

HÅNDHEVELSESDIREKTIVET– NYSKAPNINGER OG PRAKTISKE KONSEKVENSER FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett
25-årsjubileum, torsdag 8. april 2010

Advokat Morten Goller, Wikborg Rein

TEMA FOR INNLEGGET

- EUs nye håndhevelsesdirektiv for offentlige anskaffelser (2007/66) skal om kort tid implementeres i norsk rett
- Direktivet medfører grunnleggende endringer i tvisteløsningen på dette rettsområdet
- Det offentlige handler for om lag NOK 270 milliarder i året, og de praktiske konsekvensene av endringene kan bli store

DISPOSISJON

- Oversikt over direktivets formål, og nyskapningene i direktivet
- Tidsplan for implementering
- Kort om dagens regler
- Nærmere om endringene i reglene
- Institusjonelle endringer i klageordningen?

FORMÅLET MED HÅNDHEVELSESDIREKTIVET

- Formålet med direktivet er å effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesreglene ved å:
 - 1) legge til rette for tvisteløsning før kontrakt inngås, og
 - 2) ramme ulovlige direkte anskaffelser

OVERSIKT OVER NYSKAPNINGER

- Klage til klageorganet (domstolene eller KOFA, avhengig av hva lovgiver beslutter) leder automatisk til **suspensjon** av adgangen til å inngå kontrakt
- Konkretisering av **karensperioden**
- Kontrakter som er inngått etter en ulovlig direkte anskaffelse skal kjennes **uten virkning**, og klageorganet skal også kunne ilegge "alternative sanksjoner"

TIDSPLAN

- EU-landenes frist for gjennomføring var 20. desember 2009
- Håndhevelsesutvalget leverer NOU 2010:2 "Håndhevelse av offentlige anskaffelser" den 16. april 2010
- Høring 2. kvartal 2010
- Ot. prp. siste halvdel 2010?
- Stortingsbehandling vinteren 2010/2011?
- Ikrafttredelse ?

DAGENS HÅNDHEVELSESREGLER (I)

- EUs eksisterende håndhevelsesdirektiver for offentlige anskaffelser stiller begrensede krav til klagesystemene
 - Tilbyderne må kunne:
 - 1) søke erstatning,
 - 2) få midlertidig forføyning,
 - 3) få dom/avgjørelse for at en beslutning er i strid med anskaffelsesreglene
- Er implementert gjennom lov om offentlige anskaffelser

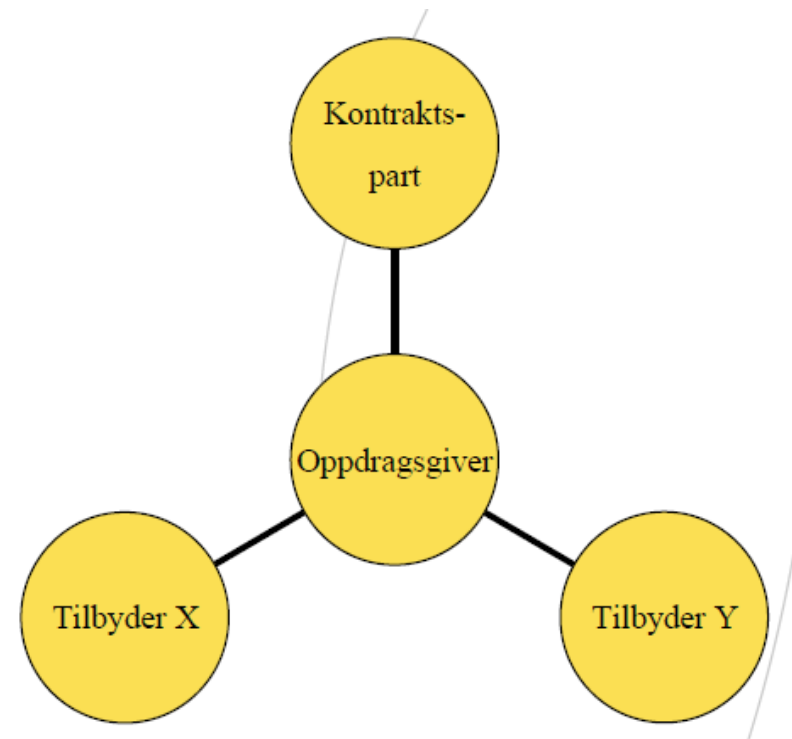
DAGENS HÅNDHEVELSESREGLER (II)

- De ordinære domstoler er klageorgan etter håndhevelsesdirektivene, og alle oppgavene etter håndhevelsesdirektivene ivaretas her
- KOFA er bare et supplerende tilbud
 - Overtredelsesgebyret er en nasjonal oppfinnelse, rettet mot ulovlige direkte anskaffelser

ENDRINGER I HÅNDHEVELSESREGLENE

BAKGRUNN (I)

- I utgangspunktet må det skilles klart mellom oppdragsgiverens lovbestemte forpliktelser etter anskaffelsesreglene, og kontraktsrettens bindinger på partene
- Inngåtte avtaler er privatrettslig bindende, uansett hvor klare brudd på anskaffelsesreglene som ligger bak
- Etter kontraktsinngåelsen er forbigåtte tilbydere henvist til erstatningssøksmål, jf lov om offentlige anskaffelser § 7



ENDRINGER I HÅNDHEVELSESREGLENE BAKGRUNN (II)

- EU baserer seg på privat håndhevelse av anskaffelsesreglene (i motsetning til f eks konkurransereglene, der man i større grad også har et myndighetsorgan). To store hindre:
 - Kontrakter inngås uten at leverandørene får mulighet til å stoppe prosessen, og etter kontraktsinngåelsen er leverandørene mindre interessert i å tviste (det er typisk høye terskler for å få erstattet fortjenestetap)
 - Intet privat incentiv for å forhindre ulovlige direkte anskaffelser; etter kontraktsinngåelse er leverandørene henvist til erstatningskrav, og i praksis umulig å få erstatning i disse tilfellene

ENDRINGER I HÅNDHEVELSESREGLENE BAKGRUNN (III)

- Det norske svaret i øyeblikket:
 - Krav om meddelelse om tildeling av kontrakt til leverandørene som har deltatt i anskaffelsen i "rimelig tid" før kontrakt inngås (FOA § 22-3): Sikrer klagemulighet der det har vært konkurranse
 - Mulighet for KOFA til å ilegge gebyr for ulovlig direkteanskaffelse (LOA § 7b): Ulovlig direkteanskaffelser er sanksjonert
- Norske myndigheter har vært veldig fornøyd med den norske løsningen, og har argumentert mot håndhevelsesdirektivets nye sanksjon for ulovlige direkte anskaffelser

ENDRINGER I HÅNDHEVELSESREGLENE BAKGRUNN (IV)

- EU har valgt en annen løsning når det gjelder ulovlige direkte anskaffelser, og introduserer rettsvirkningen uten virkning
- Kravene om karens presiseres
- Det innføres suspensjon

KARENSPERIODEN (I)

- Direktivets artikkel 2 a): Oppdragsgiver må vente minimum 10/15 dager fra meddelelse sendes ut til kontrakt inngås
 - Dette skaper få, om noen utfordringer i Norge
 - Får en fast tidsfrist, i stedet for "rimelig tid"
 - Diskusjon i utvalget om fristens lengde, 10 eller 15 dager
 - Fristens utgangspunkt blir definert → ikke slik at fristen "løper fra en tilfredsstillende begrunnelse er gitt"
 - Brudd på fristreglene kan gi grunnlag for "uten virkning"

KARENSPERIODEN (II)

- Sidevirkninger av dette:
 - Håndhevelsesutvalget ønsker å presisere tydeligere hva som skal til for at det er gitt en tilstrekkelig **begrunnelse**, og å senke kravene i forhold til det som er etablert i rettspraksis/KOFA-praksis på bakgrunn av FOA (EF-domstolen stiller helt andre krav, selv om utviklingen også her går mot strengere krav)
 - Begrepet *"tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig"* går ut av forskriften

KARENSPERIODEN (III)

- Sidevirkninger:
 - Formålet med kravene til begrunnelse og karenperioden er å gi tilbydere et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere om tildelingen er rettferdig,
 - Formålet er ikke å gi grunnlag for en granskning av om det kan finnes formfeil som f eks kan lede til avlysning
 - Håndhevelsesutvalgets flertall ønsker å begrense retten til innsyn i andres tilbud (etter offentlighetsloven) til etter kontraktsinngåelsen

SUSPENSJON (I)

- Klage (til klageorganet) innebærer automatisk suspensjon av retten til å inngå kontrakt
- Direktivets art 2 nr 3: *"Når det for et organ i første instans, der er uafhængig af den ordregivendemyndighed, indbringes en klage over en beslutning om tildeling af en kontrakt, påser medlemsstaterne, at den ordregivendemyndighed først kan indgå kontrakten, når klageinstansen har truffet afgjørelse enten vedrørende en begæring om midlertidige foranstaltninger eller en klage".*

SUSPENSJON (II)

- Suspensjonen gjelder fra klage er inngitt, og inntil det er truffet en avgjørelse i første instans
- Valg av klageorgan kan her få stor betydning:
 - Utvalgets flertall ønsker de ordinære domstoler, og i så fall kan suspensjon begrenses til begjæringer om midlertidig forføyning
 - Mindretallet vil ha forsterket KOFA; alle klager skal lede til suspensjon?

SUSPENSJON (III)

- Uansett oppstår det en del kompliserte spørsmål av mer praktisk art:
 - Hva er skjæringstidspunktet for suspensjonsvirkningen, klagetidspunkt eller forkynnelse?
 - Hvordan skal klagen bekjentgjøres, og for hvem?
 - Skal klageorganet pålegges forpliktelser mht saksbehandlingstid i lov/forskrift?
 - Muligheten for suspensjon avskjæres ved kontraktsinngåelse; når er kontrakt inngått (forholdet til alminnelig avtalerett)?

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING

INNLEDNING (I)

- Klageorganet skal ha kompetanse til å (og skal?) kjenne kontrakter som har blitt til på visse nærmere angitte måter ”uten virkning”. Direktivets art 2 d:
- ”Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivendemyndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:
 - a) hvis den ordregivendemyndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse [...] selv om dette ikke er tilladt [...]
 - b) hvis bestemmelserne i dette direktiv [om karenperiode] er overtrådt, og denne overtrædelse har frataget tilbudsgiver muligheden for at iværksettersligeskridt forud for indgåelsen av kontrakten, såfremt en sådan overtrædelse er kombinert med en overtrædelse af direktiv 2004/18/EF, og denne overtrædelsen har påvirket mulighederne for at få tildelt kontrakten for den tilbudsgiver, der klager.

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING

INNLEDNING (II)

- Begrepet "uten virkning" er bevisst valgt, for ikke å gi assosiasjoner til verken ugyldighet eller heving, og det er overlatt til nasjonale myndigheter å fastlegge det nærmere innhold i begrepet (dvs virkningene av uten virkning):
 - *"Følgerneaf, at en kontrakt anses for at være uden virkning, fastlægges i nationalret"*
- Konsekvensen er uansett at kontrakten skal settes til side (slik at den aktuelle kontrakt kommer "tilbake på markedet")

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING

INNLEDNING (III)

- I noen situasjoner kan klageorganet velge mellom uten virkning og alternative sanksjoner, dvs
 - Bøter (dette konsumerer overtredelsesgebyret)
 - Avkortning av kontraktens løpetid
- Søksmålsfrist – ett år

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING

INNLEDNING (IV)

- Anskaffelsesreglene får ved dette også en side mot leverandørene, og griper inn i den alminnelige avtaleretten
- Sanksjonen skaper store praktiske problemer:
 - Hva er konsekvensene av "uten virkning" – tilbakelevering?
 - Kan medkontrahenten får erstatning, også for fortjenestetap?
 - Skal medkontrahenten være part i søksmål?

Utvalget foreslår at sanksjonen "uten virkning" kun innføres for anskaffelser over EØS-terskelverdiene (under terskelverdiene blir det avkortning eller bot)

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING VILKÅR (I)

- En inngått kontrakt skal kjennes uten virkning hvis:
 - Kontrakt er inngått uten pliktig kunngjøring (dvs ved ulovlige direkte anskaffelser). Utfordringer:
 - Utløp av vedståelsesfrist? Foreslås regulert av utvalget
 - Oppdragsgiver trodde at et unntak var anvendelig?
 - Vesentlig endringer i inngått avtaler?

Problem: bestemmelsene åpner ikke for skyldvurdering

- Domstolene kan bare unnlate å erklære kontrakten uten virkning der omfattende samfunnshensyn tilsier det

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING VILKÅR (II)

- En inngått kontrakt skal videre kjennes uten virkning hvis:
 - Kontrakt er tildelt ved brudd mot karensperioden/-suspensjonsplikten, som har fratatt tilbyder muligheten for rettslig prøving, kombinert med regelbrudd som har påvirket muligheten for klager til å få kontrakten

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING VIRKNINGER (I)

- Opp til hvert land å fastlegge virkningene, men direktivet angir konkret at "uten virkning" enten kan gjelde for hele kontrakten (ex nunc) eller bare for forpliktelsene fremover i tid (ex tunc) med tillegg av alternative sanksjoner (i praksis bot)

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING VIRKNINGER (II)

- Utvalget foreslår at håndhevelsesorganet gis adgang til å velge om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (ex tunc) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc), men at adgangen til å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde.
 - I så fall skal det skje et etteroppgjør (kompensasjon for bruk, eller for verdireduksjon?) som er overlatt til domstolene

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING VIRKNINGER (III)

- Utvalget foreslår at erstatningsspørsmålene mellom oppdragsgiver og medkontrahenten overlates til rettspraksis, men antyder at erstatning for positiv kontraktsinngåelse vanskelig kan tenkes (i så fall kan man diskutere om kontrakten er "uten virkning")
- Også andre spørsmål knyttet til etteroppgjøret, som f eks mangelsansvar for det utførte mv overlates til rettspraksis
- Utvalget har forsøkt å legge til rette for at alle disse spørsmålene kan løses samtidig

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING SIDEVIRKNINGER

- For å unngå senere opphevelse av avtaler der oppdragsgiver reelt er i god tro (f eks mht om et unntak fra kunngjøring er oppfylt) vil det bli gitt adgang til å kunngjøre en intensjon om å foreta en direkte anskaffelse. Hvis det ikke innkommer klager, vil man deretter ikke kunne kreve "uten virkning"
- Der en kontrakt kjennes uten virkning kan det oppstå behov for dekningskjøp – ingen av unntakene i forskriften dekker egentlig dette, og utvalget foreslår en ny bestemmelse

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING HÅNDHEVELSE

- Hvordan skal dette håndheves?
- Er det sannsynlig at en leverandør vil ta ut søksmål for de ordinære domstoler med krav om uten virkning?
 - Skal man gi kompetanse til organisasjoner?
 - Skal man gi kompetanse til f eks Konkurransetilsynet?
- Har partene fri rådighet?
 - Kan oppdragsgiver forlike seg ut av saken?
 - Hvem har avgjørelsen rettskraftsvirkninger for?
 - Tvungent prosessfellesskap?

RETTSVIRKNINGEN UTEN VIRKNING

OPPSUMMERING

- Meget inngripende sanksjon
- Uklar rekkevidde
- Kostbar håndhevelse, med begrenset privat incentiv
- Blir uten virkning uten virkning?

KLAGEORGANET

INNLEDNING

- I forlengelsen av dette oppstår diskusjonen om klageorganet
- Blir det mer håndhevelse om KOFA gis kompetansen?
- Bør alle beføyelser, inkluderte alminnelige erstatningskrav mv, samles ett sted? Utvalgets flertall mener det
 - Unngå dobbeltbehandling
 - Spørsmålene kan henge sammen

KLAGEORGANET

HVILKET ORGAN?

- Flertallet ønsker domstolene
 - Krever knapt noen endringer i systemet som sådan
 - Alle rettssikkerhetsgarantier er ivaretatt
 - KOFA kan bestå som frivillig, rådgivende organ
 - MEN – blir kanskje ikke mange saker om dette?
- Mindretallet ønsker "forsterket KOFA"
 - Vil ha spesialkompetanse
 - Kan gis etterforskningskompetanse (som i dag)
 - MEN: Hvis rettssikkerhet skal ivaretas (private foretak berøres) blir dette en spesialdomstol (og Norge har ingen tradisjon for det)
 - Da færre saker også, danske Klagenevnd behandler ca 1/10 av antall saker som KOFA

OPPSUMMERING

- Håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser kan i praksis bli svekket som følge av direktivet
- Noen av de viktigste nyskapningene er egentlig sidevirkninger, ikke nødvendigvis direkte forutsatt i direktivet:
 - Ny regulering av krav til begrunnelse
 - Regulering av situasjonen der vedståelsesfristen utløper
 - Regulering av dekningskjøp
 - Overtredelsesgebyret bortfaller
 - Offentlighetslovens bestemmelser om innsyn i tilbud foreslås endret



Takk for oppmerksomheten!