

Det kongelige Moderniseringsdepartement
Postboks 8404 Dep
003 Oslo



Oslo, 6. juli 2005

Ansvarlig partner:
Harald Fosse

HØRINGSUTTALELSE, REGELVERK FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Det vises til høringsbrev av 6. april 2005. Vi ber med dette om å bli satt på departementets høringsliste ved fremtidige endringer av regelverk for offentlige anskaffelser.

Overordnede kommentarer

Bedre, men fortsatt komplisert og vanskelig tilgjengelig

Vi er av den oppfatning at departementet har lykket med å utforme et bedre regelverk enn det gjeldende. Vi mener imidlertid at regelverket fortsatt er unødvendig komplisert. Dette gjelder særlig formuleringen av de forskjellige prosedyrene. I tillegg mener vi det kunne vært lagt mer arbeide i definisjonene. Dette gjelder § 4-1 j) *alternative tilbud*, definisjonen er feil, k) *konkurransetilbudsreguleringer*, definisjonen er upresis og l) *universell utforming*, definisjonen er uklar.

Vi synes det er unødvendig å innføre nye og "spesialiserte" begreper som for eksempel "universell utforming". Dette er kun egnet til å heve terskelen for forståelse av regelverket og følgelig øke behovet for bistand både for oppdragsgivere og leverandører.

Vi mener strukturen har blitt noe bedre, men fortsatt fremstår regelverket som tungt tilgjengelig med behov for mye "hopping" mellom bestemmelsene. Dette vil imidlertid i praksis kunne avhjelpest ved at det benyttes it-baserte prosesssystemer utarbeidet i henhold til regelverket som for eksempel for euProcure og Mercell.

Terskelverdier

Vi støtter forslaget om heving av den nasjonale terskelverdi til kr 500.000,-.

Sanksjonering og håndheving

Vi støtter forslaget om sanksjonering av ulovlige direkteanskaffelser. Vi er imidlertid meget skeptiske til at KOFA skal håndheve regelverket. KOFA har fungert utmerket som rådgivende organ og har hatt betydelig tvistedempende effekt. I tillegg har KOFA gjennom sin virksomhet utøvet betydelig påvirkning på rettsutviklingen. Ved å tilføre KOFA

050706 høring off ansk-

Advokatfirmaet Grette DA
Postboks 1397 Vika
0114 Oslo

Besøksadresse
Hieronymus Heyerdahlsgt. 1
www.grette.no

Telefon 22 34 00 00
Telefaks 22 34 00 01
firmapost@grette.no

Bankgiro 9041.22.19790
Klientkonto 9041.22.20055
Org.nr. NO 982 033 691 MVA

håndhevningsoppgaver, vil det kunne bidra til å svekke tilliten til KOFA som rådgivende organ. Mer prinsipielt fremstår det også som uheldig at "dømmende" og "utøvende" funksjoner innehas av samme organ.

Elektroniske anskaffelser

Det er positivt at departementet nå i større grad tilrettelegger for bruk av elektroniske "verktøy" og "markeds plasser" i forbindelse med offentlige anskaffelser. Vi gir imidlertid vår tilslutning til eForums høringsuttalelse med hensyn til utformingen av regelverket.

Samfunnsmessige konsekvenser

Regelverket er ment å bidra til mer effektive, offentlige anskaffelser (most bang for the buck). Ved en rasjonell bruk av de muligheter regelverket åpner for, tror vi også at dette vil kunne bli resultatet. Vi frykter imidlertid at faren for å trå feil medfører at oppdragsgivere blir "overforsiktige" og organiserer sine anskaffelser slik at man unngår å bli rammet av regelverket, for eksempel ved oppdeling av de anskaffende enheter eller oppdeling av anskaffelsen. I lys av dette mener vi departementet må stimulere til etablering og utvikling av systemer som bidrar rasjonelle og korrekt gjennomførte anskaffelser. I den forbindelse vil vi fremheve som svært positivt de forskjellige malene som er utviklet i forbindelse med utarbeidelsen av forskriften.

De enkelte bestemmelsene

§ 3-6 Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner

Bestemmelsen er ikke endret i forhold til gjeldende regelverk, og vi mener den balanserer de motstridende hensyn på en god måte. Vi er imidlertid uenige i at brudd på denne bestemmelsen skal lede til avvisningsplikt jf. § 10-10 f). På denne måten flyttes risikoen og kostnaden for et regelbrudd fra oppdragsgiver til leverandør. Vi tror en effekt av dette vil være at det blir vanskeligere for oppdragsgiver å få bistand i en tidligfase av en anskaffelse.

Dersom departementet velger å beholde avvisningsplikten mener vi det må innføres en plikt for oppdragsgiver om å opplyse i forbindelse med anskaffelse av rådgivere i anskaffelsens innledende faser om at de ikke kan delta i etterfølgende konkurranse. Dette vil være en samfunnsøkonomisk god løsning og i rimelig grad ivareta hensynene til leverandøren. I forslag til Regler om kontrahering ved forhandling (enNS 8410) pkt. 3.3. har man valgt en annen modell. Her skal det fremgå av tilbudsgrunnlaget dersom "*...det foreligger særlige forhold som kan være egnet til å svekke tilliten til en upartisk gjennomføring av konkurransen*", for eksempel at det vil delta en tilbyder som også har deltatt i en tidligfase.

§ 3-8 Bruk av kontraktsstandarder og spesielle vilkår

§3-8(1) tilsvarer gjeldende § 3-9. Generelt mener vi det er viktig at det ligger en sterk føring i regelverket om bruk av kontraktsstandarder. Dette er samfunnsøkonomisk fornuftig og sikrer balanserte avtaler selv om styrkeforholdet mellom partene er svært skjevt.

Standard Norge har en lang tradisjon for utvikling av omforente kontraktsvilkår til bruk innen bygge- og anleggsbransjen. Vi har i den senere tid også erfart at disse standardene også benyttes utenfor kjerneområdet, for eksempel ved anskaffelse av kompliserte it-ytelser. Så vidt vi vet er det planer om å få utarbeidet omforente kontraktsvilkår også for andre typer anskaffelser enn bygg- og anlegg. Vi mener det er viktig at det offentlige – ved gjennomføringen av sine anskaffelser – tilskynder og bidrar til - bruken av slike standarder.

Vi er enig i at det er vanskelig å forplikte oppdragsgiverne gjennom regelverket. Følgelig støtter vi forslaget, dog slik at "...ved inngåelse av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter" i (1) strykes.

§10-3 og 18-3 Avvik fra konkurransebetingelsene. §§ 10-4 og 18-4 Alternative tilbud

Her mener vi departementet kan gjøre betydelige forenklinger simpelthen fordi det ikke er noen god grunn til å skille mellom alternative tilbud og avvik fra konkurransebetingelsene. Rettslig sett har de to situasjonene nøyaktig samme konsekvens med hensyn til vurdering av tilbudene og evt. avvisningsrett/plikt. Legaldefinisjonen i § 4.1 j (som påpekt ovenfor) er også feil.

§ 10-10/18-10 Avvisning

Det er ikke foreslått avvisningsplikt for tilbud som mangler underskrift. Dette er i så fall i strid med etablert og sikker anbudsrett, se NS 3400 pkt. 7.1, enNS 8400 pkt. 6.4.3 a). Bakgrunnen for reglen er dels at et ikke-underskrevet tilbud gir tilbyder spekulasjonsmuligheter ved at han for eksempel kan nekte å vedkjenne seg tilbudet etter anbudsåpning. Vi vil sterkt anbefale at avvisningsplikt innføres i dette tilfelle.

12.2 og 20.2 Kriterier for valg av tilbud

For det første må bestemmelsene harmoniseres.

Dernest bemerkes at departementet her har åpnet for en betydelig tillem্পning i forhold til oppdragsgivers frie skjønn i forbindelse med gjennomføring av anskaffelser ved å åpne for "utslag" jf. 20-2(2). Vi gir for øvrig vår tilslutning til det forslag som er fremsatt av RIF (Rådgivende Ingeniørers Forening) i deres høringsuttalelse mhht. utforming av bestemmelsen.

10-8, 13-3, 13-4 Forhandlinger

Arbeidet med fremforhandling av nye regler for forhandlet prosedyre (enNS 8410) i regi av Standard Norge er nå avsluttet. Dette er uten sammenlikning det grundigste arbeide som er gjort med hensyn til å legge opp retningslinjer for hva man kan anse som "god forhandlingsskikk" i Norge. Vi tror også standarden vil få svært stor betydning for rettsutviklingen rundt forhandlinger som anskaffelsesprosedyre.

Standarden er stort sett anvendelig (med enkelte tilpasninger) for offentlige anskaffelser. Vi mener departementet bør vurdere å innta en henvisning til denne standarden i regelverket, evt. at den anbefales benyttet i veiledningen.

18-14 Avvisning av unormalt lave tilbud

Bestemmelsen er langt klarere en den tilsvarende bestemmelse i gjeldende regelverk. Etter vår oppfatning er den imidlertid uheldig utformet i det den hindrer at en leverandør kan "prise" seg inn i et marked og derved skjerper konkurransen. Poenget med avvisningsretten for unormalt lave tilbud er vel nettopp at oppdragsgiver skal sikre seg at lav pris ikke truer oppfyllelsen av kontrakten eller er et utslag av opptreden i strid med konkurranselovgivningen eller feilprising som kan bidra til å svekke tilliten til leverandørens oppfyllelsesvilje. Det er vanskelig å se at disse hensyn gjør seg gjeldende for leverandøren som velger å prise seg lavt fordi hun vil inn i markedet og derved fordeler "introduksjonsrabatten" på en større omsetning enn den aktuelle kontrakt.

Departementet bør vurdere en omforming av bestemmelsen hvor de ovennevnte hensyn ivaretas.

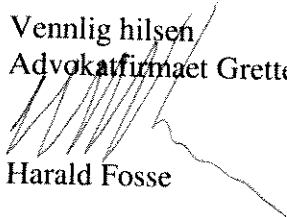
§ 20-4 elektronisk auksjon

Bestemmelsen åpner for rene underbudsauksjoner. Dette mener vi er meget uheldig og samfunnskadelig. Anbudsmodellen er nettopp et resultat av uheldige erfaringer med bruk av underbudsauksjoner, bla. i forbindelse med kjøp av ammunisjon og våpen under den amerikanske borgerkrig.

I henhold til § 18-14 har oppdragsgiver rett til å avvise unormalt lave tilbud. Denne bestemmelsen er vanskelig å forene med det underbudsregime det åpnes for i § 20-4.

Vi mener følgelig at det bør innføres et forbud mot slike underbudsauksjoner.

Vennlig hilsen
Advokatfirmaet Grette DA


Harald Fosse