

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

04.07.2005

Vår ref: 2005/00240 – FJA/BEH

Deres ref: 200404123

Høringsuttalelse - endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Det vises til Moderniseringsdepartementets høringsbrev 06.04.2005 vedr. ovennevnte.

1. Innledning

Departementets forslag til endringer i regelverket for offentlige anskaffelser inneholder både nødvendige gjennomføringsbestemmelser til EUs innkjøpsdirektiv 2004/18/EF (EØS-forpliktelse) og endringer i den nasjonale delen av regelverket, bl.a. innføring av sanksjonsadgang ved ulovlig dirkete anskaffelser og heving av den nasjonale terskelverdien. I forhold til de EØS-baserte reglene vil handlingsrommet for myndighetene være begrenset, mens det er større for den nasjonale delen av regelverket.

Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH) støtter at det norske regelverket om offentlige anskaffelser gjennom EØS-avtalen harmoniseres med EUs nye innkjøpsdirektiv. Både de EØS-initierte og de nasjonale endringsforslagene har som formål å gjøre regelverket enklere tilgjengelig samtidig som det åpnes for nye innkjøpsformer som gjør regelverket mer fleksibelt for moderne innkjøpsprosesser. Eksempler på slike nye innkjøpsformer er elektroniske anskaffelser og konkurransepreget dialog. Dette er en utvikling som FNH gir sin tilsutning til og hovedinntrykket er at endringsforslagene, til tross for visse svakheter og uklarheter, er et steg i riktig retning. Samtidig registrerer vi som et lite paradoks at "forenklingsprosessen" har resultert i en mer omfattende forskrift enn tidligere. I det følgende vil vi kommentere forhold som vi anser har særskilt betydning for finansnæringen og/eller hvor vi mener at endringsforslagene bør forbedres.

2. Regelverkets formål

Etter vårt syn vil virksom konkurranse blant leverandørene til offentlig sektor fortsatt være et sentralt virkemiddel for å sikre en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette gjelder bl.a. når det offentlige kjøper finansielle tjenester som innlån, betalingsformidling og forsikringstjenester. Den beste effekt oppnås ved at det offentliges innkjøpspolitikk er basert på forretningsmessighet og likebehandling slik det er kommet til uttrykk i formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser § 1.

Selv om målsettingen om effektiv ressursbruk gjennom forretningsmessighet og likebehandling må fremheves som det sentrale element i reglene om offentlige anskaffelser, har FNH forståelse for at

det også kan være hensiktsmessig å fremheve mer avledede hensyn ved utøvelsen av regelverket. Herunder vil det være viktig å få frem at offentlige etater og deres tjenestemenn har plikt til å praktisere regelverket på en måte som ivaretar de overordnede målsettinger om effektiv ressursutnyttelse. Lovverket inneholder andre bestemmelser som kan tenkes å ramme de mer alvorlige tilfeller av overtramp som f.eks. straffelovens regler om korrupsjon, samt de foreslåtte regler om sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser. Regelverkets effektivitet og etterlevelse kan imidlertid ikke alene styres av sanksjonsbestemmelser, men vil måtte avhenge av den enkelte tjenstemanns etiske adferd, kunnskaper og lojalitet. FNH støtter derfor at det i lovens formålsbestemmelse uttrykkelig fremheves at regelverket om offentlige anskaffelser også skal bidra til at det offentlige opptrer med høy integritet slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

3. Regelverkets anvendelse på finansielle tjenester

I § 1-3 (2) bokstav e) og § 2-4 nr. 6 (prioriterte tjenester) i gjeldende forskrift er det oppstilt et unntak fra anskaffelsesreglene for visse typer finansielle tjenester. Unntaket gjelder finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansinstrumenter, samt sentralbanktjenester. Som en følge av EUs nye innkjøpsdirektiv har departementet i forskriftsutkastet § 1-4 (1) bokstav e) gjort en tilføyelse til oppregningen hvor det fremgår at unntakene særlig gjelder transaksjoner utført av offentlige oppdragsgivere "for å skaffe til veie penger eller kapital". Samtidig presiseres det i høringsnotatets del II pkt. 10 at tillegget innebærer en presisering av unntakene og ikke en utvidelse, samt at "vanlige låneopptak" fortsatt vil omfattes av forskriftens anvendelsesområde.

3.1 Unntaket for sentralbanktjenester

FNH (tidligere bankforeningen) har tidligere bl.a. påpekt at begrepet "sentralbanktjenester" ikke er tilstrekkelig presist. På områder der private banker kan tilby samme tjenester som sentralbanken, kan vi vanskelig se at det offentlige skal kunne tildele Norges Bank oppdrag på grunnlag av unntaksbestemmelsen for "sentralbanktjenester". Etter vår vurdering bør "sentralbanktjenester" begrenses til sentralbankens lovpålagte enerettsoppgaver.

3.2 Presisering av hva som er "finansielle tjenester"

Signaler vi har fått fra våre medlemmer tyder på at gjeldende definisjon av unntakene reiser problemer blant offentlige oppdragsgivere, og at det som følge av dette kan være en del mangler med etterlevelsen av regelverket ved anskaffelse av finansielle tjenester. FNH stiller seg positiv til at departementet (og direktivet) forsøker å presisere hvilke finansielle tjenester som faller utenfor regelverket for offentlige anskaffelser. Samtidig kan vi ikke se at departementets tilføyelse i noen særlig grad er egnet til å klargjøre rekkevidden av unntaket. EUs anskaffelsesdirektiv er, slik vi forstår det, på dette punkt et minimumsdirektiv. Det vil si at norske myndigheter står fritt til å bestemme hvilke finansielle tjenester som skal være omfattet av forskriften så lenge angivelsen ikke er snevrere enn det som følger av direktivet. Vi registrerer at det i departementets veileder pkt. 3.9 er presisert at kontoføringstjenester, kontokurantforhold, kredittlinje-avtaler, låneavtaler (generelt), skadeforsikring og personforsikringer er omfattet av begrepet "finansielle tjenester". Etter vår oppfatning vil det likevel være en fordel at departementet i forbindelse med forskriftsendringene nå benytter muligheten til å presisere i selve forskriften at sentrale finansielle tjenester som f.eks. låneopptak, konto- og betalingstjenester, skade- og personforsikringer og

pensjon m.v. fullt ut er omfattet av anskaffelsesreglene. En slik presisering i forskriften vil være godt egnet til å klargjøre reglens anvendelsesområde og vil dermed også kunne bevisstgjøre offentlige oppdragsgivere om at de er forpliktet til å følge reglene ved anskaffelse av slike sentrale finansielle tjenester.

3.3 Reglens anvendelse på kommunal tjenstepensjon

Et annet forhold som bør vurderes i forbindelse med vedtakelse av ny forskrift er forholdet til fylkeskommunal og kommunal tjenstepensjon. Som departementet er kjent med ble forsikringsvirksomhetsloven i 2004 tilføyd et nytt kap. 8b om kommunale pensjonsordninger. Samtidig ble Hovedtariffavtalens regler for kommunal tjenstepensjon i 2004 endret og gjort leverandørnøytrale. Regelverket er nå utformet slik at også private livsforsikringsselskap og pensjonskasser kan tilby tjenstepensjonsordning til fylkeskommuner og kommuner. Vi har i denne forbindelse registrert at Kommunenes Sentralforbund (KS), som følge av lovendringen, har lagt til grunn at fylkeskommuner og kommuner som skal inngå kontrakt med leverandør av tjenstepensjon, må følge reglene om offentlige anskaffelser.

Det følger av § 2-4 nr 6 bokstav a) i gjeldende forskrift at "forsikring" er en prioritert tjeneste. Det samme følger av vedlegg 5 i departementets forslag til ny forskrift. Etter innføringen av de nye reglene om kommunal tjenstepensjon i forsikringsvirksomhetsloven kap. 8b er det ikke tvilsomt at slike pensjonstjenester er forsikringsvirksomhet i forsikringsvirksomhetslovens forstand. Kommunale og fylkeskommunale tjenstepensjoner er imidlertid gjenstand for tariffoppgjør mellom partene i arbeidslivet og kan dermed sies langt på vei å være forhold som angår lønns- og ansettelsesforhold som faller utenfor EØS-avtalens konkurransebegrensningsregler. Nærings- og handelsdepartementet har også i sin veileder til nåværende forskrift i punkt 3.9 under kommentarene til prioriterte tjenester kategori 6 b) "forsikringstjenester" antydnet at denne type forsikringsordninger ("*som fremstår som deler av lønningen for offentlige ansatte*") ikke faller innenfor forskriften.

På den annen side kan det hevdes at det er kommunene/fylkeskommunene som står som forsikringstakere og ansvarlig for premiebetalingen for de kommunale pensjonsordninger, og at dette må være avgjørende for hvorvidt innkjøp av kommunale pensjonsordninger skal falle inn under reglene for offentlige anskaffelser.

Etter det FNH har grunn til å tro hersker det usikkerhet omkring dette spørsmålet i dag, og spørsmålet bør derfor, så langt det er mulig, avklares i forbindelse med den nye lovgivning om offentlige anskaffelser.

Dersom kommunale og fylkeskommunale tjenstepensjonsordninger faller inn under regelverket for offentlige anskaffelser, stiller FNH spørsmål ved om man også for anskaffelser over EØS-terskelverdiene i større grad kan bruke anskaffelsesprosedyren "konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring", jf forskriftsutkastet § 13-3. FNH vil se det som en fordel at departementet vurderer å presisere dette, f.eks. i veilederen til forskriften.

4. Sanksjon ved ulovlige direkte anskaffelser

Departementet foreslår at det i lov om offentlig anskaffelser § 7b inntas en bestemmelse om at offentlige etater som forsettlig eller ved grov uaktsomhet foretar ulovlig direkte anskaffelser, kan ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 15 % av anskaffelsens verdi. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i denne loven eller i forskrifter i medhold av loven. Kompetansen til å ilegge gebyr foreslås lagt til Klagenemnda for offentlig anskaffelser (KOFA), jf forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlig anskaffelser. De nærmere premisser som skal legges til grunn av KOFA ved vurderingen av om gebyr skal ilegges, og i tilfelle hvor stor det skal være, følger av lovforslaget § 7b andre ledd.

4.1 Former for regelbrudd på som foreslås sanksjonert

FNH støtter forslaget om en sanksjonsadgang for ulovlige direkte anskaffelser, og har ikke innvendinger til at vedtakskompetansen legges til KOFA. Adgangen til å foreta offentlig anskaffelser uten forutgående kunngjøring er i dag snever, og bør forutsetningsvis være godt kjent blant offentlige etater. Unnlatelse av å kunngjøre har også jevnt over stor negativ betydning for de målsettinger som regelverket om offentlig anskaffelser skal ivareta ved at innkjøp i slike tilfeller ofte blir gjennomført uten konkurranse mellom tilstrekkelig mange leverandører. Vi kan derfor ikke se at det gjør seg gjeldende vektige betenkeligheter ved å sanksjonere ulovlig direkte anskaffelser ved bruk av overtredelsesgebyr.

Det foreslås kun innført en sanksjonsadgang ved ulovlig direkte anskaffelser. Som begrunnelse for denne avgrensningen peker departementet bl.a. på at innføring av en sanksjonsadgang i seg selv er et "ganske stort skritt" og at markedet selv vil kunne fungere som "rettshåndhever" ved andre brudd på regelverket enn manglende kunngjøring. FNH ser at privat rettshåndhevelse gjennom KOFA og/eller domstolene kan være et alternativ i slike saker. Vi finner likevel ikke at dette er et fullgodt alternativ til en adgang til å ilegge overtredelsesgebyr. For det første vil andre brudd på regelverket kunne ha like alvorlige følger for lovens formål som ulovlige direkte anskaffelser. Som eksempel kan nevnes tilfeller hvor offentlige myndigheter enten i selskapsform eller på annen måte organiserer offentlig virksomhet med sikte på å omgå anskaffelsesreglene. En rekke dommer fra EF-domstolen begrenser adgangen til slik omgåelse, og regelverket bør derfor ha sanksjonsregler mot slik adferd. For det andre kan vi ikke se at reglernes kompleksitet i seg selv er et godt argument mot sanksjonering. Også her kan det pekes på reglene om overtredelsesgebyr i konkurranseloven § 29 som gjelder ved de fleste typer alvorlige overtredelse av konkurranselovens bestemmelser. Og uansett vil reglernes kompleksitet være et moment som skal iaktas ved vurderingen av om overtredelsen er grovt uaktsom og i tilfelle, hvor stort gebyret skal være, jf lovforslaget § 7b andre ledd. For det tredje vil det i mange tilfeller være både kostnadskrevende og vanskelig å oppnå en reell sanksjon gjennom privat håndhevelse. KOFA er jevnt over forsiktig med å ta stilling til de erstatningsrettslige spørsmål, og det er i rettspraksis stilt strenge krav til både overtredelsens grovhet og bevis for å kunne ilegge erstatning for spesielt den positive kontraktsinteressen, jf Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2003 s. 1531 (Nucleusdommen).

Samlet sett er FNH derfor av den oppfatning at KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr bør gjelde alle typer overtredelser av regelverket.

4.2 Skyldkrav

Sett hen til at dette er regler som forutsettes godt kjent blant offentlige etater stiller FNH seg noe undrende til at det bare foreslås at de "grovt uaktsomme" overtredelsene skal kunne sanksjoneres. Vi minner her om at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 også kan ilegges private foretak ved "uaktsomme" overtredelser, og konkurranselovens regler er på mange områder langt mer skjønsmessige enn kunngjøringsreglene. I tillegg vil overtredelsens grovhet være et moment som skal vektlegges av KOFA ved vurderingen av om det skal ilegges overtredelsesgebyr, og i tilfelle, hvor stort gebyret skal være, jf lovforslaget § 7b andre ledd. Etter vår oppfatning bør da utgangspunktet være at også ulovlige direkte anskaffelser som er "uaktsomme" kan sanksjoneres med gebyr.

5. Heving av nasjonal terskelverdi

Departementet foreslår å heve den nasjonale terskelverdien fra kr 200.000 til kr 500.000. Konsekvensen vil være at det for offentlige anskaffelser under kr. 500.000 ikke vil gjelde noen kunngjøringsplikt og forskriftsutkastets utfyllende regler i del II får ikke anvendelse. Samtidig vil de grunnleggende krav i § 5 i lov om offentlige anskaffelser og forskriftsutkastets del I kap. 3 fortsatt gjelde for anskaffelser under kr 500.000. Således skal anskaffelsesprosessen også for denne kategorien anskaffelser så langt som mulig være basert på konkurranse, likebehandling, god forretningsskikk, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Foruten disse generelle prinsipper foreslås det også en protokollplikt for alle anskaffelser over kr 50.000.

Den foreslåtte heving av terskelverdien er begrunnet med at de administrative kostnader forbundet med å følge de utfyllende reglene for offentlige anskaffelser er uforholdsmessig store ved mindre anskaffelser. Det er i denne sammenheng antatt at kr 500.000 er det mest samfunnsøkonomiske nivået å legge terskelen på. FNH har forståelse for og støtter at de nasjonale terskelverdiene legges på et nivå som balanserer de administrative kostnader forbundet med overholdelse av anskaffelsesreglene. Det vises for så vidt til lovens formål om en effektiv bruk av samfunnets ressurser. Vi tar herunder til etterretning at bl.a. rapporten fra Asplan Viak legger til grunn at det mest samfunnsøkonomiske nivået for terskelverdien ligger på ca kr 500.000.

FNH er likevel bekymret for de konsekvenser en slik heving av terskelverdien kan få, f.eks. ved anskaffelser av finansielle tjenester. Ved en økning av terskelverdien til kr 500.000 vil ofte mindre kommuners anskaffelse av f.eks. banktjenester ikke bli gjenstand for noen kunngjøring. Dette vil vanskeliggjøre en effektiv konkurranse blant finansinstitusjonene og er derfor uheldig i forhold til prinsippet om at offentlige anskaffelser skal være basert på konkurranse og likebehandling. At det i forskriften fremheves at lovens grunnleggende krav til anskaffelsesprosessen også gjelder under terskelverdien, og at det innføres en særskilt protokollplikt for alle anskaffelser over kr 50.000, vil her neppe være tilstrekkelig for å sikre effektiv konkurranse.

FNH foreslår derfor at det bør gjelde en forenklet kunngjøringsplikt for anskaffelser hvor verdien ligger mellom den foreslåtte terskelverdien på kr 500.000 og gjeldende terskelverdi på kr 200.000. Vi registrerer at også andre organisasjoner som representerer leverandørsiden, f.eks. NHO, har tatt til ordet for en lignende løsning. Etter vårt syn vil en slik forenklet kunngjøringsplikt ikke være urimelig kostnads- eller ressurskrevende for offentlige oppdragsgivere. Og det må uansett antas at nytteverdien av en slik kunngjøring vil være høy ved at man legger til rette for effektiv konkurranse

om leveranser også under terskelverdiene. Slike "småkunngjøringer" bør uten store økonomiske og tekniske utfordringer kunne innarbeides i den eksisterende DOFFIN-databasen. Denne databasen er godt kjent både av offentlig oppdragsgivere og leverandørsiden.

6. Prioritering/vekting av tildelingskriteriene

Departementet foreslår, som følge av direktivforpliktelsene, at konkurransegrunnlaget ved anskaffelser over EØS-terskelverdien skal angi alle tildelingskriterier som vil bli lagt til grunn og den relative vekten av kriteriene, jf forskriftsutkastet § 20-2. Dette er en skjerpelse i forhold til gjeldende forskrift hvor det er et krav om at kriteriene om mulig skal angis i prioritert rekkefølge. Samtidig forelås det for anskaffelser under EØS-terskelverdien en innskrenkning av oppdragsgivers plikter ved at det nå kun skal opplyses om prioriteringen av tildelingskriteriene dersom oppdragsgiver har fastsatt disse på forhånd, jf forskriftsutkastets § 12-2 (2).

FNH støtter forslaget om at det for anskaffelser over EØS-terskelverdi skal være en plikt til å angi de ulike tildelingskriteriene som skal legges til grunn for tildelingen og den innbyrdes relative vekten av kriteriene. At de relevante kriterier angis og vektet i konkurransegrunnlaget skaper en mer målrettet og forutsigbar konkurranse. Dette bidrar igjen til forutberegnlighet blant leverandørene og etterlevelse av prinsippet om likebehandling.

FNH stiller seg imidlertid kritisk til at man for anskaffelser under EØS-terskelverdien går motsatt vei og senker kravene til angivelse og vekting av tildelingskriteriene. At uttalelser fra bl.a. KOFA kan tas til inntekt for at dette også er praksis etter gjeldende forskrift, kan i denne sammenheng ikke være avgjørende. Etter vår oppfatning vil hensynet til leverandørenes forutberegnlighet og prinsippet om likebehandling i mange tilfeller være like tungtveiende ved anskaffelser under EØS-terskelverdien. Det antas at det er ivaretagelsen av disse hensynene departementet sikter til når de i høringsnotatets pkt. 18.1 påpeker at det i "en del tilfeller" bør angis en vekting basert på de generelle prinsippene i lovens § 5 og forskriftsutkastet § 3-1. Vi legger til grunn at det også for offentlige oppdragsgivere vil være en fordel med klare regler på dette punkt. FNH ber derfor departementet vurdere å innta like krav til angivelse og vekting av tildelingskriterier for anskaffelser over og under EØS-terskelverdien.

7. Presisering av reglene om begrunnelsesplikt

Departementet har foreslått at det inntas et generelt krav om at begrunnelsen må inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært forsvarlig og i samsvar med de aktuelle utvelgelses- og tildelingskriterier, jf forskriftsutkastet §§ 10-14 og 18-16. Bakgrunnen for dette er at gjeldende krav til begrunnelsen har vært oppfattet som uklare.

FNH støtter forslaget om å klargjøre de generelle krav til begrunnelsens innhold. De signaler vi har mottatt fra våre medlemmer tilsier at begrunnelsene som gis ofte er for generelle til å gi tilstrekkelig informasjon om tildelingen som er foretatt på saklig/objektivt grunnlag og utelukkende basert på tildelingskriteriene som er angitt i konkurransegrunnlaget. De krav som oppstilles til begrunnelse i forskriftsutkastet er i hovedsak en kodifisering av de krav til begrunnelsen som KOFA har oppstilt i sine uttalelser og bør ikke være ukjent for offentlige oppdragsgivere. Samlet sett vil den foreslåtte skjerpelse i begrunnelsesplikten og plikten til å angi tildelingskriteriene og

vektingen av kriteriene (for anskaffelser over EØS-terskelverdi), bidra til å sikre leverandørens forutberegnlighet og sikre at prinsippet om likebehandling blir etterlevd. Gjennom en forbedret begrunnelse styrkes også grunnlaget for en evt. benyttelse av klageadgangen til KOFA.

8. Beregning av anskaffelsens verdi for finansielle tjenester

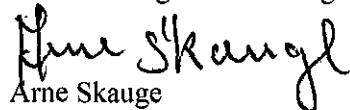
Etter gjeldende forskrifter § 2-3 og forskriftsutkastet § 2-3 er det gitt regler for beregning av anskaffelsens verdi. I bestemmelsens andre og tredje ledd er det uttrykkelig fastslått at valg av anskaffelsesmetode ikke skal foretas i den hensikt å unngå at bestemmelsene i forskriften kommer til anvendelse, herunder at en planlagt anskaffelse i denne hensikt ikke kan deles opp. Når det gjelder beregningen av verdien av finansielle tjenester, er det i § 2-3 (11) presisert hvilke faktorer som skal tas med ved anskaffelser av hhv. a) forsikringstjenester og b) banktjenester og andre finansielle tjenester. Oppregningen må ses i sammenheng med § 2-3 (6) (tidsbegrensede avtaler på 48 måneder eller mindre) og (7) (avtaler med usikker eller ubegrenset løpetid og tidsbegrensede avtaler med en løpetid på mer enn 48 måneder).

Selv om forskriften således inneholder relativt detaljerte regler for beregningen av anskaffelsens verdi, har vi mottatt signaler fra våre medlemmer om at anvendelsen av reglene har skapt problemer blant offentlige oppdragsgivere, f.eks. når bankene stiller garantier på vegne av kommunale organer. Etter vår oppfatning vil det derfor være en fordel om departementet i f.eks. veilederen til forskriftene kunne gi noe mer utfyllende kommentarer til hvordan forskriftens regler om beregning av verdien skal anvendes på finansielle tjenester.

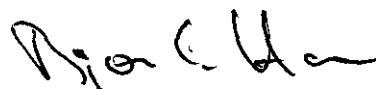
Vi vil også påpeke at dersom anskaffelse av kommunal og fylkekommunal tjenestepensjon anses omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser, reiser dette spørsmål om forskriftsutkastet § 2-3 (11) bokstav a) er tilstrekkelig presist når det fastslås at "premien" skal inngå som faktor i beregningen av anskaffelsens verdi. Premien i en pensjonsordning vil bestå av flere elementer, f.eks. risikoavlastning, administrasjon og sparing. Normalt vil sparedelen være det største element i premien. Etter vår oppfatning er det uklart om sparedelen skal inngå som en del av beregningsgrunnlaget for anskaffelsens verdi. Sparedelen av premien for en pensjonsordning er et innskudd som bl.a. kan flyttes til annen pensjonsinnretning, og er ikke en betaling for selskapets overtakelse av risiko eller for forvaltning av midlene. Vi ber derfor departementet avklare dette i forbindelse med den nye lovgivningen om offentlige anskaffelser.

Med vennlig hilsen

Finansnæringens Hovedorganisasjon



Arne Skauge
Adm. direktør



Bjørn Eirik Hansen
Kontorsjef