

Strengere håndheving av anskaffelsesreglene

EU-direktiv 2007/66/EF, som etter planen blir gjennomført i norsk rett våren eller forsommeren 2011, vil på viktige punkter endre reglene om håndhevelse av anskaffelsesreglene i offentlig sektor og forsyningssektorene. Den viktigste endringen er at direktivet innfører bestemmelser om at kontrakter som er inngått i strid med anskaffelsesreglene kan bli kjent ugyldige. Dette medfører en styrking av forbigåtte leverandørers rettigheter, og gjør det ennå viktigere at oppdragsgivere i offentlig sektor og forsyningssektorene har god kunnskap om anskaffelsesreglene.

Av Eivind Vesterkjær og Margrét Gunnarsdóttir, Advokatfirmaet Thommessen AS



Eivind Vesterkjær er partner i Advokatfirmaet Thommessen AS og Margrét Gunnarsdóttir er advokatfullmektig i samme firma. Begge er tilknyttet firmaets avdeling for EU/EØS- og konkurranserett og arbeider mye med regelverket for offentlige anskaffelser. (Foto: CF-Wesenberg)

Direktiv 2007/66/EF tar sikte på å forbedre håndhevelsen av reglene om offentlige anskaffelser og anskaffelser i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester). Tanken er at mer effektiv håndhevelse vil medføre at etterlevelsen av reglene blir bedre.

For flere år siden gjennomførte Europakommisjonen en undersøkelse av de eksisterende håndhevelsesdirektivenes effektivitet. Undersøkelsen viste at det i mange land ikke var tilstrekkelige muligheter til å stanse inngåelsen av en offentlig kontrakt gjennom rettslige skritt. Videre viste undersøkelsen at det var

behov for strengere sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser. Direktivet ble vedtatt i 2007 som et resultat av disse funnene.

Gjennomføringen av de nye håndhevelsesreglene i nasjonal rett aktualiserer en rekke utfordringer og problemstillinger av både juridisk og praktisk art.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD) har derfor nedsatt et utvalg som skal utrede og anbefale hvordan direktivet kan gjennomføres i norsk rett. Utvalget skulle ha levert sin rapport i januar 2010, men fristen er utsatt til april 2010. FAD regner med at direktivet blir gjennomført i norsk rett våren eller forsommeren 2011.

Direktivet er allerede gjennomført i enkelte EU-land. Også i land hvor det ennå ikke er gjennomført, herunder Norge, har direktivet likevel begynt å

påvirke fortolkningen av gjeldende anskaffelsesregler. Det er derfor god grunn for både oppdragsgivere og deltakere i anbudskonkurranser til å gjøre seg kjent med direktivets regler allerede nå.

Nedenfor vil vi gjennomgå de tre mest sentrale endringene som innføres med det nye direktivet og hvilke konsekvenser de kan få.

KRAV OM KARENSPERIODE MELLOM TILDELINGSPERIODE OG KONTRAKTSIGNERING

Direktivet innfører en fast karenperiode som forbyr kontraktsinngåelse i en bestemt periode etter det tidspunkt leverandørene blir varslet om oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Karenperioden skal være minst 10 dager ved elektronisk kommunikasjon og minst 15 dager ved annen kommunikasjon. I denne perioden har oppdragsgiver ikke anledning til å under-

Thommessen er et av Norges ledende forretningsadvokatfirmaer med 270 medarbeidere, hvorav 170 er advokater og advokatfullmektiger. I tillegg til hovedkontoret i Oslo har Thommessen kontorer i Bergen og London. Thommessen dekker alle forretningsjuridiske områder, og en stor del av virksomheten er av internasjonal karakter. I tillegg bistår vi klienter i sivile saker for de alminnelige domstoler og ved voldgift. Advokatene som har skrevet denne artikkelen er tilknyttet firmaets avdeling for EU/EØS- og konkurranserett.

tegne kontrakten med den valgte leverandør. Dette skal gi andre leverandører tid og mulighet til å påklage oppdragsgivers tildelingsbeslutning.

Direktivet krever videre at tildelingsbeslutningen skal inneholde informasjon om karenstidens lengde.

Direktivet åpner for unntak fra karenskravet for kontrakter som lovlig kan tildeles uten forutgående kunngjøring av konkurranse, kontrakter der det bare finnes én leverandør og tildeling av kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

Nåværende norske anskaffelsesregler inneholder ingen fast karenstid, men krever at oppdragsgiver skal gi en skriftlig melding om hvem skal tildeles kontrakten «i rimelig tid» før kontrakten inngås, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 13-3 og § 22-3, og forsyningsforskriftens § 11-4. Dette kravet reflekterer EF-domstolens dom i sak C-81/98 (Alcatel).

I sin praksis har KOFA etter vedtaket tatt utgangspunkt i at kravet om «rimelig tid» innebærer en minstefrist på 10 dager, men at lenger frist kan være nødvendig i forbindelse med komplekse anskaffelser, se for eksempel KOFA-sak 2008/170 premiss 74-76.

For norske oppdragsgivere og leverandører innebærer derfor de nye reglene om fast karenstid egentlig bare en kodifisering av det som kan hevdes å være gjeldende rett allerede. Når norske leverandører deltar i anbuds konkurranser i andre EØS-land som ikke har hatt noen slik karenstid tidligere, innebærer imidlertid direktivet at man heretter kan forvente at oppdragsgiver vil operere

med en karenstid på minimum 10 eller 15 dager, avhengig av om kommunikasjonskjeden skjer elektronisk eller ikke, og at tildelingsbeslutningen inneholder informasjon om hvor lang karenstid vedkommende EØS-land benytter.



SUSPENSJONSPLIKT DERSOM TILDELINGSBESLUTNINGEN

ANGRIPES I KARENSTIDEN

Direktivet krever at det i nasjonal rett innføres en bestemmelse om midlertidig suspensjon dersom en leverandør klager tildelingsbeslutningen inn for et uavhengig klageorgan (som for eksempel en domstol eller KOFA). Suspensjonen innebærer at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt før klageorganet har tatt stilling til om det skal gis midlertidig forføyning eller har vurdert klagen. Denne bestemmelsen har som formål å gi nasjonale domstoler og klageorganer en reell mulighet for å behandle en klage før kontrakt inngås.

Direktivet er ikke til hinder for at enkelte land opprettholder regler om at

midlertidig forføyning er avskåret i forsyningssektoren, slik at det i stedet for midlertidig forføyning kan ilegges oppdragsgiver en mulkt for å hindre kontraktsinngåelse.

Etter nåværende norske anskaffelsesregler for klassisk sektor er forbigåtte leverandørers eneste mulighet til å stanse kontraktsinngåelse å få medhold i en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgiver før kontrakt inngås. Dersom oppdragsgiver og den valgte leverandør inngår kontrakt før domstolens avgjørelse foreligger, vil kontrakten være gyldig. I slike tilfeller må en forbigått leverandør nøye seg med å fremme et krav om erstatning mot oppdragsgiver. I forsyningssektoren kan det ikke gis midlertidig forføyning, men i stedet kan domstolene ilegge oppdragsgiver en mulkt. En begjæring om illeggelse av mulkt vil ikke stanse kontraktsinngåelse, men gir oppdragsgiveren valget mellom å rette opp eller forhindre overtredelsen eller betale mulkten.

Klage til KOFA medfører ikke noen plikt til å utsette kontraktsinngåelsen, selv om oppdragsgivere noen ganger frivillig utsetter kontraktsinngåelsen i påvente av KOFAs vurdering av saken.

KOFA har i dag ikke kompetanse til å forby kontraktsinngåelse. Derimot kan KOFA fatte vedtak om overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Overtredelsesgebyret kan tilsvare inntil 15% av anskaffelsens verdi. KOFAs vedtak om overtredelsesgebyr kan overprøves av domstolene.

Dersom man ser bort fra KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, blir håndhevelsen av anskaffelsesreglene etter dagens nor-

ske regelverk utelukkende sikret gjennom domstolene, ikke gjennom KOFA. Det er ennå uklart hvordan norske myndigheter kommer til å innføre direktivets regler om midlertidig suspensjon dersom en leverandør klager inn en tildelingsbeslutning til et uavhengig klageorgan, men FAD har varslet at det kan bli aktuelt med institusjonelle endringer i forhold til KOFA, og forholdet mellom KOFA og domstolene.

KONTRAKTER SOM ER INNGÅTT VED ALVORLIGE BRUDD PÅ INNKJØPSREGLENE, SKAL KJENNES «UTEN VIRKNING»

Direktivet innfører regler om at kontrakter som er inngått gjennom alvorlige brudd på innkjøpsregelverket, som hovedregel skal kjennes «uten virkning» av et uavhengig klageorgan. Kontrakter kan kjennes ugyldige dersom de er et resultat av en ulovlig direkteanskaffelse eller er inngått før utløpet av karenperioden eller suspensjonsperioden.

Direktivet overlater til nasjonal rett å ta stilling til de rettslige konsekvensene av at kontrakten kjennes uten virkning. Det kan således fastsettes i nasjonal rett hvorvidt kontrakten skal anses uten virkning med tilbakevirkende kraft, altså fra signeringstidspunktet, eller om den først anses uten virkning fra det tidspunkt klageorganet beslutter dette. Hvis rettsvirkningen inntreffer først på tidspunktet for klageorganets beslutning, skal dette kombineres med at det ilegges bøter eller at kontraktens varighet reduseres.

Direktivet åpner for at det i nasjonal rett kan innføres regler om at krav om at en kontrakt kjennes uten virkning må fremsettes innen 30 dager etter publisering av kontraktstildeling eller meddelelse til deltakere om tildeling, og i alle tilfeller ikke

senere enn 6 måneder etter kontraktsinngåelse.

Direktivet inneholder enkelte bestemmelser om unntak fra hovedregelen om at kontrakter inngått gjennom alvorlige brudd på innkjøpsregelverket skal kjennes uten virkning. Blant annet tillater direktivet at nasjonale regler kan bestemme at klageorganet ikke skal kunne kjenne en kontrakt ugyldig dersom vesentlige allmenne hensyn gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten. I slike tilfeller skal det anvendes alternative sanksjoner i form av bot og forkortning av kontraktsperioden.



Norsk rett inneholder i dag ikke noen regler om at brudd på anskaffelsesreglene fører til at den inngåtte kontrakt blir ugyldig. Situasjonen er tvert i mot at brudd på anskaffelsesreglene ikke har noen betydning for kontraktens gyldighet. Det kan riktignok tenkes situasjoner hvor oppdragsgiver og/eller den valgte leverandør har opptrådt på en så klanderverdige måte at kontrakten kan settes til side på avtalerettslig grunnlag, men dette vil kun være aktuelt i helt ekstraor-

dinære situasjoner og vi er ikke kjent med eksempler på at det har skjedd i anskaffelsessaker i Norge.

Inngåtte kontrakter er derfor som den klare hovedregel privatrettslig bindende, uansett hvor klare brudd på anskaffelsesreglene som ligger bak. Forbigåtte leverandører er derfor henvist til å gå til erstatningssøksmål for å oppnå erstatning for sitt tap. Dersom det var mer enn to aktuelle leverandører, vil det i slike saker sjelden være mulig for saksøkeren å sannsynliggjøre at han eller hun hadde blitt tildelt kontrakten dersom anskaffelsesreglene var blitt etterlevd. Det betyr at i praksis vil forbigåtte deltakere i anbudskonkurranser normalt bare vil kunne kreve erstattet eventuelle utgifter forbundet med deltakelse i anbudskonkurransen, den såkalte negative kontraktsinteressen, og eventuelt utgifter forbundet med forsøkene på å stanse den rettsstridige kontraktstildeling.

Dette endres når direktivet gjennomføres i norsk rett. Da vil kontrakter som er inngått etter alvorlige brudd på anskaffelsesreglene kunne kjennes uten virkning gjennom en klageprosess. At en kontrakt kjennes uten virkning kan ha alvorlige konsekvenser både for oppdragsgiver og for den valgte leverandør, og kan gi opphav til kompliserte rettslige, praktiske og økonomiske spørsmål. Oppdragsgiver vil også kunne pådra seg erstatningsansvar både overfor den valgte leverandør (som mister kontrakten) og leverandører som eventuelt ble forbigått (som har hatt utgifter forbundet med deltakelse i konkurransen og stansing av den lovstridige kontraktsinngåelsen).

Det gjenstår å se hvorvidt kompetansen til å treffe slike avgjørelser legges til dom-

stolene, KOFA eller begge, og i hvilken grad lovgiver i den forbindelse tar stilling til de mange problemstillinger som vil kunne oppstå i forbindelse med slike saker.

HVILKE KONSEKVENSER VIL DE NYE REGLENE FÅ FOR OPPDRAGSGIVERE OG LEVERANDØRER?

Reglene om fast karenperiode og suspensjonsplikt dersom en deltaker i konkurransen inngir klage til et uavhengig klageorgan er i første rekke «ordensregler» som vil bidra til ryddigere og mer forutsigbar gjennomføring av anskaffelsesprosesser, og en reell mulighet til å stanse kontraktsinngåelse i strid med reglene.

Det nye kravet om at kontrakter skal kjennes «uten virkning» dersom de er inngått etter alvorlige brudd på anskaffelsesreglene representerer derimot en grunnleggende endring i norsk rett, ikke bare hva angår anskaffelsesreglene, men også i den alminnelige kontraktsrett. Det utvalget som FAD har nedsatt, skal derfor blant annet utrede hvordan dette skal gjennomføres, og de rettslige konsekvensene av at en kontrakt anses for å være uten virkning. Uansett hvor grundig utvalget og senere FAD utreder dette, er det grunn til å regne med at mange av problemstillingene som vil oppstå, først blir avdekket og avklart gjennom praksis i enkeltsaker etter at de nye reglene har trådt i kraft våren eller forsommeren 2011.

Det er derfor grunn til å anbefale oppdragsgivere og leverandører å sette seg godt inn i de nye reglene i god tid før dette.

Fordi de nye reglene innebærer at brudd på regelverket kan medføre stansing av anskaffelsesprosessen og dramatiske øko-

nomiske og praktiske konsekvenser dersom en inngått kontrakt kjennes ugyldig, er det grunn til å anbefale oppdragsgivere å styrke sin kompetanse innen anskaffelsesreglene, innkjøpshåndtering og kontraktsrett. Det kan også være en god idé å planlegge anskaffelsesprosesser slik at ikke stramme tidsrammer øker risikoen for brudd på anskaffelsesreglene. Videre kan det være fornuftig å foreta en ekstra kvalitetsjekk før man baserer seg på opsjoner og fornyingsklausuler i eksisterende avtaler, slik at bruk av denne type mekanismer ikke medfører at man i realiteten gjennomfører en ulovlig direkteanskaffelse.

I dag vil en forbigått leverandør som påklager en anbudskonkurranse, ofte oppleve at oppdragsgiver inngår kontrakten før klageren har fått klarhet i hvorvidt det var begått brudd på anskaffelsesreglene. Dersom leverandøren forfølger bruddet i ettertid, vil resultatet sjelden bli noe mer enn erstatning for utgifter forbundet med deltakelse i anbudskonkurransen – den såkalte negative kontraktsinteressen. Etter de nye reglene vil en forbigått leverandører i langt flere tilfeller kunne oppnå full «omkamp» om den aktuelle leveranse, noe som trolig vil gi leverandører en betydelig større motivasjon for å forfølge mulige brudd på anskaffelsesreglene.

Selv om etterlevelse av anskaffelsesreglene i utgangspunktet er oppdragsgivers ansvar, er det grunn til å tro at risikoen for at en inngått kontrakt kjennes ugyldig heretter vil gi deltakerne i en anbudskonkurranse interesse i å påse at oppdragsgiver ikke begår brudd på anskaffelsesreglene. Det er jo svært lite fristende å bruke store ressurser på å vinne en anbudskonkurranse og deretter tilpasse organisasjonen til å oppfylle

kontrakten, dersom man risikerer at kontrakten deretter kjennes ugyldig. Muligheten til å kreve erstatning fra oppdragsgiver vil i slike tilfeller kunne være en nokså mager trøst.

Foreløpig er mye uklart i forhold til hvordan det nye direktivet vil bli implementert i norsk rett. Det som er sikkert er imidlertid at:

- Direktivets regler vil bli gjennomført i norsk rett ved endringer i lov og forskrift om offentlige anskaffelser, trolig fra våren eller forsommeren 2011.
- Det vil bli innført en minste karenperiode på 10/15 dager mellom kontraktstildeling og kontraktsinngåelse.
- Dersom en deltaker i konkurransen angriper tildelingsbeslutningen i karenperioden, skal anskaffelsesprosessen suspenderes.
- Kontrakter som er inngått gjennom alvorlige brudd på innkjøpsregelverket vil bli kjent «uten virkning».

Det er videre en ganske sikker spådom at kunnskap om anskaffelsesreglene heretter vil være ennå viktigere enn tidligere. Dette gjelder for det første for oppdragsgivere, som må sikre seg mot at anbudskonkurranser stanses eller inngåtte kontrakter kjennes uten virkning, med potensielt store økonomiske og praktiske konsekvenser som resultat. Men det gjelder også for leverandører, som gjennom direktivet for det første får nye og betydelig mer virkningsfulle muligheter til å stanse brudd på anskaffelsesreglene, og for det andre får en egeninteresse i å sikre at anbudskonkurransene de vinner er gjennomført i henhold til regelverket.