



Moderniseringsdepartementet  
Konkurransopolitisk avdeling  
v/ ekspedisjonssjef Jan Halvorsen  
Postboks 8004 Dep  
0030 OSLO

Oslo, 6. juli 2005

## **HØRINGSUTTALELSE – ENDRING I REGELVERK FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

RIF er organisasjonen for rådgivende ingeniører i Norge og består av 300 firmaer med til sammen 5500 medarbeidere. Ca 50% av firmaenes virksomhet er knyttet til offentlige anskaffelser innen bygg, anlegg, energi og miljø. Firmaene er berørt av regelverket for offentlige anskaffelser når de selv blir engasjert og som rådgivere for etterfølgende kjøp av tjenester og produkter ved å utrede oppdragsgivers behov, utarbeide konkurransegrunnlag, evaluere tilbud og foreta innstilling. Gjennom vår kontakt med medlemsfirmaene og deres oppdragsgivere angående praktisering av regelverket, innebærer dette at RIF har en særlig kompetanse når det gjelder anskaffelsesregelverket.

### **1. Innledning**

RIFs medlemsfirmaer faller innunder betegnelsen kunnskapsintensive tjenesteytere som leverer intellektuelle tjenester, dvs hjernekraftytelser som krever høy grad av formell teoretisk kompetanse. Slike ytelser skiller seg vesentlig fra andre tjenester. For oppdragsgiver er det vanskelig å spesifisere ytelsen som ofte blir tydeliggjort i en prosess og dialog mellom tjenesteleverandør og anskaffer. I motsetning til andre tjenesteleverandører som løser enkle problemer, løser intellektuelle tjenester de vanskeligste oppgavene i samfunnet. Tjenestene kjennetegnes ved at de ikke er standardiserte, at de er kreative og sterkt individavhengige og ikke minst komplekst problemløsende.

Internasjonalt erkjennes at det kan innebære store utfordringer, både for anskaffer, leverandør og ikke minst sluttresultatet, å innpasse slike tjenester i presise regelverk for offentlige anskaffelser. Offentlige anskaffere gir selv uttrykk for et slikt syn, i erkjennelse av at innholdet i

rådgivningstjenester vil legge det vesentlige grunnlaget for resultat og livsløpskostnader for et prosjekt. Som resultat av dette har det de siste år vært en økende vektlegging av kompetanse og oppgaveforståelse på bekostning av pris i vurdering av tilbydere. Det vises som eksempel til at KOFA i sak 2004/245 avviste en klage fra billigste tilbyder av prosjekteringsytelser. I følge KOFA kan lav pris i mange tilfeller lede til at gjennomføringen og kvaliteten på prosjektet lider, slik at oppdragsgiver har rett til å avvise tilbudet. I USA er det ikke tillatt å benytte priskonkurranser på slike tjenester.

## **2. Sammenfatning – hovedsynspunkter**

Det foreliggende forslag til nytt regelverk for offentlige anskaffelser er bedre enn det eksisterende regelverk ved at enkelte forhold er avklart og presisert. RIF er fornøyd med at forslaget i større utstrekning en någjeldende regelverk erkjenner at anskaffelse av hjernekraftytelser ikke lar seg beskrive nøyaktig i form av utvelgelses- og tildelingskriterier.

RIF er imidlertid av den oppfatning at regelverket fortsatt er unødvendig komplisert. Dels innføres nye begreper som ikke kan forstås uten at man kjenner bakgrunnen for begrepet. Vi sikter her for eksempel til lovens begrep "universell utforming" i § 6. De nye innkjøpsordningene representerer også en komplisering av regelverket. Både "dynamisk innkjøpsordning" og "konkurranspreget dialog" er for så vidt nyskapninger som gir større fleksibilitet for anskafferen. Etter RIF sin oppfatning er imidlertid begge modellene uheldig utformet og formulert unødvendig kompliserte.

### RIF mener at særlig følgende forhold i forslaget må forbedres:

2.1 Kjøp av intellektuelle tjenester skiller seg fra andre kjøp og anskaffelsesprosessen må derfor være annerledes. Det beste resultatet både kvalitativt og økonomisk forutsetter konstruktive forhandlinger.

2.2 Avvisning av rådgivere som har deltatt tidlig i prosessen medfører tap av kompetanseoverføring og svekket konkurranse. Ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv er det uheldig.

2.3 Høyere terskelverdier leder til nødvendig forenkling. RIF mener likevel at det bør føres protokoll over anskaffelsen. RIF mener imidlertid det ikke er nødvendig med kunngjøring av bagatellanskaffelser.

2.4 Plikt til å ta miljøhensyn må tydeliggjøres i regelverket. EU diskuterer nå en utvidelse av adgangen til å vektlegge miljø. Regelverket må gi rom for mer bærekraftige anskaffelser i et globalt perspektiv.

2.5 Elektronisk auksjon kan tilsynelatende være en modernisering, men er i realiteten et tilbakeskritt idet det representerer en underbudskonkurranse. Departementet må derfor benytte adgangen til å ikke innføre modellen.

### **3. Overordnede kommentarer**

#### **3.1 Kompetanse**

Regelverket, slik det fremstår i dag, tar i svært liten utstrekning hensyn til spesielle forhold knyttet til anskaffelser av hjernekraftytelser. Det er betydelige utfordringer knyttet til vurdering av kompetanse.

For det første oppfatter oppdragsgivere det som problematisk å vektlegge kompetanse ved vurderingen av tilbudet når dette allerede er gjort i forbindelse med vurderingen av tilbyder. Det bør derfor fremgå av regelverket at kriterier som er benyttet ved utvelgelsen også kan benyttes ved tildelingen dersom de har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Dette fremgår til en viss grad av § 12-2, men ikke § 20-2. Dersom kompetanse ikke benyttes på nytt ved tildelingen, vil det viktigste forholdet ved kjøp av intellektuelle tjenester bli redusert til et enten/eller spørsmål. Dersom tilbyder har passert minimumskravet, er han god nok og det kan ikke vektlegges at han er bedre enn de andre. Det medfører at pris får større vekt enn ønskelig ved tildelingen, noe som vil medføre redusert kvalitet på anskaffelsen.

Vi erfarer også at oppdragsgivere føler seg presset til å velge den billigste tilbyderen fordi det oppleves som vanskelig å foreta en økonomisk evaluering av kompetanse i forhold til pris. Synliggjøring av adgangen til å evaluere kompetanse i forbindelse med tildelingen vil bedre situasjonen for anskaffere, slik at man lettere vil kunne velge det optimale tilbudet. Det vil også

skape en større forutsigbarhet hos leverandørene ved at det blir klart hvilke konkurransekriterier som er viktige.

Ved anskaffelse av hjernekraftytelser tilsier både praksis fra KOFA og domstolene at vurderingstemaer som er benyttet ved utvelgelsen også kan benyttes ved tildelingen. Det vises til avgjørelsene i KOFA 2004/256 og 2003/109 og spesielt til Hålogaland lagmannsrett dom av 04.11.2004. Nevnte dom gjaldt anskaffelse av prosjekteringstjenester, og omhandler kriteriene "kompetanse" og "kapasitet".

I likhet med Konkurransetilsynet er RIF av den oppfatning at regelverket bør åpne for en størst mulig fleksibilitet når det gjelder kompliserte og sammensatte anskaffelser. Oppdragsgiver bør selv vurdere den prosedyren som er mest hensiktsmessig for den aktuelle type anskaffelse. RIF foreslår at dette tydeliggjøres i forskriften. Det kan gjøres gjennom at § 13-3 ltr b blir en generell hjemmel for å anskaffe hjernekraftytelser gjennom forhandling.

### **3.2 Formkrav til kontraktsinngåelse**

Forskriften er fortsatt uklar med hensyn til virkningene av at det ikke inngås skriftlig kontrakt. Det må presiseres at oppdragsgiver – i henhold til gjeldende rett – er bundet av egne dispositive utsagn. Kravet til skriftlighet skal følgelig ikke forstås som en ubetinget frihet for oppdragsgiver til å avgi dispositive utsagn uten at det skal være knyttet rettsvirkninger til dem.

Det går en klar grense for hvor langt oppdragsgiver kan gå i å fremsette uforpliktende utsagn. Overskridelse av denne grensen må lede til at oppdragsgiver er rettslig forpliktet i henhold til avtalen, til tross for at avtalen ikke er skriftlig. Det kan ikke være slik at avtaler mellom partene i alle tilfeller er helt uten rettsvirkninger utelukkende som følge av at de ikke er signert. Det kan ikke være avgjørende hva oppdragsgiver mente å legge i utsagnet, men det objektive: Hva tilbyder med rimelighet kan legge i det. Dette synspunkt er for øvrig i tråd med alminnelige anerkjente fortolkningsprinsipper.

Det er ikke uvanlig at avtaler inngås uten at kontrakt undertegnes, særlig gjelder dette i tidlige faser av prosjektet. Ser man i disse tilfellene bort fra det underliggende forhold, kan oppdragsgiver på et hvilket som helst stadium, også etter at arbeidene er igangsatt, gå fra sine forpliktelser etter avtalen under henvisning til at kontrakten mangler signatur. I mange tilfeller er det åpenbart at partene har inngått avtale, men av ulike grunner er den ikke signert. Ofte kan

dette skyldes at enkelte avklaringer gjenstår, slik at partene ikke har funnet det formålstjenlig å undertegne, uten at dette har noen betydning for avtaleforpliktelsene. I andre tilfeller kan det bero på tilfeldigheter at avtaledokumentet ikke er undertegnet. Etter RIFs syn vil det være i strid med gjeldende rett å avvise at disse avtalene kan ha rettsvirkninger.

Det prinsipp som Alcatel-dommen nedfeller er at gyldig avtale ikke kan inngås før andre deltakere har hatt mulighet til å stanse tildelingen. Slik bestemmelsen nå er utformet, får deltakerne "en rimelig frist". Dersom avtale likevel inngås før utløpet av denne fristen, er det uklart om andre deltakere kan angripe avtalen. Dette bør eksplisitt reguleres.

Iht. kommentaren i NoU 1997:9 § 4-1 som er NoU-utkastets definisjonsbestemmelse fremgår det at skriftlighetskravet ikke er strengt og - "(e)n ordrebekreftelse vil f.eks. måtte anses å være tilstrekkelig for å oppfylle kravet til skriftlighet". Dette tilsier at fristen må knyttes til oppdragsgivers aksept/ordrebekreftelse, ikke til opprettelsen av et kontraktsdokument.

På den bakgrunn mener RIF at det kan foreligge rettslig bindende avtale mellom partene til tross for at kontraktsdokumentene ikke er undertegnet. Dette har vist seg å være et problem i praksis og etter vårt syn er det nødvendig å presisere og utdype reglene i forskriften.

Det er tilstrekkelig at det stilles krav om en "nach-frist" i forhold til oppdragsgivers meddelelse av sin aksept av det utvalgte anbud. Dette er også i tråd med kravene til klageprosedyre i "Alcatel-dommen". Anbudsinbyderen sender følgelig ut en meddelelse om sin beslutning. Av brevet fremgår det at kontrakt vil bli tildelt vedkommende anbyder innen en frist (som skal være rimelig). En slik meddelelse vil ikke forplikte anbudsinbyder i forhold til den som er besluttet valgt i det meddelelsen kun gjelder interne forhold hos oppdragsgiver.

Avtale inngått før utløpet av "rimelig frist" må være ugyldig, slik at verken oppdragsgiver, oppdragstaker eller andre er bundet.

RIFs forslag til § 12-3 og § 20-3:

*(1) Oppdragsgivers beslutning om hvilket tilbud som er valgt, skal skriftlig meddeles samtidig til alle deltakere i konkurransen, i rimelig tid før tildeling.*

*(2) Meddelelsen skal inneholde begrunnelse for valget og angi tidspunkt for kontraktstildeling. Kontrakt som inngås før meddelelsen jf. (1) er ikke gyldig.*

*(3) Retten kan omgjøre beslutninger eller beslutte midlertidig forføyning, jf. lov om offentlige anskaffelser §§ 7 og 8, frem til tildeling. Det samme gjelder dersom oppdrag tildeles uten at meddelelse som nevnt i (1) og (2) er sendt eller at Kontrakt er inngått før fristens utløp.*

Det bemerkes at i tilfeller der både oppdragsgiver og leverandør er klar over at kontraktsinngåelsen strider mot regelverket, har de ingen beskyttelsesverdige interesse. Det innebærer at slike kontrakter må settes til side.

### **3.3 Standardkontrakter**

Bestemmelsen i dagens forskrift § 3-9 er tatt inn i forskriften i erkjennelse av at fremforhandlede og balanserte standardkontrakter medfører klarhet og foruberegnelighet i kontraktsforholdet. Derved reduseres faren for tvister under gjennomføringen av kontrakten. I tillegg vil slike kontrakter av begge parter i kontrakten oppfattes som rimelige.

Både ordlyden i § 3-9 og bestemmelsens forarbeider indikerer en plikt til å benytte fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der slike finnes. Dog fremgår det av Nærings- og handelsdepartementets veileder at bestemmelsen kun oppstiller "en klar anbefaling" om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder. Dette syn har KOFA i sak 2003/138 støttet, og gir uttrykk for at bestemmelsen er en ordensforskrift. Det har medført at oppdragsgivere benytter ensidige utarbeidede kontrakter, sterkt omarbeidede standardkontrakter eller feil kontrakter, f. eks AKS 89 ved kjøp av intellektuelle tjenester.

Det bemerkes at leverandørene ikke kan ta forbehold mot kontraktsvilkårene uten å bli avvist fra konkurransen.

RIF foreslår på denne bakgrunn at § 3-8(1) i forslaget får følgende ordlyd:

*"Det skal benyttes omforente kontraktsstandarder dersom det er mulig. Under enhver omstendighet skal kontraktsvilkårene være balanserte og ivareta begge parters interesse."*

### **3.4 Miljø**

Lov om offentlige anskaffelser uttrykker i § 6 at offentlige innkjøpere under planleggingen av den enkelte anskaffelse skal ta hensyn til livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser av

anskaffelsen. Bygg-, anlegg- og eiendomsvirksomhet representerer ca 40% av de nasjonale utfordringene knyttet til ressurs- og energibruk og miljøbelastninger, og næringen har derfor hatt store forventninger til den praktiske anvendelsen av denne bestemmelsen. Erfaringer viser imidlertid at svært få offentlige anskaffere har et bevisst operativt forhold til lovparagrafen. Det var lenge en forventning til at Næringsdepartementets veileder *Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser* ville bidra til nødvendig forbedring av situasjonen, men dette synes ikke å være tilfelle. De manglende effekter kan skyldes at nødvendige operative verktøy ikke foreligger eller er allment tilgjengelig eller kjent.

Det er imidlertid også andre forhold som spiller inn, ikke minst oppdragsgivers manglende fokus og vektlegging av planlegging i tidlige faser av et prosjekt. Når pris vektlegges i kjøp av rådgivertjenester, svekkes mulighetene til å gi lovens § 6 praktisk betydning. Det til tross for at Næringsdepartementets veileder uttrykker at (s.12) "Ved kjøp av planleggingstjenster (for eksempel arkitektjenester eller prosjektering) må oppdragsgiver legge føringer slik at det tas høyde for denne plikten". Slike nødvendige føringer bør innebære at kompetanse og anvendelsen av denne kompetansen innen livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser blir tilstrekkelig vektlagt. Tilsvarende gjelder at slike forhold blir vektlagt ved bestillers valg av entreprisform og de konkrete entreprenørtilbud.

EU er i ferd med å gå lengre når det gjelder miljøkrav, noe som innebærer bl.a at det også kan stilles krav til produksjonsprosessen og produksjonsstedet. Et annet eksempel er listen over tresorter som kan importeres til EU/EØS. Det er avgjørende at regelverket, slik det utformes i Norge, ikke er til hinder for å gjennomføre anskaffelser i tråd med denne utviklingen.

## **4 Kommentarer til forslag til regelendringer i forskriften**

### **4.1 Bruk av rådgivere i en tidlig fase kan lede til avvisning**

Forslaget om at rådgivere som har deltatt i utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget skal avvises, kan ikke tas til følge. Bestemmelsen bør erstattes av en orientering i konkurransegrunnlaget om at rådgivere som har deltatt i utarbeidelsen av konkurransegrunnlaget ikke gis anledning til å delta. En slik regel er i samsvar med forslaget til ny anbudsstandard og ny standard for forhandlet prosedyre (NS 8400 og 8410).

Dagens forskrift § 3-6 er kun en pliktbestemmelse rettet mot oppdragsgiver. I utgangspunktet kan ikke tilbud fra en slik rådgiver avvises, men tilbudet kunne være problematisk for oppdragsgiver, særlig i forhold til likebehandlingskravet. Nå foreslås det at oppdragsgiver får en plikt til å avvise leverandøren i den etterfølgende konkurransen. Det innebærer en risikoforskyvning fra oppdragsgiver til leverandør. Rettslig sett kan oppdragsgiver i første omgang la være å ta hensyn til forbudet og i stedet overlate til leverandørene å vurdere grensen.

Den nye bestemmelsen innebærer at leverandøren må vurdere om resultatet kan bli benyttet under utarbeidelse av spesifikasjoner og om det i så fall er mer interessant å delta i den etterfølgende konkurransen enn som rådgiver i en tidlig fase av prosjektet.

Enkelte synes å forstå likebehandlingsprinsippet så strengt at knapt noen rådgiver som har deltatt i forbindelse med utarbeidelsen av spesifikasjonen, kan delta i den etterfølgende konkurransen. Dette er feil, men illustrerer at det kan være vanskelig å trekke opp grensen. Et slikt syn vil medføre en segregering ved at en rekke av de mest kompetente rådgiverne ikke vil delta i den viktigste fasen hvor totalresultatets suksessfaktorer blir lagt, men i stedet delta i hovedprosjektet hvor honorarvolumet er langt større. Regelverket vil dermed motarbeide regjeringens uttalte mål om kunnskap som vesentlig bidrag til verdiskaping, også innen offentlig sektor, dersom oppdragsgiver ikke kan benytte de beste rådgiverne gjennom hele verdikjeden. Regelverket underkjenner på denne måten kompetanseoverføringens verdi.

KOFA, sak 2004/46, legger til grunn at det i seg selv ikke i strid med regelverket at en leverandør har mer kunnskap om den eksisterende leveransen, og således vil ha et visst konkurransefortrinn i den aktuelle anskaffelsen. Dette vil etter omstendighetene kunne være et saklig konkurransefortrinn. Klagenemnda forstår imidlertid forskriftens krav til likebehandling slik at oppdragsgiver kan ha en aktivitetsplikt for å utjevne eventuelle fordeler eksisterende leverandører har, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen.

RIF mener det er uakseptabelt at leverandørsiden skal rammes ved at det etableres en usikkerhet for leverandøren i form av en avvisningsplikt. RIF ser det slik at hensynet til de øvrige konkurransedeltakerne ivaretas ved innføringen av adgangen for KOFA til å illegge gebyr, kombinert med en plikt for oppdragsgiver til å innta en orientering i konkurransegrunnlaget.



På denne måten unngår man at prinsippet om konkurranse medfører at den beste leverandøren velges bort. Bare ved å benytte de beste rådgiverne, uavhengig av deres tidligere stilling i prosjektet, vil man nå det overordnede målet om best mulig utnyttelse av ressursene.

#### **4.2 Nasjonal terskelverdi**

Spørsmålet om nivået for terskelverdien avhenger av hvor komplisert regelverket er for anskaffelser over terskelverdien. Allerede i forbindelse med innføring av gjeldende regelverk, ga RIF uttrykk for skepsis til terskelverdien for det nasjonale regelverket, spesielt med sikte på anskaffelse av hjernekraftnytelser som prosjektering og rådgivning.

RIF er av den oppfatning at regelverket slik det er foreslått, ikke representerer noen nevneverdig forenkling i forhold til dagens regelverk med hensyn til gjennomføring av anskaffelsesprosessene. Følgelig er RIF av den oppfatning at nasjonal terskelverdi i dag er for lav og mener at den bør være på minst kr. 500.000.

Ett av RIFs medlemsfirmaer, Asplan Viak, fikk i oppdrag fra departementet å evaluere regelverket for offentlige anskaffelser. Arbeidet ledet til en rapport datert juni 2004. I rapporten fremgår det at den nasjonale terskelverdi bør ligge høyere enn i dag. Leverandørsiden gir uttrykk for at grensen bør ligge i overkant av kr. 500.000, mens de fleste kommuner synes å være av den oppfatning at terskelen bør ligge mellom kr. 500.000 og 700.000. Samtidig viser undersøkelser at kravet til formelle prosedyrer og gjennomføring av forskjellige former for konkurranse i privat sektor slår inn omtrent ved kr. 400.000.

Kostnadene med å administrere anbudskonkurransen overstiger i mange tilfeller anskaffelsens verdi. I tillegg kommer de betydelige ressurser som hver enkelt deltaker legger i å utarbeide tilbudet. I likhet med Konkurransetilsynet er det også RIFs oppfatning at dette ikke fremmer samfunnsmessig effektivitet.

RIF gjennomførte i vår et møte med den danske søsterorganisasjon F.R.I og entreprenørorganisasjonen Dansk Byggeri i forbindelse med revisjonen av det norske regelverket. I Danmark stiller man seg uforstående til prosedyreregler under EU-terskelverdiene. I Danmark har man ingen nasjonal terskelverdi. Et unntak gjelder for bygge- og anleggskontrakter som reguleres av Tilbudindhentningsloven. Loven er imidlertid langt enklere enn forslag til forskriften del II.

Dermed har oppdragsgivere i Danmark stor grad av frihet i forbindelse med anskaffelser under terskelverdiene. Det samme gjelder for øvrig generelt i EØS-området.

RIF kan for øvrig ikke se at det er nødvendig med et register for å kunngjøre konkurransene under den nasjonale terskelverdien. Dersom dette innføres vil en viktig del av forenklingen gå tapt. Det vil også medføre at man får prosedyreregler på et område hvor man i dag ikke har slike regler, nemlig under NOK 200.000.

Konkurransetilsynet mener at den nasjonale terskelverdi bør settes lik EØS-terkelverdien. RIF er åpen for en heving av nasjonal terskelverdi utover de foreslåtte NOK 500.000, men det bør da vurderes om en synliggjøring av enkelte overordnede prinsipper av pedagogiske grunner bør fremgå av forskriften, jf pkt 4.3.

#### **4.3 Synliggjøring av grunnleggende prinsipper**

Dette spørsmålet har altså sammenheng med det foregående. Det er RIFs erfaring, i likhet med departementet, at mange anskaffere og leverandører er lite kjent med at de grunnleggende krav i loven gjelder for alle anskaffelser, også under de nasjonale terskelverdiene.

Særlig gjelder uvitenheten kravene til tildelingskriterier. Her har departementet foreslått å tydeliggjøre at tildelingskriteriene skal være egnet til å identifiserte det økonomisk mest fordelaktige tilbudet i § 12-2. Derimot fremgår dette ikke av § 20-2 som regulerer anskaffelser over EØS-terkelverdien. Vi kan ikke se at det er grunnlag for at bestemmelsene om tideling skal være avvikende på dette punkt.

Det bør også fremgå at tildelingskriteriene enkeltvis eller samlet ikke kan være så vage at de i realiteten gir oppdragsgiveren et ubetinget fritt valg, jf EU-domstolens avgjørelse i sak C-513/99 og KOFA 2003/59. Videre bør det fremgå at alle kriterier som er angitt skal evalueres, og at det ikke er tillatt å legge vekt på andre kriterier enn de som er angitt, jf KOFA 2003/216.

RIF foreslår en tilføyelse i § 12-2 og 20-2 som følger:

*Kriteriene skal hver for seg eller samlet ikke være så vage at de i realiteten gir oppdragsgiveren et ubetinget fritt valg. Oppgitte kriterier skal evalueres og det er ikke tillatt å vektlegge andre kriterier enn de som er angitt i tilbudsgrunnlaget.*

RIF mener videre at § 12-2 og 20-2 må harmoniseres og at det bør skje ved at teksten i § 20-2 også benyttes i § 12-2.

Det er tilsynelatende uteglemt en henvisning til at tildelingskriteriene skal oppgis i § 12-2.

#### **4.4 Konkurransen med forhandling**

##### Forhandlinger ved kjøp av hjernekraft

Kjøp av hjernekrafttjenester forutsetter en samtale mellom oppdragsgiver og leverandør for at resultatet og ressursbruken skal være best mulig. Hjernekrafttjenester innebærer at oppdraget ikke kan beskrives detaljert av oppdragsgiver forut for kjøpet, bl.a fordi han ikke vet hvilke muligheter og løsninger som finnes. Det er nettopp dette han er ute etter; de beste løsningene der tanker ikke er tenkt. Derfor skiller intellektuelle tjenester seg klart fra eksempelvis transporttjenester eller kjøp av murstein, som kan beskrives nøyaktig.

Når intellektuelle tjenesteyteres kompetanse og tekniske løsninger inkorporeres på et tidlig tidspunkt i prosessen vil det totale resultatet bli best mulig. Kostnadene i planleggingsprosessen utgjør en svært begrenset del av de totale kostnader i et prosjekt. Et sterkt prisfokus på bekostning av kompetanse ved kjøp av planleggingstjenester medfører et dårligere resultat, med sløsing av samfunnets ressurser som følge.

Anbudskonkurranser leder til overdrevent prisfokus samtidig som kommunikasjonen mellom partene avskjæres og er derfor uegnet på alle hjernekraftytelser.

RIF foreslår at forhandlinger alltid må kunne anvendes ved kjøp av intellektuelle tjenester. Departementet bør presisere at § 13-3 ltr c gir en slik adgang.

##### Prosedyreregler

RIF er av den oppfatning at departementets forslag knyttet til konkurranse med forhandling ikke er ikke tilfredstillende. Det er ikke gitt prosedyreregler for fremgangsmåten. Etter RIFs syn er det viktig at det nedfelles retningslinjer for gjennomføring av kontrahering ved forhandling. Disse retningslinjene bør ligge tett opp til de omforente regler som er nedfelt i utkast til ny norsk standard NS 8410. Standarden er et resultat av et grundig arbeide utført av en bredt sammensatt komité. Det fremforhandlede regelverk er anvendelig for forhandlinger av alle typer

varer og tjenester. I standarden stilles krav til forhandlingsunderlaget, oppdragsgivers behandling av tilbudene, gjennomføring av forhandlingene og avslutning av konkurransen.

Fra EF-domstolen og KOFA har det kommet viktige uttalelser som bør inkorporeres i et regelverk. Det er bl.a uttalt at konkurransegrunnlaget angir de ytre rammer for forhandlingene, jf EF-domstolens sak C-40/01 premiss 76. KOFA har i sak 2003/61 og 2003/105 uttalt at oppdragsgiver i forbindelse med forhandlingene ikke har plikt til å peke ut alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres. Videre er det i sak 2004/207 påpekt at tilbudspriser ikke vedrører leverandørens stilling eller tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet. I det ligger at oppdragsgiver ikke kan utelukke en tilbyder fra forhandlinger fordi prisen er høy.

#### **4.5 Konkurranspreget dialog**

##### Innledning

Departementet foreslår at anskaffelsesformen "konkurranspreget dialog" også innføres i Norge. RIF stiller seg ikke avvisende til dette, idet instituttet tilsynelatende bidrar til økt fokus på de beste løsningene, men RIF mener avgrensningen av anvendelsesområdet i forhold til forhandlet prosedyre er uheldig og uklar i forslaget.

Anskaffelsesformen er svært kostnadskreven, ikke minst for leverandørene. I lys av dette mener RIF at oppdragsgiver som hovedregel må betale vederlag for de som blir valgt ut til å delta i dialogen.

##### Anvendelsesområde for konkurransepreget dialog

Anskaffelsesprosedyren underlegges fundamentale skranker. Ikke bare er den forutsatt benyttet på særlig komplekse kontrakter, men det skal heller ikke være mulig å foreta anskaffelsen på bakgrunn av en anbudskonkurranse. Etter RIFs syn vil et vilkår om slik objektiv umulighet være for strengt, i og med at anbudskonkurranse allerede praktiseres, til tross for mangler. Bare de færreste oppdragsgivere vil derfor komme i nærheten av oppfylle et slikt vilkår.

Kammeradvokaten i Danmark gir imidlertid uttrykk for at konkurransepreget dialog nok kan benyttes på kompliserte anskaffelser av en viss størrelse. De danske konkurransemyndigheter har uttrykt at de vil gi prosedyren en sjanse, og at man ikke vil være for restriktiv i forbindelse med utviklingen av praksis. Dette indikerer at man ikke vil tolke anvendelsesområdet så strengt

som ordlyden tillater. Dersom "konkurransepreget dialog" skal ha en praktisk funksjon, er det avgjørende at man en slik forståelse legges til grunn.

RIF mener at forhandlingsadgangen med hjemmel i § 13-3 ltr c er mer praktisk enn konkurransepreget dialog.

#### **4.6 Elektronisk auksjon**

Elektronisk auksjon er en valgfri modell som EU ikke krever at de enkelte nasjonalstater skal innføre. Norge bør avstå fra å gjeninnføre underbudskonkurranser som en tilsynelatende modernisering.

RIF tar imidlertid sterk avstand fra innkjøpssystemer som har likhet med underbudskonkurranser, slik som forslaget til elektronisk auksjon.

Den dårlige erfaringen man har med slike konkurranser er den historiske årsak til utviklingen av anbudsinstuttet. Leverandører lot seg friste til å ta så lave priser at de brakk ryggen og gikk konkurs før de hadde levert. Allerede ved innkjøp av kuler og krutt i den amerikanske borgerkrigen så man dette problemet, og gikk dermed bort fra anskaffelsesformen og utviklet anbudsinstuttet. Det samme skjedde i norsk byggebransje ved forrige århundreskifte.

En gjeninnføring av slike underbudsmodeller vil være et vesentlig tilbakeskritt som først og fremst vil ramme de seriøse aktørene i bransjen og de små- og mellomstore bedriftene. Regelen legger opp til at aktører kan bruke sin dominerende økonomiske stilling til å presse andre ut av markedet. Dette rammer i siste runde oppdragsgivere gjennom begrenset konkurranse.

Underbudskonkurranser er ingen garanti for lav pris. Lykkes ikke oppdragsgiver i pruterunden kan prisen ende langt over et forhandlet resultat eller tilbudt pris i en anbudskonkurranse..

I NOU 1997:21 kapittel 22 Spesielle merknader til forskriften, Del I - Innledende bestemmelser fremgår i kommentarene til § 20-17 Forhandlinger:

*"For å ivareta dette [likhetsprinsippet] måtte konkurransedeltakerne fortløpende ha blitt underrettet om hverandres tilbud og underbud. En slik forhandlingssituasjon ville trolig gi et uheldig prispress mot leverandørsiden."*

Dette viser at departementet så sent som i 2001 var negative til underbudskurranser. Det er ingenting som har endret seg etter dette tidspunktet, som tilsier at et slikt prispress nå ikke har de samme negative konsekvenser.

RIF ber Moderniseringsdepartementet benytte adgangen til ikke å innføre dette valgfrie instituttet som er foreslått i ny forskrift. Dersom departementet likevel innfører elektronisk auksjon, er det påkrevet at uttalelsen i direktivets preampel 14 klart fremgår av forskriften. Her heter det:

*"Visse bygge og anlægs- samt tjenesteytelseskontrakter, der involverer en intellektuell innsats som f.eks prosjektering af bygge- og anlægsarbejder, bør derfor ikke gøres til genstand for elektroniske auktioner."*

#### **4.7 Rammeavtaler**

RIF opplever at de fleste rammeavtaler bare regulerer hvilke vilkår som skal gjelde ved eventuelle fremtidige leveranser. Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å foreta anskaffelser innenfor rammeavtalene. Det innebærer at de i realiteten er opsjonsavtaler og ingen reell gjensidig forpliktelse. For leverandørene er det uheldig at man må binde opp ressurser når det i praksis viser seg å bli få leveranser innenfor rammeavtalene. Hvis rammeavtalene skal få en betydning utover en form for prekvalifisering, slik at de skal kunne fungere i forhold til planlegging, bemanning og kompetanseoverføring, må oppdragsgiver i større utstrekning forplikte seg.

RIF er positiv til effektiviteten som kan oppnås ved en slik prekvalifisering, og målrettetheten som kan oppnås i forhold til oppgaveløsning ved "avrop".

Reguleringen av rammeavtaler oppleves i dag som uoversiktlig når det gjelder omfang. Videre er det vanskelig å få oversikt over kriterier og prosesser. Disse forhold må reguleres på en klar og tydelig måte i det nye regelverket. Vi oppfatter at omfanget vil øke fremover, og da blir det viktig at reell konkurranse opprettholdes og at prosessene er ryddige, forutsigbare og etterprøvbare. RIF mener dessuten at timeprisfokus som nå ofte ligger til grunn for rammeavtaler ved anskaffelse av intellektuelle tjenester, blir for ensidig og at fokus bør rettes mer mot tjenestenes kvalitet.

RIF mener at den minimum tidsramme ikke bør være under to år, men at rammeavtaler på fire år etter forholdene kan være for lenge. Særlig tydelig blir dette i forbindelse med opsjonsavtalene.

Det er avgjørende for RIF er at avropene ikke gjøres til priskonkurranse når pris allerede har vært et kriterium for kvalifisering. Dersom dette ikke uttrykkelig forbys vil mange firmaer avstå fra å delta i slike konkurranser hvor man i realiteten skal konkurrere på pris to ganger. Oppdragsgiver vil i så fall få en begrenset konkurranseeksponering av anskaffelsene.

#### **4.8 Vekting av tildelingskriterier**

Det er positivt at alle kriterier skal oppgis og deres relative vekt angis ved tildeling på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det er også positivt at de tilsynelatende vilkårlig valgte eksempler på tildelingskriterier nå er foreslått fjernet. Etter RIFs oppfatning bidrar disse til å skape misforståelser når det gjelder lovlige kriterier, og vi foreslo derfor å fjerne dem ved revisjonen i 2001.

Vekting av tildelingskriteriene kan etter de nye reglene angis ved fastsettelse av en ramme med et hensiktsmessig maksimalt utslag, eks: Pris 10-30%. Forskriften angir ikke nærmere hvordan rammene kan fastsettes og det er ikke angitt noen fremgangsmåte for anvendelsen. Det foreligger så vidt oss bekjent heller ingen rettspraksis på området, og det er derfor uklart hvilke rammer oppdragsgiver kan benytte og hvor stor marginen kan være. Adgangen til å angi en "vektramme" for de enkelte kriterier, vil rimeligvis utvide oppdragsgivers skjønnsutøvelse i forbindelse med tildelingsprosessen og redusere forutsigbarheten for tilbyderne. Til tross for dette, mener RIF det er behov for en slik bestemmelse, kanskje særlig i forbindelse med kompliserte anskaffelser. Den danske veilederen til direktivet som er utgitt av Konkurrencestyrelsen gir retningslinjer og eksempler i kap 11.1.1. Disse retningslinjene bør innarbeides i forskriften for å skape en felles forståelse.

RIF foreslår at §§ 12-2 / 20-2 gis et nytt ledd der dette presiseres:

*(2) Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis i konkurransebetingelsene. Oppdragsgiver skal angi den relative vektningen som gis hvert av kriteriene. Vektingen kan angis innenfor et område med et maksimalt utslag på 10 % i hver retning. Ved angivelsen av rammen for det enkelte kriterium skal det ikke gis*

*mulighet til å nedtone kvalitative kriterier i den grad at konkurransen i realiteten er en priskonkurranse.*

*(3) I forbindelse med tildelingen skal ingen av kriteriene vektas så lavt at det i realiteten er bortfalt.*

#### **4.9 Utvidet protokollplikt**

For alle anskaffelser over NOK 50.000,- skal det etableres en protokoll. Som vedlegg til forskriften er det utarbeidet mal for protokoll, som inneholder de punkter protokollen minimum må omfatte. Vedlegg 3 er mal for protokoll for anskaffelser mellom NOK 50.000,- og NOK 500.000, og Vedlegg 4 er en noe mer omfattende mal for protokoll for anskaffelser over NOK 500.000,-.

RIF forutsetter at anskaffelsesprotokollen i utgangspunktet er offentlig i henhold til ny offentlighetslov, Ot.prp. nr 102 (2004-2005) kap 9.

RIF støtter forslaget til protokollplikt.

#### **4.10 Straff for ulovlige direkte anskaffelser**

KOFA får mulighet til å illegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser som foretas forsettlig eller grovt uaktsomt. Enhver kan påklage en ulovlig direkte anskaffelse, og gebyr kan illegges frem til to år etter at kontrakt er inngått. Gebyr kan illegges selv om dette ikke er påstått av klager.

RIF mener at det er nødvendig å kunne straffe de groveste overtredelser av regelverket, dvs der oppdragsgiver har opptrådt forsettlig eller grovt uaktsomt. Det vil bl.a bidra til å forhindre korrupsjon. I likhet med departementet mener RIF at sanksjonene kan begrense seg til ulovlige direkteanskaffelser, da andre regelbrudd vil eksponeres som følge av kunngjøringene.

#### **4.11 Klageinteresse**

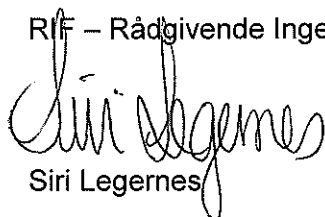
RIF støtter forslaget om at interesseorganisasjoner og advokater kan inngi klage i eget navn. Dette styrker etter RIF's oppfatning klageordningen betydelig ved at en leverandør som ønsker



å påklage en avgjørelse anonymt, vill kunne få sin bransjeorganisasjon eller et advokatfirma til å fremme klagen i eget navn.

Med vennlig hilsen

RIF – Rådgivende Ingeniørers Forening



Siri Legernes

Adm dir



Tore Frellumstad

advokat