

Moderniseringdepartementet
Postboks 8004, Dep.
0030 OSLO

Vår dato 05.07.2005
Deres dato 05.04.05
Vår referanse ADG/kzf
Deres referanse 200404123

Høring: Endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Det vises til høringsbrev av 6. april 2005 med høringsfrist 6. juli 2005 angående ovennevnte.

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) har ca 16.000 medlemsbedrifter, hvorav ca. 75 prosent har under 20 ansatte og kan kategoriseres som små og mellomstore bedrifter.

Gjennom NHOs samarbeid med KSI, enkeltkommuner og statlige etater, har vi opparbeidet oss et godt kjennskap til de problemstillinger og utfordringer som ligger i gjennomføring av offentlige anskaffelser, både for oppdragsgivere og leverandører. Vi er derfor opptatt av at forskriften skal være klar og forståelig for både oppdragsgiver og leverandør. Dette har departementet langt på vei greid, selv om det ligger store utfordringer i å forstå innholdet i flere av de nye direktivbestemmelsene.

I den forbindelse vil vi understreke at det er et sterkt behov for veiledere innenfor en rekke av de områdene som her er kommentert. Vi vil også råde departementet til å organisere et landsomfattende seminaropplegg i det nye regelverket, som ble gjort ved innføring av forskriften.

NHO har følgende hovedsynspunkter:

- NHO støtter heving av nasjonal terskelverdi til kr. 500 000,- forutsatt at det etableres en enkel kunngjøringsplikt under denne verdi. Den nedre grensen for enkel kunngjøring må ikke settes høyere enn dagens nasjonal terskel på kr. 200 000,-.
- NHO støtter forslag om sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser.
- NHO støtter ikke departementets forslag om KOFA som håndhevingsorgan.
- NHO foreslår at det etableres et nytt organ med tre likeverdige avdelinger; 1) KOFA, 2) Håndhevingsorgan med kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, 3) Avdeling med veiledningskompetanse.
- NHO foreslår at beløpsgrensen for krav om skatteattest og HMS-egenerklæring fortsatt blir liggende på kr 200 000,-.
- NHO støtter departementets utvidelse av formålsbestemmelsen til å sikre etisk adferd hos oppdragsgiver.

- NHO støtter departementets forslag om tilrettelegging av moderne innkjøpsprosesser og at elektroniske anskaffelser likestilles med ordinære anskaffelser.
- NHO støtter innføring av bestemmelser om rammeavtaler.

NHO har følgende kommentarer og merknader til departementets forslag:

Innledning

NHO er av den oppfatning at regelverket for offentlige anskaffelser er et viktig redskap for oppdragsgiver og leverandør i forbindelse med en konkurranse. For oppdragsgiver gir regelverket et incitament til å foreta en ryddig og etterprøvbar konkurranse som vil sikre mest mulig for hver krone.

For leverandører vil regelverket være et godt bidrag til å sikre et rettsvern i forbindelse med konkurransen slik at oppdragsgivers skjønnsutøvelse ikke blir vilkårlig, og at valg av tilbud ikke er i strid med kravet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet.

1. Heving av den nasjonale terskelverdi til kr. 500 000,-

NHO støtter forslag til heving av nasjonal terskelverdi til kr. 500 000,- forutsatt at det etableres en enkel kunngjøringsplikt under denne verdi. NHO foreslår at en nedre grense ikke må sette høyere enn dagens nasjonale terskelverdi på kr. 200 000,-.

Innledning

Moderniseringsdepartementet har i nytt forslag til forskrift om offentlige anskaffelser foreslått å heve den nasjonale terskelverdi fra kr. 200 000,- til kr. 500 000,-, noe som innebærer at kun anskaffelser over terskelverdien skal være underlagt klare prosedyreregler. Derimot er anskaffelser under terskelverdi bare underlagt de grunnleggende prinsippene i loven om konkurranse og etterprøvnbarhet. *NHO har stilt seg positivt til heving av den nasjonale terskelverdien, forutsatt at det fortsatt sikres konkurranse og publisitet for oppdrag under kr. 500 000,-.* Dette er særlig viktig for at små og mellomstore bedrifter – som i det vesentlige konkurrerer om oppdrag under den foreslåtte forhøyde terskelverdien – skal sikres fortsatt tilgang til markedet.

Ved å heve den nasjonale terskelverdi uten kunngjøringsplikt, vil en stor del av konkurranser unndras full tilgjengelighet gjennom åpen utlysning. Det kan lett bli en betydelig reduksjon av tilgjengelighet til et marked som er vesentlig for små og mellomstore bedrifter. Disse har størsteparten av sine leveranser under ny foreslått terskelverdi. For mange av de små bedriftene vil en kontrakt opp til kr. 300 000,- til 500 000,- kunne være opp til halvparten av bedriftenes omsetning.

En heving av terskelverdien uten obligatorisk kunngjøring vil gjøre det vanskeligere å avdekke smøring og bestikkelser. Det er naivt å se bort fra at korrupsjon kan forekomme også her. Særlig betenkelig blir dette når både kravet til skatteattest og HMS-erklæring skal følge den nye terskelverdien. Dette er et direkte signal til omverdenen om at det betydelige arbeidet som gjøres mot svart arbeid ikke er prioritert.

Desentraliserte anskaffelser har ikke vært et stort tema i Norge. Det vil trolig bli større interesse for å desentralisere anskaffelsene innenfor enkelte enheter ved en forhøyelse av terskelverdien. Gjennom en lovlig desentralisering vil man kunne risikere at stadig flere offentlige oppdragsgivere vil desentralisere seg bort fra et åpent marked. Det vil også kunne bli større fokus på oppdeling av kontrakter for å komme under terskelverdien. Forslaget øker dessverre muligheten for oppdragsgivere som ikke ønsker å følge regelverket til å organisere seg på lovlig eller ulovlig måte bort fra forskriftens anvendelsesområde, og derigjennom unndra en del av anskaffelsene fra konkurranse.

Departementet har uttrykt stor satsing på elektroniske anskaffelser. Det er derfor noe underlig at dette ikke har vært et tema i vurdering ved en eventuell endring av terskelverdien. Gjennom elektroniske anskaffelser vil transaksjonskostnadene reduseres, og tidsforbruk både for oppdragsgiver og leverandør reduseres betydelig, noe som faktisk burde gi argumenter for en lav terskel for kunngjøring.

Er målet å redusere transaksjonskostnader ved å sette opp den nasjonale terskelverdien, bør man vurdere konsekvensene og måle disse opp mot de konsekvenser dette kan få for tilgjengeligheten av oppdrag for små og mellomstore bedrifter. Samfunnsøkonomisk vil dette kunne ramme en betydelig andel leverandører, særlig små og mellomstore bedrifter i distriktene.

Utfordringene

En vesentlig forutsetning for at små bedrifter skal kunne konkurrere om anbudskontrakter, er at de får kjennskap til muligheten for å levere et tilbud. NHO er av den oppfatning at for å skape åpenhet rundt slike kontrakter, må disse offentliggjøres på en enkel måte.

Dette vil sikre små og mellomstore bedrifter tilgang til markedet, samtidig som de administrative kostnadene for innkjøper blir minimale. Dette vil igjen sikre at skattebetalernes penger brukes på en fornuftig måte. Videre er anbudsreglene et viktig redskap i kampen mot korrupsjon.

NHO har i sitt innspill til Moderniseringsdepartementet under arbeidet med regelrevisjonen uttalt at det bør innføres en nedre grense ("de minimis") for kunngjøring. Dette fordi det er en balanse mellom den samfunnsmessige verdien av å

gjennomføre en konkurranse og verdien av leveransen. NHO foreslår at en nedre grense ikke må settes høyere enn dagens nasjonale terskel på kr. 200.000.

Løsningen

Forholdene ligger best til rette for effektiv og virksom konkurranse når oppdragsgiveren legger ut informasjon om en anskaffelse slik at potensielle leverandører får kjennskap til oppdragsgivers behov, samtidig og på samme måte. Bruk av elektroniske medier til å kunngjøre, imøtekommer slike krav.

I prinsippet kan ethvert nettsted velges som arena for kunngjøringer av anskaffelser til en verdi under 500 000 kroner. Det er imidlertid flere grunner til å lokalisere arenaen for kunngjøringer av mindre offentlige oppdrag til DOFFIN-databasen (se under). Dermed bygger vi på det som allerede er godt innarbeidet, som fungerer og som er godt kjent i markedet. På den måten bidrar man positivt til å befeste DOFFIN som markedsplassen for kontrakter i det offentlige. Det forenkler for brukerne, og det bidrar således til mer effektiv konkurranse.

En kunngjøringstekst uten andre formaliteter enn hvilke innkjøp det gjelder, kan tenkes som følgende eksempel:

Offentlig virksomhet (navn, adresse, tlf.): Utsira kommune
Skal anskaffe (betegnelse og omfang): 300 stoler
Budfrist: Dato
Nærmere info (epost-adresse): anne.olsen@utsira.kommune.no

Dette peker i retning av bruk av en teknologi som ligger opp til ”diskusjonsforum”, ”chattelinjer” etc. Det betyr at en ny funksjonalitet må etableres knyttet til DOFFIN. Aktuell teknologi er ”hylleware” og krever små investeringer. Et tastetrykk inn for kommunen, og et tastetrykk inn for den som vil følge med.

Etablering av en kunngjøringsplikt slik som skissert, avstedkommer svært få negative økonomiske og administrative konsekvenser for innkjøperen.

Forslag

- NHO ønsker å sikre effektivitet og virksom konkurranse. En forutsetning for konkurranse er at alle interesserte leverandører kan skaffe seg informasjon om oppdraget for å sikres reell markedsadgang. Det foreslås derfor at det innføres en enkel kunngjøringsplikt for små anskaffelser. Ut over dette kravet vil det være opp til oppdragsgiver hvordan kravene til konkurranse i forskriften skal etterleves.
- For at kunngjøringene skal nå flest mulig leverandører i markedet, tas internett i bruk. Det er naturlig å legge alle kunngjøringer til samme

nettsted/base. Derfor foreslår NHO at det etableres en egen base i DOFFIN-systemet beregnet for kunngjøringer under den nasjonale terskelverdien, likevel slik at basen ("Lille-DOFFIN") fremstår som en del av DOFFIN-kunngjøringsmiljøet.

- Kravet til kunngjøringstekst må være svært enkelt for å sikre at flest mulig offentlige oppdragsgivere finner det enkelt og greit å kunngjøre.

Avsluttende bemerkninger til heving av den nasjonale terskelverdi

Dersom NHOs forslag blir vedtatt, bør departementet vurdere å legge krav til anskaffelsesprotokoll på samme nivå som obligatorisk kunngjøring. Det samme gjelder skatteattest og HMS-erklæring. Oppdragsgivere bør ikke ha for mange verdigranser å forholde seg til, da forenkling er ett av motivene for nytt regelverk.

Selv om det finnes gode argumenter for å innføre sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser under kr. 500.000,-, vil NHO likevel støtte departementet i at sanksjonering av ulovlige direkteanskaffelser i denne omgang bør ligge på kr. 500 000,-. Formålet med en sanksjonering bør være, som departementet selv uttrykker det, å være preventiv, særlig i forhold til store ulovlige direkte kontraktstildelinger.

Vi vil gjøre departementet oppmerksom på Innstilling til Stortinget fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen (Innst. S. nr 193) til St. meld nr. 15 (2004-2005) Om konkurransepolitikken s. 23 om offentlige anskaffelser, hvor flertallet uttaler: "Flertallet har merket seg at departementet er i ferd med å vurdere om terskelverdiene skal justeres fra 200 000 kroner til 500 000 kroner. Flertallet er positiv til dette, og viser til NHOs brev til komiteen der det understrekes at det av hensyn til små og mellomstore bedrifter er viktig at det legges til rette for at også disse skal kunne være med i konkurransen (brev av 6.april 2005 og 22.april 2005)".

2. Ulovlige direkteanskaffelser - Sanksjon

NHO er godt fornøyd med at Moderniseringsdepartementet tar på alvor ulovlige direkteanskaffelser og støtter forslaget til sanksjoner. NHO har i lang tid, gjennom korrespondanse med ansvarlig departement siden 1997, påpekt dette problemet. Vi støtter derfor departementets forslag om innføring av sanksjon mot ulovlige direkteanskaffelser.

Vi støtter departementets forslag om at sanksjoner foreløpig bare skal rettes mot ulovlige direkteanskaffelser. Det er mot denne type overtredelse vi ikke har noe sanksjonsmiddel tilgjengelig. Ved ulovlige direkteanskaffelser vil ingen leverandør ha kunnskap om kontrakten før den er tildelt og vil dermed ikke kunne stoppe kontraktstildelingen. Heller ikke vil leverandørene kunne påberope seg erstatning, da de ikke fikk anledning til å være med i konkurransen og dermed ikke har lidd noe tap. Et slikt system "premierer" oppdragsgivere som bevisst setter regelverket til side ved ikke å kunngjøre.

Vi støtter derfor departementets forslag om å innføre en lovhjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser fra kr. 500.000,-. Vi støtter også at taket på overtredelsesgebyret settes til 15 prosent av anskaffelsens verdi. Beløpet bør ligge på dette nivå, for at det ikke skal ha preventiv effekt.

3. KOFA som håndhevingsorgan

KOFA har blitt og er en suksess. La det fortsette med det!

Departementet foreslår KOFA som håndhevingsorgan. NHO vil på det sterkeste fraråde det.

Bakgrunnen for å fraråde å legge en slik oppgave til KOFA, bygger på forutsetningen for opprettelsen av KOFA, og hvilke enkeltfaktorer som gjør at KOFA fungerer etter intensjonen..

Nærings- og handelsdepartementet oppnevnte i august 1998 en arbeidsgruppe for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemet innenfor offentlige anskaffelser. Dette resulterte i at arbeidsgruppen avga sin uttalelse 30. november 1999 om ” Forslag til effektivisering av håndhevelses- og overvåkingsreglene for offentlige anskaffelser”, hvor det ble foreslått en ny tvisteløsningsmodell. I sammendraget side 8-9 uttales det:

”Det foreslås opprettet et nytt organ som aktørene (herunder organisasjonene) i offentlige anskaffelsessaker kan bringe tvister inn for. Etableringen av et slikt organ ser arbeidsgruppen som et sentralt virkemiddel for å bedre effektiviteten av dagens håndhevelsessystem.

Det skal være opp til partene om de ønsker å bringe en sak inn til uttalelse for tvisteløsningsorganet. Ser eksempelvis leverandøren seg bedre tjent med å gå direkte til domstolene, står det ham fritt å gjøre dette. Men dersom en leverandør først velger å benytte tvisteløsningsorganet, skal oppdragsgiver være forpliktet til å delta i prosedyren. Saker som allerede verserer for de ordinære domstolene, skal ikke kunne behandles av tvisteløsningsorganet.

Arbeidsgruppen har funnet at et nytt tvisteløsningsorgan best fyller sin funksjon ved å avgi rådgivende, ikke bindende, uttalelser. På mange områder er det gjort gode erfaringer med responderende utvalg i Norge. Konfliktnivået holdes på et relativt lavt nivå, og dermed vil flere reelle tvister kunne bringes frem i lyset.

Det foreslås etablert ett riksdekkende ekspertorgan for hele Norge. Organets medlemmer bør utpekes og honoreres av staten. Medlemmene skal være høyt kvalifiserte personer med den nødvendige uavhengighet. Arbeidsgruppen finner at den enkelte sak bør settes med tre medlemmer.

Det nye tvisteløsningsorganet skal i utgangspunktet kunne uttale seg om brudd på alle de reglene som styrer anskaffelsesprosessen, og det kan bringes saker inn for organet enten anskaffelsen befinner seg over eller under de såkalte terskelverdiene. I første rekke er det rettsbruddsspørsmålet – hvorvidt regelverket er overtrådt – som organet kan uttale seg om.

Spørsmålet om erstatning og erstatningsprinsippene ligger utenfor tvisteløsningsorganets kompetanse.

Fører ikke rettsavklaringen fram, iverksettes den formelle klageprosedyren. Saksbehandlingen for organet foreslås å være skriftlig. Det er hensynet til en hurtig og effektiv saksforberedelse som har vært avgjørende for valget av prosedyreform. Tvisteløsningsorganet skal både bedømme jus og faktum. På grunn av den skriftlige prosedyren vil faktumbedømmelsen skje på grunnlag av framlagte dokumenter og andre skriftstykker. Arbeidsgruppen finner at det, med unntak av taushetsbelagte opplysninger, bør være full innsynsrett i anskaffelsespapirene for partene.

Den som bringer en sak inn for tvisteløsningsorganet bør bli belastet med et mindre gebyr. For øvrig foreslår arbeidsgruppen at hver av partene skal dekke sine egne omkostninger ved å klage.

Dersom partene ikke retter seg etter uttalelsen fra tvisteløsningsorganet, vil saken kunne bringes inn for de ordinære domstolene.”

NHO mener at det for departementet må være viktig å se på bakgrunnen for hvorfor KOFA ble etablert.

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. KOFA har dermed blitt et forholdsvis hurtigarbeidende avklarings- og tvisteløsningsorgan med tillit både blant 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.

NHO forstår departementets syn om at KOFA umiddelbart vil være det logiske organ å legge en slik funksjon til. KOFAs medlemmer har høy kompetanse innenfor offentlige anskaffelser og er blitt et organ med tyngde.

NHO er imidlertid redd for at overføring av oppgaven 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. Dette har, som nevnt ovenfor, resultert i at KOFA også uten nevneverdige vanskeligheter har fått den informasjon den har hatt behov for, for å løse sakene, fra innkjøpere som har blitt innklaget.

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. NHO 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 vil ikke være forsvarlig i forhold til å pålegge en innkjøper overtredelsesgebyr ved ulovlig direkteanskaffelser.

Når det gjelder forslaget om 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.

Vi foreslår at departementet oppretter et eget organ med tre likeverdige ”avdelinger”.

Vi foreslår at det nye organet består av 3 avdelinger:

1. KOFA
2. Håndhevingsorgan med kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr
3. Avdeling med veiledningskompetanse innenfor offentlige anskaffelser

Gjennom en slik organisering vil departementet opprette et uavhengig ”senter” for kompetanse innenfor offentlige innkjøp. Ved en slik organisering ivaretar man samtidig innkjøperes og leverandørers store behov for råd og veiledning innenfor et område som er og vil være i rask utvikling. Dersom departementet vil påbegynne et slikt arbeid i nær fremtid, mener vi at det også kan forsvares å utsette ikrafttredelse av sanksjonsbestemmelsen til dette er på plass.

4. Struktur

Vi støtter departementets omlegging av strukturen i forskriften. Dette skal sikre at alle som skal anskaffe, uavhengig av terskelverdi, må forholde seg til Del I ”Alminnelige bestemmelser” i forskriften. Videre skal oppdragsgivere som kun skal anskaffe ”nasjonalt”, forholde seg til Del I og Del II, og de som skal forholde seg til EØS-anskaffelser, må bruke Del I og Del III. Vi er også godt fornøyd med at Del II innholdsmessig i stor grad er likende med Del III.

Derimot synes vi det er uhensiktsmessig at brukere må bla seg gjennom flere materielle bestemmelser for å finne definisjonene. I et pedagogisk oppbygget regelverk bør definisjonene komme tidlig i forskriften, og det foreslås at det legges inn under Del I, kapittel 1, § 1-5 definisjoner.

5. Formål

Vi støtter departementets utvidelse av formålsbestemmelsen om å sikre etisk adferd hos oppdragsgiver. En helt naturlig følge av det offentliges bruk av 240 mrd. kroner, er at allmennheten får tillit til at anskaffelsene skjer på en samfunnstjenlig måte. Dette skjerper kravene overfor oppdragsgiver vesentlig, særlig i forhold til ulovlige direkteanskaffelser. En naturlig følge av dette må også være at slik adferd sanksjoneres, slik det er foreslått i regelverket.

6. Grunnleggende krav for alle anskaffelser, § 3-1

Den nye regelen er vesentlig forbedret, både ved synliggjøring av hovedprinsippenes betydning og forenkling av ordlyden. Ett av hovedprinsippene synes å være glemt, nemlig proporsjonalitetsprinsippet (prinsippet om forholdsmessighet). Selv om formålsbestemmelsen inneholder begrepet ”forretningsmessighet” som proporsjonalitetsprinsippet er en del av, mener vi at det bør komme klart til syne i § 3-1.

Det er i innkjøpsfaglig sammenheng stor diskusjon om den arbeidsbyrden som oppdragsgiver pålegger leverandører (og seg selv) ved enorme krav til dokumentasjon. Man trenger ikke nødvendigvis samme krav til dokumentasjon for å bygge et lekestativ som å bygge en oljeplattform i Nordsjøen. Dessuten trenger man ikke oppfylle alle dokumentasjonskrav i regelverket for å gjøre et godt innkjøp. Oppdragsgiver må derfor være bevisst sine valg, og som leverandøren må oppfylle.

Kriteriene skal også etter EF-domstolens rettspraksis være objektive, og dermed målbare og egnet til å sammenligne leverandører og tilbud. Vi foreslår derfor at ordene ”som i størst mulig grad er”, tas ut.

Forslag § 3-1 (4) (Nytt uthevet og understreket):

Utvelgelse av kvalifiserte tilbydere og tildeling av kontrakt skal skje på grunnlag av kriterier som er relevante for anskaffelsen, **forholdsmessige og** (- som i størst mulig grad er -) målbare og egnet til å sammenligne leverandør og tilbud.

7. Tilrettelegging av moderne innkjøpsprosesser – elektroniske anskaffelser likestilles med ordinære anskaffelser

NHO støtter departementets satsing på elektronisk handel, derigjennom tilrettelegging av moderne innkjøpsprosesser. Dette betyr at elektroniske anskaffelser må likestilles med ordinære anskaffelser.

Dynamiske innkjøpsordninger

Dette er en ny anskaffelsesprosedyre hvor erfaring er liten eller ingen. De erfaringer man derfor høster gjennom pilotprosjektet, er viktig å nedfelle i en veileder, slik at prosedyren kan brukes. Det er derfor vanskelig å ha noen begrunnet mening om innholdet i bestemmelsen.

Elektronisk auksjon

Vi støtter innføringen av bruk av elektronisk auksjon, både for Del II og Del III. E-auksjoner vil kunne brukes ved varetjenester og bygge- og anleggskontrakter der det kan fastsettes nøyaktige spesifikasjoner. For en rekke bygge- og anleggskontrakter vil dette ikke være mulig.

En klar forutsetning for at man skal kunne bruke elektronisk auksjon, er at kontraktsspesifikasjonene kan ”fastsettes nøyaktig”. Videre er det en forutsetning at elektronisk auksjon ikke kan anvendes dersom oppdraget involverer en ”intellektuell innsats”. NHO er av den oppfatning at tradisjonell kontrahering av entreprenørtjenester (total- og hovedentreprise) vil komme i konflikt med begge disse vilkårene.

I en totalentreprise inngår prosjektering, som for eksempel utarbeidelse av tegninger til et bygg. Det er utvilsomt at en prosjekteringsytelse er basert på ”intellektuell innsats”. Prosjekteringsytelser lar seg ikke tallfeste eller på annen måte ”fastsettes nøyaktig”. Som følge av dette vil derfor kontrahering av totalentreprenører alltid falle utenfor virkeområdet for elektroniske auksjoner.

Når det gjelder hovedentreprise, vil en entreprenør i hovedsak ikke være ansvarlig for hovedprosjekteringen, kun selve utførelsen av bygge- eller anleggsoppdraget. I de fleste hovedentrepriser av et visst omfang vil imidlertid tekniske entrepriser inngå, som for eksempel lyd, luft, ventilasjon, elektro osv. Denne form for ytelse er, på samme måte som en totalentrepriselytelse, preget av ikke-kvantifiserbare elementer, og en viss grad av intellektuell innsats.

På bakgrunn av dette foreslår vi derfor at det tas inn en regel som unntar bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter som involverer en intellektuell innsats.

Forslag til ny tekst:

Regelen gjelder ikke for bygge- og anleggskontrakter samt tjenestekontrakter som involverer en intellektuell innsats.

En annen mulighet er å få tydelig frem i §§ 12-4 og 20-4 at det kun er elementer som kan kvantifiseres og uttrykkes i tall eller prosentdel som kan brukes i en elektronisk auksjon, uavhengig av kontraktstype. Dette står indirekte i forslagets 5.ledd.

8. Rammeavtaler

NHO støtter innføring av bestemmelser om rammeavtaler både for Del II og Del III. Det har i årenes løp vært fremført kritikk mot anvendelsen av rammeavtaler, særlig mot den type avtaler hvor oppdragsgiver har sikret seg mange leverandører på rammeavtalen, og bare et mindretall har fått adgang til å levere. At det nå er utarbeidet et verktøy for bruk av rammeavtaler, vil kunne minske dette misbruket.

Rammeavtaler kan inngås på flere måter. Bestemmelsene for rammeavtaler er pedagogisk bygd opp med en generell regel i § 6-1/14-1, deretter § 6-2/14-2 for rammeavtaler med én leverandør og til slutt § 6-3/14-3 rammeavtaler med flere leverandører.

I regelen om rammeavtale med flere leverandører mener vi det tydeligere bør fremgå hvilke muligheter som finnes. Dette gjelder særlig der det kan tildeles kontrakt etter gjenåpning av ny konkurranse. Det bør under § 6-3 (3)/14-3(3) komme tydeligere frem at oppdragsgiver har to muligheter for gjenåpning av konkurranse, for det første gjenåpning av konkurranse med presisert konkurransegrunnlag, og for det andre gjenåpning av konkurranse med supplert konkurransegrunnlag.

Det foreslås: (nytt uthevet og understreket):

§ 6-3 (3):

Hvis ikke alle vilkårene.... mellom partene. **Konkurransen gjennomføres på vilkårene som fremgår av konkurransebetingelsene for rammeavtalen, enten ved gjenåpning av konkurranse med presisert konkurransegrunnlag eller ved gjenåpning av konkurranse med supplert konkurransegrunnlag.**

KOFA har i flere saker (sak 2003/30, 2003/38 og 2003/51) behandlet spørsmålet om parallelle rammeavtaler. KOFA har konkludert med at rammeavtaler som ikke inneholder en fordelingsnøkkel eller mekanisme for tildeling av bestillinger på rammeavtalen, er i strid med Lov om offentlige anskaffelser § 5.

Denne praksis vil, etter gjennomføring av nye bestemmelser, kun være relevant ved anvendelse etter § 6-3 (2)/14-3(2), inngåelse av rammeavtale med flere leverandører der elementene er fastlagt i rammeavtalen.

I det tilfellet at alle vilkår ikke er fastlagt i rammeavtalen, § 6-3 (3)/14-3(3) og en fornyet konkurranse mellom partene kreves, fyller en fordelingsnøkkel eller rangordning ingen funksjon. KOFAs avgjørelser vil i disse situasjoner ikke være relevante.

9. Konkurransepreget dialog

Ett av departementets uttalte formål med regelverksrevisjonen er forenkling. Gjennomføring av konkurransepreget dialog er vanskelig tilgjengelig i departementets forslag. I motsetning til direktiv 2004/18 er regelen spredt over hele

Del III. Vi foreslår at regelen samles i en regel og legges inn under kapittel 13, valg mellom ulike anskaffelsesprosedyrer.

Vi er av samme oppfatning som departementet, at regelen ikke implementeres i Del II, der oppdragsgiver kan benytte forhandlet konkurranse.

10. Alternative tilbud §§ 10-4 / 18-4

Etter dagens regel om alternative tilbud kan leverandører levere inn alternative tilbud, med mindre oppdragsgiver eksplisitt har uttalt i kunngjøringen at det ikke er tillatt.

Basert på det nye direktivet, innføres en plikt til å avvise tilbud der det er levert inn alternative tilbud uten at oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen at dette er tillatt. Leverandøren må samtidig oppfylle oppstilte minstekrav.

Forskriftsteksten synliggjør ikke dette godt nok, og det foreslås:

Etter 2. setning (nytt uthevet og understreket):

Dersom dette ikke er angitt i kunngjøringen, er det ikke tillatt å levere alternative tilbud. Oppdragsgiver som tillater alternative tilbud skal...

Forslag til ny definisjon av alternative tilbud i § 4-1(j)

Alternative tilbud er et tilbud basert på tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og hvor det i kunngjøringen uttrykkelig er tillatt alternative tilbud, og tilbudet er utarbeidet etter oppstilte minstekrav og oppfyller kravene til ytelsens innhold og eventuelt utforming.

11. Kriterier for valg av tilbud §§ 12-2 / 20-2

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

NHO 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.

12. Vekting

Vi støtter departementet i at vekting ikke bør brukes under Del II, § 12-2. 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.

Når det gjelder vekting etter § 20-2, har vi store problemer med å forstå ordlyden ”maksimalt utslag i hver retning”. I sin ytterste konsekvens kan denne bestemmelsen praktiseres, slik at den gir oppdragsgiver fullstendig fritt skjønn ved valg av tilbud. Det er på det rene at det ikke vil være opp til oppdragsgiver på basis av prinsippet om forutberegnelighet, god anbudsskikk og likebehandling etter § 3-1 å bestemme et hvilket som helst maksimalt utslag.

Det foreslås at ”maksimalt” byttes ut med ”begrenset utslag”. Dette må avklares nærmere i en veileder.

13. Skatteattest / HMS-egenerklæring

NHO foreslår at beløpsgrensene for krav om skatteattest og HMS-egenerklæring fortsatt blir liggende på kr. 200 000.

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

Ordningen med skatteattester og HMS-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.

NHO mener det er positivt at departementet er opptatt av leverandørers samlede dokumentasjonsbyrde ved deltagelse i konkurranser om offentlige kontrakter. Forslaget innebærer at leverandørene slipper innhenting og oversendelse av skatteattester for kontrakter inntil 500 000, 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 på grunn av ønske om teknisk forenkling av anskaffelsespraksis. Konsekvensene av manglende vektlegging av ordnede skatteforhold og HMS i en konkurranse om offentlige kontrakter, bekymrer seriøse leverandører.

Kontrakter inntil 500 000 kroner 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. Det er derfor fra næringslivets ståsted 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 som 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.

NHO anmoder derfor departementet om å revurdere forslaget inntil det samtidig opprettes systemer som oppdragsgiver skal benytte for å sikre at offentlige kontraktinngåelse skjer med virksomheter som har ordnede HMS- og skatte/avgiftforhold. NHO vil samtidig understreket at oppdragsgivere må gjøre bruk av attestene som legges ved, slik at ulovlige forhold kan avdekkes.

Dette innebærer at det fortsatt bør være en plikt for oppdragsgivere til å kontrollere at virksomheten 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.

NHO 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.

14. Avvisningsregler

Departementet har i notatet til forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser punkt 7 kommentert avvisningsreglene i forslaget.

Moderniseringsdepartementet skriver i notatet:

”Reglene om avvisning har vært betraktet som uklare. Spesielt gjelder dette forholdet mellom de enkelte avvisningsgrunnene. Departementet har gått gjennom avvisningsreglene og revidert dem med sikte på å redusere tvil og uklarheter.”

Etter NHOs oppfatning er verken forslaget til forskriftstekst eller innholdet i notatet i tilstrekkelig grad egnet til å redusere tvil og uklarheter omkring avvisningsreglene.

Avvisningsbestemmelsene er etter vår erfaring de bestemmelser i regelverket som er vanskeligst å praktisere og som det er knyttet størst usikkerhet til. NHO er av den oppfatning at det er helt nødvendig å se nærmere på disse bestemmelsene med særlig vekt på bruken av begreper, omfanget av regler i forskriften og forholdet mellom forbehold mot beskrivelse/kontraktsbestemmelser og oppdragsgivers plikt/mulighet til å prise forbehold/avvik.

Når det gjelder begrepsbruken i forslaget, mener vi at den er mer egnet til å forvirre enn å klargjøre, og at den legaldefinisjon av alternative tilbud som er foreslått, ikke er i tråd med vanlig språklig forståelse eller bransjeoppfatning. Vi viser i denne forbindelse til betenkning fra professor dr. juris Kai Krüger, som er vedlagt vår høringsuttalelse.

Når det gjelder omfanget av reguleringen i forskriften, har departementet foreslått å ta ut enkelte bestemmelser. NHO er av den oppfatning at dette bare vil føre til flere uklarheter. Vi mener for eksempel at bestemmelsen, avvisning av tilbud der prisen ikke er oppgitt som forutsatt, er praktisk viktig – spesielt innenfor bygg og anlegg – og derfor ikke bør fjernes. Vi er også av den oppfatning at bestemmelsen om avvik fra konkurransegrunnlaget (gjeldende forskrifts § 8-10 (1) bokstav c og § 15.10 (1) bokstav c) ikke bør fjernes. Departementet synes å forutsette at problemstillingen vil bli dekket av forslagets §§ 10-11 (1) bokstav e og 18-13 (1) bokstav e. Vurderingstemaene er imidlertid ikke de samme etter disse bestemmelsene. I tilfeller der for eksempel oppdragsgiver har oppgitt at det ikke skal være anledning til å innlevere deltilbud, men dette likevel blir gjort i form av flere deltilbud, som til sammen dekker hele leveransen, vil bestemmelsen virke klargjørende.

NHO vil anmode departementet om å nedsette en egen gruppe som får i oppdrag å avklare rettstilstanden og samtidig utarbeide et materiale som egner seg til å bli benyttet i veilederen som skal utarbeides av Moderniseringsdepartementet.

Etter vår oppfatning bør særlig utkastets §§ 18-3, 18-4 og 18-13 (1) bokstav c første setning, d og e og tilsvarende bestemmelser under terskelverdi vurderes.

I tillegg mener NHO det er nødvendig å se på forholdet mellom utkastets §§ 10-11 og 18-13 (1) bokstav d og e og § 3-8 (1). Et stadig økende praktisk problem i bygg- og anlegg er at entreprenørene blir avvist der det er tatt forbehold mot oppdragsgivers spesielle kontraktsbestemmelser.

Flere og flere oppdragsgivere legger nå til grunn at slike tilbud skal avvises. Årsaken til avvisningen er hovedsakelig at forbeholdene er vanskelige/umulige å prise, og at oppdragsgiver dermed skal avvises som følge av at man ikke kan sammenligne tilbudene.

Dette har ført til en vanskelig situasjon i markedet fordi flere og flere konkurransegrunnlag inneholder spesielle kontraktsbestemmelser som, i forhold til for eksempel NS 3430/NS3431/NS 8405, overfører risikoen til entreprenøren i en slik grad at det er helt nødvendig å ta forbehold. De spesielle kontraktbestemmelsene overfører risiko for forhold og hendelser som leverandørene ikke har noen kontroll over, og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd. Det paradoksale er at årsaken til at entreprenørene tar forbehold, er den samme som årsaken til at oppdragsgiver avviser entreprenørene – det er ikke mulig å prise.

En del oppdragsgivere har forsøkt å finne en løsning på dette – men det har stort sett vært gjennom å presisere at man ikke må ta forbehold mot de spesielle kontraktsbestemmelsene, noe som ikke løser problemet.

Situasjonen i dag er at mange leverandører ikke deltar i konkurranser der det er store avvik fra standardkontraktene. Det er noe som ikke tjener verken oppdragsgiver eller samfunnet ved at det blir mindre konkurranse.

Avvisningsbestemmelsene i utkastet løser altså ikke dette problemet, og departementet har heller ikke gjort noe i forhold til gjeldende forskrifts § 3-9 som sier at oppdragsgiver som hovedregel skal bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der det finnes.

NHO mener det nå foreligger en uheldig markedssituasjon som bør avhjelpes og vil på denne bakgrunn anmode departementet om å se på denne problemstillingen. I denne forbindelse vises det til at en eventuell gruppe vil kunne vurdere problemstillingen og utrede mulige løsninger.

NHO vil uansett foreslå at det inntas en presisering i forslaget § 3-8.

Vi viser i denne forbindelse til den tyske reguleringen av dette inntatt i Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) (12.9.2002) § 9 Beschreibung der Leistung Nr. 2:

„Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Entwicklung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.“

De samme reguleringene er inntatt i Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) (17.9.2002) § 8 Leistungsbeschreibung Nr. 1 Abs. 3.

Vi foreslår følgende presisering i utkastets § 3-8, 1. ledd / eventuelt nytt første ledd:

Ingen urimelig risiko skal overføres til leverandøren for forhold og hendelser som han ikke har noen kontroll over, og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd.

Vi mener en slik presisering er i tråd med lovens formålsbestemmelse og det grunnleggende krav som er kommet til uttrykk i lovens § 5 og forskriftsutkastets § 3-1.

15. Deltagelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere

NHO er positive til regler som gjør det mulig å redusere antall kvalifiserte deltagere og er enig i begrunnelsen ut fra samfunnsøkonomiske betraktninger.

16. Begrunnelsesplikten og forretningshemmeligheter

Reguleringen av oppdragsgivers begrunnelsesplikt er svært viktig for leverandørene. NHO er godt fornøyd med at det er gjort en presisering av hva begrunnelsesplikten skal inneholde.

Det nedlegges uten vederlag betydelige ressurser i form av tid og penger ved deltakelse i konkurranser. Etter innlevering av tilbud vil oppdragsgivers første kontakt med de enkelte leverandører være i form av et valg oppdragsgiver har gjort i forhold til leverandøren i seg selv eller til det innleverte tilbud. Det er derfor svært viktig at begrunnelsen for de valg oppdragsgiver tar, formidles leverandørene på en slik måte at leverandøren selv er i stand til å vurdere oppdragsgivers valg.

Vi har likevel følgende kommentarer:

Vi er av den oppfatning at §§ 10-14(4) og 18-16(4) er egnet til å villede slik den står i forhold til §§ 10-14(1) og 18-16(1). Det er viktig å få tydelig frem reglens 1. ledd, at det også her må gis tilstrekkelig informasjon om det vinnende tilbuds egenskaper. Det er på dette tidspunkt leverandøren skal kunne vurdere om det er grunnlag for å klage på oppdragsgivers valg.

Derimot er det først etter 4. ledd at oppdragsgiver har en forpliktelse til å gi opplysninger om det valgte tilbudets relative fordeler.

Vi foreslår følgende ny siste setning i §§ 10-14 og 18-16, 1. ledd:

Ved valg av leverandør skal det opplyses om det valgte tilbudets egenskaper og fordeler.

NHO mener at åpenhet i forbindelse med 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 leverandørene 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 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 rammeregulering som gir insitamenter til en god kommunikasjon mellom oppdragsgivere og leverandører om hvilke opplysninger leverandørene oppfatter som sensitive for virksomhetenes forretningsmodell.

Det er særlig viktig at dette avklares i en veileder.

17. Midlertidig unntaksbestemmelse – ideelle organisasjoner

Vi viser 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.

Det vises også til tidligere kommentarer fra NHO til unntaket i brev datert 10. desember 2004, hvor vi 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 side om side med andre private.

For øvrig er NHO 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 vil vi peke 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.

Dette har også gyldighet for uprioriterte tjenester. Vi mener derfor at måten å legitimere en praksis på 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.

NHO 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.

Alternativt 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 begrensninger 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 ekstraordinære situasjoner, slik at praksis ikke flyter ut.

18. Gjennomføring av konkurranse med forhandlinger

Gjeldende forskrift inneholder svært få regler om selve gjennomføringene av forhandlingene. Det er i utkastet gjort et forsøk på å regulere selve gjennomføringen noe nærmere. NHO er fornøyd med forslaget §§ 10-8 og 18-11 som vi synes ligger på et fornuftig nivå i forhold til detaljeringsgrad.

Vennlig hilsen,
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON

Finn Bergesen jr.
Adm. direktør

Vedlegg: Betenkning om alternative tilbud/avvikende tilbud/forbehold i tilbud ved Prof dr jur Kai Kruger

Prof dr jur	
<i>Kai Krüger</i>	
Det juridiske fakultet	
Magnus Lagabøtes plass 1	
N-5010 Bergen UiB	
T ktr	+47 55 58 95 53
Fax ktr	+47 55 58 95 40
e-mail	Kryger@jur.uib.no
web:	<www.jur.uib.no>

Bergen, den 20. juni
2005.

NHO
Advokat
Arnhild Dordi Gjønnnes
Postboks 5250 Majorstua
N 0303 Oslo

**BYGG- OG ANLEGGSTRANSJEN – ALTERNATIVE TILBUD/AVVIKENDE
TILBUD /FORBEHOLD I TILBUD – UTKAST TIL NY FORSKRIFT OM
OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – HØRINGSNOTAT - (Del III:) §§ 18-3 OG 18-4,
JFR § 18-13 (c)(d) OG (e) - (Del II:) - §§ 10-3 OG 10-4, JFR § 11-1 (d) OG (e)**

NHO v/ advokat *Arnhild D Gjønnnes* har i samråd med Entreprenørenes landsforening formulert en problematikk omkring temaet alternative tilbud/avvikende tilbud/forbehold i tilbud slik:

Departementet har i notatet til forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser punkt 7 kommentert avvisningsreglene i forslaget.

Moderniseringsdepartementet skriver i notatet:

”Reglene om avvisning har vært betraktet som uklare. Spesielt gjelder dette forholdet mellom de enkelte avvisningsgrunnene. Departementet har gått gjennom avvisningsreglene og revidert dem med sikte på å redusere tvil og uklarheter.”

Etter vår oppfatning er verken forslaget til forskriftstekst eller innholdet i notatet egnet til å redusere tvil og uklarheter omkring avvisningsreglene.

Vi ønsker derfor en vurdering av forståelsen av forslagens regler om avvisning (som i stor grad er en videreføring av gjeldende regler) med særlig vekt på forholdet mellom forbehold mot kontraktsbestemmelser/beskrivelse og oppdragsgivers plikt/mulighet til å prise forbehold/avvik.

Formålet er å avklare rettstilstanden samtidig som det er et mål at betenkningen skal kunne benyttes i veilederen som skal utarbeides av Moderniseringsdepartementet.

Følgende bestemmelser i forslaget ønskes vurdert:

- Utkastets § 18-13 (1) bokstav c første setning, d og e. (Herunder forståelsen av utkastets §§ 18-3 og 18-4).
- Utkastets § 18-12 (1) bokstav a og e

- Forholdet mellom utkastets § 18-13 (1) bokstav d og e og § 3-8 (1). (Gjeldende forskrifts §§ 8-10 (1) bokstav c og d jfr § 8-6 (3) jfr § 3-9. Se KOFA sak 2003/138.)

Etter senere presisering i forståelse med oppdragsgiver er spørsmålene omkring utkastets § 18-12 (1) lagt til side og jeg vil derfor begrense meg til å kommentere de øvrige spørsmål som er omtalt. Jeg velger å knytte kommentarene til utkastets §§ 18-3 - 18-4 og § 18-3 (1) vedrørende anskaffelser over terskelverdiene. Bestemmelsene om anskaffelse under terskelverdiene er tilnærmet like i Del II §§ 10-3 – 10-4 og § 10-11 (1), bortsett fra en muligens tilsiktet formuleringsnyanse mellom § 10-4 annet punktum og § 18-4 annet punktum.

Jeg har følgende kritiske punkter til forskriftsutkastet i det som gjelder alternative tilbud, avvikende tilbud – og forbehold i tilbud.

Generelt kan det sies at behovet for veiledende retningslinjer nedfelt i en departemental ”Veileder” er stort. Når de viktigste praktiske spørsmål ikke har underlag i tradisjonelle lovforarbeider (generelle bemerkninger og spesialkommentar til enkeltbestemmelser), må man forvente at aktørene på begge sider søker hen til annet offisielt materiale for å avklare spørsmål om tolkning og presiseringer. Dette gjelder ikke minst det emne som her behandles.

Alternative tilbud – avvikende tilbud

Grensen mellom alternative og avvikende tilbud er i praksis uskarp og kan kanskje ikke uttrykkes på annen måte enn som en gradforskjell. Direktivet bruker i Art 24 i den engelske form uttrykksmåten ”variants” og gir regler som etter sammenhengen synes å være felles for alternative og avvikende tilbud.

I høringsnotatet Del II omtales avvisningsreglene slik (pkt 7.1 til pkt. 7.5.):

Avvisningsreglene

Bakgrunn

Reglene om avvisning har vært betraktet som uklare. Spesielt gjelder dette forholdet mellom de enkelte avvisningsgrunnene. Departementet har gått gjennom avvisningsreglene og revidert dem med sikte på å redusere tvil og uklarheter. Det har også vært nødvendig å foreta endringer for å gjennomføre direktivforpliktelsene. Ut fra et ønske om forenkling, hvor det her har vært lagt vekt på i størst mulig grad å ha like avvisningsregler over og under EØS-terskelverdiene, er de nye direktivbestemmelsene også gjennomført under terskelverdiene.

Avvisningsbestemmelsene er i forslaget til ny forskrift samlet i to bestemmelser; avvisning på grunn av forhold ved tilbudet og avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. I tillegg er det beholdt en særskilt avvisningsregel for unormalt lave tilbud.

Avvik fra konkurransegrunnlaget

Den absolutte avvisningsplikten ved avvik fra konkurransegrunnlaget etter gjeldende forskrift § 8-10 (1) bokstav c og § 15-10 (1) bokstav c, er foreslått fjernet. For konkurranse med forhandling anses bestemmelsen for uheldig ettersom det kan tenkes at avvik avklares i forhandlingene. For anbudskonkurranser anses problemstillingen dekket av nye §§ 10-11 (1) bokstav e og 18-13 (1) bokstav e, hvor avvisning skal skje dersom avvikene kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes.

Avvisning der alternative tilbud ikke er angitt tillatt

Basert på det nye direktivet innføres en plikt til å avvise tilbud der det er levert inn alternative tilbud uten at oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen at dette er tillatt, og der alternative tilbud ikke oppfyller oppstilte minstekrav.

Legaldefinisjon av alternative tilbud

For å avklare forskjellen mellom alternative tilbud og forbehold/deltilbud/avvik/ufullstendigheter, foreslås det en legaldefinisjon av alternative tilbud. Alternative tilbud foreslås definert som å inneholde alternative måter å oppfylle krav til ytelsens innhold og eventuelt utforming. Alternative tilbud er forbeholdt tilfelle der det gis tilbud på en ytelse som er like bra eller bedre enn den ytelse som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Tilbud som ikke er like gode som ytelsen beskrevet i konkurransegrunnlaget ("mindreverdige tilbud") vil anses som et avvik fra konkurransegrunnlaget, men ikke som et alternativt tilbud. Tilbud på mindreverdige ytelser vil i forhold til avvisningsreglene betraktes som tilbud som inneholder forbehold, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende.

Særlig om ufullstendige tilbud

Etter gjeldende forskrift §§ 8-10 (1) d og 15-10 (1) d skal en avvise et tilbud der det foreligger ufullstendigheter som gjør at det i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Samtidig oppstiller annet ledd bokstav a at et tilbud kan avvises hvor det ikke inneholder alle de opplysninger, oppgaver, prøver mv. som er forlangt. Grensen mellom anvendelsesområdet for disse to bestemmelsene er uklar. Dette er foreslått løst ved at "ufullstendigheter" tas ut av første ledd bokstav e. Situasjonen vil da være regulert av annet ledd bokstav c. Konsekvensen av dette er at vilkåret om relativ bedømmelsestvil ikke vil gjelde ved ufullstendige tilbud.

Begrepet "alternative tilbud" er foreslått definert i utkastets § 4-1 bokstav j

- j. *alternative tilbud*: betegnelse på tilbud som er utarbeidet etter oppdragsgivers oppgitte alternative måte å oppfylle krav til ytelsens innhold og eventuelt utforming.

Et avvikende tilbud forutsettes av departementet å være et mindreverdige tilbud (notatet pkt 7.4.):

Alternative tilbud er forbeholdt tilfelle der det gis tilbud på en ytelse som er like bra eller bedre enn den ytelse som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Tilbud som ikke er like gode som ytelsen beskrevet i konkurransegrunnlaget ("mindreverdige tilbud") vil anses som et avvik fra konkurransegrunnlaget, men ikke som et alternativt tilbud. Tilbud på mindreverdige ytelser vil i forhold til avvisningsreglene betraktes som tilbud som inneholder forbehold, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende.

Disse spørsmål er meget praktiske. Når det forutsettes at et avvikende tilbud (som ikke defineres i § 4-1) er et mindreverdige tilbud, er dette neppe i tråd med vanlig språklig forståelse eller med bransjeoppfatninger på området. Her vil man nok oppfatte nyansen mellom "alternativ" og "avvik" mer som en *gradsforskjell* enn som en *kvalitativ* forskjell. Når det dermed gis ulike regler om avvikende tilbud og alternative tilbud både på EØS-nivå og under terskelverdiene uten å være på linje med bransjeoppfatninger, er det viktig at departementet i fortsettelsen gjør nødvendige presiseringer, jfr programerklæringen om at den nye forskrift er ment å "skulle redusere tvil og uklarheter".

Gjeldende forskrift § 8-6 (2) [og i del III § 15-6 (2)] knesetter som regel at når tildeling skjer til det økonomisk mest fordelaktige tilbud, *kan* det innleveres alternative tilbud som oppfyller satte minstekrav. Anskaffelsesmyndigheten er ikke bundet, men kan ved presisering i kunngjøringen positivt *utelukke* alternative tilbud. Dette sikrer at myndigheten har vurdert spørsmålet. Gjeldende forskrifts standardløsning er den som best sikrer innovasjon og

kreativitet i prosessen, siden markedet her kan fremkomme med bedre løsninger enn de som anskaffelsesmyndigheten ved sine rådgivere har forutsatt. Dette vil gjelde også uten uttrykkelig henvisning i kunngjøringen.

Direktivet Art 24 nr 2 pålegger anskaffelsesmyndigheten å treffe et valg ved kunngjøring av konkurransen. Direktivet forutsetter for sitt virkeområde at når kunngjøringen ikke tillater ”variants”, vil anskaffelsesmyndigheten ikke ha adgang til å vurdere slike avvik, d v s slike tilbud skal avvises. Har entreprenøren derimot *både* respondert på kunngjøringen og konkurransegrunnlagets spesifikasjoner *og i tillegg* tilbudt et likeverdig eller bedre alternativ uten at kunngjøringen åpner for dette, må meningen være at bare den siste kan avvises.

I forskriftsutkastets § 18-4 er regelen på bakgrunn av direktivet snudd i forhold til gjeldende forskrift. Heretter er standardløsningen at alternative tilbud på EØS-nivå *bare* tillates når dette fremgår av kunngjøringen (med minstekrav). Overser anskaffelsesmyndigheten muligheten for alternative tilbud, må markedet forholde seg til at det *ikke* er adgang til å fremkomme med alternative og kanskje presumptivt bedre løsninger enn de som formelt etterspørres. Dette er uheldig og virker negativt i et scenario der man heller burde stimulere til kreativitet og innovasjon fra markedet. Men direktivet synes vanskelig å komme rundt på dette punkt for så vidt gjelder anskaffelser over terskelverdiene. For anskaffelser *under* terskelverdiene er forslaget til løsning ikke like streng – men det åpnes en viss tvil: I § 10-4 gjentas at det skal sies i kunngjøringen hvorvidt alternative tilbud vil bli godtatt, men her uten at det fremgår hva som skal legges til grunn når dette er oversett. Hvis meningen har vært å åpne for opprettholdelse av dagens regel om at alternative og avvikende tilbud må positivt utelukkes som vilkår for avvisning (foa 2001 § 8-6 (2)), slik jeg mener er den innlysende bedre regel, bør dette klargjøres. Siden regelen om *avvikende* tilbud fortsatt foreslås å være at slike tilbud positivt må utelukkes for å binde markedet, forsterkes – uten at dette synes saklig begrunnet - forskjellen mellom alternativt og avvikende tilbud. Etter min mening ville en enklere og bedre løsning være å droppe skillet mellom alternative tilbud og avvikende tilbud i Del II – og klargjøre at anskaffelsesmyndigheten i all fall under EØS-nivå har rett og plikt til å vurdere både avvik og alternativer når dette ikke er positivt utelukket. Ved dette unngår man en vanskelig grensdragning og man oppnår en regel som er bedre i tråd med ”best value for money”. At Norge på ”fritt” område velger en bedre løsning enn direktivets, tjener BA-markedet best både sett fra entreprenørens og byggherrenes side. Avvisningsplikt betyr jo at anskaffelsesmyndigheten utelukkes fra å vurdere en tilbud som man mener er det beste. Hvis basis-regelen er lik for alle tilbydere, kan dette ikke sies å være problematisk i forhold til likhetsprinsippet eller kravene til forutberegnelighet.

Forbehold i tilbud – avvisning

Den praktiske hovedregel ved anbudskonkurranser er at tilbud og enhetsprising skjer ut fra konkurransegrunnlagets postoppstillinger, eventuelt presisert med datasystemer eller innarbeidelse av standarder så som f eks NBR NS 3420. Rett nok fastsetter NS 3430 at entreprenørens anbud eller tilbud skal gå foran konkurransegrunnlagets dokumentasjon (NS 3430 pkt 4.1. bokstav b sammenholdt med bokstav c og d – NS 8405 pkt 3.1. c) sammenholdt med e)). Men det vil gjelde en sterk presumsjon for at tilbudet stemmer med kunngjøring/konkurransegrunnlag, og dette underbygges av klarhetskrav nedfelt i gjeldende forskrift § 8-6 (1), videreført i forskriftsutkastets § 18-3 annet punktum, som vil gjelde både faktiske forhold og kontraktsbestemmelser (fra EF-domstolens praksis kan vises til

”Traunfellner” C-421/01). Det gjelder forbud mot vesentlige avvik både etter gjeldende og foreslått forskrift, jfr. gjeldende § 8-6 (3) og utkastets § 18-3 siste punktum.

Forbehold i entreprenørens tilbud er etter hvert blitt en praktisk problemstilling i BA-bransjen.

Slike forbehold har som utgangspunkt oftest en situasjon der anskaffelsesmyndigheten i stedet for å kunngjøre at oppdraget skal utføres i henhold til de fremforhandlede (”agreed”) standardvilkår, særlig NS 3430 (utførende entreprise) og NS 341 (totalentreprise), innarbeider mer eller mindre byggherrevennlige avvik i kontraktsvilkårene. Et typisk forbehold vil da være et tilbud der entreprenøren betinger seg at en ”urettet” versjon av vedkommende punkt i standarden skal gjelde allikevel – eventuelt at *hele* standarden skal gjelde uten endringer.

Etter min mening er det en klar forskjell mellom alternative/avvikende tilbud og forbehold mot kontraktsbetingelser. Det bør gjøres klart at direktivets strenge regler om ”variants” særlig over terskelverdiene ikke skal anvendes på forbehold mot kontraktsvilkår. Det ville være helt urealistisk å forvente at anskaffelsesmyndigheten i tråd med direktivets Art 24 nr 2 uttrykkelig tilkjennegir at man vil godta forbehold mot leveringsbetingelser og kontraktsvilkår.

Løsninger som uten annen saklig grunn enn markedsbalansen avviker fra NBR-standardene bryter med forutsetningene for de tungt forhandlede kompromisser nedfelt i bransjen. I norske forhold er de fremforhandlede standardvilkår så å si enerådende, og det nedlegges et betydelig arbeid innen de partsrepresenterte komitéer hver gang standardene revideres (senest NS 8405 for utførende entrepriser). Staten og kommunene er sentral parter i disse forhandlingene, som føres med entreprenørene, rådgivende og håndverkerbransjen på den annen side.

Ingressen til NS 8405 (identisk med forgjengeren NS 3430) er representativ for hvordan disse aktørene selv har sett på spørsmålet om avvik og endringer:

”Standarden gir uttrykk for hva de ovennevnte organisasjoner og institusjoner er blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. Det er forutsetningen at standarden anvendes uten endringer eller avvik, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av de spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.”

Henvisningen til ”spesielle forhold ved det enkelte prosjekt” var åpenbart ikke ment som en generell åpning for å utnytte forhandlingsstyrke ved bortsetting av offentlige entrepriser. Meningen var å åpne for tilpasning til faktiske og tekniske særegenheter ved oppdraget.

REFSA-forskriften for statlige bygg- og anleggsarbeider § 25 satte meget snevre grenser for avvik (NOU 1975:9 s 73-75). Dette ble gjort i form av instruks om at dagjeldende NS 3430 skulle gjelde uavkortet med bare to konkrete og saklig velgrunnede unntak (sikkerhetsstillelse og voldgift). EØS-forskriften om bygg- og anleggsarbeider fra 1992 handlet bare om gjennomføring av Norges EØS-forpliktelser og berørte derfor ikke spørsmålet om valg av kontraktsvilkår. I perioden fra 1993 til 2001 gjaldt statsforskriften med dens pålegg om bruk av NS 3430 utfyllende og supplerende til EØS-reglene. Kommunene ble i den såkalte ”Normalinstruksen” i denne perioden anbefalt å bruke statsreglene, men praksis varierte en del fra kommune til kommune. Men også kommunene

v/Kommunenes Sentralforbund deltok i forhandlingene om NBR-standardene og hadde ved tilslutning til NS 3430 dermed akseptert at standarden ikke skulle endres med mindre det gjaldt spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.

Gjeldende forskrift fra 2001 har en mykere og byggherrevennlignere utformning enn REFSÅ 1978. Om NS-endringer ved kontrahering fastslås i § 3-9:

”Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder skal disse som hovedregel brukes ved inngåelse av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter.”

Bestemmelsen har sin forhistorie i det såkalte *Tronslin*-utvalgets utredning NOU 1997:21 s 105-107, der det man valgte å gå bort fra en absolutt forpliktelse til å bruke NS-standardene:

”Den enkelte oppdragsgiver må være den nærmeste til å vurdere om det er ønskelig å bruke standarden og eventuelt hvilken standard som er hensiktsmessig. Utvalget vil imidlertid sterkt anbefale fortsatt bruk av anerkjente og innarbeidede kontraktsstandarder der slike finnes og det er hensiktsmessig.”

Departementet valgte allikevel en noe strengere tilnærming (Ot prp nr 71 s 41-44).

På den annen side bør ikke oppdragsgiveren låses til standarder på en slik måte at han forhindres fra å opptre på en profesjonell, forretningsmessig og hensiktsmessig måte i markedet. En anvendelse av uhensiktsmessige kontraktsbestemmelser kan på lik linje med ukjente og ensidige bestemmelser virke prisdrivende og kan vanskeliggjøre det samarbeid som er nødvendig partene i mellom. Videre vil en henvisning til bestemte standarder kunne forhindre en utvikling av nye og hensiktsmessige samarbeidsformer mellom byggherre og entreprenør. Særlig innenfor bygge- og entrepriseområdet er samarbeidet mellom partene ofte avgjørende for hvilket resultat som oppnås. En generelt utformet bestemmelse vil på denne måte bedre ta høyde for og virke som en inspirasjon for en profesjonell og forretningsmessig opptreden fra statlige oppdragsgiveres side.

På denne bakgrunn går departementet inn for en generelt formet bestemmelse. Departementet tar imidlertid sikte på en strammere utforming av bestemmelsen enn hva utvalget har foreslått. Det bør etter departementets mening tydelig framgå av bestemmelsen at statlige oppdragsgivere som den klare hovedregel har en plikt til å anvende balanserte standarder og vilkår.

Allikevel ble forskriftens § 3-9 gitt en nokså løs form. For når ”skal” knyttes til en ”hovedregel” er det innlysende uklart hvor langt et slikt påbud egentlig rekker som praktisk vern for entreprenører som henholder seg til NBR-konseptets forutsetninger om konsens. Jeg hadde et kritisk innlegg om dette i Juristkontakt 1999 nr 6 med spørsmålet: ”Hvorfor kan ikke staten godta NBR-standardene?” der jeg mente at NOU’en gikk for kort i å følge opp intensjonene i de fremforhandlede standardvilkårene.

Håndteringen av balansen mellom markedsaktørene kommer i realiteten på spissen nettopp ved forståelsen og praktiseringen av regler om avvikende tilbud med forbehold innrettet på kontraktsbetingelser. Når slike forbehold tas, er det erfaringsmessig nettopp tale om forbehold om bruk av ”urettet” NS 3430 eller NS 3431 (heretter NS 8405) i situasjoner der den offentlige (kommunale eller statlige) byggherre har endret kontraktsvilkårene i egen favør. Ut fra den erfaring jeg hatt opp gjennom årene med rådssaker i Byggebransjens Faglig Juridisk Råd, kan det være tale om mer eller mindre betydelige endringer, f eks slike som går ut på at en utførende entreprenør skal påta seg prosjekteringsansvar og risiki vesentlig ut over det som er forutsatt i NS 3430 – eller om vilkår om at totalentreprenøren skal overta risiko for byggherrens mangelfulle grunnundersøkelser og opplysninger om grunnforholdene,

forhold som ved slike oppdrag fortsatt skal være en byggherrerisiko (se f eks den balanserte og utvilsomt gjennomdrøftede løsning i NS 3431 pkt 8 om "Lokale forhold. Grunnforhold").

Det ligger i sakens natur at forbehold mot kontraktsvilkår som omhandler mulige hendelser i kontraktsperioden vil ha en usikkerhet knyttet til seg.

Er det tale om vesentlige forbehold, forutsetter både gjeldende forskrift § 8-6 (3) og utkastets § 18-3 siste punktum sammenholdt med § 18-13 (1) d at tilbudet skal avvises. Begrunnelsen er at man i slikt tilfelle ikke bare vanskelig kan evaluere tilbudet, men også at det kan bryte med likhetsprinsippet å tillate store sprik i tilbudenes innhold (fra EF-domstolens praksis "Storebælt" C-243/89).

Men enkeltstående forbehold er ikke nødvendigvis vesentlige med mindre de går svært langt – eller det er tale om å mange forbehold at vesentlighetsvilkåret slår inn.

Hvis enhver usikkerhet knyttet til forbeholdet anses som forhold som vanskeliggjør sammenligning mellom tilbudene, vil dette være ensbetydende med at anskaffelsesmyndigheten med konsekvens kan regulere seg bort fra de oppnådde NBR-kompromisser. Dette er etter min mening svært uheldig.

Praksis har funnet gode løsninger på dette. Det er ikke uvanlig at "mot-forbehold" i NBR-anliggende i forhold til offentlige byggherrer håndteres på den måten at man (1) foretar et skjønn over hva forbeholdet "worst case" kan bety målt i kroner og øre og deretter (2) estimerer skjønnsmessig hvilken sannsynlighet/risiko det er i % for at det forhold forbeholdet berører kan bli aktuelt. Ved dette gjennomføres en kronebasert kostnadsberegning av forbeholdet, og er en slik beregning noenlunde realistisk, burde dette være en løsning som er og bør være til hinder for avvisningsrett og -plikt etter gjeldende forskrift § 8-10 (1)(d) og utkastets tilsvarende § 18-13 (1) e. En slik løsning vil f eks kunne gjøre det mulig å legitimt for anskaffelsesmyndigheten å beholde en entreprenør som ut fra andre forhold anses som den økonomisk foretrukne. Tolkes avvisningsreglene strengere, tvinger "skal"-regelen i både gjeldende forskrift og utkastet anskaffelsesmyndigheten til å avvise den av entreprenørene som reelt kommer best ut etter gjeldende forskrift § 10-2 og utkastets § 20-10.

Den løsning som her forfektes, er omtalt i *L Simonsen Prekontraktuell ansvar* (1997) s 612. Den vil etter mening være en fornuftig og forstandig metode. Den har også vært lagt til grunn i uttalelser fra Byggebransjens Faglig Juridiske Råd, se særlig sak 530 (2001), hvorfra siteres:

"Ved anbudskonkurranse er det vanlig at anbudsinbyder foretar en anbuds kontroll, dvs kontrollregner postene samt påser at anbudet også formelt er tilfredsstillende. Det er ikke noe krav at anbud punkt for punkt skal reflektere anbudsgrunnlaget. Anbyder kan fremkomme med alternative tilbud og priser, eventuelt varsle forbehold som anbudsinbyder kan godta eller forkaste. Ved motstrid må anbudsinbyder enten søke å avklare hva et eventuelt avvikende anbud, dvs et anbud med gunstigere vilkår for anbyder enn forutsatt i anbudsgrunnlaget, vil beløpe seg til i kroner og øre. Dette er nødvendig for å få i stand en forsvarlig prissammenligning der flere anbud konkurrerer om oppdraget og man skal velge det økonomisk sett gunstigste. Kan anbudets forbehold ikke "prises", vil det som regel være tale om et så vidt uklart anbud at det skal avvises fordi det ikke inneholder alle de opplysninger som er nødvendige for å byggherrens bedømmelse av anbudet (avvisningshjemmel i "Anbudsbestemmelser" pkt 4.3. d), sml NS 3400 pkt 12.4.). I dette ligger imidlertid også at anbudsinbyder ikke kan avvise anbud bare med henvisning til at det

ikke er overensstemmelse med anbudsgrunnlaget. Kan forbeholdet prises, har anbudsinbyderen *plikt* til det for å oppnå reell konkurranse mellom anbyderne innbyrdes.”

Det element av skjønn som løsningen innebærer, går neppe ut over annet skjønn som må foretas når anskaffelsesmyndigheten på andre punkter skal evaluere tilbudene. Etter min mening kan det derfor være grunn til å stille spørsmål ved om KOFAs løsning i sak 2003/138 er for streng ved at man i den saken uttalte:

”Forskriftens § 8-10(1) bokstav d) fastslår at oppdragsgivere plikter å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er på det rene at bestemmelsen både retter seg mot forbehold mot kontraktsvilkårene og mot andre avvik fra konkurransegrunnlaget. De omtalte forbeholdene er i seg selv presise og entydige, men konsekvensene av forbeholdene fremstår som uklare, jf ovenfor. Basert på de fremlagte opplysninger finner ikke klagenemnda at det er grunnlag for å overprøve innklagedes vurdering om at forbeholdene skaper tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og at innklagede hadde hjemmel i § 8-10(1) bokstav d) for å avvise klagers tilbud.”

Det ville være ønskelig å at disse spørsmål ble berørt i den videre prosess, enten som en presisering av utkastets § 18-13 (1) e, eller i de retningslinjer departementet skal utarbeide.

Med vennlig hilsen,

Kai Krüger