

Bergen, den 30. oktober 2014

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

HØRINGSSVAR: NOU 2014:4 ENKLERE REGLER – BEDRE ANSKAFFELSER

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd er et privat oppnevnt responderende organ sammensatt med representanter fra entreprenør-siden, byggherresiden, byggmesterbransjen, arkitekt/rådgivende. Rådet har to jurister med erfaring fra byggesaker – den ene som Rådets formann. Pr i dag består Rådet av advokat Harald S. Kobbe (leder), prof.em.dr. juris Kai Krüger, Harald Nævdal, Helge Håvardstun, Nina Pettersen, Erlend Bygnes og Audun Egge Andersen.

Rådet ble opprettet i 1978 og har pr dato avgitt 623 rådgivende uttalelser i pågående byggesaker, herunder oppmannsuttalelser etter NS-bestemmelser så som NS 8405 pkt. 43.2. Uttalelsene publiseres i bransjebladet «Byggeindustrien» og legges i anonymisert form ut på www.bfjr.no og i betal-basen Gyldendal www.retsdata.no. Rådet blir ofte rådspurt i saker om anbud i kommunal sektor. Frem til etableringen av KOFA i 2003 besvarte Rådet en rekke henvendelser om håndtering av anbud ved offentlige anskaffelser – se for eksempel henvisninger i saker fra Rådet i Rt. 2003 s. 1531 (BFJR 405 (1993) *Veidekke*” og Rt. 2007 s. 1489 *”Byggholt*” (BFJR 558 (2004)).

Ut fra sin bakgrunn og erfaring med relevante spørsmål og problemstillinger innen bygg og anlegg, avgir Rådet følgende omforente uttalelse som svar på departementets høringsbrev 20. juni 2014. Rådsmedlem eiendomssjef *Helge Håvardstun* deltar ikke siden Hordaland Fylkeskommune avgir eget høringssvar i saken. Rådsmedlem *Kai Krüger* har deltatt i utarbeidelsen av uttalelsen fra KOFA datert 17.10.2014 (med særmerknad), jfr KOFA s høringsvars annet avsnitt

«Klagenemnda finner innledningsvis grunn til å nevne at det er ulike meninger i nemnda om de forskjellige forslagene. Denne høringen er et uttrykk for flertallets syn, og representerer ikke nødvendigvis den enkeltes synspunkt.»

Byggebransjens Faglig Juridiske Råd har følgende anmerkninger til forslaget om lov- og forskriftsendringer ved lov 16. juli 1999 nr 69 (loa)/forskrift 7. april 2006 nr 402 (foa).

1. Rådet stiller seg kritisk avvisende til forslaget om å **justere formålsparagrafen i loven § 1 og regelen om grunnleggende krav i § 5 i det som gjelder etterprøvnbarhet og forutsigbarhet**. Det har ikke vært meningen å foreslå realitetsendringer i dagens rettsstilstand, men stryker man disse bestemmelser, skapes uklarhet og usikkerhet med hensyn til hvor langt de føringer som er nedfelt i dagens lov fortsatt er operative og skal vektlegges. Det gir videre et viktig signal at regelverket blant annet skal sikre allmenhetens tillit til at det offentlig opptre med stor integritet. Denne slags formålsangivelser er fast praksis i norsk lovgivning slik som for eksempel konkurranseloven § 1.
2. Rådet støtter mindretallet i lovkomiteen når det gjelder å **beholde anbudskonkurranse som valgfri prosedyre** ut fra de hensyn som det redegjøres for i NOU på s 156-157, – og da særlig at tradisjonell

anbudskonkurranse i praksis synes å være den foretrukne modell for Del II anskaffelser (NOU s 44 og s 156 med omtale av PWC-rapporten). Dette anser Rådet som særlig viktig innen bygg og anlegg, der kontraktene i kommunal sektor ofte går opp mot 40 mill NOK, dvs at de er under EU/EØS terskelverdier. Anbudskonkurranse uten forhandlingsrett har vært den etablerte hovedregel i norsk regelverk over meget lang tid og bør beholdes, – og heller vurderes for en mer begrenset oppmykning, slik mindretallet er inne på i NOU s 159. Det er Rådets erfaring at uklareheter i tilbudene dessverre ofte tilbakeføres til tvetydigheter i konkurransegrunnlaget som oppdragsgiver allerede i utgangspunktet har risikoen for, og som han ikke bør kunne forhandle bort i egen favør. Det er av stor betydning, også for å unngå tvister knyttet til slike kontraktsforhold, å holde fokus på kvalitetssikring av konkurransegrunnlaget på oppdragsgivers hånd.

Uheldige avvisningssaker vil kunne løses etter mønster av Dir. 2014/24 artikkel 56 nr. 3 (fremsendelse av etterspurt dokumentasjon senere enn tilbudsfristen – eventuelt bare dokumentasjonskrav for valgte leverandør). Mer grunnleggende er at leverandørene prinsipielt må vite i forkant om utarbeidelse av tilbudet skal skje som «last shot» eller som et åpningstilbud. Flertallets forslag bryter her med rimelige og forstandige krav til forutberegnelighet. Forslaget om at oppdragsgiver ikke en gang i konkurransegrunnlaget skal kunne varsle frafall av forhandlingsretten bør heller ikke følges opp. På disse punkter kan flertallets forslag føre til økt konflikt- og tvistenivå med større klagefrekvens og flere søksmål. Rådet tilføyer at det ikke virker begrunnet å gjennomføre en så dyptgripende endring i forhold til forskriften Del III om anskaffelser på EU-nivå (sml. Direktiv 2014/24/EU artikkel 26).

3. Rådet mener at **protokoll for anskaffelser på BA-området må beholdes**. Et skriftlighetskrav uten protokoll vil komplisere gjennomføring av innsyn og betryggende håndtering av klager.
4. Rådet mener man bør beholde dagens forskrift § 13-2 (2) om **angivelse av tildelingskriterier med vektningstall i kunngjøring og konkurransegrunnlag**.
5. Rådet er dernest sterkt kritisk til **opphevelse av forskriften § 3-11 med anbefaling om at offentlige byggherrer som hovedregel skal anvende de omforente standarder for BA-oppdrag**. Standardene er kommet i stand gjennom omfattende forhandlinger mellom partene i bransjen, og er nå anerkjent som godt balanserte og vel gjennomarbeidede regelverk. Det har vært forutsetningen i dette standardiseringsarbeidet at kontraktsvilkårene ikke skal fravikes med mindre prosjektets art tilsier dette – eller standarden selv åpner for avvikende avtale, jfr. ingressen til for eksempel NS 8405 lydende:

«Standarden gir uttrykk for hva de ovennevnte organisasjoner og institusjoner er blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg og anleggsarbeider. Det er de ovennevnte organisasjoners forutsetning at standarden anvendes uten andre endringer eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.»

Rådet ser det som uheldig at offentlige oppdragsgivere innarbeider standardavvik i konkurransegrunnlagets kontraktsvilkår, særlig fordi tilbyderne som tar forbehold om bruk av urettet standard - generelt eller for enkelte punkter risikerer å bli avvist. Dermed undergraves det formål som bransjens etablerte standardarbeid sikter mot. Anvisningen i forskriften § 3-11 må derfor beholdes.

For Byggebransjens Faglig Juridiske Råd


Harald S. Kobbe