

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 inngått kontrakter kan bli ansett å være "uten virkning", idet denne rettsvirkningen bryter med alminnelig norsk kontraktsrett. Ordningen etablerer således en særregulering på området for offentlige anskaffelser.

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

2. Oppdrag

2.1. Innledning

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

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

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

Utvalget må, i samsvar med utredningsinstruksen, redegjøre for juridiske, økonomiske, administrative eller andre vesentlige konsekvenser som følger av de forslag som utvalget fremmer, samt angi kostnadsdekning av eventuelle nye eller utvidede ordninger. Konsekvensutredningen skal omfatte konsekvenser for både oppdragsgiversiden, leverandørsiden og forvaltningen for øvrig.

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

2.2. Gjennomføring av det nye håndhevelsesdirektivet

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

Det er imidlertid vanskelig å identifisere alle aktuelle problemstillinger før utredningsarbeidet er i gang. Utvalget kan derfor selv gjøre avgrensninger, presisere og utfylle ovennevnte

problemstillinger, samt ta opp andre problemstillinger som viser seg relevante under utredningsarbeidet, i forståelse med Fornyings- og administrasjonsdepartementet, jf. pkt. 6 nedenfor.

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

Utvalget skal vurdere hvordan reglene om karenstid best utformes.

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

Utvalget skal utrede hvordan reglene om suspensjonsplikt best utformes.

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

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

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

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

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

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

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

klageorgan.

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

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

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

- g) Utvalget skal vurdere hvordan oppdragsgiver umiddelbart best kan dekke sine behov i situasjoner/mellomfaser der inngåelse av en kontrakt er stoppet eller kontrakten kjennes ”uten virkning”.
- h) Utvalget skal utrede om det er særlige forhold i forsyningssektoren som tilsier andre løsninger for gjennomføring av håndhevelsesdirektivet enn de som foreslås i klassisk sektor.

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

2.3. Særlig om håndhevelsesregler for kontrakter som ikke er omfattet av innkjøpsdirektivene

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

2.4. Organisering av håndhevelsessystemet

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

Det skal utredes hvorvidt domstolen, KOFA eller begge bør utføre oppgavene som ligger til klageorganet etter håndhevelsesdirektivet.

Dersom det anbefales at KOFA gis oppgaver i henhold til håndhevelsesdirektivet, skal utvalget utrede og anbefale hvilke endringer som må foretas, herunder spørsmål om KOFAs struktur, kompetanse, saksbehandlingsregler, mv.

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

2.5. Lov- og forskriftsforslag

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

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

3. Arbeidsform

Fornyings- og administrasjonsdepartementet vil fungere som sekretariat for utvalget.

4. Offentlighet

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

5. Tidsramme

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

6. Endring av mandatet

Utvalgets mandat og sammensetning kan endres av Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

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