

Vår saksbehandler  
Hans Jakob Urbye

Vår dato  
2005-07-05

Vår referanse

Deres dato

Deres referanse

Moderniseringsdepartementet  
Postboks 8004 dep.

0030 OSLO

MODERNISERINGSDEPARTEMENTET	
ARKIVKODE	45
08 JULI 2005	
SAKSB.	KPA - HSG
SAKSNR.	200501325-198

## **FORSLAG TIL ENDRINGER I LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER, FORSKRIFT OM KLAGENEMND FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER, OG NY FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

Vi viser til departementets høringsbrev av 6. april d.å. med høringsfrist til 6. juli d.å. vedrørende ovennevnte forslag.

Standard Norge har gjennomgått forslagene. Vi vil i det vesentlige gi vår tilslutning til forslagene. Vi har likevel enkelte kommentarer:

### **1 Lov om offentlige anskaffelser. Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser**

Vi støtter forslaget til § 7b om at en oppdragsgiver kan legges et overtredelsesgebyr dersom det blir foretatt en direkte anskaffelse i strid med regelverket om offentlige anskaffelser. Ved slike direkte anskaffelser vil det ikke være noen forbigått leverandør som kan klage over fremgangsmåten. Det er viktig at det blir reagert ved slike brudd på regelverket. Vi er enige med departementet at en sanksjonshjemmel må gjelde både for klassisk sektor og for forsyningssektorene.

Vi er enige i at den mest hensiktsmessige sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser må være overtredelsesgebyr. Vi er imidlertid i tvil om kravet for å ilegge gebyr skal være at det er handlet "forsettlig eller grovt uaktsomt". Det skal temmelig meget til før det kan fastslås at det foreligger forsettlig eller grovt utaktsomt forhold. Vi mener derfor at det bør overveies å senke kravet til vanlig uaktsomhet. Som påpekt av departementet i kommentarene til lovforslaget (under 5.5.4), vil det være opp til håndhevsorganets skjønn hvorvidt det skal legges en sanksjon etter at det er konstatert at vilkårene er tilstede. Derved vil man kunne unngå at det legges gebyr i de tilfellene det foreligger unnskydelige omstendigheter. Eventuelt kan det tas direkte inn i lovteksten en bestemmelse om at gebyr ikke skal legges dersom oppdragsgiveren eller de som handler på dennes vegne bare er lite å legges til last.

Vi er ellers enige i at det er hensiktsmessig å legge myndigheten til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr til KOFA.

### **2 Forskrift om offentlige anskaffelser**

#### **§ 2-1 Anvendelsesområde for forskriftens ulike deler**

Vi har ingen bemerkninger til forslaget i § 2-1 (2) om å heve den nasjonale terskelverdien fra kr. 200.000 til kr. 500.000 eks. mva. En forutsetning må dog være at de grunnleggende kravene om konkurranse og etterprøvnbarhet fortsatt skal gjelde. Disse kravene synes ivaretatt ved bestemmelsen i § 3-1 om grunnleggende krav og § 3-2 om krav til protokollering for alle anskaffelser som overstiger kr. 50.000 eks. mva.

Det er imidlertid ikke angitt noen form for sanksjoner ved brudd på de grunnleggende kravene. Dette synes problematisk. Vi vil her påpeke at hevingen av den nasjonale terskelverdien til kr. 500.000 eks. mva vil medføre en vesentlig økning av anskaffelser som unntas fra de detaljerte saksbehandlingsreglene i forskriften. Dette er i og for seg positivt, men vi er betenkt over at det overhodet ikke er angitt noen form for reaksjon ved brudd på de grunnleggende kravene som gjelder også for disse anskaffelsene.

### **§ 3-2 Protokollføring og § 3-3 Offentlighet**

Vi er positive til bestemmelsene om protokollføring og offentlighet. Vi er kjent med at lov om offentlighet er under revisjon og forutsetter at protokollene etter § 3-2 vil være underlagt full offentlighet.

### **§ 3-6 Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner**

Vilkåret i denne bestemmelsen for at oppdragsgiver ikke skal søke eller motta råd etter denne bestemmelsen, er dette ikke må skje på en måte *som vil kunne utelukke konkurranse*. Dette mener vi er et urimelig strengt vilkår. Det skal svært meget til før man vil kunne hevde at konkurranse er utelukket. Derved vil bestemmelsen kunne få liten praktisk betydning. Dette vil innebære at oppdragsgivers bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner vil kunne skje selv om dette vil kunne medføre at konkurransevilkårene kan bli vesentlig forrykket. Vi vil her påpeke det foreliggende forslaget til revidert NS 3400 *Regler om anbudskonkurranser* (prNS 8400), punkt 3.4 *Forbud mot deltakelse*. Denne bestemmelsen, som tilsvarer § 3-6, angir som vilkår for at leverandører ikke får være med i konkurransen at de har medvirket i utarbeidelsen av konkurransen på en slik måte *at det vil gi dem en vesentlig konkurransefordel*. Vi anmoder departementet om å overveie endre vilkåret i § 3-6 tilsvarende.

### **§ 3-8 Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår**

Forslagets § 3-8 (1) er identisk med gjeldende forskrift § 3-9. I henhold til avgjørelse fra KOFA 1. september 2003 i sal 2003/138, innebærer bestemmelsen i § 3-9 ingen plikt for oppdragsgiveren å benytte fremforhandlede og balanserte standardkontrakter, men bare en sterk anbefaling.

Vi finner dette svært uheldig i relasjon til våre NS standardkontrakter som i det vesentligste gjelder innenfor bygg- og anleggsbransjen. Disse standardene er fremforhandlet gjennom langvarige og krevende forhandlinger i komitèer som har vært balansert sammensatt av representanter for leverandører og oppdragsgivere, og hvor offentlige oppdragsgivere også har vært sterkt representert. Av hensyn til at standardkontraktene skal være fleksible angir en rekke av bestemmelsene at de kan fravikes ved avtale i det enkelte prosjekt. Dette gjelder i særlig grad den viktige standardkontrakten for bygge- og anleggskontrakter NS 8405 *Norsk bygge- og anleggskontrakt*.

For at standardene skal kunne oppfylle sin misjon som dokumenter som skaper sikkerhet og forutberegnelighet i kontraktsforholdet, er det nødvendig at partene i kontraktsforholdet er lojale mot standarden slik at denne ikke fravikes på andre punkter enn de standarden selv angir som fravikelige. Dersom øvrige bestemmelser fravikes, eller standarden suppleres med bestemmelser som er i strid med standardens egne bestemmelser, innfører man ofte uklarhet i kontraktsforholdet. Entreprenørens kalkulasjonsgrunnlag vil forrykkes. Endringer i standardens bestemmelser fører ofte til en overføring av risiki til entreprenør som vanskelig lar seg kalkulere, noe som vil gjøre det mindre fristende for entreprenørene å gi tilbud. Resultatet blir svekket konkurranse. Den komiteen som utarbeidet NS 8405 var, i likhet med komiteen som utarbeidet NS 3430 (forgjengeren til NS 8405), oppmerksom på disse forholdene. Komiteen, som også hadde flere representanter for offentlige byggherrer, tok derfor inn følgende formulering i forordet til NS 8405:

*Standarden gir uttrykk for hva de ovennevnte organisasjoner og institusjoner er blitt enige om som alminnelige kontraktsbestemmelser for utførelse av større bygg og anleggsarbeider. Det er de ovennevnte organisasjoners forutsetning at standarden anvendes uten andre endringer*

*eller avvik enn de standarden selv åpner for, bortsett fra dem som er nødvendige på grunn av spesielle forhold ved det enkelte prosjekt.*

På bakgrunn av disse forhold mener vi at det er uheldig at forskriften ikke gir et mer forpliktende pålegg om å bruke standardkontraktene. Dette særlig på grunnlag av den konsekvens som trekkes i ovennevnte avgjørelse fra KOFA, hvoretter den entreprenør som i sitt tilbud tar forbehold om at standardkontrakten skal brukes uten andre avvik enn dem standarden selv åpner for, vil bli avvist fra konkurransen. Det er et paradoks at den entreprenør som tar forbehold om lojal bruk av en standardkontrakt som er utarbeidet av en komité hvor offentlige byggherrer har vært representert og hvor disse i sterk grad har satt sitt preg på standarden, risikører å bli avvist fra en anbuds konkurransen om offentlige anskaffelser.

Vi har forståelse for at man i forskriften vanskelig kan sette absolutte krav til bruk av standardkontrakter. Det bør da i alle fall kunne settes som et absolutt krav at det skal brukes balanserte kontraktsbestemmelser. Som eksempel på kontraktsbestemmelser som ikke er balanserte, kan man i en veiledning til forskriften angi bestemmelser som overfører ukalkulerbare eller vanskelig kalkulerbare risiki til leverandøren. Dette vil være risiki entreprenøren ikke kan forutse og hvor han ikke har noen mulighet å påvirke de faktorer som kan utløse risikoforholdet. Vi antar at en slik bestemmelse vil kunne forhindre vesentlige avvik fra standardenes bestemmelser om partenes risikofordeling.

### **§ 6-3 og § 14-3 Rammeavtale med flere leverandører**

Her mener vi bestemmelsen i (2) er uklar. Det henvises kun til at tildeling av kontrakter kan foretas på grunnlag av de vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen. Denne formuleringen gir liten forutberegnelighet for leverandørene, samtidig som den gir oppdragsgiveren muligheter til å fastsette bestemmelser om tildeling som vil virke urimelige, for eksempel at tildeling i hvert enkelt tilfelle skal skje etter oppdragsgiverens eget for godtbefinnende. Vi savner altså nærmere bestemmelser om *hvorledes* tildeling av kontrakter skal skje innenfor en rammeavtale med flere leverandører.

Det bør klart fremgå av forskriften hva det kan konkurreres om ved gjenåpning av konkurransen (3). Vi antar at det ikke skal konkurreres om vilkår som det ble konkurrert om før inngåelse av rammeavtalen. For eksempel går vi ut fra at det ikke kan være aktuelt med en ny priskonkurranse når prisen på de angitte ytelsene ble gitt i den opprinnelige konkurransen.

### **§ 7-1 og § 15-1 Regler for kommunikasjon**

Her er det under (1) bl.a. angitt at kommunikasjon kan skje per telefaks. Vi stiller spørsmål om hvorledes kravene i (4) til dokumentets fortrolighet skal kunne ivaretas ved overføring per telefaks.

### **§ 7-2 Utarbeidelse av konkurransegrunnlag og § 15-2 Utarbeidelse av konkurransegrunnlaget**

I forbindelse med utarbeidelse av konkurransegrunnlag for kontrahering av bygge- og anleggskontrakter, vil vi gjøre departementet oppmerksom på NS 3450 *Prosjektdokumenter for bygg og anlegg*. Standarden er under revisjon. Den er lagt ut på offentlig høring med høringsfrist 15. august d.å. Standarden vil være et hensiktsmessig og et nesten helt nødvendig redskap ved utarbeidelse av konkurransegrunnlag ved kontrahering av bygge- eller anleggskontrakter.

Standarden fastsetter regler for redigering av og innholdet i dokumenter som skal legges til grunn for tilbud på utførelse av bygg og anlegg, uavhengig av konkurranseform og kontraktstype. Standarden angir således en mal for utarbeidelse av konkurransegrunnlag som sikrer et entydig og fullstendig konkurransegrunnlag. Det forhold at konkurransegrunnlaget standardiseres mht innhold og redigering innebærer en forenkling for

den som utarbeider konkurransegrunnlaget og gir økt sikkerhet for riktig forståelse hos anbyderne (entreprenørene).

Selv om det ikke kan henvises til denne standarden i forskriften, bør departementets "Beste praksis" – veileder informere om NS 3450 i forbindelse med veiledning om utarbeidelse av konkurransegrunnlag for bygg og anlegg. Standard Norge er gjerne behjelpelig ved utarbeidelsen av en slik veileder.

### **§ 7-6 § 15-7 Deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltakere**

Vi ser her at det kan være behov for å angi en øvre grense for antall deltakere. Dette kan være nyttig informasjon for de leverandører som ønsker å delta i konkurransen. Vi har vanskeligere for å forstå hvorfor det skal angis en nedre grense, når forskriften selv angir at det (som hovedregel) ikke skal inviteres færre enn fem (tre). Det er vanskelig å forstå at en oppdragsgiver vil oppgi flere enn fem (tre) som en nedre grense. Han vil da binde seg selv på en unødvendig måte. For leverandørene vil en angivelse av en nedre grense være av liten interesse all den stund oppdragsgiveren kan invitere så mange han vil innenfor den oppgitte øvre grensen.

### **§ 10-3 og § 18-3 Avvik fra konkurransebetingelsene og § 10-4 og § 18-4 Alternative tilbud, jf. § 10-11 og § 18-13 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet**

Vi vil først påpeke at legaldefinisjonen av *alternative tilbud* i § 4.1 j) verken er i samsvar med vanlig språkbruk eller med vanlig oppfatning i bransjen. I forslaget til revidert NS 3400, prNS 8400 er således bestemmelser om leverandørens adgang til å gi tilbud på alternative løsninger gitt i punkt 5.1.3 *Avvik fra konkurransegrunnlaget*. Her angis det som krav til alternative løsninger at de skal tilfredsstillende de kvalitets- og funksjonskrav som kan utledes av konkurransegrunnlaget. Likeledes er bestemmelsene om når tilbud på alternativ løsning skal avvises gitt i punkt 6.4.4 *Avvisning på grunn av at tilbudet avviker fra konkurransegrunnlaget*. Vi mener at dette gir enklere bestemmelser hvor begrepsbruken også er i samsvar med vanlig oppfatning i bransjen.

I § 10-3 siste punktum settes det forbud mot at det tas *vesentlige forbehold* mot konkurransebetingelsene. I § 10-1 (1) d bestemmes det at et tilbud skal avvises når det inneholder *vesentlige forbehold* mot konkurransegrunnlagets bestemmelser.

Kriteriet "vesentlige forbehold" gir her liten veiledning. Dette er særlig uheldig når kriteriet er knyttet til en bestemmelse som angir at tilbud **skal** avvises når kriteriet foreligger.

Vilkåret for avvisning bør ved forbehold mot konkurransegrunnlagets bestemmelser knyttes opp mot hvorvidt forbeholdene medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Dette er angitt under bokstav e. Dette gir en langt klarere bestemmelse. Vi ser heller ingen grunn til å fastsette ulike krav for avvisning ved de ulike kriteriene. Bestemmelsene kan da også forenkles ved at bokstav d og e slås sammen. Vi vil også bemerke at i den tidligere nevnte prNS 8400 punkt 6.4.4 har bestemmelser om avvisning ved forbehold i samsvar med vår anbefaling.

Vi bemerker at mens det i § 10-3 første punktum, i samsvar med overskriften, står "konkurransebetingelsene", står det i § 18-3 "konkurransegrunnlaget". Dette bør rettes.

Vi er ellers usikker på hva som ligger i de ulike formuleringene av § 10-4 annet punktum og § 18-4 annet punktum. Dersom det ligger en meningsforskjell her, bør denne klargjøres.

### **§ 10-7 Tilbudsåpning og § 18-7 Tilbudsåpning ved anbudskonkurranse**

Vi vil først bemerke at de to bestemmelsene er identiske. Det skulle ikke være noen grunn til å ha forskjellig overskrift. I og med at bestemmelsene står i kapitler med overskrift "Gjennomføring av konkurransen", bør det være tilstrekkelig at bestemmelsene har "Tilbudsåpning" som overskrift.

Vi vil ellers bemerke at etter NS 3400 *Regler for anbudskonkurranser for bygg og anlegg* punkt 11.2 har samtlige anbydere adgang til anbudsåpningen. Etter gjeldende forskrift til offentlige anskaffelser har tilbyder derimot ingen rett til å være tilstede under tilbudsåpning. Dette kan være problematisk, i alle fall ved kontrahering av bygge- og anleggskontrakter, bl.a. fordi man da kan være helt uten kunnskap om hvordan man ligger an i konkurransen til man får melding om hvem oppdragsgiveren vil inngå kontrakt med. Dette kan ta lang tid, og i mellomtiden bindes entreprenørens ressurser unødvendig opp.

Forslaget til § 10-7(3) vil avhjelpe dette problemet. Vi foreslår likevel at uttrykket "gjøres tilgjengelig" under (3) endres til "sendes til". Dette er det uttrykket som brukes i tilsvarende bestemmelse i forslaget til revidert NS 3400 (prNS 8400 punkt 6.3). Vårt forslag innebærer en realitetsendring. Det at angjeldende opplysninger "gjøres tilgjengelig" innebærer kun at tilbyderne har krav på å få opplysningene ved henvendelse til oppdragsgiveren. I og med at dette er opplysninger man må kunne forutsette at enhver av de seriøse tilbyderne har interesse av å få, mener vi at disse opplysningene bør oversendes innen den angitte fristen.

Vi vil også påpeke at forskriften bør åpne for tilbudsåpning med rett for tilbyderne til å være tilstede om ikke annet konkret besluttet. Dette er ordningen i ovennevnte prNS 8400 punkt 6.2, hvor det også fastsettes at dersom oppdragsgiveren vil ha lukket tilbudsåpning, skal dette fremgå av konkurransegrunnlaget. Det er når tilbyderne får være tilstede under tilbudsåpningen at man kan fullt ut sikre at de grunnleggende prinsipper som ligger til grunn for konkurransen blir fulgt.

Med hilsen  
Standard Norge



Trine Tveter  
Adm.dir.



Hans Jakob Urbye