

Moderniseringsdepartementet

Tidl ref

Vår ref
2004/03734-38/FD I/KCM

Dato

MERKNADER TIL HØRINGSNOTATET – ENDRINGER I REGELVERKET – OFFENTLIG ANSKAFFELSER

Det vises til brev pr. 6 april 2005 hvor det bes om merknader til høringsnotatet vedrørende et nytt anskaffelsesregelverk. Nedenfor følger Forsvarsdepartementet (FD) sine kommentarer til de sentrale forslagene i høringsnotatet, og ellers noen generelle bemerkninger til endringsforslagene. Høringsuttalelsen bygger bl.a. på en intern høringsrunde, hvor både Forsvarsbygg, Forsvarets Forskningsinstitutt og Forsvarets logistikkorganisasjon har gitt sine uttalelser til høringsnotatet.

1. Heving av den nasjonale terskelverdi

Moderniseringsdepartementet (MOD) foreslår å heve terskelverdien fra 200.000 til 500.000 kr.

Det brukes i dag store ressurser på å avholde anbudskonkurranser. Som ledd i å skape mindre administrativt arbeid og få ned kostnadsnivået, er det dermed formålstjenlig å øke terskelverdien. Selv om anskaffelser under terskelverdien også må følge de grunnleggende prinsippene om konkurranse, er det på det rene at man ved å ikke gå ut på anbud, sparer både tid og penger.

Forslaget bygger på en rapport fra Asplan Viak om hva som er riktig nivå på terskelverdien. Asplan Viak anbefaler at terskelverdien bør ligge på 500.000. De har beregnet at beløpet er et riktig kompromiss mellom ønsket om størst mulig konkurranse og behovet for lavest mulig transaksjonskostnader. De anbefaler ikke de samme høye beløpene som brukes i EU (1,15 kr. for statlige og 1,8 kr. for kommunale). Dette begrunnes med at disse terskelverdien er for høy for norske forhold. Dette ut fra at det norske markedet består av små og mellomstore bedrifter, som tilsier at regelverket muliggjør og bidrar til at disse virksomhetene får tilgang til det store offentlige markedet.

FD er av den oppfatning at terskelverdien bør settes til 1.15 millioner, for å sikre lavest mulig transaksjonskostnader for det offentlige og næringslivet. Ønsket om konkurranse for anskaffelsene under terskelverdien, kan etter vår oppfatning ivaretas ved at man innskjerper grunnprinsippet om konkurranse og stiller økte krav til dokumentasjon og protokollføring for kjøp under terskelverdien.

Konklusjon: FD anbefaler at terskelverdien bør ligge på 1.15 millioner.

2. Tilrettelegging for moderne innkjøpsprosesser

En innføring av de valgfrie reglene i EU-direktivet; e-auksjoner, dynamiske innkjøpsordninger, rammeavtaler og konkurransepreget dialog, vil kunne være et sentralt bidrag for å effektivisere offentlig anskaffelser.

2.1 Konkurranspreget dialog

FD støtter forslaget om innføring av en slik ny anskaffelsesprosedyre. Vi oppfatter det imidlertid slik at forslaget innebærer visse usikkerhetsmomenter knyttet til bruken av prosedyren. Faren for ulik praksis vil kunne være stor, så det burde stilles tydelige vilkår for når man kan benytte konkurransepreget dialog. Terskelen for hva som faller innenfor definisjonsbestemmelsen av konkurransepreget dialog synes ikke å være streng. Det kan derfor reises spørsmål om hva som anses som en kompleks kontrakt. Konkurranspreget dialog bør derfor behandles grundig i en veileder.

2.2 Elektronisk innkjøp/kommunikasjon

Det kan vises til gode erfaringer i forhold til effektiviseringspotensialet som ligger i elektronisk innkjøp.

Det antas at elektronisk kommunikasjon vil kunne medføre arbeids- og kostnadsbesparelser, særlig med tanke på innhenting av dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Pr. i dag er det ikke systemer for å behandle tilbudenes fortrolighet, og det er heller ikke etablert elektronisk signatur, men det er noe det bør satses ressurser på, dersom ordningen innføres.

Det fremkommer i forslaget at kommunikasjon kan skje pr. telefaks. I forhold til innlevering av tilbud, synes det vanskelig å etablere systemer for å beholde fortrolighet inntil åpningen skjer. Det anbefales derfor å ikke tillate at tilbudsinnlevering kan skje pr. telefaks.

2.3 Elektronisk auksjon

Bestemmelsen om elektronisk auksjon fremstår som meget komplisert. Elektronisk auksjon bør derfor behandles grundig i en veileder.

2.4 Rammeavtaler

FD er i utgangspunktet positiv til bruken av rammeavtaler, som er et effektivt og nyttig verktøy.

Definisjonen av rammeavtale i forslaget er vag. Det kan derfor reises tvil om bruken av rammeavtaler, det saklige virkeområdet og varighet. Bestemmelsen om rammeavtaler legger dessuten opp til en rekke skjønnsmessige vurderingstemaer som bør avklares. Det bør derfor gis en grundig omtale om rammeavtaler i en veileder.

Så vidt vi forstår, innføres ”kontrakt” som begrep i stedet for ”avrop”. Vi er usikre på om dette er en hensiktsmessig endring av terminologi i og med at begrepet avrop synes å ha festet seg hos brukerne av regelverket.

Vi mener videre at første setning i § 6-1 nr. 1 språklig sett fremstår som uklar. Det fremkommer at ”Ved inngåelse av rammeavtaler skal oppdragsgiver følge prosedyrene som følger av denne forskrift inntil tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen”. Vi mener det hadde vært mer pedagogisk dersom det fremkom at man må benytte en av anskaffelsesprosedyrene i § 5 -1 inntil rammeavtalen er inngått, og at inngåelse av den enkelte kontrakt/avrop følger bestemmelsene gitt i §§ 6-2 og 6-3.

Det er gitt nærmere bestemmelser om gjennomføring av såkalte minikonkurranser under § 6-3 a-d. Det fremkommer innledningsvis at ikke alle vilkårene for tildeling av kontrakter/avrop trenger være fastsatt i rammeavtalen. Vi antar imidlertid at det er et minimumskrav for hva som bør være regulert for at rammeavtalene skal kunne regnes som gjensidig bebyrdende avtaler. Det vil si at rammeavtalene er av en slik karakter at det er tillatt å foreta avrop direkte, uten å måtte foreta kunngjøring. Det er også uklart i hvilken grad og når konkurransebetingelsene kan presiseres og suppleres. Disse forholdene bør helst fremkomme av bestemmelsen, men det kan også gis nærmere redegjørelse i en veileder.

3. En mer pedagogisk oppbygging av forskriften og en generell forenkling av reglene

Vi stiller oss bak de forenklinger som Moderniseringsdepartementet foreslår.

4. Innføring av overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelser

Moderniseringsdepartementet foreslår å legge adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr til Klagenemnda for offentlig anskaffelser (KOFA). Man kan stille spørsmål om KOFAs primære oppgave bør være å fungere som et tvisteløsningsorgan, og ikke et organ som skal ilegge gebyrer. Det kan derfor reises innvendinger mot en slik todelt rolle for KOFA. Vi deler MOD synspunkter at det er mye som taler for at håndhevelsesmyndigheten bør legges til KOFA fremfor Konkurransetilsynet. Det vises i denne sammenheng til at KOFA har ekspertise på området, og hensynet til klare ansvarsforhold mellom KOFA og Konkurransetilsynet. Det bør vurderes nærmere om det bør være en forvaltningsrettslig klageadgang til å påklage vedtak om overtredelsesgebyr.

I høringsnotatets del I pkt. 6.3.8, foreslås det at det ikke skal betales gebyr for klager på ulovlige direkte anskaffelser. Klager genererer mye arbeid og kostnader for oppdragsgivere. For å unngå unødvendige og grunnløse klager, bør det også ved klager på ulovlig direkte

anskaffelser innføres et gebyr. Gebyret størrelse, bør i denne sammenheng ikke virke avskrekkende på en klager, samtidig som det ikke bør være så lavt at en ikke unngår sjikanøse og grunnløse klager. Ved fastlegging av gebyrets størrelse, bør det skapes foruberegnelighet med hensyn til vurderingstemaene for beregningen. Kriteriene som håndhevelsesorganet skal vektlegge bør være klare.

Konklusjon: FD støtter forslaget om at KOFA skal kunne ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige anskaffelser.

5. Protokollplikt for alle anskaffelser over 50.000 kroner

Av hensyn til etterprøvnbarhet og sporbarhet, foreslås det å innføre et krav om protokollplikt for alle anskaffelser over 50.000 kroner eks. mva. Spesielt ettersom en nå går inn for å heve den nasjonale terskelverdien, kan det være et enda større behov for en innføring av protokollplikt. En innføring av protokollplikt for anskaffelser over 50.000 kroner, vil sannsynligvis også kunne redusere antall anskaffelser i strid med anskaffelsesregelverket, da det vil føre til skjerpede rutiner for oppdragsgiverne og bevisstgjøring om hjemmelen for å foreta direkte anskaffelser.

Et moment som taler mot en slik protokollplikt for anskaffelser over 50.000 kr, er at det kan medføre en økt administrativt byrde for oppdragsgiverne. Dette momentet bør imidlertid ikke tillegges avgjørende vekt, da det er mulig å minimere byrden ved for eksempel innføring av et elektronisk skjema .

Når det gjelder føring av anskaffelsesprotokoll, er dette et av punktene hvor man i Forsvaret har pålagt seg selv strengere krav enn det som følger av lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelsesregelverk for Forsvarets (ARF) virkeområde er de anskaffelser hvor LOA gir hjemmel til å fravike loven, dvs. såkalte militære anskaffelser. Dette unntaket er en konsekvens av EØS-avtalen art. 123, hvoretter vi kan unnta slike anskaffelser fra de alminnelige kravene i LOA/FOA om blant annet anbudskjøp. I de tilfellene hvor LOA/FOA ikke kommer til anvendelse, skal ARF benyttes i sin helhet. I de tilfellene hvor LOA/FOA benyttes og anskaffelsen ikke kan unntas, har ARF allikevel utfyllende virkning. Dette fordi det er ønskelig at de (til dels strengere) prosedyrekrav som fremkommer av ARF skal gjelde alle Forsvarets anskaffelser, ikke bare de som kan unntas etter EØS-avtalen art. 123. Dette innebærer at Forsvaret gjennom ARF har pålagt seg selv strengere krav til for eksempel føring av anskaffelsesprotokoll enn det som følger av forskriften.

Konklusjon: FD støtter forslaget om å innføre protokollplikt for alle anskaffelser over 50.000 kr. Vi anbefaler at man innfører tiltak som ledd i å redusere arbeidsbyrden, for eksempel et elektronisk skjema

6. Hensynet til universell utforming skal synliggjøres i så vel lov som forskrift – dette skal gi økt tilgjengelighet for personer med nedsatt funksjonsevne

Regjeringen har i sin handlingsplan for økt tilgjengelighet for personer med nedsatt funksjonsevne, bestemt at hensynene bak universell utforming skal synliggjøres i anskaffelsesregelverket. Det foreslås derfor at dette hensynet tas inn både i lov og forskrift om

offentlige anskaffelser, hvilket innebærer at alle oppdragsgivere må ta hensyn til universell utforming i planleggingsfasen.

MOD vil utarbeide en generell veileder til regelverket, der det også tas sikte på å gi rettleiding om hvordan hensynet til universell utforming kan ivaretas i selve anskaffelsesprosessen.

Bak begrepet "universell utforming" ligger en ambisjon om at alle produkter, tjenester bygninger og omgivelser skal planlegges slik at de kan brukes på like vilkår av så mange som overhodet mulig. Den nye lovens § 6 slår derfor fast at oppdragsgiver skal ta hensyn til livssykluskostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen. Det fremkommer av det som står om bakgrunnen for bestemmelsen, at det er spesielt viktig at denne plikten blir lagt til planleggingsfasen. Det er i denne fasen av anskaffelsen at oppdragsgiver har best forutsetning for å kunne vurdere hvilke hensyn og funksjoner anskaffelsen skal følge.

Selve lovbestemmelsen bærer etter vårt skjønn nokså klart preg av å medføre en plikt til å ta hensyn til den universell utforming i forbindelse med en anskaffelse. Vi vil derfor understreke at vi stiller oss bak lovforslaget kun på bakgrunn av de forbehold/presiseringer som fremkommer av selve høringsnotatet. Disse bør etter vårt syn innarbeides i en veileder til loven.

Konklusjon: Vi stiller oss bak forslaget på bakgrunn av de forbehold/presiseringer som fremkommer av selve høringsutkastet.

7. Øvrige merknader

7.1 Veileder

Det bør utarbeides en grundig veileder til regelverket. Veilederen bør særlig behandle de nye anskaffelsesprosedyrene grundig, og gi nærmere informasjon om grenser der oppdragsgiver har en rett eller plikt til å foreta skjønnsmessige avgjørelser.

7.2 Utarbeidelse av konkurransegrunnlag

Det observeres at oppdragsgiver ikke lenger skal være pliktig til å utarbeide et konkurransegrunnlag. Av høringsnotatets pkt. 9, fremkommer det at det kan være tilfeller der anskaffelsen er så ukomplisert at alle nødvendige opplysninger fremkommer av kunngjøringen. FD er av den formening at dersom det ikke skal stilles et krav om å utarbeide konkurransegrunnlag, må kunngjøringsskjemaene forandres. Slik de er utformet i dag, er det lite praktisk at alle relevante opplysninger kan fremkomme av kunngjøringen. Dessuten er en rekke av avkrysningsbokser ikke egnet til bruk for enhver konkurranse. Faren ved bruk av elektronisk kunngjøringsskjema, er at de lett kan fremstå som en sovepute og en felle for en innkjøper/anskaffer. Dersom en tvinges til å utarbeide et konkurransegrunnlag, er sannsynligheten for at alle relevante opplysninger oppgis, større enn i forhold til om enn skal krysse av på mer eller mindre relevante bokser i kunngjøringsskjemaet.

7.3 Forbehold

I § 7-2 nr. 1 bokstav c sies det at det skal fremkomme av konkurransegrunnlaget hvorvidt det er mulig å ta forbehold. FD mener at man ikke bør kunne stenge for leverandørens mulighet til å ta forbehold. Dette vil innebære et radikalt inngrep i avtalemekanismene mellom partene. I tillegg vil ikke alle forbehold være av alvorlig art eller avgjørende art. Dersom det er et mindre ubetydelig forbehold, vil det være negativt dersom oppdragsgiver må avvise tilbudet fordi det i konkurransegrunnlaget står at det ikke er adgang til å ta forbehold. Et annet forhold, er at et forbud mot forbehold forutsetter at konkurransegrunnlaget er uten feil og/eller uklarheter, noe som i praksis kan være vanskelig å få til.

Det vises videre til at § 10-3 gir en adgang til å levere inn tilbud som avviker fra konkurransebetingelsene. Et avvik vil lett kunne defineres som forbehold. Innebærer adgangen i § 7-2 til å oppstille et forbud mot forbehold, at § 10-3 settes ut av kraft? FD mener at leverandørene må ha adgang til å ta forbehold og at behandlingen og konsekvensene av forbehold reguleres av avvisningsreglene, ikke konkurransegrunnlaget.

7.4 Generelle definisjoner

I § 4-1 bokstav b fremkommer et unntak for ”varer nevnt i bokstav c”. Bokstav c omhandler ikke varer til bygg- og anleggsarbeider eksplisitt, og unntaket i bokstav b fremstår dersom som uklart.

7.5 Deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for deltakelse

FD ser det som positivt at det gis retningslinjer for utvelgelse blant kvalifiserte leverandører, da dette har vært oppfattet som et vanskelig tema. Temaet kan likevel med fordel belyses nærmere i en veileder, idet § 7-6 legger opp til en rekke vurderingstemaer som kan være vanskelig å avgjøre uten kjennskap til KOFA – praksis. Vi viser her til at det for eksempel kan settes en nedre og øvre grense for deltakelse. Hva som menes at det skal inviteres et tilstrekkelig antall for å sikre reell konkurranse kan presiseres.

7.7 HMS - egenerklæring

Ved forskriftsendringen i 2002, skulle det ikke lenger innhentes HMS - egenerklæring ved varekjøp. Vi observerer at HMS - egenerklæring nå også skal innhentes for varekjøp.

7.8 Frister

Det savnes en definisjon av frist for forespørsel ved begrenset anbuds konkurranse og forhandlet konkurranse. Ved disse anskaffelsesprosedyrene skal utvelgelse av leverandører i henhold til utkastets § 7-6 nr. 2, skje etter nærmere angitte regler. Dette forutsetter at oppdragsgiver har nødvendig dokumentasjon på utvelgelsesstadiet, dvs. etter at frist for forespørsel om deltakelse er løpt ut. Det bør etter vår mening fremkomme eksplisitt av forskriften at leverandøren skal rette forespørsel om deltakelse og innlevere forespurt dokumentasjon innen fristen for forespørsel. Dette bør også følges opp i avvisningsreglene.

Av forslaget § 7-1 nr. 6 fremkommer at forespørsel om deltakelse kan skje pr. telefon, og at dette i så fall må bekreftes ved brev før utløpet av fristen. Vi antar i denne forbindelse at også dokumentasjonen må legges ved bekreftelsen, og at det ikke er tilstrekkelig at leverandøren i brevet kun henviser til telefonsamtalen. Tilsvarende antar vi at dersom leverandøren innleverer forespørselen per telefaks, jfr. § 7-1 nr. 7, så må dokumentasjonen innleveres sammen med telefaksen.

7.9 Vedståelsesfrist

I NOU 1997:21 sies det at oppdragsgiver ikke bør utsette vedståelsesfristen med mindre dette skyldes ekstraordinære forhold. Brukerne av regelverket savner retningslinjer for når vedståelsesfristen kan utsettes og konsekvensene - for eksempel om leverandører kan nekte og/eller stille motkrav for videre deltakelse. Underliggende etater av FD, opplever at i enkelte tilfeller utsettes vedståelsesfristen for relativt lange perioder. I denne forbindelse bør det gis retningslinjer for hvor lenge en vedståelsesfrist eventuelt kan utsettes før det vil komme i strid med likebehandlings- og konkurranseprinsippene. Dersom dette ikke skal fremkomme av forskriften, bes det om at det gis retningslinjer for det i veilederen.

7.10 Avvik fra konkurransebetingelsene

Vi ser positivt på at lovgiver søker å klargjøre forskjellen mellom avvik og alternative tilbud. Imidlertid ber vi om at lovgiver gir nærmere retningslinjer om hva som regnes som et avvik. Dette særlig fordi avviket nå knyttes opp mot konkurransebetingelsene og ikke bare til konkurransegrunnlaget.

7.11 Alternative tilbud vedståelse

Det observeres at deltilbud ikke lenger behandles eksplisitt i forskriften. Vi ser videre at man har gitt en definisjon av hva som menes med alternative tilbud i høringsnotatets pkt. 7.4, men her defineres ikke deltilbud eksplisitt. Vi antar at lovgiver har ment at deltilbud er et alternativt tilbud, og at det fremdeles er slik at oppdragsgiver positivt må åpne for å inngi deltilbud. Deltilbud bør etter vår mening omtales i lovbestemmelsen og/eller gis en grundigere behandling i en veileder.

7.12 Tilbudsåpning

Høringsnotatets pkt. 11 angir begrunnelsen for hvorfor man nå innfører NS 3400 pkt. 11.4, - entreprenører skal få tilsendt tilbudsåpningsprotokollen. Man ser det ikke slik at situasjonen for entreprenører avviker vesentlig for leverandører av varer og tjenester, og mener derfor at det ikke er noen spesiell grunn til at det skal være avvikende regler for bygg- og anleggskontrakter når det gjelder tidspunktet for oppdragsgivers opplysningsplikt. Vi vil for eksempel anta at for større vare- og tjenesteleveranser (rammeavtaler, OPS - kontrakter, IKT-kontrakter) vil leverandører ha vel så stort behov som entreprenører, å få vite tidlig i prosessen hvorvidt det er en reell mulighet for å få tildelt kontrakten eller ikke. Generelt sett mener vi at det kun i svært spesielle tilfeller bør være forskjellige regler for de ulike kjøptypene, noe vi ikke finner grunnlag for i denne sammenheng. Dersom man skal innføre en regel som foreslått i nr. 3, mener vi derfor at den bør gjelde generelt og ikke bare for bygg- og anleggskontrakter. Vi vil videre vise til at de enkelte totalpriser ved tilbudsåpning ikke nødvendigvis trenger å reflektere reell totalpris. Det enkelte tilbudet kan inneholde regnefeil, forbehold m.v. som må rettes før man kan vite hva den reelle totalsummen er. Ved å oppgi totalprisen fra tilbudsåpning, kan man derfor risikere å gi et skjevt bilde av hvor det enkelte tilbudet ligger i forhold til de øvrige. Vi vil også vise til at det er de færreste konkurranser der kontraktstildelingen kun baseres på tildelingskriteriet pris. Særlig ved mer avanserte entrepriser, for eksempel der man ønsker å utnytte innovasjonen i markedet og har åpnet for alternative tilbud, vil totalsummen være mindre relevant og kanskje direkte misvisende for hvorvidt entreprenøren har en reell mulighet til å vinne konkurransen. En plikt til å opplyse om totalsumme, må også ses opp mot den adgang oppdragsgiver har til å be om estersendelse av dokumentasjon for kvalifikasjonskravene. I ytterste konsekvens kan en entreprenør spekulere i å innlevere manglende dokumentasjon på kvalifikasjonskravene og avvente en

tilbakemelding på hvordan hans tilbud prismessig ligger an i forhold til de øvrige. Dersom entreprenøren for eksempel finner at hans tilbud har en lav totalsum, kan han ved å la være å ettersende dokumentasjon styre seg inn i en avvisningssituasjon. Dersom det skal ilegges en plikt til å sende ut totalsummene, bør derfor skje først når fristen for estersendelse av dokumentasjon er utløpt, og ikke etter syv dager som i forslaget. Etter vår mening får entreprenørene tilstrekkelige opplysninger om hvordan deres tilbud forholder seg i forhold til de øvrige, ved de mulighetene man har for å be om begrunnelse, jfr. § 10-14.

Det bør ikke innføres en plikt til å sende ut leverandørens navn og totalpris innen syv dager etter tilbudsåpning. Dersom regelen skal innføres, bør den gjelde alle typer kjøp og utsendelse bør først skje etter at frist for ettersendelse av dokumentasjon på kvalifikasjonskrav er utløpt.

7.13 Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring

Reglene for gjennomføring av forhandlet konkurranse fremstår nå noe klarere enn i dagens forskrift. Imidlertid er det fremdeles grunnlag for nærmere retningslinjer, særlig når det gjelder utvelgelsen av hvilke tilbud det skal forhandles om og hvordan selve forhandlingene skal gjennomføres.

7.14 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

§ 10-10 nr. 1 bokstav f bør omformuleres. Slik bestemmelsen fremstår i utkastet, kan det virke som om enhver benyttelse av leverandører i forbindelse med utarbeidelse av spesifikasjoner medfører plikt til avvisning. Etter vår mening bør regelen formuleres slik at det eksplisitt fremkommer at det er i de tilfeller der leverandøren har medvirket på en slik måte at konkurranse kan være utelukket, at leverandøren skal avvises.

§ 10-10 nr. 2 bokstav g omhandler etter vårt syn to ulike forhold; for det første kan en leverandør avvises dersom han har gitt grovt misvisende eller feilaktige opplysninger osv., og for det andre kan han avvises dersom han ikke har innlevert all dokumentasjon oppdragsgiver har bedt om, jfr. for eksempel KOFA sak 2004/47. Av pedagogiske årsaker ville det vært bedre om disse to forholdene ble avskilt, slik at sistnevnte tilfelle blir et eget punkt, bokstav h.

En leverandørs mulighet til å fremskaffe utdrag fra strafferegister, reguleres av strafferegisterloven med forskrifter. Det kan vises til eksempler på at leverandører som er blitt nektet utskrift fordi det ikke finnes hjemmel i strafferegisterloven for å utstede utskrifter ved anskaffelseskonkurranser. Det bør derfor vurderes om man trenger egen bestemmelse om utdrag fra strafferegisteret i anskaffelsesregelverket, subsidiært bør strafferegisterloven ajourføres slik at leverandørene gis en rett til å få utdrag der oppdragsgiver krever det. Behovet for strafferegisterattest knytter seg først og fremst knytter seg til de tilfeller der det er snakk om sikkerhetsgraderte anskaffelser. I slike tilfeller antar vi imidlertid at vårt hjemmelsgrunnlag for å innhente attester fremkommer av sikkerhetsloven m.v.

7.15 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

Under § 10 - 3 nr. 1 bokstav d fremkommer at et tilbud skal avvises om det tas vesentlige forbehold mot konkurransegrunnlagets bestemmelser. Vi antar at det skal stå konkurransebetingelsene, jfr. utkastets § 10-3.

7.16 Forhandlinger, avklaringer mv.

Vi er av den oppfatning at det ikke er grunnlag for å skille ut bestemmelsene i kapittel 11 fra bestemmelsene i kapittel 10. Bestemmelsene i kapittel 11 går i likhet med bestemmelsene i kapittel 10 på gjennomføringen av konkurransen. Det kan derfor være riktigere å inkorporere

bestemmelsene i kapittel 10, for eksempel slik at § 11-1 om forhandlingsforbudet fremkommer før bestemmelsene om avvisning. Dette kan i forhold til tidslinjetankegangen virke mer korrekt og mer pedagogisk. Overskriftens henvisning til forhandlinger blir også delvis misvisende fordi man kun snakker om anbudskonkurranser og ikke forhandlet konkurranse. Vi antar at det er av mer historiske årsaker enn av reelle årsaker at bestemmelsene i kapittel 11 er skilt ut i eget kapittel.

Vi er videre usikre på betydningen av § 11-2 sett opp mot den nye adgangen til å innhente dokumentasjon i § 11-3. Det bør derfor fremkomme av veiledningen når og hvordan de to bestemmelsene kan benyttes.

7.17 Avlysning av konkurransen og totalforkastelse

Under § 12-1 nr. 3, lurer vi på om det ikke bør stå at oppdragsgiver skal opplyse om beslutningen om ikke å inngå kontrakt og om anskaffelsen skal kunngjøres på nytt, eventuelt om oppdragsgiver finner at det er grunnlag for å inngå direkte anskaffelse, jfr. utkastets § 2-1 nr. 2 og 3.

7.18 Kriterier for valg av tilbud

Det fremkommer av nr. 2 at oppdragsgiver skal angi prioriteringen av tildelingskriteriene i konkurransebetingelsene dersom han på forhånd har bestemt seg. Det bør angis på hvilket tidspunkt som menes med på forhånd. Vi antar at det med dette menes før kunngjøringstidspunktet, men dette bør i så fall fremkomme eksplisitt.

7.19 Karenstid før inngåelse av kontrakt

Det observerer at det i forskriften ikke lenger gis en definisjon på når kontrakt anses inngått, dvs. at regelen om at begge parter må ha undertegnet kontrakten ikke lenger fremkommer. Vi kan ikke se av høringsnotatet at dette spørsmålet er berørt. Vi er derfor usikre på hvilken betydning dette har, og om kontrakt nå kan anses inngått i det man har sendt brev med meddelelse om kontraktstildeling, men med det forbehold at beslutningen kan omgjøres dersom oppdragsgiver finner at beslutningen er feil, jfr. § 12-3 nr. 2. Vi viser i denne forbindelse til KOFA sak nr. 2004/165 der KOFA fant at en konkurranse kan avlyses helt til kontrakt er inngått selv om meddelelsesbrev er sendt. Dersom meddelelsesbrevet nå skal innebære en forpliktelse til å inngå kontrakt bør dette fremkomme av bestemmelsen. Det kan også muligens være på sin plass å angi hvordan oppdragsgiver skal behandle en klage.

7.20 Kvalifikasjonskrav

I EU-direktivets artikkel 48 nr. 5 sies det at:

”I forbindelse med offentlige kontrakter vedrørende leveranser, der kræver monterings- og installtionsarbejder, vedrørende tjenesteydelser og/eller bygge- og anlægsarbejder, kan de økonomiske aktørers formåen med hensyn til at udføre disse tjenesteydelser, installationsarbejder eller bygge- og anlægsarbejder især vurderes på baggrund av deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed.”

At leverandører også kan vurderes på bakgrunn av effektivitet og pålitelighet, er særlig relevant i forbindelse med bygg- og anleggskontrakter. Erfaring tilsier at entreprenører som kan vise til at de oppnår tekniske og erfaringsmessige kvalifikasjonskrav, ikke nødvendigvis har evnen eller forståelsen av hvordan prosjekter og byggearbeider skal gjennomføres på en effektiv måte. FD mener derfor at direktivets åpning for å legge vekt også på hvordan

entreprenører og prosjekterende gjennomfører kontraktsarbeidet, bør reflekteres i forbindelse med kvalifikasjonskravene. Det anmodes derfor å vurdere om dette skal inntas i forskriften.

7.22 Dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomiske stilling

Det er ønskelig at det gis en vurdering av om kredittvurderinger kan benyttes for å dokumentere at kvalifikasjonskrav til leverandørens finansielle og økonomiske stilling er oppfylt.

7.23 Kunngjøring av konkurranse

Vi antar at det mangler tekst under § 16 -3 nr. 1.

7.24 Minimumsfrister ved åpen anbudskonkurranse

Av EU-direktivets artikkel 38 nr. 1 og 2, fremkommer det at minste tilbudsfrist for åpen anbudskonkurranse er 52 dager. Vi oppfatter det derfor som underlig at minstefristen under utkastets § 17-1 er satt til 45 dager.

7.25 Ikraftsetting

Det bør fremkomme av forskriften og/eller veilederen hvilke overgangsbestemmelser som legges til grunn når den nye forskriften trer i kraft.

Hovedkonklusjon: På generelt grunnlag er det FDs syn at forslaget til endringer i lov og forskrift om offentlige anskaffelser innebærer en forbedring og forenkling av gjeldende anskaffelsesregelverk, i tråd med regjeringens overordnede målsetning om en forenkling av offentlig sektor. FD er derfor stort sett positiv innstilt til høringsutkastet, og de foreslåtte endringer.

Med hilsen

Stein Hervik (e.f.)
fung. avdelingsdirektør

Kjersti Christina Moody
rådgiver

Kopi:
FD V
Forsvarsstaben
Forsvarsbygg
FLO
FFI