



Moderniseringsdepartementet  
Ved: Konkurranspolitisk avdeling  
Postboks 8004 Dep.

0030 Oslo

MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
ARKIVKODE
- 7 JULI 2005
SAKSB. KPA
SAKSNR. 200501325 - 175

Deres ref.: 200404123 Vår ref.: 2005/509  
Stab ØIS GHVO

Saksbeh.: Gro Holst Volden/ Dato: 5. juli 2005  
Per S. Langseth

## ■ Endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Konkurransetilsynet viser til brev fra Moderniseringsdepartementet (MOD) av 6. april 2005 vedrørende høring om endringer i regelverket for offentlige anskaffelser. Nedenfor gir Konkurransetilsynet sine merknader til forslagene i høringsnotatet.

### Lovens formål

MOD foreslår en tilføyelse i lovens formålsparagraf – ”Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med høy integritet, slik at allmennheten kan ha tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.” Konkurransetilsynet støtter dette forslaget, som vi antar vil gi et viktig signal både til innkjøpere og utad. Det offentlige foretar innkjøp for over 200 mrd kr årlig og det er av stor viktighet at man sikrer reell konkurranse og effektiv ressursbruk ved anskaffelsene. En forutsetning for dette er at leverandører og andre har tillit til at offentlige oppdragsgivere faktisk foretar innkjøp basert på objektive og ikke-diskriminerende kriterier, noe som også er ett av hensynene bak forslaget om sanksjonering mot ulovlige direkteanskaffelser. Anseelse og respekt hos allmennheten på dette området vil dessuten kunne ha overføringsverdi til andre områder hvor det offentlige er avhengig av tillit.

### Sanksjonering av ulovlige direkteanskaffelser

#### Generelt om innføring av hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr

Vi er positive til at MOD tar tak i problemet knyttet til det antatt store omfanget av ulovlige direkteanskaffelser, dvs. at oppdragsgiver tar direkte kontakt med en leverandør fremfor å følge regelverket med kunngjøring og konkurranseprosedyre. I motsetning til andre feil og mangler ved anskaffelsesvirksomheten i offentlig sektor, kommer ulovlige direkteanskaffelser sjelden frem i lyset, nettopp fordi anskaffelsene ikke er kunngjort slik de burde.

I AUDA-rapporten foreslås en rekke sanksjoner og tiltak. Konkurransetilsynet deler vurderingen av behovet for å innføre sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser. I likhet med en rekke andre høringsinstanser var vi imidlertid kritisk til AUDAs sterke fokus på sanksjonering relativt til tiltak som forenkling av regelverket og økt informasjon, for å bedre etterlevelsen av regelverket. Vi pekte på at et komplisert regelverk og en for lav nasjonal terskelverdi kunne være en viktig årsak til det betydelige omfanget av ulovlige direkteanskaffelser. Således synes MODs ”pakkeløsning”,

med både en viss regelforenkling, hevet terskelverdi og innføring av sanksjonshjemmel for de som likevel bryter kunngjøringsreglene, tilfredsstillende.

Konkurransetilsynet støtter forslaget om å innføre en hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr, som vi antar vil være den mest hensiktsmessige sanksjonsmekanismen overfor ulovlige direkteanskaffelser. Selv om det kan få uheldige ringvirkninger dersom f.eks. en kommune med dårlig økonomi må betale gebyr, bør dette kunne forsvares når man legger til grunn at samfunnet på sikt vil oppnå betydelige innsparinger. En straffebestemmelse *kan* også være en passende sanksjon i særlig grove og klart overlagte tilfeller, men dette vil være et svært radikalt og muligens uproposjonalt tiltak. Vi antar at adgang til å ilegge overtredelsesgebyr, hevet terskelverdi og et mer oversiktlig og fleksibelt regelverk, samlet vil bidra til å redusere omfanget av ulovlige direkteanskaffelser.

Vi er også enige i at det er ønskelig med en felles sanksjonshjemmel for klassisk sektor og forsyningssektor.

#### Nærmere om gebyret

Det er positivt at man i selve loven gjengir hvilke faktorer det skal legges vekt på ved fastsetting av gebyrets størrelse. Dette vil gi både veiledning og forutberegnelighet med hensyn til hvilke overtredelser man særlig ønsker å reagere mot. MOD foreslår et tak på 15 % av anskaffelsens verdi ved utmåling av overtredelsesgebyret. Konkurransetilsynet stiller spørsmål ved om dette muligens er noe lavt. Det er viktig å sikre at nivået virker tilstrekkelig preventivt på innkjøpere. Gebyret må følgelig klart overstige transaksjonskostnadene ved å gjennomføre konkurranse etter regleverket. Vi er usikre på om dette er tilstrekkelig godt ivaretatt i forskriftsforslaget.

#### Håndhevingsorgan

AUDA foreslo Konkurransetilsynet som håndhevingsorgan – og tilsynsorgan – overfor ulovlige direkteanskaffelser. MOD foreslår derimot KOFA som håndhevingsorgan. Nemnda har nå fungert i over to år, befestet sin posisjon på anskaffelsesområdet og må anses å være allment kjent blant både innkjøpere og leverandører. KOFA-sekretariatet er i dag underlagt Konkurransetilsynet, og MOD mener at tilsynet kan bistå med det administrative knyttet til overtredelsesgebyr. KOFA skal imidlertid ikke ha noen generell tilsynsrolle i den forstand at den skal kunne ta opp saker av eget tiltak overfor ulovlige direkteanskaffelser.

Konkurransetilsynet hadde i sin høringsuttalelse til AUDA-rapporten en rekke kritiske merknader til forslaget om å tildele tilsynet rollen som håndhevingsorgan (og tilsynsorgan) i forbindelse med ulovlige direkteanskaffelser. Vi pekte på at det vil være uheldig med flere ulike offentlige myndigheter på anskaffelsesområdet – Konkurransetilsynet skulle i så fall håndheve reglene om ulovlige direkteanskaffelser, mens alle andre typer klager på anskaffelsesområdet måtte rettes til KOFA. En slik todeling ville kunne skape uklarhet og uryddighet i forhold til grensene for de to organenes ansvarsområder. Vi støtter derfor MODs vurdering som innebærer at alle klager rettes til KOFA, slik at man også får samlet fagkompetansen.

#### Tilblivelse og forfølging av saker

Det kan derimot stilles spørsmål ved vurderingen av at det ikke er behov for et tilsynsorgan overfor ulovlige direkteanskaffelser. MOD viser blant annet til at en utvidet krets av klageberettigede vil sørge for at KOFA gjøres oppmerksom på overtredelser. Etter gjeldende regelverk må klager ha *saklig interesse* i å få vurdert lovmessigheten av anskaffelsen, men ifølge forslaget skal *enhver* kunne fremsette klage. Dette innebærer i praksis følgende endring: For det første vil også lokalpolitikere, kommuneansatte og andre som får kjennskap til ulovlige direkteanskaffelser gjennom sitt daglige virke, nå kunne levere klage. Vi tror imidlertid at disse, i likhet med forbigåtte leverandører, i de fleste tilfeller vil mangle incentiver til å gjøre dette pga frykt for ulike former for represalier. For det andre innebærer utvidelsen at forbigåtte leverandører og andre som frykter

”straff” dersom de står frem, vil kunne bli ”anonyme” ved å få en annen som ikke assosieres med saken til å stå frem som klager.

Gitt at KOFA ikke skal kunne ta opp saker av eget tiltak anbefaler Konkurransetilsynet at man i stedet for å tillate en slik omvei også formelt gir anledning til å tipse KOFA anonymt. MOD vurderer dette spørsmålet i høringsnotatet, i lys av at det i ”kartellsaker” etter konkurranseloven er adgang til anonymitet. Departementet mener imidlertid at saker om ulovlige direkteanskaffelser er enklere å avdekke, og man er mindre avhengig av tips fra ”innsiden”. Konkurransetilsynet er enig i at ulovlige direkteanskaffelser trolig er enklere å avdekke, men mener at det er et problem at man i fravær av en tilsynsmyndighet likevel vil være avhengig av at ulike aktører har tilstrekkelig incentiv til å klage, for å få kjennskap til sakene. Vi er ikke overbevist om at dette er tilfellet, selv om MODs forslag om at *enhver* skal kunne klage – *uten å måtte betale rettsgebyr* – er positive og trolig helt nødvendige tiltak.

Vi tror ikke innføring av en rett til å kunne klage anonymt vil svekke klagenes seriøsitet eller oppdragsgivers rettssikkerhet i betydelig grad. KOFA vil ifølge forslaget uansett ha mulighet til å avvise klager dersom de virker grunnløse og kun er basert på spekulasjoner. Dersom det *ikke* har foregått en ulovlig direkteanskaffelse bør oppdragsgiver dessuten kunne dokumentere dette på en relativt enkel måte med henvisning til sine regnskaper og anskaffelsesprotokoll.

#### Økonomiske og administrative konsekvenser

Departementet antar at håndteringen av det nye sanksjonsmidlet kan skje innenfor dagens kompetanse i KOFA-sekretariatet, hos nemdsmedlemmene og med bistand fra Konkurransetilsynet, og at økningen i ressursbehovet til KOFA derfor vil bli liten. Vi vil stille spørsmål ved om det er realistisk å anta at innføring av adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr ikke vil kreve økte ressurser. Det kan herunder nevnes at Konkurransetilsynet per i dag har relativt begrenset kompetanse på anskaffelsesområdet, og også begrenset erfaring med å håndtere det administrative knyttet til overtredelsesgebyr.

I likhet med overtredelsesgebyr i konkurransesaker, vil heller ikke vedtak om gebyr ved ulovlige direkteanskaffelser etter høringsforslaget kunne påklages til departementet. Det må derfor anlegges søksmål mot staten ved Konkurransetilsynet, dersom man mener at det ikke er grunnlag for gebyret. Særlig i en startfase er det grunn til å tro at avgjørelser som innebærer overtredelsesgebyr vil bli utfordret og innbrakt for domstolene. Håndtering av saker i rettssystemet krever vanligvis store ressurser.

Tilsynet har allerede opprettet en ordning med egne ansatte advokater/advokatfullmektiger som en viktig del av arbeidet med å forberede den økning i antallet rettssaker man kan forvente som følge av overgangen til ny konkurranselov. På noe sikt vil derfor KOFA-sekretariatet/ Konkurransetilsynet trolig kunne håndtere de fleste saker på egen hånd, eventuelt i samarbeid med Regjeringsadvokaten. Det krever imidlertid ressurser å bygge opp og opprettholde en slik ordning. Det er viktig for å sikre sanksjonens effektivitet at det tas høyde for dette.

#### **Forskriftens nye struktur**

For å få en mer logisk og pedagogisk oppbygning av forskriften, foreslår MOD å bytte om dagens del II Anskaffelser over EØS-/WTO-terskelverdiene og del III Anskaffelser under terskelverdiene og uprioriterte tjenester. Del I Almennlige bestemmelser er gjort mer oversiktlig blant annet ved at forskriftens mange definisjoner er skilt ut i et eget kapittel. Konkurransetilsynet ønsker disse endringene velkommen, og tror de vil bidra til bedre oversiktighet for brukerne av regelverket. MOD foreslår også å fjerne enkelte overflødige bestemmelser, og har foretatt visse språklige forenklinger og omskriving der hvor det var uklarheter.

Implementering av direktivet fører totalt sett til en økning i antall bestemmelser i forskriften. Hensikten med de nye bestemmelsene er imidlertid å øke fleksibiliteten i regelverket, slik at det legges bedre til rette for moderne (elektroniske) innkjøpsprosesser. Konkurransetilsynet stiller seg derfor i hovedsak positivt til endringene.

### **Heving av nasjonal terskelverdi**

Konkurransetilsynet støtter forslaget om å heve den nasjonale terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner. Som nevnt ovenfor benyttet vi anledningen allerede i vår høringsuttalelse til AUDA-rapporten til å påpeke at terskelverdien på 200 000 kr syntes noe lav, og antydte at dette kunne være en av årsakene til at oppdragsgivere foretar ulovlige direkteanskaffelser. Ved mindre anskaffelser vil det på grunn av transaksjonskostnader ikke være kostnadseffektivt å gjennomføre kunngjøring og andre tidkrevende og formaliserte prosedyrer. Nivået på en nedre terskelverdi for adgangen til å benytte direkte kjøp bør gjenspeile en avveining mellom transaksjonskostnadene på den ene siden og de forventede besparelser som følge av at det blir konkurranse om kontrakten, at man motvirker kameraderi mv. på den andre siden.

Hva som er det optimale nivået vil være et empirisk spørsmål. Asplan Viak foretok i 2004, på oppdrag fra Nærings- og handelsdepartementet, en empirisk vurdering av terskelverdien, blant annet basert på spørreundersøkelser med leverandører og oppdragsgivere, dybdeintervjuer med oppdragsgivere og observasjoner fra privat sektor. Asplan Viak kommer til at samfunnsøkonomisk optimal terskel vil ligge på rundt 500 000 kr. Konkurransetilsynet har ingen grunn til å motstride denne konklusjonen. Den er også i tråd med det inntrykket tilsynet fikk fra kommunesektoren da vi i 2003 gjennomførte en høringsrunde om effektivitetsbegrensende statlige pålegg. Den lave nasjonale terskelverdien i anskaffelsesforskriften ble fremhevet som en vesentlig begrensning på kommunenes mulighet til å utføre sine oppgaver på mest effektive måte. Flere kommuner antydte nettopp 500 000 kr som en bedre tilpasset beløpsgrense. Vi anbefaler at terskelverdien i fremtiden reguleres oppover i tråd med den generelle prisutviklingen.

Tilsynet antydte i sitt innspill til departementet av 15. desember 2004 at et alternativ vil kunne være å fjerne den nasjonale terskelverdien og således heve den helt til EØS-nivå. Man måtte da nødvendigvis kompensere med å innføre enklere kunngjørings- og protokollføringskrav for nasjonale anskaffelser, samt en viss sanksjonering ved brudd på disse

### **Anskaffelser under nasjonal terskelverdi**

#### Synliggjøring av generelle bestemmelser

Konkurransetilsynet ser svært positivt på MODs fokus på å synliggjøre det faktum at de grunnleggende kravene i loven § 5 også skal følges for anskaffelser under nasjonal terskelverdi. Vi tror særlig det er behov for dette i forbindelse med at terskelverdien heves, idet omfanget av anskaffelser under nasjonal terskelverdi vil øke.

Etter loven § 5 skal en anskaffelse så langt det er mulig være basert på konkurranse. Videre skal oppdragsgiver sikre hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, tildele kontrakter på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier, ikke dele opp anskaffelser for å komme under terskelverdi mv. Det er indikasjoner på at mange oppdragsgivere i dag ikke er tilstrekkelig klar over at de generelle kravene i loven § 5 må følges for *alle* anskaffelser. Faktisk synes det å herske en oppfatning om at det er "fritt frem" å tildele kontrakter under terskelverdi.

MOD foreslår nå at både lovens formålsparagraf og viktige deler av lovens § 5 tas inn i forskriften del I. Videre er det tydeligere fremhevet at del I gjelder for *alle* anskaffelser. Konkurransetilsynet tror at dette er et egnet tiltak, da forskriften i praksis ofte fungerer som oppdragsgivernes

arbeidsredskap i anskaffelsesprosesser. Vi noterer imidlertid at det fremdeles ikke vil være sanksjoner overfor oppdragsgivere som ikke forholder seg til disse generelle bestemmelsene.

#### Utvidet protokollplikt

MOD foreslår at dagens krav om protokollplikt for anskaffelser over 200 000 kroner utvides til å omfatte alle anskaffelser over 50 000 kroner. Isolert sett innebærer dette å påføre oppdragsgivere ytterligere transaksjonskostnader ved sin anskaffelsesvirksomhet. På den annen side vil innføring av en protokollplikt også for små anskaffelser sende viktige signaler til oppdragsgivere om at konkurransemekanismen *skal* benyttes så langt det lar seg gjøre, og det kan således føre til skjerpede interne rutiner. Protokollføring vil dessuten øke etterprøvbareheten og lette ulike instansers kontroll med at oppdragsgivers beslutninger er fattet i samsvar med regelverket. I lys av at terskelverdien foreslås hevet til 500 000 kroner tror Konkurransetilsynet at protokollplikt for anskaffelser under terskelverdien vil være et viktig virkemiddel for å sikre at de generelle kravene i loven § 5 blir overholdt.

Konkurransetilsynet er opptatt av at denne plikten må kunne etterleves på en brukervennlig og kostnadseffektiv måte. MOD har utarbeidet forslag til et nytt utfyllingsskjema som vil være vedlagt forskriften. Vårt inntrykk er at dette skjemaet er enkelt og lite ressurskrevende å fylle ut.

#### Spørsmål om kunngjøringsplikt

MOD vurderer også behovet for å innføre kunngjøringsplikt for anskaffelser under nasjonal terskelverdi, men kommer til at dette vil innebære en motvekt til heving av terskelverdien og således redusere den tiltenkte forenklingseffekten. Ved detaljerte krav om kunngjøring vil man et godt stykke på vei påføre oppdragsgiver transaksjonskostnader man hadde til hensikt å unngå. Konkurransetilsynet ser disse argumentene, men er også opptatt av leverandørenes mulighet til enkelt å kunne orientere seg i markedet for offentlige oppdrag. For mindre leverandører kan oppdrag som i dag må kunngjøres, men som vil falle *under den nye og høyere terskelverdien*, utgjøre en stor og viktig del av omsetningen. I en situasjon hvor det er opp til oppdragsgiver hvordan han vil foreta slike "mindre" innkjøp, herunder hvilke leverandører han vil kontakte for tilbud, kan mange små leverandører lett bli "glemt". Uten kunngjøring vil de selv finne det ressurskrevende å søke seg frem til oppdragsmulighetene. På noe lengre sikt kan dette medføre at mindre aktører faller ut av markedet.

Det kan kort legges til at kunngjøring av anskaffelser under terskelverdi også vil bidra til å avdekke ulovlig oppsplitting av anskaffelser for å komme under terskelverdi. For eksempel vil leverandører og andre komme til å reagere dersom de registrerer to nær identiske kunngjøringer på 450 000 kr med kort tids mellomrom.

Dersom det er mulig å utarbeide et svært enkelt kunngjørings skjema, tilsvarende skjemaet som MOD allerede har laget for protokollføring for anskaffelser mellom kr 50.000,- og kr 500.000,-, anbefaler vi at departementet innfører dette. En mulighet kan være å etablere en offentlig database hvor oppdragsgiver går inn og fyller ut ovennevnte protokollskjema – noen av punktene kan fylles ut i forkant av anskaffelsen og fungere som kunngjøring, mens man i ettertid supplerer med informasjon om hvilken leverandør som ble valgt. Således har man et dynamisk protokollskjema, og samlet tid som går med til utfylling behøver ikke være mange minutter. Følgen av å innføre en slik løsning, vil være at tilbydere lettere kan orientere seg om direkteanskaffelser, samtidig som oppdragsgiver oppfyller sin protokollplikt. Vi antar også at en integrert kunngjøring og protokollering av direkteanskaffelser, vil kunne bidra til å redusere omfanget av ulovlige direkteanskaffelser gjennom bevisstgjøring av at lovens alminnelige krav om konkurranse må følges for alle anskaffelser.

### Konkurrans med forhandling – hvem skal man forhandle med

Det nye direktivet synes å bidra til en viss klargjøring med hensyn til hvem oppdragsgiver skal forhandle videre med ved bruk av konkurranseformen "konkurrans med forhandling".

Konkurransetilsynet er positivt til dette, da de gjeldende bestemmelsene for konkurranse med forhandling synes noe uklare med hensyn til hvordan antall tilbud skal reduseres. Generelt synes forskriftsforslaget å innebære at oppdragsgiver gis større fleksibilitet til å gjennomføre prosedyren slik han finner mest optimalt for den enkelte anskaffelse. Vi er særlig positive til at det nå legges bedre til rette for at oppdragsgiver slipper å gå igjennom ikke-reelle forhandlinger med et stort antall leverandører som har levert ikke-konkurransedyktige tilbud. Dette vil innebære sparte transaksjonskostnader for alle parter.

Vi merker oss at man i forskriftsforslaget fremdeles ikke presiserer *hvor mange leverandører* det i siste instans skal forhandles med, bare at det må være et *tilstrekkelig antall som kan sikre reell konkurranse*. Hva som skal til for å sikre reell konkurranse vil måtte vurderes i henhold til de innkomne tilbudene. I bestemmelsen om deltakelse i konkurranser hvor det settes en grense for antall deltakere (jf. kap. 5 i høringsnotatet del II) fremgår derimot eksplisitt at det *ikke skal være mindre enn tre*. Dette kan muligens bidra til noe forvirring, og vi stiller spørsmål ved om det ikke hadde vært hensiktsmessig å inkludere tallet tre også i bestemmelsen om konkurranse med forhandling, i det minste som en "bør"/"hvis mulig"-bestemmelse.

### Avvisningsreglene

Reglene om avvisning av leverandører har vært betraktet som uklare, og Konkurransetilsynet finner at de fleste av de nye bestemmelsene som innføres, synes å innebære en forbedring. For eksempel fjernes den absolutte avvisningsregelen ved avvik fra konkurransegrunnlaget og ved ufullstendige tilbud, noe som kan bidra til økt fleksibilitet og et mindre rigid regelverk. Situasjoner der leverandøren er brukt som rådgiver vil nok alltid være vanskelige, men den foreslåtte bestemmelsen bidrar i det minste til en viss klargjøring med hensyn til når man skal avvise tilbud fra en rådgiver. Vi anbefaler at de generelle avvisningsreglene søkes ytterligere klargjort i veilederen til forskriften.

Konkurransetilsynet vil nedenfor gi noen betraktninger rundt bestemmelsen om avvisning på grunnlag av økonomisk kriminalitet. Det nye direktivets artikkel 45 krever at leverandører skal avvises dersom oppdragsgiver har kjennskap til at leverandøren er rettskraftig dømt for visse nærmere angitte kriminelle handlinger. Direktivet lister opp fire handlinger som skal lede til avvisning,

- a) deltakelse i en kriminell organisasjon slik det er definert i artikkel 2(1) i Rådets vedtak 98/733/JHA,
- b) korrupsjon slik det er definert i artikkel 3(1) i Rådets vedtak 98/742/JHA,
- c) svindel slik det er definert i artikkel 1 i konvensjonen om beskyttelse av Fellesskapets finansielle interesser og
- d) hvitvasking slik dette er definert i artikkel 1 i hvitvaskingsdirektivet 91/208/EEC.

I forskriftsteksten § 10-10 hhv. 18-12, begge steder bokstav e, er dette foreslått løst ved at oppdragsgiver skal avvise leverandører som

*"oppdragsgiver kjenner til er rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger."*

I høringsnotatet er det uttalt at forslaget på visse punkter går lenger enn direktivforpliktelsene, fordi det anses ønskelig at det offentlige ikke skal foreta innkjøp fra leverandører som er straffedømt for økonomisk kriminalitet. Det vises til at det er uklart i hvilken utstrekning Norge er bundet av tre av de fire bestemmelsene som er opplistet i direktivtekstens a-c, og i hvilken

utstrekning Norge har gjennomført disse i straffelovgivningen. Forslaget må imidlertid anses å omfatte rettskraftig fellelse for de tre handlingene også. Det er ikke konkretisert hvilke handlinger som eventuelt vil kunne rammes med henvisning til norsk straffelovgivning.

Konkurransetilsynet mener det er uheldig at det ikke er klart for aktørene hvilke handlinger som skal omfattes av det absolutte avvisningskravet. Begrepet "økonomisk kriminalitet" er ikke entydig. I Regjeringens nåværende handlingsplan mot økonomisk kriminalitet for perioden 2004-2007 heter det på side 10:

*"Økonomisk kriminalitet er et paraplybegrep for en rekke lovbrudd knyttet til næringslivet og annen organisert virksomhet i privat eller offentlig sektor. Det er profittmotiverte, lovstridige handlinger som begås innenfor, eller med utspring i en økonomisk virksomhet som i seg selv er – eller gir seg ut for å være – lovlig. Eksempler på økonomisk kriminalitet er skatte- og avgiftsunndragelser, brudd på konkurranselovgivningen, korrupsjon, konkurskriminalitet, økonomisk utroskap, bedrageri og underslag, brudd på regnskapsbestemmelser, piratkopiering, misbruk av offentlige støtteordninger, fiskerikriminalitet, innsidehandel og kursmanipulasjon. Ved alvorlig profittmotivert kriminalitet, vil det som regel oppstå behov for hvitvasking av utbyttet. Hvitvasking foretas ofte gjennom selskap eller finansinstitusjoner der andre bistår med å skjule utbyttet. Derfor regnes slike handlinger vanligvis som en egen form for økonomisk kriminalitet."*

I handlingsplanen er konkurransekriminalitet tatt med som en form for økonomisk kriminalitet. Det er mulig at deltakelse i et pris- eller anbudskartell i Norge, vil kunne omfattes av definisjonen gitt i direktivets artikkel 45 (a) – kriminell organisasjon – men det framstår ikke som klart.

En rettskraftig dom – eller vedtakelse av strafferettslig forelegg -- for anbudssamarbeid, vil i anskaffelsessammenheng oppleves som et eklatant brudd på de spilleregler som skal følges av seriøse leverandører. Det er derfor gode argumenter for at denne formen for økonomisk kriminalitet bør være en handling som omfattes av avvisningspåbudet. Det kan nevnes at Konkurrenserverket nylig har foreslått overfor Regjeringen i Sverige at tidligere kartelldeltakere skal kunne utestenges fra konkurranser om offentlige anskaffelser.

På den annen side er konkurransen i en rekke norske leverandørmarkeder allerede nokså begrenset, og et krav om avvisning av leverandører som har deltatt i pris- eller anbudssamarbeid vil kunne medføre en ytterligere innsnevring av oppdragsgivers valg. Dette gjelder særlig i markeder der det er vanskelig å etablere seg. I ekstreme tilfeller – hvor alle større aktører i et konkret marked har deltatt i et ulovlig samarbeid – kan oppdragsgivere i verste fall stå uten relevante leverandører å inngå kontrakt med. Dessuten kan avvisningsplikten slå ulikt ut i markedene. Dersom salg til det offentlige omfatter en stor del av aktørenes omsetning, vil avvisning i praksis bety en utestenging fra markedet. I andre markeder trenger ikke avvisning å være til særlig byrde for lovbryster, men kan likevel være til byrde for det offentlige som vil oppleve redusert antall tilbydere. Den enkelte offentlige virksomhet kan derfor tenkes å ha begrensede incentiver til å håndheve en avvisning.

Gitt at konkurransekriminalitet skal omfattes, vil vi påpeke følgende:

Konkurranseloven er som nevnt ovenfor endret slik at det med virkning fra 1. mai 2004 er gitt adgang for Konkurransetilsynet til å gi et sivilrettslig overtredelsesgebyr i stedet for å anmelde for eksempel et pris- eller anbudssamarbeid til påtalemyndigheten. Saker som tidligere måtte forfølges strafferettslig, kan nå avgjøres forvaltningsmessig, eventuelt ved en sivil dom dersom gebyret ikke godtas. Etter vår oppfatning er det liten grunn til å skille mellom et kartell der det strafferettslige sporet er valgt, og et kartell der sivilrettslig gebyr er gitt. I begge tilfeller vil overtredelsene utad kunne oppleves som like klare brudd på spillereglene. Overtredelsesgebyr kan kun benyttes overfor virksomheter, ikke overfor individer. Årsaken til at det strafferettslige sporet velges i en sak, behøver derfor ikke ligge i virksomhetens forhold, men kan skyldes at det er ønskelig å stille individer til ansvar. Av prosessøkonomiske hensyn vil i så fall normalt hele saken behandles av

påtalemyndigheten. Den tilleggsreaksjon som en absolutt avvisningsgrunn innebærer, kan derfor slå forskjellig ut dersom det skiller.

Siden disse forhold knyttet til leverandøren vil representere en absolutt avvisningsgrunn, bør det videre kommenteres hvilken utstrekning i tid og rom avvisningsgrunnen skal gjelde. Slik forslaget må leses, framstår det som om det må legges til grunn en tidsbegrenset avvisningsgrunn. Det er heller ikke konkretisert om enhver overtredelse – stor eller liten – skal medføre avvisning. En øvre strafferamme på fire års fengsel eller mer, er nevnt i henvisningen fra direktivets artikkel 45 (a). Brudd på konkurranseloven har en øvre ramme på seks år. Det er også et spørsmål om hvorledes en virksomhet som kjøper opp en straffedømt virksomhet eller blir ansvarlig for den oppkjøpte virksomhetens overtredelse, må behandles i forhold til et avvisningspåbud. Når det gjelder mindre virksomheter kan avvisningspåbudet bli illusorisk dersom *personer* som står bak et dømt selskap etablerer et nytt, ”rent” selskap.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil en regel om avvisning hvis det er rettskraftig avgjort at en leverandør har begått en nærmere angitt overtredelse, virke positivt og kunne hemme omfanget av økonomisk kriminalitet. Enten bestemmelsen er ment å favne videre enn direktivforpliktelsene eller kun dekke disse, bør det klargjøres nærmere hvilke handlinger som rammes av avvisningsregelen.

### **Anbudsåpning i konkurranse om bygg- og anleggskontrakter**

Entreprenører har påpekt overfor MOD at de lange vedståelsesfristene i forbindelse med bygg- og anleggskontrakter medfører at kapasitet bindes opp over lengre tid hos leverandørene, som f.eks. ikke kan delta i konkurranser om andre oppdrag i denne perioden. Departementet foreslår nå en regel om at opplysninger om hvem som deltok i konkurransen, samt totalprisen på oppdragene, skal gjøres tilgjengelig for tilbydere på oppfordring kort tid etter anbudsåpning (innen syv dager). Slik kan leverandørene på et tidlig tidspunkt vurdere det enkelte anbudets konkurransedyktighet.

Konkurransetilsynet vil påpeke at i markeder hvor konkurransen allerede er begrenset, kan økt gjennomsiktighet med hensyn til konkurrentenes priser mv. øke risikoen for at tilbyderne koordinerer sin atferd og oppnår høyere priser enn det som ellers ville vært tilfellet. Bygg- og anleggsbransjen er allerede konsentrert, det er visse etableringshindringer, tjenestene er relativt homogene, pris er en viktig konkurranseparameter, og entreprenørbransjen har tidligere vært innblandet i kartellvirksomhet. Dette er momenter som alle trekker i retning av at ytterligere økt gjennomsiktighet kan øke faren for samordnet opptreden i markedet.

Etter vårt syn bør man avstå fra offentliggjøring av priser på et tidlig tidspunkt, da dette kan være egnet til å påvirke prissettingen neste gang de samme leverandørene konkurrerer om et oppdrag. Man kan heller ikke se bort fra at en praksis med offentliggjøring av totalpriser også kan legge til rette for økt gjennomsiktighet med hensyn til delpriser.

### **Rammeavtaler**

EU-direktivet innfører regler om rammeavtaler, noe som ikke eksisterer i gjeldende regelverk. Konkurransetilsynet finner det positivt at man nå innfører slike regler. Rammeavtaler er allerede utbredt og ofte av stor totalverdi. Det er utviklet en praksis på området som synes å fungere relativt greit, men det vil øke ryddigheten og oversiktligheten at man innfører klare regler i forskriften. Særlig viktig er det at de enkelte avrop skjer etter en klar fordelingsmekanisme, dersom det da ikke avholdes ny konkurranse mellom partene for hver kontrakt. Man hører ofte om parallelle rammeavtaler som inngås med leverandør A, B og C uten at det spesifiseres noen fordelingsnøkkel, hvor resultatet er at storparten av kjøpene gjøres fra A, rett og slett fordi denne stod øverst på listen.



Vi mener at det kan stilles spørsmål ved den øvre tidsgrensen på fire år, som må sies å være relativt lang, i det minste for rammeavtaler som inngås med kun én leverandør. Dersom oppdragsgiveren er en stor kjøper i det aktuelle markedet, kan en lang avtaleperiode medføre at konkurransen mellom leverandørene svekkes på lengre sikt.

Når det gjelder spørsmålet om å la EU-reglene også gjelde rammeavtaler under EØS-terskelverdiene, er vi noe tilbakeholdne med å støtte dette. De prosedyrekrav som stilles i EU-reglene innebærer betydelige transaksjonskostnader, og dersom det er mulig mener Konkurransetilsynet at et eget sett med enklere nasjonale regler for rammeavtaler vil være å foretrekke. Ved høye transaksjonskostnader er det stor sannsynlighet for at rammeavtaler ned mot den nasjonale terskelverdien på 500 000 kr ikke vil bli inngått – oppdragsgiver vil typisk foretrekke å foreta ordinære kjøp (som hver for seg faller under den nasjonale terskelverdien) fremfor å inngå en rammeavtale. Dette til tross for at en rammeavtale vanligvis innebærer store effektivitetsgevinster for både oppdragsgiver og leverandører.

Konkurransetilsynet vil ellers påpeke viktigheten av at man ytterligere presiserer og klargjør reglene om rammeavtaler i en veileder, herunder utregning av totalverdien av en avtale.

### Elektroniske anskaffelser

I de nye direktivene er elektronisk kommunikasjon sidestilt med tradisjonell kommunikasjon. I tillegg til bruk av elektroniske midler ved gjennomføring av ordinære anskaffelsesprosedyrer, gis det også mulighet til å opprette *dynamiske innkjøpsordninger* og *elektroniske auksjoner*. Konkurransetilsynet ser positivt på at man velger å innføre disse (valgfrie) bestemmelsene fra EU-direktivet i det norske regelverket. Vi tror det er et stort potensial for effektivisering av anskaffelsesprosessene ved bruk av elektroniske virkemidler, selv om gevinstene av dette trolig ikke vil kunne hentes ut på kort sikt. Som tilsynet påpekte i sitt tidligere innspill til MOD, vil en adgang til utvidet bruk av elektroniske anskaffelser (på sikt) kunne føre til at tidsfristene i forbindelse med kunngjøringer mv. vil kunne reduseres. Således kan anskaffelsesprosessen forkortes, og dette vil i seg selv innebære reduserte kostnader ved å gjennomføre anskaffelsesprosessen etter formelle prosedyrer.

Når det gjelder spørsmålet om mindre detaljerte regler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, er Konkurransetilsynet positivt til dette. Vi antar for eksempel at et krav om jevnlig kunngjøring av den dynamiske innkjøpsordningen (som MOD nevner som et mulig alternativ) kan være tilstrekkelig, fremfor å kunngjøre den enkelte kontrakt. Vi tror også det kan være hensiktsmessig å tillate elektroniske auksjoner kun for anskaffelser basert på pris. MOD påpeker at forskriftsutkastet da vil kunne forenkles betydelig. Vi tror det uansett vil være svært vanskelig å gjennomføre denne type auksjoner basert på andre og mer sammensatte kriterier enn pris.

Med hilsen

Lars Sjørgard  
sjeføkonom

Gro Holst Volden (e.f.)  
rådgiver