

Nærings- og fiskeridepartementet

Sendt per e-post til postmottak@nfd.dep.no

DERES REF.: 24/3624

VÅR REF.: 336762

DATO: 31. august 2024

Høring NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser

1 Innledning

Advokatforeningens tillitsvalgte advokater utfører et omfattende frivillig og ulønnet arbeid for å ivareta rettsstaten, rettsikkerheten og menneskerettighetene. En del av dette arbeidet består i å utarbeide høringsuttalelser.

Advokatforeningens høringsarbeid er organisert i 27 lovutvalg og 13 faste utvalg, oppdelt etter særskilte rettsområder og rettslige interesseområder. Om lag hundre høringsuttalelser utarbeides av Advokatforeningens tillitsvalgte advokater hvert år.

Alle våre høringsuttalelser er forfattet av advokater med ekspertise innenfor det rettsområdet som lovforslaget gjelder. En ekspertise som ikke er hentet kun fra juridisk teori, men fra advokatenes praktiske erfaring med å bistå sine klienter – i den norske rettsstatens hverdag. Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Advokatforeningens ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover.

2 Sakens bakgrunn

Vi viser til høringsbrev og høringsnotat fra Nærings- og fiskeridepartementet, med høringsfrist 31. august 2024.

Høringen gjelder forslag anskaffelsesutvalgets andre delutredning til ny lov om offentlige anskaffelser og knytter seg til sikkerhet og beredskap, lokale og regionale leverandører, åpenhet om eierskap og skatt, geografisk virkeområde, avvisning, håndhevingssystemet, herunder forholdet til håndhevsingsdirektivet, samt lov om forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktsdirektivet,

Dette høringssvaret er i hovedsak utarbeidet av Advokatforeningens lovutvalg for konkurranserett og lovutvalget for forvaltningsrett. Lovutvalget for konkurranserett består av Helge Stemshaug (leder), Thea Susanne Skaug, Hallgrim Fagervold, Kristin Hjelmaas Valla, Eivind Johannes Vesterkjær og Line Voldstad. Hallgrim Fagervold er oppnevnt nemndsmedlem i Klagenemnda for offentlige anskaffelser som også har inngitt egen uttalelse i tilknytning til lovforslagets virkninger for nemnda og dens arbeid. Lovutvalget for forvaltningsrett består av Kristian Brandt, Fredric Holen Bjørdal, Knut Erik Marthiniussen Harjang, Siv Myvold-

Torsnes og Jørgen Aandal Vangsnes. Alle har lang erfaring og god kompetanse innenfor de aktuelle rettsområder.

Advokatforeningen vil innledningsvis i punkt 3 knytte enkelte generelle bemerkninger til utredningen og forslaget. I punkt 4 vil særskilte merknader knyttet til høringen og høringsforslaget tas opp, herunder beslutningskompetanse som er foreslått gitt til klagenemnda for offentlige anskaffelser og behovet for generelle prosess- og saksbehandlingsregler, klage som prosessforutsetning, nye foreslåtte oppgaver til Konkurransetilsynet, samt enkelte håndhevingstekniske forhold.

3 Generelle bemerkninger

Delutredningen er omfattende og introduserer forslag til omfattende og prinsipielle endringer, særlig i tilknytning til håndhevelse. Anskaffelsesutvalget har utvilsomt nedlagt omfattende arbeid, men på kort tid. Advokatforeningen oppfatter generelt at det er uheldig at det ikke settes av tilstrekkelig tid og/eller settes uforholdsmessig korte tidsrammer og frister for denne type utredninger, særlig på rettsområder – som anskaffelsesretten – hvor regelverket er sammensatt av EU/EØS-regelverk og særnorske regler og skal ivareta en rekke hensyn.

Premisset for utredningsarbeidet, og et forhold som en utredning etter Advokatforeningens syn burde ha vært berørt, er bakgrunnen for og behovet for særnorske regelverksendringer som innføres uavhengig av regelverksutviklingen i EU. Det forventes nå at EU selv vil initiere endringer i anskaffelsesdirektivene/regelverket på bakgrunn av en revisjonsrapport som avdekker at målene med forrige revisjonsrunde og direktivene fra 2014 ikke har fungert etter sin hensikt, jf. Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU.¹ Det vises også til Regjering 27. august 2024 har orientert om muligheten for å bidra til utforming av EUs regelverk om offentlige anskaffelser hvor det skal nedsettes en ekspertgruppe som vil spille en viktig rolle i arbeidet med å revidere EUs regler om offentlige anskaffelser.² EUs anskaffelsesdirektiver er EØS-relevante og eventuelle endringer fra EUs side vil måtte implementeres i norsk rett. Advokatforeningen oppfatter at revisjonsrapporten og forventningen om endringer på EU-nivå i seg selv gir grunn til å stille spørsmålet om det er riktig tidspunkt og/eller hensiktsmessig med en fullstendig revisjon og betydelige endringer i Norge nå. Advokatforeningens bemerker videre at funn i revisjonsrapporten heller ikke synes tilstrekkelig drøftet og hensyntatt i utredningen.

Den foreslåtte felles anskaffelsesloven har som formål å være et forenklingstiltak. Samtidig er lovforslaget omfattende, særlig sett hen til forslagene til nye lover om henholdsvis forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter. Reguleringene fremstår slik Advokatforeningen ser det fortsatt som sammensatte og slik at det fortsatt vil være utfordrende å manøvrere og enkelt kunne se sammenhengene i regelverket. Advokatforeningen minner i denne sammenheng om at hovedvekten av brukerne, pliktsubjektene og rettighetshaverne, altså oppdragsgivere og leverandører, ikke har juridisk utdanning. Advokatforeningen oppfatter det også som uheldig at forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kun delvis er gjenstand for oppdatering når enkelte (andre) deler av denne forskriften inneholder regler som er annerledes utformet enn de øvrige forskriftene og fremstår som foreldet med tanke på avklaringsadgangen, avvisningsbestemmelsene, ESPD-skjema mv. sammenlignet med anskaffelsesdirektivene fra 2014/øvrige deler av regelverket.

Videre stiller Advokatforeningen spørsmål ved om det er riktig, slik utvalget gir uttrykk for, at hensynet til nasjonal sikkerhet ivaretas tilstrekkelig i det regelverket som finnes i dag. Advokatforeningens oppfatning er at gjennomføring av sikkerhetsgraderte anskaffelser eller anskaffelser hvor sikkerhetshensyn er sentrale, ikke er

¹ Tilgjengelig her: https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-28/SR-2023-28_DA.pdf

² <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/invitasjon-fra-europakommisjonen-til-soknad-om-deltakelse-i-ekspertpanel-om-offentlige-anskaffelser/id3051490/>

klart og godt regulert. Etter Advokatforeningens syn ville det vært en fordel om sikkerhetsloven og anskaffelsesregelverket hadde vært bedre harmonisert, herunder med hensyn til begrepsbruk.

Advokatforeningen er enig i at det vil være hensiktsmessig, slik utvalget foreslår, at sikkerhet inntas i formålsbestemmelser, samt at det utarbeides nye veiledere. Særregler for *gjennomføring* av sikkerhetsgraderte anskaffelser burde imidlertid ideelt sett vært inntatt i anskaffelsesregelverket, mens vilkårene for når en anskaffelse skal gjennomføres i samsvar med disse reglene gjerne kan fremgå av sikkerhetslovgivningen. Dette vil sikre at sikkerhetsaspektene tilpasses den særegne anskaffelsesprosessen, både med tanke på begrepsbruk og bevissthet på de ulike fasene i prosessen. Advokatforeningen er videre av den oppfatning at det med fordel kunne vært gitt mer konkrete forslag til kvalifikasjonskrav som kan benyttes for å ivareta sikkerhetshensyn.

4 Særskilte merknader til høringer og til høringsforslaget

4.1 Økt myndighet til Klagenemnda for offentlige anskaffelser – behov for generelle saksbehandlingsregler for nemnder med beslutningskompetanse

4.1.1 Innledning

Anskaffelsesutvalgets anbefaler at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) gis økt myndighet, ved at KOFA skal gå fra å være et rådgivende organ til å være et beslutningsorgan; KOFAs avgjørelser skal gjøres bindende³. I tillegg foreslår utvalget at inngivelse av klage til KOFA innen utløpet av karenperioden skal medføre suspensjonsvirkning slik at den offentlige oppdragsgiveren ikke kan inngå kontrakt før KOFA har kommet med sin avgjørelse.⁴

4.1.2 Overførsel av myndighet fra domstolene til KOFA

Advokatforeningen støtter ikke utvalgets forslag om å overføre håndhevingen av anskaffelsesregelverket fra domstolene til KOFA.

Anskaffelsesutvalgets forslag føyer seg inn i en rekke og en trend hvor beslutningskompetanse i større grad legges til nemnder fremfor domstolene, eller en form for generell «byråkratisering» av saker og vurderinger som ellers ville tilligget domstolene.

Grunnlovens konstitusjonelle utgangspunkt er at avgjørelser av tvister ligger til domstolene. Prinsippene om allmenndomstoler og generalistdommere står sterkt i norsk rett og betraktes som en garanti for uavhengige domstoler, rettsenhet og domstolenes kommunikasjon med omverdenen. Utviklingen de siste tiårene har likevel vært at stadig flere tvister løses av klagenemnder og tvisteløsningsnemnder. [Domstolkommisjonen pekte i sin andre delutredning](#) på betenkelighetene ved en slik utvikling, og problemstillingen var også hovedtema under [Advokatforeningens årstale 2021](#).

Det vises for øvrig til [Dommerforeningens høringsuttalelse](#) til NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser som Advokatforeningen er enig i.

³ Se eksempelvis utredningens punkt 2.1.2.

⁴ Lovforslagets § 26-3

4.1.3 Forbedring av KOFAs saksbehandling

Dersom departementet likevel velger å gå videre med å overføre økt myndighet til KOFA, vil Advokatforeningen påpeke at det samtidig forutsetter en saksbehandling og et resultat en har tillit til. Særlig gjelder dette dersom det i liten eller mindre utstrekning vil være aktiv overprøving av KOFAs avgjørelser i domstolene. Utredningens punkt 21.6 om konsekvenser for KOFAs organisering og saksbehandling tar i liten grad inn over seg at myndigheten til KOFA utvides betydelig. Det er slik Advokatforeningen ser det foruroligende at det gis uttrykk for at *"Utvalget ser ikke behov for større endringer i KOFAs organisering eller saksbehandling, og heller ikke mer enn en relativt beskjeden økning av nemndas budsjett"*. Det er Advokatforeningen ikke enig i.

Advokatforeningen fremhever at skriftlig saksbehandling kan være effektivt, men mener det samtidig er bekymringsfullt at det er uklart hvordan dokumentasjon inngitt til KOFA anses som dokumentert. Det bør vurderes om saksbehandlingen skal legges opp tilsvarende tvisteloven med tanke på avsluttet saksforberedelse, bevispålegg og bevis tilgang. I dag erfarer Advokatforeningen at det fra partenes side oppleves som uklart i hvilken utstrekning nemndsmedlemmene går inn i underliggende dokumentasjon all den tid det er sekretariatet som utarbeider et utkast til avgjørelse.

Enkelte saker vil være bedre egnet for avgjørelse i KOFA enn andre. Den skriftlige saksbehandlingsformen medfører eksempelvis at saker som knytter seg til anførsler om taktisk prising hvor markedsinnsikt er nødvendig, er krevende både for partene og KOFA. Tilsvarende gjelder spørsmål som krever teknisk innsikt ikke minst hvor dokumentasjonens troverdighet er et poeng i seg selv. Det er fremhevet i flere saker at den skriftlige saksbehandlingsformen gjør vurderingen utfordrende for KOFA, noe som kan svekke tilliten til slike avgjørelser.⁵

Saksbehandlingsformen må være innrettet slik at den innbyr til tillit. Det bør derfor utformes klarere og etterprøvbare saksbehandlingsregler for KOFA, herunder saksbehandlingsregler som tydelig ivaretar partenes rett og mulighet til kontradiksjon der nye forhold adresseres ved avsluttet saksforberedelse. Ved partenes saksavslutning bør det kunne gis en indikasjon på når en avgjørelse vil foreligge eller når saken er satt opp til nemndsbehandling.

Etter Advokatforeningens vurdering bør det vurderes om KOFA skal kunne styre prosessene i større grad enn i dag, gjennom aktiv saksstyring. Det er særlig sentralt å få klarlagt partenes anførsler på et tidlig tidspunkt. Dette vil kunne redusere omfanget av sakene og virke ressursbesparende for alle parter.

Etter Advokatforeningens syn er dagens ordning med at klage og etterfølgende partsinnlegg utveksles på e-post uhensiktsmessig, både med tanke på at det er begrenset adgang til å vedlegge større filer, og at mottak ofte er usikkert. I tillegg er e-post ikke egnet for utveksling av taushetsbelagt informasjon. KOFA bør ta i bruk Domstolenes aktørportal eller lignende hjelpemiddel for å sikre god samhandling mellom aktørene.

Utvalget foreslår at sakskostnadene begrenses til 100 000 kroner uavhengig av størrelsen på den enkelte kontrakt og spørsmålene saken reiser. Dette fremstår som lite gjennomtenkt dersom KOFA skal være et reelt alternativ til en tvisteprosess. Sakskostnadsreglene bør etter Advokatforeningens syn tilpasses sakens størrelse, eksempelvis etter retningslinjer fra småkravprosessen. Videre bør det vurderes om også oppdragsgiver skal kunne kreve sakskostnader i større utstrekning enn forslaget legger opp til.

⁵ Se eksempelvis KOFA sak 2020/144 hvor det i avsnitt 38 uttales: "Denne saken er riktig nok teknisk komplisert, men i lys av den høye terskelen for avvising, finner ikke klagenemnda grunn til å avvise klagen i sin helhet. Klagenemnda prøver saken med de begrensninger som følger av skriftlig saksbehandling."

Dersom klage til KOFA gis oppsettende virkning og nemnda skal avsi bindende avgjørelser, er det nærliggende å anta at sakstilfanget vil øke. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid er i dag om lag tre måneder, og for å være et reelt alternativ til domstolene, bør ikke saksbehandlingstiden være lenger enn for domstolene. Etter Advokatforeningens syn korresponderer ikke dette med utvalgets uttalelse om at endringene ikke vil kreve mer enn en "*relativt beskjeden økning av nemndas budsjett*".

Advokatforeningen bemerker at betraktningene ovenfor gjør seg gjeldende generelt for nemnder som har eller gis beslutningskompetanse. Advokatforeningen er på generelt grunnlag positiv til at flere får prøvet sin sak, men understreker at det forutsetter rammer rundt prosess og saksbehandling som gir tilstrekkelig tillit til saksbehandling og resultat. Advokatforeningen erfarer at det ikke alltid er tilfelle for alle de mange titalls nemnder man har i norsk forvaltning. Etter vår oppfatning bør flere av disse sakene heller avgjøres i domstolene. I lys av dette anbefaler Advokatforeningen derfor at det nedsettes et eget offentlig utvalg med mandat til å utrede og foreslå generelle prosess- og saksbehandlingsregler for nemnder med beslutningskompetanse.

4.2 Særskilt om suspensjon ved klage

Lovforslagets § 26-3 gir suspensjonsvirkning ved inngivelse av klage til KOFA innen utløpet av karensperioden. Et slikt tiltak er, slik Advokatforeningen ser det, isolert sett viktig for å sikre reell håndheving.

Utredningen synes imidlertid i liten utstrekning å vurdere det økte sakstilfang som kan forventes med den foreslåtte endringen – særlig når det fremheves at det kun vil være behov for en beskjeden økning av KOFA's budsjett.⁶

Etter Advokatforeningens syn er det derfor et spørsmål om det er hensiktsmessig at alle klager skal ha suspensiv kraft. Regelen om at KOFA kan oppheve den suspensive kraften, vil i praksis innebære at det må gjennomføres en innledende prøving av saken. Det bør vurderes hvorvidt dette er praktisk gjennomførbart, og om det bør gis nærmere retningslinjer for hvilke situasjoner det er aktuelt å oppheve suspensjonen og hvordan saksbehandlingen skal være i slike tilfeller.

Advokatforeningen påpeker for ordens skyld at forslaget ikke er klart med tanke på situasjonen hvor det er klaget før en tildeling, men klagen ikke er besvart på tildelingstidspunktet, eksempelvis på en avvisning eller for så vidt andre feil i anskaffelsesprosessen. Det bør være tydelig regulert hvorvidt en klage som ikke er ferdigbehandlet før tildeling automatisk medfører at suspensjonsvirkning inntreffer eller om kreves det ny klage etter tildeling/i karensperioden.

4.3 Klage som prosessforutsetning

Lovforslagets § 28-2 (2) forutsetter at leverandøren, før det kan fremsettes krav om erstatning for brudd, har forsøkt å stanse kontraktsinngåelsen gjennom klage til KOFA eller ved inngivelse av begjæring om midlertidig forføyning til domstolen etter lovforslagets § 25-2 (2).

Advokatforeningen reiser spørsmål ved en slik regel er nødvendig eller velbegrunnet. Advokatforeningen mener det fremstår prinsipielt betenkelig at KOFA ved forutgående klage reelt sett ikke bare blir førsteinstans, men tilsynelatende bindende avgjør om det er grunnlag for erstatningskrav for de påberopte feil (om det foreligger brudd og dermed ansvarsgrunnlag).

⁶ Jf. utredningens punkt 26.1.

Det er heller ikke klart hva som skal til for at prosessforutsetningen skal anses oppfylt. Eksempelvis er det slik Advokatforeningen ser det, ikke klart om det vil være tilstrekkelig å klage på en avvisning for en avvist leverandør eller om også tildelingen må påklages.

Advokatforeningen nevner i den forbindelse at en utfordring for potensielle klagere er at tilstrekkelig innsyn ikke er oppnådd i karensperioden. Etter foreningens syn mangler utredningen en tilstrekkelig drøftelse av dette perspektivet. Slik Advokatforeningen ser det, innebærer det at klage som prosessforutsetning fremstår som betenkelig. Grunnlaget for erstatning, altså regelverksbruddet, vil ikke kunne vurderes før nødvendig innsyn er oppnådd.

Det er nærliggende, slik Advokatforeningen ser det, at forslaget om å innføre klage til KOFA som en forutsetning for senere erstatningssøksmål vil medføre flere klager til KOFA for å sikre muligheten for senere erstatningssøksmål.

Etter Advokatforeningens erfaring er dagens praksis i KOFA at innsynskrav ikke behandles, under henvisning til at dette følger et forvaltningsrettslig spor.⁷ En slik praksis synes vanskelig å forene med at etterprøvnbarhet er et grunnleggende prinsipp i anskaffelsesregelverket. Etter Advokatforeningens vurdering bør KOFA aktivt håndheve innsyn i relasjon til de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene om etterprøvnbarhet og reell og effektiv håndheving. Sammenhengen mellom innsyn og anskaffelsesregelverkets krav til etterprøvnbarhet og håndhevingssystem er dessuten løftet frem i nyere praksis fra EU-domstolen.⁸ Innsynsspørsmål i anskaffelsessaker kan følgelig ikke behandles som et forvaltningsrettslig spor løsrevet fra saksbehandlingen i KOFA.

Videre oppfatter Advokatforeningen at det er som uklart om det etter lovforslaget er tilstrekkelig å inngi en klage til KOFA for å ha erstatningskravet i behold, eller om det er knyttet til anførslene som begrunner erstatningskravet. Dette er slik Advokatforeningen ser det ikke tilstrekkelig belyst i delutredningen. Advokatforeningen understreker under enhver omstendighet. I lys av spørsmål og utfordringer knyttet til innsyn, og det forhold at klage til KOFA må inngis innen utløpet av karensperioden, understreker Advokatforeningen at det vil være uheldig om ikke nye anførsler kunne begrunne et erstatningskrav i et senere søksmål.

4.4 Konkurransetilsynets nye oppgaver

Det foreslås at Konkurransetilsynet tillegges nye oppgaver og dermed gis utvidet/ny myndighet. Lovforslaget § 25-3 innebærer at Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med at offentlige oppdragsgivere overholder kunngjøringsplikten og at enhver har mulighet til å anonymt kan klage til Konkurransetilsynet. Forslaget om tilsyn med kunngjøringsplikten, er etter Advokatforeningens syn hensiktsmessig siden det vil gi økt grad av transparens hos offentlige oppdragsgiveres anskaffelsespraksis. Samtidig savnes ytterligere drøftelser på hvordan slikt tilsyn er tiltenkt, herunder utstrekningen av Konkurransetilsynets tilsyns- og undersøkelsesplikt, samt hvorvidt det er hensiktsmessig at slikt tilsyn ivaretas av Konkurransetilsynet.

⁷ Se eksempelvis KOFA sak 2019/471 hvor det i avsnitt 52 uttales: "En avgjørelse om nektet innsyn skal etter systemet i offentliglova § 32 (1) og forvaltningsloven § 28 (1) påklages til det organet som er nærmest overordnet det organet som har nektet innsyn i førsteinstans. Klagenemnda er ikke et ytterligere overordnet klageorgan for innsynsbegjæringer, jf. eksempelvis sak 2018/125 premiss 69. Anførselen om brudd på regelverket grunnet unnlatt innsyn avvises derfor for behandling av nemnda, f. klagenemndsforordningen § 9."

⁸ Jf. C-54/21 hvor det i avsnitt 50 uttales: "Når dette er sagt, skal prinsippet om beskyttelse av fortrolige opplysninger forenes med kravene om en effektiv domstolsbeskyttelse. Med henblik herpå skal forbudet i artikkel 21, stk. 1, i direktiv 2014/24 afvejes med det generelle prinsipp om god forvaltningsskikk, hvoraf begrundelsespligten er afledt. Denne afvejning skal bl.a. tage hensyn til den omstændighed, at når der ikke foreligger tilstrækkelige oplysninger til, at en afvist tilbudsgiver kan kontrollere, om den ordregivende myndigheds afgørelse om tildelingen af kontrakten var behæftet med eventuelle fejl eller ulovligheder, får denne tilbudsgiver i praksis ikke mulighed for at udnytte sin ret til en effektiv klageadgang, som er omhandlet i artikkel 1, stk. 1 og 3, i direktiv 89/665 "

Lovforslaget § 25-3 gir også Konkurransetilsynet myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlige direkteanskaffelser. Konkurransetilsynet kan videre fremme sak for KOFA om at en kontrakt skal kjennes "uten virkning". Disse forslagene er en naturlig følge av Konkurransetilsynets foreslåtte tilsyn med overholdelse av kunngjøringsplikten hos offentlige oppdragsgivere, men forutsetter en hensiktsmessig dynamikk og samarbeid mellom Konkurransetilsynet og KOFA som ikke er tilstrekkelig drøftet. Gebyrmyndigheten tillagt Konkurransetilsynet kan dessuten medføre en risiko for avvikende praksis siden også KOFA og domstolene skal ha slik myndighet. Advokatforeningen anbefaler at disse forholdene vurderes nærmere i det videre arbeidet med mulige regelverksendringer.

4.5 Håndhevingstekniske forhold

Etter lovforslagets § 27-1 skal KOFA ha myndighet til å kjenne en kontrakt "uten virkning". Etter hva Advokatforeningen er kjent med, har det vært relativt få saker i domstolene om å kjenne en kontrakt uten virkning. Advokatforeningen anser det derfor som et positivt tiltak at også KOFA kan kjenne kontrakter "uten virkning" for å sikre effektiv håndheving av de mest alvorlige sakene som knytter seg til ulovlige direkteanskaffelser.

Sanksjonen "uten virkning" er inngripende og innebærer i realiteten heving eller ugyldiggjøring av kontrakten. Utfordringene knyttet til saksbehandlingsformen som løftet frem i punkt 4.1. over må derfor etter Advokatforeningens syn hensyntas dersom KOFA skal gis slik myndighet.

Sanksjonen "uten virkning" er i dagens anskaffelseslov § 15 (4) gjenstand for en preklusiv frist som innebærer at "uten virkning" kun kan idømmes (av domstolene etter dagens regler) dersom søksmål reises innen to år etter at kontrakt er inngått. I lovforslaget § 27-5 (4) er denne preklusive fristen foreslått redusert til seks måneder.

Denne reduksjonen i frist kan være forståelig for de åpenbare tilfellene av ulovlig direkteanskaffelser, der en kontrakt som er kunngjøringspliktig ikke er kunngjort. Der det er tale om vesentlige endringer av en kontrakt vil derimot en så kort frist etter Advokatforeningens syn være uegnet.

Vesentlige endringer i inngåtte kontrakter utgjør også ulovlige direkteanskaffelser.⁹ Slike endringer vil ikke nødvendigvis kunne la seg konstatere innen verken to år eller seks måneder, eksempelvis hvor miljøhensyn premiert ved tildeling ikke overholdes i den faktiske gjennomføringen, milepælene i større anleggsprosjekter blir endret underveis, eller betydelige suppleringer gjøres i langvarige IT-kontrakter.

En reduksjon av søksmålsfristen fra to år til seks måneder vil i disse tilfellene medføre at "uten virkning" i mange tilfeller ikke vil være tilgjengelig som sanksjon.

Det er verken klart etter foreliggende regelverk og praksis eller etter forslaget når fristen løper fra for vesentlige endringer i kontrakter, og det er gode grunner for å ikke ha en frist for håndheving i slike tilfeller. Hensynet til den opprinnelige konkurransesituasjon, og de grunnleggende krav taler etter Advokatforeningens syn med styrke for at vesentlige endringer av kontrakten også bør kunne sanksjoneres "uten virkning" etter utløpet av seks måneder (eller to år etter dagens regel).

⁹ Se eksempelvis KOFA sak 2022/548 hvor det i avsnitt 54 uttales: "En ulovlig direkte anskaffelse er «en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt», se blant annet merknadene til lov om offentlig anskaffelser § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at man reelt sett står overfor en ny kontrakt som oppdragsgiver skulle ha kunngjort i henhold til regelverket. For at endringer i kontrakten skal likestilles med at det er inngått en ny kontrakt, må de være vesentlige, jf. forskriften §§ 28-1 og 28-2."

Lovforslagets § 27-7 åpner for at midlertidig forføyning kan tas ut etter kontraktsinngåelse i saker som gjelder ulovlig direkteanskaffelser, noe som igjen kan føre til at kontrakten blir kjent uten virkning. Dette forslaget er etter Advokatforeningens syn et hensiktsmessig tiltak, og støttes av at det er høyst uklart om dagens regel er i samsvar med håndhevingsdirektivet og det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet.¹⁰ Den samme utfordringen knyttet til den preklusive fristen i et søksmål vil fremdeles gjøre seg gjeldene for vesentlige endrede kontrakter, men forslaget vil gi mulighet til å håndheve kortvarige kontrakter som inngås. I slike situasjoner vil "uten virkning" sanksjonen etter dagens regelverk ikke vil være et relevant alternativ gjennom ordinært søksmål, ettersom kontrakten kan ha utløpt innen saken behandles av domstolene og det alminnelige kravet til rettslig interesse vil være bortfalt, grunnet manglende aktualitet, jf. tvisteloven § 1-3 (2).

Vennlig hilsen



Siri Teigum
leder



Merete Smith
generalsekretær

¹⁰ Slik også løftet frem på side 307 i utredningen: "Etter utvalgets syn er det usikkert om dagens absolutte forbud mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått, er i overensstemmelse med håndhevingsdirektivet og det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet"
