

Det Kgl. Moderniseringsdepartement
Postboks 8004 Dep.

0030 OSLO

6. juli 2005

HØRINGSUTTALELSE OM UTKAST TIL LOV OG FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

1. Innledning

Det vises til høringsbrev av 06.04.05 med høringsnotat og høringsforslag om ny lov og forskrift om offentlige anskaffelser.

Norges Praktiserende Arkitekter ANS (NPA), vil først og fremst gi departementet ros for det arbeidet som er utført, og mener at utkastene som de fremstår, representerer en forbedring i forhold til gjeldene regelverk.

NPA mener allikevel at det er betydelig forbedringspotensial, og håper departementet vil ta hensyn til de innspill som følger nedenfor.

I det følgende vil vi kommentere en del av de endringer som er gjort. For å begrense omfanget av høringsuttalelsen, kommenteres primært problemstillinger som vil ha relevans for arkitektbedrifter. Dette må imidlertid ikke tas til inntekt for en uforbeholden støtte til regelverket for øvrig.

2. Generelt

NPA mener høringsutkastet har en mer naturlig og pedagogisk fremstilling enn gjeldende regelverk. Dette gjelder endringene som er foreslått i lov, så vel som i forskrift.

Særlig er vi tilfreds med at de grunnleggende prinsipper for gjennomføringen av offentlige anskaffelser i lovens § 5 har blitt mer synlig i regelverket for øvrig.

Når det gjelder forskriftsutkastets nye inndeling, er vi enige i at dette er en mer logisk og pedagogisk riktig rekkefølge.

3. Endringer i lov om offentlige anskaffelser

§ 7b – Overtredelsesgebyr

NPA mener gode grunner taler for at departementet bør se nærmere på bestemmelsen om overtredelsesgebyr i § 7b. NPA mener bestemmelsen burde være en hjemmel for overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser og andre brudd på regelverket. Foreslåtte bestemmelse regulerer kun de tilfeller hvor regelverket er satt til side i sin helhet, og ikke ved brudd på konkrete bestemmelser i regelverket. NPA mener en slik begrensning er uhensiktsmessig og unødvendig. Ved å gjøre bestemmelsen om til en ren hjemmelsparagraf, kan departementet løpende vurdere behovet for overtredelsesgebyr, også ved vesentlige brudd på enkeltbestemmelser i regelverket.

NPA er enige med departementet at det på nåværende tidspunkt ikke er grunnlag for overtredelsesgebyr ved rene brudd på regelverket, jf. deltakernes egne muligheter til å forfølge saken. Imidlertid er det åpenbart at de sanksjonsmulighetene deltakerne faktisk har, ofte vil være svært ressurskrevende, ikke minst økonomisk. NPAs erfaring er at svært mange unnlater å forfølge klare brudd på regelverket pga. den belastning dette kan være. Dette er således et klart argument for å innføre overtredelsesgebyr også i disse situasjonene.

NPA mener at det er hensiktsmessig å åpne for dette i loven, slik at en eventuell endring kan skje i forskrift og ikke ved lovendring, som er en mye mer omstendelig prosess.

4. Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser

Pga. av at man i Norge i stor grad har like regler over og under EUs terskelverdier, vil spørsmålene og problemstillingene i det vesentligste være det samme for del II og del III i forskriften. I det følgende vil vi kommentere bestemmelsene i den rekkefølgen som de kommer i forskriften. Våre kommentarer til forskriftens del II vil også gjelde tilsvarende bestemmelser i del III, uten at vi gjentar disse uttrykkelig for hver enkelt bestemmelse.

NPAs kommentarer til del III, vil begrense seg til de tilfeller hvor det er ulikheter mellom reguleringen av anskaffelser over og under EUs terskelverdier.

NPA har følgende kommentarer til utkastet:

Del I

Direkte anskaffelser

I motsetning til gjeldende forskrift har man i forslaget ingen egen bestemmelse om når direkte anskaffelser kan skje. I stedet følger dette nå av §§ 2-1 (2) og 2-1 (3). NPA er kritisk til endringen.

Vi mener departementet med fordel burde ha foreslått en egen bestemmelse om direktekjøp tilsvarende gjeldende § 11-2, men med en klar henvisning til de grunnleggende krav som også gjelder ved direkteanskaffelser. Erfaring har vist at tydeliggjøring av lovens og forskriftens

hovedprinsipper, er aller viktigst for denne type anskaffelser. Slik som utkastet er utformet, er de endringer som er gjort i forhold til dette et tilbakeskritt.

§ 3-2. Protokollføring og § 3-3. Offentlighet

NPA er tilfreds med at departementet utvider protokollplikten til å gjelde alle anskaffelser helt ned til NOK 50 000,-. Særlig viktig er dette i forhold til hevingen av den nasjonale terskelverdi til NOK 500 000,-.

Samtidig er vi skuffet over foreslått § 3-3, som ikke gir noen føringer for deltakernes rett til innsyn i protokollen, utover det som allerede følger av offentlighetslovens bestemmelser.

Når det gjelder protokollen, mener NPA at denne i de aller fleste tilfeller vil omfattes av offentlighetslovens hovedregel om innsyn. Forskriften burde kunne si dette eksplisitt.

Slik NPA forstår offentlighetslovens bestemmelser om å unnta offentliggjøring av anbudsdokumenter, herunder protokoll, kreves det at oppdragsgiver foretar en konkret vurdering i den enkelte sak om hvilke dokumenter som ikke kan offentliggjøres, dvs. oppfyller de vilkår som stilles for unntaket.

Det er NPAs erfaring at mange oppdragsgivere bruker offentlighetsloven som en generell hjemmel for å unnta anskaffelsesdokumenter fra offentligheten. NPA mener følgelig at forskriften her kunne rettleder oppdragsgiverne med hensyn til vilkårene for at offentlighetslovens unntaksbestemmelser kommer til anvendelse.

NPA håper uansett at en veileder vil kommentere deltakernes innsynsrett i protokoll etc, slik at oppdragsgiverne får føringer på hvilke dokumenter som faktisk kan unndras offentlighet.

§ 3-6. Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner

Bestemmelsen har fått samme ordlyd som gjeldende § 3-6. Erfaring med bestemmelsen tilsier at en klargjøring hadde vært på sin plass.

Så langt NPA kjenner til har ikke spørsmålet om dens materielle innhold vært til prøving, verken i KOFA eller i nasjonale domstoler. Blant oppdragsgivere hersker det imidlertid usikkerhet om hvorledes bestemmelsen skal praktiseres.

NPAs inntrykk er at man har lagt til grunn en for streng tolkning, da mange oppdragsgivere synes å mene at ethvert oppdrag i forbindelse med et forprosjekt i mange tilfeller vil bety at leverandøren er avskåret fra å delta i etterfølgende konkurranser om hovedprosjektet. Begrunnelsen synes å være at man ved å delta i forprosjektet har tilegnet seg kunnskap som kan virke konkurransevridende i forhold til senere relevante prosjekter.

Et slikt standpunkt synes ikke å være formålstjenelig, verken i forhold til forskriftens grunnleggende krav om likebehandling eller ut ifra rene samfunnsøkonomiske betraktninger.

At en leverandør i en tidligfase har tilegnet seg kunnskap som han kan dra nytte av i senere konkurranser, kan etter NPAs syn kun være diskvalifiserende dersom denne kunnskapen ikke er alminnelig tilgjengelig for andre. At en leverandør pga. av sitt tidligere engasjement lettere

kan inngi et godt tilbud gjennom sitt kjennskap til prosjektet, kan vanskelig sies å "utelukke konkurranse", jf. ordlyden.

Om departementet velger å la bestemmelsen bestå med sin nåværende ordlyd, håper NPA at man vil redegjøre utførlig for praktiseringen i den planlagte etterfølgende veileder til forskriften.

§ 3-8. Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår

NPA har tidligere overfor departementet etterlyst klarere regler for offentlige virksomheters bruk av kontraktsvilkår, herunder omforente standarder. Det bør etter vårt syn settes særskilte vilkår for at standardkontrakter skal kunne avvikes. Derfor er det med skuffelse at vi ser at bestemmelsen i utkastet vedrørende dette i stor grad er likelydende med gjeldende bestemmelse om samme forhold.

NPA mener anskaffelsesregelverket som hovedregel burde sette som krav at omforente standarder skulle brukes, om ikke spesielle forhold ved anskaffelsen gjør dem uegnet. Slik bestemmelsen nå lyder, står i realiteten oppdragsgiverne fritt til å gjøre omfattende avvik.

Standardiseringsarbeidet i Norge forutsetter at partene som deltar i forhandlingen som hovedregel benytter seg av det fremforhandlede resultatet. Hvis regelen blir det motsatte, vil arbeidet uthules, og færre vil ønske å delta med de forholdsvis store ressurser som dette krever.

Departementet har i høringsnotatet begrunnet utkastets ordlyd med at en innstramning vil kunne legge føringer for bruk av standardkontrakter på kontrakter hvor standardene ikke er egnet. NPA mener denne bekymringen er grunnløs, da den foreslåtte ordlyden nedenfor vil åpne for at standardkontrakter ikke må legges til grunn, der hvor særlige grunner tilsier at de ikke passer.

Etter NPAs syn kan anskaffelsesregelverket ha en funksjon i å motvirke denne utviklingen, ved at man endrer § 3-8 (1) til:

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

Jf. også våre kommentarer til oppdragsgivers avvisningsplikt ved kontraktsforbehold.

Del II

§§ 6-1 flg. Rammeavtaler

Rammeavtaler ble og blir inngått også etter gjeldende regelverk, uten at dette er særskilt regulert. NPA mener derfor at det er på sin plass å dette regulert innenfor rammene av anskaffelsesregelverket.

Bestemmelsene i §§ 6-1 flg. er forholdsvis lettfattelige, og vil gi oppdragsgivere og leverandører bedre forutsetninger for forutsigbare prosesser.

Når det gjelder reglens materielle innhold, er NPA av den oppfatning at grensen for rammeavtalens varighet er for kort. For at en rammeavtale skal ha noen hensikt, bør den inngås for en lengre periode. NPA foreslår derfor at grensen skal settes ved 4 år. I tillegg mener vi at det bør settes en minimumsgrense for varighet, slik at fordelene ved rammeavtaler, herunder forenkling av gjentatte innkjøp av likeartede varer eller tjenester, kan utnyttes på en best mulig måte. Det foreslås derfor at rammeavtaler får en minimumsgrense på 2 år.

§ 7-6. Deltakelse i konkurranser hvor det settes en grense for antall deltakere

Utvelgelsesprosedyren ved konkurranser med et begrenset antall deltakere er i gjeldende forskrift regulert ved ordlyden: *"Utvelgelsen skal skje på grunnlag av den foreliggende informasjon om leverandørenes tekniske, økonomiske og finansielle kapasitet,...."*. Ordlyden og KOFA praksis, tilsier at det kreves en vurdering av deltakerne opp mot hverandre, ikke bare som i åpne anbudskonkurranser, i forhold til en fast terskel for deltakelse i konkurransen. I teorien er prosessen omtalt som et "best-kvalifiserte-regime".

Forslag til ny ordlyd om utvelgelse medfører i utgangspunkt ingen klar endring i det materielle innholdet i dette. Sett i forhold til departementets kommentarer om dette, ser vi allikevel at endringen er ment å representere en lemping. Departementet uttaler i sitt høringsnotat at *"Det er imidlertid i stor grad opp til oppdragsgiver å hvordan han skal velge blant de kvalifiserte og egnede leverandørene, så lenge den angitte fremgangsmåten er objektiv og ikke-diskriminerende."* Som eksempler på mulige metoder nevner man kriterier som vil variere tilbyderkretsen for eksempel ved å opplyse om at man velge ut både små, mellomstore og store bedrifter.

NPA mener metoden er god, og støtter således departementets ønske om å tolke regelverket og ordlyden på denne måten. Imidlertid er vi usikre på om direktivteksten åpner for denne type utvelgelse. Vi anmoder derfor departementet om å utrede lovligheten av dette ytterligere.

Når det gjelder loddrekning som utvelgelsesmetode, som også departementet åpner for under visse vilkår, mener NPA at dette ikke er forenlig med det grunnleggende kravet om forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen. En loddrekning vil videre kunne anses som vilkårlig myndighetsutøvelse. NPA mener derfor at departementet rettslig sett, tar feil når de åpner for dette.

§ 10-8. Gjennomføringen av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring
Bestemmelsen gir oppdragsgiver noe friere spillerom i forhold til hvordan han ønsker å gjennomføre konkurransen. Særlig oppdragsgivers nåværende plikt til å forhandle med samtlige deltakere som har fremsatt et tilbud, har fremstått unødvendig i tilfeller hvor man raskt kan fastslå at et tilbud ikke har noen reell sjanse til å bli tildelt kontrakten.

Selv om det ikke fremkommer klart ut av forskriftsteksten, annet enn som en antitese fra bestemmelsens (3), sier departementet i sitt høringsnotat, at endringen i ordlyd, bl.a. innebærer at det ikke er en forhandlingsplikt mot deltakere som ikke har noen reell sjanse til å få oppdraget. Oppdragsgiver plikter da å opplyse om fremgangsmåte for reduksjon av tilbydere på forhånd, også jf. §10- 8(3).

NPA støtter endringen, og ser på dette som samfunnsøkonomisk fornuftig, samtidig som det vil forenkle gjennomføringen for oppdragsgiverne.

Selv om § 10-8 (5) rettslig sett kan synes unødvendig, støtter NPA henvisningen til hovedprinsippene § 3-1, og mener at en slik bevisstgjøring helt klart har en praktisk betydning.

§ 10-11. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

NPA reagerer på avvisningsbestemmelsen i § 10-11 d. og mener at den ut fra departementets tolkning av § 3-8 i forslaget, samt gjeldende § 3-9, fremstår som sterkt urimelig for leverandørene.

Det vises i den anledning til våre kommentarer om § 3-8 og oppdragsgivers bruk av omforente kontraktvilkår.

NPA mener at oppdragsgivers plikt til å avvise tilbud som inneholder ”*vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlagets bestemmelser,*” er urimelig i forhold til oppdragsgivers adgang til å benytte kontrakter som sterkt avviker fra eksisterende omforente og balanserte standardkontrakter.

NPA påpekte dette overfor departementet i vårt innspill om nytt regelverk av 8. desember 2004, men ser at vi ikke har blitt hørt. Tatt i betraktning at flere av innspillene reagerer på samme forhold, er vi skuffet over at departementet velger å se bort fra innspillene på dette punkt.

Vi anmoder derfor departementet igjen om å vurdere forholdet mellom § 3-8 og § 10-11 d. når de nå skal behandle tilbakemeldingene som de får i forbindelse med høringsrunden.

§ 10-13. Fremgangsmåten ved avvisning

Selv om bestemmelsen materielt sett ikke utgjør noen endring i forhold til gjeldende forskrift, er NPA tilfredse med at man nå uttrykkelig henviser til begrunnelsesplikten, som også gjelder for avvisningsbeslutninger. Det er vår oppfatning at oppdragsgivere i liten grad kjenner til den begrunnelsesplikt som også foreligger ved disse avgjørelsene, og forslagets tydeliggjøring av dette er således positivt.

§ 10-14. Oppdragsgivers begrunnelsesplikt.

§ 10-14 som tilsvarende gjeldende § 3-8 er i hovedsak uendret, men har fått et nytt pkt. 1, som gir en generell regel om begrunnelser som gis etter bestemmelsen.

NPA mener endringen er viktig, og at den er et stort steg i riktig retning i forhold til å fremheve viktigheten av utfyllende og presise begrunnelser.

Et stort problem for deltakerne i offentlige anskaffelseskonkurranser er mangelfull begrunnelse og tilbakemelding fra oppdragsgiverne. En av årsakene til de mange forsømmelser på dette området, har vært at ordlyden i gjeldende forskrifts bestemmelser om begrunnelse har vært svært uklar. Ved å angi begrunnelsespliktens hovedhensyn, mener vi oppdragsgiverne får et sterkere incitament til å forbedre sine rutiner med hensyn til dette.

§ 12-2. Kriterier for valg av tilbud

I § 12-2 (2) inneholder forslaget en ny regel om prioritering av tildelingskriteriene der hvor oppdragsgiver har bestemt seg for dette på forhånd, dvs. før kunngjøringen av konkurransen.

Bestemmelsen er en kodifisering av det som må antas å være gjeldende rett også etter dagens regelverk. Følgelig medfører ikke bestemmelsen noen endring i forhold til dagens regelverk.

NPA reagerer med stor skuffelse på at ikke departementet har valgt å følge de råd man har fått fra en nærmest samlet leverandør side vedr. spørsmålet. For arkitektbedrifter er regelverket under EUs terskelverdier av spesielt stor viktighet, og vi kan ikke se at de hensyn som gjør seg gjeldende for endringen av dette for anskaffelser over terskelverdiene er mindre relevante for anskaffelser som reguleres etter del II.

Ved at oppdragsgiver fritt kan bestemme seg for prioritering av kriteriene etter at tilbudene er åpnet, vil det fortsatt være for stor grad av frihet for oppdragsgivere til å styre konkurransen etter sitt eget for godtbeholdende.

Fra NPAs side vurderes bestemmelsen og tolkningen av denne som et brudd på det krav til forutsigbarhet som gjelder i anskaffelsesgjennomføringen.

NPA anmoder følgelig departementet å innføre tvungen prioritering og opplysninger om vektning ved kunngjøringen.

§ 12-4. Elektronisk auksjon

NPA forutsetter at anvendelse av elektroniske auksjoner i stor grad vil begrense seg til rene varekjøp, uavhengig av om den også åpner for andre typer ytelse. I Danmark har man etter det vi kjenner til unntatt bygge- og anleggskontrakter fra prosedyren/tildelingsmetoden, noe vi mener det er gode grunner for å gjøre i Norge også.

For arkitekttjenester vil metoden være meget uhensiktsmessig, selv om det åpnes for andre kriterier enn bare pris. Kravet om at kriteriene skal kunne kvantifiseres matematisk, passer sjelden for arkitektkonkurranser, hvor design, funksjonalitet og oppdragsgivers skjønn alltid vil måtte være aktuelle faktorer.

NPA anbefaler at man endrer bestemmelsen til kun å gjelde varekontrakter.

Del III

Konkurranspreget dialog, §§ 13-3, 18-8, 18-9 og 18-10

Anskaffelsesmetoden stiller høye krav til kompetanse og gjennomføringsevne for oppdragsgivere, og NPA håper derfor forskriftens vilkår om at metoden kun skal anvendes ved særlig komplekse kontrakter, vil bli strengt praktisert. Ordlyden er ikke klar, og departementet kunne med fordel inntatt eksempler på type kontrakter som vil kunne inngås etter systemet.

Hvis departementet ikke endrer ordlyden, anmoder NPA departementet om å redegjøre for bruken på en utdypende måte i den varslede veilederen.

I disse særlig komplekse kontraktene, er vi allikevel åpne for at konkurranspreget dialog kan være en god måte for oppdragsgivere til å presisere og definere sine behov, samt at det kan gi leverandørene muligheten til å påvirke oppdragsgivers valg av løsninger på en helt ny måte.

I dialogfasen vil leverandørene forutsetningsvis bidra svært mye til oppdragsgivers endelige valg av løsninger, og bruke mye tid og arbeid i dette. NPA anmoder derfor om at man i § 18-10 (Godtgjørelse ved deltakelse i konkurransepreget dialog) endrer ordlyden til en klar oppfordring om honorering av deltakerne i konkurransen.

§ 20-1. Kriterier for valg av tilbud

NPA er tilfreds med at man nå har inntatt et krav om prioritering og til en viss grad vektning av kriteriene på forhånd. Det vises ellers til våre kommentarer om dette under del II.

Del IV

§ 21-1. Plan- og designkonkurranse

Det vises til departementets høringsnotat s. 19 om plan- og designkonkurranser, herunder spørsmålet om tidspunkt for når protokoll med navn på juryens vinner skal gjøres tilgjengelig.

Departementet har i utkastet åpnet for at protokollen gjøres tilgjengelig først etter at oppdragsgiveren har besluttet hvem som skal tildeles kontrakten. NPA mener at dette strider mot det som er en godt innarbeidet praksis i arkitektkonkurranser, nemlig at vinneren kunngjøres når vinneren er kåret. Hensynet bak dette er at vinner skal kåres på bakgrunn av løsning (den arkitektoniske utforming) og ikke på kontraktsvilkår, pris etc.

NPA mener at det grunnleggende prinsipp om åpenhet tilsier en slik løsning, også for plan- og designkonkurranser som er en del av en anskaffelsesprosedyre. NPA tror ikke at en slik offentliggjøring vil skade de etterfølgende forhandlingene på noen måte.

5. Avsluttende merknader

Selv om NPA i all hovedsak ser på utkastet som et fremskritt i forhold til gjeldende regelverk, så er det med en viss bekymring at vi registrerer at det nå vil være 4 forskjellige regelverk å forholde seg til ved kjøp av arkitekttjenester:


- a. 0 – 50 000 kr: adgang til direkteanskaffelse, ingen formalregler, kun de grunnleggende krav angitt i lov og forskrift
- b. 50 000 – 500 000 kr: adgang til direkteanskaffelse, krav om protokollføring
- c. 500 000 – 1 100 000: som for anskaffelser over EUs terskelverdier, men noe lempet bl.a. I forhold til konkurranse med forhandling og frister.
- d. Over 1 100 000: regelverk i henhold til EUs direktiver om offentlige anskaffelser

Arkitektbedrifter leverer tjenester i begge ender av prisskalaen, fra de helt små skisseoppdrag til store og komplette rådgivningsoppdrag i millionklassen. Av denne grunn vil arkitekter måtte forholde seg til 4 forskjellige anskaffelsesregimer. Dette er etter NPAs oppfatning betenkelig, og kan være et signal til departementet om at ytterligere forenkling bør være et mål i årene fremover.

NPA ønsker departementet lykke til med det videre arbeid med revidering av lov og ny forskrift. Vi håper at NPA også i fremtiden vil bli invitert til dialog om viktige spørsmål for organisasjonens bedrifter, og ønsker således alle initiativ fra departementet velkommen.

Vennlig hilsen

NORGES PRAKTISERENDE ARKITEKTER ANS

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. Eriksen', with a long horizontal flourish extending to the right.

Harald Eriksen
Adm. direktør