

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8004 Dep.
0030 OSLO

Oslo, 31. oktober 2014

HØRINGSUTTALELSE - FORENKLING

1. INNLEDNING

Vi viser til Forenklingsutvalgets rapport i NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser og Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev av 20. juni 2014.

Advokatfirmaet Grette er et fullservice advokatfirma med en stor gruppe som arbeider med regelverket om offentlige anskaffelser. Vi har rammeavtaler med store byggherrer blant annet innen samferdsel, og bistår også flere kommuner og interkommunale selskaper. Samtidig bistår vi en rekke leverandører, spesielt innen områdene for entrepris og IKT.

Advokatfirmaet Grette ser positivt på utvalgets arbeid for forenkling, og er enige i at en revisjon av anskaffelsesregelverket er fornuftig. Gjennom vårt arbeid med oppdragsgivere og leverandører i en rekke bransjer har vi imidlertid sett at de største utfordringene er utslag av uklare grenser i regelverket mer enn begrensningene i regelverket selv. I denne forbindelse finner vi grunn til å påpeke at det å fjerne bestemmelser og dermed redusere regelverkets omfang, ikke nødvendigvis gjør regelverket enklere å anvende. Vår erfaring tilsier heller at forenklingsbehovet hos de som anvender regelverket i det daglige, bedre kan dekkes ved lettfattelige og gjennomarbeidede bestemmelser som er egnet til å gi veiledning for praktiske problemstillinger i en anskaffelsesprosess.

Samtidig ser vi at leverandørenes tillit til en forutsigbar konkurranse ofte er avgjørende for deres interesse i å inngi tilbud og viljen til i ettertid å benytte seg av klageadgangen. Et godt konkurransegrunnlag og en ryddig og etterprøvbar prosess legger det beste grunnlaget for en god anskaffelse. På denne bakgrunn tror vi ikke at færre bestemmelser og større rom for skjønnsutøvelse fra oppdragsgivernes side nødvendigvis vil medføre en reell forenkling og bedre anskaffelser.

Vi har valgt ut til behandling enkelte spørsmål som etter vår oppfatning er særlig viktige. Våre vurderinger kan oppsummeres slik:

- De eksisterende konkurranseformene anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling bør beholdes også for anskaffelser under EU-/ EØS-terskelverdiene.
- Den forskriftsfestede oppfordringen om å benytte balanserte kontraktsstandarder bør videreføres.
- Protokollplikten bør beholdes.

2. INNØRING AV EN NY KONKURRANSEFORM

Et flertall i Forenklingsutvalget har foreslått å innføre en ny konkurranseform, "tilbudskonkurranse". Denne konkurranseformen skal erstatte dagens to konkurranseformer, anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling.

Vi mener at grunnlaget for flertallets forslag er for svakt utredet og at en eventuell gjennomføring av en slik endring vil kunne få en rekke uheldige konsekvenser. Vi støtter derfor utvalgets mindretall som ønsker å beholde dagens konkurranseformer.

Vår hovedinnvending mot forslaget er at tilbudskonkurransen slik den er foreslått, i for stor grad setter hensynet til oppdragsgivernes fleksibilitet foran hensynet til forutsigbarheten for leverandørene. Utvalgets flertall har selv uttalt at "alt er tillatt" i tilbudskonkurransene, men i motsetning til flertallet mener vi at dette er en ulempe mer enn en fordel. Vi er særlig usikre på om offentlige oppdragsgivere som sjelden håndterer kompliserte anskaffelsesprosesser, vil være i stand til i tilstrekkelig grad å ivareta de grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5, særlig kravene om likebehandling og forutberegnelighet. Forslaget kan dessuten bidra til å svekke leverandørenes tillit til at oppdragsgiverne ikke tar utenforliggende hensyn ved gjennomføringen av konkurransen.

Slik vi vurderer det, vil det uansett være mulig å ivareta det sentrale formålet med forslaget, å få ned antallet avvísninger som følge av formalfeil, ved langt mindre inngripende virkemidler. Vi oppfordrer derfor departementet til å vurdere andre tilnærminger til denne problemstillingen innenfor det handlingsrommet forhandlingsforbudet gir.

3. BRUK AV BALANSERTE KONTRAKTSSTANDARDER

Flertallet i utvalget har foreslått å ta ut forskriften § 3-11 om at oppdragsgiver som hovedregel skal anvende balanserte kontraktsstandarder, der slike finnes. Bakgrunnen for dette er at flertallet mener at bestemmelsen mangler rettslig innhold og at dens formål kan oppfylles ved andre virkemidler, f.eks. veiledning og utarbeidelse av gode standarder.

Spørsmålet om bruk av balanserte kontrakter er etter vår erfaring særlig viktig innenfor bygge- og anleggssektoren, hvor også EU-/ EØS-terskelverdien er vesentlig høyere. I forbindelse med anskaffelser på dette området opplever vi at tvister ofte springer ut av at oppdragsgiveren har benyttet en standardkontrakt, typisk en NS, men foretatt endringer som i seg selv ikke er tilstrekkelig klare eller som medfører at det blir uklart hvordan andre bestemmelser skal forstås.

Fra leverandørsiden, særlig innenfor entreprenørbransjen, har vi imidlertid fått opplyst at problemet med oppdragsgiveres bruk av egenutviklede og ubalanserte kontrakter var større før innføringen av bestemmelsen. Dette indikerer at bestemmelsen har hatt en oppdragende effekt, og vi mener at det er betydelig fare for at bevisstheten om denne problemstillingen kan bli vesentlig redusert hvis bestemmelsen blir fjernet.

Vi påpeker dessuten at oppfordringene fra regjeringnivå om bruk av balanserte kontrakter, har vært forankret i forskriften § 3-11.

Etter vår vurdering har bestemmelsen i § 3-11 således en viktig funksjon, selv om den ikke pålegger oppdragsgiverne en klar plikt til å benytte balanserte standarder. Vi mener derfor at bestemmelsen bør videreføres.

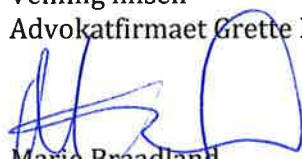
4. PROTOKOLLPLIKTEN

Forenklingsutvalget har enstemmig foreslått at kravet om skriftlighet i saksbehandlingen skal videreføres. Det er imidlertid uenighet om hvordan dette kravet skal kunne oppfylles. Utvalgets flertall mener at oppdragsgiveren fritt skal kunne velge hvordan anskaffelsesprosessen dokumenteres, mens mindretallet har tatt til orde for å beholde dagens protokollplikt.

Vi er enige med mindretallet i at protokollplikten bør opprettholdes. Anskaffelsesprotokollen er i seg selv et egnet virkemiddel for å sikre at skriftlighetskravet blir oppfylt på en enkel måte. Oppdragsgiverne slipper å vurdere på egenhånd hvilke opplysninger og beslutninger som skal nedtegnes og hvordan dokumentasjonen skal sikres. Samtidig gis leverandørene bedre mulighet til å etterprøve oppdragsgiverens saksbehandling, ved at sentrale opplysninger er samlet i ett dokument.

I forlengelsen av dette gjør dessuten protokollplikten det enklere for leverandørene når de ber om innsyn i saksdokumentene, og for oppdragsgiverne når innsyn skal gis. Hvis opplysningene som i dag er nedfelt i protokollen, skal være spredd over flere dokumenter, vil det bli mer tid- og ressurskrevende for partene, særlig for oppdragsgiverne, å identifisere og sortere opplysningene som er gjenstand for innsyn.

Vennlig hilsen
Advokatfirmaet Grette DA



Marie Braadland
Advokat/ partner
mabr@grette.no



Harald Fosse
Advokat/partner
hafo@grette.no