

Moderniseringsdepartementet  
Postboks 8004 Dep,  
0030 Oslo

Deres ref:

Vår ref: #30024

Saksbehandler: Britt Syversen

06.07.2005

## **Høringsuttalelse - endringer i regelverket for offentlige anskaffelser**

Vi viser til departements ekspedisjon av 6. april 2005 vedrørende forslag til endringer i regelverket for offentlige anskaffelser.

Saken har vært forelagt Advokatforeningens lovutvalg for Pris og konkurranserett bestående av Siri Teigum (leder), Per Hagelien, Sigurd Knudtzon, Beret Sundet.

Utvalget har avgitt følgende uttalelse:

### **1 Innledning**

Høringsuttalelsen er bygget opp etter tilsvarende systematikk som departementets høringsnotat. Nedenfor er høringsnotatets del I kommentert under punkt 2, mens høringsnotatets del II er kommentert under punkt 3.

### **2 Høringsnotatets del I – endringer i lov om offentlige anskaffelser og forskrift for klagenemnd for offentlige anskaffelser**

#### **2.1 Innledning**

Advokatforeningens kommentarer til høringsnotatets del I knytter seg i sin helhet til innføringen av sanksjonshjemmel ved ulovlige direkteanskaffelser.

#### **2.2 Innføring av overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser**

##### **2.2.1 Bør det innføres overtredelsesgebyr?**

Advokatforeningen stiller seg meget tvilende til hensiktsmessigheten av å innføre overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser. Foreningen savner en nærmere redegjørelse for hvorfor et straffelignende sanksjonsmiddel anses nødvendig og formålstjenlig. Foreningen er av den

oppfatning at før en sanksjon av denne art besluttes innført, bør andre virkemidler (f eks bedre opplæring og endret organisering av innkjøpsfunksjonen hos oppdragsgivere) være forsøkt. Vi påpeker også at innenfor anskaffelsesforskriftens virkeområde vil et overtredelsesgebyr kun innebære flytting av midler innenfor offentlige sektor.

Foreningens bemerkninger i det følgende vedrørende forslaget om innføring av overtredelsesgebyr må på denne bakgrunn oppfattes som subsidiære.

### **2.2.2 Skyldkrav**

Dersom departementet beslutter å innføre hjemmel for ileggelse av overtredelsesgebyr, er Advokatforeningen enig i at man i saker av denne art bør kreve forsett eller grov uaktsomhet.

### **2.2.3 Beviskrav**

Departementet drøfter hvorvidt sivilprosessens alminnelige beviskrav om sannsynlighetsovervekt bør fravikes ved ileggelse av overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser. Departementet konkluderer med at det ikke bør innføres strengere beviskrav på området. Avgjørende for departementets vurdering synes å være at dette samsvarer med beviskravet for ileggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29. Etter Advokatforeningens oppfatning hadde det vært ønskelig om departementet her hadde foretatt en mer inngående vurdering av avveiningen mellom effektivitetshensyn og hensynet til oppdragsgivernes rettsikkerhet.

Etter Advokatforeningens vurdering bør overtredelsesgebyr bare kunne ilegges ved klar sannsynlighetsovervekt.

### **2.2.4 Håndhevelsesorgan**

Departementet har foreslått at klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) skal være håndhevingsorgan for ileggelse av overtredelsesgebyr. Advokatforeningen stiller seg kritisk til en slik ordning.

KOFA nyter i dag stor tillit som uavhengig, rådgivende organ, både i forhold til offentlige myndigheter og private aktører. Dette taler med styrke for at KOFA ikke gis rollen som "anklager" og "dommer" i saker om overtredelsesgebyr. Nemndas skriftlige saksbehandling er dessuten etter Advokatforeningens vurdering svært lite egnet til å avdekke de faktiske forhold i slike saker og vurdere spørsmålet om subjektiv skyld.

Dersom departementet likevel beslutter å gjøre KOFA til håndhevingsorgan i saker om overtredelsesgebyr, er det etter Advokatforeningens vurdering påkrevd at KOFA tilføres tilstrekkelige midler til å sikre en selvstendig og uavhengig håndhevelse av overtredelsesgebyret. I den utstrekning oppgaven med å håndheve reglene innebærer at KOFA vil være saksøkt, eller bli tillagt oppgaver, i søksmål om ilagte overtredelsesgebyr, antar Advokatforeningen at det vil være behov for en betydelig styrking av KOFAs sekretariat. Etter Advokatforeningens vurdering bør ikke KOFA være henvist til å "trekke på ressurser" fra Konkurransetilsynet, jf høringsnotatets del I punkt 5.7, fordi en

slik ordning vil kunne medføre at KOFA's uavhengighet og integritet trekkes i tvil.

### **2.2.5 Saksbehandlingsregler**

Departementet foreslår ikke å innføre nye regler om forhåndsvarsel om vedtak om overtredelsesgebyr. Departementet anser at gjeldende saksbehandlingsregler om umiddelbar underretning om mottak av klage i gjeldende regelverket (klagenemndsforordningen § 10) tilstrekkelig ivaretar oppdragsgivers behov for varsel. Advokatforeningen fremhever betydningen av å sikre oppdragsgiveres kontradiksjon, og vil særlig peke på at i saker hvor klager ikke har nedlagt påstand om overtredelsesgebyr, må KOFA være spesielt oppmerksom på å etablere rutiner for å varsle om at overtredelsesgebyr vurderes å ilegges.

Advokatforeningen foreslår i tillegg at det åpnes for fristforlengelse dersom særlig grunner tilsier det også i forhold til fristen for å gi tilsvarende svar når overtredelsesgebyr vurderes ilagt, jf forslag til endring i klagenemndsforordningen § 13a tredje ledd. Fristforlengelse kan for eksempel være påkrevd i tilfeller med ferieavvikling eller i saker med et omfattende faktum. I tillegg samsvarer dette best med regelen i gjeldende klagenemndsforordning § 10 første ledd tredje punktum.

## **3 Høringsnotatets del II – endringer i forskrift om offentlige anskaffelser**

### **3.1 Innledning**

Forslaget til ny forskrift er blant annet begrunnet i behovet for å implementere direktiv 2004/18/EC (heretter benevnt som EU-direktivet). I tillegg er forslaget foranlediget av ønsket om å forenkle og gjøre bestemmelsene mer tilgjengelig og brukervennlige. Advokatforeningen mener forskriftsforslaget langt på vei oppfyller disse siktemålene, innenfor det handlingsrommet EU-direktivet åpner for. Etter foreningens vurdering er forskriftsforslagets nye struktur en forbedring i forhold til gjeldende regelverk.

Advokatforeningen vil i det følgende kommentere utvalgte deler av departementets forslag til ny forskrift for offentlige anskaffelser.

### **3.2 Heving av terskelverdien**

Departementet foreslår i forskriftsforslagets § 2-1 å heve den nasjonale terskelverdien for offentlige anskaffelser til 500.000 kroner. Advokatforeningen støtter forslaget. Foreningen anser at hensynene til konkurranse, effektiv ressursbruk og brukervennlighet vil være tilstrekkelig ivare tatt med den nye terskelverdien, de nye reglene om protokollplikt for alle anskaffelser med verdi over 50.000 kroner, samt synliggjøringen av at de grunnleggende kravene ved offentlige innkjøp gjelder for alle anskaffelser.

Departementet har i § 2-4 foreslått regler om beregningen av anskaffelsens verdi for blandede kontrakter. Etter Advokatforeningens oppfatning er det

ønskelig at regelrevisjonen benyttes til å gi uttrykkelige regler ikke bare om kontrakter som består av vare- og tjenesteelementer, men også om blandede kontrakter som består av bygg- og anleggselementer i tillegg til vare- eller tjenesteelementer. Dette vil skape større forutsigbarhet for oppdragsgivere og leverandører.

### **3.3 Anmodning om deltakelse i konkurransen**

Departementet foreslår i forskriftsforslaget §§ 7-1(6) og 15-1(6) å videreføre gjeldende regel om at anmodning om deltakelse i en konkurranse kan fremsettes på telefon, som må bekreftes skriftlig før utløpet av fristen for forespørsel om deltakelse i konkurransen. Advokatforeningen anser bestemmelsen for å være uten realitetsinnhold, og foreslår at bestemmelsen strykes fra forslaget.

### **3.4 Utvelgelse blant kvalifiserte leverandører i begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog**

Departementets foreslår i forskriftsforslagets §§ 7-6 og 15-7 regler for utvelgelsen av de leverandører blant de kvalifiserte som skal gis adgang til å delta i konkurransen. Etter en antitetisk tolkning synes forslaget første og annet ledd å innebære at oppdragsgivere som ikke har angitt en nedre grense og/eller kriterier for utvelgelsen i kunngjøringen, ikke vil ha anledning til å foreta noen utvelgelse overhodet. Advokatforeningen peker på at en slik situasjon vil kunne være u håndterlig for oppdragsgivere, og at det derfor er viktig at offentlige oppdragsgivere er oppmerksom på denne regelen. Advokatforeningen antar imidlertid at informasjon på dette punktet mer nærliggende hører hjemme i en veileder enn i selve forskriftsteksten. Videre finner Advokatforeningen grunn til å gi uttrykk for at utvelgelse ved loddtrekning, slik departementet åpner for i punkt 5.2 høringsnotatets del II, må antas å være i strid med grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper, ettersom en slik utvelgelse per definisjon vil være vilkårlig.

### **3.5 Prosedyren konkurranse med forhandlinger**

Advokatforeningen støtter departementets forslag om å innføre bestemmelser om gjennomføringen av prosedyren konkurranse med forhandlinger, jf forslaget §§ 10-8 og 18-11. Erfaring viser at det til nå har hersket en del tvil om hvordan man kan gjennomføre denne prosedyren. Særlig har det oppstått spørsmål om hvorvidt oppdragsgiver plikter å forhandle med alle kvalifiserte leverandører, herunder om alle kvalifiserte leverandører har rett til å levere et forbedret tilbud før de eventuelt blir avvist fra konkurransen. Det er ønskelig at den nye anskaffelsesforskriften skaper klarhet rundt disse spørsmålene.

Advokatforeningen mener det er positivt at den nye forskriften gir offentlige oppdragsgivere muligheten til å bestemme at prosedyren skal forløpe i flere faser med gradvis reduksjon av antall tilbud. Slik forslaget er formulert vil oppdragsgivere kunne gjennomføre konkurransen på to alternative måter: med eller uten en gradvis reduksjon av antall tilbud. Gradvis reduksjon forutsetter at oppdragsgiver har opplyst i konkurransebetingelsene om at denne fremgangsmåten vil bli benyttet. En unnlattelse av å gi slike

opplysninger, medfører i følge forslaget tredje ledd at alle deltakere i konkurransen skal gis mulighet til å levere forbedret tilbud. Det er ønskelig at offentlige oppdragsgivere bevisstgjøres nødvendigheten av å foreta et valg mellom de to alternativene. Man vil da kunne redusere forekomsten av situasjoner hvor oppdragsgiver plikter å føre fulle forhandlinger med leverandører hvis tilbud ikke har reell mulighet til å vinne kontrakten. Bevisstgjøringen kan tas inn i forskriftsteksten ved at det presiseres, for eksempel i et nytt første ledd, at prosedyren konkurranse med forhandling enten kan gjennomføres ved en gradvis reduksjon av antall tilbud basert på de oppgitte tildelingskriterier (i samsvar med forslaget nåværende første og annet ledd), eller ved fulle forhandlinger med samtlige tilbud som verken er avvist eller forkastet i samsvar med reglene for utvelgelse (i samsvar med forslaget nåværende tredje ledd).

### **3.6 Den nye prosedyren konkurransepreget dialog**

Advokatforeningen bemerker at en korrekt implementering av EU-direktivet artikkel 29 nr 2 innebærer at offentlige oppdragsgivere må pålegges en plikt til å kunngjøre prosedyren konkurransepreget dialog. Advokatforeningen kan ikke se at foreliggende forskriftsforslag inneholder bestemmelser om en slik plikt, men antar at dette først og fremst skyldes en skrivefeil i forskriftsforslagets § 16-3(1). Formuleringen "Oppdragsgiver som ønsker å tildele en kontrakt eller rammeavtale ved åpen eller 13-1 (tillatte anskaffelsesprosedyrer)..." inneholder ikke tilstrekkelige regler om kunngjøringsplikten i forskriftsforslagets del III.

For øvrig har Advokatforeningen ingen kommentarer til forskriftsforslaget §§ 13-2, 18-8 og 18-9, som, med unntak av kunngjøringsplikten, er en direkte oversettelse av direktivets art 29 og 1 nr 11 bokstav c. Advokatforeningen vil imidlertid påpeke at reglene fremstår som vanskelig tilgjengelige, og anbefaler at departementet i en veileder til forskriften gir en nærmere beskrivelse av denne konkurranseformen.

### **3.7 Avvisning**

Advokatforeningen bemerker at legaldefinisjonen av alternative tilbud i forslaget § 4-1 bokstav j ser ut til å inneholde skrivefeil.

### **3.8 Rammeavtaler**

Departementet har foreslått å implementere EU-direktivets bestemmelser om rammeavtaler i § 4-2 bokstav f, §§ 6-1 til 6-3 og §§ 14-1 til 14-3. Det har til nå hersket en del tvil vedrørende reglene på dette området, og Advokatforeningen støtter derfor forslaget. Av hensyn til brukervennligheten støtter Advokatforeningen videre innføringen av like regler for rammeavtaler i den nye forskriftens del II og III.

Forslaget stiller ikke uttrykkelige krav til vilkårene for fordelingen av avrop under rammeavtaler inngått med mer enn én leverandør (parallele rammeavtaler). Selv om disse vilkårene omfattes av regelverkets grunnleggende krav, vil det etter Advokatforeningens oppfatning være ønskelig at det fremgår av forskriften at vilkårene må være objektive, ikke-

diskriminerende, etterprøvbare og forutsigbare. Slik utelukker man fordelingsnøkler som i realiteten gir oppdragsgiveren fritt skjønn ved fordelingen av avropene, med de muligheter for skjult favorisering dette vil kunne innebære.

### **3.9 Elektroniske anskaffelser m.v.**

Advokatforeningen har ingen bemerkninger til forskriftsforslagets regler om elektroniske anskaffelser, dynamiske innkjøpsordninger og elektroniske auksjoner.

### **3.10 Tildelingskriterier**

Advokatforeningen har merket seg at forslaget § 12-2 og § 20-2 ikke inneholder eksempler på lovlige tildelingskriterier, slik man finner i gjeldende forskrifter. Advokatforeningen finner grunn til å påpeke at en slik opplisting kan ha en pedagogisk effekt, og anmoder departementet om å vurdere om det kan være grunn til å videreføre en slik eksemplifisering.

Advokatforeningen reiser spørsmål om hvorfor forslaget § 20-2 – i motsetning til § 12-2 - ikke gir uttrykk for at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden.

### **3.11 Prioritering og relativ vektning av tildelingskriteriene**

Forslagets §§ 12-2 og 20-2 inneholder regler om oppdragsgivers plikt til å prioritere og vekte tildelingskriteriene. Etter departementets forslag er det kun for anskaffelser over EØS-terskelverdiene at det skal være obligatorisk å oppgi den relative vektningen av tildelingskriteriene. For anskaffelser som følger forskriftsforslagets del II skal prioriteringen kun oppgis dersom oppdragsgiver har bestemt seg for denne på forhånd.

Advokatforeningen mener at det bør vurderes å innføre en generell plikt til vektning også for anskaffelser som følger forskriftsforslagets del II. Advokatforeningen kan ikke se at en plikt tilsvarende den som er foreslått for forskriftsforslagets del III vil innebære noen uforholdsmessig belastning for offentlige oppdragsgivere. Bakgrunnen er blant annet at oppdragsgiverne allerede ved formuleringen av tildelingskriteriene må vurdere hvilke elementer ved tilbudene som best vil møte behovene anskaffelsen skal ivareta. Veien derfra, til også å vurdere hvilke av tildelingskriteriene som skal tillegges størst vekt, samt det innbyrdes forholdene tildelingskriteriene imellom, kan ikke anses uforholdsmessig tung tatt i betraktning hvilke store forbedringer dette vil medføre for leverandørenes forutberegnelighet. Samtidig sikrer reglen i forslaget § 20-2(3) at plikten til å vekte tildelingskriteriene ikke omfatter situasjoner hvor dette er umulig. Et annet hensyn som taler for like regler i forskriftsforslagets del II og III er det forhold at det kan oppstå betydelige problemer med å bevise at oppdragsgiver faktisk har bestemt seg for prioriteringen på forhånd. Advokatforeningen foreslår derfor at forslaget § 12-2 gis likelydende ordlyd som forslaget § 20-2.

### **3.12 Begrunnelsplikten**

Advokatforeningen støtter forslaget om en presisering av innholdet i begrunnelsesplikten, og antar at en slik presisering vil bidra til at flere offentlige oppdragsgivere gir tilstrekkelige begrunnelser særlig etter tildeling av kontrakt. Advokatforeningen peker på at det i praksis svært ofte syndes mot begrunnelsesplikten, og at tilstrekkelige begrunnelser i seg selv vil virke prosesshemmende.

Det bemerkes at § 12-3(1) trolig inneholder en skrivefeil, og at ordet "tid" i annet punktum formodentlig skal byttes ut med ordet "ledd".

Videre mener Advokatforeningen at paragrafoverskriften i §§ 12-3 og 20-3 bør reflektere at bestemmelsen også inneholder regler om meddelelse av kontraktstildeling og begrunnelse. Advokatforeningen foreslår derfor at overskriften endres og gis følgende formulering:

"Meddelelse om kontraktstildeling, begrunnelse og karenstid før inngåelse av kontrakt"

Etter Advokatforeningens oppfatning er det behov for å klargjøre forholdet mellom begrunnelsesplikten etter forslaget §§ 12-3 og 20-3 og plikten til på oppfordring å gi en nærmere begrunnelse, jf forslaget §§ 10-14(4) og 18-16(4). Plikten til uoppfordret å begrunne valg av tilbud i tildelingsinnstillingen (jf forslaget §§ 12-3(1)/20-3(1) jf §§ 10-14(1) og 18-16(1)) omfatter i følge praksis fra KOFA en plikt til å redegjøre for det valgte tilbudets egenskaper. Det er uklart hvordan denne plikten relaterer seg til plikten til, på oppfordring, å redegjøre for det valgte tilbudets "egenskaper og relative fordeler", jf forslaget §§ 10-14(4) og 18-16(4). En antitetisk tolkning av sistnevnte bestemmelser gir inntrykk av at plikten til å gi den første, uoppfordrede begrunnelsen er mindre omfattende enn det KOFAs praksis tilsier. Dette er etter Advokatforeningens oppfatning uheldig. Foreningen foreslår derfor å flytte formuleringen om at oppdragsgiver plikter å gi opplysninger om det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler til første ledd i §§ 10-14 og 18-16. For å presisere innholdet i begrunnelsesplikten etter §§ 10-14(4) og 18-16(4) foreslår Advokatforeningen at bestemmelsene klart gir uttrykk for at den nærmere begrunnelsen må inneholde en inngående sammenligning mellom det valgte tilbudet og tilbudet til leverandøren som etterspør den nærmere begrunnelsen. Dette antas å være i best i samsvar med KOFAs praksis.

Advokatforeningen tiltrer utvalgets uttalelse.

Ærbødigst

Anders Ryssdal  
leder

Merete Smith  
generalsekretær