

KS



Offentlige anskaffelser - hva er nytt i håndhevelsesutvalgets innstilling?

Advokat Nina Ramstad Aatlo, KS Advokatene



Disposisjon

- De nye materielle reglene
- Valg av håndhevelsesmodell
- Noen spesielle utfordringer ved den nye sanksjoner uten virkning
 - Flerpartsforholdet
 - Erstatning
- Andre endringer

Utvalgets mandat

- Utrede og anbefale hvordan håndhevingsdirektivet (direktiv 2007/66/EF) skal gjennomføres i norsk rett.
- Der direktivet gir valgfrihet – vurdere fordeler og ulemper ved ulike valg
- Kan fremme forslag om andre endringer i anskaffelsesregelverket
- Utrede juridiske, administrative, økonomiske og andre konsekvenser.



Kort om dagens håndhevelsessystem

- Klage til oppdragsgiver
- Domstolen
 - Vanlige prosessregler i tvisteloven samt særregler i LOA §§ 7 og 8
 - Hvilke krav som kan fremmes avhenger av om kontrakt er inngått eller ikke
- LOA § 7a KOFA
 - Klage eller gebyr
- EFTAs overvåkingsorgan, ESA

Formålet med direktivet

- Forbedre effektiviteten av klageprosedylene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter.
 - Gi klageprosedylene mer realitet gjennom nye regler
 - Realisere de generelle hensyn som EU/EØS-rettens anskaffelsesregler skal oppfylle

Direktiv 2007/66/ EF - virkeområde

- Medfører endringer både for
 - Klassisk sektor
 - Forsyningssektoren
- Endringene langt på vei identiske
- Utvalgets flertall (7 mot 1) anbefaler at sanksjonene kun innføres for anskaffelser over EØS-terskel og ikke for uprioriterte tjenester
- Utvalgets mindretall anbefaler at sanksjonene innføres for alle anskaffelser over nasjonal terskel

Hva er nytt i direktivet?

- Obligatorisk karenstid
- Klager til håndhevingsorganet medfører suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt
- Nytt sanksjonssystem ved ulovlige direkte anskaffelser
 - Uten virkning
 - Alternativt gebyr eller avkortning eller kombinasjon

Karensperioden

Art 2a, FOA § 22-3 (3)

Obligatorisk ventetid 10/15 dager (flertallets forslag)

- Ikke rett til å inngå kontrakt i karensperioden
- Ellers ingen endring fra dagens ordning med "klagefrist"
- Men: Kontraktsinngåelse i denne perioden større konsekvenser enn før

Unntak fra kravet til karenstperiode

- **Art 2b, FOA § 22-3(4)** åpner for følgende unntak
 - Ved lovlige direkte anskaffelser
 - Bare èn leverandør
 - Ved kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger
- Utvalget foreslår innføring av alle tre unntak

Suspensjon

- FOA § 22-3, Suspensjon ved inngivelse av klage
 - Kun formelle klager til klageorganet
 - Reell forskjell fra dagens ordning med midlertidig forføyning: kun en liten tidsfremskynvning
 - Suspensjonen inntreer når oppdragsgiver er informert om klagen fra retten
 - Suspensjonen varer til første instans har fattet avgjørelse i saken
- Flertallet - innføres kun for del III
- Mindretallets forslag - for del II og del III

Nye sanksjonsmuligheter ved ulovlig direkte anskaffelser

- "Uten virkning", LOA §13, FOA § 22A-1
- Alternative sanksjoner, LOA §14, FOA § 22A-2
 - Avkortning av kontraktens lengde
 - Gebyr (bot) – størrelse som i dag
 - Kombinasjon av avkortning og gebyr

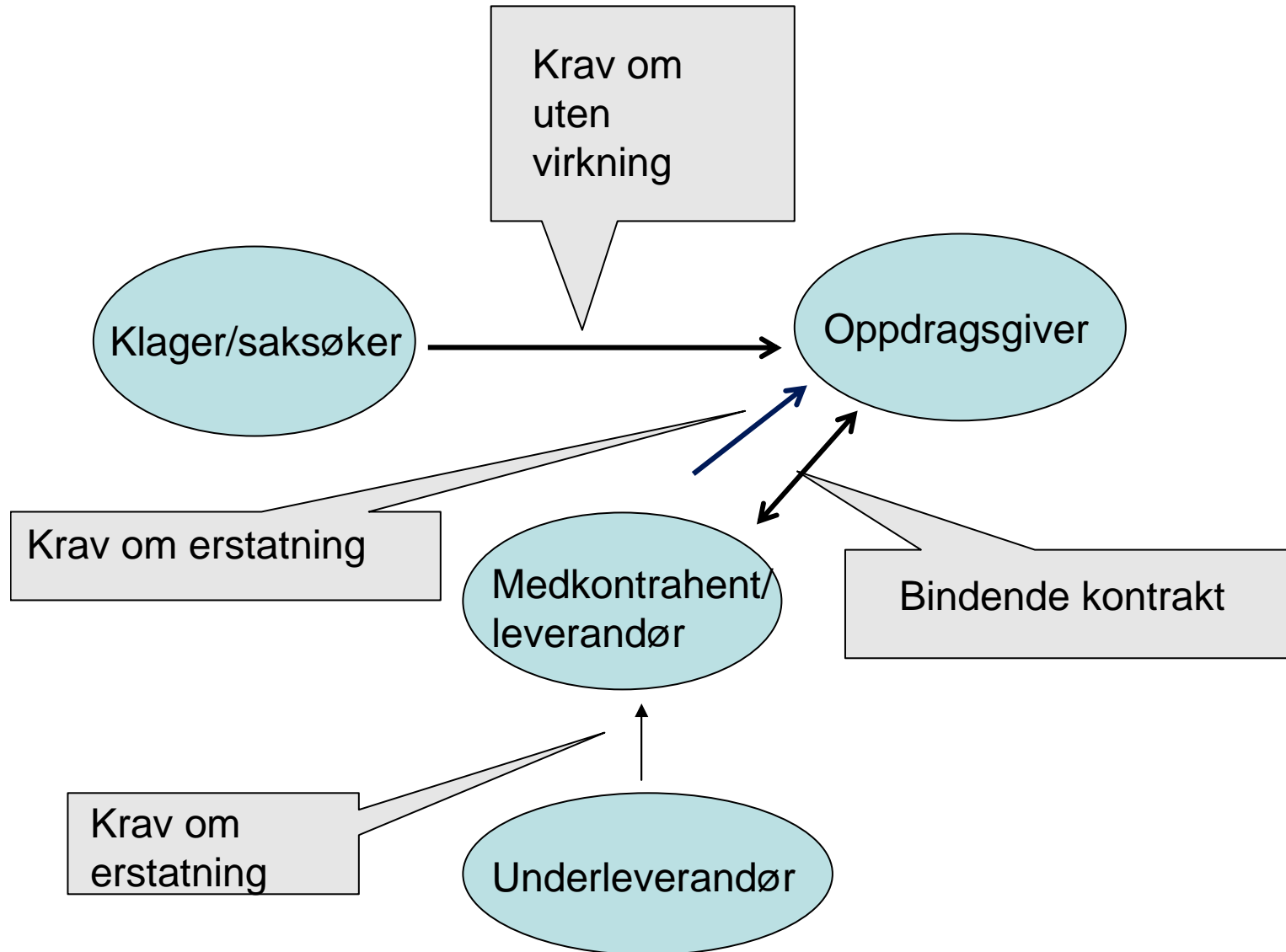
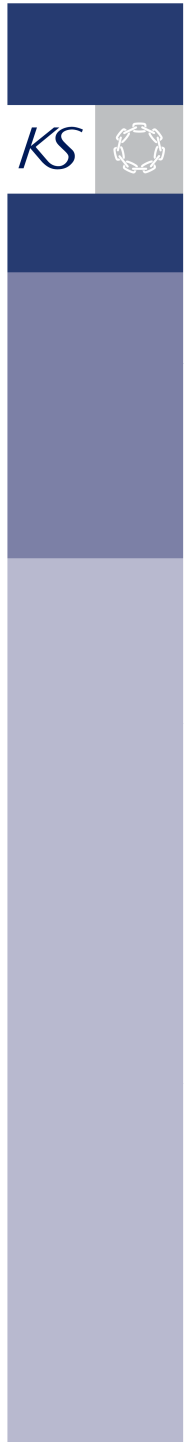
Vilkår for å kjenne uten virkning

- **Art 2d, LOA § 13 FOA § 22A-1**
 1. Ulovlige direkteanskaffelser
 2. Brudd på karenperioden og i tillegg andre regelbrudd
 3. Brudd på suspensjonen og i tillegg andre regelbrudd

Nærmere om ”uten virkning”

- NOU pkt 10.2.3 flg - Hva betyr dette?
 - Ex tunc eller ex nunc?
 - Betydning for medkontrahtenten?
 - Betydning for andre?
 - Hva med erstatning?
- Forslag til regel om dekningskjøp, FOA § 14-4 bokstav I

Involverte



Litt nærmere om erstatning

- Gjeldende rett
 - Negativ eller positiv kontraktsinteresse
 - Viss åpning for dekning av utgifter, Rt-2008 side 982
- Krav på erstatning når uten virkning?
 - Hva skal erstattes?
 - Overlates til domstolen

Unntak fra sanksjonen uten virkning

- Utgangspunkt – skal avsi dom for ”uten virkning”
 - Vesentlige hensyn til allmennhetens interesser
 - Frivillig intensjonskunngjøring
 - Tildeling av rammeavtale med mer
- Hvis vilkår for unntak
 - alternative sanksjoner avkortning, gebyr el kombinasjon

Unntak for allmennhetens interesser

- **Art 2d nr 3, loa § 13, FOA § §22A-1(2)**
 - Når vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger.
 - Domstolens rolle å fastsette grensene
 - Snever unntaksbestemmelse
 - Liv og helse er kjerneområde
 - Miljøhensyn

Frivillig intensjonskunngjøring

- **Art 2d 4, FOA §22A-1 (3), jf 18-3**
 - Når mener har hjemmel for direkte anskaffelse
 - Etter tildeling
 - Kunngjøre at kontrakt vil bli inngått
 - Minimum karenstid på 10 dg etter offentliggjøring av kunngjøringen
 - Kontrakt kan ikke inngås

Søksmålsfrister

- **NOU kap 9, art 2f, LOA §15 , FOA § 13A-2 og § 22A-3**
 - Forslag om adgang til å fastsette frist for midlertidig forføyning
 - Saksøker/ klager ,ikke plikt til å varsle oppdragsgiver først, tvl 5-2 tilstrekkelig
 - Saksøker/klager plikt til å varsel medkontrahent ifa. kopi av stevning

Forts. søksmålsfrister

- Særskilte frister ved krav om uten virkning/avkortning/gebyr
 - Ett år etter kontraktsinngåelse
 - Ved kunngjøring av resultatet, 30 dg
 - Løper fra kunngjøringstidspunktet
 - Ved intensjonskunngjøring , 30 dg
 - Løper fra meddelelsen er sendt

Klageorganet

- Art 2 krav til prosedyrene
- Hvordan skal dette best gjennomføres i norsk rett?
 - Domstolsmodell
 - Nemndsmodell
 - Blandet modell
- Flertallets forslag
 - Domstolsmodell kombinert med et rådgivende KOFA

Den store utfordringen

- I Norge etablert et system med KOFA som rådgivende organ og KOFA som gebyrorgan = dobbeltrolle
- De nye sanksjonene fører til at dobbeltrollen ikke blir så enkelt.
- Valget:
 - KOFA som rådgivende og sanksjonene til domstolen eller
 - KOFA får sanksjonene, men ikke lengre rådgivende.
- Ikke mulig å få i pose og sekk!

Andre endringer

- Endringer i reglene om begrunnelsesplikt
- Endringer i reguleringen av vedståelsesfristen
- Anbefalt endring i offentlighetsloven – endre tidspunktet for innsyn i tilbud
- Anbefalt endring i kommuneloven § 59 – bør ikke ha lovlighetskontroll for anskaffelsessaker

Endringer i begrunnelsesplikten

- **Art 2a nr 2 4.ledd, ny § 13-3, jf 11-14 og 22-3, jf 20-16**
 - Krav til skiftlighet og samtidighet
 - Kort begrunnelse
 - Redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med de gitte tildelingskriteriene
- Konsekvens av mangelfull begrunnelse
- Bestemmelse om ytterligere begrunnelse foreslått opphevet

Den videre prosess frem til ny lov

- Høringsfrist 20. september
 - Løpet er ennå ikke kjørt
 - Viktig med innspill
- Departementet skrive proposisjon
- Fra regjering til storting primo 2011
- Usikker ikrafttredelse - medio 2011?

Takk for oppmerksomheten og lykke til med skriving av høringsuttalelsene !