

Moderniseringsdepartementet

Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Deres ref:

Vår ref: #30931v1/bs-bs

Saksbehandler: Britt Syversen
bs@jus.no T +47 22 03 51 26

16.08.2005

HØRINGSUTTALELSE - NY FORSKRIFT OM INNKJØPSREGLER FOR FORSYNINGSSEKTORENE.

Vi viser til departements ekspedisjon av 8. Juni 2005 vedrørende ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene. .

Saken har vært forelagt Advokatforeningens lovutvalg for Europa-og konkurranserett, bestående av Siri Teigum (leder), Sigurd Knutsen, Per Hagelien, Beret Sundet, Helge Kolrud, Trygve O. Laake, Ingvald Falch og Wilhelm Matheson.

Utvalget har avgitt følgende uttalelse:

Lovutvalget for Pris- og konkurranserett har mottatt Advokatforeningens brev datert 20. juni 2005 vedrørende ovennevnte. Utvalget har følgende utkast til uttalelse på vegne av Advokatforeningen:

1 OVERORDNEDE KOMMENTARER

Advokatforeningen mener at det er positivt at forsyningsforskriften får en ny struktur, som gjennomgående er mer pedagogisk og lettfattelig enn den eksisterende forskriften. Det er videre positivt at det blir harmoni mellom ny forskrift om offentlige anskaffelser og ny forskrift for forsyningssektorene. Etter Advokatforeningens oppfatning vil de to nye forskriftene fremstå som langt mer tilgjengelige, hvilket er positivt sett fra ett rettssikkerhetsperspektiv.

2 OVERFØRING AV VISSE OPPDRAGSGIVERE TIL KLASSISK SEKTOR

Forsyningsforskriften gjelder særskilte sektorer som opererer på grunnlag av en enerett eller konsesjon fra det offentlige. Forsyningsforskriften er spesiell fordi den ikke bare omfatter offentlige virksomheter, med også fullt ut private selskaper pålegges å følge reglene i denne forskriften. Departementet foreslår i sitt høringsnotat å bryte ned det klare skillet mellom forsyningsforskriften og den klassiske anskaffelsesforskriften, ved å foreslå at en virksomhets

formelle juridiske status skal være avgjørende for hvilken forskrift som kommer til anvendelse.

Advokatforeningen er meget skeptisk til om den foreslåtte overføringen av alle offentlige oppdragsgivere, som ikke er skilt ut som selvstendige rettssubjekter fra stat, fylke eller kommune, til klassisk sektor vil være et gode eller en forenkling av regelverket som sådan.

Etter Advokatforeningens oppfatning vil det være mer forutsigbart for leverandørene å forholde seg til at en sektor er undergitt særregulering, enn at visse virksomheter i en viss sektor er underlagt særlige regler, mens andre virksomheter i samme sektor er underlagt noen helt andre regler. Det fremstår ikke som velbegrunnet at en kommunal vann- og avløpsetat eller KF skal være undergitt den klassiske anskaffelsesforskriften, mens et kommunalt vann- og avløpsaksjeselskap skal være underlagt forsyningsforskriften. For leverandørene til forsyningssektoren er det neppe den juridiske organiseringen av virksomheten som fremstår som særpreget, men heller den type aktivitet som oppdragsgiveren er involvert i.

Også hensynet til likebehandling av like virksomheter taler etter Advokatforeningens oppfatning sterkt for at denne sektoren er undergitt samme regulering. Det faktum at en kommune med en integrert vann- og avløpsetat dermed vil være underlagt to forskrifter er neppe særlig uforholdsmessig for kommunen, særlig fordi dette har vært situasjonen siden forsyningsforskriften ble innført i 1994.

Etter Advokatforeningens oppfatning skaper dagens klare skille mellom sektorene både forutsigbarhet og klarhet med hensyn til hvilket regelverk som kommer til anvendelse. Denne klarheten er det etter Advokatforeningens oppfatning grunn til å ta vare på.

3 DE GRUNNLEGGENDE KRAVENE

Advokatforeningen er helt enig i at de grunnleggende prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 5 også frem heves i den nye forskriften § 3-i.

4 TERSKELVERDIER

Terskelverdiene for forsyningssektoren har variert mye de senere år, både hva gjelder den konkrete beløpsgrensen og hva gjelder typen av virksomhet. Etter Advokatforeningens oppfatning har denne variasjonsbredden vært u hensiktsmessig, komplisert og ulogisk. Det er derfor positivt at det innføres en ny felles terskelverdi for alle sektorene.

Departementet foreslår at terskelverdiene skal fremgå av forskriften og være fastsatt i NOK, jf forslaget § 2-3. Samtidig varsler departementet i høringsnotatet at de terskelverdiene som fremgår av forslaget vil bli justert før forskriften trer i kraft. Etter Advokatforeningens oppfatning illustrerer denne fremgangsmåten et generelt problem med lovgivning som opererer med terskelverdier oppgitt i annet enn NOK. Dertil kommer at endringer som

tidligere har vært gjennomført ikke alltid har blitt reflektert i selve forskriften, men i et vedtak av Nærings- og handelsdepartementet. For oppdragsgivere og leverandører skaper denne praksisen en uoversiktilg situasjon, og regelverket kan lett virke som en felle.

Av hensyn til forutberegneligheten anbefaler derfor Advokatforeningen at den konkrete terskelverdien ikke fremgår av selve forskriften, men i et vedtak av Moderniseringsdepartementet. I forskriften bør det derfor bare fremgå at forskriften kommer til anvendelse på kontrakter "som overstiger de relevante terskelverdier som fastsettes av departementet".

5 PRIORITERING/VEKTING AV TILDELINGSKRITERIENE

Advokatforeningen er enig i at oppdragsgiver skal angi vektingen av de ulike kriteriene. Bestemmelsen om at vektingen skal foretas fremgår av forslaget § 11-i, og gjelder derfor bare for anskaffelser over EØS-terskelverdien. For anskaffelser under EØS-terskelverdien gjelder bare de alminnelige kravene om at kriteriene skal være relevante for anskaffelsen og at de i størst mulig grad skal være målbare, jf forslaget § 3-i (4).

Advokatforeningen mener at det bør vurderes å innføre en generell plikt til vekting av tildelingskriteriene uavhengig av terskelverdien.

Advokatforeningen kan ikke se at en slik plikt vil innebære noen uforholdsmessig belastning for oppdragsgiverne. Bakgrunnen er blant annet at oppdragsgiverne allerede ved formuleringen av tildelingskriteriene må vurdere hvilke elementer ved tilbudene som best vil møte behovene anskaffelsen skal ivareta. Veien derfra, til også å vurdere hvilke av tildelingskriteriene som skal tillegges størst vekt, samt de innbyrdes forholdene tildelingskriteriene imellom, kan ikke anses uforholdsmessig tungtatt i betraktning hvilke store forbedringer dette vil medføre for leverandørenes forutberegnelighet.

6 ADGANG TIL Å SØKE FRITAK FRA REGELVERKET

Advokatforeningen er prinsipielt enig i at sektorer som er underlagt rettslig og faktisk konkurranse ikke skal være omfattet av forsyningsforskriften. Advokatforeningen synes derfor det er positivt at det innføres en fleksibel unntaksmulighet gjennom forskriftens § 14-i.

Departementet åpner videre for at den enkelte oppdragsgiver selv kan søke om fritak. Slik § 14-i er utformet kan man få inntrykk av at ESA vil vurdere om enkelte selskaper skal gis individuelle unntak fra forskriften. Dersom man leser artikkel 30 i direktivet fremgår det imidlertid at

Kommisjonen skal vurdere om en aktivitet eller sektor er underlagt alminnelige konkurransevilkår, og ikke ett enkelt selskap. Kommisjonens eventuelle vedtak vil da også være at aktiviteten eller sektoren som sådan meddeles fritak fra forskriften. Etter Advokatforeningens oppfatning bør departementet vurdere å supplere beskrivelse av fritaksmuligheten av pedagogiske hensyn.

Advokatforeningen er for øvrig positiv til at oppdragsgivere selv kan initiere en prosess overfor ESA om unntak fra forskriften.

7 SÆRLIGE KOMMENTARER TIL UTKAST TIL NY FORSKRIFT OM INNKJØPSREGLER I FORSYNINGSEKTORENE

7.1 § 8-2 Kunngjøring av konkurranse

Hensett til den generelle holdning om at oppdragsgivere som er underlagt alminnelige konkurransebetingelser ikke skal være omfattet av forskriften, er det like naturlig at varer (eller tjenester for den del) som er underlagt tilsvarende konkurranseforhold ikke omfattes av forskriftens virkeområde.

7.2 § 11-i Kriterier for valg av tilbud

Advokatforeningen har merket seg at forslaget § 11-i (2) ikke inneholder eksempler på lovlige tildelingskriterier, slik man finner i gjeldende forskrift. Advokatforeningen finner grunn til å påpeke at en slik opplisting kan ha en pedagogisk effekt, og anmoder departementet om å vurdere om det kan være grunnlag for å videreføre en slik eksemplifisering. Dertil kommer at det etter Advokatforeningens oppfatning bør eksplisitt fremgå at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden.

7.3 § 11-3 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt

Departementet synes ikke å ville videreføre dagens § 31 (i) om meddelelse av beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt i rimelig tid før kontrakt inngås. Unnlatelsen av å videreføre denne praktisk viktige regelen er ikke kommentert særskilt i høringsbrevet, og Advokatforeningen er derfor tilbøyelig til å tro at unnlatelsen skyldes en glipp.

Under enhver omstendighet mener Advokatforeningen at dagens § 31 (1) bør videreføres til den nye forskriften, og viser til at regelen er en viktig rettssikkerhetsgaranti for leverandørene.

Dersom departementet viderefører bestemmelsen bør også paragrafoverskriften i § 11-3 endres slik at den reflekterer at bestemmelsen også inneholder regler om meddelelse av kontraktstildeling og begrunnelse. Advokatforeningen foreslår derfor at overskriften endres og gis følgende formulering:

"Meddelelse om kontraktstildeling, begrunnelse og karenstid før inngåelse av kontrakt"

Advokatforeningen ser positivt på at departementet foreslår å tydeliggjøre hva leverandør kan kreve at oppdragsgiver skal gi en utfyllende begrunnelse for. Advokatforeningen er imidlertid skeptisk til en så detaljert forskriftsbestemmelse, fordi den fort vil bli oppfattet som et maksimum snarere enn et minimum. Advokatforeningen foreslår derfor at setningen bør endres til at oppdragsgiver "gir en utfyllende begrunnelse for hvorfor blant annet : a“ .

Advokatforeningen tiltrer utvalgets uttalelse.

Ærbødigst

Anders Ryssdal
leder

Elisabeth Wille
rådgiver