

REGJERINGSADVOKATEN

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep
N-0030 Oslo

Deres ref
200404123

Vår ref
2005-0323 GOF/GOF

Dato
08.07.2005

HØRINGSUTTALELSE - ENDRINGER I REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

1 AD FORSLAG TIL ENDRINGER I LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG FORSKRIFT OM KLAGENEMND FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER (HØRINGSNOTATETS DEL I)

1.1 Overtredelsesgebyret

1.1.1 Generelt

Hvilket behov det er for en sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser, er det noe vanskelig å ha en sikker oppfatning om så lenge det ikke er gjort noe forsøk på å kartlegge hvor stort problemet med ulovlige direkte anskaffelser er i Norge.

Som uttalt i Regjeringsadvokatens høringsuttalelse av 19. august 2003, ser vi imidlertid at det kan være behov for en sanksjon mot overtredelser av forbudet mot ulovlige direkte anskaffelser siden slike overtredelser vanskelig vil være gjenstand for sanksjoner fra markedsaktører gjennom erstatningskrav o.l. Det kan derfor være behov for en sanksjonstrussel, med den preventive effekt en slik trussel har, for å redusere omfanget av ulovlige direkte anskaffelser.

Et overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser er etter Regjeringsadvokatens mening tilstrekkelig til å imøtekomme dette behovet, jf. også ovennevnte høringsuttalelse. For brudd på anskaffelsesregelverket i konkurranser som er kunngjort, er det vår oppfatning at reaksjoner fra leverandører gjennom klage til KOFA, begjæring om midlertidige forføyning for f.eks. å stoppe en tildeling av en kontrakt og erstatningssøksmål utgjør en tilstrekkelig effektiv sanksjonstrussel.

Regjeringsadvokaten støtter departementets forslag om at illeggelse av overtredelsesgebyret forbeholdes de forsettlige og grovt uaktsomme overtredelsene. Vi kan fullt ut slutte oss til departementets begrunnelse for dette.

1.1.2 *Utformingen av sanksjonshjemmelen*

Etter forslag til ny § 7 b i loven kan en oppdragsgiver ilegges overtredelsesgebyr. Det presiseres ikke nærmere om hvem som skal regnes som en oppdragsgiver. Ut fra departementets høringsnotat kan det virke som om enhver enhet i staten skal regnes som oppdragsgiver i forhold til denne bestemmelsen. Spørsmålet er om dette i tilfellet ikke burde fremgå klarere av bestemmelsen. (Regjeringsadvokaten har ikke utredet hvorvidt Grunnloven er til hinder for at det gis en regel om at en enhet i staten kan ilegge en annen enhet et overtredelsesgebyr.)

Det er sikker rett at staten er én juridisk person. Oppdragsgiver ved en statlige anskaffelse vil derfor i forhold til reglene om offentlige anskaffelser i utgangspunktet være staten, uavhengig av hvilken enhet i staten som har stått for anskaffelsen. Dette har betydning i flere sammenhenger. For eksempel har det betydning for hva som skal regnes som egenregi. Nærings- og handelsdepartementet la i tolkningsuttalelse av 5. juli 2000 til grunn at det at staten er én juridisk person innebærer at en enhet i staten kan utføre en tjeneste for en annen enhet i staten uten at dette kan anses for å være en anskaffelse fordi det må regnes som egenregi.

I forhold til reglene om ileggelse av overtredelsesgebyr synes det altså som departementet ønsker å fravike dette utgangspunktet. Det synes som departementet mener at for eksempel et direktorat kan ilegges et overtredelsesgebyr. Regjeringsadvokaten mener derfor departementet bør vurdere å presisere hvem som regnes som oppdragsgiver i § 7 b's forstand. En slik definisjon bør ikke legges til grunn i forhold til det øvrige regelverket om offentlige anskaffelser.

Videre legger departementet i høringsnotatet til grunn at en oppdragsgiver som er en del av statsforvaltningen, kan bringe et vedtak om ileggelse av et overtredelsesgebyr inn for domstolene.

I norsk sivilprosess er det sikker rett at staten ikke kan saksøke staten siden staten én juridisk person. Regjeringsadvokaten mener derfor det kreves særskilt lovhjemmel for at en statlig etat skal kunne bringe et vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr inn for domstolene. En slik hjemmel mangler i det foreliggende lovforslaget.

1.1.3 *Foreldelse*

I § 7 b tredje ledd tredje punktum foreslås det at adgangen til å ilegge gebyr foreldes etter to år. I høringsnotatet heter det at fristen begynner å løpe når det lovstridige forholdet har opphørt, og at dette normalt vil være når kontrakt er inngått.

Siden det lovstridige forholdet består i en unnlattelse – manglende kunngjøring – , kan det kanskje være noe uklart når det lovstridige forholdet skal anses for å ha opphørt. Det rettstridige forholdet vil aldri opphøre i form av at kunngjøring skjer.

Regjeringsadvokaten mener at tidspunktet for inngåelse av kontrakt gir et retts teknisk enkelt utgangspunkt for fristens løp. Departementet bør vurdere å innta fristens utgangspunkt i lovbestemmelsen.

Når det gjelder det rent terminologiske, er det vel heller ikke vanlig å benevne en frist for å benytte en kompetanse for en foreldelsesfrist. Begrepet foreldelse er vel først og fremst benyttet i forbindelse med foreldelse av fordringer, dvs. krav på penger eller andre ytelser. Det er rettslogisk sett forskjell på frist for å benytte en kompetanse og foreldelse av en fordring. Et krav som kan foreldes vil først foreligge når kompetansen er benyttet. På denne bakgrunn har også forskriftens § 13a fått en noe uheldig språklig utforming.

2 AD FORSLAG TIL NY FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER (HØRINGSNOTATETS DEL II)

2.1 Innledning

Departementet opplyser i høringsnotatet at et av formålene med den nye forskriften er å forenkle deler av regelverket.

Sett fra oppdragsgivernes side er regelverket om offentlige anskaffelser komplisert. Dette illustreres godt av omfanget av klager til KOFA og antall søksmål som bygger på brudd på regelverket om offentlige anskaffelser.

Forslaget til ny oppbygning av forskrift om offentlige anskaffelser og forslag om forenkling på visse punkter, gjør kanskje regelverket noe mer tilgjengelig for oppdragsgiverne.

Regjeringsadvokaten finner imidlertid grunn til å påpeke at det ikke bare er det omfattende regelverket som gir oppdragsgiverne en utfordring ved gjennomføringen av anskaffelser. Også den bruk KOFA har gjort av lovens § 5 og forskriftens § 3-1 som grunnlag for å konstatere brudd, representerer en utfordring.

I 2004 fant KOFA brudd på regelverket om offentlige anskaffelser i 80 saker. Etter en rask gjennomgang av KOFAs uttalelser, synes det som om KOFA kom til at det forelå brudd på lovens § 5 i 44 av disse sakene.

Nå er det begrenset hva som kan utledes av en slik kvantitativ analyse. Men det må bemerkes at en utstrakt bruk av § 5 som eneste grunnlag for å konstatere brudd, vil skape rettsusikkerhet for oppdragsgiverne. Det kan synes som om KOFA har en tendens til å oppstille krav til oppdragsgiverne som ikke følger av detaljreguleringen i forskriften. Dette er uheldig. I den grad det er ønskelig å oppstille slike ytterligere krav til oppdragsgiverne, bør disse spesifiseres i forskriften, og ikke utelukkende utledes av hensynet til likebehandling, forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Også effektivitetshensyn tilsier dette.

2.2 Heving av nasjonal terskelverdi og regler under nasjonal terskelverdi

Regjeringsadvokaten støtter forslaget om å heve nasjonal terskelverdi til NOK 500 000¹.

Ut fra departementets ønske om å forenkle regelverket, mener Regjeringsadvokaten også at det er riktig ikke å innføre detaljerte saksbehandlingsregler, herunder regler om kunngjøring, for anskaffelser under nasjonal terskelverdi. Det bør være tilstrekkelig at anskaffelsen skal foretas i samsvar med de grunnleggende prinsippene i lovens § 5 og forslag til ny forskrift § 3-1. Hvilke forpliktelser som kan utledes av de grunnleggende prinsippene, må imidlertid ses i lys av at forskriften ikke oppstiller noen bestemte krav. Man kan ikke bruke de grunnleggende prinsippene i § 5 til å oppstille tilsvarende krav som det som følger av forskriften for anskaffelser over NOK 500 000.

For anskaffelser under nasjonal terskelverdi antas det at oppdragsgiver ved å oppfylle protokollplikten etter forslag til ny forskrift § 3-2, samtidig oppfyller kravet til etterprøvnbarhet som er oppstilt i forslag til ny forskrift § 3-1 (5). Dette må være en følge av at det ikke oppstilles detaljerte regler for denne anskaffelsen. Det antas videre at oppdragsgiver ikke har plikt til å protokollere andre opplysninger enn de som følger av vedlegg 3 til forslag til ny forskrift.

¹ Jf. også brev herfra til NHD av 19. august 2003 og til MOD av 13. desember 2004.

2.3 Konkurransen med forhandlinger

Departementet foreslår en noe nærmere regulering av forhandlingsprosessen ved konkurranse med forhandlinger, jf. forslag til ny forskrift §§ 10-8 og 18-11.

Bestemmelsene i paragrafenes første og annet ledd er i samsvar med EU-direktivet.

I tredje ledd bestemmes det at alle leverandører som har gitt gyldig tilbud skal gis adgang til å gi et forbedret tilbud før beslutning om tildeling av kontrakt fattes dersom oppdragsgiver ikke har opplyst om at han vil følge fremgangsmåten som er skissert i første og annet ledd.

I dette ligger vel at oppdragsgiver må forhandle med alle som har inngitt gyldig tilbud. Det følger ikke av bestemmelsen at det må forhandles like mye med alle. Det synes derfor ikke å være i strid med bestemmelsen å velge ut noen av de som har levert et forbedret tilbud og forhandle videre med disse.

Likevel synes denne plikten til å gjennomføre én forhandlingsrunde med alle som har inngitt gyldig tilbud, å utvide oppdragsgivers forhandlingsplikt i forhold til gjeldende forskrift. Begrunnelsen synes å være at det er vanskelig å avgjøre når en leverandør har reell mulighet for å få tildelt kontrakt. Regjeringsadvokaten er imidlertid i tvil om dette er grunn nok til å utvide oppdragsgivers forhandlingsplikt til å gjennomføre en forhandlingsrunde med alle. For de leverandørene som ikke har reell mulighet for å få tildelt kontrakt, fremstår dette som unødvendig bruk av ressurser både på leverandørens og oppdragsgivers hånd.

Utformingen av femte ledd første punktum er litt upresis. Det heter at forhandlingene skal skje i samsvar med de alminnelige regler i § 3-1, herunder kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk. Reglene om taushetsplikt følger imidlertid av forslag til ny forskrift § 3-4.

Etter femte ledd annet punktum skal oppdragsgiver særlig sørge for at det ikke gis opplysninger innholdet i øvrige deltakers tilbud. Bestemmelsen synes å være en presisering av hva som følger av kravene til likebehandling, taushetsplikt og god forretningsskikk. Regjeringsadvokaten antar at bestemmelsen ikke er til hinder for leverandørene i forhandlingene gis en pekepinn på hvordan de ligger an så lenge man overholder kravet til likebehandling, jf. for eksempel kjennelse fra Oslo byfogdembete av 6. juli 2005.

Ellers vil Regjeringsadvokaten igjen fremheve at det dekker et praktisk behov at anskaffelsesmåten "konkurranse med forhandling" fremstår som fleksibel, også i betydningen lite regulert.²

2.4 Avvisningsreglene

Som nevnt i brev herfra av 13. desember 2004, er spørsmålet om avvisning et tvistetema i mange av de rettssakene som Regjeringsadvokaten håndterer. Oppdragsgiver kan løpe en betydelig risiko for å bli saksøkt både hvis han avviser og hvis han ikke avviser. Som påpekt er det derfor et behov for et skarpere skille mellom "skal" og "kan", særlig der avvisningen refererer seg til forholdet ved tilbudet.

Departementet har i utkast til ny forskrift imøtekommet dette behovet på to punkter. For det første har departementet foreslått å fjerne bestemmelsen i gjeldende forskrifts § 8-10 (1) bokstav c og § 15-10 (1) bokstav c. For det andre har departementet foreslått å fjerne plikten til å avvise tilbud der det foreligger ufullstendigheter som gjør at det kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbud, jf. gjeldende forskrifts §§ 8-10 (d) og 15-10 (1).

Regjeringsadvokaten mener dette er positivt.

² Jf. brev herfra til MOD av 13. desember 2004

Uten at det har noen betydning, er vi også litt usikker på den språklige utformingen av §§ 10-11 (1) bokstav e og § 18-13 (1) bokstav e. Ordet ”det” i innledningen på bokstav e, må vise tilbake til ordet ”tilbud” i første ledd første punktum. Bokstav e skal altså leses som ”tilbudet ... kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbud”. Strengt tatt er det vel forbehold, feil m.v. i tilbudet som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes.

2.5 Begrunnelsesplikten

Regjeringsadvokaten mener at forslaget til nye regler om begrunnelsesplikt er ikke helt heldig.

§§ 10-14 og 18-16 har fått en uheldig oppbygning.

I første ledd heter det at en begrunnelse som gis i henhold til denne bestemmelsen skal inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig, i samsvar med angitt krav og aktuelle utvelgelses- og tildelingskriterier.

Hvilke begrunnelser som skal gis i henhold til §§ 10-14 og 18-16, følger av annet og fjerde ledd.

I annet ledd heter det at det skal gis en kort begrunnelse i noen nærmere angitte tilfeller. At begrunnelsen skal være kort, harmonerer mindre godt med kravet i første ledd.

I fjerde ledd bestemmes det at det skal gis en nærmere begrunnelse om hvorfor deres tilbud ikke tildeles kontrakten eller deres forespørsel om å delta er forkastet dersom leverandøren ber om det. I denne bestemmelsen reguleres det nærmere hvilket innhold denne begrunnelsen skal ha. I forhold til dette leddet synes derfor kravet til innholdet i begrunnelsen i første ledd å være overflødig.

Bestemmelsen i første ledd i §§ 10-14 og 18-16 synes først og fremst å være tatt inn for å presisere hvilken begrunnelse som kreves i melding om hvem som skal tildeles kontrakt, jf. §§ 12-3 (1) og 20-3 (1).

Etter Regjeringsadvokatens mening gir ikke første ledd i §§ 10-14 og 18-16 oppdragsgiverne tilstrekkelig veiledning om hva som må tas med i begrunnelsen etter §§ 12-3(1) og 20-3(1). På tidspunktet for melding om hvem som skal tildeles kontrakten vil det kunne være vanskelig for oppdragsgiver å ta stilling til hva som er *tilstrekkelig informasjon* til at leverandørene kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært saklig og forsvarlig mv. Det kan ikke være slik at leverandørene har krav på at oppdragsgiver redegjør utførlig for hele evalueringsprosessen allerede i melding om hvem som skal tildeles kontrakt. Det vil være alt for ressurskrevende.

Å oppstille en omfattende begrunnelsesplikt i forbindelse med melding om hvem som skal tildeles kontrakten, synes også å harmonere dårlig med leverandørens adgang til å anmode om en nærmere begrunnelse etter §§ 10-14(4) og 18-16(4).

Begrunnelsesplikten som er oppstilt i §§ 12-3(1) og 20-3(1) synes ikke å ha noe motstykke i EU-direktivet, jf. art. 41 nr. 1.

Vennlig hilsen
REGJERINGSADVOKATEN

Goud Helge Homme Fjellheim
advokat