

REGJERINGSADVOKATEN

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref
15/1514-1

Vår ref
2015-0263 HER/HER

Dato
8.6.2015

HØRING – FORSLAG OM ENDRING AV LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG TILHØRENDE FORSKRIFTER SOM LEDD I GJENNOMFØRING AV TRE NYE ANSKAFSELSEDIREKTIVER

1 INNLEDNING

Jeg viser til departementets brev av 17. mars 2015, vedlagt 4 høringsnotat med forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter.

Regjeringsadvokatens uttalelse til de ulike høringsforslagene fremkommer nedenfor.

2 REGJERINGSADVOKATENS HØRINGSUTTALELSE

Regjeringsadvokatens uttalelse til høringsnotat 1 – endringer i lov om offentlige anskaffelser:

Regjeringsadvokaten har ingen merknader til endringsforslagene.

Regjeringsadvokatens uttalelse til høringsnotat 2 – ny forskrift om offentlige anskaffelser:

Departementet har i punkt 3.1 s. 9 bedt om høringsinstansenes syn på forslaget til ny rekkefølge på bestemmelser og inndeling i kapitler og underoverskrifter i ny forskrift del III.

Regjeringsadvokaten er av den oppfatning at de foreslåtte endringene i rekkefølge og inndeling gjør forskriften mer pedagogisk og oversiktlig, og støtter derfor dette forslaget.

Departementet har i punkt 3.2.2 foreslått enkelte endringer i bestemmelsene om konkurransegrunnlag, jf. forslaget til ny § 8-1. I forslaget til § 8-1 femte ledd foreslår departementet å forskriftsfeste det tolkningsprinsipp som er lagt til grunn for konkurransegrunnlaget i rettspraksis; at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.

Regjeringsadvokaten har ikke innvendinger til dette, men vi antar at det da vil gi best sammenheng i regelverket om man forskriftsfester det tilsvarende tolkningsprinsipp for leverandørsiden; at leverandørene bærer risikoen for uklarheter i tilbudet. Vi viser her til at denne tolkningsregelen for tilbud er foreslått forskriftsfestet for anskaffelsene som følger FOA del II av Forenklingsutvalget i NOU 2014:4. Vi kan ikke se noen gode grunner for å unnlate å forskriftsfeste denne sentrale tolkningsregelen også for anskaffelsene i del III.

REGJERINGSADVOKATEN

Departementet har i punkt 3.2.5 s. 12 foreslått å utarbeide en egen bestemmelse for tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til kun én leverandør for å gjennomføre anskaffelsen, i tillegg til en bestemmelse som gjelder situasjoner der oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det er bedt om høringsinstansenes syn på dette forslaget.

Regjeringsadvokaten er enig i departementets begrunnelse for å skille ut dette til en egen bestemmelse, og støtter følgelig forslaget.

Departementet har videre bedt om høringsinstansenes syn på forslaget om å sidestille et vedtatt forelegg med en rettskraftig straffedom som avvisningsgrunnlag, jf. forslaget til ny § 18-2 andre ledd.

Regjeringsadvokaten støtter dette forslaget. Departementet har i høringsnotatet pekt på at et motargument mot å sidestille et vedtatt forelegg med en dom, er at en slik regel vil kunne gi u hensiktsmessige insentiver for leverandører til ikke å akseptere forelegg. Det er videre pekt på at det også gir oppdragsgivere mindre fleksibilitet til å vurdere om det er hensiktsmessig med avvisning. Etter vårt syn veier hensynet til likestilling av leverandører som har begått samme straffbare forhold tyngre. Forslaget til endring må videre ses i sammenheng med den utvidede adgangen til å gjennomføre tiltak for å unngå avvisning, som foreslås i § 18-5. At leverandøren har vedtatt et forelegg, og gjennom dette (presumptivt) også vist vilje til å rydde opp i forholdet, vil etter omstendighetene også kunne vektlegges i den skjønnsmessige vurderingen oppdragsgiver skal foreta av om leverandørene har gjennomført tilfredsstillende tiltak i § 18-5s forstand.

Regjeringsadvokatens uttalelse til høringsnotat 3 – ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektoren

Departementet har i punkt 4 s. 5 foreslått å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt for anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdien, forutsatt at anskaffelsen er lik eller overstiger 3,1 millioner kroner. Det er videre foreslått at man skal innta bestemmelser om karens, suspensjon og sanksjoner også for disse anskaffelsene. For øvrig er det foreslått forenklete prosedyrekrav til disse anskaffelsene.

Vi vil påpeke at for anskaffelser under EØS-terskelverdiene på klassisk sektor (FOA del II), er det ikke innført helt tilsvarende bestemmelser om karens, suspensjon og sanksjoner, som dem som gjelder for anskaffelsene over EØS-terskelverdiene (FOA del III). Regjeringsadvokaten kan ikke se at departementet har begrunnet hvorfor det for kontraktene på forsyningssektoren, i motsetning til på klassisk sektor, er nødvendig å innta de samme bestemmelsene om karens, suspensjon og sanksjoner (med unntak for avkortning av kontrakt, og gebyr), for anskaffelsene under EØS-terskelverdiene, som dem som gjelder for anskaffelsene over terskelverdiene. Vi viser her til at det er foreslått en minimumsregulering av prosedyrekravene til disse anskaffelsene. Dette taler etter vårt syn mot å innføre de samme bestemmelser om karens, suspensjon og sanksjoner, som gjelder for anskaffelsene over EØS-terskelverdiene.

Ettersom spørsmålet om nivået for terskelverdien for nasjonal kunngjøringsplikt skal utredes nærmere, finner vi det imidlertid ikke naturlig å gi uttrykk for noen oppfatning om departementets forslag til grense på 3,1 millioner kroner.

REGJERINGSADVOKATEN

Departementet har under punkt 5.1.25 s. 13-15 bedt om høringsinstansenes syn på om man for forskriften på forsyningssektoren bør ta inn eksplisitte avvisningsbestemmelser, eller om man bør benytte en henvisningsteknikk til forskriften på klassisk sektor.

Etter vår oppfatning er det mer pedagogisk og oversiktlig å ta inn de eksplisitte avvisningsbestemmelsene i selve forskriften, i stedet for å henvise til annen forskrift.

Regjeringsadvokatens uttalelse til høringsnotat 4 – ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter

Departementet har i punkt 4 s. 5 foreslått å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt for anskaffelser under EØS-terskelverdi, forutsatt at anskaffelsen er lik eller overstiger 6 millioner kroner. Det er videre foreslått at man skal innta bestemmelser om karen, suspensjon og sanksjoner også for disse anskaffelsene, jf. forslaget til §§ 5-6 til 5-10.

Vi vil påpeke at for anskaffelser under EØS-terskelverdiene på klassisk sektor (FOA del II), er det ikke innført helt tilsvarende bestemmelser om karen, suspensjon og sanksjoner, som dem som gjelder for anskaffelsene over EØS-terskelverdiene (FOA del III). Regjeringsadvokaten kan ikke se at departementet har begrunnet hvorfor det for kontraktene på dette området, i motsetning til på klassisk sektor, er nødvendig å innta de samme bestemmelsene om karen, suspensjon og sanksjoner (med unntak for avkortning av kontrakt, og gebyr), for anskaffelsene under EØS-terskelverdiene, som dem som gjelder for anskaffelsene over terskelverdiene. Vi viser her til at det er foreslått en minimumsregulering av prosedyrekravene til disse anskaffelsene. Dette taler etter vårt syn mot å innføre de samme bestemmelser om karen, suspensjon og sanksjoner, som gjelder for anskaffelsene over EØS-terskelverdiene.

Når det gjelder det foreslåtte nivået for terskelen for nasjonal kunngjøringsplikt (6 millioner kroner), høres dette i utgangspunktet svært lavt ut for den typen kontrakter dette gjelder. Ettersom spørsmålet om nivået for terskelverdien for nasjonal kunngjøringsplikt skal utredes nærmere, finner vi det imidlertid ikke naturlig å gi uttrykk for noen bestemt oppfatning her.

Departementet har videre under punkt 5.3 på s. 11 bedt om høringsinstansenes syn på om det er hensiktsmessig å innføre tilsvarende avvisningsbestemmelser for konsesjonskontrakter over EØS-terskelverdier, som foreslått av Forenklingsutvalget til FOA del II kapittel 25.

Vi kan ikke se noen gode grunner for hvorfor man ikke skal ha de samme avvisningsregler for konsesjonskontrakter, som foreslått av Forenklingsutvalget til FOA del II. Behovet for dette er det samme. Dette omfatter også mulighet til å avvise tilbud som er unormalt lave, fordi det også på dette området kan oppstå behov for å avvise tilbud på dette grunnlaget – typisk der tilbydereren på en konsesjonskontrakt har overestimert inntekspotensialet i konsesjonen.

Vi mener derfor det bør innføres tilsvarende avvisningsregler som foreslått til FOA del II, herunder avvisningsrett for unormalt lave tilbud. Vi mener det er naturlig at det da samtidig innføres en bestemmelse om fremgangsmåten som er lik den som foreslås i forslaget til FOA § 18-9.

Med hilsen
REGJERINGSADVOKATEN



Helge Røstum
advokat