



Moderniseringdepartementet
v/ KPA/NOK
Postboks 8004, Dep.
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)JHB

Dato 6. juli 2005

Høring: Revidering av anskaffelsesregelverket

Det vises til utkast til nye anskaffelsesregler for klassisk sektor.

Servicebedriftenes landsforening (SBL) er en tradisjonell arbeidsgiverforening og serviceorganisasjon for ca 400 virksomheter innen et bredt spekter av servicenæringer. Virksomhetene har til sammen ca 37 000 ansatte.

SBL mener utkastet til regelverk i hovedsak tar et betydelig skritt mot et mer fleksibelt og modernisert offentlig anskaffelsesregime. Regelverket åpner for flere nye virkemidler for å oppnå mest mulig egnede og tilpassede konkurranser, samtidig som hensynet til gjennomskiktighet og likebehandling ivaretas. SBL ser imidlertid flere viktige hensyn som utkastet ikke i tilstrekkelig grad ivaretar. Forslag til hvordan disse kan ivaretas, følger nedenfor. Det vises også til kommentarer fra NHO.

For enkelte oppdragsgivere og leverandører vil nok regelverket fortsatt fremstå som omfattende og komplisert. Regelverkets omfang, kan i hovedsak begrunnes ut fra EØS-direktiv og økt mulighet til å velge forskjellige konkurranseprosedyrer. Det må imidlertid forutsettes at offentlige oppdragsgivere vil arbeide systematisk og bevisst med en forsyningsstrategi som innebærer rendyrking av den eller de anskaffelsesprosedyrer som er best mulig tilpasset den særegne virksomhet og type anskaffelser som virksomheten foretar jevnlig. Det er derfor viktigere at regelverket åpner for fleksibilitet med hensyn til valg av egnet anskaffelsesprosedyre, enn en reduksjon av antall bestemmelser.

Hovedtrekk og oppsummering

Oppdragsgiveres opptreden - en viktig påvirkningsaktør for fremtidens marked

Mange av våre medlemmer har et betydelig omfang av offentlige kunder. For disse er offentlige oppdragsgivere noe mer enn bare en kjøper. Måten det offentlige samlet sett opptrer i markedet med 240 milliarder kroner årlig er med å prege verdiene i markedet, samt kvaliteten og konkurransedyktigheten til leverandørene.

Ovennevnte er ikke bare viktig for virksomheter som leverer nasjonalt, men også for virksomheter som vil drive virksomhet utover landets grenser. Målsetningen må være at "hjemmearenaen" preges av oppdragsgivere som gjennomfører anskaffelsene med moderne og leverandørutviklende anskaffelsesprosesser, hvor krav til skikkelighet, innovasjon og kvaliteten i tjenesteinnholdet må være ledende forsyningsprinsipper. I dette ligger det utfordringer og ansvar for det offentlige som en bevisst "bestiller" og markedsutviklende kunde.

Fleksible anskaffelsesmetoder samtidig som hensynet til likebehandling ivaretas

Utkastet til anskaffelsesregelverk og endringer i loven, er et godt utgangspunkt for rettslige rammer som skal sikre likebehandling og forretningsmessig opptreden. Utkastet har spesiell styrke ved forslaget om

- presisering og tydeliggjøring av lovens formål
- forskriftens struktur,
- heving av nasjonal beløpsgrense til 500 000 kroner for del II,
- økt forutsigbarhet for leverandører ved bruk av konkurranse med forhandling,
- sanksjoner ved alvorlige og systematiske brudd på kunngjøringsplikten ved anskaffelser over 500 000 kroner,
- introduksjon av elektroniske og fleksible anskaffelsesmåter,
- tydeliggjøring av grunnleggende krav til alle anskaffelser i § 3-1,
- klargjøring av regelverket for parallelle rammeavtaler og
- protokollplikten. Når det gjelder beløpsgrensen for protokollplikt, kan denne likevel heves til 200 000 kroner, under forutsetning av at forslaget fra NHO om forenklet kunngjøringsplikt gjennomføres.

Fortsatt betydelig behov for pedagogisk veiledning

Når det gjelder spørsmålet om utkastet til anskaffelsesregelverket er enklere, mener flere av våre medlemmer at det er riktigere å karakterisere det som mer moderne og fleksibelt enn lettere tilgjengelig for brukerne. Behovet for pedagogisk veiledning er derfor fortsatt til stede. Dette, ikke bare for å sikre hensynet til etterlevelse av regelverkets minimumskrav, men også for at oppdragsgivere benytter de mulighetene de har i regelverket til å gjennomføre effektive anskaffelsesprosesser og for å unngå at oppdragsgiver utilsiktet eller ubevisst legger til grunn anskaffelsesmodeller som i alt for stor grad bygger på lavest pris uten at kvalitetsgraden på tjenesten ivaretas. Sistnevnte er et problem fordi for mange oppdragsgivere er ikke bevisste nok på bruken eller den manglende bruk av relevante kvalitetskriterier i konkurranse om kontrakten, samt hvor avgjørende dette er for resultatet av anskaffelsen. Feil bruk av slike tildelingskriterier eller anskaffelsesmodeller "tvinger" leverandører til å konkurrere om leveranse av tjenester i henhold til for lave kvalitetsnivåer. Problemet som oppstår ved gjennomføring av kontrakten er at mange oppdragsgivere ikke får et tjenesteinnhold etter de forventninger de har hatt og at svært lave priser gjør det umulig for leverandører å levere høyere kvalitet enn det som har vært premisset for konkurransen. En veiledning bør derfor spesielt inkludere bruk og eksemplifisering av kvalitetskriterier, samt viktigheten av å definere rett kvalitetsnivået. SBL bidrar gjerne med innspill og eksempler til en slik veileder.

Hensyn som ikke ivaretas med forslaget til nytt regelverk

SBL har også gjennomgått forslaget med målsetning om å komme med innspill som kan styrke formålet med regelverket og de målsetninger man har hatt med revideringen av regelverket. Følgende områder bør utbedres:

1. Ideelle organisasjoner - den midlertidige unntaksbestemmelsen bør utgå av prinsipielle, praktiske og juridiske grunner
2. Heving av terskelen for krav til skatteattester og HMS erklæring kan gi en utilsiktet økt konkurransefordel for "useriøse" virksomheter - det er behov for økt vektlegging av virkemidler som hindrer "useriøse" virksomheter tilgang til det offentlige markedet
3. Begrunnelsesplikten og forholdet til forretningshemmeligheter - det er behov for at det i konkurransegrunnlaget tilrettelegges for å sikre bedre kommunikasjon mellom oppdragsgivere og leverandører om hva som er forretningsensitive opplysninger. For øvrig bør bestemmelsene om begrunnelsesplikten presisere innholdet i en meddelelse om kontraktstildeling.
4. Tildelingskriterier - eksempler på underkriterier bør tas inn av pedagogiske grunner og et minstekrav til oppdragsgivere bør være at de angir hvilke kriterier som vil veie tyngst (del II).
5. KOFA som sanksjonsmyndighet kan undergrave for KOFAs viktige primærfunksjon som et rimelig og hurtigarbeidende tvisteløsningsorgan, noe som forutsetter at oppdragsgiver samarbeider og ikke går i "skyttergraven". Det er grunn til å tro at oppdragsgivere vil være atskillig mer tilbakeholdne og sendrektige med å fremskaffe informasjon, hvis de samtidig skal beskytte seg selv mot "andre funn". Selv om sanksjoner kun i unntakstilfeller vil bli benyttet, er det sentralt at oppdragsgivere oppfatter KOFA som et organ som de kan samarbeide med uten at de må forsvares av advokater. Oppgaven bør derfor tillegges en enhet forskjellig fra KOFA.
6. Økt bruk av standardkontrakter - forutsetningene i Ot.prp nr 71 s 41-44 om at standardavtaler skal benyttes der disse finnes, følges ikke opp i praksis. Dette tilsier en skjerpet ordlyd, slik at oppdragsgivere ikke ubegrunnet fraviker disse.

1. Midlertidig unntaksbestemmelse - Ideelle organisasjoner

Det vises til at tilbakemeldinger til departementet tyder på at unntaket i liten grad benyttes, samt at ideelle organisasjoner har vist seg konkurransedyktige når oppdragsgivere gjennomfører ordinære konkurranser. Dette er i samsvar med vår oppfatning. Forklaringen på at unntaket synes å være lite brukt, kan skyldes at omfanget med denne type kontrakter som har løpt ut i perioden har vært relativt få eller at oppdragsgivere benytter muligheten for å sette tjenestens innhold i fokus og ha en bredest mulig konkurranse. For øvrig slutter SBL seg til den bekymring som flere har gitt uttrykk for, at ukritisk bruk av bestemmelsen vil på lang sikt kunne bli skadelig for totaltilbudet og muligheten for å ha et bredt tilbud på sektoren.

Det vises også til tidligere NHO-kommentarer til unntaket i brev datert 10. desember 2004, hvor NHO mener at unntaket bør fjernes av prinsipielle og praktiske grunner.

Det er også grunn til å reise spørsmål om unntaksbestemmelsen er i tråd med EØS - retten. Det følger av gjeldende og nytt EØS-direktiv at også helse- og omsorgstjenester omfattes av direktivets virksomhetsområde. Dette kommer blant annet til uttrykk i artikkel 22, 23 (tekniske spesifikasjoner) og 35 fjerde ledd (kunngjøring av inngått kontrakt). At tjenesten faller inn under såkalte "uprioriterte tjenester" og omfattes av færre bestemmelser i direktivet enn "prioriterte tjenester", innebærer ikke at nasjonalstaten står fritt til å reservere kontrakter til en bestemt gruppe leverandører. Det kan i så fall reises spørsmål om formålet med artikkel 23, hvis man likevel kan reservere kontrakten for en bestemt gruppe leverandører. Formålet med bestemmelsen er jo nettopp å sikre et åpent og ikke-diskriminerende offentlig marked.

Videre vises det til at den leverandørgruppen som favoriseres, ikke er del av det offentlige system og representerer et mangfold av forretningsområder som utøves i side om side med andre private.

For øvrig er SBL enig i at uprioriterte tjenester ikke trenger å følge direktivets prosedyrer, men en eksklusjon av andre leverandørgrupper krever hjemmel i direktivet, eventuelt EØS-avtalen eller domspraksis for øvrig.

Videre pekes det på at det verken er oppgitt eller praktiseres en klar avgrensning av begrepet "ideell organisasjon". Følgelig er det uklart for alle potensielle rettighetshavere etter loven og EØS-avtalen hvilke virksomheter som favoriseres etter denne bestemmelsen. Bestemmelsen gir i praksis et rom for skjønnsanvendelse som ikke sikrer gjennomsiktighet, herunder åpner for forskjellsbehandling og diskriminering av virksomheter. I denne sammenheng vises det til EF-domstolen C-324/98 konklusjon om tjenestekonsesjoner:

" 2) Selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed, hvilket princip navnlig indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

3) Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske."

Dette har også gyldighet for uprioriterte tjenester. Vi mener derfor at måten å legitimere en praksis som ekskluderer virksomheter som oppfyller lovgivnings krav til å utføre slike tjenester i tillegg til en skjønnsanvendelse som ikke sikrer gjennomsiktighet og likebehandling, synes å være i konflikt med forutsetningene i overnevnte domsuttalelse.

Endringsforslag

SBL vil derfor primært foreslå at bestemmelsen oppheves. Alternativt at det gis hjemmel for at sosial og omsorgstjenester følger del I i regelverket. Dette innebærer at helsetjenester ikke omfattes av unntaket. Det vil også innebære at selve prosedyrene ikke kommer til anvendelse og at oppdragsgivere ikke står fritt til å ekskludere andre leverandører. Alternativ forslag til løsning, forutsetter at oppdragsgiver sikrer en tilstrekkelig grad av offentlighet til fordel for enhver potensiell tilbudsgiver. Dette kan skje gjennom en forenklet kunngjøring, som foreslått av NHO. Et tredje alternativ er å sette begrensinger på når bestemmelsen kan benyttes, for å unngå ukritisk anvendelse av bestemmelsen. Dette vil ikke løse de juridiske utfordringene som vi mener er knyttet til bestemmelsen, men underlegge anvendelsesområdet av bestemmelsen til bestemte situasjoner slik at praksis ikke flyter ut.

2. Heving av beløpsgrensen for skatteattester og HMS-erklæring

Det vises til departementets forslag om å heve den nasjonale beløpsgrense for kunngjøringsplikt til 500 000 kroner. Samtidig legges det til rette for at oppdragsgiver ikke skal ha plikt til kreve dokumentasjon av ordnede HMS- og skatteforhold for anskaffelser inntil samme beløpsgrense.

Ordningen med skatteattester og HMS-klausul (egenerklæring) ble etablert for å sikre at det offentlige ikke inngår kontrakter med virksomheter som mangler evne og vilje til å betale sine

forpliktelser til fellesskapet eller overholde grunnleggende HMS-regler. Tilsvarende vekt ble lagt på signaleffekten, nemlig at det er undergravende fra et samfunnsmessig ståsted, at nevnte virksomheter blir belønnet med offentlige kontrakter.

SBL mener det er positivt at departementet er opptatt av leverandørers samlede dokumentasjonsbyrde ved deltagelse i konkurranser om offentlige kontrakter. I denne sammenheng vises det til utarbeidelse av Beste praksis veileder og arbeidet med kunngjøringsskjemaer, som særlig tar for seg oppdragsgiverinitierte dokumentasjonskrav. Forelagte forslag innebærer at leverandørene slipper innhenting og oversendelse av skatteattester for kontrakter inntil 500 000 + mva, noe som letter leverandørers administrative byrde og kostnader. I så måte kan forslaget sees som et ledd i å minske det totale omfang av dokumentasjonsbyrde.

Forslaget har imidlertid viktige negative sider knyttet til seg som ikke kan settes til side pga ønske om teknisk forenkling av anskaffelsespraksis. Konsekvensene av manglende vektlegging av ordnede skatteforhold og HMS i en konkurranse om offentlige kontrakter, bekymrer seriøse leverandører. Dette utdypes nedenfor.

Forslagets negative virkninger - økt konkurransefordel til "useriøse virksomheter"

Kontrakter opp til 500 000 kroner + mva er av betydelig størrelse for små og mellomstore bedrifter. For mange små virksomheter er en eller to kontrakter av denne størrelsen en vesentlig del av den årlige omsetningen. Uten at det er mulig å fremskaffe nøyaktige tall, er det rimelig å legge til grunn at det antall det offentlige totalt sett inngår av kontrakter på denne størrelsen og under, utgjør et vesentlig antall. Det er derfor fra et næringslivsståsted og for samfunnet for øvrig, helt sentralt at det offentlige bidrar til å opprettholde et skille mellom de virksomheter som følger grunnleggende regler og de som ikke gjør det. Virksomheter som ikke etterlever de hensyn som skatteattestene og HMS-erklæringen skal ivareta, må ikke tildeles offentlige kontrakter. Det blir en konkurranse på feil vilkår og gir økt konkurransedyktighet til de som ikke etterlever reglene. Det er en reell problemstilling at virksomheter som ignorerer HMS- og skatteregler, frigjør kapital til å konkurrere på pris.

Forslaget bør utsettes inntil alternative kontrollformer tas i bruk

SBL anmoder derfor departementet om å revurdere forslaget inntil det samtidig opprettes systemer som oppdragsgiver skal benytte for å sikre at offentlige kontraktinngåelser skjer med virksomheter som har ordnede HMS og skatte/avgiftsforhold.

Dette innebærer at det fortsatt bør være en plikt til for oppdragsgivere å kontrollere at virksomheten som har betalt skatt og mva på kontrakter fra 200 000 kroner og oppover. Dagens attester, på tross av sine mangler, er med å skape et skille mellom virksomheter som følger grunnleggende regler og de som ikke gjør det. Dette er hensyn som i fremtiden må vektlegges mer, og ikke mindre.

De administrative kostnadene, i denne sammenheng, faller primært på leverandørene som må fremskaffe dokumentasjon om slike forhold. På tross av dette, har de av våre medlemmer som har uttalt seg om spørsmålet sluttet opp om dagens ordning inntil man får et system som gjør attestene overflødige.

SBL vil likevel understreke at tiden er overmoden for opprettelse av systemer eller samhandling mellom de ulike offentlige organ som innebærer at virksomheter ikke må sende

inn skatte- og avgiftsinformasjon når dette allerede finnes i det offentlige system. Arbeidet med å finne slike løsninger bør intensiveres og gis høy prioritet.

Forslag om å styrke hensynet bak skatteattestordningen og HMS erklæringen

Dagens skatteattest og HMS-erklæring, har etter vår vurdering enkelte svakheter som bør utbedres.

- Krav om dokumentasjon av skatte- og avgiftsforhold må også gjelde utenlandske virksomheter

Ovennevnte problemstillinger innebærer at oppdragsgivere systematisk bør stille krav til at utenlandske virksomheter dokumenterer tilsvarende forhold. Hensynene bak ordningen tilsier ikke at man skal opprettholde dagens forskjell, hvor det er obligatorisk for norske virksomheter å dokumentere overholdelse av oppfylte forpliktelser, mens det er frivillig å etterspørre dette fra utenlandske virksomheter. Sistnevnte er en form for omvendt diskriminering som stadig får mer betydning for norske virksomheter, ettersom handel over landegrensene blir enklere. Det understrekes at det ikke er pliktene i seg selv det reises spørsmål om, men forskjellen mellom krav til utenlandske og norske. Regelverket blir her en viktig premissleverandør for en ønsket utvikling. Det er ikke akseptabelt at utenlandske virksomheter som ikke oppfyller sine lovpålagte forpliktelser i sitt hjemland, blir vinnere av kontrakter i Norge. I forskriften kan dette løses ved å tilføye at utenlandske virksomheter skal frembringe attest eller bekreftelse på at de ikke har forfalte og uoppgjorte skatter i det landet hvor virksomheten er registrert.

- Dagens ordning for b/a tjenester ved bruk av underleverandører - tilsvarende for tjenester

Tilsvarende som for bygg- og anleggsbransjen, må også tjenestevirksomheter i mange sammenhenger benytte underleverandører. Innenfor enkelte tjenestesegmenter er det et problem at det med viten eller i uvitenhet benyttes useriøse underleverandører. I mange tilfeller vil intensjonen med kravet til ordnede skatteforhold bli undergravd, hvis ikke underleverandørene også følges opp. Vi vil derfor foreslå å utvide utkastets §7-7 og 15-15 til også å omfatte bruk av underleverandører ved kjøp av tjenester.

- HMS-erklæringen - klausul om samtykke til å hente inn relevante opplysninger

Virksomheter må i dag bekrefte at virksomheten er lovlig organisert i henhold til gjeldende skatte- og arbeidsmiljøregelverk. Mulighetene for oppdragsgivere til å få opplysninger fra ulike offentlige instanser som øker mulighetene til å finne ut om reelle forhold, er imidlertid ofte begrenset som følge av taushetsplikt. Taushetsplikten gjelder, med mindre virksomheten samtykker til innsyn.

Det foreslås derfor at HMS - erklæringen tilføyes en passus, hvor det fremgår at virksomheten gir oppdragsgiver fullmakt til å hente inn ytterligere opplysninger om antall og hvilke ansatte som er registrert i arbeidsregisteret. Tilsvarende for å sjekke om skatteattesten er reell og ikke forfalsket. Ordningen vil først og fremst virke preventivt ved at virksomhetene løper en reell risiko for at oppdragsgiver kan bli kjent med forholdene. Dette kan bidra til at det offentlige markedet blir mindre attraktivt for leverandører som har svart økonomi. En slik bestemmelse

gir også den nødvendige fleksibilitet for oppdragsgivere til å intensivere kontrollen ved anskaffelser på tjenestoområder hvor problemet er størst.

3. Forretningshemmeligheter og begrunnelsesplikten

SBL mener at åpenhet i forbindelse offentlige anskaffelser er grunnleggende og at leverandører må påregne at vesentlige deler av tilbudet blir kjent blant konkurrenter og allmennheten. Selv om enkelte leverandører opplever dette som ugunstig, er hensynet til en dekkende og forklarende begrunnelsesplikt helt sentralt. Begrunnelsesplikten skal både sikre en mulighet for leverandøren til å kontrollere at anskaffelsesprosessen har skjedd på riktig måte og stimulere til leverandørutvikling. En tilstrekkelig begrunnelse vil også ofte hindre unødvendige klager, siden leverandøren føler seg tryggere på at oppdragsgivers prosess og vurderinger er i samsvar med regelverket. Forslaget til ny bestemmelse om begrunnelsesplikt gir et godt grunnlag for dette.

Den absolutte grense for hvor åpen oppdragsgiver kan være, er informasjon om leverandørers forretningshemmeligheter. I denne sammenheng vises det til forvaltningsloven og plikten til å hindre at forretningshemmeligheter blir kjent for andre enn mottager av opplysningene. Grensen mellom hva bransjen opplever som forretnings sensitivt og hva som er forretningshemmeligheter i juridisk forstand, kan være utfordrende for både leverandører og oppdragsgivere.

I lys av at det i forslag til ny offentlighetslov ligger et forslag om at både anbudsprotokoll og tilbud skal være offentlige dokumenter etter kontraktinngåelse, blir skillet stadig viktigere. Foruten at leverandører kan bli svært skadelidende av en feilvurdering av oppdragsgivere om hva som er forretningshemmeligheter, er det skadelig ut fra et samfunnsmessig ståsted. Hvis leverandørene oppfatter det som en reell risiko for at virksomheten må eksponere sine forretnings sensitive sider for å delta i en konkurranse om kontrakten, er dette trolig noe som mange virksomheter vurderer som en for høy pris å betale for en kontrakt. Resultatet kan bli at mange vegrer seg for å konkurrere om offentlige kontrakter. Det er derfor viktig å ha et rammeregelverk som gir insitant til en god kommunikasjon mellom oppdragsgivere og leverandører om hvilke opplysninger leverandørene oppfatter som sensitive for virksomhetenes forretningsmodell.

Når det gjelder endringer i selve begrunnelsespliktbestemmelsene for øvrig, støtter SBL forslaget fra NHO om tydeliggjøring av innholdet i meddelelsen om kontraktstildeling.

Endringsforslag

Det er leverandørene selv som er best orientert om hva som er sensitive opplysninger på forretningsområdet. Det foreslås derfor at det i bestemmelsene om konkurransegrunnlaget tas inn en bestemmelse som oppfordrer leverandørene til å indikere hvilke deler av tilbudet som inneholder forretningshemmeligheter. Selv om oppdragsgiver må vurdere om dette er i samsvar med norsk lov (herunder begrunnelsesplikten), gir dette en viss beskyttelse mot at legitime forretningsinteresser frigis eller videreformidles uten dialog med den aktuelle tilbudsgiver. Dette kan også bidra til at oppdragsgiver kan frigi mer informasjon om anskaffelsen raskere og gi mer omfattende begrunnelser uten merarbeid.

4. Tildelingskriterier

Departementet har tatt ut kriterielisten i reglene 2. ledd. Dette mener vi av ulike årsaker er uheldig.

SBL mener at det ikke er tvilsomt at kriterielisten har hatt og vil ha praktisk betydning. De oppregnede kriteriene i direktivet angir eksempler på egenskaper ved anskaffelsen som typisk kan være av betydning i vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Dette kan hjelpe oppdragsgivere som ikke er "superbrukere" av regelverket til å utarbeide kriterier for sin anskaffelse. Kriterielisten har derfor en pedagogisk verdi. Det er også å bemerke at direktivet har kodifisert EF-domstolens praksis, ved å legge miljø inn i kriterielisten. Det foreslås at kriterielisten legges inn i bestemmelsene.

Når det gjelder Del II, § 12-2, støtter vi at det ikke bør være obligatorisk med vektning siden del II også omfatter alle slags typer tjenester (uprioriterte). Derimot er vi av den oppfatning at det også her må være krav til at oppdragsgiver skal foreta en prioritering av tildelingskriteriene. Ønsker man større profesjonalitet inn i innkjøp, er det en selvfølge at oppdragsgiver både må ha vurdert sitt behov og hva som må være utslagsgivende ved en tildeling.

5. KOFA som håndhevingsorgan

SBL forstår departementets syn på at KOFA, rent umiddelbart, kan være et logisk organ å legge de håndhevingsfunksjoner som knyttes til innføring av sanksjonsbestemmelsen for ulovlig direkteanskaffelse. KOFAs medlemmer har høy kompetanse innenfor offentlige anskaffelser og er blitt et organ med tyngde. SBL frykter likevel at den foreslåtte organisatoriske løsningen vil gå på bekostning av KOFAs primære oppgaver og undergrave de forutsetninger som skal til for at KOFA fortsatt skal være et hurtigarbeidende og rimelig tvisteløsningsorgan hvor samarbeidsvillige oppdragsgivere er en forutsetning. SBL vil tilråde at håndhevelsesoppgaven legges til en annen enhet enn KOFA.

Bakgrunnen for at vi fraråder å legge slike håndhevelsesfunksjoner til KOFA, bygger på forutsetningen for opprettelsen av KOFA, og hvilke enkeltfaktorer som gjør at KOFA fungerer etter intensjonen.

KOFA er i dag et organ som gir rådgivende uttalelser. KOFA fungerer derfor som en korreksjonsenhet med betydelig tyngde og gjennomslagskraft. Organets faglige uttalelser blir nesten alltid fulgt opp av oppdragsgivere eller leverandørene. KOFA har dermed blitt et forholdsvis hurtigarbeidende avklarings- og tvisteløsningsorgan med tillit både blant de fleste innkjøpere og leverandører. Lav terskel for å få prøvd etterlevelsen av regelverket for organet, innebærer at organet kobles inn før kontrakt inngås. KOFAs uttalelser gir med andre ord en mulighet for å korrigere anskaffelsesprosessen, før feil i anskaffelsesprosessen er uopprettelig eller at partene går i "skyttergraven" med advokater som "eneste allierte". Dette er svært verdifullt for både leverandører og oppdragsgivere, samt gjør avklaringsprosessen rimelig og rask. Et grunnleggende suksesskriterium for KOFAs virke er med andre ord at oppdragsgivere også i fremtiden er samarbeidsvillige, åpne og raske til å overlevere all nødvendig informasjon om den konkrete anskaffelsen.

Som NHO er SBL bekymret for at håndhevelsesoppgaven vil gå utover KOFAs nøytralitet og tillit for dem som organet skal fungere for. I dag fungerer KOFA som en god korreksjons- og veiledningssenhet overfor oppdragsgivere som overtrer regelverket. Dersom en leverandør benytter seg av KOFA som tvisteløsningsorgan, skal oppdragsgiver være forpliktet til å delta i prosedyren. Dersom KOFA skulle bli pålagt oppgaven som håndhevingsorgan, vil dette kunne svekke tilliten blant innkjøpere. Det er grunn til å tro at oppdragsgivere vil være atskillig mer tilbakeholdne og sendrektige med å fremskaffe informasjon, hvis de samtidig skal beskytte seg selv mot andre funn som kan resultere i sanksjoner. Dette vil igjen gå ut over saksbehandlingstiden og den raske løsning av saker. Innkjøpere vil, av frykt for å bli avslørt, og ”inkriminere” seg, kunne motsette seg det samarbeidet med KOFA som vi ser i dag. Oppgaven bør derfor legges til en enhet forskjellig fra KOFA, slik at ikke KOFAs primære og viktigste funksjoner blir skadelidende. SBL vil imidlertid understreke at selve sanksjonsmuligheten er helt nødvendig, og at de praktiske utfordringene med å finne en mer optimal håndhevingsenhet ikke går på bekostning av foreslått regel om sanksjon mot ulovlige direkteanskaffelser.

Et annet argument mot å legge oppgaven til KOFA, er KOFAs saksbehandlingsrutiner med skriftlig saksbehandling. En slik saksbehandling er problematisk i forhold til å pålegge en innkjøper bot ved ulovlig direkteanskaffelser.

Når det gjelder å legge oppgaven til Konkurransetilsynet, er vi enig med departementet i at Tilsynet mangler kompetanse på fagområdet. Vi råder derfor departementet til å vurdere organisasjonsløsninger som samlet sett tilrettelegger for bedre måloppnåelse med regelverket, samt setter både veiledning, tvisteløsning og håndhevelse i system. For øvrig vises det til NHOs forslag hvordan dette kan gjøres.

6. Standardkontrakter

Forutsetningene i Ot.prp nr 71 s 41-44 om at standardavtaler skal benyttes der slike finnes, følges ikke opp i praksis. Dette er uheldig fordi det ligger svært mye besparelser, både av administrative og økonomiske karakter, ved å anvende standardkontrakter. Tilsvarende argumenter som legges til grunn for å ha standardiserte konkurranseprosedyrer, kan gjøres gjeldene for at det offentlige som bør benytte disse. Utglidende praksis tilsier en skjerpet eller klarere ordlyd, slik at oppdragsgivere ikke ubegrunnet fraviker de balanserte kontraktene. Utkastets § 3-8 (1), bør derfor lyde:

”Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder skal disse benyttes, såfremt ikke det kan påvises begrunnede (alternativ: konkrete) forhold som gjør det nødvendig med avvik fra standarden”.

Med vennlig hilsen

Petter Furulund
Administrerende direktør
Servicebedriftenes landsforening