangen til å avgjøre erstatningsspørsmål forbeholdes domstolene.

Det kan ikke bli effektive sanksjonsmidler uten at det legges til rette for en rask, tilgjengelig og billig løsning for små og mellomstore bedrifter. Domstolsapparatet er da ikke egnet som klageorgan.”

Flere høringsinstanser er bekymret for at videreføringen av en domstolsmodell (med høyere terskel for å klage osv.), kombinert med å fjerne KOFAAs overtredelsesgebyr, vil føre til en samlet svakere håndhevelse enn hva som er tilfellet i dag. Det påpekes at dette neppe er i tråd med håndhevelsesdirektivets intensjon.

Videre vil domstolene ikke ha den spesialkompetanse om offentlige anskaffelser som KOFA

eller et spesialorgan vil ha, og en nemndmodell vil sikre lik håndhevelse av regelverket i hele landet. Endelig vil det la seg gjøre å innføre den rettsikkerheten som domstolene garanterer også i KOFA, ved å justere innretningen på KOFA.

*Leverandørforeningen for helsesektoren (LFH)* uttaler:

”LHF’s begrunnelse for at KOFA skal bli et klageorgan med bindende virkning:

- Vil innebære en mer effektiv håndhevelse av regelverket
- Flere feil vil bli reparert før kontraktstildeling
- KOFA har betydelig kompetanse innen anskaffelses-jus
- Avgjørelser i KOFA kan overprøves av domstolen, som vil bygge på kompetanseorganets avgjørelse
- Frigir ressurser i domstolsapparatet
- Vil gi en mer helhetlig praksis enn det som er tilfellet i dag
- Dersom overtredelsesgebyret forsvinner fra KOFA, vil oppdagelsesrisikoen reduseres og det legges til rette for korrupsjon og kameraderi
- Store saksomkostninger dersom små bedrifter må benytte domstolsapparatet vil redusere villigheten til å reise sak (ikke lavterskeltilbud)

Dersom domstolsmodellen velges, mener LFH at:

- Færre klager vil komme inn
- Mindre kontroll vil skje
- Større grobunn for økonomisk kriminalitet
- Store negative konsekvenser for SMB”

*NHO* kommenterer påstandene om manglende rettsikkerhet i KOFA slik:

”Den nye KOFA-modellen skal bygge på det KOFA vi har i dag, men hvor ytterligere rettsikkerhetsgarantier etableres.... *NHO* mener at mindretallets forslag til ”det nye KOFA” sikrer saksbehandlingsregler og kontradiksjon som oppfyller det nye håndhevelsesdirektivets krav for å håndtere bindende avgjørelser. Dermed sikres også rettsikkerheten både for oppdragsgiver og leverandør. Forslaget til det nye KOFA har sammenfallende rettsikkerhetsgarantier som den danske ”Klagenævnet for offentlige udbud”. Det åpnes på samme måte som i Danmark for muntlig høring hvor det er påkrevd i forhold til saken. Sekretariatet får en utvidet

rolle, hvor avgjørelser kan overprøves av nemnda. Dermed vil rettsikkerheten bli vel så godt ivaretatt ved behandling i KOFA, som er et ekspertorgan, i motsetning til domstolen som håndterer slike saker uten den direkte fagkompetansen som KOFA besitter. Videre vil domstolen kunne overprøve KOFAs avgjørelse, der sakene ankes.”

## 7.5 Departementets vurdering

Departementet foreslår at kompetansen til å ilegge samtlige beføyelser etter håndhevelsesdirektivet legges til domstolene, og at overtredelsesgebyret i KOFA faller bort som sanksjon, slik at KOFA igjen blir et rent rådgivende organ. Begrunnelsen er for det første at departementet, i likhet med et samlet utvalg og samtlige høringsinstanser som har uttalt seg om valg av klageorgan, mener at KOFA har fungert godt som et konfliktløsende, lett tilgjengelig og relativt effektivt lavterskeltilbud, og at det bør legges til rette for at et slikt organ fortsatt kan eksistere. Departementet mener dette best lar seg gjøre ved at de formelle sanksjoner og beføyelser på anskaffelsesfeltet fortsatt legges til domstolene.

Utvalgets mindretall og en rekke høringsinstanser gir uttrykk for at videreutviklingen av et effektivt og tilgjengelig lavterskeltilbud best ivaretas ved å omdanne KOFA til et bindende vedtaksorgan. Departementet mener at disse høringsinstansene undervurderer hvilken betydning de endringene som nødvendigvis må gjøres når det gjelder KOFAs saksbehandling og prosedyrer – bl.a. av hensyn til rettssikkerheten – vil få for hvordan KOFA vil fungere som beslutningsorgan. Åpnes det opp for muntlig forhandling mv., vil KOFA langt på vei bli et domstollignende organ, med tilnærmet den samme terskelen for å ta saken dit som for de ordinære domstolene. Alle-rede i dag ser man en økende bruk av advokater til å utforme klageskrifter og tilsvare i klagesaker for KOFA, og kompliseres klageprosessen ytterligere, er det sannsynlig at advokater vil bli brukt i enda større grad. Ikke bare fordi prosessen blir mer vanskelig å forholde seg til både for oppdragsgivere og leverandører, men også fordi de nye sanksjonene (”uten virkning” mv.) vil kunne få mer vidtrekkende konsekvenser. Dermed forsvinner lavterskeltilbudet, som så mange understreker viktigheten av. Det vises til at et tilgjengelig og rimelig tvisteløsningsorgan er viktig for å føre kontroll med at regelverket etterleves, hindre

fremvekst av økonomiske kriminalitet og løse konflikter i enkeltsaker mv.

Når det gjelder henvisningene til det danske "klagenævnet for offentlige udbud", mener departementet at dette organet har flere likheter med en domstol enn det mindretallet i utvalget og høringsinstansene synes å legge til grunn. Behandlingen av saker i den danske nemnda ledes av en "formand", som i sitt hovedvirke er juridisk dommer i det ordinære domstolssystemet. Hovedregelen er at det skjer muntlig forhandling med mulighet for vitneavhør, og at begge parter benytter seg av advokatbistand. Formannen kan bestemme at det i stedet skal være skriftlig forhandling, men dette skjer sjelden i praksis. Videre behandler nemnda betraktelig færre saker i året enn det KOFA gjør – de fattet avgjørelse i 49 saker i 2008, i 72 saker i 2009 og 81 saker i 2010. Tilsvarende tall for KOFA er 171, 228 og 280.

Etter departementets oppfatning legger heller ikke tilhengerne av nemndmodellen nok vekt på at KOFA i dag har myndighet til å avvise saker, bl.a. når de er "uhensiktsmessige" for behandling i klagenemnda. Dette gjelder bl.a. der uenigheten mellom partene først og fremst gjelder faktum, eller der det er behov for særskilt fagkompetanse for å ta stilling i saken. På grunn av den skriftlige saksbehandlingen er KOFA lite egnet til å behandle slike saker. Totalt ble 81 klager avvist i 2010. Dette utgjør om lag 20 prosent av alle innkomne saker det året. Dersom KOFA omdannes til å bli et klageorgan med formell myndighet, kan nemnda ikke lenger avvise slike saker, da det vil være i strid med håndhevelsesdirektivets krav til at det skal være en mulighet for å få saken prøvet dersom man mener det foreligger regelbrudd. For å legge til rette for behandling av alle typer saker i KOFA vil sakene måtte gis en mer omstendelig og mer kostbar behandling, noe som vil få følger for saksbehandlingstiden og effektiviteten i KOFA.

Videre vil sanksjonen "uten virkning" få betydning også for oppdragsgivers medkontrahent (den leverandør som fikk kontrakten det klages på). Dette reiser flere prosessuelle utfordringer, for eksempel hvem en avgjørelse skal ha rettskraft overfor, hvordan medkontrahenten involveres under rettsprosessen, og hvordan etteroppgjør mellom partene håndteres. Departementet mener at også dette vil stille nye krav til saksbehandlingsformen i klageorganet, og mener at domstolene er best egnet til å ivareta disse utfordringene. Departementet ser det heller ikke som hensiktsmessig å fordele kompetansen på flere

organer, slik at bare noen beføyelser legges til domstolene (erstatning, etteroppgjør, mv.). Dette vanskeliggjør prosessen for partene, som etter behandling i KOFA vil måtte gå til domstolene for å få løst "hele" konflikten.

Med den domstolsorganisasjonen vi har i Norge, behandler domstolene allerede saker fra et svært bredt spekter av områder. Departementet er ikke enig med de høringsinstansene som mener at offentlige anskaffelser er et så spesielt område at det bør håndteres i et eget håndhevelsesorgan. I denne forbindelse vil departementet også peke på at et særegent håndhevelsesorgan nødvendigvis vil måtte ligge ett sted i landet, mens domstoler i første instans finnes over hele landet, og derfor geografisk sett er lettere tilgjengelig for et større antall aktører.

Utvalget drøfter kort en løsning der håndhevelsesorganet både skal fatte bindende vedtak og gi rådgivende uttalelser, for eksempel være et organ som er delt i to "kamre". Etter departementets vurdering vil en slik løsning skape vanskelige spørsmål knyttet til hvor grensen for kompetansen og virkeområdet til de to kamrene går. Eksempelvis oppstår spørsmålet om uttalelser fra det rådgivende kammeret (som ikke vil ha de samme saksbehandlingsprosedyrene og de samme rettsikkerhetsgarantiene) skal tillegges vekt dersom den samme saken etterfølgende blir brakt inn for kammeret med bindende vedtakskompetanse.

Departementet mener at frykten for at KOFA vil miste betydning og kraft dersom man fjerner dets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, er overdrevet. KOFA har bare hatt slik kompetanse siden 2007, og har fattet vedtak om gebyr i relativt få saker (i perioden 2007-2010 ila nemnda overtredelsesgebyr i 25 saker, samtidig som den totalt fattet vedtak i 896 saker i samme tidsrom). Den gode effekten KOFA har hatt, som mange viser til, har organet dermed i all hovedsak oppnådd på annen måte enn gjennom det relativt lave antallet gebyrsaker. Ved å rendyrke KOFAs rolle som rådgivende organ, vil KOFA nettopp kunne fortsette sin viktige funksjon som lavterskeltilbud i de sakene som utgjør størstedelen av KOFAs aktivitet i dag. Det må også understrekes at KOFA fortsatt vil kunne uttale seg om hvorvidt det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse, selv om det ikke vil kunne ilegge overtredelsesgebyr.

Det er på det rene at en domstolsmodell kan føre til en høyere terskel for å bringe saker inn for håndhevelsesorganet. For det første mener departementet at dette til en viss grad er ønskelig. Når håndhevelsesdirektivet innfører mer inngripende

sanksjoner, bør det tilsvarende være en noe høyere terskel for å klage inn en sak. Videre er det grunn til å tro at de strengere sanksjonene i seg selv vil virke preventive mot regelbrudd, og dermed veie opp virkningen av at terskelen for å gå i gang med en klageprosess blir noe høyere. I forbindelse med dette er det også relevant å vise til den nye adgangen til å foreta såkalt intensjonskunngjøring. Slik kunngjøring vil bidra til mer åpenhet om prosessene på et tidlig stadium, slik at brudd på reglene kan oppdages og rettes opp før det er behov for å bringe dem inn for et håndhevelsesorgan. Å opprettholde KOFA som et rådgivende organ kan også bidra til at brudd på reglene oppdages, og rettes opp, før de kommer til domstolene.

Endelig finner departementet det u hensiktsmessig at KOFA ved en domstolsmodell likevel skulle tillegges visse sanksjoner (for eksempel myndighet til å ilegge gebyr og suspendere oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt), slik enkelte har foreslått. Særlig ser vi at det vil kunne få uheldige konsekvenser å stoppe anskaffelsesprosessen ved suspensjon ved klage til KOFA. En klage til et slikt lavterskelorgan "koster" ikke leverandørene noe; det er risikofritt å klage. Klage til KOFA vil derfor lett kunne brukes til å trenere inngåelse av kontrakter.

Utvalget drøfter kort etablering av et tilsyn for saker om offentlige anskaffelser, for eksempel at Konkurransetilsynet får denne kompetansen, og dette etterlyses av enkelte høringsinstanser.

Departementet ser at et tilsyn med kompetanse til å overvåke anskaffelsesområdet og muligheten til å ta ut søksmål ved brudd på regelverket, kunne ha avhjulpet en situasjon der de private partene har begrensede incitamenter til å klage eller terskelen for å reise sak ved domstolene oppleves som høy. Opprettelse av et mulig tilsynsorgan på anskaffelsesområdet reiser imidlertid en rekke spørsmål, både av prinsipiell og praktisk art.

Et slikt organ kan gis tilsvarende myndighet som Konkurransetilsynet har på konkurranselovens område, til å overvåke anskaffelsesområdet, undersøke utvalgte saker spesielt, både etter eget initiativ og på bakgrunn av tips, samt ha søksmålskompetanse slik at tilsynet kan bringe saker til retten. Alternativt kan myndigheten snevres inn til kun å omfatte søksmålskompetanse, og da videre avgrenset til for eksempel bare saker der Riksrevisjonen, kommunerevisjonene eller KOFA har avdekket brudd på anskaffelsesreglene. En ytterligere avgrensning kan være at organet bare har søksmålskompetanse for en spesiell type

regelbrudd, for eksempel bare saker om ulovlige direkte anskaffelser. Dette siste antas å være spesielt aktuelt når KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr faller bort og domstolene skal håndheve saker om ulovlig direkte anskaffelser.

Om et slikt tilsyn skal opprettes, må det for det første vurderes hvor omfattende kompetanse det er formålstjenlig at organet skal ha. Selv en "minimumsvariant", der organet kun skal kunne bringe saker der det er påvist at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse inn for domstolene, reiser flere spørsmål om tilsynets kompetanse. Siden man her er avhengig av at noen først har brakt saken inn for vurdering, gir det et tilfeldig utvalg saker, og det er ikke sikkert at det er de mest alvorlige eller store sakene som et tilsyn på denne måten får anledning til å bringe for retten. Videre er det spørsmål om i hvor stor grad organet selv kan eller skal vurdere grunnlaget for å reise søksmål, i en sak der revisor eller KOFA allerede har konstatert regelverksbrudd.

De nye sanksjonene skal i seg selv ha større preventiv effekt, og utvalget uttaler i den forbindelse at dette er den viktigste virkningen ved å innføre de nye reglene. Det er ikke noe mål i seg selv å få så mange tvistesaker som mulig, snarere tvert imot. I et system der et organ har søksmålskompetanse, vil en klager "bare" trenge å levere en klage til KOFA for at saken kan bli brakt videre til retten (ved bruk av statlige ressurser). Dette kan føre til en økning av saker både hos KOFA og domstolene. Incitamentet for leverandøren til å innbringe en sak for KOFA i dag, er først og fremst å bekjempe at ulovlige direkte anskaffelser skjer i fremtiden. Klager får ikke selv noen økonomisk gevinst. Med de nye reglene kan derimot kontrakten bli kjent uten virkning eller avkortes, og leverandøren kan dermed ha mer direkte interesser i å få prøvet saken. Dersom det er mulighet for at et tilsynsorgan fører saken videre til domstolene, vil leverandørene få en større egeninteresse i å klage til KOFA. Samtidig minskes leverandørens incitament til selv å innbringe saker for domstolene, når de vet at organet sannsynligvis uansett vil gjøre det.

Videre nevnes at forholdet mellom tilsynsorganets søksmålskompetanse og Riksrevisjonens og kommunerevisjonenes kontroll vil kunne overlappes hverandre. Dette kan skape uklare grensetilfeller.

Endelig vil en slik oppgave være ressurskrevende. Det vil særlig gjelde dersom organet gis frihet til å vurdere på fritt grunnlag om det skal reise søksmål i en gitt sak. Det vil også være ressurskrevende for organet å være part i sakene i retten.

Det vil enten måtte føre sakene selv eller ha en prosessfullmektig, og organet må også følge sakene videre til eventuelle ankeinstanser.

Når det nå innføres en rekke nye sanksjoner for brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, mener departementet at det er hensiktsmessig å følge utviklingen en tid, for å se om de nye

sanksjonene får de ønskede konsekvensene for etterlevelsen av regelverket. Departementet vil derfor følge med på utviklingen og eventuelt på et senere tidspunkt vurdere behovet for et tilsynsorgan eller å gi et offentlig organ, for eksempel Konkurransetilsynet, kompetanse til å bringe saker om brudd på reglene inn for domstolene.

## 8 Andre konsekvenser for anskaffelsesregelverket

### 8.1 Innledning

I tillegg til de forholdene som direkte reguleres av det nye håndhevelsesdirektivet, blir også andre deler av anskaffelsesretten direkte eller indirekte berørt av direktivet. På denne bakgrunn fremmer departementet forslag til enkelte regelendringer som fremstår som hensiktsmessige, for å ivareta hensynet til et konsistent og samlet regelverk. Det gjelder bestemmelser om begrunnelsesplikt (kapittel 8.2) og lovlighetskontroll etter kommuneloven (kapittel 8.3). Når det gjelder erstatningsrettslige spørsmål og regler om offentlighet for tilbud, fremmer departementet ikke forslag til lovendringer. Departementet mener likevel det er grunn til å knytte noen kommentarer til disse punktene (henholdsvis kapittel 8.4 og 8.5).

### 8.2 Begrunnelsesplikten

#### 8.2.1 Gjeldende rett

Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 11 at Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (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, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-14. Hjemmelen til å treffe enkeltvedtak har så langt ikke vært brukt. Departementet har imidlertid vedtatt flere forskrifter med hjemmel i § 11. Det gjelder bl.a. forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften, jf. omtalen av forskriftene under kapittel 3. I disse forskriftene er det gitt nærmere regler om oppdragsgivers begrunnelsesplikt.

Det følger likevel av § 11 tredje ledd at det ikke kan gis regler for private forsyningsforetak som går lengre enn det som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner. Dette har ført til ulike bestemmelser om begrunnelsesplikten i de to forskriftene.

I anskaffelsesforskriften er begrunnelsesplikten i dag regulert i § 11-14 og § 20-16 (reglene om begrunnelse er i hovedtrekk identiske i del II og

III). Det følger av disse bestemmelsene at oppdragsgiver må begrunne sin beslutning om tildeling av kontrakt (valg av leverandør). Oppdragsgiver må også begrunne visse andre beslutninger, eksempelvis der en leverandør avvises eller konkurransen avlyses.

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

Dersom en leverandør ber om det, skal oppdragsgiver innen 15 dager gi en *nærmere begrunnelse* for hvorfor en leverandør ikke har fått tildelt kontrakten. Kravet til innhold og omfang av den nærmere begrunnelsen er høyere enn hva som gjelder for den automatiske begrunnelsen. Den skal således inneholde navnet på den valgte leverandøren, og en nærmere redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. Den nærmere begrunnelsen må også forutsettes å skulle sammenligne mer inngående det valgte tilbudet med tilbudet fra leverandøren som ber om nærmere begrunnelse.

Reglene om begrunnelsesplikt i anskaffelsesforskriften, og praksisen som er utviklet i KOFA, stiller noe strengere krav til omfanget av begrunnelsen enn det som kreves etter EU/EØS-reglene.

I forsyningssektorene reguleres begrunnelsesplikten i dag i forsyningsforskriften § 11-3. Også her opereres det med en todelt begrunnelsesplikt, det vil si først en begrunnelse som skal gis automatisk sammen med tildelingsbeslutningen og deretter en nærmere begrunnelse som bare skal gis på oppfordring. Når det gjelder den automatiske begrunnelsen, anvendes imidlertid en litt annen formulering enn i anskaffelsesforskriften, og det stilles tilsynelatende lavere krav. Oppdragsgivere i forsyningssektorene er således bare forpliktet til å *”gi en kort begrunnelse”* for tildelingsbeslutningen.

Det vises for øvrig til NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser kapittel 13.2 for en nærmere redegjørelse for gjeldende rett og prak-



sis vedrørende begrunnelsesplikten – både etter EU/EØS-reglene (kapittel 13.2.2) og norske regler (13.2.3).

### 8.2.2 Direktivets krav

Det følger av bestemmelsen om karenperiode i håndhevelsesdirektivet artikkel 2a nr. 2 at oppdragsgivers meddelelse om tildeling av kontrakt skal inneholde en begrunnelse. Denne begrunnelsen skal oppfylle kravene til *den nærmere begrunnelsen* etter anskaffelsesdirektivet artikkel 41. Oppdragsgiver skal således etter håndhevelsesdirektivets regler automatisk, og ikke lengre bare på anmodning, gi en begrunnelse, der det redegjøres for det vinnende tilbudets egenskaper og relative fordeler. Dette innebærer altså at kravene til begrunnelse på direktivnivå skjerpes.

Også oppdragsgivers meddelelse om inngåelse av kontrakt etter artikkel 2f skal inneholde en slik begrunnelse. Denne meddelelsen fører til at søksmålsfristen for krav om sanksjoner forkortes til 30 dager, jf. nærmere om denne meddelelsen og søksmålsfrister i kapittel 6.4.

Det er redegjort nærmere for kravene til begrunnelse etter håndhevelsesdirektivet i NOU 2010:2, kapittel 13.2.4.

### 8.2.3 Utvalgets forslag

Utvalget påpeker at norske regler om begrunnelse må tilpasses de nye kravene etter håndhevelsesdirektivet.

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 offentlig sektor og forsyningssektorene harmoniseres. Dette vil bidra til en forenkling av det samlede anskaffelsesregelverket, idet leverandørene da vil få samme rettskrav på begrunnelse, uavhengig av om de leverer tilbud til oppdragsgivere omfattet av anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften. Dersom kravene i forsyningssektorene skal harmoniseres med kravene i klassisk sektor, krever det en endring i lov om offentlige anskaffelser § 11. Dette skyldes at kravene i klassisk offentlig sektor, som nevnt ovenfor, går noe lengre enn det som følger av internasjonale forpliktelser.

Begrunnelsesplikten skal fortsatt reguleres i forskrift. Når det gjelder kravene til innhold, er utvalget delt i to:

*Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhøus, Aardalsbakke og Aatlo*, ønsker å endre reglene om begrunnelse,

slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse. Den nye begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. 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. Formuleringen i bestemmelsene må således endres slik at leverandører får krav på en kort og presis begrunnelse for hvorfor kontrakten er tildelt den aktuelle leverandøren. Begrunnelsen skal inneholde navnet på den vinnende leverandøren, samt en beskrivelse av tilbudets egenskaper og relative fordeler i relasjon til tildelingskriteriene, slik at øvrige leverandører vil kunne gjøre seg opp en mening om tildelingen virker akseptabel. Oppdragsgiver skal derimot ikke være forpliktet til å redegjøre i detalj for sin fremgangsmåte ved vurdering av tilbudene, eller for hvordan det vinnende tilbudet er vurdert i detalj i forhold til tildelingskriteriene og hvert enkelt av de øvrige tilbud.

*Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnnes*, ønsker å opprettholde dagens system med to begrunnelser – en som skal gis automatisk og en som skal gis etter anmodning. Den automatiske begrunnelsen må da inneholde navnet på den valgte leverandør, og samtidig redegjøre for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler, i samsvar med angitte tildelingskriterier. Dette er således en utvidelse i forhold til dagens automatiske begrunnelse. Den nærmere begrunnelsen skal redegjøre for hvordan tilbudet til den leverandøren som ber om en slik begrunnelse, er vurdert opp mot det vinnende tilbudet.

### 8.2.4 Høringsinstansenes syn

Reglene om begrunnelse engasjerer mange høringsinstanser. 56 høringsinstanser støtter forslaget fra utvalgets flertall om at oppdragsgiver utelukkende skal pålegges å gi én begrunnelse (53 i offentlig sektor, samt *KS, NIMAs offentlige komité og Norges Taxiforbund*).

Mange av disse fremhever at dagens krav til begrunnelse generelt er utfordrende og byrdefull for oppdragsgiver. Et system med krav til bare én begrunnelse vil være både tids- og ressursbesparende, samtidig som det også bidrar til en forenkling av regelverket. At reglene om begrunnelse anses som byrdefulle, henger også sammen med kravene til begrunnelsens innhold, og at det etter dagens regler er uklart hva som utgjør en tilstrekkelig begrunnelse.

*Departementenes Servicesenter (DSS)* uttaler:

”I tillegg til at det er ressurskrevende å måtte gi to begrunnelser er kravet om nærmere begrunnelse etter vårt syn også egnet til å skape en forventning om at oppdragsgiver uansett skal kunne komme med nye elementer knyttet til den gjennomførte evaluering. Dersom man gir svært grundig begrunnelse i første meddelelsesbrev, er det vanskelig å imøtekomme et ytterligere krav til begrunnelse. Vi opplever også at kravet til tilleggsbegrunnelse ofte medfører forsinkelse i prosessen da tilbyder gjerne samtidig krever klagefristen forlenget, og selv om man står fritt i denne sammenheng, samtykker man ofte i dette for å unngå at leverandør klager "for sikkerhets skyld" for å rekke fristen.”

Noen høringsinstanser i kommunal og fylkeskommunal sektor anfører også at de har erfaringer med at selv relativt omfattende og detaljerte begrunnelser ikke alltid oppfattes som gode nok av leverandørene.

Flere høringsinstanser, herunder Regjeringsadvokaten, tilkjenner videre at de er enig i flertallets vurdering om at KOFA i sin praksis har gått for langt i å stille krav til begrunnelsens innhold og omfang.

Samtidig pekes det også på at det er viktig at leverandører får en god begrunnelse, slik at de får tilstrekkelige opplysninger til å vurdere om tildelingsbeslutningen er korrekt og om det er grunnlag for å klage. Den må være så utfyllende at den ivaretar kravene til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet. En god begrunnelse er også med på å kvalitetssikre tildelingen og vil bidra til å avverge at leverandører klager "for sikkerhets skyld". Videre vil det være uhensiktmessig å gi en utvidet begrunnelse først etter at karenperioden er utløpt, slik at klagebehandlingen "flyttes" til etter kontraktsinngåelse (eventuelt i form av erstatningssøksmål). På denne bakgrunnen peker mange høringsinstanser på at det hadde vært bra med en objektiv standard for hva en begrunnelse skal inneholde, og det foreslås at det utarbeides regler eller veiledning om hva som er en tilstrekkelig begrunnelse.

12 kommunale høringsinstanser mener at begrunnelsen uansett bør være så god at øvrige leverandører ved neste konkurranse vet hva som må til for å vinne konkurransen.

Også *Nærings- og handelsdepartementet* legger vekt på leverandørutviklingsperspektivet:

”Etter *Nærings- og handelsdepartementet*s oppfatning har næringslivet et behov for en så

konkret og fyllestgjørende begrunnelse at leverandørene virkelig får kunnskap om hvordan oppdragsgiver har vurdert det vinnende tilbudet. Begrunnelsen bør kunne vise på hvilke områder og ut fra hvilke tildelingskriterier det vinnende tilbudet var bedre enn tapernes. Et slikt krav til begrunnelse kan også gi rom for gjensidig utvikling mellom oppdragsgiver og tilbyder. Det vil særlig være vanskelig for de minste bedriftene å hevde seg i konkurranse med de store dersom de ikke får vite hvorfor de ikke nådde opp. Dette bør kunne gjøres ubyråkratisk og enkelt ved at begrunnelsen baserer seg på den evalueringen av tilbudene som oppdragsgiver uansett må gjøre ved sitt valg av tilbyder.”

Når det gjelder tidspunktet for når begrunnelsen skal gis, viser flere til at det er en fordel at oppdragsgivere får (den fulle) begrunnelsen sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen.

13 høringsinstanser på leverandørsiden, samt *Advokatfirmaet G-partner*, *Advokatfirmaet Schjødt*, *Fagforbundet*, *Firstventura AS*, *KOFA-medlem Kai Kriiger*, *Olje- og energidepartementet*, *Oslo universitetssykehus*, *Petroleumstilsynet* og *UDI*, støtter mindretallet i at dagens system med *to begrunnelser* bør videreføres. Mange av disse høringsinstansene mener at begrunnelsesplikten er en av hjørnesteinene i anskaffelsesregelverket, og det vises til at denne plikten ivaretar mange forskjellige hensyn:

For det første er det hensynet til gjennomsiktighet. Leverandører vil først ha det fulle grunnlaget for å vurdere om oppdragsgiver har begått en feil eller ikke, når de har fått en individuell redegjørelse for det vinnende tilbud vurdert opp mot sitt eget. Eksempelvis *Maskinentreprenørenes Forbund (MEF)* peker på at leverandører i mange tilfeller ikke gis annen informasjon enn at NN er valgt etter en totalvurdering, og at tilbudet anses for å være det økonomisk mest fordelaktige.

For det andre sikrer en utdypende begrunnelse i henhold til konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriene at tildelingsbeslutningen er forsvarlig fundert. En slik begrunnelse bidrar også til åpenhet, likebehandling og gjennomsiktighet og til at leverandører skal føle seg trygge på at oppdragsgiver har opptrådt korrekt.

For det tredje vil en manglende individuell begrunnelse kunne føre til unødvendige og ressurskrevende klageprosesser. Med krav på bare én begrunnelse vil den eneste mulighet for leverandører som er usikre på tildelingen være å klage på prosessen, med mindre oppdragsgiver på

oppfordring gir en frivillig utdypende begrunnelse.

*Utlendingsdirektoratet uttaler:*

”Vi ser det som en fordel at dagens regler om begrunnelse i to etapper opprettholdes. Ved å beholde den utvidende begrunnelsen så vil oppdragsgiver kunne besvare nettopp de punktene en eventuell klager anfører. En felles begrunnelse vil også kunne medføre økt antall klager. Ofte har leverandørene konkrete punkter vedrørende evalueringen de ønsker besvart, denne muligheten vil ikke være tilstede ved kun én begrunnelse. I mange tilfeller fungerer en nærmere begrunnelse som oppklaringsmøte mellom leverandør og oppdragsgiver. Noe som igjen fører til færre klager, samt de klager som kommer inn blir mye mer konkrete og presise.”

For det fjerde fremheves det at også leverandøruviklingsperspektivet er viktig. Leverandører som ikke får tildelt kontrakten, kan forbedre prestasjonen i senere konkurranser. Dette forutsetter imidlertid at de får konkrete informasjonen om hvordan oppdragsgiver leser tilbudet og hva som kan forbedres.

Flere høringsinstanser er uenig med flertallet i at det er ressurskrevende for oppdragsgivere å utarbeide individuelle begrunnelser, samtidig som plikten vil ha en oppdragende effekt.

*NHO uttaler:*

”NHO kan [...] vanskelig se at det er svært ressurskrevende å gi en slikt utvidet begrunnelse. Oppdragsgiver må likevel foreta en slik evaluering av tilbudene for å kåre en vinner. Denne vurderingen skal fortløpende skrives ned i en anskaffelsesprotokoll. Dersom oppdragsgiver har gjort en forsvarlig vurdering av tilbudene, vil det ikke være noe merarbeid for oppdragsgiver med utarbeidelse av begrunnelse. [...] Dette vil tvinge oppdragsgivere til å skrive anskaffelsesprotokoll fortløpende. Anskaffelsesprotokollen skal ikke produseres i etterkant når informasjon blir etterspurt. At dette skjer i praksis, viser for eksempel Riksrevisjonens rapport om den årlige revisjon og kontroll for budsjettåret 2008, s 116.”

Strengere krav til den automatiske begrunnelsen vil omvendt kunne føre til lite effektiv ressursbruk, idet erfaring tilsier at en kort begrunnelse ofte vil være tilfredsstillende for leverandørene.

En rekke høringsinstanser mener således at KOFAs praksis om begrunnelse bør opprettholdes. NHO mener flertallets forslag ”*raserer en godt innarbeidet regel*”.

Ingen høringsinstanser har uttalt seg om utvalgets forslag om å harmonisere reglene om begrunnelse i klassisk sektor og forsyningssektorene.

### 8.2.5 Departementets vurdering

Departementet er enig med utvalget i at det bør innføres like regler om begrunnelse i klassisk sektor og forsyningssektorene, og foreslår derfor en endring i lov om offentlige anskaffelser § 11.

De nærmere regler om begrunnelse vil bli gitt i forskrift. Departementet vil likevel knytte enkelte kommentarer til utformingen av disse reglene. Departementet vil foreslå nye regler om begrunnelse, slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse. Den nye begrunnelsen skal da gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen.

Etter det gjeldende anskaffelsesdirektivet artikkel 41 er oppdragsgivere bare forpliktet til å gi én begrunnelse på anmodning. Begrunnelsen må da gis innen 15 dager. Dette betyr i praksis at leverandører i mange tilfeller først mottar begrunnelsen etter utløpet av karensperioden, det vil si når kontrakt kan være inngått. Det nye håndhevelsesdirektivet legger derfor opp til en modell der denne begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Dette er nettopp for å sikre at leverandører får det fulle grunnlaget for å vurdere om det er grunn til å klage innen utløpet av karensperioden – det vil si på et tidspunkt der det fortsatt er mulig å forhindre kontraktsinngåelsen.

En tilsvarende norsk modell med bare én begrunnelse vil således være best i samsvar med systematikken i det nye håndhevelsesdirektivet. Fortsetter man derimot med en modell med to begrunnelser – en som skal gis automatisk, og en som skal gis på anmodning – samtidig som det innføres krav til karens på 10/15 dager, vil en stå overfor akkurat de samme problemstillingene som etter reglene i gjeldende anskaffelsesdirektiv: Leverandører vil ofte først få det fulle grunnlaget for å vurdere om det skal klages etter at karensperioden har utløpt. Dette ville være svært uheldig, og det er nettopp slike problemstillinger håndhevelsesdirektivet søker å motvirke.

Departementet ser at det etter dagens regler er ganske stor usikkerhet knyttet til hvilke krav som stilles til begrunnelsens innhold. Dette fører

til misnøye hos alle parter: Oppdragsgiverne er usikre på når de faktisk har gitt en tilstrekkelig begrunnelse, og leverandørene ber om utdypende begrunnelser uten at de blir fornøyd. På dette punktet er departementet enig med de høringsinstansene som påpeker at en begrunnelse ikke skal sette leverandørene i stand til foreta en fullstendig overprøving av oppdragsgivers evaluering av tilbudene. Dette problemet forsterkes i en modell med to begrunnelser, idet den innebærer en forventning om at leverandørene har krav på "noe mer". En slik modell kan føre til at oppdragsgiver i første omgang gir en ufullstendig begrunnelse – enten fordi dette er en lettvinnt løsning, eller rett og slett fordi de holder litt tilbake for å ha noe å gi hvis en leverandør ber om ytterligere begrunnelser. Dette er i seg selv et argument for å innføre en modell med bare én begrunnelse.

Departementet er imidlertid opptatt av at den ene begrunnelsen som gis, skal være god og dekkende. Kravet til begrunnelse fyller en svært viktig rolle i anskaffelsesretten, og skal målet om effektiv håndhevelse nås, er det nødvendig at leverandørene får en tilstrekkelig begrunnelse. Begrunnelsen må således sette leverandørene i stand til, på et objektivt grunnlag, å vurdere om den konkrete anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket, og følge opp om det er grunnlag for å klage. Dette må innebære at oppdragsgiver gir en beskrivelse av det vinnende tilbudets egenskaper i relasjon til hvert enkelt tildelingskriterium. En generell begrunnelse som for eksempel at "etter en samlet vurdering ut i fra tildelingskriteriene var det vinnende tilbudet best" vil aldri være tilstrekkelig. Samtidig er det også viktig at kravet til begrunnelse ikke blir uforholdsmessig tyngende for oppdragsgiver.

Der en leverandør mener at kravene til begrunnelse ikke er oppfylt, og oppdragsgiver ikke er enig i dette, har leverandøren mulighet til å begjære midlertidig forføyning. Forføyningen skal da ha virkning frem til oppdragsgiver har gitt en tilstrekkelig begrunnelse og overholdt karenperioden.

Flere høringsinstanser trekker frem hensynet til leverandørutvikling. Departementet er enig i at dette er et viktig hensyn å ivareta, men mener derimot ikke at dette best skjer gjennom begrunnelsen for valg av leverandør. Denne begrunnelsen skal gjøre leverandøren i stand til å vurdere om det er grunnlag for å klage. Det ville være uheldig dersom anskaffelsesprosessen forsinkes ved at oppdragsgivere først må gi leverandørene tilbakemelding om hva de kan gjøre bedre neste gang, før kontrakt kan inngås. En slik tilbakemelding

har i utgangspunktet ingenting å gjøre med den pågående anskaffelsen. Departementet finner derfor ikke at leverandører i forbindelse med en konkret anskaffelse skal ha et rettskrav på leverandørutvikling, der manglende oppfyllelse fører til sanksjoner, men at det heller legges til rette for leverandørutvikling på andre måter. Det er for eksempel ikke noe til hinder for at oppdragsgivere etterfølgende gir utdypende informasjon med henblikk på leverandørutvikling, avholder "debriefing"-møter, eller lignende.

## 8.3 Lovlighetskontroll etter kommuneloven

### 8.3.1 Gjeldende rett

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 virkemiddel 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 om 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"*, se bl.a. Ot.prp. nr. 43 (1991-92) s. 300.

Videre fremgår det samme sted at det kun er *"endelig avgjørelse"* som kan bringes inn for lovlighetskontroll. 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, se bl.a. Ot.prp. nr. 17 (2008-2009) pkt. 5.3.1.

En offentlig anskaffelse ligger i skjæringspunktet mellom offentlig og privat rett. Selve kon-

traktsinngåelsen er normalt av privatrettslig karakter. Beslutningsprosessen styres av lov om offentlige anskaffelser som er offentligrettslige prosedyreregler. Dette betyr at lovlighetskontroll av avgjørelser etter lov om offentlige anskaffelser må gå ut på at departementet påser at bestemmelsene i regelverket er overholdt. Lovlighetskontrollen gjelder ikke sakens avtalerettslige sider, noe som innebærer at lovlighetskontrollen ikke griper inn i gyldigheten av den inngåtte kontrakten.

Kommunal- og regionaldepartementet legger dessuten til grunn at sakens *prosessuelle* sider av offentligrettslig karakter skal kunne lovlighetskontrolleres, uavhengig av om realitetsavgjørelsen materielt sett er av offentligrettslig eller privatrettslig karakter, jf. Rundskriv H-2123 pkt. 4.1.4.1. I tillegg kan den personelle kompetansen til organet gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll, det vil si spørsmålet om organet hadde myndighet til å treffe den aktuelle avgjørelsen.

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 ønskes overprøvd. Hvis organet opprettholder avgjørelsen, skal saken overføres til Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet dersom det gjelder en fylkeskommunal avgjørelse om en anskaffelse, og til fylkesmannen dersom det gjelder en kommunal avgjørelse.

### 8.3.2 Utvalgets forslag

Utvalget mener at lovlighetskontrollen bør sees 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.

For det første understreker utvalget at bestemmelsene om lovlighetskontroll er problematiske i forhold til de nye bestemmelsene om at visse kontrakter skal kjøpes uten virkning. Ifølge håndhevelsesdirektivet er det utelukkende håndhevelsesorganet som skal kjenne en kontrakt uten virkning. Spørsmålet er da hva konsekvensen blir, dersom departementet eller fylkesmennene konstaterer slike brudd som kan føre til at kontrakten kjøpes uten virkning.

For det andre stiller utvalget spørsmål ved om den saksbehandling som foregår i departementet og hos fylkesmennene, gir partene tilstrekkelig rettssikkerhet.

For det tredje er det gjennom KOFA etablert et særskilt administrativt klageorgan som er bedre egnet til å ta stilling til denne typen saker.

Saker om overtredelser av regelverket kan også bringes inn for EFTAs Overvåkningsorgan (ESA).

### 8.3.3 Høringsinstansenes syn

22 høringsinstanser har uttalt seg om utvalgets anbefaling knyttet til lovlighetskontroll etter kommuneloven. Det gjelder 21 høringsinstanser i offentlig sektor, samt KS. Av disse høringsinstansene støtter samtlige utvalgets forslag, med unntak av KS som uttaler:

”Det er mulig at klageadgangen på dette området er tilstrekkelig ivaretatt i lov- og forskrift om offentlige anskaffelser. KS har likevel kommet til at det er betenkelig å frata folkevalgte mulighet for kontroll.”

### 8.3.4 Departementets vurdering

Departementet er enig med utvalget i at det er en rekke betenkelige sider ved å foreta lovlighetskontroll med overholdelsen av regelverket om offentlige anskaffelser.

#### *Forholdet til sanksjonen ”uten virkning”*

Bestemmelsene om lovlighetskontroll er problematiske i forhold til de nye bestemmelsene om at visse kontrakter skal kjøpes uten virkning. Ifølge håndhevelsesdirektivet er det utelukkende håndhevelsesorganet som skal kjenne en kontrakt uten virkning.

#### *Mangel på rettssikkerhet*

Mangelen på rettssikkerhet ved denne type avgjørelser er betenkelig. Sakene er ofte meget kompliserte og krever omfattende utredninger av både faktum og jus. Særlig for fylkesmennene som ikke har spesialkunnskap om regelverket om 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 ingen saksbehandlingsregler som sikrer tilstrekkelig kontradiksjon, verken for den offentlige oppdragsgiveren, den vinnende leverandøren eller forbigåtte leverandører. I kommunelovens forarbeider, Ot.prp. nr. 58 (1995-1996) pkt. 3.7.1, uttales:

”Lovlighetskontrollen baserer seg i regelen på en skriftlig saksbehandling. Det kontradiktoriske prinsippet vil være mindre fremtredende enn ved en rettssak, og saksopplysningen kan dermed ikke forventes å være like god.”

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.

Selv om lovlighetskontrollen i utgangspunktet kun skal gå ut på å prøve om regelverket om offentlige anskaffelser er fulgt, og avgjørelsen ikke skal få betydning for avtalens gyldighet eller andre privatrettslige spørsmål, fungerer det ikke alltid slik i virkeligheten. I praksis tas det gjerne forbehold i kontrakten om utfallet av en lovlighetskontroll som er begjært, slik at utfallet av vurderingen likevel kan få innvirkning på avtalens gyldighet.

Problemstillingen har visse likhetstrekk med lovlighetskontroll av saker om ansettelse, oppsigelse og avskjed, der en eventuell konstatering av brudd vil kunne skape uklarhet og usikkerhet hos involverte parter om hvilke konsekvenser en eventuell konstatering av brudd vil få for det konkrete avtaleforholdet. Dette er bakgrunnen for at det i forarbeidene til kommuneloven (Ot.prp. nr. 58 (1995-1996) pkt. 3.7.1) uttales:

”Departementet har ovenfor fylkesmennene gitt til kjenne at de bør være særlig varsomme i saker om ansettelse, oppsigelse og avskjed, og dersom saken er et vedtak om å inngå kontrakt.” (Vår understrekning)”

Videre uttales det i samme punkt:

”I tillegg vil departementet peke på at den meget uklare situasjonen som oppstår dersom ansettelsesvedtaket oppheves etter at den som fikk stillingen har tiltrådt. Den som har tiltrådt stillingen vil neppe kunne bli fratatt den annen enn i helt ekstraordinære tilfeller. Den som departementet mener er forbigått, vil ikke få krav på stillingen eller erstatning ved opphevelsesvedtaket. Det vil i de fleste tilfeller være nødvendig å bringe saken inn for domstolene for å få fastslått hvilke krav og rettigheter som eksisterer. Lovlighetskontroll vil dermed også i disse sakene bli et kompliserende element i tvisten, og uten at den kan gi noen avklaring.”

På denne bakgrunn ble det inntatt et unntak fra virkeområdet til kommuneloven § 59 for saker om

ansettelse, oppsigelse og avskjed. Tilsvarende betenkeligheter er gyldige for saker om offentlige anskaffelser, selv om tilleggsproblemstillinger knyttet til arbeidstakerrettigheter selvsagt ikke kommer inn.

#### *Saker om offentlige anskaffelser involverer kompliserte flerpartskonstellasjoner*

Regelverket om offentlige anskaffelser regulerer ikke bare rettsforholdet mellom oppdragsgiver og deres avtalepart. Konkurransenutlysning innebærer at også andre aktuelle leverandører kan melde sin interesse, og regelverket er utformet for å sikre også deres interesser. Kommuneloven er ikke utformet for å fange opp dette forhold, og tredjeparts interesser vil dermed i realiteten ikke bli ivaretatt.

#### *Alternative kontrollinstanser*

Det finnes flere andre instanser som har til oppgave å føre kontroll med overholdelsen av anskaffelsesregelverket.

Gjennom KOFA er det 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. Det bemerkes likevel at medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget ikke nødvendigvis selv har mulighet til å få saken overprøvd av KOFA, da det er et krav til saklig interesse for å få vurdert lovligheten av en unnløstelse, handling eller beslutning. Kravet til saklig interesse gjelder ikke ved klager over ulovlige direkte anskaffelser, jf. KOFA-forskriften § 13a. Departementet foreslår å oppheve KOFAs adgang til å tildele overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelser, men foreslår ingen endringer i KOFAs adgang til å gi veiledende uttalelser om ulovlige direkte tildelinger med utvidet klageadgang. Se nærmere om dette i kapittel 6.3 ovenfor.

Departementet merker seg at også den danske kommunestyrelseslov med liknende regler om tilsyn med kommunene, ikke kommer til anvendelse 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 statsamtmanden ikke behandle spørsmål om overtredelse av anskaffelsesregelverket.

Riksrevisjonen og kommunerevisjonen fører også kontroll med overholdelsen av anskaffelsesregelverket.

Lov om offentlige anskaffelser med forskrifter er i hovedsak en gjennomføring av aktuelle EU/EØS-direktiver på området. I den grad det er tale om gjennomføring av EU/EØS-direktiver, kan spørsmål om overtredelser av anskaffelsesregelverket også bringes inn for EFTAs Overvåkningsorgan (ESA), og her stilles 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, uavhengig av hvem som har gjennomført anskaffelsen. 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 ulike roller som er vanskelig å forene. 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 i en sak om lovlighetskontroll, kan det være vanskelig å ivareta norske interesser på en god måte i en eventuell parallell eller etterfølgende traktatbruddsak.

#### *Unntakets nærmere avgrensning*

Departementet har merket seg at KS uttaler at det er betenkelig å frata kommunene kontroll ved å fjerne muligheten til å begjære lovlighetskontroll med offentlige anskaffelser. Departementet mener imidlertid at de folkevalgtes mulighet for kontroll i anskaffelsessaker i begrenset grad blir avskåret ved at det innføres et unntak i kommuneloven § 59 for denne sakstypen. For det første finnes det, som redegjort for ovenfor, flere alternative instanser som kan prøve lovligheten av anskaffelsesprosessene. For det andre vil departementet ikke foreslå å unnta saker om offentlige anskaffelser fra kommuneloven § 59 som sådan. Unntaket bør begrenses til å gjelde hvorvidt anskaffelsesregelverket er fulgt. Anskaffelsessaker kan dermed fortsatt bringes inn for lovlighetskontroll for andre formål, herunder for spørsmål om habilitet eller brudd på andre offentligrettslige regler.

## **8.4 Erstatningsrettslige problemstillinger**

### **8.4.1 Gjeldende rett**

Det følger av EU/EØS-retten at det skal være adgang for leverandører til å kreve erstatning for feil begått i offentlige anskaffelsesprosesser. Den nærmere reguleringen av dette overlates imidlertid til nasjonal rett. I lov om offentlige anskaffelser § 10 fremgår det 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”*. Utviklingen av premissene for erstatning er, som generelt i erstatningssammenheng, overlatt til domstolene. 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 at kontrakt er inngått, er erstatningskrav det eneste en leverandør som mener seg urettmessig forbigått i en anskaffelsesprosess, kan gjøre gjeldende for domstolene. På nærmere vilkår kan leverandøren kreve erstatning for utgifter knyttet til deltakelse i konkurransen om å få oppdraget (den negative kontraktsinteresse), eller kreve å bli stilt som om de hadde vunnet konkurransen (den positive kontraktsinteresse). Videre har rettspraksis anerkjent potensielle leverandørers krav på erstatning for tap de har lidt for å få stoppet en ulovlig direkte anskaffelse.

### **8.4.2 Direktivets krav og utvalgets forslag**

Håndhevelsesdirektivet oppstiller ingen nye krav til nasjonal erstatningsrett, og utvalget har ikke foreslått endringer i lov eller forskrift på dette feltet. Fordi gjennomføringen av direktivet vil kunne aktualisere enkelte erstatningsrettslige problemstillinger som ikke tidligere har vært fremme i norsk rett, har utvalget likevel knyttet noen bemerkninger til de nye problemstillingene.

Den nye sanksjonen ”uten virkning” vil kunne gi medkontrahenten grunn til å søke erstatning for det økonomiske tap som påføres ham. Det kan både dreie seg om positiv og negativ kontraktsinteresse.

Utvalget peker på at hensynet bak sanksjonen ”uten virkning” kan tilsi at erstatning for den positive kontraktsinteressen er utelukket. Å tilkjenne slik erstatning innebærer jo reelt sett å gi kontrahenten økonomisk virkning, og dette er jo direkte i

strid med formålet med sanksjonen. Bakgrunnen for at en kontrakt kjennes uten virkning er at det er begått en feil hos oppdragsgiver. Utvalget bemerker at en medkontrahent som i ond tro inngår en kontrakt i strid med anskaffelsesregelverket, ”som har kjent til feilen”, muligens heller ikke er erstatningsrettslig vernet i forhold til den negative kontraktsinteressen. Uansett vil ond tro hos medkontrahenten aktualisere nedsettelse eller bortfall av erstatning etter skadeerstatningsloven § 5-1 om medvirkning.

Forholdene vil være annerledes dersom medkontrahenten har vært i god tro, det vil si han ikke har kjent til regelbruddet. Utvalget mener som et utgangspunkt at regelbrudd overfor en aktsomt godtroende medkontrahent vil utgjøre et erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag, men at kravet til årsakssammenheng betyr at erstatning for positiv kontraktsinteresse også her er lite aktuelt.

Utvalget finner imidlertid ikke grunn til å oppstille mer generelle retningslinjer for spørsmålene, men foreslår å overlate til domstolene å avklare prinsippene nærmere.

#### 8.4.3 Høringsinstansenes syn

Et fåtall av høringsinstansene har merknader til de erstatningsrettslige problemstillingene.

UD peker på at:

”dersom gjennomføringen av direktivet aktualiserer erstatningsrettslige problemstillinger som ikke tidligere har vært fremme i norsk rett, så hører det under domstolene å avgjøre hvordan de nye problemstillingene best skal løses, som ellers i anskaffelsesrettslige erstatningssøksmål”.

*KOFA-medlem Kai Krüger* etterlyser klarere retningslinjer om erstatningsrettslige problemstillinger fra lovgiver. Han mener dette ville gi stor praktisk nytteverdi blant annet for bruk av reglene om avbestillingserstatning etter kjøpsloven.

#### 8.4.4 Departementets vurdering

De erstatningsrettslige problemstillingene som gjennomføring av direktivet vil kunne aktualisere, vil variere avhengig av de faktiske forholdene i den enkelte sak. Departementet mener problemstillingene må vurderes konkret i den enkelte sak, og foreslår at det ikke fastsettes noen overordnede retningslinjer for denne vurderingen. Å overlate den nærmere utvikling av erstatningsretten til domstolene er for øvrig i tråd med tradisjonen i

norsk rett. I samsvar med utvalgets forslag, foreslår derfor departementet at utviklingen og konkretiseringen av erstatningsretten på dette området overlates til domstolene.

EU-domstolen avsa i 2010 en dom (sak 314/09, ”Strabag-dommen”) som kan ha betydning for utviklingen av rettspraksis i Norge om erstatning ved overtredelse av reglene om offentlige anskaffelser. Det overlates imidlertid til norske domstoler å vurdere i hvilket omfang dommen skal få betydning for norsk rettspraksis.

## 8.5 Offentlighet for tilbud

### 8.5.1 Gjeldende rett

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 som utgangspunkt være offentlige i karensperioden.

Det skal gjøres unntak for opplysninger som er omfattet av taushetsplikt, som for eksempel forretningshemmeligheter. Det kan gjøres unntak fra innsyn for opplysninger når det er påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen til organet.

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.

### 8.5.2 Utvalgets forslag

Utvalget er prinsipielt enig i de hensyn som ligger bak den nye bestemmelsen om innsyn i tilbud inngitt i konkurranser etter anskaffelsesregelverket. Utvalget mener imidlertid at offentlighet om tilbud før karensperiodens utløp er problematisk.

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 utlyses på nytt. Utvalget peker på at 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 taushetspliktreglene, kunne få innsyn i hverandres priser og øvrige betingelser. Utvalget mener at dette legger til rette for at leverandørene kan tilpasse seg hverandres tilbud i den etterfølgende konkurransen. Det kan gi dårligere betingelser for det offentlige og mindre effektiv bruk av offentlige midler.

Utvalget peker også på at 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 karenperiode, 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. Utvalget mener at leverandørenes behov for innsyn i prosessen før kontraktstildeling er sikret gjennom disse reglene. De fremhever også at det i tillegg følger av offentlighetsloven § 23 tredje ledd at protokollene skal være offentlige fra tidspunktet for tildelingsbeslutningen, samtidig som oppdragsgiverne har fått plikt til å føre protokoll for alle sine anskaffelser over 100 000 kr, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 3-2. Utvalget kan ikke se at det er behov for innsyn også i selve tilbudene før karenperiodens utløp.

De nye sanksjonsreglene som innføres som følge av endringene i håndhevelsesdirektivet, sammen med reglene om karenperiode, 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 heller ikke se at regelen om innsyn før karenperiodens utløp kan forankres i formålet med offentlighetsloven. Utvalget anbefaler derfor at bestemmelsen om innsyn i tilbud før karenperiodens utløp blir revurdert.

### 8.5.3 Høringsinstansenes syn

65 høringsinstanser har uttalt seg om dette spørsmålet. 56 høringsinstanser (52 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder *KOFA* og *Konkurransetilsynet*, samt *Firstventura AS*, *HSH*, *KS* og *NHO*) støtter utvalgets forslag.

De fleste av disse høringsinstansene fremhever at det er særlig uheldig at leverandørene får innsyn i hverandres tilbud i situasjoner der det etterpå skjer en avlysning og iverksettes ny konkurranse. Samtidig uttaler en rekke av dem at andre regler som begrunnelsesplikten og regler om karenperiode, samt rett til innsyn i anskaffelsesprotokoll, er tilstrekkelig for å sikre at prosessen er etterprøvable.

*KOFA* uttaler:

”Klagenemnda tiltrer utvalgets vurderinger her og støtter forslaget om å gå tilbake til tidligere ordning. Det kan ikke være noen tungtveiende momenter for at offentligheten skal ha innsyn i anbudspapirer før kontrakt er signert. For klagebehandlingen vil det være tilstrekkelig med partsinnsyn i protokoller og totalpriser. De nye reglene har ført til at leverandørene svært ofte ber om innsyn i konkurrentenes tilbud i perioden mellom kontraktstildeling og signering. Dette fører for det første til et stort merarbeide for oppdragsgiver, som i disse tilfeller jo må overprøve leverandørenes synspunkter på hva som er forretningshemmeligheter. Selv om forretningshemmeligheter kan sladdes, viser det seg for det andre ofte å være uheldig at leverandørene får anledning til å gjøre seg kjent med oppbyggingen og håndteringen av anbudsforespørselen i sine konkurrenters tilbud, særlig når det etterpå skjer en avlysning og iverksettes ny konkurranse.

I slike tilfeller vil totalprisene fra første konkurranse riktignok være kjent, men leverandørene har da ulike muligheter til å posisjonere seg når nye tilbud skal inngis.”

*Helse Midt-Norge*, *Helse Sør-Øst* og *NSB* uttaler at de har erfart at innsynet i tilbud svært ofte benyttes aktivt for å skaffe kunnskap om øvrige leverandørers forhold og konkurransefortrinn. Sjelden eller aldri er det andre enn konkurrerende leverandører som benytter denne adgangen.

Flere høringsinstanser uttaler at behandling av slike innsynsbegjæringer krever uforholdsmessig mye tid og ressurser, noe som forlenger og kompliserer klagebehandlingen.

NHO og Sør-Trøndelag fylkeskommune fremhever likevel betydningen av strenge krav til begrunnelse ved kontraktstildelingen dersom man velger utsatt innsyn i tilbudene.

Åtte av de 52 høringsinstansene som støtter forslaget, argumenterer i tillegg med at man bør gå lengre enn forslaget i å unnta tilbud fra offentlighet. Dette gjelder *Haugesund kommune, Helse Midt-Norge, Helse Nord, Helse Sør-Øst, Kvinnherad kommune, Kunnskapsdepartementet, NAV og Stord kommune*.

Ni høringsinstanser støtter ikke utvalgets forslag. Dette gjelder *Advokatfirmaet Schjødt, EBA, LO, NIMAs offentlige komité, Nordland fylkeskommune, Norsk Journalistlag, Norsk Presseforbund og Norsk Redaktørforbund (felles uttalelse fra disse tre)* og *Oppland fylkeskommune*.

*Norsk Journalistlag, Norsk presseforbund og Norsk redaktørforening* fraråder sterkt endring av regelverket. De uttaler bl.a.:

”Videre mener vi begrunnelsen for å innføre innsyn i karenperioden må veie tyngre enn begrunnelsen for å endre kontrakten. Det er ikke nok at de andre tilbyderne har innsyn. Det var dessuten heller ikke hensynet til andre leverandører som var Stortingets begrunnelse for å gi allmennheten rett til innsyn i karenperioden. Rett til innsyn i karenperioden gjør det mulig å drive uavhengig kontroll i en periode der avdekking av feil kan få konsekvenser for kontraktsinngåelsen. Å kunne la være å inngå kontrakt der det avdekkes feil i anbudsrunder, er etter vårt syn effektiv bruk av offentlige midler. Det er derfor av stor samfunnsmessig betydning at man har innsyn i prosessen før kontraktsinngåelsen, og ikke etter.”

#### 8.5.4 Departementets vurdering

##### *Offentlighet for tilbud*

Formålet bak offentlighetsloven § 23 tredje ledd er å sikre gjennomsiktighet i forvaltningens saksbehandling. Slik vil leverandører, politikere og allmennheten kunne kontrollere at det ikke tas utenforliggende hensyn når det offentliges midler disponeres. En slik gjennomsiktighet vil bl.a. sikre at reglene om offentlige anskaffelser anvendes i tråd med de intensjoner som reglene bygger på, og kan bidra til å forhindre alvorlige forhold som korrupsjon o.l. Bestemmelsen styrker også leverandørenes muligheter til å avdekke feil og dermed klage på anskaffelsesprosessen når det er grunnlag for det. Den letter også pressens rolle som

vaktbikkje. Dette er viktige hensyn som departementet er opptatt av å ivareta.

Samtidig har departementet stor forståelse for den bekymring som er uttrykt av utvalget og de fleste høringsinstansene. Det kan få uheldige konsekvenser dersom leverandørene får innsyn i hverandres tilbud før endelig kontrakt er inngått. Leverandørene kan da tilpasse seg hverandres tidligere tilbud dersom konkurransen avlyses før kontrakt er inngått og kontrakten må lyses ut på nytt.

Departementet har innhentet en tolkningsuttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling for å undersøke nærmere hvorvidt noen av de utfordringer som utvalget og høringsinstansene har beskrevet, kan løses innenfor dagens regelverk. Som svar på denne henvendelsen har Lovavdelingen i brev av 20. januar 2011 redegjort nærmere for unntaksreglene i offentlighetsloven som er aktuelle for tilbudsdokumenter i saker der det blir avholdt anbudskonkurranse.

Offentlighetsloven § 13 første ledd, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, slår fast at det ikke kan gis innsyn i forretningshemmeligheter, det vil si *”tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår”*. Den sentrale avgrensningen av taushetsplikten i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 ligger i vilkåret om at det må være av *”konkurransemessig betydning”* for den aktuelle virksomheten at opplysningene ikke kommer ut. For at opplysningene skal være omfattet av taushetsplikten, må det kunne føre til fare for økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten dersom de blir kjent.

Taushetsplikten kan variere over tid. Lovavdelingen uttaler bl.a.:

”Dersom ein konkurranse skal lysast ut på nytt, vil òg prisar, økonomiske prognosar og annan informasjon som berre er relevant for den aktuelle saka, kunne vere omfatta av teieplikt. Andre tilbydarar vil elles kunne tilpasse sine tilbod etter dei aktuelle opplysningane. Vi legg såleis til grunn at opplysningane vil vere omfatta av teieplikt inntil det er klart at konkurransen vil bli avgjort på grunnlag av dei innkomne tilboda. Dersom dette ikkje er klart før ved kontraktsinngåinga, vil opplysningane vere omfatta av teieplikt fram til dette tidspunktet.”

De uttaler videre om saksbehandlingstiden:

”Eit krav om innsyn skal avgjerast utan ugrunna opphald, jf. offentleglova § 29 fyrste ledd andre punktum. Generelt må ein vere varsam med å gje ut opplysningar som kan tenkjast å vere omfatta av teieplikt, inntil det er avklara at dette ikkje er tilfelle. Denne vurderinga kan i ein del tilfelle ta noko tid. Dersom det dreier seg om tvilsame spørsmål eller kravet gjeld store eller mange dokument, kan ein bruke meir tid på vurderinga enn det som elles er rettleiande tidsbruk for vurderinga av meir vanlege innsynskrav (1-3 arbeidsdagar, jf. Rettleiar til offentleglova punkt 9.3, på s. 164).

Vi nemner her særskilt føresegna i offentleglova § 32 andre ledd fyrste punktum, som seier at dersom det ikkje har kome svar på eit innsynskrav innan fem arbeidsdagar, skal dette reknast som eit avslag som kan påklagast. Dette medfører likevel ikkje nokon lengstefrist for handsaming av innsynskrav. Ei sakshandsamingstid på over fem dagar kan vere innanfor lova, så lenge kravet blir avgjort ”utan ugrunna opphald”. Retten til å klage etter fem dagar gjeld likevel absolutt, slik at det kan liggje føre rett til å klage før fristen for å avgjere innsynskravet er ute.”

Offentlighetsloven § 23 første ledd åpner for å gjøre unntak for opplysninger når dette er påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av bl.a. økonomiforvaltningen til organet. Dette unntaket verner om de privatøkonomiske interessene til organet i forhandlingssituasjoner. Unntak etter § 23 første ledd kan tenkes dersom det er aktuelt å lyse ut konkurransen på nytt, og innsyn vil svekke organets posisjon i forhandlingene.

Departementet vurderer situasjonen slik at offentlighetsloven inneholder unntak som langt på vei kan benyttes for å løse de utfordringer som utvalget og høringsinstansene har beskrevet. På denne bakgrunn vil ikke departementet foreslå

endringer i offentlighetsloven på nåværende tidspunkt.

#### *Kunngjøring av konkurranseresultater*

Under Stortingets behandling av St.meld. nr 36 (2008-2009) ”Det gode innkjøp” uttalte flertallet i næringskomiteen:

”Fleirtalet har merka seg at det på komitéhøyringa vart tatt til orde for ein enkel måte å få informasjon om inngåtte kontraktar på, og ber Regjeringa sjå nærare på dette”.

Departementet mener det er hensiktsmessig å bruke og videreutvikle systemet for kunngjøring av kontraktsinngåelser, som allerede finnes i kunngjøringsdatabasen Doffin, for å oppnå mer åpenhet om hvilke leverandører som får offentlige kontrakter.

Det følger av forskrift om offentlige anskaffelser § 9-2 at resultatet av en konkurranse etter forskriftens del II (har som hovedregel verdi mellom 500 000 og 1,65 millioner) og som er utlyst i Doffin, kan kunngjøres i Doffin, mens det er en *plikt* å kunngjøre resultatet av konkurranser over EØS-terskelverdi både i Doffin og i den europeiske kunngjøringsdatabasen TED, jf. § 18-4.

Til tross for at det i noen tilfeller er plikt til å kunngjøre kontraktsinngåelsen, skjer dette for under halvparten av kontraktsinngåelsene. Det er allerede iverksatt tiltak for å øke antallet kontraktskunngjøring. Bl.a. er det etablert en ordning med automatiske purringer til de som har kunngjort en konkurranse, og det er gjennomført tekniske endringer i databasen, slik at det bl.a. er blitt enklere å overføre informasjon fra den tidligere kunngjøring av konkurransen direkte inn i kontraktskunngjøringen. Departementet vil i samarbeid med Difi arbeide videre med ytterligere tiltak for å øke antallet kontraktskunngjøring.

## 9 Noen spørsmål i utvalgets forslag til endringer på forskriftsnivå

### 9.1 Innledning

Håndhevelsesutvalget foreslår i NOU 2010:2 en rekke endringer og nye regler på forskriftsnivå. Forslagene har vært forelagt høringsinstansene. Selv om de ikke berører forslaget til lovendringer, er flere av temaene sentrale for utformingen av regelverket. Spørsmålene har derfor vært gjenstand for bred omtale av høringsinstansene. På denne bakgrunn – og for å gi et mer fullstendig bilde av regelverksarbeidet – gis en omtale av disse temaene i lovproposisjonen.

Når det gjelder endringer på forskriftsnivå vedrørende nye bestemmelser om suspensjon, sanksjoner, søksmålsfrister og begrunnelse, er disse omtalt i kapittel 6 i tilknytning til omtalen av forslag til lovbestemmelser.

I det følgende gjennomgås utvalgets forslag til nye regler om karenperiode (kapittel 9.2), vedståelsesfrist (kapittel 9.3) og dekningskjøp (kapittel 9.4), som utelukkende skal reguleres i forskrift.

### 9.2 Nye regler om karenperiode

#### 9.2.1 Gjeldende rett

Oppdragsgivers beslutning om hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt, skal meddeles alle deltagerne i konkurransen i rimelig tid før kontrakten signeres. Den obligatoriske ventetid fra denne meddelelsen er sendt, til kontrakt faktisk kan inngås, kalles karenperiode. Bakgrunnen for reglene om karen er en avgjørelse fra EU-domstolen fra 1999 (*C-81/98, Alcatel*). I denne saken ble det slått fast at en forbigått leverandør skal ha tilstrekkelig tid til å klage med henblikk på å forhindre kontraktsinngåelse.

Kravet til karenperiode gjelder for anskaffelser som er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II og III, jf. §§ 13-3 og 22-3, samt forsyningsforskriften del II, jf. § 11-4.

Kravet til *rimelig tid* er vagt, og gir oppdragsgiver et skjønns ved fastsettelse av karenperioden.

Denne må være tilstrekkelig for leverandøren til å gjennomgå og vurdere oppdragsgivers beslutning, og eventuelt ta nødvendige skritt for å begjære midlertidig forføyning. Hvor lang karenperioden skal være, vil avhenge av hvor komplisert anskaffelsen er. Oppdragsgiver må imidlertid i sin meddelelse til leverandørene fastsette det eksakte tidspunkt for når karenperioden løper ut. Leverandørene forholder seg derfor alltid til en eksakt periode.

I sammenheng med bestemmelsene om karenperiode, defineres kontraktsinngåelsen som "tidspunkt for signering av kontrakt av begge parter".

#### 9.2.2 Direktivets krav

Håndhevelsesdirektivet kodifiserer kravet til karenperiode som er utviklet gjennom rettspraksis, samtidig som det nå stilles mer presise krav til karenperiodens lengde, jf. artikkel 2a. Direktivet oppstiller således et minimumskrav på 10 kalenderdager når meddelelsen om tildelingsbeslutningen sendes elektronisk. Sendes meddelelsen med et annet kommunikasjonsmiddel, skal karenperioden være minimum 15 kalenderdager regnet fra dagen etter avsendelsen, eller 10 kalenderdager regnet fra dagen etter mottakelsen av meddelelsen.

Håndhevelsesdirektivet artikkel 2b gir adgang til å gjøre unntak fra kravet til karen i tre tilfeller:

- ved lovlige direkte anskaffelser (det vil si der det ikke foreligger noen plikt til å kunngjøre konkurransen),
- der det bare er én leverandør (eksempelvis der bare én leverandør har deltatt i konkurransen), og
- ved kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger.

Klage til håndhevelsesorganet innenfor karenperioden skal føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes, jf. nærmere i kapittel 6.2. Brudd på bestemmelsene om karen vil

kunne føre til at oppdragsgiver skal ilegges sanksjoner, jf. nærmere i kapittel 6.3.

Norge er bare forpliktet til å innføre reglene for EØS-anskaffelser, det vil si ikke for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene eller uprioriterte tjenester.

### 9.2.3 Utvalgets forslag

*Utvalgets flertall, medlemmene Sejersted, Goller, Hauge, Hellesylt, Mjølhus, Aardalsbakke og Aatlo,* foreslår å innføre et krav til karenperiode svarende til direktivets minstekrav på minimum 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsmiddel, i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Flertallet foreslår at det fortsatt bare stilles krav om "rimelig tid" for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II.

*Utvalgets mindretall, medlemmet Gjønnnes,* ønsker å gå lengre enn det som kreves etter direktivet. Dette medlemmet foreslår at det generelt innføres en karenperiode på minimum 15 dager, uavhengig av kommunikasjonsform, både i forskrift om offentlige anskaffelser del II og III, samt forsyningsforskriften del II.

Et samlet utvalg foreslår å innføre alle tre mulige unntak fra kravet til karen.

Utvalget har videre drøftet om "signering av kontrakt av begge parter" er det mest hensiktsmessige skjæringstidspunkt for når kontrakt skal anses inngått. Skjæringsreglen har betydning for bestemmelser om karen, og har til hensikt å sikre at oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutningen ikke blir oppfattet som en aksept av tilbud (kontrakt kan først inngås etter utløp av karenperioden). Hensikten er derimot ikke generelt å 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.

Utvalget er her delt på midten: *Medlemmene Hauge, Gjønnnes, Goller og Aardalsbakke* anbefaler å beholde dagens regel om at kontrakt anses inngått ved signering av begge parter. *Medlemmene Sejersted, Hellesylt, Mjølhus og Aatlo* foreslår at kontrakt skal anses inngått når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept er kommet frem til leverandøren.

Utvalget mener at kravet til karen også vil gjelde for bygge- og anleggskontrakter til sosiale formål, jf. forskrift om offentlige anskaffelser del IV, kapittel 25. Krav til karenperiode vil derimot ikke være relevant for øvrige prosedyrer i anskaf-

felsesforskriften del IV eller forsyningsforskriften del IV (plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner eller den alternative prosedyren).

### 9.2.4 Høringsinstansenes syn

*Krav til karenperiode i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II*

De fleste høringsinstansene i offentlig sektor, *herunder KOFA og Regjeringsadvokaten*, samt *Advokatforeningen, KS, MEF (under tvil), NIMAs offentlige komité og Norges taxiforbund*, støtter flertallets forslag om en fast karenperiode på 10/15 dager avhengig av kommunikasjonsform i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II.

Det vises i den forbindelse til at en slik karenperiode allerede praktiseres i dag. Flere høringsinstanser mener også at en 10 dagers karenperiode ved bruk av elektronisk kommunikasjon gjennomgående må være tilstrekkelig for leverandørene til å gjennomgå tildelingsbeslutningen og vurdere om det er hensiktsmessig å innlede en klageprosedyre. En fast karenperiode på 15 dager i alle anskaffelser vil derimot ikke stå i forhold til det hensynet karenperioden skal ivareta, og det vil generelt kunne føre til forsinkelser i anskaffelsesprosessene.

De fleste høringsinstanser på leverandørsiden, samt *Bufdir, Helse Vest RHF og Firstventura AS* støtter mindretallets forslag om en fast karenperiode i del III på 15 dager, uavhengig av kommunikasjonsmiddel.

Mange av disse høringsinstansene viser til at dette vil være en retts teknisk forenkling som er lett å forholde seg til. Dette gjelder særlig der elektronisk meddelelse anvendes i kombinasjon med skriftlig underretning. Videre mener mange at 10 dager generelt kan være for kort, særlig ved store, kompliserte anskaffelser; leverandørene må få tilstrekkelig tid til å sette seg inn i, eventuelt konsultere med advokat eller bransjeorganisasjon osv.

Flere høringsinstanser mener også at en lengre karenperiode vil forhindre forhastede klager, der leverandøren stanser prosessen for å være sikker på ikke å miste rettigheter. Forskjellen på noen få dagers karenperiode spiller videre ikke noen avgjørende rolle for oppdragsgivere som har planlagt anskaffelsen godt; for slike oppdragsgivere vil det være uproblematisk å vente med å inngå kontrakt i fem ekstra dager.

### Krav til karenperiode i forskrift om offentlige anskaffelser del II

De fleste høringsinstansene i offentlig sektor, herunder *KOFA* og *regjeringsadvokaten*, samt *HSH*, *KS*, *NIMAs offentlige komité* og *Norges taxiforbund* støtter flertallets forslag om å videreføre kravet til ”rimelig tid” i anskaffelsesforskriften del II. Flere anfører at dette i praksis likevel ofte vil utgjøre 10/15 dager.

Mange høringsinstanser legger i den forbindelse stor vekt på hensynet til effektive innkjøp og muligheten til å beholde fleksibiliteten som ligger i begrepet ”rimelig tid”.

*HSH* uttaler:

”Fordelen med mindretallets forslag er at regelen er enkel å forholde seg til og forhindrer at enkelte oppdragsgivere trår feil ved fastsetting av en frist etter skjønn. Samtidig er en slik absolutt frist ikke nødvendig i forskriftens del II, og det kan da hevdes at en absolutt frist bare virker unødvendig firkantet og trenerende i forhold til prosessen. [...] Flertallets forslag til ”rimelig tid” gir en relativ frist som åpner for at oppdragsgiver kan utvise skjønn med hensyn til fastsetting av karenperioden. I store anskaffelser av uprioriterte tjenester, for eksempel helsetjenester til mange millioner kroner, vil ”rimelig tid” gjerne være opp mot 15 dager.”

10 høringsinstanser på leverandørsiden samt *Firstventura AS* og *Helse Vest*, støtter mindretallets forslag om en fast karenperiode på 15 dager også i del II.

Høringsinstansene anvender mer eller mindre den samme argumentasjonen for en karenperiode på 15 dager i del II som for del III. Det anføres videre at det vil bidra til en forenkling av regelverket hvis karenperioden er lik uavhengig av type anskaffelse. Dette vil være forutsigbart både for oppdragsgivere og leverandører.

Videre støtter 5 høringsinstanser mindretallets syn om at det også bør være en fast karenperiode for anskaffelser omfattet av del II, men har divergerende synspunkter på hvor lang denne karenperioden bør være. *Advokatforeningen*, *Forvarsbygg*, *MEF* og *UDI* foreslår 10/15 dager. *Statens Jernbanetilsyn* foreslår 7-10 dager. Disse høringsinstansene peker bl.a. på at dette vil være en retts teknisk forenkling som fjerner usikkerhet rundt hvordan begrepet ”rimelig tid” skal fortolkes.

### Unntak fra kravet om karen

Det er generell støtte til utvalgets forslag om å innføre de tre unntakene fra kravet til karenperiode, og ingen høringsinstanser har motforestillinger.

### Om skjæringstidspunktet for kontraktsinngåelse

59 høringsinstanser støtter forslaget om å beholde dagens regel, der kontrakt anses inngått ved begge parter signering av kontrakten (44 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder *Regjeringsadvokaten* og *KOFA* (bortsett fra medlem *Kai Krüger*), 12 høringsinstanser på leverandørsiden samt *Advokatfirmaet G-Partner*, *Advokatfirmaet Schjødt* og *Firstventura AS*).

Mange høringsinstanser legger vekt på at dette er en praksis som er godt innarbeidet og som fungerer bra.

*Bergen kommune* uttaler:

”Vi har i Bergen kommune erfaring for at den regelen som nå gjelder, har fungert svært bra som en klar og etterprøvable milepel. Dette gjelder særlig når anskaffelsesprosessen gjennomføres av personer med begrenset erfaring med offentlig anskaffelser. Tidspunktet når kontrakt er signert av begge parter, er lett forståelig og gjør det vanskelig å ”snuble” inn i et avtaleforhold ved en inkurie. Regelen fremstår derfor som en god og klart tvisteavvergende regel.”

Videre anføres det at det er lite byrdefullt for oppdragsgiver og den valgte leverandør å stille krav om en skriftlig avtale signert av begge parter. Dette henger også godt sammen med forskriftens krav til skriftlig avtaleinngåelse, samtidig som det vil bidra til å bevisstgjøre partene om at avtale slutes. Det har også avgjørende betydning at dagens regel best sikrer notoritet.

11 høringsinstanser støtter det alternative forslaget, der kontrakt anses for inngått når oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept er kommet frem til leverandøren (*BTV Innkjøp*, *KOFA-medlem Kai Krüger*, *Kristiansund kommune*, *KS*, *Kunnskapsdepartementet*, *Norges taxiforbund*, *Oppland fylkeskommune*, *Oslo universitetssykehus*, *Rogaland fylkeskommune*, *Stavanger kommune* og *Sorum kommune*).

Flere høringsinstanser legger vekt på at oppdragsgivers aksept som skjæringstidspunkt vil være best i samsvar med alminnelig norsk avtalerett. Dette vil være en dynamisk og fleksibel regel,

som vil skape klarhet i forhold til lovens andre bestemmelser.

*Kunnskapsdepartementet* uttaler:

”Når tidspunktet for oppdragsgivers begrunnende, endelige valg av leverandør således er gitt, og oppdragsgivers skriftlige meddelelse av aksept er kommet frem til leverandøren, har man tilstrekkelig notoritet for oppdragsgivers beslutning om tildeling av kontrakt. Dersom aksepten kommer frem og stemmer med innholdet i tilbudet innen vedståelsesfristens utløp, er begge parter etter vanlige norske kontraktsrettslige prinsipper bundet (gyldig bindende avtale er inngått). Etter Kunnskapsdepartementets oppfatning vil det virke forvirrende å operere med andre regler for når bindende avtale er inngått når det offentlige er en av partene enn når begge parter er private. Det vil ofte være praktiske grunner til at man ønsker å utsette signeringen av et felles avtaledokument, eller man ønsker f. eks. nettopp å vise at klageadgangen i karensperioden er reell. På bakgrunn av dagens avvikende regler, bør anskaffelsesforskriften endres slik at tidspunktet for skjæringstidspunktet stemmer med avtalelovens alminnelige regler.”

*BTV Innkjøp og Sorum kommune* peker på at leverandører med dagens regel feilaktig tror at det er anledning til å forhandle om kontraktsvilkårene, selv om de ikke har tatt forbehold.

### 9.2.5 Departementets vurdering

*Krav til karensperiode i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II*

Departementet er enig med flertallet i at det bør innføres en fast karensperiode på minimum 10/15 dager, avhengig av kommunikasjonsform, for anskaffelser omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II.

Fastsettelse av minimumskrav til karensperiodens lengde vil nødvendigvis utgjøre et kompromiss, slik at den kan bli for lang ved enkle anskaffelser, og for kort i enkelte mer kompliserte tilfeller. Det er departementets vurdering at 10 dager i langt de fleste tilfeller vil være tilstrekkelig for leverandørene til å vurdere om det er grunnlag for å klage og/eller begjære midlertidig forføyning. Dette er også i tråd med den karensperioden som praktiseres etter dagens regelverk, og den minimumsfristen som etter håndhevelsesdirektivet er ansett som tilstrekkelig. Omvendt vil en generell

frist på 15 dager i mange tilfeller, for eksempel ved rene priskonkurranser, kunne være for lang og forsinke prosessen unødige. Dette kan ha en samfunnsøkonomisk kostnad. Det må i den forbindelsen understrekes at oppdragsgiver står fritt til å fastsette en lengre karensperiode. Dette bør særlig overveies i større, kompliserte anskaffelser.

Departementet finner det også hensiktsmessig at det differensieres mellom bruk av elektronisk kommunikasjonsform og annen kommunikasjonsform, da dette vil bidra til et fleksibelt og praktisk regelverk, samt at det kan fremme bruken av elektronisk kommunikasjon. Følgende fremgår også av direktivets fortale:

”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.”

*Krav til karensperiode i forskrift om offentlige anskaffelser del II*

Departementet er enig med flertallet i at dagens regel om ”rimelig tid” bør videreføres i anskaffelsesforskriften del II. Dette sikrer etter departementets vurdering effektivitet og fleksibilitet.

”Rimelig tid” må naturligvis forstås slik at leverandøren skal ha tilstrekkelig tid til å vurdere om det er grunnlag for å klage. Dette vil i praksis også utgjøre 10/15 dager, men med en slik fleksibel regel vil det være mulig, etter en konkret vurdering, å benytte en kortere frist, for eksempel ved små og ukompliserte anskaffelser. Omvendt må 10/15 dager alltid anses for å oppfylle kravene til rimelig tid.

Departementet ser også at dette er i tråd med systematikken i forskriften for øvrig, der det generelt i forskriftens del III anvendes absolutte frister, mot relative frister i del II. I del III er eksempelvis minimumsfristen for å levere inn tilbud i en åpen anbudskonkurranse 45 dager, mens leverandører etter del II bare skal ha ”tilstrekkelig tid”.

*Unntak fra kravet om karens*

Departementet anbefaler i tråd med utvalget og høringsinstansene at samtlige mulige unntak fra kravet om karens innføres, både i anskaffelsesforskriften del II og III og forsyningsforskriften del II.

### Om skjæringsstidspunktet for kontraktsinngåelse

Departementet ser argumentene for og imot begge løsninger. På bakgrunn av høringsinnspillene foreslås det imidlertid å videreføre dagens regel. Det innebærer at kontrakt anses inngått når begge parter har signert kontrakten. Det legges da særlig vekt på at dagens regel er godt innarbeidet og har fungert bra i praksis.

Det er imidlertid viktig å presisere at denne skjæringsregelen bare har betydning for bestemmelsene om karen. Hensikten bak regelen er å forhindre at oppdragsgivers meddelelse om tildelingsbeslutningen oppfattes som aksept av tilbud, slik at han med denne meddelelsen ikke forplikter seg avtalerettslig. Tvert imot skal det være mulig å omgjøre tildelingsbeslutningen helt frem til kontrakt inngås ved signering av begge parter. Formålet med skjæringsreglen er således ikke generelt å overstyre den alminnelige avtaleretten; det vil fortsatt være den alminnelige avtaleretten som avgjør om det for eksempel foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Videre innebærer ikke denne skjæringsregelen at det er anledning til å forhandle om kontraktvilkårene – leverandørene vil uansett være bundet av sine tilbud.

## 9.3 Nye regler om vedståelsesfrist

### 9.3.1 Gjeldende rett

Vedståelsesfristen angir den tiden et tilbud er bindende. Spørsmål om hvordan oppdragsgiver skal forholde seg til vedståelsesfrister i offentlige anskaffelsesprosesser er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser § 10-2 (del II) og § 19-6 (del III). Det følger av disse bestemmelsene at oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist som ikke bør være lengre enn det som er nødvendig av hensyn til behandlingen av tilbudene. Dersom ikke oppdragsgiver setter en slik frist, utløper vedståelsesfristen 30 dager etter tilbudsfristens utløp.

KOFA har i en rekke saker tatt opp spørsmål knyttet til vedståelsesfristen. KOFA har bl.a. slått fast at tilbudene etter fristens utløp ikke lenger er gyldige, og at oppdragsgiver derfor ikke kan akseptere et tilbud der tilbudsfristen har løpt ut og signere kontrakt, uten at dette anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Dette gjelder også selv om partene fremdeles ønsker å vedstå seg sine tilbud. KOFA har imidlertid akseptert at vedståelsesfristen kan forlenges når dette skjer før den opprinnelige fristen utløper.

Det er ikke regler om vedståelsesfrist i forsyningsforskriften. Heller ikke anskaffelsesdirekti-

vene eller gjeldende håndhevelsesdirektiver regulerer vedståelsesfrister.

### 9.3.2 Direktivets krav og utvalgets forslag

Det nye håndhevelsesdirektivet regulerer ikke spørsmålet om vedståelsesfristen.

De nye reglene om karenperiode, og særlig reglene om suspensjon, øker risikoen for at innkjøpsprosessen tar lengre 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 de nye sanksjonene bety at en oppdragsgiver som foretar en ulovlig direkte anskaffelse som følge av at vedståelsesfristen er utløpt, risikerer at kontrakten kjennes uten virkning.

På denne bakgrunnen foreslår utvalget for det første å forskriftsfeste KOFAs praksis, som gir adgang til å forespørre leverandører om å forlenge vedståelsesfristen før fristens utløp. For det andre foreslår utvalget å åpne for at oppdragsgivere også etter utløpet av vedståelsesfristen skal kunne forespørre berørte leverandører om de fortsatt ønsker å fastholde tilbudene.

En forlengelse/fastholdelse skal kun kunne skje under visse omstendigheter. Først og fremst må forlengelse/fastholdelse ikke vesentlig endre konkurransegrunnlaget eller innholdet i leverandørenes tilbud. Forespørsel om fastholdelse skal videre skje innen rimelig tid. Det stilles ikke etter utvalgets forslag krav om hvilke/hvor mange leverandører som forlenger/fastholder. Det stilles heller ikke noen formkrav til forespørselen og eventuell aksept, men utvalget anbefaler at dette skjer skriftlig.

### 9.3.3 Høringsinstansenes syn

Det er bred tilslutning til forslagene om at oppdragsgiver skal kunne forespørre leverandører både om å forlenge vedståelsesfristen før denne har løpt ut og om å fastholde tilbudet også etter fristen har løpt ut.

Når det gjelder adgangen til å forlenge fristen før den utløper, støtter 54 høringsinstanser uttrykkelig opp om dette (48 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder *KOFA og Regjeringsadvokaten*, samt *Firstventura AS, HSH, KS, NHO Service, NIMAs offentlige komité og Norges taxiforbund*).

*Helse Sør-Øst RHF* uttaler:



”Ved innføringen av de nye reglene om suspensjonsplikt antar vi – i likhet med utvalget – at de nye reglene om suspensjonsplikt medfører en risiko for at det kan ta lengre tid før den endelige kontrakten kan signeres. Behovet for å forlenge vedståelsesfristen vil derfor antakelig bli større enn tidligere, noe som tilsier at muligheten bør forskriftsfestes.”

Bare *Maskinentreprenørenes forbund og NAV* er imot forslaget på et mer prinsipielt grunnlag. De ønsker at det på nåværende tidspunkt gjøres færrest mulig endringer i regelverket.

Når det gjelder adgangen for oppdragsgiver, til etter vedståelsesfristens utløp, å forespørre leverandører om de vil fastholde sitt tilbud, gir 51 høringsinstanser uttrykkelig sin støtte til dette (46 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder *KOFA og Regjeringsadvokaten, samt Firstventura AS, HSH, KS, NHO Service og NIMAs offentlige komité*). Når først en konkurranse har vært lyst ut og det skjer en glipp mht. forespørsel om forlengelse av vedståelsesfristen, er det ikke samfunnsøkonomisk fornuftig å måtte avlyse konkurransen og starte på nytt.

*Firstventura AS* uttaler:

”På denne måten bidreg ein til at små formalfeil ikkje veltar ein heil prosess. Dette er både tids- og kostnadseffektiverende. Samstundes ser me ikkje at dette skal skapa strid med dei overordna prinsippa i regelverket, all den tid det ikkje er mogleg å endre tilbodet i samband med forlenginga av vedståingsfristen”.

Flere høringsinstanser fremhever i den forbindelse dagens uheldige KOFA-praksis, der tildeling av en kontrakt etter utløp av vedståelsesfristen anses som en ulovlig direkte anskaffelse som i prinsippet kan medføre overtredelsesgebyr. Dette er særlig uheldig når meddelelse om tildeling er sendt ut, men partene ikke har rukket å signere kontrakten før fristen løper ut. Endelig vil forslaget også hindre kostnadsdrivende tilbud som følge av at oppdragsgiver i stedet generelt stiller krav om unødvendig lange vedståelsesfrister.

*NSB* uttaler:

”KOFAs praksis opp til nå har etter NSBs oppfatning vært unødig formalistisk. Forutsatt at det har vært gjennomført en konkurranse i henhold til regelverket, at leverandørene står ved det tilbudet som ble inngitt i denne sammenheng, og at tilbudet ikke endres ut over det man i den konkrete prosedyre har anledning

til, kan NSB ikke se at det er rimelig å anse en anskaffelse som ulovlig direktekjøp alene på grunnlag av at man måtte ha oversittet vedståelsesfristen. Poenget med vedståelsesfristen blir da kun at leverandørene etter denne fristen ikke lenger uten en positiv erklæring er å anse som forpliktet av tilbudet, en ren kontraktsrettslig virkning som tilsvarer den man finner også utenfor anskaffelsesområdet.”

*KOFA* selv viser til at det ennå ikke har vært ilagt overtredelsesgebyr i slike saker, men støtter likevel utvalgets forslag.

*Bergen kommune, Norges taxiforbund og Maskinentreprenørenes* er imot forslaget om at leverandører skal kunne fastholde sitt tilbud etter at vedståelsesfristen har utløpt. Oppdragsgiver må i utgangspunktet selv passe tiden for ikke å havne i en situasjon hvor man må begynne på nytt.

*Bergen kommune* uttaler:

”Vedståelsesfristen er på mange måter tilbudsfristens motpol. I et slikt perspektiv er det etter vårt syn behov for ytterligere utredning før en eventuelt går til et så vidt drastisk skritt som å regelfeste en mulighet for å gjenopprette tilbudene etter utløpet av vedståelsesfristen. Vi mener derfor at en slik regel ikke bør innføres nå.

Den foreslåtte forskriftsbestemmelsens fristangivelse - ”innen rimelig tid” - åpner også opp for adskillig skjønn. Dette vil erfaringsmessig være både konfliktskapende og prosessdrivende. Det må på den annen side påregnes at en mer entydig definert frist i realiteten vil kunne fremstå som en fast forlengelse av vedståelsesfristen. Dette er bare ett av de dilemmaene som vi mener at departementet bør utrede nærmere før det eventuelt innføres regler om gjenoppretting av tilbud etter utløpet av vedståelsesfristen.”

### 9.3.4 Departementets vurdering

Departementet støtter utvalgets forslag om å forskriftsfeste at oppdragsgiver har adgang til å forespørre berørte leverandører om å forlenge vedståelsesfristen *innen* dennes utløp og om å fastholde sitt tilbud *etter* vedståelsesfristens utløp.

Når det gjelder forlengelse av vedståelsesfristen før denne har utløpt, ser departementet dette som helt kurant. Dette vil bare være en kodifisering av dagens praksis.

Når det gjelder forespørsel om fastholdelse av tilbud etter fristens utløp, ser departementet at

dette ikke er uproblematisk. I utgangspunktet må oppdragsgiver ha kontroll over anskaffelsesprosessen, slik at det ikke oppstår en situasjon der vedståelsesfristen har løpt ut. Adgangen til å "gjenopplive" tilbud må ikke bli en sovepute for oppdragsgivere. Omvendt er dette en veldig praktisk regel. I situasjoner der det faktisk har vært avholdt en konkurranse, er det lite samfunnsøkonomisk gunstig at oppdragsgiver må avlyse konkurransen og starte forfra. Departementet er også enig med utvalget og de høringsinstansene som viser til dagens uheldige KOFA-praksis, der kontraktsinngåelse etter utløp av vedståelsesfristen anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Oppdragsgivere har til nå i slike saker riktignok ikke blitt ilagt overtredelsesgebyr, men med de nye sanksjonsreglene vil domstolen være forpliktet til å ilegge sanksjoner der det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse, jf. nærmere i kapittel 6.3. Selv om det ikke er gitt at domstolene vil være enig i KOFA's praksis, mener departementet likevel at det kan være hensiktsmessig å innføre en adgang til å "gjenopplive" tilbudene med de forutsetninger som følger av utvalgets forslag. Dette innebærer at forespørsel om å fastholde tilbudet må skje innen rimelig tid etter den opprinnelige fristens utløp. Fastholdelse kan også bare skje dersom det ikke fører til vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørenes opprinnelige tilbud. Det kan i den forbindelse ikke stilles krav om at flere eller samtlige leverandører må akseptere, for at vedståelsesfristen kan forlenges. Dersom eksempelvis bare en leverandør aksepterer, kan konkurransen fortsette med denne ene leverandøren. Dette betyr at ingen leverandør på egen hånd kan fremprovosere en ny konkurranse ved å nekte å forlenge en frist.

Det vises for øvrig til utvalgets utredning i NOU 2010:2 kapittel 13.3.

## 9.4 Nye regler om dekningskjøp

### 9.4.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver har i dag i visse situasjoner adgang til å gå direkte i forhandlinger med en eller flere leverandører uten å foreta en kunngjøring av konkurransen (direkte kjøp). Dette gjelder for eksempel der det foreligger særlige forhold som gjør at det ikke er mulig å overholde de alminnelige fristene, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 31, gjennomført i norsk rett i forskrift om offentlige anskaffelser § 14-4. Adgangen er begrenset til de tilfeller der oppdragsgiver ikke kan tilregnes eller forutsette de særlige forholdene.

Det finnes en tilsvarende bestemmelse for anskaffelser i forsyningssektorene.

I visse tilfeller vil det også være mulig å bruke en særlig hasteprosedyre, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 38, gjennomført i anskaffelsesforskriften § 19-5. Her er det ikke en utrykkelig forutsetning at det ikke må kunne tilregnes oppdragsgiver at anskaffelsen haster. Det må imidlertid antas at hasteprosedyren ikke kan anvendes som en sovepute, når hastetilfellet oppstår som følge av oppdragsgivers dårlige eller manglende planlegging.

Bestemmelsene i anskaffelsesregelverket som gir oppdragsgivere adgang til å foreta dekningskjøp er unntaksbestemmelser, og disse skal fortolkes snevert.

### 9.4.2 Direktivets krav og utvalgets forslag

Det nye håndhevelsesdirektivet krever at visse brudd på anskaffelsesreglene (ulovlige direkte anskaffelser m.m.) skal føre til at en kontrakt kjennes uten virkning, jf. nærmere i kapittel 6.3. Utvalget har derfor vurdert om dette gjør det påkrevet å innføre en viss mulighet til – når en kontrakt er kjent uten virkning – å foreta midlertidig dekningskjøp uten forutgående kunngjøring, frem til ny korrekt anskaffelse kan skje.

Der en kontrakt kjennes uten virkning, vil oppdragsgiver i mange tilfeller ikke ha adgang til å foreta en lovlig direkte anskaffelse etter anskaffelsesforskriften § 14-4, idet helt klare brudd på anskaffelsesregelverket, eksempelvis manglende kunngjøring, normalt vil kunne tilregnes oppdragsgiver. Hasteprosedyren må derimot i utgangspunktet kunne anvendes i tilfeller der en kontrakt kjennes uten virkning. Denne prosedyren kan likevel bare benyttes ved begrensede anbudskonkurranser eller konkurranser med forhandling etter forutgående kunngjøring, og forutsetter at oppdragsgiver har mulighet til å overholde de forkortede fristene. 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 være problematisk for en oppdragsgiver som har et umiddelbart behov, for eksempel der en kontrakt om nødvendige løpende leveranser av forbruksmateriell blir kjent uten virkning.

På denne bakgrunnen foreslår utvalget å innføre regler som gir oppdragsgiver adgang til å foreta dekningskjøp. Følgende betingelser må imidlertid være oppfylt for at dekningskjøp skal være mulig:

- Det er ikke mulig å overholde fristene som gjelder for hasteprosedyren.

- Dekningskjøp er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning.
- Oppdragsgiver kan bare inngå midlertidige dekningskjøp begrenset til den perioden det tar å gjennomføre en ny konkurranse i samsvar med anskaffelsesregelverket.

Utvalget anbefaler at reglene om dekningskjøp innføres både i forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Bestemmelsen vil imidlertid ikke være relevant for anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften del II, idet slike kontrakter ikke kan kjennes uten virkning.

### 9.4.3 Høringsinstansenes syn

Det er bred tilslutning til utvalgets forslag om å innføre regler om adgang til å foreta midlertidig dekningskjøp i tilfelle av at en kontrakt er kjent uten virkning. 35 høringsinstanser støtter uttrykkelig utvalgets forslag (33 høringsinstanser i offentlig sektor, herunder *KOFA*, samt *HSH* og *KS*).

Flere av disse høringsinstansene peker på at det i noen tilfeller ikke vil være et reelt alternativ til å la være å anskaffe.

*NSB* uttaler:

”Ikke minst innenfor forsyningssektoren er det ofte ikke noe reelt alternativ å la vær å anskaffe, og det er selvsagt langt bedre at virksomheten i en slik situasjon gis positiv hjemmel for dekningskjøp snarere enn at virksomheten bli tvunget til å bryte loven for å gjennomføre prekære anskaffelser, eksempelvis innenfor transport eller vannforsyning.”

Også *FLO* og *Sør-Trøndelag fylkeskommune* hører til dem som støtter forslaget om dekningskjøp, men disse høringsinstansene uttrykker likevel noen bekymring rundt bruken av dekningskjøp.

*FLO* uttaler:

”FLO er enig med forslaget om å [gi] hjemmel for dekningskjøp i tilfeller frem til ny korrekt anskaffelse kan gjennomføres. Det er avgjørende at denne regel praktiseres med forsiktighet etter *FLO* skjønn, og at arbeidet med å lage nytt konkurransegrunnlag prioriteres i disse tilfeller.”

*Sør-Trøndelag fylkeskommune* uttaler:

”Reglene for dekningskjøp mener STFK kan virke mot anskaffelsesreglernes hovedhensikt,

nemlig en bedre utnyttelse av samfunnets ressurser og stimulere til konkurranse rundt de offentlige innkjøp i den hensikt å inngå rimeligst mulig kontrakter. Dekningskjøp kan bli kostbare. I tillegg har man rettslig tvist gående, i forhold til den opprinnelige kontrakt som ble kjent uten virkning eller ved krav om midlertidig forføyning. STFK er usikker på hvordan man skal unngå kostbare dekningskjøp foretatt utenfor konkurransereglene, men at det sannsynligvis bør åpnes for kjøp gjennom den opprinnelige kontrakten. Dette vil i så fall avhenge av hvilke forhold som gjorde at den opprinnelige kontrakten ble påklaget. STFK antar dekningskjøp er mest aktuelt i rammeavtaletilfellene. Hvis en kontrakt blir kjent uten virkning vil det etter vår vurdering være lite praktisk å implementere en ny "ikke eksisterende avtale". Det vil da gi en bedre ressursutnyttelse å benytte den avtalen som er i ferd med å gå ut, og denne bør da kunne gis en viss forlengelse. Men her er det behov for en nærmere drøfting fra departementets side.”

Syv høringsinstanser fremhever at det kan være behov for å foreta dekningskjøp også i andre situasjoner enn der en kontrakt er kjent uten virkning. Det gjelder ved avkortning av kontrakt, der oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes, ved avlysning av en konkurranse, og i klageprosessen frem til en kontrakt eventuelt kjennes uten virkning (i de sistnevnte tilfeller for å forenkle et eventuelt etterfølgende restitusjonsoppgjør). *NAV* og *NSB* fremhever særlig behovet ved anskaffelser der oppdragsgiver har en lovpålagt forpliktelse overfor borgerne.

### 9.4.4 Departementets vurdering

Departementet støtter utvalgets forslag om å forskriftsfeste en adgang til å foreta dekningskjøp der kontrakten har blitt kjent uten virkning.

Departementet deler til en viss grad bekymringen ved bruk av dekningskjøp som noen høringsinstanser gir uttrykk for. Adgangen til å foreta dekningskjøp vil imidlertid være en svært praktisk regel, da oppdragsgivere i noen situasjoner ikke kan unnlate å foreta en anskaffelse. Alternativet ville da være, dersom det ikke finnes en slik bestemmelse, at oppdragsgivere tvinges inn i (en ny) ulovlig direkte anskaffelse.

Det må i den forbindelsen presiseres at bestemmelsen må tolkes snevert. Bestemmelsen skal altså ikke forstås som et "carte blanche" for oppdragsgivere til å foreta direkte anskaffelser.

Adgangen er således begrenset til tilfeller der det er helt nødvendig å foreta en anskaffelse, og dette ikke lar seg gjøre innenfor forskriftens alminnelige frister. Det at det er uheldig eller vanskelig for oppdragsgiver, vil ikke være tilstrekkelig. Bestemmelsen åpner heller ikke for at det inngås langvarige kontrakter, men begrenses til dekningskjøp i den perioden det tar å gjennomføre en ny konkurranse i samsvar med regelverket. Disse begrensningene er i tråd med utvalgets forslag.

Det vises for øvrig til utvalgets redegjørelse i NOU 2010:2 kapittel 13.5.

Departementet anbefaler ikke at det gis adgang til å foreta dekningskjøp i andre tilfeller enn der kontrakt er kjent uten virkning. Dette henger først og fremst sammen med at det neppe vil være i samsvar med anskaffelsesdirektivene. Videre vil ikke behovet være tilsvarende stort i disse øvrige tilfellene. Eksempelvis vil domstolen ved avkortning av en kontrakt nettopp kunne ta hensyn til den tid det tar å gjennomføre en ny anskaffelse.

## 10 Økonomiske og administrative konsekvenser

### 10.1 Generelt

---

Departementet legger til grunn at de foreslåtte endringene vil føre til færre brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, og gjennom dette bidra positivt til oppnåelsen av de mål som anskaffelsesregelverket skal fremme. Endringene innebærer blant annet innføring av mer byrdefulle sanksjoner, noe som gir oppdragsgiverne incentiver til å øke innsatsen for å holde seg innenfor regelverket. Endringene gir også styrket mulighet til å gripe inn og få rettet feil som er gjort underveis i prosessen, og til at dette kan skje på et tidligere tidspunkt. Endringsforslagene vil videre gi den gevinst at leverandører av varer og tjenester til det offentlige får større forutberegnelighet i form av økt mulighet til å få håndhevet sine rettigheter, noe som også vil gagne offentlige oppdragsgivere i form av bedre og billigere tilbud.

Samtidig innebærer endringsforslagene kostnader. Det bør i den forbindelse bemerkes at det ikke foreslås vesentlige endringer i reglene om hvordan selve *innkjøpsprosessen* skal gjennomføres. Oppdragsgiver er fortsatt bundet av de samme materielle reglene for anskaffelsesprosessen, og det er først der reglene ikke overholdes, at regler om håndhevelse og sanksjoner kommer inn i bildet. Endringene vil derfor ikke gjøre selve innkjøpsprosessen vesentlig mer kostnadskreven. Større aktsomhet vil imidlertid kreve økte ressurser. Gjennomføring av de nye reglene kan føre til at anskaffelsen tar noe lengre tid. Endringene kan derfor gi både oppdragsgiver og leverandører noen økte transaksjonskostnader knyttet til å gjennomføre en anskaffelse. Videre vil gjennomføring av de nye sanksjonene kreve ressurser både for oppdragsgivere, leverandører og domstolsapparatet. Det er også mulighet for at endringsforslagene i noen tilfeller vil kunne føre til at en anskaffelse ikke gjennomføres av frykt for å gjøre feil, og man i stedet velger andre løsninger, som for eksempel tjenesteproduksjon i egen regi. Der anskaffelsen ellers ville vært en god og effektiv måte å løse en oppgave på, er dette en mulig negativ konsekvens av endringsforslagene.

Endringsforslagene er i hovedsak en følge av at Norge er forpliktet til å gjennomføre håndhevelsesdirektivet. Friheten til å utforme regler er begrenset innenfor det handlingsrommet som ligger i direktivet. Departementet har imidlertid søkt å utnytte dette handlingsrommet slik at endringsforslagene i størst mulig grad skal gi positive samfunnsøkonomiske virkninger.

### 10.2 Konsekvenser knyttet til de enkelte bestemmelsene

---

I det følgende redegjøres det kort for de nærmere konsekvensene som de nye lovbestemmelsene vil ha. Dette gjelder både offentlige oppdragsgivere (statlige, kommunale og andre), leverandører, domstolene og KOFA.

#### 10.2.1 Suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning

Det kan diskuteres hvor store konsekvenser nye regler om suspensjon vil få for *oppdragsgivere og leverandører*. Det er allerede i dag adgang til å begjære midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesreglene, det som er nytt er at denne begjæring i seg selv skal ha oppsettende virkning. Hovedregelen synes imidlertid allerede i dag å være at oppdragsgiver avventer kontraktsinngåelse til saken er behandlet av retten, dersom han blir kjent med at det er inngitt en begjæring om midlertidig forføyning. Det kan også anføres at en slik opptreden er i samsvar med god anbudsskikk. I så fall vil de nye reglene ikke medføre noen vesentlig endring i praksis. I noen tilfeller vil imidlertid suspensjonsvirkningen kunne skape reelle problemer for *oppdragsgivere* som har behov for rask å inngå kontrakt om kritiske ytelser. For *leverandørene* som ikke får tildelt kontrakten innebærer bestemmelsen om suspensjon at de får en lovfestet, reell mulighet til å stanse en kontraktsinngåelse som eventuelt er i strid med anskaffelsesregelverket, også når det begjæres midlertidig forføyning kort tid før utløpet av karensperioden.

Bestemmelsene om suspensjon får administrative konsekvenser for håndhevelsesorganet/domstolene, ettersom organet plikter å varsle saksøkte (oppdragsgiver) om begjæringen og suspensjonsvirkningen. For at det skal være klart for oppdragsgiver at adgangen til å inngå kontrakt er suspendert når den midlertidige forføyningen er forkynt, må det gå klart frem av forkynnelsen. Dette vil kreve endringer i malbiblioteket i domstolens saksbehandlingssystem, Lovisa, og det kan heller ikke utelukkes at det krever endringer i domstolens arbeidsprosedyrer knyttet til forkynning. Gjennomføring av endringene vil derfor kreve visse ressurser for domstolsadministrasjonen og domstolene, men det økte ressursbehovet antas å være begrenset. Domstolens endrede ressursbehov som følge av endret saksbehandling, anses å være minimalt på sikt.

Bestemmelsen om suspensjon skal også gjelde for *forsyningssektorene*. Dette innebærer at domstolens adgang til å fastsette mulkt oppheves, og at det i stedet skal gis adgang til å treffe avgjørelser om midlertidig forføyning og sette til side ulovlige beslutninger også for forsyningssektorene. At anskaffelser i forsyningssektorene stanses kan gi uheldige konsekvenser, siden det her kan være tale om store og omfattende anskaffelser. Endringen er imidlertid en nødvendig konsekvens av det nye direktivet. Videre må det understrekes at domstolene i en vurdering av om det faktisk skal gis midlertidig forføyning, uansett må ta hensyn til slike konsekvenser. Midlertidig forføyning kan således ikke besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført, står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyningen blir besluttet.

Nye regler om suspensjon antas ikke å få konsekvenser av betydning for *KOFAs* saksbehandling.

### 10.2.2 Sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser mv.

Som nevnt innebærer de nye håndhevelsesreglene ikke vesentlige endringer i reglene for selve *innkjøpsprosessen*. Det er først der disse reglene ikke overholdes, at regler om håndhevelse og sanksjoner blir aktuelle. Når det oppstår en tvist som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner, vil oppdragsgiver få kostnader forbundet med å ivareta sine interesser i saken. Dersom en kontrakt faktisk kjennes uten virkning eller avkortes, vil dette videre være svært inngripende for oppdragsgiver, og særlig sanksjonen ”uten virkning” vil kunne føre til uheldige leveransebrudd. Opp-

dragsgivere vil likevel i noen grad kunne avhjelpe uheldige konsekvenser som følge av dette, ved å foreta midlertidig dekningskjøp, jf. kapittel 9.4.

Departementet ønsker i denne forbindelse også å understreke at oppdragsgivere med de nye reglene har visse muligheter for å unngå eller begrense risikoen for å bli ilagt sanksjoner. For det første får oppdragsgivere mulighet for å foreta en såkalt intensjonskunngjøring som avskjærer risikoen for sanksjoner, hvis anskaffelsen etterfølgende skulle vise seg å være en ulovlig direkte anskaffelse. Ved andre typer lovbrudd enn ulovlige direkte anskaffelser, vil oppdragsgivere utelukkende kunne ilegges sanksjoner når reglene om karens eller suspensjon brytes. Adgangen for domstolene til å ilegge sanksjoner vil også kunne begrenses i tid, hvis oppdragsgiver etterfølgende kunngjør konkurranseresultatet eller meddeler berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt. I så fall gjelder det en søksmålsfrist på 30 dager.

De nye sanksjonene vil også få konsekvenser for *oppdragsgivers medkontrahent*, som risikerer at den inngåtte kontrakten kjennes uten virkning eller avkortes. Oppdragsgivers medkontrahent vil således kunne ha et berettiget behov for å fremme egne synspunkter og interesser i denne type søksmål, hvilket vil være forbundet med visse direkte kostnader.

Videre vil et søksmål som ender i at en kontrakt kjennes uten virkning eller avkortes, medføre at kontraktsforholdet mellom oppdragsgiver og dennes medkontrahent må avvikles, og at det eventuelt skal skje et etteroppgjør. Dersom dette oppgjøret ikke har vært en del av saken om illeggelse av sanksjoner, og partene ikke kan bli enige seg imellom, kan dette føre til ny tvist.

Det vil også være forbundet direkte kostnader for den *leverandøren som ønsker å føre en sak* som går ut på at oppdragsgiver skal ilegges sanksjoner. Når det gjelder konsekvenser for denne leverandøren og *øvrige leverandører*, vil sanksjonen ”uten virkning” og avkortning av kontrakt imidlertid i noen grad kunne føre til at konkurransen gjenopprettes, jf. nærmere ovenfor under 6.3. Dette innebærer i så fall at leverandørene får en ny mulighet til å delta i konkurransen om det offentlige oppdraget.

Denne type søksmål, som kan føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner, stiller også krav til *domstolens* saksbehandling. Retten skal for eksempel kontrollere at saksøker har prosessvarslet oppdragsgivers medkontrahent. Dette vil være en ny oppgave for domstolene på et meget snevert saksfelt.

Det nye sanksjonssystemet innebærer at KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr oppheves. Det betyr at KOFA ikke lenger har vedtakskompetanse, men bare kan uttale seg veiledende.

Dette økonomiske og administrative kostnadene for domstolene og KOFA er nærmere behandlet i kapittel 10.2.5.

### 10.2.3 Begrunnelsesplikten

Det åpnes i lovforslaget for at departementet kan fastsette forskriftsbestemmelser om begrunnelser også for forsyningssektorene som går lengre enn det som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner. Dette vil i noen grad kunne føre til at begrunnelsesplikten skjerpes for *oppdragsgivere* i forsyningssektorene. Dette skjer for å harmonisere reglene om begrunnelse i klassisk offentlig sektor og forsyningssektorene. *Leverandører* vil således få samme rettskrav på begrunnelse, uansett om de deltar i konkurranser i klassisk offentlig sektor eller forsyningssektorene.

Utvalgets forslag til endringer på forskriftsnivå innebærer at *oppdragsgivere* bare skal gi én begrunnelse. Denne begrunnelsen innebærer på den ene siden en skjerpelse i forhold til den automatiske begrunnelsen som i dag skal gis sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Oppdragsgiver må således etter de foreslåtte reglene automatisk gi opplysninger om navnet på den vinnende leverandøren og en beskrivelse av det valgte tilbudets relative egenskaper og fordeler. På den andre siden innebærer de foreslåtte bestemmelser en lemping for oppdragsgivere som ikke lenger er forpliktet til, på anmodning, å gi en nærmere begrunnelse som i detalj redegjør for det vinnende tilbudet målt opp mot tilbudet til den leverandøren som ber om begrunnelsen.

For *leverandørene* innebærer det umiddelbart en svekkelse i retten til begrunnelse når de ikke lenger vil ha et rettskrav på en slik nærmere begrunnelse. Det bemerkes imidlertid at den ene begrunnelsen som leverandøren har krav på, skal være god og dekkende. Leverandørene skal nå automatisk få navnet på den vinnende leverandøren og en beskrivelse av det valgte tilbudets relative egenskaper og fordeler. Begrunnelsen skal sette leverandøren i stand til, på objektivt grunnlag, å vurdere om den konkrete anskaffelsesprosessen har vært i samsvar med anskaffelsesregelverket. Den ene begrunnelsen vil dermed gi mer

informasjon enn det som var kravet til den første begrunnelsen i nåværende regelverk.

Enkelte anfører at det vil føre til flere klager dersom den utvidede begrunnelsen fjernes: Får leverandørene ikke tiltrekkelig kunnskap om prosessen, er det risiko for at de leverer inn en klage for "sikkerhets skyld". Ettersom begrunnelsen som beskrevet nettopp skal sette leverandøren i stand til å vurdere om anskaffelsen er i tråd med regelverket, mener departementet imidlertid at nye regler om begrunnelse ikke må antas å få konsekvenser av betydning verken for *domstolene* eller KOFAs saksbehandling.

### 10.2.4 Lovlighetskontroll

Departementet foreslår å innføre et unntak fra kommuneloven § 59 slik at spørsmål om det foreligger brudd på anskaffelsesregelverket ikke lenger kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll. Endringen vil medføre en viss reduksjon i saksmengden for departementet og fylkesmennene, men antall saker er såpass begrenset at dette ikke vil få noen økonomiske eller administrative konsekvenser av betydning.

### 10.2.5 Valg av klageorgan

Det foreslås at domstolene fortsatt skal behandle saker etter anskaffelsesregelverket, og at KOFA ikke lenger skal kunne ilegge overtredelsesgebyr, men igjen bli et rent rådgivende organ. Dette forslaget får således noen konsekvenser for domstolene og KOFAs oppgaver.

For *KOFA* vil fjerningen av gebyrsakene kunne føre til en viss nedgang i saksmengden. Antallet gebyrsaker er imidlertid lavt i forhold til ordinære saker. Det ble eksempelvis ilagt gebyr i 25 saker i perioden 2007-2010, samtidig som det totalt ble fattet vedtak i 896 saker i samme tidsrom. Størstedelen av KOFAs oppgaver vil videreføres uforandret. Det kan imidlertid tenkes at det uansett vil skje en viss nedgang i KOFAs samlede ressursbehov, ettersom KOFA i dag bruker relativt mer tid på gebyrsakene, som er spesielt arbeidskrevende, enn på ordinære saker. Basert på erfaringsmateriale koster det i gjennomsnitt om lag 40 000 kr å behandle en sak (ordinære saker og gebyrsaker sett under ett).

For *domstolsapparatet* innebærer endringene at domstolene som beskrevet ovenfor må innføre og forholde seg til enkelte nye rutiner og mulige sanksjoner på området for offentlige anskaffelser. Endringene vil kreve noe ekstra ressurser i innføringsfasen. Eventuelle økte utgifter for domsto-

lene dekkes innenfor Justisdepartementets gjeldende budsjетtrammer. Eventuelt økt ressursbehov for domstolsapparatet over tid vil avhenge av hvor mange saker om offentlige anskaffelser som bringes for domstolene.

For *oppdragsgivere* og *leverandører* vil forslaget ikke føre til endringer, med unntak av håndhevelsen av de ulovlig direkte anskaffelsene. Fjerning

av KOFA's overtredelsesgebyr betyr at den som vil at det ilegges formelle sanksjoner for ulovlig direkte anskaffelser, må fremme saken overfor domstolene. Dette kan gi en noe høyere terskel for å bringe sakene inn for prøving. Både for oppdragsgivere og leverandører vil det være høyere kostnader forbundet med å føre sin sak for en domstol enn for KOFA.



## 11 Merknader til de enkelte bestemmelser i lovforslaget

### 11.1 Merknader til endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

*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 § 9 annet 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 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 ville bety 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 § 9. Følgelig må også retten gis kompetanse til å sette til side ulovlige beslutninger.

Det vises for øvrig til redegjørelsen i kapittel 6.5.

*Til opphevelsen av gjeldende § 7b*

Som en konsekvens av at håndhevelsesdirektivene nå innfører 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.

For øvrig vises det til redegjørelsen i kapittel 6.3.

*Til § 9 Beslutning om midlertidig forføyning*

Gjeldende § 8 blir § 9, og overskriften endres som konsekvens av at gjeldende § 8 annet ledd om adgangen til å fastsette mulkt ikke videreføres, jf. nærmere nedenfor.

*Første ledd første punktum* fastslår at reglene i tvisteloven gjelder for behandling av begjæring om midlertidig forføyning, med mindre annet er særskilt bestemt i denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven. *Annet punktum* er en videreføring av gjeldende § 8 første ledd.

*Annet ledd* gir Kongen myndighet til å 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. Dette forutsetter at begjæringen er fremsatt innenfor en fastsatt karenperiode. 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.

Suspensjon skal inntre når det er fastsatt en karenperiode, uansett om oppdragsgiver har vært forpliktet til å fastsette en slik karenperiode eller dette har skjedd på frivillig grunnlag. Sus-

pensjon skal derimot ikke inntre når oppdragsgiver ikke har fastsatt en karenperiode, heller ikke selv om oppdragsgiver har vært forpliktet til å fastsette en slik karenperiode. I et slikt tilfelle gjelder i stedet de alminnelige reglene om midlertidig forføyning. Har oppdragsgiver brutt bestemmelser om karen med den konsekvens at det ikke inntre suspensjon, vil dette imidlertid kunne føre til at oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr eller at en eventuell kontrakt avkortes, jf. forslag til ny § 14 første ledd, bokstav a nr. 2. Har kontrakt blitt inngått, og det i tillegg har skjedd et brudd på anskaffelsesregelverket som har påvirket utfallet av konkurransen, risikerer oppdragsgiver i stedet at kontrakten blir kjent uten virkning, jf. forslag til ny § 13 første ledd bokstav b nr. 3.

Twistelovens § 32-11 om erstatning ved midlertidig sikring får ikke anvendelse på eventuelle tap som oppdragsgiver måtte lide ved at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes. Denne bestemmelsen vil imidlertid fortsatt få anvendelse der retten faktisk har besluttet midlertidig forføyning.

*Tredje 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 avlysning 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.

Forskriftshjemmelen 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 for-

kaste 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 ved 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 annet ledd. Dersom domstolene ikke gis adgang til å beslutte midlertidig forføyning 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 6.2 og 6.5.

#### *Til § 10 Underrettingsplikt for retten*

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 paragrafhenvisingene som følge av lovens nye inndeling.

#### *Til § 12 Rådgivende tvisteløsningsorgan*

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende § 7a. Overskriften endres, slik at det allerede der tydelig fremgår at tvisteløsningsorganet er et rådgivende organ.

Twisteløsningsorganets hjemmel til å fatte bindende vedtak om overtredelsesgebyr oppheves, se merknadene til opphevelsen av § 7b. Derfor

oppheves gjeldende § 7a første ledd annet punktum. I stedet innføres det nye sanksjonsbestemmelser, jf. ny §§ 13 og 14. Kompetansen til å anvende de nye sanksjonene legges til domstolene.

*Til ny §13 Søksmål om å kjenne kontrakt uten virkning*

Bestemmelsen er ny og fastslår at retten i enkelte særlige tilfeller skal kjenne en kontrakt uten virkning. Det følger av direktiv 2007/66/EF at Norge er forpliktet til å innføre denne sanksjonen, som er en nyskaping i norsk rett. Den har særlig til formål å motvirke ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som en av de groveste overtredelsene av anskaffelsesregelverket. Det følger av direktivet at sanksjonen også skal innføres for andre grove brudd på regelverket.

*Første ledd bokstav a* fastsetter at bestemmelsen kun gjelder ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene. Det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og forsyningsforskriften del II. Bestemmelsen vil bare 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 b nr. 1*. 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. Det gjelder for eksempel der oppdragsgiver kan benytte prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, eller der kontrakten etter sin art faller utenfor anskaffelsesregelverket (eksempelvis ved tildeling i egenregi).

Kontrakten kan bare kjennes uten virkning der det ikke foreligger slik adgang til direkte tildeling.

”Uten virkning” ved ulovlige direkte anskaffelser etter nr. 1 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 nr. 2*. 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 med hjemmel i § 16 fastsette nærmere bestemmelser om når sanksjonen ”uten virkning” skal inntre ved brudd som omtalt i nr. 2.

Bestemmelsen i nr. 2 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, jf. *bokstav b nr. 3*. Oppdragsgiver må samtidig ha brutt forskriftenes bestemmelser om karenperiode eller suspensjon, og dette må ha fratatt leverandørens mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelsen. Vilråene er kumulative.

Med ”andre brudd på forskriftene” menes alle andre brudd på anskaffelsesregelverket enn de som er nevnt i nr. 1 og 2.

Vilrået om at overtredelsen skal ha ”påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten”, innebærer ikke et krav om at leverandøren skal sannsynliggjøre at han *faktisk* ville fått tildelt kontrakten. Årsaksvurderingen må være konkret, slik at spørsmålet blir om overtredelsen har påvirket den aktuelle leverandørens mulighet til å få tildelt kontrakten.

Med karenperiode menes tidsrommet mellom meddelelsen om kontraktstildeling og det tidspunktet oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt. Med brudd på bestemmelsene om karenperiode, menes således for eksempel at oppdragsgiver i strid med reglene ikke har fastsatt en karenperiode, eller inngår kontrakt før den fastsatte karenperiode utløper. Kongen vil i forskrift gi nærmere regler om krav til karenperiode.

Reglene om suspensjon følger av lovforslagets § 9 annet ledd, 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 å gjøre det er suspendert.

Når det gjelder vilkåret om at overtredelsen av bestemmelsene om karen 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 en fastsatt karenperiode og suspensjonsplikten overholdes. Dersom oppdragsgiver for eksempel inngår kontrakt før utløpet av den fastsatte karenperioden, vil det i utgangspunktet alltid medføre at leverandøren fratras adgangen til å iverksette rettslige skritt. Det samme vil være tilfellet der oppdragsgiver i strid med reglene helt unnlater å fastsette en karenperiode. 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 legge til grunn at det vil bli fastsatt en karenperiode, og at det kan begjæres midlertidig forføyning på et hvilket som helst tidspunkt før utløpet av karenperioden.

En kan imidlertid tenke seg noen tilfeller der et brudd på bestemmelsene om karen ikke vil frata leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontrakt er inngått.

Et slikt eksempel er dersom oppdragsgiver gjennom forskrift gis adgang til å fastsette en frist for å begjære midlertidig forføyning, jf. forslagets § 9 tredje ledd. Fastsetter oppdragsgiver en slik frist innebærer det at en avvist leverandør må begjære midlertidig forføyning mot avvsningsbeslutningen innen utløpet av fristen. Når leverandøren ikke gjør det, mister han adgangen til å begjære midlertidig forføyning på et senere tidspunkt, og et etterfølgende brudd på bestemmelsene om karen eller suspensjon vil ikke påvirke dette.

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 karen, 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 karenperiodens utløp, dersom han ikke mottar en tilfredsstillende begrunnelse. Et lignende tilfelle vil være der oppdragsgiver feilaktig fastsetter en karenperiode som er kortere enn den angitte minimumsfristen. I et slikt tilfelle vil heller ikke leverandørens mulighet for å begjære midlertidig forføyning nødvendigvis være avskåret.

Bestemmelsen i nr. 3 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 krav til karen og suspensjon, og nr. 3 vil derfor ikke være relevant for slike anskaffelser. For bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål vil "uten virkning" etter nr. 3 derimot kunne være relevant, da det for slike anskaffelser vil gjelde krav til karen og suspensjon. Bestemmelsen er ikke relevant for plan- og designkonkurranser omfattet av forsyningsforskriften del III.

At retten er forpliktet til å ilegge sanksjonen i første ledd innebærer at retten, uavhengig av partenes påstander, skal 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.

*Annet ledd* fastsetter at oppdragsgiver kan sikre seg mot at kontrakten i ettertid kjennes uten virkning.

For det første gis et unntak til første ledd bokstav b nr. 1 (ulovlige direkte anskaffelser), jf. annet ledd første punktum. Der oppdragsgiver kunnngjør at det vil bli inngått en kontrakt (en intensjonskunnngjøring), vil således ikke kontrakten etterfølgende kunne kjennes uten virkning. Dette forutsetter at oppdragsgiver ikke inngår kontrakten før tidligst ti dager etter denne kunnngjøringen.

I praksis oppstår det en del grensetilfeller der det er uklart om det er adgang til å gjennomføre en anskaffelse uten å følge kunnngjøringsreglene i forskrift om offentlige anskaffelser og forsynings-

forskriften. 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.

For det andre gis et unntak fra første ledd bokstav b nr. 2 (ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning), jf. annet ledd annet punktum. Ved tildeling av 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 frivillig 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.

*Tredje 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. Også tungtveiende samfunnsmessige hensyn som vedrører forsvars- og/eller sikkerhetsinteresser vil kunne utgjøre slike interesser.

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.

Retten vil være forpliktet til å anvende unntaket dersom konsekvensen av at kontrakten kjen-

nes uten virkning i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser, jf. tredje ledd annet punktum. Denne forpliktelsen følger av EU/EØS-direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (direktiv 2009/81/EØS).

Dersom retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter tredje ledd må retten i stedet avkorte kontrakten og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr i henhold til § 14 første ledd bokstav a nr. 1.

*Fjerde 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 fra tidspunktet for kontraktsinngåelsen (ex tunc). Kontrakten kan likevel bare kjennes uten virkning ex tunc dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde.

Kjennes kontrakten uten virkning ex nunc, skal retten i tillegg idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr, jf. § 14 annet ledd.

*Til ny § 14 Søksmål om å avkorte kontrakt eller om å idømme 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 EU/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, jf. merknadene til § 13.

Bestemmelsens første ledd bokstav a nr.1 og annet ledd har direkte sammenheng med bestemmelsen om uten virkning i § 13. Sanksjonene kommer her i tillegg til, eller i stedet for, sanksjonen "uten virkning".

Bestemmelsens første ledd bokstav a nr. 2, bokstav b og tredje ledd er sanksjoner som er uavhengige av § 13. Her er avkorting av kontrakt og overtredelsesgebyr selvstendige sanksjoner.

Etter § 14 første og annet ledd *skal* retten, uavhengig av partenes påstander, avkorte en kontrakt eller idømme overtredelsesgebyr når vilkårene for det er oppfylt. Etter § 14 tredje ledd *kan* retten, uavhengig av partenes påstander, idømme slike

sanksjoner. 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 idømme et overtredelsesgebyr i tre tilfeller:

Etter første ledd bokstav a nr. 1 *skal* retten for det første idømme 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 tredje ledd. Dette gjelder uansett om kontrakten i utgangspunktet skulle ha vært kjent uten virkning etter § 13 første ledd bokstav b nr. 1, 2 eller 3. Her trer altså sanksjonene i stedet for sanksjonen ”uten virkning”.

Etter første ledd bokstav a nr. 2 *skal* retten for det andre idømme slike sanksjoner ved mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karenperiode eller suspensjon, det vil si der ikke alle vilkårene i § 13 første ledd bokstav b nr. 3 er oppfylt. Etter § 13 første ledd bokstav b nr. 3 skal retten kjenne en kontrakt uten virkning når fire kumulative vilkår er oppfylt, se nærmere om dette i merknaden til § 13. Etter § 14 første ledd bokstav a nr. 2 er det imidlertid tilstrekkelig at vilkåret om brudd på karenperiode 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.

Plikten til å idømme sanksjonene etter første ledd bokstav a nr. 1 og 2 gjelder bare for anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene. Det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del III og 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. Dette vil i utgangspunktet omfatte de samme tilfeller som etter § 13. Det vises til merknaden til § 13 for en nærmere redegjørelse.

Etter første ledd bokstav b *skal* retten for det tredje avkorte kontrakten eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr for en ulovlig direkte anskaffelse når kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsar-

beider under EØS-terskelverdiene og av uprioriterte tjenester. Det vil si anskaffelser som i dag er omfattet av forskrift om offentlige anskaffelser del II. Bestemmelsen vil også være relevant for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene som omfattes av anskaffelsesforskriften del IV. Bestemmelsen vil ikke være relevant for anskaffelser omfattet av forsyningsforskriften. Dette skyldes at det i denne forskriften ikke er fastsatt bestemmelser om kunngjøringsplikt for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene eller av uprioriterte tjenester.

Vilkårene for å idømme sanksjoner etter første ledd bokstav b, vil for øvrig være identiske med vilkårene etter § 13 første ledd bokstav b nr. 1. Det vises derfor til merknadene til denne bestemmelsen.

*Annet ledd* fastsetter at retten *skal* idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse etter § 13. Her kommer sanksjonen i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse.

*Tredje ledd* gir selvstendige sanksjoner for visse andre grove brudd på anskaffelsesregelverket ved anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EU/EØS-terskelverdiene, samt uprioriterte tjenester (forskrift om offentlige anskaffelser del II), jf. bokstav a. Retten *kan* således i to tilfeller avkorte kontrakten eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr, jf. tredje ledd bokstav b. Det gjelder for det første ved tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med regler fastsatt i forskriften, jf. tredje ledd bokstav b nr. 1. For det andre gjelder det ved andre brudd på forskriften som har påvirket leverandørenes mulighet til å få kontrakten, i kombinasjon med brudd på bestemmelser om karenperiode, når dette har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelsen, jf. tredje ledd bokstav b nr. 2.

Vilkårene for å idømme sanksjoner etter tredje ledd bokstav b nr. 1 og 2 vil for øvrig være identiske med vilkårene etter § 13 første ledd bokstav b nr. 2 og 3. Det vises derfor til merknadene til disse bestemmelsene. Når det gjelder tredje ledd bokstav b nr. 2 stilles det således også her krav om at leverandøren skal være fratatt muligheten til å iverksette rettslige skritt. Dette sikter først og fremst til tilfeller der oppdragsgiver inngår kontrakt før utløpet av en fastsatt karenperiode eller helt unnlater å fastsette en karenperiode. Det bemerkes i den forbindelse at dersom kravet til karenperiode fortsatt angis som ”rimelig tid” i

forskriftens del II, vil leverandørene derimot ikke nødvendigvis være fratatt denne muligheten dersom oppdragsgiver for eksempel setter karenperioden til 7 dager, selv om 10 dager etter en konkret vurdering hadde vært rimelig. En forskjell i forhold til § 13 første ledd bokstav b nr. 3 er at det i § 14 tredje ledd bokstav b nr. 2 bare vises til brudd på bestemmelsene om karen, ikke til bestemmelser om suspensjon. Det henger sammen med at det ikke gis regler om suspensjon for anskaffelser som omfattes av forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Tredje ledd bokstav b nr. 2 vil bare være relevant for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål under EU/EØS-terskelverdiene, ikke for plan- og designkonkurranser eller bygge- og anleggskonsesjoner under EU/EØS-terskelverdiene. Det henger sammen med at det ikke gis bestemmelser om karen for slike anskaffelser. Tredje ledd bokstav b nr. 1 vil derimot ikke i det hele tatt være relevant for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene som omfattes av anskaffelsesforskriften del IV, fordi det ikke for slike anskaffelser gis regler om rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger.

Tredje ledd vil ikke være relevant for anskaffelser omfattet av forsyningsforskriften. Dette skyldes at det i denne forskriften verken er fastsatt bestemmelser om karen, rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene eller av uprioriterte tjenester.

*Fjerde ledd* gir to unntak fra kravet om sanksjoner som gjelder for anskaffelser under EU/EØS-terskelverdiene og av uprioriterte tjenester:

Etter fjerde ledd første punktum gis det for det første et unntak til første ledd bokstav b (ulovlige direkte anskaffelser). Oppdragsgiver kan således sikre seg mot at kontrakten avkortes eller at han blir idømt et overtredelsesgebyr, gjennom å kunnngjøre at det vil bli inngått en kontrakt (en intensjonskunnngjøring). Dette forutsetter at oppdragsgiver ikke inngår kontrakten før tidligst ti dager etter denne kunnngjøringen. Dette unntaket svarer for øvrig til unntaket i § 13 annet ledd første punktum, se merknadene til denne bestemmelsen.

Etter fjerde ledd annet punktum gis det for det andre et unntak til tredje ledd bokstav b nr. 1 (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 karenperiode. Dersom oppdragsgiver, etter at han har meddelt sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene, likevel frivillig velger å overholde en karen-

periode før kontrakt inngås, kan han ikke etterfølgende ilegges sanksjoner. Dette unntaket svarer for øvrig til unntaket i § 13 annet ledd annet punktum, se merknadene til denne bestemmelsen.

*Femte ledd* gir anvisning på noen hensyn retten særlig skal vektlegge ved fastsettelse av og utmåling av sanksjoner.

Retten gis et vidt skjønn til å ta hensyn til alle relevante forhold, slik at den kan finne frem til egnede sanksjoner i den konkrete saken. Dette gjelder både i spørsmålet om hvilke sanksjoner som skal idømmes, der retten er forpliktet til det, og om det overhodet skal idømmes sanksjoner, der retten ikke er forpliktet, men bare har mulighet til det.

Ved fastsettelse og utmåling må retten ta hensyn til overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte overtredelser 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 idømmes 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 for at retten anvender denne sanksjonen. Dersom det er svært kort tid igjen av kontraktperioden, kan det tale for at det er mest formålstjenlig å idømme et overtredelsesgebyr fremfor å avkorte kontrakten.

Retten har også myndighet til både å avkorte kontrakten og idømme 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).

Når retten beslutter å idømme et overtredelsesgebyr, kan ikke dette settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi. Dette er en videreføring av begrensningen som ligger i gjeldende § 7b, som foreslås opphevet. 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 tildeling av en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, er det imidlertid denne enkelte kontraktens verdi som blir utgangspunktet for beregningen.

Når retten beslutter å avkorte kontrakten, bør den ved fastsettelsen av tidspunktet for kontraktens opphør bl.a. ta hensyn til den tid det tar for oppdragsgiver å gjennomføre en ny konkurranse i tråd med anskaffelsesreglene.

*Til ny § 15 Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14*

Bestemmelsen angir prosessuelle særregler og tidsfrister 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 tidsfrister for søksmål.

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 avkortet, 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 idømme 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 i visse situasjoner 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 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 avkortet, også er bindende for alle andre, herunder oppdragsgivers medkontrahent. Dette er nødvendig hvis kontrakten faktisk skal være uten virkning eller avkortet, 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 idømmes 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 sikkerhet for at kontraktsforholdet ikke skal kunne påvirkes av eventuelle søksmål fra andre leverandører flere år etter kontraktsinngåelsen. Tilsvarende er det u hensiktsmessig om oppdragsgiver skal idømmes et overtredelsesgebyr lenge etter kontraktsinngåelsen. Nedlegger en part påstand om idømmelse av sanksjoner etter §§ 13 og 14 i en sak som er reist etter utløp av tidsfristene, skal oppdragsgiver frifinnes på dette punktet. Retten kan heller ikke på eget initiativ idømme slike sanksjoner, jf. annet ledd, når saken er reist etter tidsfristens utløp.

Når det gjelder krav om erstatning gjelder den alminnelige foreldelsesfristen etter foreldelseslovens regler. En leverandør vil således ikke etter utløp av fristene gitt i § 15 være avskåret fra å reise sak om for eksempel brudd på bestemmelser om karens og suspensjon med krav om erstatning. Der en saksøker etter tidsfristens utløp reiser sak med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning samtidig som han krever erstatning for sitt økonomiske tap, skal retten således frifinne oppdragsgiver for det første kravet, men kan idømme erstatning der vilkårene for dette er tilstede.

Bestemmelsens *fjerde ledd* innebærer at søksmål må fremmes innen to år etter kontraktsinngåelse, for at oppdragsgiver skal kunne idømmes sanksjoner etter §§ 13 og 14. Sett i sammenheng med femte og sjette ledd, gjelder denne fristen når oppdragsgiver verken har kunngjort konkurran-



seresultatene når en kontrakt er tildelt uten kunngjøring av konkurransen eller meddelt de deltaende leverandørene om inngåelsen av en kontrakt på bakgrunn 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.

Når oppdragsgiver har kunngjort konkurranseresultatet der en kontrakt er tildelt uten forutgående kunngjøring av konkurransen, følger det av femte ledd at oppdragsgiver bare kan idømmes sanksjoner etter §§ 13 og 14 når sak reises innen 30 dager fra kunngjøringen. Denne fristen gjelder der leverandøren mener at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Når oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, følger det av sjette ledd at oppdragsgiver bare kan idømmes sanksjoner etter §§ 13 og 14 når sak reises innen 30 dager fra meddelelsen. Denne fristen gjelder både de situasjoner der leverandøren 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 konkurranserisultatet eller meddelelsen om inngåelsen av kontrakt får øvrige leverandører kjennskap til at kontrakt er inngått, og de får mulighet til straks å reise sak dersom de mener at anskaffelsen er i strid med anskaffelsesregelverket. Derfor settes søksmålsfristen i disse tilfellene bare til 30 dager.

Meddelelsen om inngåelsen av kontrakt er en ny meddelelsestype som ikke må forveksles med meddelelsen om tildelingsbeslutningen etter for eksempel forskrift om offentlige anskaffelser § 22-3. Meddelelsen om tildelingsbeslutningen skal skje før kontrakt har blitt inngått og skal som hovedregel etterfølges av en karensperiode. Meddelelsen om inngåelsen av kontrakt skjer derimot først når oppdragsgiver faktisk *har* inngått kontrakt.

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.

#### *Til ny § 16 første ledd siste punktum*

Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende § 11.

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 der det stilles mindre krav til begrunnelsesplikten enn i anskaffelsesforskriften. 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.

Samtidig endres paragrafhenvisningene i *annet ledd* som følge av lovens nye inndeling.

## **11.2 Merknader til endring i lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner**

### *Til kommuneloven § 59 nr. 1*

Forslag til nytt fjerde punktum i kommuneloven § 59 nr. 1 innebærer at spørsmålet om det foreligger brudd på lov om offentlige anskaffelser og forskrifter vedtatt med hjemmel i denne lov, ikke lenger kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll. Dette innebærer ikke at vedtak om offentlige anskaffelser unntas lovlighetskontroll i sin helhet. Det vil fortsatt være adgang til å kontrollere om

det eventuelt foreligger brudd på andre offentligrettslige regler enn anskaffelsesregelverket, som for eksempel forvaltningslovens regler om habilitet.

### **11.3 Merknader til ikrafttredelsesbestemmelser**

---

Det er ønskelig at lovforslaget trer i kraft så snart som mulig. Av hensyn til oppdragsgiveres og leverandørers behov for å tilpasse seg de krav lovforslaget stiller, foreslås det likevel at det nærmere ikrafttredelsestidspunktet fastsettes av Kongen.

Det foreslås også en hjemmel for delt ikraftsettelse. Dette kan bli aktuelt dersom det er behov for særlige tilpasninger for enkelte bestemmelser, som tar noe lengre tid å gjennomføre. Det kan for eksempel oppstå behov for større endringer i

domstolenes saksbehandlingssystem, som må være på plass før bestemmelsene om suspensjon kan tre i kraft.

Kongen kan i den forbindelse også gi nærmere forskrift om overgangsregler. Departementet tar her sikte på at nye bestemmelser skal gjelde for anskaffelser som iverksettes etter lovens ikrafttredelsesdato.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett).

---

Vi **HARALD**, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) i samsvar med et vedlagt forslag.

---

## Forslag

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

#### I

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

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

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

#### § 12 *Rådgivende tvisteløsningsorgan*

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

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

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

Offentleglova får anvendelse på den virksomhet som drives av *tvisteløsningsorganet*.

Gjeldende § 7b oppheves.

Gjeldende § 8 blir § 9, som skal lyde:

#### § 9 *Beslutning om midlertidig forføyning*

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

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

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

Gjeldende § 9 blir § 10, som skal lyde:

#### § 10 *Underrettningsplikt for retten*

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

Gjeldende § 10 blir § 11.

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

#### § 16 *Forskrifter og enkeltvedtak*

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

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

Gjeldende § 11a blir § 7.

Gjeldende § 12 blir ny § 17.

Ny § 13 skal lyde:

#### § 13 *Søksmål om å kjenne kontrakt uten virkning*

*Retten skal kjenne en kontrakt uten virkning når*

- a) *kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og*
- b) *oppdragsgiver enten har*
  1. *foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,*
  2. *tildelt en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift gitt i medhold av loven, eller*

3. foretatt andre brudd på forskrifter gitt i medhold av loven som har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten, og samtidig har brutt bestemmelser om karenperiode eller suspensjon, og dette har fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse.

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

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

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

Ny § 14 skal lyde:

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

Retten skal avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr når

- a) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og
1. retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 tredje ledd, eller
  2. oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon enn de som er omfattet av § 13, eller
- b) kontrakten gjelder anskaffelser av varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene fastsatt i forskrift, og uprioriterte tjenester, og oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

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

Retten kan idømme sanksjoner som nevnt i første ledd når

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

- b) oppdragsgiver enten har

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

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

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

Ny § 15 skal lyde:

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

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

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

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

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

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

Dersom oppdragsgiver i en kunngjort konkurranse har meddelt berørte leverandører om inngåelsen av kontrakt, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b nr. 2 eller 3, § 14 første ledd bokstav

*a nr. 2 eller § 14 tredje ledd bare idømmes, når sak reises innen 30 dager fra meddelelsen er sendt.*

## II

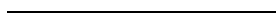
I lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner skal § 59 nr. 1 lyde:

Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Det samme gjelder avgjørelser om møter skal holdes for åpne eller lukkede

dører, jf. § 31, og avgjørelser om habilitet. Avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed er ikke gjenstand for lovlighetskontroll. *Spørsmål om det foreligger brudd på bestemmelser gitt i eller i medhold av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser kan heller ikke gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll.*

## III

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



Offentlige institusjoner kan bestille flere eksemplarer fra:  
Departementenes servicesenter  
Internett: [www.publikasjoner.dep.no](http://www.publikasjoner.dep.no)  
E-post: [publikasjonsbestilling@dss.dep.no](mailto:publikasjonsbestilling@dss.dep.no)  
Telefon: 22 24 20 00

Opplysninger om abonnement, løssalg og pris får man hos:  
Fagbokforlaget  
Postboks 6050, Postterminalen  
5892 Bergen  
E-post: [offpub@fagbokforlaget.no](mailto:offpub@fagbokforlaget.no)  
Telefon: 55 38 66 00  
Faks: 55 38 66 01  
[www.fagbokforlaget.no/offpub](http://www.fagbokforlaget.no/offpub)

Publikasjonen er også tilgjengelig på  
[www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Trykk: OFA 11/2011

