

Moderniseringsdepartement
Postboks 8004 Dep.
0030 OSLO

Sendt pr. e-post: postmottak@mod.dep.no

Oslo, 6. juli 2005

Ansvarlig advokat: Frode Elgesem
Referanse: 111779-603

DERES REF: 200404123 – HØRINGSUTTALELSE

Endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Det vises til Moderniseringsdepartementets høringsbrev av 6. april 2005. Nedenfor følger våre kommentarer til enkelte av de forslag som er presentert av departementet i forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser.

Generelt oppfatter *Advokatfirmaet Hjort DA* det som positivt at departementet foreslår en forenkling av regelverket knyttet til offentlige anskaffelser. Vår erfaring, som rådgiver både for oppdragsgivere og leverandører, er at dagens regelverk er komplisert og gir grunnlag for stor usikkerhet og unødvendig mange konflikter. Det er derfor vår oppfatning at departementets målsetning om mer pedagogisk oppbygning av forskriften og forenkling av regelverket, vil være et viktig bidrag for å lette tilnærmingen til regelverket.

For ytterligere å forenkle tilgjengeligheten til regelverket, er det *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning at dagens praksis med en veiledning til regelverket bør utvikles ytterligere.

1 HØRINGSNOTATET DEL I – FORSLAG TIL LOVENDRINGER

1.1 Sanksjonshjemmel

1.1.1 Innledning

Det er *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning at departementet kun i begrenset utstrekning har vurdert hvilken betydning EMK har for sanksjonsspørsmålet. Som fremhevet av departementet (Høringsnotatet Del I s. 18), vil administrative økonomiske sanksjoner for overtredelse av regelverket for offentlige anskaffelser være en "straffesiktelse" i EMKs forstand. Dette innebærer at hele rettighetsregisteret i EMK artikkel 6 kommer til anvendelse.

Under punktet "Forholdet til EMK" i Høringsnotatet Del I s. 18 pkt. 5.5.13 drøftes kun kravet til behandling ved en uavhengig og upartisk domstol i artikkel 6 nr. 1. Ettersom det er tale om en administrativ bot som ikke er rubrisert som straff etter norsk, intern rett, og det er adgang til

<http://hjordsharepoint/saker/111779-603/Brev/b050706 MOD.doc>

etterfølgende domstolskontroll med full overprøvelsesrett, er det imidlertid ikke denne delen av bestemmelsen som volder størst problemer. Det reiser flere andre problemstillinger knyttet til anvendelsen av EMK artikkel 6 som ikke er drøftet eller overhodet nevnt i høringsnotatet. Selv om noen slike problemstillinger nevnes kort i det følgende, understrekes at denne redegjørelsen ikke er uttømmende. Det er *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning at et er behov for en grundig og uttømmende utredning av hvordan forslaget står seg i forhold til EMK før overtredelsesgebyr som sivilrettslig sanksjon eventuelt innføres.

1.1.2 Vernet mot selvinkriminering

Vernet mot selvinkriminering er innfortolket i kravet til "rettferdig rettergang" i EMK artikkel 6 nr 1. Dette innebærer at ingen må bli tvunget til å bidra til egen domfellelse gjennom vitnemål eller erkjennelse av skyld. Siktete må heller ikke tvinges til å fremskaffe dokumenter eller andre bevis som taler mot ham. Riktignok vil det offentlige organ ikke formelt ha forklaringsplikt for KOFA, men vil ha plikt til å fremlegge dokumenter, jf forskriftens § 11. Manglende oppfyllelse av bevisfremleggelsesplikten vil ifølge Høringsnotatet Del I s. 12 pkt. 5.5.3 kunne tale imot oppdragsgiver.

KOFA bygger på disposisjonsprinsippet i forbindelse med sin klagebehandling. Det innebærer at KOFA ikke kan gå utenfor partenes anførsler og påstander. Riktignok foreslås i høringsnotatet at nemnda gis kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, selv om klager ikke har nedlagt påstand om dette, men KOFA har ingen selvstendig undersøkelsesplikt. Det finnes heller ikke noe annet offentlig organ som har en slik undersøkelsesplikt tilsvarende påtalemyndighetens rolle i ordinære straffesaker. I høringsnotatet foreslås dessuten kun alminnelig sannsynlighetsovervekt etter tvistemålsloven for å kunne ilegge overtredelsesgebyr. Dette innebærer at KOFA vil bygge på det faktum det får seg forelagt. Dersom oppdragsgiver nekter å uttale seg eller å fremlegge dokumentasjon, vil i praksis klagers fremstilling legges til grunn. Det er *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning at dette systemet synes å stå i et tvilsomt forhold til vernet mot selvinkriminering.

1.1.3 Krav til straffesiktelse

EMK artikkel 6 nr 1 bokstav a) fastsetter retten til å bli informert straks om en straffesiktelse. Underretningen må redegjøre for hvordan handlingen rettslig karakteriseres samt det faktiske grunnlaget for siktelsen. Informasjonen om disse forhold må være detaljert. Det skal informeres om hvilken straffesiktelse som tenkes anvendt, og faktumbeskrivelsen må være tilstrekkelig detaljert til at det er mulig å vurdere subsumsjonen.

Advokatfirmaet Hjort DA kan ikke se at forskriftens § 10 er tilstrekkelig til å oppfylle dette kravet. Det bør etter vår oppfatning uttrykkelig fremgå av forskriftsteksten at KOFA selv må utarbeide en skriftlig "siktelse" som oppfyller kravene i artikkel 6 nr 3 bokstav a). Det synes ikke tilstrekkelig for å oppfylle EMKs krav til underretning at det sendes varsel om at det har innkommet en klage, og at det oversendes kopi av selve klagen utarbeidet av motparten. Motparten som har egen interesse i saken, kan ikke oppfylle den samme objektive rolle som påtalemyndigheten har i en ordinær straffesak.

1.1.4 Forbudet mot tilbakevirkning

Høringsnotatet inneholder ingen overgangsbestemmelse. For å unngå at bestemmelsene om overtredelsesgebyr får tilbakevirkende kraft i strid med EMK artikkel 7, bør det etter *Advokatfirmaet Hjort DAs* mening presiseres i loven at overtredelsesgebyr ikke kan ilegges for handlinger som er begått før lovendringens ikrafttredelse.

1.2 KOFA som sanksjonsorgan

I tillegg til de betenkeligheter vi har gitt uttrykk for i pkt. 1.1 foran, er *Advokatfirmaet Hjort DA* skeptisk til om KOFA er rette organ til å ilegge overtredelsesgebyr. KOFA er etablert som et tvisteløsningsorgan som avgir ikke bindende uttalelser. KOFA har til nå vist svært liten vilje til å uttale seg om eventuelt erstatningsansvar eller andre forhold oppdragsgiver bør iverksette ved mangelfull etterlevelse av regelverket. KOFA har dessuten pr. i dag begrensede ressurser og etter det vi kjenner til ingen erfaring med selvstendig ”etterforskning”, slik det vil være påkrevd ved ileggelse av eventuelt overtredelsesgebyr. Det bør derfor etter vår oppfatning vurderes om oppgaven i stedet bør legges til Konkurransetilsynet. Konkurransetilsynet har i dag slik kompetanse etter konkurranseloven og synes å være mer egnet til å gjennomføre de undersøkelser og foreta de vurderinger som er nødvendige for å kunne ilegge overtredelsesgebyr. I stedet for at KOFA, som anført av departementet, vil kunne trekke på administrative ressurser fra Konkurransetilsynet, er vi av den oppfatning at Konkurransetilsynet i disse saker bør kunne trekke på den faglige kompetanse som er i KOFA.

2 HØRINGSNOTATET DEL 2 – FORSLAG TIL NY FORSKRIFT

2.1 Generelle problemstillinger

2.1.1 Virkeområde

Det er i dag et grunnleggende skille mellom loven og forskriftens virkeområde. Mens loven kommer til anvendelse på ”anskaffelser”, jf gjeldende lov § 2, er anvendelsesområdet for forskriften betinget av at det foreligger en kontrakt, jf gjeldende forskrift § 1-4. Denne forskjellen får særlig betydning i de tilfeller der oppdragsgiveren foretar en anskaffelse som av ulike grunner, ikke oppfyller kravene til en gjensidig bebyrdende avtale. Oppdragsgiveren vil i dette tilfelle bare være bundet av de grunnleggende krav til anskaffelsesvirksomhet etter loven – og ikke forskriften.

Forslaget til nytt regelverk, ser ikke ut til å endre denne forskjellen mellom loven og forskriften. I praksis vil nok ikke forskjellen være av særlig betydning, fordi man uansett vil være bundet av loven. Av pedagogiske hensyn kan det likevel være grunn til å vurdere om man i forskriften bør presisere at de grunnleggende lovbestemte kravene til offentlige anskaffelser vil gjelde, selv om kravet til kontrakt ikke er oppfylt.

Advokatfirmaet Hjort DA foreslår forøvrig at det grunnleggende kravet til kontrakt, slik dette er definert i forskriften § 4-1 bokstav a) bør fremkomme allerede innledningsvis i forskriften § 2-1, før oppramsing av type kontrakter som omfattes.

2.1.2 Unntak fra forskriften

Advokatfirmaet Hjort DA etterlyser en behandling av spørsmålet om egenregi, som faller utenfor regelverket. Anskaffelser i egenregi blir stadig mer aktuelt og reiser ofte vanskelige avgrensningsspørsmål. Det ville derfor være hensiktsmessig dersom forskriften behandlet dette i § 1-4 nr. 1 og at man i denne forbindelse så hen til forsyningssektorforskriften § 10. Under enhver omstendighet bør temaet undergis særskilt behandling i veiledningen til loven og forskriften.

Advokatfirmaet Hjort DA vil også se det som positivt dersom man behandlet spørsmålene knyttet til OPS-kontrakter og tjenestekonsesjoner i mer detalj. Vi ser at det kan være vanskelig å gi detaljerte regler knyttet til dette i forskriften, men det bør uansett i veilederen kunne gis retningslinjer, herunder kan det f.eks. vises til EU Kommisjonens fortolkningsmeddelelse om konsesjoner i EU-lovgivningen av 29. april 2000 (OJ 2000 C 121/2).

2.1.3 Direkte anskaffelser

Det er i lovforslaget lagt opp til at ulovlige direkte anskaffelser skal sanksjoneres med overtredelsesgebyr på opp til 15% av anskaffelsens verdi. Dette fordrer at det etableres et klart regelverk for når man lovlig kan foreta direkte anskaffelser. Slik forslaget nå er lagt opp, er bestemmelsen om dette forholdsvis skjult i § 2-1. Av pedagogiske grunner foreslår derfor *Advokatfirmaet Hjort DA* at det gis en egen bestemmelse om direkte anskaffelser med overskrift som klart angir innholdet. Ved å ta ut tredje ledd i § 2-1 vil man også gjøre bestemmelsen mer lesbar og lettere tilgjengelig.

2.1.4 Nasjonal terskelverdi

Advokatfirmaet Hjort DA ser det som positivt at den nasjonale terskelverdien nå heves til NOK 500.000. En slik terskelverdi vil etter vår oppfatning være ressurs sparende for oppdragsgiverne, samtidig som det kan medføre større bevissthet med hensyn til etterlevelse av regelverket.

Advokatfirmaet Hjort DA deler departementets syn på innføring av protokollplikt. Det er imidlertid uklart hvilken konsekvens det vil ha dersom protokollplikten ikke etterleves.

2.1.5 Regelverket under nasjonal terskelverdi

Advokatfirmaet Hjort DA støtter forslaget om å fremheve de grunnleggende prinsippene i forskriften, slik de fremgår av loven. Det er imidlertid fremdeles uklart hvilke krav man i praksis vil stille når anskaffelsen er under den nasjonale terskelverdien. Det antas at det med hevet terskelverdi blir enn mer viktig at man også under den nasjonal terskelverdien overholder de grunnleggende prinsippene for offentlige anskaffelser. Vi anbefaler derfor at man i veilederen utdyper nærmere hvilken praktisk betydning dette vil ha.

2.1.6 Generelle bestemmelser

Departementet foreslår å ta ut gjeldende § 3-5 i forskriften og begrunner dette med at bestemmelsen dekkes av den generelle habilitetsbestemmelsen. Etter *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning er dette uheldig. Habilitetsregelen krever en skjønsmessig helhetsvurdering, som det etter gjeldende § 3-5 til nå ikke har vært nødvendig å foreta. Selv om det samme følger av den generelle regelen, er det vår oppfatning at det av hensyn til et klart regelverk er nyttig at forbudet mot at oppdragsgivers ansatte deltar i konkurransen fremgår direkte av forskriften.

2.2 Anskaffelsesprosedyrene

2.2.1 Generelt om kvalifikasjonsfasen og utvelgelsesfasen

Det er *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning at det vil være hensiktsmessig dersom man allerede i en innledende bestemmelse presiserte formålene med kvalifikasjonsfasen (hvem skal få delta i konkurransen, jf forslaget § 7-5 fjerde ledd) og tildelingsfasen (hvilket tilbud som skal velges). En slik presisering vil kunne gjøre det enklere for oppdragsgivere å fastsette de ulike kriteriene man vil legge vekt på, idet det er vår erfaring at det ofte oppstår uklarheter med hensyn til hvilke kriterier som kan benyttes til kvalifisering og hvilke som kan benyttes ved tildeling. Det er derfor vår oppfatning at det bør fremgå at de kriterier som blir benyttet i kvalifikasjonsfasen ikke som hovedregel skal benyttes på ny i tildelingsfasen. Særlig synes det å være en del uklarheter knyttet til i hvilken grad erfaring er et kriterium som det kan legges vekt på i kvalifikasjons- eller tildelingsfasen.

Det er *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning at forslaget til ny forskrift fremdeles ikke gir et klart og oversiktlig bilde av prosessene åpen, begrenset og forhandlet konkurranse. Av pedagogiske grunner ville det vært hensiktsmessig dersom man i forskriften i § 5-1 og § 13-1 gir en kort og kronologisk beskrivelse av prosessene med henvisning til de relevante bestemmelsene.

2.2.2 Utvelgelse ved begrensede konkurranser

Advokatfirmaet Hjort DA ser det som positivt at det i forslaget § 7-6 annet ledd, presiseres at utvelgelsen av leverandører i kvalifikasjonsfasen skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier.

Departementet legger imidlertid opp til at så lenge oppdragsgiver holder seg til en objektiv og ikke-diskriminerende fremgangsmåte, står oppdragsgiver forholdsvis fritt til å velge blant de kvalifiserte og egnede leverandørene. Herunder legger departementet opp til at det også kan foretas loddtrekning.

Etter *Advokatfirmaet Hjort DAs* oppfatning, bør det stilles klarere regler/retningslinjer for utvelgelse enn det departementet her legger opp til. Utvelgelse basert på loddtrekning er neppe i overensstemmelse med generell forvaltningsrett og det må være oppdragsgivers plikt til å velge leverandører som er best kvalifisert, som må være avgjørende for utvelgelsen. Utvelgelsen av kvalifiserte leverandører skiller seg således ikke nevneverdig fra den utvelgelsen som må foretas ved tildeling av oppdraget. I den grad oppdragsgiver for eksempel vil foreta ulik vektning av kvalifikasjonskriteriene ved utvelgelsen, bør dette derfor fremkomme av kunngjøringen.

2.2.3 Vekting av tildelingskriteriene under terskelverdiene

Forslaget legger kun opp til at plikten til å angi vekten av tildelingskriteriene skal gjelde for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Under EØS-terskelverdiene følger det av praksis at det ikke gjelder en slik plikt, men dersom det er foretatt en prioritering på forhånd skal dette oppgis. Også for anskaffelser under terskelverdien er det vår erfaring at spørsmål knyttet til kriterienes vekt ofte blir gjenstand for konflikt. Særlig problem knytter det seg gjerne til hvilken vekt pris skal gis. Av hensyn til forutberegnelighet, er det derfor vår oppfatning at det vil være hensiktsmessig dersom

det også under EØS-terskelverdiene stilles krav til hvordan kriteriene vil bli anvendt. Om dette skal gjøres i form av vekting eller obligatorisk krav til prioritert rekkefølge har vi ikke tatt stilling til.

2.3 Rammeavtaler

Advokatfirmaet Hjort DA ser det som positivt at det innføres konkrete regler om rammeavtaler. *Advokatfirmaet Hjort DA* deler departementets oppfatning at det vil skape størst sikkerhet for etterlevelsen av regelverket at det gis like regler over og under terskelverdien for bruk av rammeavtaler.

2.4 Konkurransепреget dialog

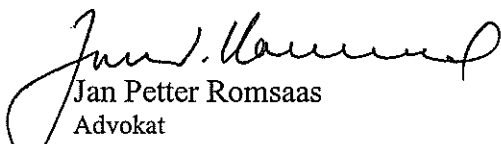
I prinsippet er det *Advokatfirmaet Hjort DA*s oppfatning at innføring av flere konkurranseformer, vil kunne gi opphav til ytterligere uklarheter, sammenblanding av former og derfor konflikter. Særlig gjelder dette fordi formen konkurransepreget dialog kan skape utfordringer med hensyn til overholdelsen av prinsippet om likebehandling. *Advokatfirmaet Hjort DA* støtter derfor departementets forslag om ikke å innføre konkurranseformen under EØS-terskelverdien. Etter vår oppfatning er det ikke helt uproblematisk dersom man likevel stiller seg åpen til å benytte konkurransepreget dialog på fritt grunnlag. Dette krever i så fall at man følger regelverket fullt ut, fordi man ellers vil kunne få spørsmål knyttet til om brudd på dette skal medføre reaksjoner. På et område som er så vidt regulert som anskaffelsesreglene, vil det alltid være en potensiell fare for konflikt dersom man følger et regelverk man egentlig ikke har plikt til å følge, fordi man da gjerne stiller seg noe friere til dette.

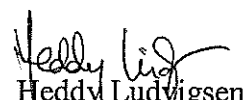
2.5 Miljøhensyn mv

Det fremgår av forslaget § 3-8 annet ledd at det kan oppstilles særlige betingelser om feks miljøhensyn og sosiale hensyn. Det fremgår imidlertid ikke direkte i hvilken grad hensynene kan benyttes som tildelingskriterium og/eller kvalifikasjonskriterium.

Med vennlig hilsen

Advokatfirmaet Hjort DA


Jan Petter Romsaas
Advokat
i kontorfellesskap
jpromsaas@hjort.no


Heddy Ludvigsen
Advokat
hl@hjort.no