

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep

0030 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.:
JUR/CILAN

Oslo, 29. juni 2005

HØRING – ENDRINGER I REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Vi viser til høringsbrev av 6.4.2005.

Innledning

Innovasjon Norge er en stor organisasjon med medarbeidere spredt på hovedkontor, distriktskontor i alle fylker, og en rekke land. Mange medarbeidere vil utlyse en konkurranse kun én gang i løpet av flere år. Slik vil det også være for andre aktører, både på innkjøpssiden og leverandørsiden. Vi ser det således som essensielt at forskriften er brukervennlig og pedagogisk i utforming og oppbygging slik at den blir så klar og tilgjengelig som mulig. Dette hensyn gjenspeiles i våre kommentarer nedenfor.

Forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og i forskrift om Klagenemnd for offentlige anskaffelser (Kofa)

Overtredelsesgebyr og klageadgang

Innovasjon Norge har ingen innvendinger mot at kretsen av klageberettigede i forhold til ulovlig direkte anskaffelser utvides på den måten som er foreslått. Når det gjelder vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr, mener vi imidlertid det er prinsipielt betenkelig at det ikke skal være adgang til å klage over vedtaket. Selv om kontradiksjonen er ivaretatt ved varslingsbestemmelser, kan det være situasjoner der et gebyr likevel blir ilagt på feil grunnlag. Det vil i de tilfellene være mest rasjonelt både for oppdragsgiverne og Kofa, om Kofa selv skal få muligheten til å omgjøre et eventuelt galt vedtak etter en klage.

Uansett vil det for alle - såvel statsetater og kommuner som offentligrettslige organer være en større terskel å gå til søksmål enn det vil være å klage - også når man har en "god sak". Og det kan ikke være meningen at man skal belaste domstolene med tvister som kunne vært løst på et langt tidligere tidspunkt med mindre ressursbruk for de involverte. Vi antar at dette heller ikke vil være i Kofas interesse som håndhevingsorgan.

Foreldelse av adgangen til å illegge overtredelsesgebyr

Vi har ingen bemerkninger til at foreldelsesfristen er to år. Det er imidlertid en svakhet og uklarhet at fristens utgangspunkt ikke fremgår av lovteksten, jf utkastets § 7b tredje ledd, nest siste setning. Det bør således tas inn i bestemmelsen når fristen begynner å løpe, evt ved kontraktsslutning som antydnet i kommentarene.

For øvrig har vi ingen bemerkninger til de foreslåtte endringene i loven og i forskriften om Kofa.

Forskrift om offentlige anskaffelser

Generelt

Vi ser positivt på at den nasjonale terskelverdi økes til kr 500 000. Videre anser vi det som en redaksjonell forbedring at innkjøp under terskelverdiene er regulert i del I og del II, mens de over er regulert i del III. Det er en forbedring at avvisningsplikten ved avvik fra konkurransegrunnlaget i gjeldende forskrifts § 15-10 c er opphevet. Vi er dessuten tilfreds med at minimumsfristene for mottak av tilbud i del III er kortet ned.

Da forpliktelsene til å følge EU-direktivet for offentlige anskaffelser er mer tvingende over terskelverdien enn under, vil kommentarene nedenfor konsentreres om utkastets del I og del II hvor departementet anses å stå friere i forhold til utformingen. I den grad det er valgfrihet over terskelverdien, vil kommentarene også knytte seg til tilsvarende bestemmelser i del III.

Definisjoner og begrepsbruk

Vi registrerer at det er innført enkelte nye begreper i utkastet. "Konkurransebetingelser" er således i forskriftens § 4-1 bokstav k definert som "samlebetegnelse for krav som stilles i enten konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen". I kommentarene til utkastet ser vi på side 17 at begrepet er å forstå som "ny samlebetegnelse på kunngjøringen og konkurransegrunnlaget". Der begrepet er benyttet i forskriften ser vi eksempler på at den siste definisjonen er mer treffende, da det flere steder fremgår av sammenhengen at det ikke er snakk om "krav" men heller om opplysninger/beskrivelser, jf eksempelvis i § 10-7 (1) og 10-8 (2). Etter vår oppfatning er det uheldig og forvirrende at det ikke er samsvar mellom legaldefinisjonen og anvendelsen av et slikt sentralt begrep i forskriften, og vi mener begrepet bør presiseres bedre, evt anvendes snevrere.

Vi ser videre at "anbudskonkurranse" er brukt i en snevrere betydning enn det som følger av en naturlig ordforståelse. For brukere flest vil således betegnelsen være et generelt begrep for en konkurranse basert på anbud uavhengig av anbudsprosedyre, ikke nødvendigvis begrenset til åpen og begrenset konkurranse. Av hensyn til klarhet bør derfor de bestemmelser som bare gjelder åpen og begrenset konkurranse benevne disse prosedyreformene helt ut, dvs som "begrenset og åpen anbudskonkurranse" og ikke bare som "anbudskonkurranse".

I løpet av de årene forskriften om offentlige anskaffelser har vært virksom har brukerne fått innarbeidet sentrale begreper i forskriften. Eksempler er "kvalifikasjonskrav" og "tildelingskriterier". I utkastet er det innført et tredje begrep - "utvelgeskriterier" se f eks § 10-4. Det fremgår ikke klart hva som er det nærmere innholdet i dette. Vi forstår det slik at det refererer seg til leverandørens kvalifikasjoner, og foreslår at man heller benytter det innarbeidede begrep "kvalifikasjonskrav" for å unngå eventuelle misforståelser og forvirring.

Offentlighet

I gjeldende forskrifts § 3-2 åpnes det adgang for å begrense innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoller i medhold av forskrift til offentlighetsloven. Vi ser at denne passusen er sløffet i utkastet, og stiller spørsmål ved dette. Selv om hjemmelen fortsatt opprettholdes i offentlighetsforskriften, ser vi det som en fordel at det klart fremgår av forskriften at tilbud og anskaffelsesprotokoll kan unntas offentlighet. I offentlighetsforskriften er den langt mindre synlig for brukerne. Henvisningen bør således av pedagogiske grunner opprettholdes i anskaffelsesforskriften.

Konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere

I utkastets § 7-6 (3) slås det fast at tre leverandører er et minste antall for leverandører som kan inviteres til å delta i konkurransen. I siste setning fremgår det at

det likevel kan inviteres færre enn oppgitt i kunngjøringen. Vi legger da til grunn at der det ikke fins tre egnede leverandører, kan konkurransen avvikles mellom to. Denne tolkningen er imidlertid ikke helt opplagt, men alternativet vil være at man må avlyse konkurransen og kunngjøre på nytt. For så vidt gjelder situasjoner der det kun er én kvalifisert leverandør, antar vi at hjemmelen for å foreta direkte anskaffelse etter § 2-1 e) kan benyttes.

Gjennomføring av konkurranse med forhandlinger

Det er i § 10-8 gitt anvisning på forhandlingsprosedyre. Bestemmelsen er etter vår oppfatning unødvendig detaljert, og den er ikke helt enkel å få tak i. Vi kan ikke se at det er noe stort behov for en slik detaljregulering, men mener at dagens forskrift gir tilstrekkelige føringer for at det må foretas et minimum av forhandlinger med alle leverandører som er invitert til å gi tilbud. For øvrig gir likebehandlingsprinsippet, god forretningsskikk og alminnelig avtalerett, tilstrekkelig veiledning, etter vårt syn.

Plikt til å føre protokoll


Vi har forståelse for at det av hensyn til etterprøvbarehet kan være behov for en plikt til å føre protokoll for anskaffelser også under den nye nasjonale terskelverdien. Vi mener imidlertid at terskelen på kr 50 000 blir for lav idet dette vil føre til mer arbeid ved forholdsvis små anskaffelser. Når det i utkastet er kommet tydeligere fram at de grunnleggende prinsippene i lovens § 5 skal gjelde ved alle innkjøp, kan vi ikke se behovet for den utvidede protokollplikten. Dersom det skal gjelde en slik forpliktelse under kr 500 000, foreslår vi at den kan gjelde for anskaffelser over kr 200 000, noe som vil være en mer logisk konsekvens av regelendringen uten å virke kompliserende i forhold til dagens system.

Begrunnelsesplikten

Innovasjon Norge har tidligere gitt innspill til departementet i forbindelse med regelverksrevisjonen (jf brev av 8.12.2004). Vi påpekte da at begrunnelsesplikten ikke var klart nok beskrevet i dagens forskrift. Vi ser at dette er noe forbedret i utkastet. Fortsatt synes det imidlertid ikke klart hvor langt begrunnelsesplikten går – om det er tilstrekkelig at den første begrunnelsen som gis etter § 10-4 (1) angir grunnene til at det valgte tilbudet er valgt, eller om det også må begrunnes individuelt hvorfor den enkelte er valgt bort. Vi leser utkastet (og også gjeldende forskrift) slik at den mer individuelle begrunnelse kan gis først hvis det anmodes om det, jf § 10-4 (4). Vi er imidlertid kjent med at det er forskjellige oppfatninger om dette blant eksperter på området. Om det ikke presiseres nærmere i forskriften, vil det være en fordel om omfanget av begrunnelsesplikten blir omtalt og bedre presisert i en veiledning til forskriften.

For øvrig har vi ingen bemerkninger til utkastet til ny anskaffelsesforskrift.

Med vennlig hilsen
for Innovasjon Norge


Lars K. Skovseth
juridisk direktør


Cici Landgraff
advokat