



Fornyings-, administrasjons- og  
kirkedepartementet  
Postboks 8004 Dep.  
0030 OSLO

**Dykkar ref.**

**Vår ref / Sakshandsamar**  
10/5015-4 027 &13  
Ingrid Buset / tlf.

**Dato:**  
20.10.2010

## **HØRINGSSVAR - NOU 2010 : 2 - HÅNDHEVELSE AV OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

Fagforbundet har gått gjennom NOUen Håndhevelse av offentlige anskaffelser og vil svare på høyringa. Vi vil først påpeike at vi reagerer på at arbeidstakarorganisasjonane ikkje er blitt invitert til å svare på denne høyringa, særleg då det ikkje har vore arbeidstakarorganisasjonar representert i utvalet og vi oppmodar utvalet om å ta ei ny runde der arbeidstakarorganisasjonane blir invitert med. Anbudets kvalitet kan vere av svært forskjellig karakter med omsyn til tilsette sine rettigheter, verneordningar, solidaritet og meir. Dette angår tilsette direkte. Det er åpenbart at implementering av direktivet vil få store konsekvensar for offentlig tilsette.

### **Primærstandpunkt: Å avvente implementering**

Vi vil først legge fram fem overordna grunnar til at Noreg bør avvente implementering, før vi drøftar høyringa og kommentere dei spesifikke endringane som er føreslått.

Fagforbundet meiner for det første at Noreg må avvente vurderinga av korleis og kor vidt direktivet bør implementerast. Det Europeiske regionrådet har gitt sterke kritikk<sup>1</sup> av moglege konsekvensar og manglende dokumentasjon av behovet for skjerpning av krava. Kommune-Europa er tydelege i sitt standpunkt om at dei trenger meir fleksibilitet til å levere tenester i eigenregi, ikkje eit byråkratiske og krevande regelverk. Dette er i samsvar med Fagforbundets forståing av kommunenes behov og direktivets konsekvensar.

For det andre er det nødvendig å ta ein prinsipiell debatt om formålet med og premissane for eit anskaffelsesregelverk. Innholdet i regelverket må formast ut frå norske premissar, målsetjingar og krav til arbeidsmiljø og -forhold. Dette er ein viktig debatt som ikkje er drøfta i NOUen. Fagforbundet krev eit regelverk som ivaretek lønns- og arbeidsvilkår og sosiale vilkår. Dette blir ikkje ivareteke gjennom regelverket som er føreslått, og Fagforbundet vil ikkje støtte regelverket slik det er presentert i NOUen. Regelverket som er føreslått er med på

<sup>1</sup> Det europeiske regionrådet:

<http://coropinions.cor.europa.eu/coropiniondocument.aspx?language=da&docnr=182&year=2006>

å avgrense kommunenes handlingsrom for etiske og anstendig anskaffelsar, og gjennomføring av solidaransvaret. Når kommunene gjer offentlege anskaffelsar bruker dei fellesskapets midlar, og regelverket må derfor sikre kommunenes verktøy til å prioritere og målrette midlane i forhold til fellesskapets interesser.

For det tredje meiner Fagforbundet at NOUen som er sendt på høyring er utilstrekkeleg som beslutningsgrunnlag, og vil krev utgreiing. Utvalet skriv sjølv at mandatet har vore snevert: "Ettersom utvalgets oppgave har vært å utrede gjennomføring av håndhevelsesdirektivet innenfor det snevre handlingsrommet direktivet gir, har utvalget ikke hatt anledning til å gjennomføre en grundig vurdering av om andre virkemidler kunne vært mer effektive for å oppnå samme avskrekkingseffekten som endringsforslagene innebærer." Utvalets mandat har i hovudsak vore å vurdere "korleis" direktivet kan implementerast. Fagforbundet ser det som ein mangel ved NOUen at utvalet ikkje har hatt som mandat å vurdere kor vidt det faktiske er hensiktsmessig å implementere direktivet, eller om ein kan oppnå tilsvarende resultat med andre og meir effektive tiltak / verkemiddel. Offentleg konsum utgjer 1/3 av det samla konsumet i Noreg. Når vi har tid og høve er det direkte uansvareleg å ikkje skaffe til vegs meir informasjon om konsekvensar og alternativ. Eigenregi og heving av terskeverdiar er av områder som vi meiner må bli utreda.

For det fjerde vil det anbefalte regelverket føre til sterk kostnadsvekst. Utvalet skriv at endringane vil "...øke etterlevelseskostnadene og aktsomhetskostnadene hos både innkjøper og tilbyder. Regelverket blir til dels mer omfattende, slik at kostnadene ved opplæring i regelverket og eventuell rettslig bistand ved anskaffelsen øker. Videre må innkjøpere legge opp til prosesser og plikter som det innebærer kostnader å gjennomføre. Endringsforslagene kan også lede til at det vil ta lengre tid å gjennomføre enkelte anskaffelser og derfor medføre forsinkelseskostnader." Kostnadsauke generelt, og særleg knytt til auke i kompetansebehov, vil bli særleg problematisk i mindre kommuner og hos mindre private aktørar, og slik favorisere større kommuner og aktørar.

For det femte synleggjer og forsterkar Håndhevingsdirektivet ei utvikling der leverandørrett blir styrka på bekostning av politisk og demokratisk kontroll og styring. Dette blir utdjupa i drøftinga nedanfor.

Fagforbundet meiner at Norge derfor må avvente implementering slik at vi kan følgje med og sjå kva konsekvensar direktivet får i EU-regionen, og gjere nødvendige utredningar for å ha grunnlag for å vurdere om direktivet er hensiktsmessig og vurdere kva nødvendige endringar og tilpassingar som bør gjerast ved ei eventuell implementering. Vidare vil vi trekke fram manglar ved NOUen og innvendingar i tilfelle implementering.

### **Om behov for direktivet og direktivets formål**

Utvalet skriv at formålet med anskaffelsesregelverket er å fremje "verdskapning og effektiv ressursbruk gjennom effektiv konkurranse om offentlige anskaffelser". Fagforbundet er einige i at det er viktig med effektiv og målretta bruk av fellesskapets midlar, men det er eit paradoks at offentlege annskaffelsar skal underleggast endå strengare krav til kontroll og etterprøving, medan vi samtidig ser at private aktørar kan tene millionar på å utføre tenester for det offentlege i f.eks. barnehagesektoren utan at vi har høve til å kontrollere eller etterprøve pengebruken, fordi verksemdar vert organisert i stadig meir kompliserte og uoversiktlege selskapsstrukturar.



EU-kommisjonen påstår at ulovlege kontrakter er eit stort problem. EU-parlamentets regionsutval gir kritikk<sup>ii</sup> fordi påstanden ikkje er dokumentert. Heller ikkje NOUen kan påvise at dette stemmer. Dei siste 7 åra er det KOFA som har teke imot denne type klager. Av 1700 klager var 2/3 ubegrunna og vart avvist, tapte eller vart løyste på ein anna måte. Problemet er altså ikkje først og fremst at det er så mange ulovlege kontrakter. Omfanget av klager som er ubegrunna eller kan løysast utan domsstol er derimot stort. Offentleg sektor vil knapt kunne fungere dersom all kontaktinngåing skal stoppe opp under klagebehandlinga, slik det blir føreslått.

Fagforbundet meiner at tiltaka for å motvirke og straffe ulovlege kontrakter er for omfattande. Problemet er ikkje stort nok til å forsvare eit så omfattande regelverk.

Eit anna spørsmål er kor vidt dette direktivet kan oppnå si eiga målsetjing om å bekjempe bruken av ulovlege direkte anskaffelsar. "Etter flertallets syn må det viktigste redskap være opplæring og profesjonalisering i forvaltningen, i tillegg til internkontroll og stats- og kommunerevisjonens kontrollvirksomhet." Fagforbundet er heilt einige med utvalets fleirtal om at opplæring og profesjonalisering er viktig, men dette direktivet vil ikkje føre til at offentlege tilsette er tryggare på anskaffelsesregelverket, tvert om. Dette lukkast ikkje håndhevingsdirektivet med, særleg i forhold til at mange kommuner og tilbydarar vil måtte leige inn kompetanse for å handtere eit endå meir komplisert regelverket.

Det har vore eit betydeleg antal rettsaker i Europa på bakgrunn av anskaffelsesregelverk. Regelverk vert då utforma som følgje av juridiske avgjersler, ikkje politiske vedtak og prosessar. Det medfører endå større avstand mellom innbyggjarane og avgjersler og regelverk. Dette er udemokratisk, bygger på mistillit og fører til byråkrati og kostnadsvekst.

Dette direktivet vil truleg få konsekvensar som virkar både for og imot konkurransutsetting og privatisering. Det vil virke for konkurransutsetting og privatisering ved at det gir større rettigheter til leverandørane og ved at det offentlege vil framstå som byråkratisk, dyrt og treigt. Samtidig vil det virke mot konkurransutsetting og privatisering fordi regelverket er så byråkratisk og tungvint at det kan skreme bort tilbydarar. Samtidig er argumentet for privatisering og konkurransutsetting at tenestene skal bli billigare og meir effektive, men konsekvensen av regelverket er det motsatte. Utvalet skriv at "Endringsforslagene vil øke etterlevelseskostnaden og aktsomhetskostnaden hos både innkjøpere og tilbydere. Regelverket vil bli til dels mer omfattende, slik at kostnadene ved opplæring i regelverket og eventuell rettslig bistand ved anskaffelser øker. Videre må innkjøpere legge opp til prosesser og plikter som det innebærer kostnader å gjennomføre. Endringsforslagene kan også lede til at det vil ta lengre tid å gjennomføre enkelte anskaffelser og derfor medføre forsinkelseskostnader."

Fagforbundet meiner at det offentlege er best egna, og bør når det er mogeleg, forvalte og drifte mest mogeleg sjølv, gjennom eigenregi. Når det offentlege likevel må lyse ut anskaffelsar meiner vi at det er urimeleg at det offentlege skal få mindre tillit og underleggast endå eit strengare regelverk enn det private, då dette gjer at ytelsar gjort av det offentlege framstår som dyre og byråkratiske. Som utvalets fleirtalet påpeikar er langvarig og ressurskrevande prosessar lite attraktive, og kan skreme bort potensielle tilbydarar, noko som igjen kan gjere anskaffelsane dyrare.

<sup>ii</sup> <http://coropinions.cor.europa.eu/coropiniondocument.aspx?language=da&docnr=182&year=2006>

Det opplagde alternative til eit anskaffelsesystem som framstår som kaotisk og komplisert, er eigenregi. Dette alternativet blir dessverre nemnt i negative vendingar i NOUen, som om det er noko som samfunnet taper på: "Etterlevelseskostnader og risikokostnader utgjør transaksjonskostnader for aktørene, og kan i verste fall medføre at en samfunnsøkonomisk tjenelig transaksjon ikke blir gjennomført. Innkjøpere kan velge andre løsninger enn anskaffelsen og tilbydere kan velge andre avsetningsalternativer enn å gi tilbud."

Vi vil påpeika at pensjon ikkje er nemnt spesielt i NOUen, og for Fagforbundet framstår det som uklart korleis dette området vil bli påverka av regelverket.

### **Hovudendringar:**

#### **Karensperiode**

Fagforbundet har ingen spesifikk kommentar til innføring av karenperiode. Per i dag er ikkje avtaleinngåingsperioden som tilsvarar karenperioden prega av openheit eller rom for innspel, og Fagforbundet legg til grunn at det her blir opna for at andre enn leverandørane må få rett til å klage.

#### **Suspensasjon av adgangen til å inngå kontrakt**

Suspensjon av adgang til å inngå kontrakt vil føre til at heile beslutningsprosessen stoppar opp. (Såkalte basistjenester og forsyningstjenester kan unntakast denne suspensjonen.)

Ein slik automatisk stopp i prosessen representerer noko nytt, og etter vårt syn uheldig. Dagens rettsystem fungerer slik at dersom det vert lagt fram ein klage på ein konsekvens med skadeleg verknad på helse, miljø eller sikkerheit så kan det bli gitt "oppsettandes verknad" av ankeinstansen. Forskjellen i forhold til handhevingsdirektivet er at det ikkje er automatikk i denne prosessen. Norge kan og bør hevde at behovet for suspensjon er ivareteke gjennom eksisterande regelverk.

Fagforbundet vil derfor avvise innføring av automatisk suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt.

#### **Nytt sanksjonssystem ved ulovlege direkte anskaffelsar m.m.**

For visse typar brot av reglane, først og fremst ved ulovlege direkte anskaffelsar, stiller direktivet krav om at kontrakta skal kunne kjennast "utan verknad". Fagforbundet meiner at sanksjonen "utan verknad" ikkje er treffande og er for omfattande, då den også kan straffe aktørar som ikkje er skuldige i regelbrot, som leverandørar, tilsette og innbyggjarar, gitt at dette betyr at prosessen blir forsinka og/eller at det er nødvendig med ein ny anbuds konkurranse. "Kostnader ved forebyggingstiltak hos tilbydere vil derfor kunne medføre ressursløyse i samfunnsøkonomisk forstand, selv om det skulle bidra til færre regelbrudd." Vidare vil den ineffektivisere offentleg administrasjon.

Fagforbundet vil sterkt fraråde sanksjonar som "utan verknad" fordi den ikkje er treffande, og vil straffe uskuldige partar i minst like stor grad som den er treffande.

#### **Særleg om forsyningssektorane (vatn, energi, transport, post.)**

Direktivet gir endringar for forsyningssektorane som i hovudsak er identiske med endringane for klassisk sektor, men utgangspunkta for dei to sektorane er ulike. Utvalet anbefalar at Noreg vel minimumsløysinga med den maksimal politisk fleksibilitet direktivet gir, for å gjere unntak i forsyningssektoren.



Dette støttar Fagforbundet, og vi meiner at argumentasjonen som blir brukt her, også bør nyttast i klassisk sektor. Det blir argumentert med at forsinkelsane som direktivet vil skape vil føre til for store kostnader, og dette kan også seiast om resten av offentleg sektor. Forsinkelsane vil truleg koste dyrt der også, i forhold til effektivitet, omdømme, økonomi og for pris og kvalitet på varene.

### **Uprioriterte tjenester**

Uprioriterte tjenester "omfatter blant annet hotell- og restaurantvirksomhet, visse transporttjenester, juridiske tjenester, tjenester vedrørende undervisnings- og yrkesutdanning, helse- og sosialtjenester og fritids-, kultur- og sportstjenester".

"Håndhevelsesdirektivet gjelder i prinsippet ved kjøp av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene. I praksis er det imidlertid ikke plikt til å gjennomføre noen av de nye bestemmelsene for anskaffelser av uprioriterte tjenester. Dette er imidlertid ikke til hinder for at Norge i større eller mindre omfang velger å gi direktivets regler anvendelse også for uprioriterte tjenester, dersom dette anses for hensiktsmessig."

Fagforbundet krev at uprioriterte tenester blir unntekte anbudsreglementet fordi det ikkje er gitt nokon god grunn til at reglementet bør endrast og vi ser då berre negative unødvendige konsekvensar.

### **Endring av begrunnelsesplikta**

Utvalet føreslår å endre plikt til begrunnelse for valg av anbudsvinnar til at tilbydar utelukkandes påleggast å gi éin begrunnelse, i motsetjing til to. Dette er ikkje på bakgrunn av direktivets krav, og er ein av dei få stadane der utvalet har gått lenger enn minimumskrava til direktivet.

Regjeringa har laga forskrifter for å hindre sosial dumping innen offentlig sektor, det også anbefalt å legge til rette for miljøomsyn ved offentlege anskaffelsar. Dersom det offentlege i forbindelse med en klage på valg av leverandør berre skal gi éin begrunnelse for valget, i motsetjing til to, kan vi ikke forstå anna enn at det vil hemme det føremålet som forskriftene mot sosial dumping skal fremmje.

Svenska institutet for europapolitiske studier (Sieps) har lagt fram ein rapport<sup>iii</sup> om sosiale omsyn og offentlege innkjøp, der Sverige blir kritisert for å ikkje utnytte tilgjengeleg handlingsrom. Eit komplisert regelverk har ført til frykt for å feile. Krav til lønns- og arbeidsvilkår hos leverandørane har blitt nedprioritert. Handlingsrommet for å sikre sosiale omsyn har ikkje vore utnytta. Begrunnelse av val av anbudsvinnar gir oppdragsgivar definisjonsrett, i forhold til kva kvalitetar varen eller tenesten skal ha, og det er særdeles viktig at vi sikrar denne retten til oppdragsgivar.

Dersom ein kommune berre skal gi éin begrunnelse for at en leverandør er avvist eller at ein anna har vunne anbudet, kan vi vanskelig forestille oss at den eine begrunnelse vil være dårligare arbeidsbetingelser, for høgt energibruk, om påklager har et betydelige billigere tilbud, eller underbud.

Fagforbundet vil avvist krav til endring på dette punktet. Vi må behalde kravet om minimum to begrunnelsar. Offentleg sektor har eit breitt ansvarsområde i samfunnet generelt og må ha politisk handlingsrom verkemiddel for å ivareta dette.

<sup>iii</sup> [http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource\\_id=3531](http://www.nyheter.doffin.no/index.php?path=2&resource_id=3531)

### **Håndhevelsessystemet**

Utvalets fleirtal meiner at h ndehvinga av anskaffelsesretten i Norge fortsatt bør bygge på ein domsstolmodell, kombinert med fortsatt rådgivande tvisteløsning gjennom KOFA. Det betyr at sanksjonane som følgjer at av direktivet bør leggjast til domsstolane.

"Slik flertallet har foreslått å gjennomføre de nye sanksjonene, vil det antagelig bare være et lite antall saker om dette for domstolene hvert år." Fagforbundet er redd at utvalet tek feil, når dei trur at dette vil blir eit lite antall saker for domsstolen. Erfaringane frå Sverige var, i følgje Regionutvalget, ein auke på antal klager med 150 % ved innføring av ein tidsfrist tilsvarande karensperiode.

Fagforbundet er einig med utvalets fleirtal i at dei omfattande endringane i norsk rettspraksis, fortrinn i behandlingssystemet, og mogelegheit for erstatning er så omfattande og krevande, at KOFA ikkje kan sikre rettssikkerheita dersom direktivet vert implementert, og at domstolane må gjere dette arbeidet.

### **S ksm lsfristar**

Utvalet anbefalar at det blir innført særskilde s ksm lsfristar, som er kortare enn for vanlege søksmål, for krav om "uten virkning" eller alternative sanksjoner. Det vil bety at det enten må setjast store ekstra ressursar inn i domsstolsystemet eller at desse sakene må prioriterast over andre saker.

Fagforbundet er ikkje einige i at private tilbydarar, eller nokon anna økonomisk interessegruppe skal få en slik forrang i det norske rettssystemet, og vil avvise s ksm lsfristar. Tidsfestinga er rettighetsskapande, og dersom ein slik rett skal innførast kan ein seie at også innbyggjarar, tilsette eller tilsettes organisasjonar skal ha same retten.

### **Erstatningsrett**

Utvalet nemner at gjennomføring av direktivet kan aktualisere erstatningsrettslige problemstillingar som vi tidlegare ikkje har sett i norsk rett. Dette vil særleg bli aktuelt når ein inngått kontrakt blir kjent utan verknad. (Erstatningssp rsm la kan først og fremst bli reist på vegne av medkontrahenten (som mistar kontrakta), men også til ei viss grad for andre leverandørar.)

Fagforbundet vil i utgangspunktet avvise bruk av erstatningsrett og b ter, d  vi meiner at dette er feil bruk av fellesskapets midlar.

I forhold til spørsmålet om erstatning og størrelse på b ter og sanksjonar så vil Fagforbundet påpeike, i tråd med fleirtalet i utvalet, at ein ikkje må gløyme omsynet til effektiv og rasjonell økonomistyring, som er ein berande tanke bak anskaffelsesreglementet. Det er fellesskapet, altså innbyggjarane (skattebetalarane), som finansierer anskaffelsane og det er ikkje av fellesskapets interesse å pådra det offentlege unødige ekstrautgifter. Altså, at fellesskapet ikkje skal betale to gonger for den same ytinga, som vil bli konsekvensen av overdriven bruk av b ter og rett erstatning.

### **Adgang til å klage:**

Fagforbundet med enkeltst ande medlemmer har tidlegare saksøkt Notodden kommune i forbindelse med flytting av pensjonsrettigheter fr  KLP til Vital, på bakgrunn av grove saksbehandlingsfeil og inhabilitet i kommunestyret. Høgsterett kom til at Fagforbundet ikkje hadde ein rettsleg interesse til å få pr va for retten om kommunestyrets vedtak var gyldig.



Fagforbundet vil krevje at arbeidstakarorganisasjonar på lik linje med tilbydarar skal ha rett til å klage på eit vedtak om anskaffelsar.

### Oppsummering og konklusjon:


Dette direktivet er uttrykk for styrking av leverandørrett på bekostning av politisk og demokratisk kontroll og styring.

**Fagforbundet primærstandpunkt:** Norge bør avvete vurdering av implementering av direktivet, inntil det har blitt satt ein frist for EØS-landa. Med tanke på dei negative og omfattande konsekvensane direktivet vil få er det uklokt å ikkje nytte høvet til å følgje med på kva konsekvensar innføring av direktivet får i EU-landa og vente på ein eventuell revisjon, som svar på motstanden direktivet har fått. Fagforbundet oppmodar om at ein nyttar tida til å invitere arbeidstakarorganisasjonane med på høyring, samt at ein gjer eit grundig utredningsarbeid som gir eit godt grunnlag for å vurdere om det er hensiktsmessig å implementere direktivet, og eventuelt korleis. Det er også nødvendig med ein debatt om kva som er formålet med eit anskaffelsesregelverk og utgreiing om tilrettelegging og bruk av eigenregi, samt om terskelverdiar.

Fagforbundet meiner at det er sentralt at regelverket tydeleggjer handlingsrommet for å utføre oppgåver ved eigenregi, samt at tilsette får opplæring og kompetanse om dette. Når og dersom direktivet blir implementert vil vi generelt anbefaler å følgje minimumskrav. Vidare følgjer oppsummert innvendingar og kommentarar i tilfelle implementering:

- Fagforbundet vil avvise innføring av suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt, då dette vil ineffektivisere offentleg sektor.
- Fagforbundet vil sterkt fraråde sanksjonar som "utan verknad" fordi den ikkje er treffande.
- Fagforbundet vil på det sterkaste avvise at private tilbydarar, eller nokon anna økonomisk interessegruppe skal få forrang i det norske rettssystemet, og vil avvise søksmålsfristar.
- Fagforbundet vil krevje at arbeidstakarorganisasjonar på lik linje med tilbydarar skal ha rett til å klage på eit vedtak om anskaffelsar.
- Ved forslag til implementering av regelverket i forsyngingssektoren har utvalet utnytta direktivets fleksibilitet, og Fagforbundet meiner at argumentasjonen som blir brukt her, kan og bør nyttast om klassisk sektor.
- Fagforbundet einig med utvalets fleirtal i at dei omfattande endringane i norsk rettspraksis, fortrinn i behandlingssystemet, og mogelegheit for erstatning er så omfattande og krevande, at KOFA ikkje kan sikre rettssikkerheita dersom direktivet vert implementert, og at domstolane må gjere dette arbeidet.

Med helsing  
FAGFORBUNDET

  
Jan Davidsen  
leiar

  
Ingrid Buset  
rådgivar

