

JusIT Advokat

MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
ARKIVKODE
09 MAI 2005
SAKSB. <i>KPA</i>
SAKSNR. <i>200501325-10</i>

Moderniseringsdepartementet

Ansvarlig advokat: Ottar Hovind

Høringsuttalelse – endringer i lov om offentlige anskaffelser og ny forskrift om offentlige anskaffelser

Det vises til departementets høringsbrev av 6.4.2005, vedlagt utkast til endringer i lov om offentlige anskaffelser, samt utkast til ny forskrift om offentlige anskaffelser. Jeg ønsker med dette å inngi høringsuttalelse.

1 Overordnede problemstillinger

1.1. Innføring av overtredelsesgebyr

Etter departementets forslag, vil det innføres et gebyr på inntil 15 % av kontraktsverdien for overtredelser mot regelverket for offentlige anskaffelser. Nærmere bestemt er det brudd på kunngjøringsplikten som foreslås sanksjonert. Kompetanse til å treffe vedtak om overtredelsesgebyr foreslås lagt til KOFA.

Jeg deler departementets oppfatning om at omfanget av anskaffelser som ikke er kunngjort, i strid med gjeldende regelverk, er stort. Ofte skyldes nok dette misforståelser knyttet til beregning av terskelverdier, og da særlig forskrift om offentlige anskaffelser § 2-3 (8). I enkelte tilfeller er det nok fortsatt også oppdragsgivere som begår bevisste regelbrudd, ved å tildele kontrakter direkte til eksisterende, eller lokale leverandører.

Skal det bli tilstrekkelig effektivitet i håndhevelsessystemet, bør det vurderes en generell plikt til å kunngjøre alle inngåtte kontrakter av en viss verdi. Det vil si at dagens forskrifts § 6-3 gjøres gjeldende også ved direkte anskaffelser av betydelige beløp. Brudd på kunngjøringsplikten bør sanksjoneres. En slik kunngjøringsplikt vil også sikre at offentligheten får kunnskap om forvaltningens bruk av fellesskapets ressurser. En utstrakt bruk av direkte anskaffelser som følge av dårlig planlegging, vil da kunne få politisk oppmerksomhet. Kunngjøringsplikten trenger ikke å være omfattende, og bør begrenses til opplysninger om hvem som er oppdragsgiver, hvilken kontrakt som er inngått, og hvilken unntakshjemmel som er benyttet.

Jeg deler videre departementets oppfatning om at det er behov for sanksjoner, og at overtredelsesgebyr vil være en egnet sanksjonsform. Jeg stiller likevel spørsmål ved hvorfor det er så stor tilbakeholdenhet med å vurdere ugyldighet ved avtaler der begge parter i ond tro. Dersom både oppdragsgiver og den foretrukne leverandør vet at det er i strid med gjeldende norsk lov å inngå kontrakten, er det etter min mening få hensyn som taler for å beskytte denne kontrakten. Det burde kanskje vurderes en karenstid i slike tilfeller, der kontrakten kan omgjøres for eksempel i inntil 10 dager etter oppdragsgiver har kunngjort kontraktsinngåelsen (j.f. punktet om dette ovenfor).

Et lite stykke på vei kan behovet for sanksjoner på dette punktet avhjelpes ved at reglene i dagens forskrift §§ 10-3 (1) andre punktum og 17-3 (1) andre punktum også blir gjeldende for kontrakter som inngås gjennom direkte anskaffelse. Det vil si at kontrakter som inngås uten at krav til kunngjøring er fulgt, ikke anses bindende før den er undertegnet av begge parter.

1.2. Hvilket organ skal kunne ilegge overtredelsesgebyr?

KOFA er etablert som et tvisteløsende organ, og har utvist en særdeles stor tilbakholdenhet med å ta stilling til spørsmål om erstatningsansvar. Videre har KOFA i praksis knapt benyttet muligheten til å be opplyst av oppdragsgiver hva han vil gjøre for å rette feil som er begått, eventuelt for å unngå tilsvarende feil i fremtiden. Dette til tross for at sistnevnte mulighet er uten praktiske konsekvenser, og at regelverket har forutsatt at KOFA skal be om slik informasjon i oppdragende øyemed.

På denne bakgrunn er det liten grunn til å tro at KOFA vil benytte muligheten til å ilegge overtredelsesgebyr. KOFA er som tvisteløsningsorgan også lite egnet til å fange opp slike overtredelser. Fortsatt vil det kreves at en leverandør påklager en ulovlig direkte anskaffelse.

Det bør vurderes å legge kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr til Konkurransetilsynet. Jeg kan ikke se at kompetansebehovet for å ilegge slikt gebyr ville være avskrekkende. Videre kunne KOFA være en passende instans for å oppdragsgivere til å påklage slike vedtak. Dette ville være mer i tråd med KOFAs eksisterende oppgaver og rolle.

1.3. Protokollplikt for anskaffelser over kr. 50.000,-

Det er foreslått protokollplikt for anskaffelser over kr. 50.000,-. Det synes å være få motargumenter mot en slik protokollplikt. Det er imidlertid et spørsmål om det bør være sanksjoner mot brudd på protokollplikten.

1.4. Heving av terskelverdi til kr. 500.000,-

Det er nok en del hensyn som taler for at terskelverdien heves til kr. 500.000,-. På den annen side vil dette medføre at konkurransen for mindre kontrakter reduseres, vet at leverandører ikke lenger får kunnskap om disse. Det burde derfor vurderes å opprette en database for kunngjøringer i intervallet kr. 50.000,- til kr. 500.000,-. Det bør neppe kreves mer enn at oppdragsgiver i kunngjøringen forteller hva som skal kjøpes inn, og hvor leverandørene kan rette sine henvendelser.

1.5. Vekting av tildelingskriteriene under terskelverdiene

I utkastet legges det ikke opp til noen plikt under EØS-terskelverdiene til å vekte tildelingskriteriene, eller til å prioritere de. Jeg ville for min del anbefale at man krever at oppdragsgiver skal angi hvor viktig pris er i forhold til de øvrige kriteriene. Det vil si om pris er mer eller mindre viktig enn de øvrige kriteriene til sammen, eller like viktig. Særlig på området for uprioriterte tjenester er det behov for leverandørene til å vite i helt grove trekk hvilke forventninger oppdragsgiver har til pris kontra kvalitet.

2 Tekniske problemstillinger

2.1. Hvem skal velges ut ved begrensede konkurranser

I høringsbrevet er det lagt til grunn at det i stor grad er opp til oppdragsgiver hvordan han skal velge blant de kvalifiserte og egnede leverandørene, så lenge den angitte fremgangsmåten er objektiv og ikke-diskriminerende. Det hører videre at det må kunne tillates at oppdragsgiver velger kriteriet basert på et ønske om å variere tilbyderkretsen, for eksempel ved å signalisere

at han vil velge ut både små, mellomstore og store bedrifter. Det legges også til grunn at oppdragsgiver ikke kan velge ut kun små virksomheter. Endelig heter det at loddrekning ikke bør utelukkes.

Jeg antar at departementets redegjørelse gjelder forslaget til nye regler, og ikke eksisterende regler, da samtlige av de refererte synspunktene synes å harmonere dårlig med domspraksis, både fra EF-domstolen og fra norske domstoler.

Etter mitt skjønn kan departementets syn vanskelig legges til grunn også for fremtidens regelverk. Det vises i den forbindelse til at beslutning om valg av tilbud er utøvelse av forvaltningsmyndighet, og at forvaltningsretten ikke tillater beslutninger truffet på slump, med mindre det foreligger uttrykkelig lovhjemmel. Det vises i den forbindelse til Rt. 1998 s. 1951, og til Eckhoff og Smiths forvaltningsrettsbok.

Etter mitt syn må oppdragsgiver alltid forsøke å finne frem til de leverandører som er best kvalifisert for oppdraget. Det er disse som skal gå videre. Man kan ikke akseptere at oppdragsgiver for eksempel forsøker å velge ut de som er dårligst kvalifisert. Dette er ikke til hinder for at oppdragsgiver oppstiller kategorier av leverandører, for eksempel kategori for små, mellomstore og store virksomheter. Det er da – selvsagt – de som er best kvalifisert innenfor hver kategori som går videre.

Det kan noen ganger være vanskelig for oppdragsgiver å ta stilling til hvilke av leverandørene som er best kvalifisert. Men denne situasjonen er ikke annerledes enn ved valg av tilbud. Og man ville ikke akseptere at man trekker lodd om hvem som skal tildeles kontrakten. Jeg heller nok derfor i retning av at oppdragsgiver i så fall må bestemme seg så godt han kan, uten å gå til en ren slumputvalgelse.

Ut fra rettspraksis fra EF-domstolen stiller jeg meg også avventende til departementets syn på at man ikke kan forbeholde konkurransen utelukkende for mindre virksomheter. Dette kan være praktisk dersom det foreligger risiko for at konkurransen kan resultere i monopoldannelser.

2.2. Avvisningsreglene

Utkastet til avvisningsregler er for omfattende til at jeg kan gjennomgå alle de punkter som ville være av interesse å kommentere. Jeg må derfor foreta et utvalg.

Når det gjelder mindreverdige ytelser, mener jeg det er problematisk å likestille dette med tilbud som inneholder forbehold, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende. Mindreverdige ytelser er etter mitt syn ikke "lignende" de refererte situasjoner. Jeg ville anbefale at man benyttet betegnelsen "tekniske avvik" om de mindreverdige ytelsene. Regelen bør være at oppdragsgiver ikke kan avvise tilbud med rent bagatelmessige tekniske avvik. Når det gjelder ubetydelige avvik, må oppdragsgiver forsøke å prissette verdien av avviket, slik at tilbudene likebehandles under evalueringen. Prissettingen må tilsvare kostnadene ved å oppgradere ytelsen til riktig nivå. For betydelige tekniske avvik, må det være en ubetinget plikt til å avvise tilbudet.

Videre er det viktig å skille mellom tilbud som mangler informasjon, og tilbud som bare mangler dokumentasjon. I førstnevnte tilfeller kan informasjonsmangelen gjelde forhold ved tildelingskriteriene. I så fall må det være en ubetinget avvisningsplikt, i hvert fall så langt informasjonsmangelen medfører tvil om rangeringen av tilbudene. Man kan ikke slå sammen

begge disse situasjonene under betegnelsen "ufullstendigheter", uten at man samtidig vil få problemer i forhold til EU-regelverkets krav til likebehandling og gjennomsiktighet.

En vanskelighet i dagens regelverk, som ikke synes løst i utkastet, er hva man gjør i tilfeller leverandørenes kvalifikasjoner er angitt som tildelingskriterier. For eksempel gjelder dette der "erfaring" eller "referanser" lovlige er angitt som tildelingskriterier. Dersom tilbudet mangler slik informasjon, kan dette da ettersendes? Etter dagens regler, tilsier reglene om manglende dokumentasjon for leverandørenes kvalifikasjoner at oppdragsgiver kan be om at det ettersendes. Samtidig tilsier reglene om ufullstendigheter i tilbudene at tilbudet skal avvises. Dette er en vanskelig avveining, der det kan anføres argumenter i begge retninger for hva som vil være den beste regelen.

2.3. Rammeavtaler

Jeg har få bemerkninger til utkastet til regler for rammeavtaler. Men jeg vil likevel stille spørsmål ved at man velger å kalle bestillinger under rammeavtalen for "kontrakter". Dette kan skyldes at direktivene i engelsk språkversjon synes basert på engelsk avtalerett. For norsk retts vedkommende, ville jeg anbefale å bruke betegnelsen "bestilling" eller "avrop".

3.3. Forskriftsutkastet § 2-1 (2)

Jeg ville foreslå at bestemmelsen omformuleres, slik at det avgjørende for om man inngår en kontrakt under bagatellgrensen på kr. 500.000,- er hva kontraktens verdi anslås til på kontraktsinngåelsestidspunktet. Det vil si at dersom det er på det rene at kontrakten vil bli dyrere enn bagatellgrensen, kan oppdragsgiver ikke lovlig inngå kontrakten, selv om han på et tidligere stadium i prosessen trodde det kunne bli rimeligere. Dette kan praktisk sett enklest gjøres ved at "den anslåtte" tas ut av bestemmelsen.

3.4. Bruk av rådgivere

Etter mitt skjønn burde Norge gå foran med et strengere habilitetsregelverk på dette punktet, ved at oppdragsgivere som har utarbeidet i kravspesifikasjonen ikke får delta i konkurransen etterpå, dersom dette ville gi vedkommende usaklige konkurransefordeler.

Med vennlig hilsen
JusIT Advokat AS

Robert Myhre