



DET KONGELEGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Prop. 138 L

(2014–2015)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringer i yrkestransportlova
(lovbrotsgebyr knytt til tildeling av
tenestekonsesjonskontraktar)

Innhald

1	Hovudinnhald i proposisjonen	5	4.9	Vilkår for å påleggje lovbrotsgebyr – kva type brot skal føre til sanksjon	28
2	Bakgrunn og høyring	5		Unnatak frå kravet om å påleggje lovbrotsgebyr	30
2.1	Generelt om kontraktar om offentleg teneste	5	4.10	Utmåling av lovbrotsgebyret	30
2.2	Bakgrunnen for lovframlegget	6	4.11	Ikkje krav til skuld hos oppdragsgjevaren	31
2.3	Høyringa	6	4.12	Prosessuelle reglar – sakshand-samingsreglar i forvaltningslova ...	31
3	Gjeldande rett	7	4.13	Prosessuelle reglar – forelding	32
3.1	Oversikt	7	4.14	Klagerett	32
3.2	Prosess for å tildele kontraktar om offentleg teneste	8	4.15	Søksmålsrett	33
3.3	Handheving av brot på regelverket	10	4.16	Betalingsfrist	34
3.4	Oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova	12	4.17	Utsetjande verknad	34
			4.18	Tvangsfullbyrding	34
			4.19	Forholdet til Grunnlova	34
4	Nærare om lovframlegget	13	4.20	Forholdet til EMK	35
4.1	Oversikt	13	4.21	Forskriftsheimel	36
4.2	Generelt om framlegget	13	4.22		
4.3	Kva kontraktar vert omfatta av sanksjonen	17	5	Økonomiske og administrative konsekvensar	36
4.4	Kretsen sanksjonen vert retta mot	18	6	Merknader til paragrafen i lovframlegget	37
4.5	Sanksjonsmekanismen – lovbrotsgebyr	19			
4.6	Handhevingsorgan	21			
4.7	Vurderinga av om lovbrotsgebyr skal eller kan påleggjast	23			
4.8	Vilkår for å påleggje lovbrotsgebyr – konstatering av brot	25			
				Forslag til lov om endringar i yrkes-transportlova (lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar)	39

Prop. 138 L

(2014–2015)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

Endringar i yrkestransportlova (lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar)

*Tilråding frå Samferdselsdepartementet 12. juni 2015,
godkjend i statsråd same dagen.
(Regjeringa Solberg)*

1 Hovudinnhald i proposisjonen

Samferdselsdepartementet gjer her framlegg om endring i lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova). Lovframlegget opnar for at Samferdselsdepartementet skal kunne påleggje offentlege oppdragsgjevarar eit lovbrotsgebyr dersom dei bryt reglar som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i samband med tildeling av konsesjonskontraktar som gjeld transporttenester etter yrkestransportlova. Lovbrotsgebyret vil berre verte pålagt dersom brotet på regelverket er konstatert ved dom i ein norsk domstol, ved dom i EFTA-domstolen eller ved innrømming frå norske styresmakter etter ei handsaming av saka i EFTAs overvakingsorgan (ESA). Lovbrotsgebyret skal ikkje overstige 15 % av kontraktsverdien. Ved utmåling av gebyret skal det særleg leggjast vekt på kontraktsverdien, kor grovt brotet er, om oppdragsgjevaren har gjort gjentekne brot, den preventive verknaden av lovbrotsgebyret, kor langt tilbake i tid brotet har skjedd og om brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten.

Framlegget vert gjort for å sikre betre etterleving av reglane for tildeling av konsesjonskontraktar for transport etter yrkestransportlova. Problemet vart særleg aktualisert i samband med at ESA to gonger har teke opp saker om brot på EØS-avtalen når fylkeskommunen har inngått

kontraktar om kollektivtransporttenester. Noreg innrømte brot på EØS-avtalen i begge desse sakene. I den siste saka om kjøp av kollektivtransporttenester i Aust-Agder kravde overvakingsorganet at det vart gjennomført avbøtande tiltak. Sjølv om det rettsleg sett er uklart om nasjonale styresmakter har plikt til å gjennomføre avbøtande tiltak, meiner departementet det kan vere behov for mekanismar som sikrar etterleving av regelverket på dette området i framtida.

2 Bakgrunn og høyring

2.1 Generelt om kontraktar om offentlig teneste

Fylkeskommunane har ansvaret for lokal kollektivtransport. Dei sørgjer normalt for kollektivtransporttilbodet gjennom å inngå kontraktar om offentlig tenesteplikt som vert kompensert gjennom godtgjersle og/eller einerett. Utover billettinntekter frå brukarane vert tenestene finansierte ved statleg tilskot over rammeoverføringa til fylkeskommunane, samt skatteinntekter. Dei fleste fylkeskommunane har konkurranseutsett, eller er i ferd med å konkurranseutsette kontraktar om offentlig kollektivtransport. Departementet viser til at forskrift 17. desember 2010 nr. 1673 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen

vedlegg XIII nr. 4a (forordning (EF) nr. 1370/2007) og offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og nr. 1107/70 (heretter omtalt om kollektivtransportforordninga) har reglar om konkurranseutsetjing. Etter kollektivtransportforordninga artikkel 8 nr. 2 skal tildeling av kontraktar om offentlig teneste for transport på veg vere i samsvar med reglane om konkurranseutsetjing i artikkel 5 i forordninga innan 3. desember 2019.

På bakgrunn av at fleire kontraktar om buss-transporttenester vert konkurranseutsette er det sannsynleg at det vil verte færre brot på regelverket knytt til openheit og ikkje-diskriminering ved tildeling av tenestekonsesjonskontraktar for transport i framtida. Samstundes viser departementet til at òg betre kjennskap til regelverket hos ansvarlege styresmakter vil bidra til færre brot. Det er vidare departementet si oppfatning at fylkeskommunane no i større grad tildeler tenestekontraktar enn tenestekonsesjonskontraktar.

2.2 Bakgrunnen for lovframlegget

Bakgrunnen for departementet sitt framlegg er eit behov for større etterleving av reglane for tildeling av tenestekonsesjonskontraktar om transporttenester innan ramma av yrkestransportlova (ytl.). Departementet viser her til at slike kontraktar fell utanfor verkeområdet av handhevingsregelverket innan offentlege innkjøp. Det er ingen særlege handhevingsreglar for slike kontraktar i gjeldande rett. Det er vidare lite sannsynleg at ein konsesjonskontrakt vil vere gjenstand for andre former for sanksjonar, til dømes krav om skadebot frå andre leverandørar, ettersom det vil vere vanskeleg å påvise at desse har hatt noko økonomisk tap på grunn av det ulovlege innkjøpet.

Kontraktar om tenester etter yrkestransportlova vert i all hovudsak tildelt av autonome forvaltningsorgan, til dømes fylkeskommunane. Samstundes er det staten som er folkerettsleg forplikta til å sjå til at EØS-retten vert etterlevd ved tildeling av kontraktane. Når tildelinga vert gjort av forvaltningsorgan som staten ikkje kan instruere, kan staten ikkje direkte rette opp i eventuelle brot på EØS-retten. Problemet vart satt på spissen i saka om tildeling av konsesjonskontraktar for buss i Aust-Agder. Fylkeskommunen inngjekk i denne saka kontraktar om kollektivtransport i fylket utan tilstrekkeleg kunngjering i forkant. Etter omfattande kontakt med EFTAs overvakingsorgan (ESA) innrømde Noreg brot på EØS-avtalens krav om openheit og ikkje-diskriminering. ESA kravde i tillegg at

det vart gjennomført avbøtande tiltak i saka, til dømes at kontraktane vart terminerte eller avslutta. ESA opna òg for at avbøtande tiltak kunne vere av meir strukturell art, til dømes lovtiltak. Framlegget til sanksjonsheimel vil gje staten moglegheit til å gripe inn og avbøte brot på regelverket, i tilfelle der lokale styresmakter ikkje i tilstrekkeleg grad avbøter brotet på anna måte, til dømes ved terminering eller avkorting av kontrakten.

Det er på bakgrunn av det som er nemnt ovanfor at departementet har utarbeidd eit framlegg til heimel i yrkestransportlova som opnar for at departementet kan påleggje oppdragsgjevarar eit lovbrotsgjebyr ved brot på regelverket ved tildeling av konsesjonskontraktar som gjeld transporttenester innanfor yrkestransportlova. Departementet viser til at det er viktig at reglane for tildeling av konsesjonskontraktar for transport etter yrkestransportlova vert etterlevd slik at ein kan oppnå tilstrekkeleg konkurranse om offentlege innkjøp. Dette vil på sikt kunne føre til innsparingar for det offentlege.

2.3 Høyringa

Samferdselsdepartementet sende 13. oktober 2014 framlegget på allmenn høyring. Frist for merknader vart sett til 20. januar 2015. I tillegg til at høyringsnotatet vart lagt ut på Samferdselsdepartementet sine heimesider på internett, vart det sendt til følgjande instansar:

Statsministerens kontor
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet
Finansdepartementet
Forsvarsdepartementet
Helse- og omsorgsdepartementet
Justis- og beredskapsdepartementet
Klima- og miljødepartementet
Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Kulturdepartementet
Kunnskapsdepartementet
Landbruks- og matdepartementet
Nærings- og fiskeridepartementet
Olje- og energidepartementet
Utenriksdepartementet

Regjeringsadvokaten
Vegdirektoratet
Konkurransetilsynet
Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Akershus fylkeskommune
Aust-Agder fylkeskommune
Buskerud fylkeskommune
Finnmark fylkeskommune

Hedmark fylkeskommune
Hordaland fylkeskommune
Møre og Romsdal fylkeskommune
Nordland fylkeskommune
Nord-Trøndelag fylkeskommune
Oppland fylkeskommune
Oslo kommune – Byrådet
Oslo kommune – Byrådsavdeling for samferdsel,
miljø og næring
Rogaland fylkeskommune
Sogn og Fjordane fylkeskommune
Sør-Trøndelag fylkeskommune
Telemark fylkeskommune
Troms fylkeskommune
Vest-Agder fylkeskommune
Vestfold fylkeskommune
Østfold fylkeskommune

Arbeidsgiverforeningen Spekter
Det norske maskinistforbund
Fagforbundet
Hovedorganisasjonen Virke
Kollektivtrafikkforeningen
KS Bedrift
KS – Kommunesektorens interesse- og
arbeidsgiverorganisasjon
Landsorganisasjonen i Norge
NHO Sjøfart
NHO Transport
Norges Turbileierforbund
Norsk Transportarbeiderforbund
Transportbrukernes Fellesorganisasjon
Næringslivets Hovedorganisasjon
Norges Taxiforbund
Norsk Jernbaneforbund
Norsk Sjømannsforbund
Norsk Sjøoffisersforbund
Yrkestrafikkforbundet
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund

22 av høyringsinstansane har gjeve fråsegn i saka. 16 av desse hadde substansielle merknader til eitt eller fleire aspekt ved framlegget. Dette inkluderer Justis- og beredskapsdepartementet, Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), Vegdirektoratet, Akershus fylkeskommune, Finnmark fylkeskommune, Hedmark trafikk, Oslo kommune, Østfold fylkeskommune, Kollektivtrafikkforeningen, KS – Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon, KS Bedrift, Landsorganisasjonen i Norge, Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), NHO Transport, NHO Sjøfart og Arbeidsgiverforeningen Spekter.

NHO, NHO Transport og NHO Sjøfart har gjeve felles høyringsfråsegn. Akershus fylkeskommune har lagt fram høyringsnotatet for Ruter AS og gjengjev i hovudsak Ruter sine juridiske og administrative vurderingar. Fylkeskommunen sluttar seg til desse vurderingane. Akershus fylkeskommune og Oslo kommune har fleire stader samanfallande høyringsfråsegner.

Seks av dei høyringsinstansane som har gjeve fråsegn hadde ikkje merknader til framlegget. Dette inkluderer Helse- og omsorgsdepartementet, Klima- og miljødepartementet, Kunnskapsdepartementet, Landbruks- og matdepartementet, Utenriksdepartementet og Regjeringsadvokaten.

3 Gjeldande rett

3.1 Oversikt

Nedanfor vil departementet gjere greie for gjeldande rett for tildeling av tenestekonsesjonskontrakt og tenestekontrakt om offentlig teneste på kollektivtransportområdet, samt reglar for handheving av brot på dette regelverket.

Framstillinga gjeld regelverket knytt til transportformer som er omfatta av yrkestransportlova, nemleg transport med motorvogn og fartøy i Noreg, jf. ytl. § 1 første ledd.

Departementet vil først gjere greie for prosessen for å tildele kontraktar om transporttenester, jf. punkt 3.2. Kontraktane oppdragsgjevarane kan tildele kan delast inn i to grupper: (i) *tenestekontraktar* og (ii) *tenestekonsesjonskontraktar*. Kva prosessreglar som gjeld vil vere avhengig av kva kontrakt det er tale om. Det er ulike reglar for tenestekonsesjonskontraktar for transport på veg, tenestekonsesjonskontraktar for transport til sjøs og for tenestekontraktar. I tillegg kjem reglar som vert utleidd av dei generelle prinsippa i EØS-retten, og som gjeld uavhengig av kva kontrakt det er tale om.

Departementet vil etter dette gje ei framstilling av reglane for handheving av brot på regelverket, først for tenestekonsesjonskontraktar og deretter for tenestekontraktar, jf. punkt 3.3 nedanfor.

Deretter vil departementet sjå på kven som er oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova, jf. punkt 3.4.

Sanksjonshheimelen departementet gjer framlegg om vil berre gjelde for tenestekonsesjonskontraktar. For heilskapen og samanlikninga si skuld, vil departementet i det følgjande òg vise til regelverket for tenestekontraktar.

3.2 Prosess for å tildele kontraktar om offentlig teneste

3.2.1 Oversikt

Kontraktar om offentlig teneste kan verte tildelt anten som *tenestekontraktar* eller som *tenestekonsesjonskontraktar*. Ein tenestekontrakt er ein kontrakt som gjeld tenester, både prioriterte tenester og uprioriterte tenester, jf. forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav d). Ein tenestekonsesjonskontrakt er definert som det same som ein tenestekontrakt, men der vederlaget for tenesta anten berre består av retten til å utnytte tenesta, eller ein slik rett saman med betaling, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav e). I dette høyringsnotatet vil tenestekonsesjonskontraktar òg verte omtalt som konsesjonskontraktar.

For tenestekontraktar gjeld regelverket om offentlege innkjøp, dvs. lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser med tilhøyrande forskrifter. Tenestekonsesjonskontraktar fell utanfor regelverket om offentlege innkjøp, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav j).

I kontraktar om offentlig teneste vil godtgjersle og einerettar vere viktige verktøy som motyting til å tilby ålmenta eit godt kollektivtilbod. For godtgjersle og/eller einerett skal det etter yrkestransportlova § 8 nyttast konkurranse så langt det følgjer av (i) yrkestransportlova, (ii) lov 4. desember 1992 nr. 121 om fri utveksling av tjenesteytelser innen sjøtransport (heretter omtalt som lov om sjøtransporttjenester) eller (iii) lov om offentlige anskaffelser, eventuelt av forskrifter med heimel i ein av desse lovane.

Dei nemnde lovane heimlar forskrifter som gjev reglar for prosessen for å tildele kontraktar om offentlege transporttenester omfatta av yrkestransportlova på ulike område. Kort oppsummert, og noko forenkla, kan ein framstille det slik:

- (i) under yrkestransportlova gjev kollektivtransportforordninga mellom anna reglar for å tildele *konsesjonskontraktar om transport på veg*.
- (ii) under lov om sjøtransporttenester gjev den maritime kabotasjeforordninga¹ reglar for å tildele *konsesjonskontraktar om transport til sjøs*.
- (iii) lov om offentlige anskaffelser, med tilhøyrande forskrifter har reglar for å tildele *tenestekontraktar*. Reglane gjeld òg tildeling av *tenestekontraktar om transport på veg og til sjøs*.

I tillegg gjev:

- (iv) generelle EØS-rettslege prinsipp reglar for å tildele kontraktar om transport som *fell utanfor eller er unnatekne frå reglane i kollektivtransportforordninga, den maritime kabotasjeforordninga eller regelverket om offentlege innkjøp*.

Nedanfor vert dei ulike prosedyrereglane for å tildele kontraktar om offentlig teneste innanfor yrkestransportlova gjennomgått kvar for seg.

Departementet gjer merksam på at det berre er kollektivtransportforordninga, den maritime kabotasjeforordninga og dei generelle EØS-rettslege prinsippa som regulerer korleis konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova kan verte tildelt. Konsesjonskontraktar fell utanfor regelverket om offentlege innkjøp.

3.2.2 Kollektivtransportforordninga

Kollektivtransportforordninga vart teken inn i norsk rett ved forskrift av 17. desember 2010 med verknad frå 1. januar 2011. Forordninga fastset reglar for korleis offentlege styresmakter kan tildele godtgjersle og/eller einerettar til ein operatør som tek på seg plikt til å utføre kollektivtransporttenester på veg eller med bane. Forordninga er i norsk rett ikkje gjort gjeldande for sjøtransport. Forordninga gjeld i utgangspunktet både for *tenestekontraktar* etter regelverket om offentlege innkjøp og for *tenestekonsesjonskontraktar* som fell utanfor regelverket om offentlege innkjøp. Artikkelen 5 og 8 i forordninga gjeld likevel ikkje for tenestekontraktar.

Etter kollektivtransportforordninga skal plikt til offentlig teneste verte fastsett i kontrakt mellom oppdragsgjevar og operatør, jf. artikkel 3.

Utgangspunktet er at kontraktar om offentlig teneste skal konkurranseutsetjast, jf. artikkel 5 nr. 3. Det er somme unnatak frå kravet om konkurranseutsetjing. Desse vert lista opp i artikkel 5. Vidare har forordninga somme overgangsreglar i artikkel 8 som mellom anna knytt seg til regelen om konkurranseutsetjing. I artikkel 8 vert det slått fast at kontraktar om transporttenester i utgangspunktet skal vere i samsvar med artikkel 5 frå og med 3. desember 2019. Overgangsføresegnene får ikkje verknad for kontraktar som vert tildelt i samsvar med regelverket om offentlege innkjøp. Det er viktig å merke seg at resten av reglane i forordninga skal følgjast sjølv om kjøpet er unnateke frå krav om konkurranseutsetjing eller er omfatta av overgangsføresegna.

Prosedyren for konkurranse etter artikkel 5 skal vere open for alle, rettferdig og basert på

¹ Forordning (EØF) nr. 3577/92 av 7. desember 1992 om anvendelse av prinsippet om adgangen til å yte tjenester innen sjøtransport i medlemsstatene (maritim kabotasje).

openheit og ikkje-diskriminering, jf. artikkel 5 nr. 3.

Offentlege styresmakter skal offentleggjere intensjonen om tildeling av kontrakt seinast eitt år før konkurranseutsetjinga eller direktetildelinga vert gjennomført, jf. artikkel 7 nr. 2. Denne intensjonskunngjinga skal innehalde opplysningar om namn og adresse til vedkommande styresmakt, planlagt tildelingsform og dei tenesta og områda som skal omfattast av kontrakten. Dette skal offentleggjerast i *Den europeiske unions tidende* og i EØS-tillegget til *Den europeiske unions tidende*.

3.2.3 Den maritime kabotasjeforordninga

Den maritime kabotasjeforordninga vart teken inn i norsk rett ved lov om sjøtransporttenester § 1 tredje ledd.

Den maritime kabotasjeforordninga slår fast at høve til å yte sjøtransporttenester innanlands (maritim kabotasje) skal vere fri for alle EØS-skipsreiarar. Dette inneber at marknaden skal vere fri for restriksjonar. Forordninga gjev likevel høve til å pålegge plikt til offentleg teneste dersom dette er avgrensa til krav til kva hamner som skal anløpast, regelmessigheit, kontinuitet, hyppigheit, evne til å yte tenesta, rater som skal brukast og fartøyet sin besetning, jf. artikkel 4 nr. 2 i den maritime kabotasjeforordninga. I prosessen med å tildele kontraktar som gjev operator godtgjersle og/eller einerett er det krav om openheit og likehandsaming. Tolkingsfråsegn til forordninga går langt i å antyde at styresmaktene må nytte anbod for å oppfylle kravet til openheit.²

3.2.4 Regelverket om offentlege innkjøp

Lov om offentlige anskaffelser gjeld for tenestekontraktar. Tenestekontraktar om transporttenester innanfor yrkestransportlova vert òg regulert av kollektivtransportforordninga.

Regelverket om offentlege innkjøp har fleire detaljerte reglar for prosessen for å tildele tenestekontraktar. I lov om offentlige anskaffelser er det stilt opp fleire grunnleggjande prinsipp som gjeld for alle innkjøp som fell inn under regelverket. Desse er mellom anna omsyn til ikkje-diskriminering, openheit og etterprøvarheit, samt kon-

kurransse. Forskrift om offentlige anskaffelser gjev både grunnleggjande krav, samt detaljerte prosedyrekrav.

EU har vedteke eit nytt direktiv om konsesjonskontraktar (direktiv 2014/23/EU³, heretter omtalt som konsesjonskontraktdirektivet). Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) sendte forslag til ny forskrift om konsesjonskontraktar, som vil gjennomføre direktivet, på høyring 17. mars 2015. Tidlegare har konsesjonsgjevarane utelukkande vore bundne av EØS-avtalens generelle prinsipp om openheit og ikkje-diskriminering når dei skal inngå tenestekonsesjonskontraktar. Det nye direktivet for konsesjonskontraktar inneheld eit krav om kunngjing av konkurranse for kontraktar over ein terskelverdi på ca. 5 000 000 euro/ca. 40 000 000 kr, og somme andre prosedyrereglar. Direktivet inneheld likevel ingen detaljerte prosedyrekrav. Konsesjonskontraktar etter kollektivtransportforordninga er unnatekne frå reglane i det nye direktivet, jf. artikkel 10 nr. 3. Forordninga gjeld i utgangspunktet for kollektivtransport på veg og med bane, men opnar i tillegg for at norske styresmakter kan utvide verkeområdet til òg å gjelde sjøtransport. Noreg har foreløpig ikkje utvida verkeområdet for forordninga til å omfatte sjøtransport.

3.2.5 Generelle EØS-rettslege prinsipp

EØS-avtalen er teken inn i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) mv. (EØS-loven). Dei generelle prinsippa i EØS-avtalen gjeld for dei fleste typar kontraktar det offentlege inngår. Sjølv om ein kontrakt om offentleg transport fell utanfor reglane i den maritime kabotasjeforordninga, regelverket om offentlege innkjøp, eller artikkel 5 i kollektivtransportforordninga må altså oppdragsgjevar overhalde grunnleggjande EØS-rettslege prinsipp. Dette følgjer av praksis frå EU-domstolen, sjå særleg *Teleaustria- og Telefonadress-saka* og *ANAV-saka*⁴.

EØS-avtalen stiller opp krav om ikkje-diskriminering i artikkel 4 og 48. Artikkel 4 gjeld generelt for alle sektorar, medan artikkel 48 gjeld for transport på jernbane, veg og indre vassvegar.

² Sjå Meddelelse frå Kommissjonen til Europa-Parlamentet, Rådet, det Europeiske økonomiske og sosiale utvalg og Regionsutvalget om fortolkning av Rådets forordning (EØF) nr. 3577/92, KOM (2003) 595 og KOM (2006) 196.

³ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontraktar.

⁴ C-324/98 *Teleaustria og Telefonadress*, avsnitt 60 og C-410/04 *Associazione Nazionale Autotransporto Viaggiatori (ANAV)*, avsnitt 18.

Kravet til ikkje-diskriminering inneber eit krav om openheit og gjennomsiktigheit, jf. Teleaustria og Telefonadress-saka avsnitt 61 og ANAV-saka avsnitt 21.

I både Teleaustria og Telefonadress-saka og ANAV-saka uttalte domstolen at kravet til gjennomsiktigheit inneber at oppdragsgjevar må sikre ein passende grad av offentlegheit som gjer det mogleg å opne marknaden for konkurranse. Oppdragsgjevar må òg kontrollere at prosedyrane er upartiske.

3.3 Handheving av brot på regelverket

3.3.1 Oversikt

Når det gjeld reglar for handheving av brot på regelverket, er det eit skilje mellom tenestekontraktar på den eine sida og tenestekonsesjonskontraktar på den andre sida. Regelverket er forskjellig for dei to ulike kontraktsformene.

For tenestekontraktar har regelverket om offentlege innkjøp fleire ulike sanksjonsføresegnar. Fleire av sanksjonsføresegna er kome inn i norsk rett som ein følge av direktiv 2007/66/EF (heretter omtalt som handhevingsdirektivet)⁵.

For tenestekonsesjonskontraktar innanfor ramma av kollektivtransportforordninga er det ingen slike eksplisitte reglar for handheving av brot på regelverket.

Begge kontraktsformene er underlagt vanlege reglar om skadebotrett og sivilprosessrett. Dette inneber at det for begge kontraktsformene kan verte aktuelt med eit krav om skadebot frå forbigåtte aktørar eller eit krav om mellombels åtgjerd for å hindre kontraktssignering.

Nedanfor vil departementet gjennomgå handhevingsreglane for dei to ulike kontraktsformene, først for tenestekonsesjonskontraktar og deretter for tenestekontraktar. Handhevingsreglane for tenestekonsesjonskontraktar har naturleg nok størst relevans for lovendringa departementet her gjer framlegg om. Handhevingsreglane for tenestekontraktar vert likevel gjennomgått av heilskaps- og samanlikningsgrunnar.

3.3.2 Tenestekonsesjonskontraktar

3.3.2.1 Oversikt

Kollektivtransportforordninga har ingen konkrete reglar om handheving. I fortala (21) til forordninga er det likevel ein føresetnad om at effektivt rettsleg vern bør sikrast for kontraktar som vert tildelt etter forordninga. Departementet viser òg til at artikkel 5 nr. 7 i forordninga seier at statane skal treffe nødvendige tiltak for å sikre at det raskt og effektivt kan klagast på vedtak gjort i samsvar med artikkel 5.

Effektivitetsprinsippet stiller krav til effektivt vern i nasjonal rett av dei rettar EU-lovgjevinga har utvikla. Det kan stillast spørsmål ved om det av effektivitetsprinsippet i EØS-retten kan utledast ei plikt til å ha eit sanksjons- og handhevingssystem.

Departementet viser til at konsesjonskontraktdirektivet gjev reglar for tildeling av konsesjonskontraktar. NFD sende forslag til ny forskrift om konsesjonskontraktar, som vil gjennomføre direktivet, på høyring 17. mars 2015. Konsesjonskontraktdirektivet endrar verkeområdet til handhevingsdirektivet slik at det i tillegg til tenestekontraktar òg skal omfatte konsesjonskontraktar etter konsesjonskontraktdirektivet. Dette inneber at sanksjonsføresegna i handhevingsdirektivet òg skal gjelde for konsesjonskontraktar. Tenestekonsesjonskontraktar etter kollektivtransportforordninga er unnatekne frå direktivet, jf. artikkel 10 nr. 3. Kollektivtransportforordninga gjeld i utgangspunktet for kollektivtransport på veg og med bane, men opnar i tillegg for at norske styresmakter kan utvide verkeområdet til òg å gjelde sjøtransport. På bakgrunn av at kollektivtransportforordninga ikkje er gjort gjeldande for sjøtransport, kan ein stille spørsmål ved om konsesjonskontraktar om sjøtransporttenester vil falle inn under unnataket frå reglane i konsesjonskontraktdirektivet. Dersom konsesjonskontraktar om sjøtransporttenester ikkje fell inn under unnataket frå reglane i konsesjonskontraktdirektivet, vil desse kontraktane verte handheva etter reglane i konsesjonskontraktdirektivet når det direktivet vert implementert i norsk rett.

Sjølv om det ikkje er eksplisitte handhevingsreglar for konsesjonskontraktar som er omfatta av kollektivtransportforordninga, er det somme høve til å angripe oppdragsgjevar si avgjerd. Dersom ein konsesjonskontrakt vert tildelt i same prosess som tildeling av eit løyve, kan løyvetildelinga verte angripe ved klage og eventuelt søksmål. Dessutan kan ein aktør som meiner at kontrakten er tildelt på ulovleg måte krevje skadebot

⁵ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av rådsdirektiv 89/665/EØF og 92/13/EØF med hensyn til forbedring av effektiviteten ved klagebehandling av offentlige kontrakter.

for tapet sitt. Før kontraktssigneringa kan det krevjast mellombels åtgjerd for å hindre kontraktssignering.

Dei ulike rettsreglane, som kan opne for handheving av brot på regelverket for tildeling av tenestekonsesjonskontrakt, vert gjennomgåtte i det følgjande.

3.3.2.2 Klage/søksmålstilgong

Departementet viser til at tildeling av løyve er eit enkeltvedtak som kan påklagast etter reglane i lov 10. februar 1967 nr. 2 om behandlingssmåten i forvaltningssaker (forvaltningslova). Det kan reisast søksmål om gyldigheita av vedtak om tildeling av løyve. På bakgrunn av at tildeling av løyve og kontrakt er nært knytt til kvarandre, vil ei domstolshandsaming av løyvetildelinga ofte òg røre ved spørsmål knytt til sjølve kontraktstildelinga. Det er likevel uklart kva rettsverknad det vil få for kontrakten at sjølve løyvetildelinga vert kjent ugyldig.

3.3.2.3 Skadebot

Etter allmenn ulovfesta skadebotrett kan ein aktør som meiner at ein kontrakt er tildelt på ulovleg måte, krevje skadebot for det tap han har lidd. Vilkåra for skadebot vert delt inn i tre hovudgrupper: (i) skade/tap, (ii) ansvarsgrunnlag og (iii) årsaks-samanheng. Ein aktør i transportmarknaden må altså prove at han har lidd eit økonomisk tap, at oppdragsgjevaren har utvist skuld ved tildeling av kontrakten og at det er samanheng mellom ansvarsgrunnlaget og skaden. Departementet går ut frå at det kan vere vanskeleg for ein aktør i marknaden å vise at han har lidd eit tap som følgje av kontraktstildelinga. Det vil til dømes kunne vere vanskeleg å prove at han hadde fått tildelt kontrakten om den ulovlege kontrakten ikkje hadde vore inngått.

3.3.2.4 Mellombels åtgjerd

Mellombels åtgjerd er eit rettsleg verkemiddel for å sikre eit krav på noko anna enn pengar, jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvistelova) § 32-1 tredje ledd. Dersom det vert kravd mellombels åtgjerd i ei sak inneber dette at den juridiske eller fysiske personen avgjerda rettar seg mot er forplikta til å unnlåte, gjere eller tåle noko i påvente av ein meir omfattande rettssak i den aktuelle saka. Reglane for mellombels åtgjerd står i tvistelova kapittel 34.

Etter tvistelova § 34-1 er det eit vilkår for å ta kravet om mellombels åtgjerd til følgje at det ligg føre ein sikringsgrunn. I tillegg må saksøklar sannsynleggjere både sikringsgrunnen og at han har rett til det hovudkrav han ønskjer å sikre, jf. § 34-2 første ledd.

Etter at ein tenestekonsesjonskontrakt er tildelt, er det i utgangspunktet ikkje rettsleg grunnlag for å angripe kontrakten. Det er dermed ikkje grunnlag for å påberope eit hovudkrav som går ut på å setje til side konsesjonskontrakten. Dette inneber at det ikkje vil vere mogleg å krevje mellombels åtgjerd etter kontraktssigneringa.

Før kontrakten er signert vil det likevel eksistere eit hovudkrav som saksøklar kan påberope. Dersom saksøklar kan sannsynleggjere ein av dei to nemnde sikringsgrunnane, og samstundes sannsynleggjere at den avgjerda som oppdragsgjevar har treft i samband med tildeling av konsesjonskontrakten er ugyldig, kan vedkommande krevje mellombels åtgjerd. Ei mellombels åtgjerd vil her kunne gå ut på å forhindre signering av kontrakten.

Sjølv om saksøklar kan sannsynleggjere eit krav mot saksøkte, er høve til mellombels åtgjerd etter tvistelova likevel ganske snever. Mellombels åtgjerd er etter lova reservert for dei tilfella der saksøkte utviser eller har utvist ein åtferd som gjev saksøklar rimeleg grunn til å be om hjelp frå domstolane eller der det er nødvendig å etablere ei mellombels ordning for å hindre ein *vesentleg* skade eller ulempe i eit omtvista høve.

3.3.3 Tenestekontraktar

For tenestekontraktar har ein både allmenne reglar og særne reglar innanfor lov om offentlege anskaffelser, som opnar for handheving av brot på regelverket ved tildeling av kontrakt.

På same måte som for tenestekonsesjonskontraktar kan òg tenestekontraktar verte gjenstand for skadebot og mellombels åtgjerd. Her vert det vist til gjennomgangen ovanfor.

I tillegg har regelverket om offentlege innkjøp fleire handhevingsreglar. Tredjepartar kan gå til sak om tildeling av ein kontrakt for å få den kjent utan verknad eller få den avkorta, samt pålagt oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr, jf. lov om offentlege anskaffelser §§ 13-14. Dei nemnde sanksjonsføregna har bakgrunn i implementeringa av handhevingsdirektivet i norsk rett.

Etter § 13 første ledd skal domstolane kjenne ein kontrakt utan verknad når oppdragsgjevar anten har: (i) gjort eit ulovleg direkte innkjøp, (ii) tildelt ein kontrakt innanfor ein rammeavtale eller

ei dynamisk innkjøpsordning i strid med det aktuelle regelverket eller (iii) gjort andre brot på det aktuelle regelverk som har påverka leverandøren sitt høve til å få kontrakten og samstundes har brote føresegnar om karenperiode eller suspensjon og dette har fråteke leverandøren høve til å iverksetje rettslege skritt forut for kontraktsinngåing. Kontrakten kan verte kjent utan verknad anten for framtida eller med tilbakeverkande kraft frå det tidspunktet kontrakten vart inngått, jf. § 13 fjerde ledd. Føresegna i § 13 har særleg til føremål å motverke grove brot på regelverket, jf. Prop. 12 L (2011–2012) om endringar i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevsingsdirektiv i norsk rett) s. 9.

Etter § 14 både kan og skal domstolane i særskilte tilfelle påleggje alternative sanksjonar, nærare bestemt å avkorte kontrakten si løpetid eller å idømme oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr. Avkorting av kontrakten inneber at kontrakten vert kjent utan verknad frå eit nærare fastsett tidspunkt satt av retten. Å påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr inneber at oppdragsgjevar vert pålagt eit gebyr på inntil 15 % av verdien av innkjøpet.

Avkorting vil, på same måte som å kjenne kontrakten utan verknad, råke både oppdragsgjevar og medkontrahenten. Eit lovbrotsgebyr vil berre råke oppdragsgjevaren.

Lov om offentlige anskaffelser § 16 første ledd andre setning gir Kongen kompetanse til å *«gi oppdragsgivere de pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven»*. Denne regelen er formulert vidare enn reglane i §§ 13–14.

3.4 Oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova

Det er den som er oppdragsgjevar som gjer pålegg om offentlig teneste og som må følgje prosessreglane for tildeling av einerett og/eller godtgjersle ved kontrakt om slik teneste.

Tildeling av konsesjonskontraktar for transporttenester etter yrkestransportlova kan for det første verte gjort direkte av statlege eller (fylkes-) kommunale organ. For det andre kan tildelinga verte gjort av eit administrasjonsselskap som handlar på vegne av det offentlege organet, jf. ytl. § 23.

Ansvar for å tildele konsesjonskontraktar for lokale rutesamband er lagt til fylkeskommunane, jf. yrkestransportlova § 22 første ledd. Etter lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) § 13–4 har fylkeskommunane hovudansvaret for skuleskyss for

elevane i grunnskulen og vidaregåande skule. Skuleskyssen vert som hovudregel dekt gjennom opne rutetilbod, men kan òg verte organisert som særskilte tilbod. Det følgjer vidare at fylkeskommunane som ansvarleg for fylkesvegar har ansvar for å tildele konsesjonskontraktar for bilførande ferjeruter i fylkesvegnettet. På tilsvarande måte har staten ansvaret for bilførande ferjeruter i riksvegnettet. Ansvaret for ferjerutene i riksvegsamband er lagt til Vegdirektoratet. Staten har innanfor yrkestransportlova sitt verkeområde òg ansvaret for kjøp av tenester på kystruta Bergen – Kirkenes. Dette ansvaret vert forvalta av Samferdselsdepartementet.

Etter yrkestransportlova må den som driv transport med motorvogn eller fartøy mot vederlag ha løyve. Dette gjeld generelt, anten transporten vert utført med offentlig godtgjersle på grunnlag av tenestekonsesjonskontrakt (eller tenestekontrakt), eller vert driven av operatøren på kommersielt grunnlag. For fartøy gjeld løyveplikta berre for transport i rute, jf. ytl. § 7. For å kunne utføre transporten må den som vert tildelt ein konsesjonskontrakt følgeleg òg ha, eller verte tildelt, løyve som dekkjer den transporten kontrakten gjeld for. Krav om løyve vil vere eit sentralt virkemiddel for å gje operatøren skjerming i marknaden i dei tilfella der ein i kontrakten har tildelt ein einerett. Ein slik einerett kan likevel berre gjelde for dei løyveordningane som er behovsprøvde, det vil seie der løyvestyresmaktene fastsett talet på løyvehavarane. For rutetransport med både motorvogn og fartøy er løyva behovsprøvde, jf. ytl. §§ 6 og 7. For slike løyve er strekninga eller områda løyvet gjeld for fastsette. Når det gjeld bruk av konsesjonskontraktar (eller tenestekontraktar) innanfor verkeområdet til yrkestransportlova, vil det i hovudsak vere rutetransporten som er relevant.

Kompetanse til å tildele løyve etter yrkestransportlova er regulert i kapittel 3 i yrkestransportlova. For rutetransport med motorvogn eller fartøy er fylkeskommunen løyvestyresmakt dersom ruta går innanfor vedkommande fylke. For ruter som kryssar fylkesgrenser er departementet løyvestyresmakt, jf. ytl. § 13. Med unntak for riksvegferjer og kystruta Bergen – Kirkenes har departementet med heimel i yrkestransportlova § 15 delegert løyvestyresmakt for fylkeskrysande ruter til vedkommande fylkeskommune, jf. yrkestransportforskrifta § 3.

For riksvegferjene er Vegdirektoratet løyvestyresmakt, jf. yrkestransportforskrifta § 3 tredje ledd, og for kystruta Bergen – Kirkenes er departementet sjølv løyvestyresmakt, jf. ytl. § 13 første ledd.

Departementet legg til grunn at det i hovudsak vil vere for rutetransport at det offentlege vil gripe inn i marknaden ved å tildele konsesjonskontrakt. På dette området ligg det difor til rette for at både tildeling av løyve og tildeling av konsesjonskontraktar kan vurderast i samanheng på ein slik måte at løyvet dekkjer den same transporttenesta, og gjeld for same tidsrom, som konsesjonskontrakten.

4 Nærare om lovframlegget

4.1 Oversikt

Departementet gjer nedanfor greie for framlegget om å innføre ei sanksjonsføresegn i yrkestransportlova som opnar for å påleggje oppdragsgjevarar eit lovbrotsgebyr. I punkt 4.2 gjev departementet ei generell framstilling av framlegget og dei generelle merknadene som kom fram i høyringa. Deretter følgjer ein tematisk presentasjon av framlegget under punkt 4.3 – 4.22. Departementet legg opp til at kvart punkt hovudsakleg vert delt i tre underpunkt der høyringsframlegget vert omtalt først, deretter fråsegn frå høyringsinstansane og til slutt departementet sine vurderingar.

4.2 Generelt om framlegget

4.2.1 Høyringsframlegg

Departementet gjorde i høyringsnotatet framlegg om å ta inn ein regel i yrkestransportlova som seier at departementet skal påleggje oppdragsgjevarar eit lovbrotsgebyr dersom oppdragsgjevaren bryt EØS-rettslege reglar som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i samband med tildeling av konsesjonskontrakt som gjeld transporttenester innanfor yrkestransportlova. Lovbrotsgebyr skulle etter høyringsframlegget verte pålagt dersom brotet på EØS-retten var konstatert anten ved dom i ein norsk domstol, dom i EFTA-domstolen eller ved innrømming frå norske styresmakter etter ei handsaming av saka i ESA.

Lovbrotsgebyret skulle etter framlegget ikkje overstige 15 % av kontraktsverdien. Ved utmåling av gebyret skulle det særleg leggjast vekt på kontraktsverdien, kor grovt brotet er, om oppdragsgjevaren har gjort gjentekne brot, den preventive verknaden av lovbrotsgebyret og kor langt tilbake i tid brotet har skjedd.

Departementet viste i høyringsnotatet til at sanksjonen er meint å vareta både individual- og allmennpreventive omsyn. Departementet peika på at

lovbrotsgebyret hovudsakleg er meint å ha ein preventiv effekt og at det har til føremål å hindre framtidige overtredingar. Det vart òg vist til at gebyret har eit pønalt preg. Departementet understreka at lovbrotsgebyret likevel ikkje er ei straff og heller ikkje skal påleggjast av politi eller domstol.

Framlegget vart gjort for å sikre større etterleving av reglane for tildeling av tenestekonsesjonskontraktar om transporttenester innan ramma av yrkestransportlova. Departementet viser til at slike kontraktar fell utanfor verkeområdet av handhevingsregelverket innan offentlege innkjøp. Det er ingen særlege handhevingsreglar for slike kontraktar i gjeldande rett. Det er vidare lite sannsynleg at ein konsesjonskontrakt vil vere gjenstand for andre former for sanksjonar, til dømes krav om skadebot frå andre leverandørar, ettersom det vil vere vanskeleg å påvise at desse har hatt noko økonomisk tap på grunn av det ulovlege innkjøpet.

4.2.2 Høyringsfråsegn

4.2.2.1 Innleiing

Totalt 22 av høyringsinstansane har gjeve fråsegn i saka. 16 av høyringsinstansane hadde substansielle merknader til eitt eller fleire aspekt ved framlegget. Seks av høyringsinstansane hadde ikkje merknader til framlegget.

Dei som i hovudsak er positive til framlegget er Vegdirektoratet, Finnmark fylkeskommune, Østfold fylkeskommune, Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (KS), Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), NHO Transport og NHO Sjøfart. Somme av desse har likevel kommentert einskilte aspekt ved lovframlegget.

Akershus fylkeskommune, Hedmark Trafikk, Oslo kommune, Kollektivtrafikkforeningen, Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Arbeidsgiverforeningen Spekter har nokre motførestillingar til lovframlegget og ulike aspekt ved det.

Høyringsinstansane sine merknader til generelle aspekt ved framlegget vert omtalt i det følgjande. Høyringsfråsegna vert presentert tematisk under fem punkt som høyringsinstansane var særleg opptekne av. Først vert fråsegn knytt til behovet for og føremålet bak sanksjonsheimelen presentert, deretter kjem ein presentasjon av fråsegn om plikta til å innføre sanksjonsheimel. Etter dette kjem høyringsfråsegn knytt til at framlegget inneber avvikande reglar samanlikna med dei ein finn i regelverket om offentlege innkjøp. Deretter kjem fråsegn knytt til den praktiske verknaden av

framlegget og til slutt eit kort punkt om andre generelle merknader til framlegget.

Andre sider ved framlegget som høyringsinstansane hadde merknader til vert omtalte i punkt 4.3–4.22.

4.2.2.2 *Behovet for og føremålet bak sanksjonsheimelen*

Oslo kommune uttalar at dei saknar ei fylldigare utgreiing av kva tiltak som vil sikre føremålet med regelen, nemleg betre etterleving av EØS-regelverket. Kommunen meiner det ikkje er gjeve at lovbrotsgebyr bidrar til dette. Dei meiner ein bør vurdere om andre tiltak, som til dømes betre retningslinjer og kompetansehevande tiltak med vidare, kan oppfylle det same føremålet. Dei uttalar at kompetanseheving vil kunne førebyggje mange lovbrøt på dette området ettersom mange meiner området er komplisert og uoversiktleg.

Oslo kommune uttalar:

«Vi stiller oss noe tvilende til at et lovbruddgebyr vil være et hensiktsmessig virkemiddel for å bedre etterlevelsen av regelverket. Gebyret skal ha en preventiv virkning og et pønalt preg. Dette vil kunne motvirke brudd som kan betegnes som grove og overlagte. I mange tilfeller vil imidlertid brudd komme av at tolkningen av regelverket er tvilsom og at flere tolkningsalternativer kan ha gode grunner for seg. Det er uheldig dersom et slikt gebyr maner offentlige oppdragsgivere til overdreven forsiktighet i tolkningen av regelverket. En annen vanlig årsak til at det begås brudd er mangel-full kompetanse og sviktende forståelse av regelverket. Heller ikke mot denne typen feil vil et gebyr være et effektivt virkemiddel.»

Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon (KS) uttalar:

«[...] KS ser behovet for å ha sanksjoner for brudd på EØS-rettslige forpliktelser på et område som faller utenfor anskaffelsesregelverkets anvendelsesområde. Dette vil kunne bidra til økt regeletterlevelse og harmonisering av rettsregler knyttet til inngåelse av tenestekonsesjonskontrakter.»

Arbeidsgiverforeningen Spekter peiker på at tenestekontraktar er omfatta av eit omfattande sanksjonsregelverk. Dei har difor forståing for at departementet ser eit behov for å innføre eit sank-

sjonsregelverk knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar.

Kollektivtrafikkforeningen uttalar:

«Det er grunn til å tro at de styrende myndigheter har en oppfatning av at ulovlige kontrakter er avledet av økonomiske motiver. Dette er ikke i samsvar med bransjens oppfatning. Senere års resultater viser at konkurranseutsatte kontrakter ofte oppnår lavere priser enn tradisjonelle kontrakter, eller drift med høyere kvalitet og regularitet for tilnærmet samme kostnad. Dette underbygger oppfatningen om at historiske tenestekonsesjonskontrakter har fått henge med som følge av at den administrative eller politiske organiseringen ikke har vært tilstrekkelig klar i enkelte områder.»

4.2.2.3 *Plikt til å innføre sanksjonsheimel*

Akershus fylkeskommune og *Oslo kommune* viser til at lovbrotsgebyr for brot på EØS-regelverket ved tildeling av tenestekonsesjonskontraktar er ein sanksjon departementet tar inn i det norske regelverket på eige initiativ, dvs. utan at det følgjer som plikt etter EØS-retten. Dei uttalar dette i samband med at departementet i høyringsnotatet gjorde framlegg om at departementet skulle ha plikt til å påleggje lovbrotsgebyr dersom vilkåra for det var oppfylte. *Akershus fylkeskommune* og *Oslo kommune* meiner det er lite heilskapleg at ein frivillig sanksjon er strengare enn den tilsvarende sanksjonen innanfor lov om offentlige anskaffelser.

4.2.2.4 *Avvikande sanksjonsregime*

Akershus fylkeskommune, *Oslo kommune*, *KS*, *KS Bedrift* og *Arbeidsgiverforeningen Spekter* viser til at framlegget til sanksjonsføresegn for konsesjonskontraktar vil avvike frå dei sanksjonsreglane som gjeld for tenestekontraktar.

Akershus fylkeskommune og *Oslo kommune* framhevar at ulike regime vil føre til ytterlegare komplisering av eit allereie vanskeleg tilgjengeleg regelverk. Dei kan ikkje sjå at det for tenestekonsesjonskontraktar er særskilte omsyn som talar for å ha reglar som avvik frå regelverket om offentlege innkjøp.

KS uttalar:

«KS mener at sanksjonssystemet for tenestekonsesjonskontrakter bør være så likartet som mulig, uavhengig av om tenestekonsesjonskontrakten omfattes av anskaffelsesregelver-

ket (det nye konsesjonsdirektivet) eller særlovgiving.»

KS Bedrift meiner det er problematisk med sterkt avvikande sanksjonssystem og at systema difor bør samordnas:

«[...] KS Bedrift har vanskelig for å se at tenestekonsesjoner generelt, og yrkestransportområdet spesielt, skal behandles vesentlig annerledes enn andre anskaffelser. Som følge av innføringen av håndhevingsdirektivet, ble sanksjonssystemet for anskaffelsesretten vesentlig svekket.»

Arbeidsgiverforeningen Spekter peikar på at:

«Forslaget avviker fra sanksjonsregelverket slik vi kjenner det ved tjenestekontakter (domstolsystem) ved at gebyrmyndigheten legges til Samferdselsdepartementet. Spekter er i utgangspunktet skeptisk til at det innføres et parallelt system for sanksjoner i tillegg til det som er etablert ved tjenestekontrakter, og er redd det vil oppleves uoversiktlig og byråkratisk, og vil anmode departementet om gjennomgå behovet for å opprette et slikt system på nytt.

Om departementet kommer til at et slikt sanksjonsregime likevel er å foretrekke, må det sikres parallellitet i virkemidlene. [...]»

NHO, NHO Sjøfart og NHO Transport peikar på den andre sida på at eit avvikande regelverk kan vere rettkomen ettersom konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova er unnatekne frå reglane i det nye konsesjonskontraktdirektivet. Dei uttalar at dei i all hovudsak støttar departementet sitt framlegg til innføring av eit lovbrotsgebyr og peikar på følgjande:

«Konsesjonskontrakter etter kollektivtransportforordningen er unntatt fra reglene i det nye direktivet om konsesjonskontrakter. Dette innebærer at sanksjonsreglene i håndhevingsdirektivet ikke gjelder konsesjonskontrakter som er omfattet av kollektivtransportforordningen. Dette inkluderer transporttjenester innenfor yrkestransportloven. Konsesjonskontraktene for transporttjenester på vei og til sjøs må derfor fremdeles håndheves etter nasjonale regler og annet relevant EØS-regelverk. Dette kan tale for at det på et særlig begrenset område innenfor yrkestransportloven kan være berettiget med et unntak fra et mer fullstendig sanksjonsregime med både termine-

ring av avkortning av kontrakter som mulige sanksjonsmidler. NHO, NHO Sjøfart og NHO Transport understreker at man her er innenfor et nasjonalt og snevert unntaksområde.»

4.2.2.5 Den praktiske verknaden av framlegget

Hedmark Trafikk, Kollektivtrafikkforeningen, NHO, NHO Transport og NHO Sjøfart meiner den praktiske verknaden av framlegget vil vere liten.

Hedmark Trafikk kommenterer at dei ikkje kan sjå at føresegna departementet har gjort framlegg om vil ha nokon praktisk verknad. Dei uttalar at dei pr. i dag berre har fire tenestekonsesjonskontraktar for rutetransport med buss. Vidare har dei planar om å konkurranseutsette all bussproduksjon etter lov om offentlige anskaffelser. Tre av dei nemnte kontraktane vil verte avvikla innan 30. juni 2015. Hedmark Trafikk er vidare i ein prosess med å avvikle den siste kontrakten med verknad frå 30. juni 2016. Dei meiner slik konkurranseutsetting etter lov om offentlige anskaffelser er i tråd med allmenn utvikling på området. Hedmark Trafikk uttalar vidare:

«Slik vi oppfatter den foreslåtte bestemmelsen, så vil den ha liten praktisk relevans. For det førte er det i bestemmelsen inntatt en rekke unntaksbestemmelser før straffereaksjoner får anvendelser, bl.a. ved at det ikke skal sanksjoneres mot eldre kontrakter. Derneft er det en rekke tenestekonsesjonskontrakter som fortsatt vil være fullt ut lovlige iht. EØS-forordningen. Til slutt så observerer vi at både oppdragsgivere og operatører i stadig sterkere grad ønsker å gå vekk fra tenestekonsesjonskontrakter som avtaleinstrument.»

Hedmark Trafikk seier avslutningsvis at dei stiller seg bak fråsegna frå Kollektivtrafikkforeningen.

Kollektivtrafikkforeningen viser til at tilnærma alle trafikkområde er i ferd med å verte konkurranseutsett i medhald av lov om offentlige anskaffelser. Fleire fylke har allereie gjennomført eller har pågåande nye konkurranseprosessar som skal erstatte dei tidlegare tenestekonsesjonskontraktane. Dei meiner problema departementet viser til i høyringsnotatet, når det gjeld brot på EØS-regelverket ved tildeling av tenestekonsesjonskontraktar, er utdøande. Kollektivtrafikkforeningen uttalar vidare at dei brota som har skjedd i samband med tildelinga av slike kontraktar tidlegare, til ein viss grad har skjedd på grunn av usikkerheit og svak kompetanse på fagområdet i tida like etter at

EØS-regelverket vart implementert i norsk rett. Kollektivtrafikkforeningen si oppfatning er at alle fylkeskommunane no har fått tilstrekkeleg forståing for gjeldande rammevilkår, og at den norske kollektivtrafikkmarknaden er vel organisert og har målsettingar for å etterleve EØS-regelverket på ein god måte. Kollektivtrafikkforeningen finn likevel grunn til å presisere at det framleis er til late med tenestekonsesjonskontraktar i bussmarknaden.

NHO, NHO Transport og NHO Sjøfart legg til grunn at regelverket departementet har gjort framlegg om neppe kjem til å få store praktiske konsekvensar:

«[...] Med bakgrunn i erfaringene fra ulovlige direkteanskaffelser og at det kan være vanskelig for en aktør i markedet å påvise at han har lidt et tap som følge av kontraktstildelingen, vil slike domstolsaker sjelden oppstå.»

NHO, NHO Transport og NHO Sjøfart understrekar òg at dei ønskjer ei auka bruk av tenestekonsesjonskontraktar i staden for tenestekontraktar.

4.2.2.6 Andre generelle merknader til framlegget

LO meiner det på generelt grunnlag er naturleg at offentlege styresmakter skal kunne påleggje gebyr for regelverksbrot. Dei kan likevel ikkje tiltre det aktuelle framlegget frå departementet. Dei uttalar:

«LO mener at forslaget slik det er foreslått vil forringe vår nasjonale selvbestemmelsesrett og i større grad overføres fra Norge til EU gjennom dette. Av erfaring vil det fra tid til annen komme situasjoner der nasjonale interesser vil være i konflikt med EUs overordnede mål, og da vil det virke begrensende for utvikling av tjenestene at man allerede som utgangspunkt har et lovverk som gir adgang til å ilegge store gebyrer dersom EØS-retten ikke følges. LO mener dette vil føre til at oppdragsgivere vil følge et «bedre fører» prinsipp, som totalt sett gir et dårligere resultat for den tjenesten som skal settes ut på anbud. Med bakgrunn i dette kan ikke LO støtte det fremlagte forslaget.»

4.2.3 Departementet sine vurderingar

4.2.3.1 Innleiing

Departementet vil nedanfor vurdere dei generelle aspekta ved lovframlegget på bakgrunn av høyringsfråsegna. Strukturen i dette punktet følgjer inndelinga av høyringsfråsegna i punkt 4.2.2.

4.2.3.2 Behovet for og føremålet bak sanksjonsheimelen

Departementet registrerer at Oslo kommune er skeptisk til om lovbrotsgebyret vil vere eit føremålstenleg verkemiddel for å betre etterlevinga av regelverket. Departementet er samd i at nokre brot kan ha skjedd på grunn av mangelfull kompetanse og sviktande forståing av regelverket. Det er likevel departementet si vurdering at føresegna vil kunne føre til at oppdragsgjevarane sett seg betre inn i regelverket og på den måten styrkar kompetansen på feltet.

4.2.3.3 Plikt til å innføre sanksjonsheimel

Departementet har merka seg at Akershus fylkeskommune og Oslo kommune meiner departementet ikkje har noko plikt etter EØS-regelverket til å innføre ein sanksjonsføresegn for tenestekonsesjonskontraktar som fell utanfor konsesjonskontraktdirektivet.

I høyringsnotatet peika departementet på at visse plikter til effektiv handheving av regelverket følgjer av den generelle EØS-retten og fortala til kollektivtransportforordninga. I fortala punkt 21 er det ein føresetnad om effektivt rettsleg vern av reglane i forordninga. Den norske staten vil òg etter effektivitetsprinsippet ha ei plikt til å sikre effektivt vern i nasjonal rett av dei rettar EU-lovgjevinga har utvikla. Staten har såleis ei plikt til å sikre at reglane vert etterlevd utan at det følgjer konkret av EØS-retten korleis dette skal gjerast. Det er usikkert kor langt effektivitetsprinsippet og kravet i fortala til kollektivtransportforordninga strekk seg.

Departementet viste i høyringsnotatet til at det har vore problematisk å sikre at staten kan følgje opp brot på reglane for tildeling av tenestekonsesjonskontraktar. Bakgrunnen for dette er at konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova vert tildelt av autonome forvaltningsorgan staten ikkje har instruksjonsmyndigheit over. Samtidig fell slike kontraktar utanfor sanksjonsregelverket for offentlege innkjøp. Staten har dermed ikkje høve til å foreta avbøtande tiltak for å korrigere brotet. Problemet vart satt på spissen i saka om til-

deling av konsesjonskontraktar for buss i Aust-Agder fylkeskommune, sjå nærare under punkt 2.2. Departementet meiner det er nødvendig med ein sanksjonsheimel for brot på regelverket for å sikre effektiv etterleving av regelverket for tildeling av konsesjonskontraktar for tenester innanfor yrkestransportlova.

4.2.3.4 *Avvikande sanksjonsregime*

Departementet har merka seg at fleire høyringsinstansar er skeptiske til å innføre ei sanksjonsføresegn for tenestekonsesjonskontraktar som avvik frå sanksjonsføresegnene i regelverket om offentlege innkjøp.

Departementet vurderte i høyringsnotatet kva som ville vere den beste måten å sikre meir effektiv etterleving av regelverket. Departementet ønska i utgangspunktet ikkje å gå lenger enn det som var nødvendig for å sikre dette føremålet.

På den bakgrunn la departementet opp til at framlegget til sanksjonsheimel for tenestekonsesjonskontraktar på somme punkt avvik frå sanksjonsføresegnene for tenestekontraktar.

Departementet la i høyringsnotatet for det første opp til at tenestekonsesjonskontraktar berre skulle vere gjenstand for lovbrotsgebyr, ikkje terminering og/eller avkorting av kontrakten. Departementet viste i høyringsnotatet til at det er knytt fleire utfordringar til å opne for terminering og avkorting. Departementet held fast ved den vurderinga som vart gjort i høyringsnotatet, jf. punkt 4.5.

Departementet la for det andre opp til at det er forvaltninga ved Samferdselsdepartementet, ikkje domstolane, som skal vere handhevingsorgan etter føresegna. Departementet viste i høyringsnotatet til at eit domstolssystem har særskilte prosessuelle utfordringar. Utfordringane knytt seg til om private tredjepartar har tilstrekkeleg insitament til å bringe saka inn for retten, sjå punkt 4.6 nedanfor. Desse utfordringane gjer seg særleg gjeldande der sanksjonsmekanismen er avgrensa til å påleggje eit lovbrotsgebyr. Departementet held fast ved den vurderinga som vart gjort i høyringsnotatet, og ser det ikkje som særleg praktisk at kompetansen til å påleggje gebyret vert lagt til domstolane.

I høyringsnotatet la departementet for det tredje opp til at departementet skal ha ei *plikt* til å påleggje lovbrotsgebyr. Departementet har gått bort frå dette og gjer her framlegg om at departementet skal ha ein *rett*, ikkje ei *plikt*, til å påleggje lovbrotsgebyr. Det vert her vist til vurderinga under punkt 4.7.3.

4.2.3.5 *Den praktiske verknaden av framlegget*

Departementet har merka seg at somme høyringsinstansar meiner føresegna departementet gjer framlegg om vil ha liten praktisk verknad ettersom dei fleste kontraktane no vert tildelte i samsvar med regelverket om offentlege innkjøp. Departementet er samd i at behovet for ei sanksjonsføresegn kan verte mindre etterkvart som kunnskapen om regelverket vert større hos oppdragsgjevarane, og sidan oppdragsgjevarane no i større grad enn før brukar regelverket om offentlege innkjøp ved tildeling av kontrakt om transporttenester. Departementet held likevel fast ved lovframlegget ettersom det framleis er høve til å tildele konsesjonskontraktar for transporttenester innanfor yrkestransportlova. Det er då òg nødvendig å kunne sikre at reglane vert følgde.

4.2.3.6 *Andre generelle merknader til framlegget*

Departementet har merka seg LO si fråsegn om dei problema organisasjonen meiner føresegna inneber for den nasjonale sjølvrådetretten.

Departementet viser til at sanksjonen vert pålagt som ein konsekvens av brot på eit regelverk som allereie er innlemma i norsk rett. Det vil vere departementet som pålegg sanksjonen basert på anten dom eller innrømming av brot på regelverket. Departementet meiner dermed at føresegna ikkje vil innebere mindre nasjonal sjølvrådetrett.

4.3 **Kva kontraktar vert omfatta av sanksjonen**

4.3.1 *Høyringsframlegg*

Departementet la i høyringsframlegget opp til at lovbrotsgebyr skulle rettast mot brot som har skjedd i samband med tildeling av tenestekonsesjonskontraktar. Departementet viste til to særlege avgrensingar.

For det første peika departementet på at sanksjonsheimelen berre ville gjelde for *tenestekonsesjonskontraktar*. Det vart avgrensa mot tenestekontraktar som fell innanfor regelverket om offentlege innkjøp. For slike kontraktar har lov om offentlege anskaffelser med tilhøyrande forskrifter eigne handhevingsreglar som totalt sett går lenger enn den heimelen departementet her gjer framlegg om, jf. punkt 3.3.3.

For det andre viste departementet til at sanksjonsheimelen vert avgrensa til å gjelde tenestekonsesjonskontraktar om transporttenester inn-

anfor verkeområdet til *yrkestransportlova*. Lovbrotsgebyret skulle etter dette berre kunne verte pålagt for kontraktar om transport med motorvogn på veg og med fartøy til sjøs, jf. ytl. § 1 første ledd.

Departementet peika i høyringsnotatet på at heimelen i utgangspunktet vil gjelde for alle typar konsesjonskontraktar som kan tildelast etter yrkestransportlova. Dette omfattar både kontraktar om person- og godstransport, samt transport både i og utanfor rute. I praksis vil det likevel først og fremst vere for rutetransport med buss og fartøy at det offentlege har behov for å gripe inn i marknaden for å sikre publikum eit tilbod.

Oppsummert er sanksjonsheimelen departementet gjorde framlegg om meint å gjelde for dei konsesjonskontraktane ein kan tildele for offentlig transportteneste som er omfatta av yrkestransportlova, og som ikkje allereie er dekte av regelverket om offentlege innkjøp.

4.3.2 Høyringsfråsegn

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet sine vurderingar av kva kontraktar som vert omfatta av sanksjonen.

4.3.3 Departementet sine vurderingar

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet, og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.4 Kretsen sanksjonen vert retta mot

4.4.1 Høyringsframlegg

Departementet viste i høyringsnotatet til at framlegget inneber at lovbrotsgebyr vil verte pålagt dei som er oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova.

Departementet viste i høyringsnotatet til at både (fylkes-) kommunale og statlege aktørar kan tildele konsesjonskontraktar om transporttenester innanfor ramma av yrkestransportlova. Der ein fylkeskommune, ein kommune eller eit statleg organ bryt relevant regelverk ved tildeling av slik kontrakt, la departementet til grunn at det ville vere klart at lovbrotsgebyret vert retta direkte mot det aktuelle organet.

Yrkestransportlova opnar òg for at kontraktar om transporttenester kan verte tildelte av eit administrasjonsselskap, jf. ytl. § 23. Der eit slikt administrasjonsselskap har brote regelverket ved tildeling av kontrakt, la departementet til grunn at organisasjonsforma av administrasjonsselskapet

ville avgjere om administrasjonsselskapet eller det aktuelle kommunale organ skulle påleggjast lovbrotsgebyret. Dersom administrasjonsselskapet er eit sjølvstendig juridisk selskap, ville det vere dette selskapet som skulle verte rekna som oppdragsgjevar for kontraktstildelinga. Døme på slike sjølvstendige einingar er aksjeselskap (AS). Dersom administrasjonsselskapet formelt er ein del av fylkeskommunen, ville det vere det kommunale organet som skulle verte rekna som oppdragsgjevar for kontraktstildelinga. Døme på slike organisasjonsformer er fylkeskommunale føretak (FKF).

Kven som er løyvestyresmakt, og som har ansvaret for tildeling av konsesjonskontraktar for dei ulike transportformene, følgjer av punkt 3.4 ovanfor. Kort oppsummert er fylkeskommunane løyvestyresmakt for rutetransport og andre behovsprøvde løyver på veg og til sjøs (unnateke riksvegferjene), medan Vegdirektoratet er løyvestyresmakt for riksvegferjene. Departementet er løyvestyresmakt for kystruta Bergen – Kirkenes.

Det vil i hovudsak vere for rutegåande transport at det offentlege har behov for å gripe inn i marknaden for å sikre publikum eit tilbod. Departementet la difor i høyringsnotatet til grunn at det ville vere fylkeskommunane som i dei fleste tilfella tildeler konsesjonskontraktar etter yrkestransportlova.

Det er særleg der kontraktar er tildelte av eit autonomt forvaltningsorgan at det er behov for ein sanksjonsheimel. For statlege oppdragsgjevarar har departementet andre verkemiddel for å handtere eventuelle brot. Når staten er oppdragsgjevar har staten sjølv direkte kontroll over kontrakten, og kan terminere eller avkorte den dersom dette er føremålstenleg.

Departementet opna i høyringsnotatet likevel for at både kommunale og statlege organ kan verte pålagt lovbrotsgebyr etter føresegna.

Departementet viste i høyringsnotatet til at dersom kontrakten vert terminert eller avkorta vil det vere mindre aktuelt å påleggje lovbrotsgebyr. Departementet opna difor for å unnlate å påleggje lovbrotsgebyr i dei tilfella der brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten. Departementet gjorde likevel merksam på at særlege problemstillingar kan oppstå dersom det likevel er aktuelt med lovbrotsgebyr mot statlege oppdragsgjevarar. Til dømes dersom den aktuelle konsesjonskontrakten ikkje har vore gjenstand for terminering eller avkorting. I slike tilfelle vil departementet kome i ein situasjon der det kan vere aktuelt å påleggje gebyr anten til eigen underliggjande etat eller til seg sjølv. Departemen-

tet viste i høyringsnotatet til at omsynet til truverde her taler for at ein bør opne for å gje kompetansen til å påleggje gebyr til eit anna organ i slike einskildsaker, sjå nærare i punkt 4.6 nedanfor.

Departementet la i høyringsnotatet avslutningsvis til grunn at sanksjonen berre ville rettast mot sjølve organet, ikkje tilsette i organet.

4.4.2 Høyringsfråsegn

Kollektivtrafikkforeningen har somme kommentarar knytt til dei konsesjonskontraktane staten sjølv har tildelt og dermed har styringsretten over:

«Foruten fylkeskommunenes kollektivvirksomheter, vil de statlige etatene innen jernbanesektoren og Statens Vegvesen med sine fergekontakter være omfattet av det nye lovforlaget. Uten at vi sitter inne med noen detaljert oversikt om de løpende fergekontraktene, så er Kollektivtrafikkforeningen kjent med at de fleste fergesamband allerede har vært konkurranseutsatt iht. Lov om offentlige anskaffelser gjennom lang tid. En eventuell overtredelse av konsesjonsregelverket i disse sektorene vil sannsynligvis være avledet av uklare føringer eller krav som regjeringen selv har ansvar for å forvalte.

Jernbanesektoren og vegvesenet er statlige forvaltningsnivåer, og det er staten selv som utøver styringsretten i forhold til disse virksomhetene. Intensjonen bak lovforlaget faller således bort i forhold til disse virksomhetene. Det er staten selv som må bære ansvaret for eventuelle brudd i disse sektorene.»

4.4.3 Departementet sine vurderingar

Departementet har merka seg Kollektivtrafikkforeningen sine merknader knytt til dei tilfella der staten er oppdragsgjevar. Departementet viser her til den vurderinga som vart gjort i høyringsnotatet der departementet peika på at statlege oppdragsgjevarar har kontroll over dei kontraktane dei sjølve har inngått, og dermed har høve til å terminere eller avkorte kontraktane. Departementet er difor samd i at noko av intensjonen bak føresegna ikkje gjer seg gjeldande i slike tilfelle. Det er likevel departementet si vurdering at det er føremålstenleg at alle oppdragsgjevarar vert omfatta av føresegna. Det vil vere prinsipielt uheldig med ulikhandsaming mellom statlege og andre offentlege organ ved pålegging av lovbrotsgebyr. Departementet legg vekt på at statlege oppdragsgjevarar på same måte som (fylkes-) kom-

munale oppdragsgjevarar bør verte oppfordra til å etterleve regelverket ved tildeling av konsesjonskontraktar.

Når det gjeld Kollektivtrafikkforeningen si tilvising til jernbanesektoren, viser departementet til at yrkestransportlova berre gjeld for transport med motorvogn og fartøy, jf. ytl. § 1 første ledd. Føresegna departementet gjer framlegg om vil difor ikkje gjelde for oppdragsgjevarar som tildele konsesjonskontraktar for jernbanetenester.

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet, og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.5 Sanksjonsmekanismen – lovbrotsgebyr

4.5.1 Høyringsframlegg

Departementet viste i høyringsnotatet til kva vurderingar som departementet har gjort i samband med val av sanksjonsmekanisme.

Departementet vurderte fleire moglege sanksjonar i tillegg til lovbrotsgebyr, mellom anna terminering og/eller avkorting av kontrakten, slik det er opna for innanfor regelverket om offentlege innkjøp.

Departementet viste i høyringsnotatet til at terminering og avkorting som sanksjonsmekanismar gjev moglegheit til å rette opp ulovlege høve som oppstår ved at feil leverandør får tildelt ein kontrakt. Sanksjonane vert retta både mot oppdragsgjevar og leverandør, og får på den måten ein større preventiv verknad. Leverandøren får då heller ikkje fordelar av at oppdragsgjevar gjennomfører ulovlege innkjøp.

Departementet la likevel ikkje opp til ein sanksjonsmekanisme som opna for terminering og/eller avkorting av konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova. Bakgrunnen var at terminering og avkorting inneber at store delar av risikoen for brot på regelverket vert lagt til oppdragsgjevaren sin medkontrahent. Departementet viste i høyringsnotatet til at det ikkje er uproblematisk å gjere slike inngrep i eit kontraktstilhøve mellom to sjølvstendige partar. Slike sanksjonar kan føre til uvisse hos leverandørane, og føre til ein prisauke for levering av tenesta etter konsesjonskontrakten. Det vil òg vere problematisk om forvaltninga skal kunne terminere eller avkorte kontraktar. Dette vil mellom anna krevje fleire ressursar og større kompetanse i det aktuelle forvaltningsorganet.

Når det gjeld lovbrotsgebyr viste departementet i høyringsnotatet til at denne sanksjonen berre får direkte verknad for oppdragsgjevar.

Eit lovbrotsgebyr som einaste sanksjonsmoglegheit inneber at det ulovlege høvet kan fortsette uavhengig av om oppdragsgjevar vert pålagt gebyr for brotet. Dette inneber eit svakare vern av andre leverandørar i marknaden. Departementet la likevel til grunn at ein heimel til å påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr vil kunne føre til færre ulovlege kjøp i framtida. Høve til å verte pålagt økonomiske sanksjonar vil kunne auke oppdragsgjevar si medvit om reglane for kjøp av slike tenester, og dermed virke preventivt mot brot på reglane.

Departementet la på bakgrunn av vurderinga ovanfor til grunn at ein økonomisk sanksjon i form av eit lovbrotsgebyr vil vere den minst inngripande, og samtidig den mest føremålstenlege løysinga.

Departementet gjorde på denne bakgrunn framlegg om å innføre ein lovheimel for å påleggje lovbrotsgebyr.

4.5.2 Høyringsfråsegn

Kollektivtrafikkforeningen uttalar:

«Om det skal innføres sanksjonsmuligheter, er Kollektivtrafikkforeningen av den oppfatning at lovgiver og departementet bør arbeide videre med et framlegg som gir muligheter for avkortning og/eller terminering av ulovlig inngåtte kontrakter. Det er dette sanksjonsmiddelet som vil ha størst preventiv virkning. Oppdragsgiverne vil være eksponert for bl.a. merkostnader, erstatningsrisiko og negativt omdømme som vil følge av en termineringssituasjon. Operatørene vil oppfatte en betydelig risiko ved å innlate seg i ulovlig inngåtte kontrakter. Dette vil naturlig nok medføre at operatørene vil ha vegring for å gå inn på avtaleforhold som ikke er bragt i stand på lovlig måte.

Uroen for prisøkning ved å benytte terminering som mulig sanksjon, kan virke overvurdert i høringa. Kollektivtrafikkforeningen er innforstått med at det kan være ressurskrevende for en oppdragsgiver å bli stilt ovenfor et termineringskrav. Trussel om terminering vil imidlertid være så sterk at partene selv vil avkorte avtaleperioden og løse saken uten pålegg fra myndighetenes side blir nødvendig.»

Akershus fylkeskommune og *Oslo kommune* meiner regelen om lovbrotsgebyr, som departementet har gjort framlegg om, er ein svært streng sanksjon. Dei peikar på at konsesjonskontraktane ofte har stor verdi og at gebyret (maksimalt 15 % av

kontraktsverdien) som hovudregel vil utgjere fleire millionar kroner. Oslo kommune legg til:

«[...] Et slikt gebyr til fordel for statskassen, vil gå på bekostning av oppdragsgiverens mulighet til å bruke de samme midlene til nytte for befolkningen (og operatørene som gebyrtruselen skal beskytte) gjennom kjøp av kollektivtransporttjenester. Gebyret kan også gjøre det vanskelig for oppdragsgiveren å iverksette andre, og kanskje mer egnede, tiltak for å hindre lignende lovbrudd igjen.»

4.5.3 Departementet sine vurderingar

Departementet har merka seg at Kollektivtrafikkforeningen meiner terminering og/eller avkorting som sanksjonsmetode vil gje størst preventiv verknad. Departementet vurderte i høyringsnotatet kva som ville vere den beste måten å sikre etterleving av regelverket. Departementet så det som føremålstenleg å opne for å påleggje eit lovbrotsgebyr framfor å innføre heimel til å terminere eller avkorte kontrakten. Departementet held fast ved vurderinga som vart gjort i høyringsnotatet.

Departementet har merka seg Akershus fylkeskommune og Oslo kommune sin merknad om at lovbrotsgebyret inneber ein svært streng sanksjon. Departementet viser til at det ved vurdering av *om* gebyr skal påleggjast og ved utmålinga av gebyret mellom anna skal leggjast vekt på kor grovt brotet er, sjå nærare punkt 4.7 og 4.11. Det vert vist til at 15 % av kontraktsverdien er det maksimale ein kan verte pålagt, og at det skal gjerast ein konkret heilskapsvurdering av brotet ved utmåling av lovbrotsgebyret. Det vil difor ikkje i kvar sak vere tale om eit gebyr opp mot 15 % av kontraktsverdien.

Departementet har vidare merka seg at Oslo kommune meiner at lovbrotsgebyret kan gjere det vanskeleg for oppdragsgjevaren å sette i verk andre meir eigna tiltak for å hindre liknande lovbrøt i framtida. Departementet viser til at føremålet med sanksjonen er at risikoen for å verte pålagt økonomiske sanksjonar vil kunne auke oppdragsgjevar si medvit om reglane for kjøp av tenestekonsesjonskontraktar og dermed virke preventivt mot brot på reglane. Departementet går òg ut frå at risikoen vil føre til betre kompetanse om regelverket og dermed kunne føre til færre ulovlege kjøp i framtida. Det er vidare departementet si vurdering at betre etterleving av regelverket for tildeling av konsesjonskontraktar på sikt vil kunne føre til innsparingar for det offentlege.

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.6 Handhevingsorgan

4.6.1 Høyringsframlegg

Departementet la i høyringsnotatet opp til at det skal vere opp til forvaltninga, ved Samferdselsdepartementet, å påleggje lovbrotsgebyret etter føresegna.

Departementet vurderte i høyringsnotatet andre alternative handhevingsstrukturar, til dømes eit domstolssystem, slik ein finn innanfor regelverket om offentlege innkjøp.

Departementet viste i høyringsnotatet til NOU 2010: 2 «*Håndhevelse av offentlige anskaffelser*». Handhevingsutvalet drøfta i denne NOU'en om ein ved gjennomføring av sanksjonssystemet frå handhevingsdirektivet i regelverket om offentlege innkjøp skulle vidareføre den etablerte domstolsmodellen eller om ein burde gå over til ein administrativ tvisteløysing i første instans. Fleirtallet i utvalet konkluderte med at domstolssystemet burde vidareførast. Utvalet framheva likevel at domstolssystemet reiser nokre prosessuelle utfordringar, medrekna spørsmål om kven som skal ha søksmålskompetanse og om desse har tilstrekkeleg insitament til å bringe saka inn for retten. Sjølv om utvalet såg manglar i domstolssystemet, ønskte dei likevel eit slikt system for handheving av tenestekontraktar.

Departementet viste i høyringsnotatet til at val av kompetent organ til å handheve regelen om lovbrotsgebyr for konsesjonskontraktar innanfor ramma av yrkestransportlova reiser fleire av dei same problemstillingane som vart reist av handhevingsutvalet i NOU 2010: 2.

Eit domstolssystem krev at ein privat part bringar saka inn for domstolane. I saker der det vert påstått at ein tenestekonsesjonskontrakt er tildelt på ulovleg måte, vil slike private partar normalt vere andre potensielle leverandørar som meiner dei er fråtekne høve til å konkurrere om kontrakten. Private aktørar vil ofte ha liten økonomisk interesse i å setje i gong ein lang, dyr og krevjande domstolsprosess i saker der ein ikkje er garantert ein økonomisk gevinst ved å vinne ei sak. I slike saker vil fordelane ved ein eventuell siger vere for små til å vege opp for prosessrisikoen og belastninga av å føre saka for domstolane. Når sanksjonsmoglegheita er avgrensa til eit gebyr, vil det vere enda mindre grunn for private parter til å bringe saka inn for domstolane enn det

som er tilfelle innanfor lov om offentlige anskaffelser, der kontrakten kan verte kjent utan verknad eller avkorta.

Når partar ikkje har tilstrekkeleg insitament til å krevje sanksjonar mot ein ulovlig tildelt konsesjonskontrakt, vil dette kunne hindre effektiv kontroll med tildeling av kontraktane. Til samanlikning vil ein forvaltningsmodell innebære at styresmaktene kan handheve brot på eige initiativ. Handheving vil dermed ikkje vere avhengig av private partar sine økonomiske insitament. Departementet la difor opp til å leggje sanksjonskompetansen til forvaltninga. Ettersom det strukturelle tiltaket vart avgrensa til å gjelde konsesjonskontraktar om transporttenester innanfor yrkestransportlova, viste departementet til at det ville vere praktisk at handhevingskompetansen vart lagt til Samferdselsdepartementet. Samferdselsdepartementet har allereie noko kompetanse på kjøp av offentlege transporttenester. Det vil ikkje vere føremålstenleg å opprette ei uavhengig nemnd for dette avgrensa saksfeltet.

Departementet peika i høyringa på at det ikkje har vore ønskjeleg å leggje opp til at departementet skal fungere som eit klageorgan. Departementet skal bruke heimelen til å gripe inn når brot på regelverket allereie er konstatert, sjå meir om dette under punkt 4.8.

Departementet framheva i høyringsnotatet at dersom oppdragsgjevar er ein statleg aktør, vil det reise særlege spørsmål knytt til at handhevingskompetansen vert lagt til departementet. Omsynet til truverde talar då for å gje kompetansen til eit anna organ enn Samferdselsdepartementet i slike tilfelle. Departementet opna difor for at Kongen i slike tilfelle kunne gje kompetansen til eit anna organ. Departementet viste til at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er eit aktuelt organ å gje denne kompetansen til fordi KOFA har kompetanse innanfor regelverket om offentlege innkjøp. KOFA er eit uavhengig organ, jf. forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 5. I utgangspunktet er det problematisk å delegere kompetanse til uavhengige organ. Departementet la likevel til grunn at det skulle vere høve til å delegere kompetansen til å påleggje lovbrotsgebyr til KOFA. For å vareta uavhengigheita til KOFA peika departementet på at Kongen ikkje skal kunne instruere KOFA eller sekretariatet i KOFA om lovtolking, skjønnsutøving, avgjerd av saka eller om sakshandsaminga, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 5. Departementet viste i høyringsnotatet til at departementet på eit seinare tidspunkt ville vurdere om det er behov

for å slå fast denne kompetansen generelt eller frå sak til sak. Det var departementet si vurdering at det ville vere tale om eit fåtal saker.

4.6.2 Høyringsfråsegn

Akershus fylkeskommune og *Oslo kommune* har nokre kommentarar til framlegget om å gje Samferdselsdepartementet handhevingskompetansen etter føresegna. Dei meiner utfordringane domstolssystemet reiser er like relevante for tenestekontraktar som for tenestekonsesjonskontraktar. *Akershus fylkeskommune* og *Oslo kommune* meiner sanksjonssystemet i størst mogleg grad bør vere likt for tenestekontraktar og tenestekonsesjonskontraktar, jf. punkt 4.2.2.4.

Akershus fylkeskommune viser i tillegg til at domstolssystemet innanfor regelverket om offentlege innkjøp varetar sentrale rettstryggleiksgarantiar.

KS Bedrift meiner handhevinga av regelen om lovbrotsgebyr bør liggje hos konkurransepolitisk avdeling i Nærings- og fiskeridepartementet, som elles handterar innkjøpsregelverket.

NHO, NHO Transport og *NHO Sjøfart* viser til at regjeringa har starta eit arbeid med sikte på å sjå på moglegheita for at KOFA skal få tilbake gebyrkompetansen innanfor regelverket om offentlege innkjøp. Dersom dette skjer meiner dei at KOFA òg bør få tilsvarende kompetanse for tenestekonsesjonskontraktar.

Fleire høyringsinstansar kommenterer at dei støttar departementet sitt synspunkt når det gjeld delegering av kompetanse til å påleggje lovbrotsgebyr i dei tilfella der oppdragsgjevaren er ein statleg aktør. Dei som uttrykkjer støtte for delegering i slike tilfelle er Vegdirektoratet, *Akershus fylkeskommune*, *Finnmark fylkeskommune*, *Oslo kommune*, *KS* og *Spekter*.

KOFA uttalar at dei ikkje har innvendingar mot å få delegert kompetansen til å påleggje lovbrotsgebyr der oppdragsgjevar er ein statleg aktør.

Justis- og beredskapsdepartementet (JD) kommenterer at høve til å delegere til uavhengige organ kan bero på ei tolking av den særlovgjevinga som regulerer det aktuelle uavhengige organet. Dei meiner difor at høvet til å delegere bør verte avklart før lovforslaget vert vedteke.

4.6.3 Departementet sine vurderingar

Departementet har merka seg at *Akershus fylkeskommune* og *Oslo kommune* meiner at sanksjonssystemet i størst mogleg grad bør vere likt for tenestekonsesjonskontraktar og tenestekontrak-

tar. Dei nemner særleg at utfordringane domstolssystemet reiser er like relevante for tenestekontraktar som for tenestekonsesjonskontraktar.

Departementet har forståing for argumenta om at sanksjonssystemet bør vere mest mogleg likt for tenestekontraktar og tenestekonsesjonskontraktar. Departementet har i punkt 4.5 grunngeve kvifor det ikkje er ønskeleg å opne for terminering og/eller avkorting av kontraktane. Omsyna til at partar ikkje har tilstrekkeleg insitament til å bringe saker inn for domstolane gjer seg særleg gjeldande her. Bakgrunnen for dette er at private aktørar vil ha lita økonomisk interesse i å setje i gong ein lang og krevjande domstolsprosess der dei ikkje kan oppnå noko i eiga interesse slik tilfellet ville vore om det hadde vore opna for terminering og/eller avkorting av kontrakten. Departementet meiner difor at eit domstolssystem ikkje vil vere tilstrekkeleg effektivt til å sikre føremålet med regelen. Departementet held difor fast ved framlegget om at kompetansen til å påleggje lovbrotsgebyr vert lagt til departementet.

Når det gjeld merknaden frå *KS Bedrift* om at handhevinga burde liggje hos Nærings- og fiskeridepartementet (NFD), viser departementet til at tenestekonsesjonskontraktar fell utanfor regelverket om offentlege innkjøp og dermed utanfor NFD sitt ansvarsområde. Departementet meiner difor det er mest føremålstenleg at kompetansen ligg hos Samferdselsdepartementet.

Departementet har merka seg merknadene frå *NHO, NHO Transport* og *NHO Sjøfart* knytt til at NFD ser nærare på moglegheita for at KOFA skal få tilbake gebyrkompetansen innanfor regelverket om offentlege innkjøp. Departementet er kjent med dette arbeidet. Forslag til endring i regelverket om offentlege innkjøp for gjeninnføring av denne gebyrkompetansen vart sendt på høyring 13. april 2015. Dersom KOFA får tilbake gebyrkompetansen for tenestekontraktar, meiner departementet det kan vere naturleg å sjå nærare på om KOFA bør få slik kompetanse til å påleggje gebyr òg etter yrkestransportlova. Det er likevel viktig å merke seg at departementet har lagt vekt på at ordninga med lovbrotsgebyr ikkje skal vere ei ordinær klageordning. Dersom KOFA, som er eit klageorgan, skal få denne gebyrkompetansen, vil det aktualisere nokre endringar i ordninga.

På bakgrunn av merknaden frå *JD* om at høvet til å delegere gebyrkompetansen til KOFA bør verte avklart før lovforslaget vert vedteke, har departementet presisert i lovteksten at gebyrkompetansen vert gjeve til KOFA der det er aktuelt å påleggje ein statleg oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr.

I høyringsnotatet gjorde departementet framlegg om at Kongen skal delegere kompetansen til KOFA. Etter ei ny vurdering har departementet kome til at delegeringa skal skje direkte frå departementet. Det er departementet si vurdering at dette vil vere mest føremålstenleg og ressurseffektivt. Delegering vil skje frå sak til sak.

På bakgrunn av det som er sagt over, har departementet i lovteksten presisert at kompetansen til å påleggje lovbrotsgebyr vert gjeve til KOFA der departementet sjølv eller eit anna statleg organ bryt regelverket. Departementet har òg endra føresegna samanlikna med slik den vart sendt på høyring slik at det er *departementet*, og ikkje *Kongen*, som gjer kompetansen til KOFA i dei einskilde sakene. Departementet viser elles til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.7 Vurderinga av om lovbrotsgebyr skal eller kan påleggjast

4.7.1 Høyringsframlegg

Departementet gjorde i høyringsnotatet framlegg om at departementet *skal* påleggje lovbrotsgebyr dersom vilkåra for det er oppfylte. Det vart likevel i lovframlegget lagt opp til at departementet kan unnlata å påleggje lovbrotsgebyr i dei tilfella der brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten, sjå under punkt 4.10 nedanfor. Departementet la opp til at ei vurdering av alvoret av brotet ville inngå i utmålinga av lovbrotsgebyret.

4.7.2 Høyringsfråsegn

Akershus fylkeskommune og Oslo kommune har kommentarar knytt til at det etter framlegget vil vere ei plikt for departementet til å påleggje lovbrotsgebyr dersom vilkåra er oppfylte.

Akershus fylkeskommune og Oslo kommune viser til at regelverket om offentlege innkjøp har ein tilsvarende regel om lovbrotsgebyr som er utforma som en *kan*-regel. Dei meiner regelverka for tenestekontraktar og tenestekonsesjonskontraktar bør vere mest mogleg like. Akershus fylkeskommune og Oslo kommune meiner det er lite heilskapleg at ein regel departementet tar inn på eige initiativ er strengare enn den tilsvarende regelen innanfor regelverket om offentlege innkjøp. Akershus fylkeskommune uttalar:

«I følge forslaget skal departementet ilegge gebyr dersom oppdragsgiveren bryter EØS-

rettslige regler som skal sikre åpenhet og ikke-diskriminering i prosessen. Det legges således opp til en plikt til å ilegge overtredelsesgebyr («skal»), mens tilsvarende regel på anskaffelsesområdet er skjønnsmessig («kan»). For tjenstekontrakter er det således en rett, men ikke en plikt til å ilegge gebyr. Det er flere eksempler fra Klagenemda for offentlig anskaffelse (KOFA) og praksis på at nemnda har konkludert med at det ikke har vært riktig å ilegge gebyr selv om vilkårene er oppfylt.

Departementet begrunner ikke hvorfor det for konsesjonskontrakter ikke skal være tilsvarende mulighet til å finne rimelige resultater, for eksempel i prinsippavgjørelser, ved rettsvillfarelse/begrunnet tvil eller ved mindre, bagatellmessige overtredelser. Ruter mener at en slik manglende skjønnsadgang ikke gir samfunnsmessig god utnyttelse av ressursene. Ruter mener derfor at «skal» i så fall bør endres til «kan».

Oslo kommune har tilnærma same fråsegn. Akershus fylkeskommune uttalar i tillegg:

«Det fremgår av forslagetets sjuende ledd at departementet kan unnlata å ilegge lovbruddgebyr i de tilfellene der bruddet har ført til erstatning, terminering eller avkorting av kontrakten. Terminering og avkortning er alternative sanksjoner til gebyr i anskaffelsesregelverket. Ruter mener det bør være like regler for konsesjonskontrakter og tjenstekontrakter på dette området.»

Akershus fylkeskommune og Oslo kommune viser vidare til at slik føresegna vart sendt på høyring vil alvoret av lovbrotet ikkje ha noko å seie for om lovbrotsgebyr vert pålagt. Dei viser til at det er fleire brot på EØS-reglane om openheit og ikkje-diskriminering som er av formell karakter og av underordna tyding for konkurransen. Akershus fylkeskommune uttalar:

«[...] Innkjøpsregelverkene (både forsyningsforskriften og gjeldende samt nye regler om inngåelse av konsesjonskontrakter) stiller relativt rigide og detaljerte krav til fremgangsmåten. Det er flere eksempler på at brudd på disse reglene ikke får praktisk betydning for konkurransen og for kontrakten man ender opp med. Slik reglene er utformet i dag, vil eksempelvis oppdragsgivere bli ilagt gebyr hvis de har brutt krav til likebehandling som kun er av hypotetisk betydning for konkurransen. Etter ordly-

den skal for eksempel gebyr ilegges hvis det er stilt krav til busser som alle aktuelle operatører kan oppfylle, men som en hypotetisk operatør ville ha hatt problemer med å oppfylle. Et slikt regelbrudd vil ikke ha hatt praktisk betydning for konkurranse og gebyr er neppe en hensiktsmessig sanksjon på brudd som kanskje og i beste fall har betydning for hensynet til innovasjon og utvikling av markedet.

Dersom departementet kommer til at et administrativt lovbruddgebyr skal ilegges, foreslår Ruter at departementet vurderer å ta inn en begrensning om at gebyrsanksjoner bare er aktuelt ved grove brudd eller ved brudd med merkbar betydning for konkurransen. Da vil man gi insentiver til at oppdragsgivere holder seg innenfor det som er lovlig uten at gebyr pålegges lovbrudd som ikke har nevneverdig betydning for hverken partene eller samfunnet.»

Oslo kommune har tilnærma same fråsegn, men uttalar i tillegg:

«Dersom det går vidare med lovforslaget bør bestemmelsen endres slik at Samferdselsdepartementet gis en skjønsmessig adgang til å illegge gebyr, fremfor en plikt. Som nevnt over, er det først og fremst de grove og overlagte brudd det kan være grunn til å reagere mot. I saker med begrunnet tvil, eller hvor bruddene er bagatellmessige, vil det være unødig å illegge gebyr. Det bør også tas inn en bestemmelse som angir retningslinjer for et slikt skjønn. [...]»

Akershus fylkeskommune meiner føreseigna slik den vart sendt på høyring med plikt til å påleggje lovbrotsgebyr, vil auke behovet for rettsprosessar.

4.7.3 Departementet sine vurderingar

På bakgrunn av fråsegn frå høyringsinstansane har departementet gjort ei ny vurdering av om sanksjonsheimelen bør vere utforma som ein skal- eller kan-regel, altså om departementet *skal* påleggje lovbrotsgebyr eller om departementet *kan* gjere det.

Departementet ser at det kan vere vanskeleg å føresjå alle moglege tilfelle som kan utgjere brot på EØS-regelverket. Departementet legg vekt på at føremålet med føreseigna er større etterleving av reglane for tildeling av tenestekonsesjonskontraktar om transporttenester innanfor yrkestransportlova. Å påleggje gebyr for bagatellmessige brot som

ikkje har hatt verknad på marknaden vil ikkje bidra til å fremme dette føremålet. Dette talar mot å utforme føreseigna som ein skal-regel. Departementet meiner det er lite føremålstenleg med eit svært lavt gebyr for heilt ubetydelege brot på regelverket.

Departementet meiner vidare at eit lovbrotsgebyr ikkje alltid vil vere nødvendig i dei sakene der andre korrigierende tiltak allereie er satt i verk, til dømes om kontrakten er terminert eller avkorta, eller der brotet har ført til skadebot. Ein kan-regel vil gjere det mogleg å la vere å påleggje lovbrotsgebyr i slike tilfelle utan at dette må følgje av ein særskilt unntaksregel slik det opphavleg vart lagt opp til i høyringa.

Departementet er samd i at sanksjonsheimelen for tenestekonsesjonskontraktar ikkje bør vere utforma slik at den i særleg grad er strengare enn den tilsvarende sanksjonsheimelen for tenestekontraktar. Lov om offentlige anskaffelser § 14 er utforma slik at retten både *kan* og *skal* idømme lovbrotsgebyr i særskilt fastsette tilfelle. Den heimelen det vert gjort framlegg om her er annleis enn regelen i lov om offentlige anskaffelser § 14. Regelen i lov om offentlige anskaffelser § 14 listar opp konkrete tilfelle som vil utløyse plikt til å idømme lovbrotsgebyr. Heimelen departementet gjer framlegg om listar ikkje på same måte opp konkrete brot. Departementet meiner dette kan tale for at departementet bør kunne gjere ein vurdering av om brotet er av ein slik karakter at det bør føre til lovbrotsgebyr.

Departementet viser vidare til at Sanksjonsutvalet rår til at heimlar for administrative sanksjonar vert utforma som kan-reglar, jf. NOU 2003: 15 «*Fra bot til bedring – et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff*» s. 186.

Etter ei ny vurdering meiner departementet at departementet skal ha *rett*, og ikkje *plikt*, til å påleggje oppdragsgjevaren eit lovbrotsgebyr. Det vert altså lagt opp til at departementet først skal vurdere om eit av dei tre vilkåra for å påleggje lovbrotsgebyr er oppfylte (dvs. om brotet anten er konstatert av ein norsk domstol, EFTA-domstolen eller innrømt av norske styresmakter, sjå nedanfor under punkt 4.8), og deretter *om* lovbrotsgebyr skal verte pålagt. Denne vurderinga skal baserast på ei konkret heilskapsvurdering.

Departementet gjer merksam på at hovudregelen vil vere at lovbrotsgebyr vert pålagt for brot på regelverket. Ein kan-regel vil likevel opne for at departementet i særskilte tilfelle kan unnlate å påleggje gebyr der dette ville vere unødvendig eller særskilt urimeleg.

Vurderinga av *om* lovbrotsgebyr skal verte pålagt vil hovudsakeleg verte knytt opp til kor grovt

brotet er og om det har hatt verknad på marknaden. Det vil òg ha tyding i vurderinga av *om* lovbrotsgebyr skal påleggjast om kontrakten er terminert eller avkorta, eller om brotet har ført til skadebot.

Departementet gjer, etter ei ny vurdering, framlegg om at sanksjonsheimelen vert utforma som ein kan-regel. Dette inneber at departementet *kan* påleggje lovbrotsgebyr dersom vilkåra for det er oppfylte. Departementet gjer dermed ei nyanseering av høyringsframlegget på dette punktet.

4.8 Vilkår for å påleggje lovbrotsgebyr – konstatering av brot

4.8.1 Høyringsframlegg

Departementet la i høyringsframlegget opp til at det skulle vere eit vilkår at brotet allereie er konstatert før det vert aktuelt med lovbrotsgebyr i tråd med heimelen.

Departementet gjorde framlegg om å innføre ein heimel til å gripe inn i det ulovlege høvet dersom eit av følgjande vilkår var oppfylt:

- (i) brotet er konstatert ved dom i ein norsk domstol
- (ii) brotet er konstatert ved dom i EFTA-domstolen
- (iii) norske styresmakter har innrømt brotet etter ei føregåande ESA-handsaming av saka.

Når det gjeld det første alternativet viste departementet i høyringsnotatet til at dette inneber at saka er bringa inn for ein norsk domstol, og at det går fram av dommen at det ligg føre eit brot på dei aktuelle EØS-reglane. Departementet viste vidare til at dommen måtte vere rettskraftig. At brotet måtte vere konstatert innebar, etter departementet si vurdering, at det vert stilt krav til at det kjem *klart* fram av dommen at det har skjedd eit brot.

Departementet viste i høyringsnotatet til at dersom forhold rundt prosessen for tildeling av ein konsesjonskontrakt kjem opp for ein norsk domstol, vil spørsmålet om konsesjonskontrakten er tildelt på ulovleg måte, ofte ikkje utgjere ein sjølvstendig påstand, men vere ein del av påstandsgrunnlaget. Bakgrunnen for dette er at ein privat part ofte vil sjå det som tilstrekkeleg å leggje ned påstand om skadebot, utan ein eigen påstand som slår fast brotet. Dette inneber at spørsmålet om tildelinga er ulovleg ikkje vert rettskraftig avgjort. Departementet viste til at det ofte kan by på problem i praksis å vurdere om

domspremissane gjev grunnlag for å konstatere at det ligg føre brot på regelverket. Til dømes kan ein tenkje seg at dommaren tenderer til å konkludere med at det ligg føre eit brot, men at han eller ho ikkje ser grunn til å ta stilling til dette spørsmålet då vilkåra for skadebot uansett ikkje er oppfylte. Departementet la opp til å opne for å leggje vekt på konklusjonar frå premissane i dommen ved vurderinga av om det er skjedd eit brot på regelverket. Departementet understreka likevel at det måtte gå *klart* fram av dommen at det har skjedd eit brot ved tildelinga.

Når det gjeld det andre alternativet viste departementet i høyringsnotatet til at det inneber at saka er bringa inn for EFTA-domstolen, og at det går fram av dommen at det ligg føre eit brot på EØS-reglane. Departementet viste til at det at brotet må vere konstatert òg her inneber at det vert stilt krav til at det kjem *klart* fram av dommen at det har skjedd eit brot.

Departementet peika i høyringsnotatet på at det er sannsynleg at ved ein sak for EFTA-domstolen om tildeling av ein konsesjonskontrakt, vil domskonklusjonen slå fast om det har skjedd eit brot på regelverket.

Når det gjeld det tredje alternativet viste departementet til at det inneber at norske styresmakter har kome med ei *klar* innrømming av brotet. Departementet la til grunn at denne innrømminga må ha skjedd formelt overfor ESA etter gjeldande prosedyrar for dette. Dette vil i praksis involvere fleire departement. Departementet la vidare til grunn at innrømminga må ha skjedd i etterkant av at saka er handsama av ESA. Saka kan anten vere bringa inn for ESA av ein privat part, eller vere teke opp av ESA på eige initiativ. Etter departementet si vurdering i høyringsnotatet kunne innrømminga skje på eit kvart trinn i sakshandsaminga hos ESA. Det var etter høyringsframlegget ikkje nødvendig at ESA har teke formelle steg i saka før slik innrømming finn stad.

Grunngjevinga for at departementet avgrensa sanksjonsmoglegheita til der det ligg føre eit konstatert brot på regelverket, var at det ikkje var ønskjeleg at departementet skulle verte eit klageorgan for einkvar konsesjonskontrakt innanfor yrkestransportlova. Departementet viste til at det ville vere svært ressurskrevjande om departementet skulle gå inn i ei vurdering av om det ligg føre brot på reglane. Dette ville òg venteleg auke saksmengda. Departementet ønska difor ei klar avgrensing av kva saker som kan bringast inn for departementet.

Departementet understreka i høyringsnotatet at det er nødvendig at dom og innrømming av bro-

tet er knytt til ei handsaming av den konkrete saka. Dette inneber at saka som er bringa inn for domstolane, eventuelt teke opp av ESA, må ha konkret tilknytning til den aktuelle konsesjonskontrakten for at vilkåra i lovframlegget bokstav a) – c) skal vere oppfylte.

Departementet viste i høyringsnotatet til at det at brotet skulle vere konstatert før saka om lovbrotsgebyr kjem opp, reiser somme særlege utfordringar knytt til omsynet til vernet av oppdragsgjevar sin rettstryggleik. Omsynet til oppdragsgjevar sin rett til kontradiksjon i prosessen med å påleggje lovbrotsgebyr talar for å sikre at oppdragsgjevar og har høve til å uttale seg i forkant av dommen eller innrømminga som slår fast brotet. Departementet la til grunn at for dom i norske domstolar skulle dette innebære at oppdragsgjevaren skulle vere part i saka og dermed hatt høve til å uttale seg om dei spørsmåla som vert reiste. Både ved innrømming frå norske styresmakter og ved ein dom i EFTA-domstolen vil det i praksis ha vore ein omfattande prosess i forkant av at saka vert bringa inn for EFTA-domstolen eller brot vert innrømt av norske styresmakter. Departementet viste til at det er fast praksis at dei saka vedkjem får høve til å uttale seg i slike prosessar.

4.8.2 Høyringsfråsegn

Fleire høyringsinstansar har merknader når det gjeld vilkåra for å påleggje lovbrotsgebyr.

Oslo kommune har nokre merknader knytt til vilkår a), at lovbrotsgebyr vert pålagt der brotet er konstatert ved ein dom i ein norsk domstol. Oslo kommune meiner departementet burde kunne gjere ein sjølvstendig prøving av om ei avgjerd frå domstolane er riktig:

«Forslaget innebærer at Samferdselsdepartementet skal legge den aktuelle avgjørelse til grunn uten egen prøving av om avgjørelsen er riktig. Det er for eksempel ikke gitt at en underrettsavgjørelse er riktig. Oslo kommune mener Samferdselsdepartementet bør kunne gjøre en selvstendig prøving av om en avgjørelse er riktig, etter forutgående korrespondanse med oppdragsgiveren. Dette er særlig viktig dersom departementet blir stående ved at det skal være en plikt til å ilegge gebyr.»

Oslo kommune peikar òg på eit problem når det gjeld anke av dommar:

«Det kan også tenkes at en domstol konkluderer med at det foreligger et brudd, men frifin-

ner offentlig oppdragsgiver fordi vilkårene for erstatning for øvrig ikke er oppfylt. En slik avgjørelse vil ikke offentlig oppdragsgiver ha muligheter til å anke videre.»

KS Bedrift har merknader til både vilkår a), b) og c). Merknadene knytt til vilkår c) vert gjengjeve nedanfor.

Når det gjeld bokstav a) peikar *KS Bedrift* på at:

«Det må være et minimumskrav at konsesjonsutsteder har vært part i saken. Å pålegge noen et gebyr uten at disse har vært inkludert i prosessen vil, etter vår mening, ikke være forenelig med grunnleggende rettsikkerhetsgarantier som kontradiksjon.»

Når det gjeld bokstav b) uttalar dei at:

«Også her må det stilles som krav at konsesjonsutsteder har vært part i rettssaken, jf også kravet til kontradiksjon.»

Fleire høyringsinstansar er skeptiske til vilkår c), at departementet skal kunne påleggje gebyr der norske styresmakter har innrømt brotet etter at saka har vore handsama i ESA.

Akershus fylkeskommune og *Oslo kommune* stiller spørsmål ved om vilkår c) gjev same grad av rettstryggleik som alternativa a) og b). *Akershus fylkeskommune*, som baserer seg på innspel frå Ruter, uttalar:

«Ruter mener det er en høyst reell risiko for situasjoner hvor departementet mener det er begått et regelbrudd, mens oppdragsgiver (administrasjonsselskapet) mener at det ikke er det. Ansvarlig departement har det overordnede ansvaret for å vurdere om og å sikre at Norge overholder EØS-avtalen, men departementets vurdering vil kunne bli mer overordnet og teoretisk enn et administrasjonsselskaps. I tillegg er det ikke gitt at departementet og administrasjonsselskapet vurderer grensetilfeller likt. Administrasjonsselskapet kan for eksempel ha et reelt behov for å utfordre grensetilfeller og eventuelt få en rettsavklaring, mens departementet kan legge vekt på å spare interne ressurser og noen ganger også et ønske om å unngå den samme rettsavklaringen.

I en av de få sakene som ESA har behandlet innen kollektivtransportsektoren, argumenterte Finnmark fylkeskommune for at kontrak-

ter om kjøp av kollektivtransporttjenester med båt og buss av betydelig verdi var inngått i samsvar med EØS-forpliktelser. Selv om departementet [6] var kjent med fylkeskommunens syn, valgte departementet høsten 2010 i sak 07/40 å «innrømme» brudd på EØS-avtalen. I sitt svarbrev til ESA viste departementet til at Fylkeskommunen fastholdt at kontraktene var inngått i samsvar med regelverket. Etter dette erkjente imidlertid departementet – uten nærmere begrunnelse – at kontraktene var inngått i strid med EØS-avtalen. Fylkeskommunens argumenter ble verken løftet frem eller vurdert i departementets erkjennelse av regelbrudd. En slik overprøving kan ikke oppdragsgiveren angripe ved klage eller lignende.

Slik regelen er utformet nå, vil departementet erkjenne regelbrudd med bindende virkning for det fylkeskommunale administrasjonsselskapet, og uten at administrasjonsselskapet kan få denne erkjennelsen overprøvd i forbindelse med gebyrsaken. Dette er også problematisk i forhold til prinsippet om (fylkes)kommunalt selvstyre.»

Oslo kommune har tilnærma same høyringsfråsegn, men legg til at det bør lagast ein ordning som sikrar at offentlege oppdragsgjevarar sine syn vert høyrd i tilstrekkeleg grad.

KS uttalar:

«Dette grunnlaget vil medføre at en innrømmelse fra departementet/statlige organer pådrar en kommunal/fylkeskommunal konsesjonsgiver ansvar ved å erkjenne regelbruddet ovenfor ESA. Overtredelsesgebyr er en sanktion som ligger tett opp mot straff og det er da problematisk av tredjeperson kan erkjenne ansvar med virkning for den som overtrer bestemmelsene.

Det kan foreligge rettslig tvil om det de facto er skjedd regelbrudd. Skal forslaget i iii) opprettholdes, må det som et minimum kreves at det foreligger enighet mellom departementet og konsesjonsgiver om at regelbrudd har funnet sted og at en innrømmelse er et hensiktsmessig tiltak.»

KS Bedrift legg vekt på følgjande i si vurdering av vilkår c):

«For KS Bedrift er dette det mest problematiske punktet. At departementet skal stå fritt til

å innrømme ansvar med virkning for konsesjonsutsteder, kun basert på en dialog mellom ESA og departementet, er vanskelig å akseptere. Ikke bare er ordningen problematisk i forhold til grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som kontradiksjon. Forslaget er også problematisk i forhold til den private autonomi.

Det må være opp til konsesjonsutsteder selv om denne vil innrømme regelbrudd. Alternativ at dette ilegges som følge av en betryggende prosess, hvor grunnleggende prosessuelle rettigheter er ivaretatt. Forslaget representerer ikke en slik løsning.»

LO uttalar at dei kunne akseptert framlegget om lovbrotsgebyr dersom det berre var norske rettsavgjerd som gav grunnlag for å påleggje gebyr. Dei meiner den nasjonale sjølvrådetten vert overført frå Noreg slik føreseigna var utforma i høyringsframlegget.

4.8.3 Departementet sine vurderingar

Departementet har merka seg at Oslo kommune meiner departementet burde kunne gjere ei sjølvstendig prøving av om ei avgjerd frå domstolane er riktig. Oslo kommune peikar òg på særskilte problemstillingar knytt til anke som vil oppstå dersom konklusjonar vil følgje av domspremissane, ikkje av domsslutninga.

Departementet ser at høve til å trekkje konklusjonar ut frå domspremissane og å påleggje lovbrotsgebyr på den bakgrunnen vil reise somme rettstryggleiksutfordringar. Etter ei ny vurdering meiner departementet at domskonklusjonane som konstaterer brot på EØS-regelverket må følgje av domsslutninga.

Departementet kan ikkje overprøve domstolen si avgjerd om at det ligg føre eit brot når dette går fram av domsslutninga.

Departementet har merka seg KS Bedrift sine merknader om at oppdragsgjevar bør ha vore part i saka, både der brotet er konstatert ved dom i ein norsk domstol og ved dom i EFTA-domstolen. Når det gjeld dom i ein norsk domstol viste departementet i høyringsnotatet til at oppdragsgjevar må ha vore part i saka. Departementet held her fast ved dette. Når det gjeld EFTA-domstolen er det ikkje like praktisk at oppdragsgjevar er part i saka. Departementet meiner oppdragsgjevar si rett til kontradiksjon vil vere tilstrekkeleg oppfylt ved at oppdragsgjevar vil verte trekt inn i staten sine førebuingar til handsaminga av saka for EFTA-domstolen.

⁶ Dåverande Fornyings- og administrasjonsdepartement

Departementet går bort frå den delen av høyringsframlegget der departementet opna for å leggje vekt på konklusjonar frå premissane i dommen. Departementet har vidare presisert i lovteksten at for dom i norsk domstol må dommen vere rettskraftig. Når det gjeld vilkåra a) og b) viser departementet elles til grunngevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget.

Departementet har merka seg at fleire høyringsinstansar er skeptiske til at departementet skal kunne påleggje gebyr der norske styresmakter har innrømt brot etter at saka har vore handsama i ESA, jf. vilkår c). Merknadene knytt seg hovudsakleg til problemstillingar om rettstryggleik og kommunal autonomi.

Departementet ser at vilkåret reiser somme utfordringar.

Departementet viste i høyringsnotatet til at omsynet til kontradiksjon talar for at oppdragsgjevar skal ha hatt høve til å uttale seg i forkant av innrømminga som slår fast brotet. På bakgrunn av høyringsfråsegna har departementet kome til at dette bør tydeleggjerast. Departementet legg til grunn at det er i samsvar med vanleg praksis at oppdragsgjevar får høve til å uttale seg før slike innrømmingar finn stad. Dersom oppdragsgjevar ikkje har hatt høve til å uttale seg, og det er grunn til å rekne med at dette har hatt verknad på innrømminga overfor ESA, kan innrømming ikkje gje grunnlag for lovbrotsgebyr. Framlegget er på dette punktet i samsvar med forvaltningslova § 41, som fastset at dersom reglane i lova eller i forskrifter gjevne med heimel i lova ikkje er overheldt ved handsaming av eit enkeltvedtak er vedtaket «likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold».

Det er departementet si vurdering at det ikkje vil vere praktisk å basere ei innrømming av brotet på semje med oppdragsgjevar.

Departementet vil vidare peike på at situasjonen under bokstav c) ikkje vil avvike i særleg grad frå andre føreseigner om lovbrotsgebyr. Det vil i dei fleste tilfella vere slik at det organet som har sanksjonskompetansen både undersøker om det ligg føre eit brot på regelverket og gjev pålegg om sanksjon. Det organ som har sanksjonskompetanse må då vurdere om vilkåra for å påleggje lovbrotsgebyr er til stades utan at det vert kravd semje med den som skal verte pålagt sanksjonen.

Norske styresmakter vil ved ei vurdering av om brot bør innrømmast gjere ei objektiv vurdering av om det ligg føre brot på regelverket. Departementet viser vidare til at lovframlegget varetek det kontradiktoriske prinsipp ved å krevje

at oppdragsgjevaren skal ha hatt høve til å uttale seg før innrømminga finn stad.

Departementet gjer òg merksam på at departementet ikkje skal ha ein plikt til å påleggje lovbrotsgebyr, men heller ha ein rett til det, jf. punkt 4.7.3. Dette inneber at departementet kan unnlate å påleggje gebyr der brotet til dømes er lite eller der det har ført til terminering, avkorting eller skadebot.

Som nemnt ser departementet at vilkår c) reiser somme utfordringar. Departementet meiner likevel at rettstryggleiken til oppdragsgjevar er tilstrekkeleg vareteken ved at oppdragsgjevar skal ha hatt høve til å uttale seg i saka før innrømminga finn stad. I tillegg vil oppdragsgjevar på vanleg måte kunne påklage vedtaket om lovbrotsgebyr etter forvaltningslova og eventuelt få saka prøvd for domstolane, sjå nærare under punkt 4.15 og 4.16.

Departementet har presisert i lovteksten at dersom oppdragsgjevar ikkje har hatt høve til å uttale seg før innrømminga fann stad, og det er grunn til å rekne med at dette har hatt verknad på innrømminga, kan innrømming ikkje gje grunnlag for lovbrotsgebyr. Når det gjeld vilkåret i bokstav c) viser departementet elles til grunngevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.9 Vilkår for å påleggje lovbrotsgebyr – kva type brot skal føre til sanksjon

4.9.1 Høyringsframlegg

Når det gjeld kva type brot som skal føre til sanksjon gjorde departementet i høyringsnotatet framlegg om at Samferdselsdepartementet skulle kunne påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr ved brot på EØS-rettslege reglar, som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i prosessen med å tildele konsesjonskontraktar for transporttenester etter yrkestransportlova.

Departementet viste i høyringsnotatet til at det ikkje var ønskeleg at sanksjonsheimelen skulle innehalde ei detaljert liste over kva type brot som ville opne for å påleggje lovbrotsgebyr. Departementet la til grunn at det er føremålstenleg at lovbrotsgebyret i utgangspunktet omfattar eitkvart brot på regelverket som fell innanfor dei vilkåra som går fram av heimelen. Alvoret av brotet og kva type brot det er tale om ville vere moment som kom inn i utmålinga av gebyret.

Sjølv om departementet ikkje ønska å detaljregulere kva brot som skulle kunne sanksjonast etter føreseгна, vart det likevel gjort nokre avgrensingar i lovteksten.

For det første vart omfanget av føresegna avgrensa til å gjelde brot på *EØS-rettslege reglar*. Departementet viste til at dette både gjeld primær- og sekundærrett, altså både EØS-avtalen og dei avleda regelverk som er teke inn i EØS-avtalen og norsk rett, typisk forordningar og direktiv. Når det gjeld kva EØS-rettslege reglar føresegna viser til, peika departementet på at dette i dag hovudsakleg vil vere dei som går fram av: (i) kollektivtransportforordninga, (ii) den maritime kabotasjeforordninga og (iii) EØS-avtalen artikkel 4 og 48.

For det andre vart omfanget avgrensa til å gjelde dei reglane som skal sikre *omsyn til openheit og ikkje-diskriminering*. Det er desse omsyna som er operasjonaliserte ved kollektivtransportforordninga og den maritime kabotasjeforordninga, samt dei som går fram av EØS-avtalen artikkel 4 og 48.

For det tredje ville føresegna berre omfatte reglar som har tyding for sjølve *prosessen* med å tildele aktuelle tenestekonsesjonskontraktar. Dette inneber at departementet berre kunne påleggje lovbrotsgebyr for brot på reglar som regulerer prosessen for korleis oppdragsgjevaren kan tildele kontrakten. Framlegget vert avgrensa mot reglar som går på innhaldet i kontrakten. Det er ikkje nødvendig at reglane oppstiller prosessreglar direkte. Til dømes gjev føresegna i EØS-avtalen artikkel 4 og 48 berre generelle prinsipp for openheit og ikkje-diskriminering. Ein kan likevel avleie somme prosesskrav frå desse prinsippa.

4.9.2 Høyringsfråsegn

Akershus fylkeskommune og *Oslo kommune* har nokre kommentarar knytt til kva type brot det kan vere tale om etter den føresegna departementet gjorde framlegg om i høyringsnotatet. Dei nemnar at innkjøpsregelverka i forsyningsforskrifta og dei nye reglane for konsesjonskontraktar stiller relativt rigide og detaljerte krav til framgangsmåten.

4.9.3 Departementet sine vurderingar

Departementet har merka seg at *Akershus fylkeskommune* og *Oslo kommune* har nemnt nokre typar brot dei meiner vil ha underordna verknad for konkurransen, inkludert somme reglar i forsyningsforskriften og dei nye reglane om konsesjonskontraktar.

Departementet gjer merksam på at forsyningsforskriften, på same måte som forskrift om offent-

lige anskaffelser, ikkje gjeld for konsesjonskontraktar, jf. forsyningsforskriften § 1-6 (2) bokstav m). Brot på forsyningsforskriften kan dermed ikkje verte sanksjonert ved den sanksjonsheimelen departementet her gjer framlegg om. Konsesjonskontraktar etter kollektivtransportforordninga er unnatekne frå reglane i det nye konsesjonskontraktdirektivet, jf. artikkel 10 nr. 3. Dette inneber at konsesjonskontraktar om transport på veg, og moglegvis sjø, vil falle utanfor reglane i det nye direktivet dersom framlegget til reglar som skal gjennomføre direktivet i norsk rett vert vedtekne. Dermed vil heller ikkje brot på reglar i konsesjonskontraktdirektivet kunne verte sanksjonert ved den sanksjonsheimelen departementet her gjer framlegg om.

I høyringsframlegget vart det framheva at det etter føresegna berre kan vere tale om brot på *EØS-rettslege reglar*. Dette vart presisert i lovteksten. Etter ei ny vurdering ser departementet at det kan vere misvisande at det vert brukt omgrepet «EØS-rettslege reglar» i lovteksten. Departementet viser til at regelverket det er tale om å påleggje lovbrotsgebyr for brot på, er innlemma i norsk rett. Departementet har difor fjerna omgrepet «EØS-rettslege» frå lovteksten. Departementet understrekar at dette ikkje medfører noko realitetsendring frå høyringsframlegget og at dei reglane det kan påleggjast gebyr for brot på framleis vil måtte vere avleda av EØS-regelverket.

Departementet held fast ved at det er brot på «reglar som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i prosessen med å tildele konsesjonskontraktar for transporttenester» etter yrkestransportlova som skal gje grunnlag for å påleggje lovbrotsgebyr. Etter gjeldande regelverk vil kollektivtransportforordninga, den maritime kabotasjeforordninga og EØS-avtalen artikkel 4 og 48 vere omfatta av dette. Innanfor desse regelverka vil det vere dei reglane som oppstiller krav til prosessen for tildeling av kontrakt, og som har til formål å sikre omsyna til openheit og ikkje-diskriminering, som vert omfatta. I den maritime kabotasjeforordninga følgjer slike reglar av artikkel 4. I kollektivtransportforordninga er det særleg reglane i artiklane 3, 5 og 7 nr. 2 som vert omfatta. I den grad reglane i artikkel 4 og 6 i kollektivtransportforordninga legg til rette for å sikre openheit og ikkje-diskriminering i prosessen for tildeling av kontrakt, kan dei òg gje grunnlag for lovbrotsgebyr.

Departementet viser elles til grunngevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.10 Unntak frå kravet om å påleggje lovbrotsgebyr

4.10.1 Høyringsframlegg

Departementet sitt framlegg innebar at departementet *skulle* påleggje lovbrotsgebyr dersom vilkåra for dette var oppfylte. Det vart likevel i lovframlegget lagt opp til at departementet kunne unnlata å påleggje lovbrotsgebyr i dei tilfella der brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten.

Departementet viste i høyringsnotatet til at ein med terminering meinte at kontrakten vert heva anten frå tidspunktet kontrakten vart inngått eller med verknad framover i tid. Med avkorting av kontrakten viste departementet til at dette var meint som ein reduksjon av kontrakten si løpetid frå eit nærare fastsett tidspunkt, eller ein reduksjon av ytinga, eventuelt ein kombinasjon av desse.

4.10.2 Høyringsfråsegn

Ingen høyringsinstansar har uttalt seg om dette spørsmålet.

4.10.3 Departementet sine vurderingar

På bakgrunn av at departementet har gjort endringar i første ledd av føresegna, slik at den gjev ein *rett* og inga *plikt* til å påleggje lovbrotsgebyr, har departementet gjort ei ny vurdering av om unntaksregelen som departementet gjorde framlegg om i høyringsnotatet er nødvendig.

Departementet vurderte under punkt 4.7 om sanksjonsheimelen burde formulerast som ein kan- eller skal-regel, dvs. om departementet *kan* eller *skal* påleggje lovbrotsgebyr dersom vilkåra for det er oppfylte. Departementet kom her til at departementet bør ha ein *rett* og ikkje ei *plikt* til å påleggje lovbrotsgebyr, slik at ein mellom anna kan unnlata å påleggje gebyr for bagatellmessige brot på regelverket. Departementet viste til at andre moment òg kunne få tyding i vurderinga av om gebyr skal påleggjast, til dømes om brotet har ført til økonomiske sanksjonar i form av skadebot, eventuelt om kontrakten allereie er terminert eller avkorta.

Ettersom departementet kan leggje vekt på eventuelle konsekvensar som terminering, avkorting og skadebot i vurderinga av om lovbrotsgebyr skal verte pålagt, vil det ikkje vere nødvendig å ha ein unntaksregel i føresegna som omfattar dette. Departementet går difor bort frå

framlegget om å ha ein eigen unntaksregel som opnar for at departementet kan unnlata å påleggje lovbrotsgebyr i dei tilfella der brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten. Dette unntakshøvet går inn under kan-regelen i første ledd.

4.11 Utmåling av lovbrotsgebyret

4.11.1 Høyringsframlegg

Departementet la i framlegget opp til at lovbrotsgebyret ikkje skulle utgjere meir enn 15 % av verdien på kontrakten.

Ved fastsetjing av gebyrets storleik viste departementet til at utgangspunktet skulle vere verdien på kontrakten. Dette innebar at lovbrotsgebyret skulle stå i samanheng med storleiken på kontrakten, og dermed òg alvoret av brotet. Departementet viste til at kontraktsverdien skulle verte fastsett ut frå den totale godtgjersla for plikten til offentleg teneste, eksklusiv meirverdiavgift. Alle former for godtgjersle som vert betalt av offentlege styresmakter, òg inntekter frå sal av billettar, skulle reknast med, jf. kollektivtransportforordninga artikkel 2 bokstav k), gjennomført i norsk rett ved forskrift 17. desember 2010.

Grensa på 15 % tilsvarar grensa for lovbrotsgebyr etter regelverket om offentlege innkjøp.

Departementet viste i høyringsnotatet til at nivået på lovbrotsgebyret må vere av ein viss storleik for å oppnå den ønska preventive effekten. Samstundes, for å skape føreseielegheit for oppdragsgjevaren, er det eit behov for å setje ei ytre ramme for kor stort gebyret kan vere. Departementet la til grunn at ei øvre grense på 15 % ville gje ein god balanse mellom omsynet til den preventive effekten av gebyret og behovet for føreseielegheit.

Departementet la i høyringsnotatet opp til at lovbrotsgebyret skulle fastsetjast konkret ut frå omstenda i den einskilde saka. Grensa på 15 % av kontraktsverdien innebar at dei svært alvorlege tilfella kunne verte pålagt eit høgt gebyr, medan det i dei mindre alvorlege tilfella kunne verte pålagt eit lågare gebyr.

Departementet viste i høyringsnotatet til at gebyret ville tilfalle statskassa.

4.11.2 Høyringsfråsegn

Akershus fylkeskommune og Oslo kommune meiner lovbrotsgebyret på maksimalt 15 % av kontraktsverdien vil vere ein svært streng sanksjon.

4.11.3 Departementet sine vurderingar

Departementet har merka seg at Akershus fylkeskommune og Oslo kommune meiner den maksimale storleiken inneber at lovbrotsgebyret vert ein svært streng sanksjon. Departementet viser til departementet si vurdering av dette under punkt 4.5.3.

Når det gjeld kva omsyn departementet skal leggje vekt på ved utmåling av lovbrotsgebyret, har departementet lagt til at det skal leggjast vekt på om brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten. I den grad departementet finn at eit brot er tilstrekkeleg avbøta ved skadebot, terminering eller avkorting vil det ikkje verte pålagt lovbrotsgebyr. Dersom på den andre sida brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting, men departementet meiner dette ikkje er tilstrekkeleg for å avbøte brotet, meiner departementet det likevel vil vere naturleg å ta omsyn til desse momenta ved utmåling av gebyret.

Departementet viser elles til grunngjevinga i høyringsnotatet om utmåling av lovbrotsgebyret, og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.12 Ikkje krav til skuld hos oppdragsgjevaren

Departementet la i høyringsnotatet opp til at det ikkje skulle følgje særskilde krav til skuld hos oppdragsgjevaren. Dette hang saman med at lovbrotsgebyret skulle rettast mot oppdragsgjevaren. Departementet viste i høyringsnotatet til at departementet ikkje ville fokusere på einskildpersonar hos oppdragsgjevaren i samband med pålegging av lovbrotsgebyret.

Ingen høyringsinstansar har uttalt seg om dette spørsmålet.

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.13 Prosessuelle reglar – sakshandsamingsreglar i forvaltningslova

4.13.1 Høyringsframlegg

Departementet vurderte i høyringsnotatet om forvaltningslova sine sakshandsamingsreglar ville gjelde for sanksjonsregelen departementet gjorde framlegg om.

Forvaltningslova (fvl.) har både generelle føresegner som oppstiller allmenne reglar om sakshandsaminga og spesielle reglar med eit meir avgrensa verkeområde. Dei føresegnene i forvaltningslova som oppstiller generelle reglar vil auto-

matisk gjelde for handsaming av saker etter den føresegna departementet gjer framlegg om.

Forutan dei generelle reglane gjeld føresegnene i forvaltningslova kapittel IV – VI berre for enkeltvedtak, jf. fvl. § 3 første ledd. I høyringsnotatet vurderte departementet om forvaltningslova sine reglar om enkeltvedtak ville gjelde for vedtak om lovbrotsgebyr.

Enkeltvedtak er nærare definert i forvaltningslova § 2 første ledd bokstav b) som eit vedtak som gjeld «rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer». Eit vedtak er vidare definert som «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer [...]». I § 2 siste ledd er det slått fast at eit forvaltningsorgan skal vere likestilt med eit privat rettssubjekt dersom organet har same interesse eller stilling i saka som private parter kan ha.

Karakteren av avgjerda etter føresegna departementet i høyringsnotatet gjorde framlegg om, er at staten kan påleggje oppdragsgjevaren eit lovbrotsgebyr av ein viss storleik. Departementet viste i høyringsnotatet til at den offentlege aktøren, oppdragsgjevaren, dermed får ei eiga økonomisk interesse i å kunne klage på dette vedtaket. Denne interessa tilsvarar den ein privat aktør ville hatt om han vart pålagt eit lovbrotsgebyr. Departementet viste til at private aktørar i utgangspunktet ikkje kunne verte pålagt lovbrotsgebyr etter føresegna. Det var departementet si vurdering i høyringsnotatet at den offentlege oppdragsgjevaren ikkje ville ha same interesse eller stilling i saka som private har. Departementet la difor til grunn at ei avgjerd om å påleggje lovbrotsgebyr i utgangspunktet fell utanfor reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova. Departementet var likevel i tvil om dette ettersom føresegna i somme tilfelle opnar for å påleggje lovbrotsgebyr til administrasjonsselskap.

Departementet la i høyringsnotatet likevel til grunn at reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova burde gjelde for avgjerd om lovbrotsgebyr. Departementet la difor opp til at reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova skulle gjelde så langt dei høver.

Dette inneber at rettstryggleiksgarantiane som finst i forvaltningslova kapittel IV – VI skulle leggjast til grunn for sakshandsaminga ved pålegg om lovbrotsgebyr. Dette gjeld til dømes reglar om førehandsvarsling, dokumentasjonsoffentlegheit for partane, grunngjeving, klage og sakskostnader.

Departementet la i høyringsnotatet til grunn at dei prosessuelle reglane som gjeld for enkeltved-

tak vil gje tilstrekkelege rettstryggjeleiksgarantiar for oppdragsgjevar.

4.13.2 Høyringsfråsegn

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet si vurdering av om reglane i forvaltningslova skulle leggjast til grunn for vedtak om lovbrotsgebyr.

4.13.3 Departementet sine vurderingar

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet, og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.14 Prosessuelle reglar – forelding

4.14.1 Høyringsframlegg

Departementet viste i høyringsnotatet til ei grense i tid for når lovbrotsgebyr kunne verte pålagt. Fristen vart satt til 3 år frå konsesjonskontrakten vart inngått, dvs. underteikna. Departementet la opp til at foreldingsfristen vert avbroten ved at det vert teke ut søksmål ved norsk domstol eller for EFTA-domstolen for å få dom i saka, eller ved at ESA tek opp saka skriftleg med norske styresmakter.

Departementet viste i høyringsnotatet til at dei to første avbrytingsmåtene er knytt til der brotet er konstatert anten ved dom i ein norsk domstol eller i EFTA-domstolen, jf. alternativ a) og b) i første ledd av føreseigna. Departementet la til grunn at foreldingsfristen for slike saker vert avbroten ved at det vert teke ut søksmål i saka. Departementet viste til at søksmålet som er teke ut for domstolane må relater seg konkret til den aktuelle konsesjonskontrakten for å avbryte foreldingsfristen.

Departementet viste i høyringsnotatet til at den tredje avbrytingsmåten er knytt til alternativ c) i første ledd av føreseigna, nemleg der norske styresmakter har innrømt brotet etter at saka har vore handsama i ESA. Departementet la til grunn at foreldingsfristen her vert avbroten ved at ESA tek opp saka skriftleg med norske styresmakter. Denne avbrytingsmekanismen var meint å omfatte einkvar skriftleg kontakt og vart ikkje avgrensa til formelle steg i saka. For at ein kontakt skulle avbryte foreldingsfristen, måtte det gå klart fram at ESA har teke til å handsame den aktuelle saka. Vidare måtte kontakten klart kunne knytast til saka. Departementet viste til at i praksis vil det første steget ESA tek overfor norske styresmakter

vere ein såkalla «*request for information*», der dei ber norske styresmakter om informasjon om ei sak dei har bestemt seg for å undersøkje. Departementet la i høyringsnotatet opp til at ein slik førespurnad skulle avbryte foreldingsfristen.

Bakgrunnen for at departementet gjorde framlegg om at avbrytingsmekanismen skulle omfatte uformelle steg i saka, var at det ikkje er ønskeleg at ESA skal måtte presse saka framover på eit formelt stadium for å avbryte ein foreldingsfrist. Dette vil kunne gjere det vanskeleg å oppnå ein god dialog mellom ESA og norske styresmakter i einskildsakene.

Departementet viste i høyringsnotatet til at der ESA har teke ei sak opp skriftleg med norske styresmakter, må den relater seg konkret til den aktuelle konsesjonskontrakten for å avbryte foreldingsfristen, jf. omtalen under punkt 4.8.

I praksis kan ein kome opp i situasjonar der ei sak først er handsama av ESA i ein første fase og etter kvart vert bringa inn for domstolane. Departementet la i høyringsnotatet til grunn at i slike tilfelle ville foreldingsfristen allereie verte avbroten ved ESA sin første kontakt med norske styresmakter, og dei særligne avbrytingsfristane knytt til søksmål vil ikkje få sjølvstendig verknad.

Departementet la i høyringsnotatet opp til at det må etablerast ei fast rutine for at departementet må varsle fylkeskommunen straks dei vert merksame på at foreldingsfristen er avbroten.

4.14.2 Høyringsfråsegn

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet si vurdering av forelding av vedtak om lovbrotsgebyr.

4.14.3 Departementet sine vurderingar

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet, og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.15 Klagerett

Departementet la i høyringsnotatet opp til at vedtak om lovbrotsgebyr kan verte påklaga til Kongen i statsråd. Det vert her vist til drøftinga i punkt 4.13, der departementet la til grunn at reglane for enkeltvedtak i forvaltningslova skulle gjelde for avgjerder om å påleggje lovbrotsgebyr. Dette inkluderer høve til å klage etter forvaltningslova § 28.

Enkeltvedtak kan etter forvaltningslova § 28 påklagast til det forvaltningsorgan som er nær-

mast overordna. Der departementet treff vedtak er Kongen i statsråd rett klageorgan. Departementet la i høyringsnotatet til grunn at ved klagehandsaming kan klageorganet prøve alle sider av saka og treffe ny realitetsavgjerd, jf. fvl. § 34.

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet si vurdering av høve til å klage over vedtak om lovbrotsgebyr.

Departementet vil presisere at der KOFA har gjort vedtak om lovbrotsgebyr etter delegasjon kan vedtaket ikkje påklagast. Departementet har presisert dette i lovteksten. Vedtaket kan likevel verte bringa inn for domstolane, sjå under punkt 4.16.3. Departementet viser elles til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.16 Søksmålsrett

4.16.1 Høyringsframlegg

Departementet la i høyringsnotatet opp til at oppdragsgjevarar skulle kunne bringe ei avgjerd om lovbrotsgebyr inn for domstolane.

Som hovudregel kan oppdragsgjevaren velje om han vil reise sak for domstolane, eller først klage til overordna forvaltningsorgan. Etter forvaltningslova § 27b kan likevel det forvaltningsorganet som har treft vedtaket avgjere at søksmål om gyldigheita av vedtaket ikkje skal kunne reissast utan at vedkommande part har nytta klageretten sin og at klagen er avgjort av den høgaste klageinstansen. Departementet la i høyringsnotatet til grunn at departementet i kvar einskild sak vil avgjere om det skal setjast eit slikt vilkår for søksmålsretten.

Utgangspunktet er at domstolane har kompetanse til å vurdere om eit forvaltningsvedtak er ugyldig. Departementet viste i høyringsnotatet til at sak for domstolane føreset at parten sjølv bringar saka inn for domstolane ved eit sivilt søksmål. Prosessuelt vert slike saker handsama etter dei allmenne reglane i tvistelova.

Departementet viste til at eit ugyldigheitssøksmål for domstolane inneber ein rett til å prøve det faktiske grunnlaget for avgjerda, om lovbruken er korrekt og om det ligg føre ein sakshandsamingsfeil, medrekna myndigheitsmisbruk. Etter rettspraksis kan domstolane i utgangspunktet ikkje prøve forvaltninga sitt frie skjøn ved avgjerda.

Departementet viste i høyringsnotatet til at domstolane, dersom eit vedtak om lovbrotsgebyr vert bringa inn for retten, skulle kunne prøve alle sider ved saka. Dette inkluderer prøving av om vilkåra for å pålegge lovbrotsgebyr er oppfylte og

utmåling av gebyret. Domstolane skulle følgeleg kunne gje dom for realitet i saka, til dømes sette lovbrotsgebyret ned eller opp.

Full prøvingsrett av forvaltningsvedtaket ved domstolane ville etter departementet si vurdering i høyringsnotatet gje gode rettstryggleiksgarantiar for oppdragsgjevaren. Departementet viste i denne samanheng til vurderinga av forholdet til Grunnlova § 96 og den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), jf. punkt 4.20 og 4.22.

4.16.2 Høyringsfråsegn

Oslo kommune meiner rekkevidda av domstolane si prøvingsrett er uklar i høyringsnotatet. Dei uttalar:

«Det fremgår videre at domstolene skal kunne prøve alle sider av saken. Det er likevel noe uklart om dette også innebærer at domstolen kan gjøre en selvstendig prøving av om det er begått brudd, eller om den må legge den underliggende avgjørelse uprøvd til grunn. Oslo kommune mener domstolen bør kunne gjøre en selvstendig vurdering av om det er begått et brudd. En tingrettsavgjørelse bør eksempelvis ikke være avgjørende for høyere instanser ved etterfølgende prøving av lovbruddgebyret. Heller ikke bør domstolene være bundet av norske myndigheters innrømmelse overfor ESA.»

4.16.3 Departementet sine vurderingar

Departementet har merka seg at Oslo kommune meiner at høyringsnotatet er uklar når det gjeld rekkevidda av prøvingsretten til domstolane.

Departementet vil på denne bakgrunn klargjere at ein domstol vil kunne prøve om det ligg føre eit brot på regelverket der brotet er konstatert ved innrømming frå norske styresmakter.

Der brotet er konstatert ved dom i ein norsk domstol eller i EFTA-domstolen, vil domstolen i ein seinare dom om lovbrotsgebyr vere bunde av retten si avgjerd. Det vert her vist til vurderinga under punkt 4.8.3 der departementet konkluderer med at konklusjonen må gå fram av domsslutninga.

Departementet vil presisere at den som er pålagt lovbrotsgebyr kan bringe saka inn for domstolane. Oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova vil vere både statlege og (fylkes-) kommunale organ, samt administrasjonsselskap. Etter tvistelova kan både stat, kommunar, fylkeskommunar, samkommunar og selskap, medrekna aksjeselskap, bringe eit vedtak om lovbrotsgebyr inn for

domstolane, jf. tvistelova § 2-1 første ledd bokstav b) og c).

Der KOFA har gjort vedtak om lovbrotsgebyr etter delegasjon kan vedtaket ikkje påklagast, jf. punkt 4.15 ovanfor. Vedtaket kan likevel bringast inn for retten på same måte som vedtak som vert treft av departementet. Dette inneber at retten kan prøve alle sider av saka og gje dom for realitet.

Departementet viste i høyringsnotatet til at retten skulle kunne gje dom for realitet. Av omsyn til klarleik i regelverket har departementet presisert dette i lovteksten.

Departementet viser elles til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.17 Betalingsfrist

Departementet gjorde i høyringsnotatet framlegg om at fristen for å betale lovbrotsgebyret skulle vere åtte veker frå den dag vedtak vart gjort. Departementet viste til at ein betalingsfrist på åtte veker ville gje oppdragsgjevaren høve til å vurdere om det er ønskjeleg å klage eller ta ut søksmål over gebyret.

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet sitt framlegg om betalingsfrist for lovbrotsgebyret.

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.18 Utsetjande verknad

Departementet gjorde i høyringsnotatet ei vurdering av om lovføresegna burde innehalde reglar knytt til utsetjande verknad av vedtaket. Departementet viste i den samanhengen til at klage og søksmål i utgangspunktet ikkje vil føre til at eit vedtak får utsett iverksetjing. Det er to sentrale unnatak frå denne hovudregelen. For det første gjev forvaltningslova § 42 forvaltninga høve til, på eige initiativ, å fastslå utsett iverksetjing av eit vedtak både ved søksmål og ved klagehandsaming av vedtaket. For det andre kan den vedtaket retter seg mot krevje mellombels åtgjerd for å få utsett iverksetjing etter reglane i tvistelova kapittel 34.

Departementet la til grunn i høyringsnotatet at det ikkje er særlege omsyn som talar for å fråvike dette utgangspunktet, då sikkerheitsventilane i forvaltningslova og tvistelova er tilstrekkelege til å avbøte eventuelle uheldige verknader av iverksetjing av eit lovbrotsgebyr. Departementet gjorde dermed ikkje framlegg om særskilte reglar om

utsetjande verknad ved klage eller saksanlegg over vedtak om lovbrotsgebyr.

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til spørsmål knytt til utsetjande verknad av vedtak om lovbrotsgebyr.

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.19 Tvangsfullbyrding

Departementet la i høyringsnotatet til grunn at det ikkje er ønskjeleg å ha eigne reglar for tvangsfullbyrding av lovbrotsgebyr etter føresegna. Departementet viste til dei allmenne reglane om tvangsfullbyrding i tvangsfullbyrdingslova. Tvangsfullbyrdingslova § 1-2 har somme avgrensingar i høvet til å tvangsfullbyrde krav mot offentlege styresmakter. Departementet la ikkje opp til å innføre særreglar om tvangsfullbyrding av lovbrotsgebyr mot offentlege styresmakter.

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet si vurdering av tvangsfullbyrding av lovbrotsgebyret.

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.20 Forholdet til Grunnlova

Departementet vurderte i høyringsnotatet om sanksjonsheimelen ville stå seg i høve til forbodet mot straff utan dom i Grunnlova § 96. Dersom det føreslåtte lovbrotsgebyret er straff etter Grunnlova § 96, må sanksjonen verte pålagt av domstolen, ikkje forvaltninga.

Etter departementet si vurdering i høyringsnotatet er lovbrotsgebyr ikkje straff, og går dermed klar av forbodet i Grunnlova § 96. Departementet viste til Sanksjonsutvalet si drøfting av forholdet mellom sivile sanksjonar og Grunnlova § 96 i NOU 2003: 15, s. 54 – 58. Sanksjonsutvalet konkluderer med at det ikkje er grunnlag for å gå bort frå den tradisjonelle tanken om at lovgjevar si klassifisering av reaksjonen i dei fleste tilfelle vil vere avgjerande for om reaksjonen er å rekne som straff etter Grunnlova § 96. Sanksjonsutvalet understrekar òg at det ikkje er tilstrekkelege haldepunkt for å anta at det berre er bagatellmessige sanksjonar eller sanksjonar på heilt spesielle område som vil vere i samsvar med Grunnlova § 96. Utvalet legg til grunn at til dømes større lovbrotsgebyr vil vere i samsvar med Grunnlova dersom ordningane er sakleg grunngjevne, bygde opp med gode rettstryggleiksgarantiar, medrekna

klagerett og rett på domstolsprøving, og at lovgjevar har sagt at sanksjonen ikkje skal reknast som straff etter Grunnlova § 96. I Rt. 2014 s. 620 slutta Høgsterett seg til Sanksjonsutvalet si oppsummering av dette rettskjeldebiletet.

Departementet gjorde i høyringsnotatet klart at lovbrotsgebyret ikkje skal reknast som straff. Departementet viste vidare til at lovbrotsgebyret er sakleg grunngeve. Gebyret skal medverke til større grad av etterleving av reglane som skal sikre konkurransedyktige konsesjonskontraktar innanfor yrkestransportlova. Vidare viste departementet til at lovbrotsgebyret har gode rettstryggleiksgarantiar. Lovbrotsgebyret kan vere gjenstand for både klage og søksmål. I tillegg vil klageorganet og domstolane ha full prøvingsrett. Reglane i forvaltningslova og tvistelova vil sikre ei forsvarleg handsaming av slike saker.

Departementet la etter vurderinga ovanfor til grunn at lovbrotsgebyret ikkje ville vere i strid med forbodet mot straff utan dom i Grunnlova § 96.

Departementet gjorde vidare merksam på at sanksjonsheimelen ikkje ville nyttast mot brot som har skjedd før heimelen trer i kraft, jf. Grunnlova § 97.

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet si vurdering av forholdet til Grunnlova.

Departementet viser til grunngevinga som vart gjeve i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.21 Forholdet til EMK

Departementet vurderte i høyringsnotatet sanksjonsheimelen opp mot pliktene etter den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Sjølv om ein sanksjon ikkje er rekna som straff etter nasjonal rett, kan det vere at den likevel må reknast som straff etter EMK.

Departementet vurderte om det føreslåtte lovbrotsgebyret er å rekne som straff etter EMK artikkel 6 og EMK protokoll 7 artikkel 4 nummer 1. Dersom lovbrotsgebyret er straff etter EMK vil dette utløyse krav om ein rettferdig rettgang etter EMK artikkel 6 og forbod mot dobbelstraff etter EMK protokoll 7 artikkel 4 nummer 1. Departementet vurderte lovbrotsgebyret opp mot EMK artikkel 6 og la til grunn at vurderinga vil vere den same etter EMK protokoll 7 artikkel 4 nummer 1.

Etter praksis frå den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er det oppstilt tre kriterium for om ein sanksjon må verte rekna som straff etter EMK: (i) den nasjonale klassifiseringa

av sanksjonen, (ii) karakteren av lovbrotet og (iii) karakteren av sanksjonen. Kriteria vart introdusert i Engelsaka⁷.

Kriteria er alternative og kan anten kvar for seg eller etter ei totalvurdering innebere at det ligg føre straff etter EMK. Dei kriteria EMD legg mest vekt på er dei to sistnemnde.

I tilknytning til momentet *karakteren av lovbrotet* har EMD lagt vekt på om sanksjonen gjeld lovbrot som tradisjonelt har vore rekna for å høyre til strafferetten, eller har ein utprega strafferettsleg karakter. Det vil òg ha tyding i denne vurderinga om sanksjonen føreset ei konstatering av skuld. Det vert her vist til omtalen av dette i NOU 2003: 15 s. 96.

EMD har vidare lagt vekt på om den aktuelle sanksjonen vert retta mot borgarar generelt eller mot ei avgrensa gruppe, jf. avvisingsavgjerda *Inocêncio v. Portugal*⁸. Domstolen uttalte her at:

«With regard to the nature of the offence, it would appear that the requirement to obtain a permit before carrying out construction work should be regarded as a means of controlling the use of property for the purposes of a balanced town-planning policy. A penalty for failing to comply with such a requirement cannot constitute a punitive criminal measure of general application to all citizens. This aspect is therefore not sufficient in itself for the penalty in issue to be regarded as inherently criminal.»

Dette omsynet er òg vektlagt i Rt. 2002 s. 509, sjå side 520. Førstvoterande viser her til at dei aktuelle føresegnene var allmenne og omfatta alle borgarar i deira eigenskap av skatteytarar.

Momentet *karakteren av sanksjonen* tar sikte på ei vurdering av kva type reaksjon det er tale om. Jo meir inngripande sanksjonen er, jo meir truleg er det at reaksjonen må reknast som straff etter EMK.

Departementet la i høyringsnotatet til grunn at det er fleire moment som talar for at lovbrotsgebyret ikkje er straff etter EMK artikkel 6. Departementet la vekt på at lovbrotsgebyret ikkje vert retta mot einkvar borgar, snarare mot ei avgrensa krins, nemleg oppdragsgjevarar etter yrkestransportlova. Det er vidare ikkje tale om regulering av allmenn handlefridom, men regulering av høve for offentlege oppdragsgjevarar til å tildele kontraktar

⁷ Dom frå EMD 8. juni 1976 *Engel m.fl. mot Nederland*, avsnitt 82.

⁸ Avvisingsavgjerd frå EMD av 11. januar 2001, *Inocêncio mot Portugal*.

innanfor ein bestemt sektor. Gebyret har dermed ikkje ein utprega strafferettsleg karakter. Gebyret føreset heller ikkje ei konstatering av skuld hos den som bryt regelverket. Gebyrets storleik er vidare avgrensa og det er dermed ei grense for kor inngripande det kan vere.

Gebyret kan likevel i somme tilfelle, der brotet er grovt og kontrakten som er inngått er stor, vere av ein slik storleik at det kan virke tyngande for oppdragsgjevaren. Dette kan tale for at sanksjonsheimelen er å rekne som straff etter EMK. Dette er likevel ikkje opplagt. Departementet valde ikkje å ta endeleg stilling til dette spørsmålet då rettstryggleiksgarantiane i EMK artikkel 6 og protokoll 7, etter departementet si vurdering, uansett var oppfylte. Departementet la til grunn at forvaltningslova og tvistelova oppstiller tilfredsstillande rettstryggleiksgarantiar som varetar krava i artikkel 6⁹. Departementet la vidare til grunn at det ikkje kan påleggjast straff for det same høve som departementet har pålagt lovbrotsgebyr for, jf. EMK protokoll 7 artikkel 4 nummer 1.

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet si vurdering av forholdet til EMK.

Departementet gjer merksam på at offentlege organ ikkje har høve til å bringe klagar for brot på EMK inn for EMD, jf. EMK artikkel 34. Det er dermed lite sannsynleg at spørsmålet om forholdet til EMK vil verte satt på spissen i praksis.

Departementet viser til grunngjevinga i høyringsnotatet og held fast ved lovframlegget på dette punktet.

4.22 Forskriftsheimel

Departementet gjorde i høyringsnotatet framlegg om heimel for departementet til å gje forskrift om fastsetjing av lovbrotsgebyr og om renter og tilleggsgebyr.

Ingen av høyringsinstansane hadde merknader til departementet sitt framlegg til forskriftsheimel.

Departementet held fast ved behovet for ein forskriftsheimel. Departementet legg opp til å vurdere på eit seinare tidspunkt om det er behov for utfyllande reglar. Departementet vil i forskrift kunne gje utfyllande reglar om lovbrotsgebyret, medrekna utmåling av gebyret og kva renter og tilleggsgebyr som skal verte lagt til grunn dersom lovbrotsgebyret ikkje vert betalt ved forfall.

Departementet har merka seg at Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) har sendt ut ei høyring om endringar i lov om offentlege anskaffelser og forslag til ny forskrift om tildeling av konsesjonskontraktar. Framlegget til endring i innkjøpsregelverket er gjort på bakgrunn av konsesjonskontraktdirektivet, og inneber at konsesjonskontraktar vil verte omfatta av regelverket om offentlege innkjøp. I konsesjonskontraktdirektivet er det gjort eit unnatak for konsesjonskontraktar som er regulerte av kollektivtransportforordninga. Det er klart at direktivet ikkje vil gjelde konsesjonskontraktar om vegtransport, medan det er uklart om òg konsesjonskontraktar om sjøtransport er unnatekne. Departementet har etter ei ny vurdering lagt til i forskriftsheimelen at departementet i forskrift skal kunne avgrense kva tenestekonsesjonskontraktar som fell inn under føresegna. Å avgrense verkeområdet til føresegna på denne måten vil kunne vere nødvendig dersom konsesjonskontraktar for sjøtransporttenester vert omfatta av ny forskrift om konsesjonskontraktar og lov om offentlege anskaffelser. Departementet meiner det vil vere uheldig og lite føremålstenleg om somme konsesjonskontraktar vert omfatta av sanksjonsreglar i både lov om offentlege anskaffelser og yrkestransportlova.

Departementet legg til grunn at lovbrotsgebyr kan påleggjast direkte med heimel i lovføresegna utan nærare regulering i forskrift.

5 Økonomiske og administrative konsekvensar

Departementet forventar at innføringa av eit lovbrotsgebyr retta mot tildeling av tenestekonsesjonskontraktar på transportområdet vil redusere talet på ulovlege tildelingar av slike kontraktar. Dette vil på sikt styrke konkurransen og føre til innsparingar for det offentlege.

For departementet, som vil vere handhevsorgan etter føresegna, kan framlegget innebere ei viss auke i arbeidsmengda. Departementet antar likevel at denne auka vil vere svært lita. Det vert difor ikkje forventa at framlegget vil innebere særlege økonomiske eller administrative konsekvensar. Bakgrunnen er at saker om å påleggje lovbrotsgebyr allereie må vere handsama av eksterne organ, og brotet på regelverket må vere konstatert for at departementet skal kunne påleggje lovbrotsgebyr etter føresegna. Dette betyr at departementet ikkje vil vere klageorgan for konsesjonskontraktar på transportområdet. Dette vil venteleg føre til at det vert færre saker for departementet å hand-

⁹ Jf. vurderinga i Prop. 83 L (2012–2013) om endringar i arbeidsmiljøloven mv. punkt 3.4.9.3

same enn om private partar hadde hatt høve til å klage sakene direkte inn for departementet. Det vert lagt til grunn at framlegget ikkje inneber ein auke i administrasjonskostnadane hos departementet. Det vert dermed heller ikkje behov for ein auke i ressursane til departementet.

For oppdragsgjevaren vil lovheimelen innebere ein risiko for å verte pålagt eit lovbrotsgebyr. Belastninga for den aktuelle oppdragsgjevaren i dei einskilde sakene vil avhenge av brotet og storleiken på kontrakten. Som sagt ovanfor går departementet ut frå at føreseigna i praksis vil gje eit fåtal av saker.

Departementet framhevar vidare at det er ein klar tendens til at oppdragsgjevarar tildeler tenestekontraktar i staden for tenestekonsesjonskontraktar på transportområdet. Ettersom lovheimelen ikkje vil gjelde for tenestekontraktar, vil denne tendensen gjere at lovheimelen vil få ein noko meir avgrensa verknad.

6 Merknader til paragrafen i lovframlegget

Til § 40 b om lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar

Første ledd slår fast at lovbrotsgebyr kan påleggjast oppdragsgjevarar som bryt reglar som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i prosessen med å tildele konsesjonskontraktar for transporttenester etter yrkestransportlova. Etter gjeldande regelverk skal reglar i kollektivtransportforordninga, den maritime kabotasjeforordninga og EØS-avtalen artikkel 4 og 48 sikre dette.

Hovudregelen vil vere at lovbrotsgebyr vert pålagt dersom dei andre vilkåra er oppfylte. Kanregelen opnar likevel for at departementet i særskilte tilfelle kan unnlate å påleggje lovbrotsgebyr der dette ville vere unødvendig eller særskilt urimeleg. I vurderinga av om lovbrotsgebyr skal verte pålagt vil departementet særleg leggje vekt på om brotet er lite eller om partane har avbøtt brotet på anna måte, til dømes ved terminering eller avkorting av kontrakten, eller om oppdragsgjevar har betalt skadebot for brotet.

Føreseigna stiller i første ledd bokstav a) – c) opp tre vilkår der minimum eitt må vere oppfylt for at lovbrotsgebyr kan påleggjast. Etter bokstav a) og b) kan lovbrotsgebyr verte pålagt dersom brotet er konstatert ved dom i ein norsk domstol eller EFTA-domstolen. Dette inneber at brotet må vere slått fast i domsslutninga. Dommen må vere rettskraftig. Etter bokstav c) kan lovbrotsgebyr

påleggjast der norske styresmakter har innrømt brotet etter at saka har vore handsama i ESA. Dersom oppdragsgjevaren ikkje har hatt høve til å uttale seg i saka før innrømminga fann stad, og det er grunn til å rekne med at dette har hatt verknad på innrømminga, kan innrømminga ikkje gje grunnlag for lovbrotsgebyr.

Lovbrotsgebyret kan ikkje overstige 15 % av kontraktsverdien. Ved utmåling av gebyret skal det særleg leggjast vekt på kontraktsverdien, kor grovt brotet er, om oppdragsgjevaren har gjort gjentekne brot, den preventive verknaden av lovbrotsgebyret, kor langt tilbake i tid brotet har skjedd, og om brotet har ført til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten.

Ei avgjerd om lovbrotsgebyr skal følgje reglane om enkeltvedtak etter forvaltningslova så langt dei høver. Dette inneber mellom anna at avgjerda kan pålagast etter forvaltningslova sine reglar for dette. Avgjerd om lovbrotsgebyr kan òg bringast inn for ein domstol. Domstolen kan prøve alle sider ved saka og gje dom for realitet. Domstolen vil kunne prøve om det ligg føre eit brot på regelverket der brotet er konstatert ved innrømming frå norske styresmakter.

Det er ei grense i tid for når lovbrotsgebyr kan verte pålagt. Denne er satt til tre år frå konsesjonskontrakten vart inngått. Foreldingsfristen vert avbroten ved at det vert teke ut søksmål ved ein norsk domstol eller for EFTA-domstolen for å få dom i saka, eller ved at ESA tek opp saka skriftleg med norske styresmakter.

I saker der det er eit statleg organ som har brote reglane, kan departementet delegere kompetansen til å påleggje lovbrotsgebyret til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).

Det følgjer av siste ledd i føreseigna at departementet kan gje forskrift om fastsetjing av lovbrotsgebyret, medrekna utmåling av gebyret, renter og tilleggsgebyr og avgrensing av kva tenestekonsesjonskontraktar som fell inn under føreseigna. Forskriftsheimelen inneber følgjeleg mellom anna høve for departementet til å gje utfyllande reglar om utmåling og kva renter og tilleggsgebyr som skal verte lagt til grunn dersom lovbrotsgebyret ikkje vert betalt ved forfall. Departementet vil på eit seinare tidspunkt vurdere om det er behov for slike utfyllande reglar. Vidare vil departementet i forskrift kunne avgrense kva tenestekonsesjonskontraktar som fell inn under føreseigna. Å avgrense verkeområdet på denne måten vil kunne vere nødvendig dersom konsesjonskontraktar for sjøtransporttenester vert omfatta av ny forskrift om tildeling av konsesjonskontraktar og lov om offentlige anskaffelser.

Samferdselsdepartementet

t i l r å r :

At Dykkar Majestet godkjenner og skriv under eit framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringar i yrkestransportlova (lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar).

Vi HARALD, Noregs Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget vert bedt om å gjere vedtak til lov om endringar i yrkestransportlova (lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar) i samsvar med eit vedlagt forslag.

Forslag

til lov om endringar i yrkestransportlova (lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar)

I

Lov 21. juni 2002 nr. 45 om yrkestransport med motorvogn og fartøy vert endra slik:

Ny § 40 b skal lyde:

§ 40 b *Lovbrotsgebyr knytt til tildeling av tenestekonsesjonskontraktar*

(1) *Departementet kan påleggje oppdragsgjevar eit lovbrotsgebyr dersom oppdragsgjevaren bryt reglar som skal sikre openheit og ikkje-diskriminering i prosessen med å tildele konsesjonskontraktar for transporttenester etter lova her. Lovbrotsgebyret kan verte pålagt dersom eitt av følgjande vilkår er oppfylt:*

a) *brotet er konstatert ved rettskraftig dom i ein norsk domstol,*

b) *brotet er konstatert ved dom i EFTA-domstolen, eller*

c) *norske styresmakter har innrømt brotet etter at saka er handsama i EFTAs overvakingsorgan. Dersom oppdragsgjevaren ikkje har hatt høve til å uttale seg i saka før innrømminga fann stad, og det er grunn til å rekne med at dette har hatt verknad på innrømminga, kan innrømminga ikkje gje grunnlag for lovbrotsgebyr.*

(2) *Lovbrotsgebyret skal ikkje overstige 15 % av kontraktsverdien.*

(3) *Ved utmåling av gebyret skal det særleg leggjast vekt på kontraktsverdien, kor grovt brotet er, om oppdragsgjevaren har gjort gjentekne brot, den preventive verknaden av lovbrotsgebyret, kor langt tilbake i tid brotet har skjedd, og om brotet har ført*

til skadebot, terminering eller avkorting av kontrakten.

(4) *Fristen for å betale lovbrotsgebyret er åtte veker frå vedtaket vart gjort.*

(5) *Avgjerd om å påleggje lovbrotsgebyr etter denne føresegna skal følgje reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova så langt dei høver. Dersom ei avgjerd om lovbrotsgebyr vert bringa inn for ein domstol, kan domstolen prøve alle sidene av saka. Retten kan gje dom for realitet.*

(6) *Lovbrotsgebyr kan ikkje påleggjast seinare enn tre år etter at kontrakten vart inngått. Fristen vert avbroten ved at det vert teke ut søksmål ved norsk domstol eller ved EFTA-domstolen for å få dom i saka, eller ved at EFTAs overvakingsorgan tek opp saka skriftleg med norske styresmakter.*

(7) *I tilfelle der departementet sjølv eller eit anna statleg organ som er underlagt departementet gjer brot som nemnt i første ledd, kan departementet delegere kompetansen til å påleggje lovbrotsgebyret til Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Avgjerd frå Klagenemnda for offentlige anskaffelser om å påleggje lovbrotsgebyr kan ikkje pålagast.*

(8) *Departementet kan gje forskrift om fastsetjing av lovbrotsgebyret, medrekna utmåling av gebyret, renter og tilleggsgebyr og avgrensing av kva tenestekonsesjonskontraktar som fell inn under føresegna her.*

II

Lova tek til å gjelde straks.

