

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004, Dep
0030 OSLO

Vår saksbehandler
Gorm Lyng -

Vår dato
2005-08-16
Deres dato

Vår referanse
2005/02530-2/008
Deres ref

Høringsbrev - Ny lov om offentlige anskaffelser - Forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene

Avinor AS viser til brev datert 6. april og 8. juni 2005.

I brev av 8. juni 2005 og senere bekreftelse på e-mail datert 13. juni 2005 fra deres Augbert-Slettebøe er høringsfrist satt til 17. august 2005 for virksomheter omfattet av Forsyningssektorforskriften.

Uttalelsen er utarbeidet for konsernet Avinor og omfatter således også datterselskaper, herunder Oslo lufthavn AS.

1. Målet om forenkling - Forutberegnelighet

Avinor vil innledningsvis påpeke som positivt at Moderniseringsdepartementet (MOD) gjennomførte en bred spørsmålsrunde forut for den formelle høringsrunden. Dette åpner i større grad for debatt om innkjøpsregelverket, noe som er viktig og nyttig.

Hva angår målet om forenkling av regelverket søkes dette oppnådd gjennom strukturendring og oppfølging av EU-direktivenes regulering av terskelverdier. For de som skal etterleve anskaffelsesregelverket, er dette kun delvis bedring idet bestemmelsene i antall og utforming er både mange, kompliserte og delvis uklare.

Regjeringsadvokaten har i sin høringsuttalelse til klassisk sektor datert 8. juli 2005 pkt 2.1 påpekt problematikken omkring forutberegnelighet ved praktisering av anskaffelsesregelverket og den praksis Klagenemnda for offentlige anskaffelser har benyttet ved bruk av Lov om offentlige anskaffelser § 5 som hjemmel for å statuere brudd, til tross for at detaljregulering i forskrift ikke gir grunnlag for et slikt standpunkt. Avinor er enig med Regjeringsadvokaten vedrørende de synspunkter som berøres i høringsuttalelsen.

Avinor er av den oppfatning at krav som stilles til oppdragsgiver ved gjennomføring av anskaffelser må nedfelles i forsyningsforskriften. Dersom MOD legger til grunn at mange av de krav som er inntatt i Forskrift for offentlige anskaffelser (foa) også gjelder for forsyningssektoren må kravene også medtas i forsyningsforskriften, eventuelt må utvetydig henvisningsteknikk benyttes i forsyningsforskriften.

Avinor vil særlig peke på aktuelle regler som ;hvordan gjennomføre og kriterier ved utvelgelse av leverandører, hvor fritt står oppdragsgiver mht regime ved rammeavtaler, innebærer en forhandlet konkurranse forhandlingsplikt eller kun en forhandlingsrett.

2. Generelle synspunkter på offentlige anskaffelser

Foranlediget av noen generelle merknader til høringen under klassisk sektor, særlig i tilknytning til spørsmålet om sanksjonshjemmel har Avinor følgende merknader,;

Det hevdes at oppdragsgiverne må "forplikte seg til å følge de reglene som gjelder for gjennomføring av konkurranser", og at "En heving av terskelverdiene uten obligatorisk kunngjøring vil gjøre det vanskeligere å avdekke smøring og bestikkelser". KOFA har inngitt synspunkter i sin høring datert 6. juli 2005 pkt 2 som vi vil tilslutte oss.

I denne sammenhengen påpekes at AUDA-rapporten fremhever som ønskelig å kunne bygge vedtak om sanksjoner på dokumentasjon om årsaken til at det gjennomføres ulovlige direkteanskaffelser og at det uten slik dokumentasjon vil være umulig å vite om sanksjonene er hensiktsmessige. I samme rapport påpekes det ytterligere at det ikke er kartlagt hvor stort problemet med ulovlige direkteanskaffelser er i Norge.

Det er Avinors oppfatning at oppdragsgivere under anskaffelsesregelverket er sitt ansvar bevisst og at det arbeides målrettet med overholdelse av et meget komplisert regelverk. Det er vår oppfatning av oppdragsgiverne gjennom dette arbeidet uttrykkelig har forpliktet seg til å følge det regelverk de er pålagt å følge.

Ytterligere er det slik at formålet med effektive anskaffelse gjennom konkurranse er et mål for den strategi som danner grunnlaget for Avinors anskaffelser. Målet om effektiv utnyttelse av de midler Avinor disponerer over har en dermed felles.

Det vil ikke være avgjørende om det innføres et overtredelsesgebyr, eller størrelsen på dette. Det avgjørende negative for Avinor vil alltid være å få påpekt en overtredelse av anskaffelsesregelverket. Dette anser vi mer skadelig for vårt omdømme og viktigere å unngå i tilknytning til potensielle tilbyderes vurdering av vår profesjonalitet. I tillegg er saksbehandlingen i forbindelse med klager en tidkrevende og kostbar prosess da også eksterne advokater blir engasjert.

Negativ omtale i tilknytning til profesjonalitet vil kunne påvirke muligheten for effektiv konkurranse mellom dyktige og prisbevisste tilbydere, noe som fører til at vårt mål om effektiv utnyttelse av våre midler vanskeliggjøres.

Avinor anser ut i fra ovennevnte at sanksjonsregler ikke bør innføres uten at det er bedre dokumentert at det faktisk er et klart behov for slike regler ift. offentlige oppdragsgivere. På denne bakgrunn synes det påkrevet at MOD sørger for å underbygge påstander vedrørende brudd på regelverket - herunder ulovlige direkte anskaffelser – således både i tilknytning til alvorlighet i antall og om slike overtredelser skjer i tilknytning til kontrakter med stor/ liten verdi eller uten slike begrensninger.

En oppnår dermed at det er de faktiske forhold som styrer reaksjoner og tilstramninger i regelverket og en unngår at alene den som er mest aktiv får gjennomslag for sitt syn.

Avslutningsvis er vi overbevist om at de offentlige oppdragsgivere vil hilse velkommen en bedre vurdering av behovet for sanksjonsregler, og at det som fremkommer vil kunne bidra til ytterligere gjennomgang av anskaffelsesvirksomheten hos disse.

3. Lov om offentlige anskaffelser

Avinor har i høringsbrev til AUDA-rapporten datert 18. august 2003 uttalt at vi ikke er uenige i at det er ønskelig med sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser, med forbehold i tråd med pkt 2 ovenfor. Vi støtter likevel KOFA's synspunkter i deres høringsuttalelse punkt 1.

Avinor har med interesse lest høringsuttalelse fra Advokatfirmaet Hjort datert 6. juli 2005 pkt 1.1 vedrørende de ulike aspekter av den Europeiske menneskerettskonvensjonen(EMK). De forhold som er påpekt vedrørende spørsmål om selvinkriminering og straffesiktelse, synes alvorlige og Avinor ber om at de påpekte forhold gjennomgås og avklares.

MOD anser ikke at den nye ordningen med overtredelsesgebyr vil medføre økonomiske og administrative konsekvenser. Imidlertid påpekes at ordningen vil kunne øke interessen for å innklage saker til klagenemnda.

Oppdragsgivere omfattet av anskaffelsesregelverket er tvangsmessig pålagt å delta i klageprosessen for Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Kostnader i tilknytning til klagesaker vedrørende prosedyrer og sanksjoner er del av anskaffelseskostnadene for oppdragsgivere.

Øket interesse grunnet nyervervede hjemler, enten for KOFA eller også for Konkurransetilsynet, vil nødvendigvis påføre oppdragsgivere økede totale anskaffelseskostnader. Dette forhold forsterkes når oppdragsgiver nektes rett til å påklage vedtak om overtredelsesgebyr. Dersom det innføres en bestemmelse om overtredelsesgebyr, anser Avinor på denne bakgrunn at det mest effektive løsningen er at det åpnes for en ordinær klageadgang til et angitt klageorgan – f.eks MOD.

4. Forskrift om Klagenemnda for offentlige anskaffelser

MOD har foreslått at Klagenemnda for offentlige anskaffelser(KOFA) skal kunne vedta overtredelsesgebyrer på bakgrunn av ordinær klage fra leverandør.

Avinor anser det som viktig å beholde KOFA så nøytralt som mulig i tilknytning til avgjørelse av tvister som leverandørene velger å klage inn for organet. Saksbehandlingsprosessen og dagens saksbehandlingstid synes å tale for å beholde KOFA slik det er pr i dag. Videre vises det til høringsuttalelse fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) datert 6. juli 2005. KOFA går selv imot å legge myndigheten til å ilagge overtredelsesgebyr til KOFA. NHO synes å ha samme oppfatning, og Avinor slutter seg til denne.

Avinor anser at dersom det innføres hjemmel for overtredelsesgebyr, bør denne myndighet tillegges Konkurransetilsynet og sier seg enig med Advokatfirmaet Hjort og det som fremføres i deres brev pkt 1.2 vedrørende kompetanse og ressurser, samt Statsbyggs uttalelse datert 15. juni 2005 pkt 2 vedrørende funksjonstid, kompetanse og samordning av KOFAs praksis.

Det er viktig å få opprettet en rådgivende enhet, der oppdragsgivere og leverandører kan få muligheten til å luften problemstillinger og motta råd fra høyt kompetente fagpersoner med nøytral bakgrunn. Dette elementet har lenge manglet for offentlige anskaffelser, noe som nok i størst grad har vært problematisk for mindre offentlige oppdragsgivere, men vil være av betydning for alle som arbeider med anskaffelsesregelverket. Forebygging og rådgivning vil ha større læringseffekt enn sanksjoner.

En viktig veiledningsoppgave vil være å få publisert en utfyllende veileder for forsyningssektoranskaffelser, snarest mulig etter ikrafttredden av forskriften. Avinor anser at denne veilederen bør omhandle selve regelverket, men også problemstillinger knyttet til egenregi og bygge- og anleggs- og tjenestekonsesjoner. Av viktighet er også forståelsen av "Policy Guidelines for non-relevant Airport activity under the "Utilities Directive"", som bør omhandles ifm bestemmelsen i § 1-4b nr 2.

5. Forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene

Avinor har følgende konkrete merknader til forslag til enkeltbestemmelser i Forsyningssektorforskriften;

Til § 1-8(2)c – Bindingsliste

Vi ber om at bindingslisten gjøres lett tilgjengelig på MOD sin nettside.

§ 2-3 samsvarer ikke med § 2-1 ettersom der det står at forskriftens del I gjelder også for anskaffelser under terskelverdi.

Til § 6-1(2) – Rammeavtaler - Avrop

Avinor anser at forslaget til tekst i denne bestemmelsen ikke avviker fra eksisterende bestemmelse i § 9(2). Imidlertid er den innarbeidede terminologi at det inngås en rammeavtale/ kontrakt, og at anskaffelser med hjemmel i denne (lovlig inngåtte) rammeavtalen/ kontrakt omtales som et avrop.

Avinor anser at det vil lette tilgjengeligheten til regelverket dersom terminologi i forskriften tilsvarer den terminologi som benyttes som innarbeidet innkjøpsterminologi og ber om at begrepet avrop benyttes om de løpende anskaffelser som gjøres med hjemmel i lovlig inngått rammeavtale.

Innholdet i bestemmelsen samsvarer ikke med definisjonen av rammeavtale i § 4-2 (e) rammeavtale;" avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig mht pris og evt. planlagte mengder."

Definisjonen samsvarer mer med de bestemmelser for er gitt i klassisk sektor. Dersom forsyningssektoren skal være underlagt foa's regler for rammeavtaler må dette sies klart i forsyningsforskriften. Hvis ikke legges det til grunn at forsyningssektoren står fritt.

Til § 6-2 – Dynamisk innkjøpsordning

MOD har bedt om uttalelse på om det er grunnlag for å implementere ordningen med dynamisk innkjøpsordning.

Avinor er enig med MOD i at ordningen har likhetstrekk med både rammeavtaler og kvalifikasjonsordning. Imidlertid er det også mange ulikheter og særlig kvalifikasjonsordningen har det vist seg vanskelig å benytte med godt resultat for Avinor.

Vi antar derfor at dynamisk innkjøpsordning vil være et godt supplement for ulike typer av anskaffelser, og ber om at ordningen implementeres slik foreslått i høringsutkastet til ny forskrift.

Til § 7- 1(2)- Elektronisk kommunikasjon

Bestemmelsen angir at elektronisk kommunikasjonsmiddel skal være allment tilgjengelig og ikke være begrensende for leverandørens adgang til konkurransen.

Det er stilt spørsmål ved om krav til bruk av Microsoft programvare eller Microsoft kompatibel programvare er i strid med denne bestemmelsen. Dette kan muligens løses ved at lagringsmedier sendes ut sammen med konkurransegrunnlag.

Denne problemstillingen er viktig og må snarest avklares.

Til § 8-3 - Veiledende kunngjøring

Bestemmelsen er endret ift eksisterende bestemmelse i forsyningsforskriftens § 19. Endringen kan ha forsøkt å ta høyde for direktivets(2004/17/EC) ordlyd, men utkastet synes ikke treffende.

Tilsynelatende tar direktivets art 41 utgangspunkt i at det skal "shall make known" publiseres en "buyers profile" i form av en veiledende kunngjøring. Imidlertid er en bare pliktig til å kunngjøre veiledende kunngjøring med henblikk på art 41(1) a, b, og c dersom en skal benytte de kortere tidsrammer som er satt opp i art 45(4).

Forslag til bestemmelse om veiledende kunngjøring må med nåværende utforming leses slik at den kun har betydning dersom oppdragsgiver skal benytte seg av de kortere tidrammer satt opp hhv i § 9-1(2) annet avsnitt og § 9-2(1)c.

Avinor er usikker på om dette er en bevisst endring, og ber om at dette avklares som del av høringsrunden.

Til Kap 9 - Frister

I overskriften til kapitelets to bestemmelser nevner kun "minimumsfrister". Bestemmelsene omhandler normalfrister også og tilgjengeligheten til regelverket vil bedres dersom dette fremkommer i overskriften.

Til § 9-2 – Minimumsfrister ved begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling mv

Det anbefales at det klargjøres på en mer eksplisitt måte at i ovennevnte prosedyrer gjennomføres først en utvelgelse av leverandører (såkalt prekvalifisering) og deretter inviteres de utvalgte leverandører til å levere inn tilbud, en såkalt to trinns prosess. Se også § 10-1 (1).

Dette innebærer at pkt (5) ikke kan være riktig i og med at tilbud ikke innleveres sammen med søknad om deltakelse (utvelgelse).

Videre pekes det på at begrepsbruken varierer. I pkt. (1 a) benyttes uttrykket "anmodning om å delta". Mens det i § 7-1 (7 og 8) brukes "forespørsel om å delta".

I henhold til § 7-1 (7 og 8) kan "forespørsel om å delta" også fremsettes ved hhv telefon og telefaks. Avinor kan ikke se at dette er særlig praktisk hensett til de krav som settes for gjennomføring av prosessen. Det som er vanlig er at de fleste oppdragsgivere setter krav om dokumentasjon av kompetanse etc. som grunnlag for å velge ut leverandører.

Vi opplever stadig at leverandører misforstår dette med å søke om utvelgelse. De tror at det er nok å ringe og si at de vil delta, hvilket det i de aller fleste tilfeller ikke er. Slike misforståelser kan medføre at kvalifiserte leverandører ikke får komme med i konkurransen og dermed forhindre en best mulig konkurranse om oppdraget. Derfor er det praktisk viktig å klargjøre denne utvelgelsesprosessen både i forskriften og ikke minst i kunngjøringseskjemaet. Oslo Lufthavn AS har tidligere anmodet om at kunngjøringseskjemaet endres slik at det skaper forståelse for at utlysningen gjelder prekvalifisering og herunder krav om innlevering av dokumentasjon av kompetanse mv.

Det hadde vært meget praktisk og tidsbesparende for alle parter dersom det hadde vært mulig for leverandørene å få tilgang til oppdragsgivers eventuelle prekvalifiseringsdokument i Doffinbasen.

Til § 10-5 Avvisning

I punkt (1) henvises det til foa, dette finner vi svært upraktisk og gjør bestemmelsen vanskelig tilgjengelig. Angjeldende bestemmelse i foa bør inntas i denne forskriften også.

Til § 10-6 og § 12-2 Krav på oppbevaring av opplysninger om kontrakter

Avinor kan ikke se hvorfor samme bestemmelse er gjentatt i begge ovennevnte paragrafer.

Til § 11-1 Kriterier for valg av tilbud

Avinor kan ikke se hvorfor eksemplifiseringen av kriterier som er inntatt i dagens bestemmelse er tatt ut. Vi er av den oppfatning at eksemplifiseringen har pedagogisk verdi og bør tas med. Se også her uttalelse fra KOFA pkt 10.

Alcatel-pausen

I eksisterende forskrifts § 31 ble kodifisert i nasjonal rett for forsyningssektorene den såkalte "Alcatel-pausen". Denne bestemmelsen synes tatt ut av det fremlagte forslag til ny forskrift.

Det er ikke gitt noen begrunnelse for endringen og Avinor legger til grunn av MOD ikke har ment at det skulle innebære noen realitetsendring idet kravet er nedfelt i EU-retten.

Med vennlig hilsen

Morten E Hagen
Innkjøp
Konsernstab