



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Moderniseringsdepartementet

Postboks 8004 Dep
0030 OSLO

MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
ARKIVKODE 45
11 JULI 2005
SAKSB. KPA-
SAKSNR 200501325- 214

Deres ref
200404123

Vår ref
05/726- EMF

Dato
06.07.2005

Høring - endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Vi viser til Moderniseringsdepartementets brev med vedlegg av 6. april 2005.

Departementet har sendt saken på høring til de av våre etater som ikke har fått den direkte fra Moderniseringsdepartementet. De som har fått saken direkte fra Moderniseringsdepartementet, ble bedt om å sende eventuelle merknader via Samferdselsdepartementet. Videre har vi sendt saken til NSB AS som er bedt om å sende eventuelle merknader direkte til Moderniseringsdepartementet.

Vedlagt følger kopi av Luftfartstilsynets, Post- og teletilsynets og Statens vegvesens, Vegdirektoratets brev av henholdsvis 3., 17. og 20. juni 2005. Jernbaneverket har opplyst at det ikke har merknader til utkastet til endringer i lov om offentlige anskaffelser.

I brev av 8. juni 2005 har Moderniseringsdepartementet sendt på høring forslag om ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene. Det foreslås bl.a. at visse oppdragsgivere overføres fra forsyningssektoren til klassisk sektor. Jernbaneverket er berørt av dette forslaget. Det er muntlig avklart mellom Moderniseringsdepartementet og Samferdselsdepartementet at høringsfristen for kommentarer til anskaffelsesforskriften for Jernbaneverket er utsatt til 5. september 2005.

Nedenfor følger Samferdselsdepartementets kommentarer til de foreslåtte endringer av lov om offentlige anskaffelser, forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser og ny forskrift om offentlige anskaffelser. Videre har vi en kommentar knyttet til forholdet mellom anskaffelsesregelverket og reglene om "kjøp" av flyrutetjenester, samt en kort omtale av forholdet mellom anskaffelsesregelverket og yrkestransportloven.

Postadresse:
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Kontoradresse:
Akersg. 59

Telefon
22 24 90 90 / 22248111
Org. nr.:
972 417 904

Plan- økonomi- og
administrasjonsavdelingen
Telefaks:
22245611

Saksbehandler:
Elin Marie Furu
22248153

1 - Del I - Forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Det er lagt opp til å ta inn hensynet til *universell utforming* både i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Samferdselsdepartementet har for så vidt ikke innvendinger til at det stilles et slikt krav ved anskaffelser som foretas i henhold til det nye anskaffelsesregelverket og har merket oss at det tas sikte på å utarbeide en rettleiding om hvordan universell utforming skal ivaretas i anskaffelsesprosesser. Vi har imidlertid noen kommentarer knyttet til universell utforming.

Selv om det presiseres at forslaget ikke legger føringer på bestemte framgangsmåter og løsninger, kan en vanskelig komme bort fra at formålet med bestemmelsen er å legge føringer for at de løsninger som blir valgt ivaretar hensynet til universell utforming. På generelt grunnlag vil vi derfor bemerke at kravet om å ta hensyn til universell utforming i planleggingsprosessen vil kunne fordyre anskaffelser både i kommunal og statlig sektor.

Det kan bla opplyses at SINTEF i rapporten "Buss for alle" har anslått en samlet merutgift 1,067 mrd. kr over 15 år dersom tilpasningen av bussmateriellet skjer ved naturlig utskifting. Dersom utskiftingen skal skje raskere må det påregnes betydelig høyere kostnader. Videre vil det være nødvendig med betydelige investeringer i infrastruktur (holdeplasser/gangveger) for å sikre tilgjengelighet til bussmateriellet. Utgiftene til dette ble anslått til ca. 2 mrd. kr. Det må med andre ord påregnes merutgifter for både stat og fylker til kjøp av busstjenester og investering i infrastruktur, dersom det legges til grunn at bussmateriellet skal være universelt utformet.

Det må også ventes at en slik føring kan få konsekvenser i forhold til kjøp av fylkesveg/riksvegfergetjenester og hurtigbåttjenester, med påfølgende merutgifter for både fylkeskommuner og stat. Bl.a. kan det ikke utelukkes at et eventuelt krav om at ferjer skal være universelt utformet, i praksis vil medføre at potensielle leverandører må bygge nye ferger istedenfor å bruke eksisterende materiell, med påfølgende merutgift knyttet til offentlig kjøp av sjøtransporttjenester.

Som det går fram ovenfor, vil kravet om å ta hensyn til universell utforming i anskaffelsesprosessen kunne ha både økonomiske og administrative konsekvenser som ikke går fram av høringsnotatet.

Moderniseringsdepartementet foreslår at det innføres en hjemmel for å ilegge *overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser*.

Det er viktig at de anskaffelser som offentlige oppdragsgivere foretar, skjer i henhold til regelverket for offentlige anskaffelser. I høringsnotatet drøftes overtredelsesgebyr som

sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser. Det drøftes ikke andre tiltak som kan bidra til større bevissthet mot å foreta ulovlige direkte anskaffelser. Vi vil anta at vanligvis foretas ulovlige direkte anskaffelser på grunn av manglende kunnskaper heller enn at det er bevisste handlinger. Departementet er derfor tvilende til om det er hensiktsmessig å innføre overtredelsesgebyrer mot ulovlige direkte anskaffelser. Vi har imidlertid merket oss at det kreves en kvalifisert uaktsomhet, dvs. grov uaktsomhet, før adgangen til å sanksjonere skal tre inn.

Det vises for øvrig til at Statens vegvesen, Vegdirektoratet, i sin høringsuttalelse har tatt opp en rekke problemstillinger knyttet til sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser, jf. også uttalelsen fra Luftfartstilsynet vedrørende tildeling av kompetanse til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) til å ilegge overtredelsesgebyr.

2 - Del II – Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser

Generelt synes vi at forslaget til ny *struktur* er bedre enn strukturen i dagens forskrift.

Samferdselsdepartementet er enig i forslaget om å heve *den nasjonale terskelverdien* fra 200 000 kr eks. mva. til 500 000 kr eks. mva. Det er også positivt at det nå går klart fram av forslaget til ny forskrift at de grunnleggende prinsippene i loven også gjelder for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien. Hvordan de grunnleggende prinsippene skal ivaretas under den nasjonale terskelverdien, bør utdypes nærmere i en veileder til forskriften.

Det foreslås å innføre et krav om *protokollplikt* for alle anskaffelser over 50 000 kr eks. mva. Generelt mener vi at en bør være tilbakeholdende med å fastsette regler under den nasjonale terskelverdien. Tre nivåer med regler bidrar til å gjøre anskaffelsesregelverket mer komplisert å forholde seg til. Vi ser imidlertid at det vil kunne være behov for å etterprøve at anskaffelser under terskelverdien på 500 000 kr er foretatt i henhold til del I i forskriften og at en protokollplikt kan være en forholdsvis enkel måte å dokumentere en anskaffelse på. Spørsmålet er imidlertid om hvor grensen for protokollplikt skal gå. Etter vår oppfatning kan 50 000 kr være et for lavt nivå og det bør vurderes om grensen for protokollplikt bør settes noe høyere, f.eks. til 100 000 kr eks. mva.

I høringsnotatet foreslås det å åpne for *konkurranspreget dialog* som anskaffelsesprosedyre, at anskaffelser kan foretas *elektronisk* og at det kan inngås *rammeavtaler*. Vi er enig i at det åpnes for dette, men vi antar at det er behov for å utdype dette nærmere i en veileder til forskriften.

Når det gjelder rammeavtaler, er vi enig i forslaget om å ta inn i forskriften like regler over og under EØS-terskelverdiene.

Forslag til ny forskrift

Ad. § 3-1

Bestemmelsen i § 3-1 bygger delvis på § 5 i anskaffelsesloven. De samme bestemmelsene i loven og forskriften bør derfor ha samme ordlyd. F.eks. står det i § 3-1 (2) at "Oppdragsgiver må ikke diskriminere", mens det i § 5 i loven står: "Oppdragsgiver skal ikke diskriminere ...".

Ad. § 3-8

Bestemmelsen omhandler både bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår. Etter vår oppfatning vil det være mest oversiktlig om bestemmelsen ble delt i to – en som gjelder kontraktsstandarder og en som gjelder spesielle kontraktsvilkår.

Ad. kap. 4

Etter vår oppfatning vil det være mer logisk om kapitlet om definisjoner sto lenger fram i del I i forskriften. Videre mener vi det vil være mer logisk om pkt. h og i flyttes til mellom pkt. a og b i § 4-1.

Definisjonen av "dynamisk innkjøpsordning" i § 4-2 forholdsvis uforståelig og det bør vurderes om den kan gjøres klarere. Vi viser også til Vegdirektoratets kommentarer vedrørende dynamisk innkjøpsordning.

En definisjon av begrepet "direkte anskaffelse" bør også innarbeides i § 4-2.

Ad. § 6-2

I § 6-1 andre ledd heter det at tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen inngås etter prosedyrene i §§ 6-2 og 6-3. Etter vår mening vil en mer dekkende overskrift i § 6-2 derfor være: "Tildeling av kontrakt innenfor rammeavtale med en leverandør". Vi foreslår videre at første ledd i § 6-2 endres til "Ved rammeavtaler inngått med en leverandør inngås kontrakt på grunnlag av vilkårene fastsatt i rammeavtalen." Det samme foreslås for § 14-2, jf. § 14-1.

Ad. § 6-3

I § 6-1 andre ledd heter det at tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen inngås etter prosedyrene i §§ 6-2 og 6-3. Etter vår mening vil en mer dekkende overskrift i § 6-3 derfor være: "Tildeling av kontrakt innenfor rammeavtale med flere leverandører". Etter vår mening hører bestemmelsen i første ledd i § 6-3 inn under de mer generelle bestemmelsene om rammeavtaler i § 6-1. Det samme gjelder for § 14-3, jf. § 14-1.

Ad § 13-3

Etter det vi kan se, er ikke bestemmelsen i § 13-3 pkt. c ("Dette gjelder særlig tjenesteytelser i vedlegg 5 (prioriterte tjenester) og intellektuelle tjenester ...") helt i samsvar med tilsvarende bestemmelse i artikkel 30 pkt. 1 (c) i direktiv 2004/18 ("in the

case of services, *inter alia*, within category 6 of Annex II A, and intellectual services...”).

Ad. §§ 14-4 og 15-1

Vi antar at opplistingen i § 14-4 andre ledd og § 15-1 femte ledd skal være a,b og c og ikke d, e og f som det står i utkastet til forskrift.

Ad. § 16-2

Henvisningen i § 16-2 første ledd antas å skulle være til vedlegg 5 og ikke til vedlegg 4 som det står i utkastet til forskrift.

Ad. § 16-3

Etter det vi kan se, er bestemmelsen i § 16-3 første ledd ufullstendig.

Ad. § 18-12

Vi antar at henvisningen i § 18-12 første ledd pkt. a skal være til § 19-3.

Ad. § 18-15

Henvisningen i § 18-15 andre ledd antas å skulle være til § 18-16.

Ad. vedlegg 4

Vedlegg 4 inneholder mal for protokoll for anskaffelser som overstiger 500 000 kr eks. mva. Det er i protokollen tatt inn et punkt (1.5) om hvilke forhold som tillater oppdragsgiver å gjøre bruk av prosedyrer som krever særskilt begrunnelse. Etter vår oppfatning bør det også gå klart fram av protokollen hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt. Vi foreslår derfor at det i protokollen tas inn et nytt pkt. 1.5 Anskaffelsesprosedyre og at pkt. 1.5 blir pkt. 1.6 osv.

3 – Forholdet mellom regelverket for offentlige anskaffelser og yrkestransportloven

Ved tildeling av behovsprøvd løyve for persontransport med motorvogn eller fartøy i rute etter yrkestransportloven av 21. juni 2002 nr. 45 er det frivillig om anbud skal benyttes, se yrkestransportloven § 8, jf. §§ 6 og 7. Anbud benyttes i utgangspunktet kun i tilfeller hvor det er aktuelt for det offentlige (typisk: departementet, Vegdirektoratet eller fylkeskommunene) å yte tilskudd til en transporttjeneste.

Ved bruk av anbud ved tildeling av løyve etter yrkestransportloven oppstår spørsmålet om hvilket regelverk som skal benyttes. Dette er en problemstilling som vil berøre både forholdet til anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Vi vil derfor komme tilbake til dette i forbindelse med våre kommentarer til forsyningsforskriften som Moderniseringsdepartementet sendte på høring ved brev av 8. juni 2005.

4 - Forholdet mellom regelverket for offentlige anskaffelser og reglene om "kjøp" av flyrutetjenester

Samferdselsdepartementets kjøper flyrutetjenester som ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomme. Kjøp skjer etter anbudskonkurranse og i samsvar med et eget regelverk. Etter vår vurdering er det viktig å klarlegge forholdet mellom dette regelverket og det generelle anskaffelsesregelverket.

I møte 16. juni 2005 diskuterte representanter fra Moderniseringsdepartementet og Samferdselsdepartementet hvordan forholdet mellom de foreslåtte generelle anskaffelsesreglene og de spesielle reglene om gjennomføring av anbud ved tildeling av enerett på ulønnsomme flyruter med forpliktelse til offentlig tjenesteytelse er å forstå. Sistnevnte regler har sin bakgrunn i de særskilte unntaksbestemmelsene i rådsforordning (EØF) nr. 2408/92 artikkel 4 nr. d) flg., og de supplerende nasjonale gjennomføringsbestemmelsene i forskrift 15. april 1994 om gjennomføring av anbud i forbindelse med forpliktelse til offentlig tjenesteytelse. Sistnevnte forskrift er hjemlet i luftfartslovens § 16-1, som også er grunnlaget for inkorporeringen av rådsforordning 2408/92 i norsk rett.

Samferdselsdepartementet ga innledningsvis på møtet en presentasjon av bakgrunnen for det særskilte anbudsregelverket innenfor luftfarten. Representantene fra Moderniseringsdepartementet uttalte at de rettighetene som fordeles gjennom slike anbud trolig vil være å anse som tjenestekonsesjoner etter EU-retten. Som begrunnelse for dette ble det bl.a. vist til en tolkningsuttalelse som Nærings- og handelsdepartementet ga i brev av 16. mars 2003 til Oslo kommune (sak 200302969-2/JHB). Saken dreide seg om anvendelse av gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser på kommunens inngåelse av kontrakt om driftstilskudd med privatpraktiserende fysioterapeut. I uttalelsen redegjøres det bl.a. for de tolkningsprinsippene EU-kommisjonen og EF-domstolen har lagt til grunn ved sin avgrensning av begrepet "tjenestekonsesjon".

Vi har etter møtet vurdert om de rettighetene som fordeles gjennom anbud i medhold av artikkel 4 i rådsforordning (EØF) 2408/92 er å anse som tjenestekonsesjoner. Vår konklusjon er at de kriteriene som går fram av de rettskildene som siteres i den nevnte tolkningsuttalelsen tilsier at EU-organene (og dermed også ESA/EFTA-domstolen) vil regne dette som "tjenestekonsesjoner".

Konsekvensen av at dette er at de aktuelle anbudene ikke er omfattet av gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser. Dette går ikke uttrykkelig fram for så vidt gjelder tjenestekonsesjoner, men følger av den nevnte tolkningspraksisen og motsetningsvis også av den parallelle definisjonen av offentlige bygge- og anleggskonsesjoner i anskaffelsesforskriftens § 1-4 bokstav g).

I forslaget til ny forskrift om offentlige anskaffelser er det uttrykkelig sagt i § 1-4 (1) bokstav j) at forskriften ikke får anvendelse på tjenestekonsesjonskontrakter (annet ledd i denne bestemmelsen ser forresten ut til å være feilnummerert som tredje ledd). Denne bestemmelsen bygger i sin tur på artikkel 1 nr. 4 og artikkel 17 i direktiv 2004/18/EF.

Gitt at den forståelsen av begrepet "tjenestekonsesjon" som vi har gitt uttrykk for ovenfor er korrekt, så innebærer dette at den nye forskriften heller ikke vil få anvendelse på anbudskonkurranser som gjennomføres i medhold av artikkel 4 i rådsforordning 2408/92. Med mindre EU-organene skulle endre sin tolkningspraksis, vil Samferdselsdepartementet legge til grunn denne tolkningen av den nye forskriften dersom den blir vedtatt slik utkastet er formulert.

Selv om den nye anskaffelsesforskriften ikke vil komme til anvendelse på anskaffelser i medhold av artikkel 4 i rådsforordning 2408/92, er det i prinsippet ikke utelukket at lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser gjør det. Gjeldende lov kommer til anvendelse på anskaffelser som nevnt i § 3, dvs. anskaffelser av "varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider". Samferdselsdepartementet er ikke kjent med om Nærings- og handelsdepartementet/Moderniseringsdepartementet har lagt til grunn at tildeling av tjenestekonsesjoner faller utenfor begrepet "tjenester" slik dette er brukt i lov om offentlige anskaffelser. I så fall innebærer det at anskaffelser etter artikkel 4 i rådsforordning 2408/92 ikke er underlagt gjeldende anskaffelseslov.

Siden høringsnotatet ikke inneholder noe forslag til endringer i § 3 i lov om offentlige anskaffelser, vil det samme gjelde dersom lovendringene blir vedtatt som foreslått.

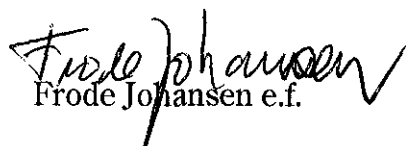
Samferdselsdepartementet mener konsekvensene av å være underlagt lov om offentlige anskaffelser er så vidt inngripende at det ikke er forsvarlig å si at de kontraktene som tildeles i medhold av artikkel 4 i rådsforordning 2408/92 er underlagt denne loven. Vi begrunner dette blant annet med at disse anskaffelsene i så fall ville kunne bringes inn for KOFA, og i følge forslaget til lovendringer vil konsekvensen av dette være at den nye bestemmelsen om overtredelsesgebyr i lovens § 7b vil kunne komme til anvendelse. Som det fremgår av høringsnotatet selv er denne bestemmelsen så spesiell at en bør være meget forsiktig med å gi den et videre anvendelsesområde enn strengt nødvendig.

Departementet vil i tillegg anføre at EU som klar hovedregel har avstått fra å gi regler for tildeling av kontrakter om tjenestekonsesjoner med den begrunnelse at disse kontraktene ofte har et klart politisk preg som er vanskelig å ivareta i generelle anskaffelsesregler. Selv om norske luftfartsmyndigheter har valgt å gi et særskilt anskaffelsesregelverk med hjemmel i luftfartsloven, bør dette regelverket holdes atskilt fra de generelle anskaffelsesreglene så lenge EU selv ikke har samordnet regimene.

Anskaffelser i medhold av artikkel 4 i rådsforordning 2408/92 utgjør en integrert del av den såkalte "luftfartspakke tre" (rådsforordningene 2407/2408 og 2409/92) som samlet utgjør hovedgrunnlaget for liberaliseringen av luftfartsmarkedet i EU/EØS. På samme måte bør derfor de spesielle anskaffelsesreglene i rådsforordning 2408/92 kun gjennomføres i medhold av luftfartsloven, som er det nasjonale grunnlaget for liberaliseringen av luftfartsmarkedet.

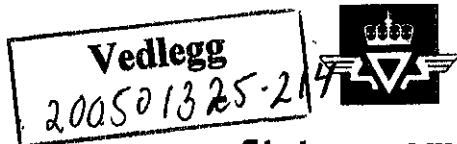
Vi ber Moderniseringsdepartementet vurdere om merknaden ovenfor medfører behov for å presisere virkeområdet for lov om offentlige anskaffelser.

Med hilsen


Frode Johansen e.f.


Elin Marie Furu

Vedlegg



Statens vegvesen

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET	
AVD/SEK	OKS EMF
22.06.2005	
S.NR.	05.726-7
ARKIV	008.2

Kopi: JS

Behandlende enhet:
Vegdirektoratet

Saksbehandler/innvalgsnr:
Jørgen Aardalsbakke - 22073553

Vår referanse:
2005/24919-006

Deres referanse:
05/726-EMF

Vår dato:
20.06.2005

Høring: forslag til nytt regelverk for offentlige anskaffelser

Statens vegvesen har følgende kommentarer til forslaget til nytt regelverk for offentlige anskaffelser:

1 Høringsnotatet del I

1.1 Ad pkt. 4 Universell utforming

Statens vegvesen støtter forslaget om at det inntas hensyn til universell utforming, for å øke tilgjengeligheten for personer med nedsatt funksjonsevne. Med universell utforming forstår vi at produkter og omgivelser skal utformes på en slik måte at de i så stor grad som mulig kan brukes av alle mennesker uten behov for tilpasning og spesiell utforming.

1.2 Forslag om sanksjonshjemmel mot brudd på anskaffelsesregelverket

1.2.1 *Ad pkt. 5.2 Former for regelbrudd som foreslås sanksjonert*

Det er angitt at sanksjoner "bare skal rettes mot ulovlige direkte anskaffelser" (høringsnotatet, del I, side 9).

Definisjonen på en ulovlig direkteanskaffelse er samtidig angitt å være "en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i denne loven eller i forskrifter gitt i medhold av loven" (høringsnotatet del I, side 11, jf. utkast ny lovbestemmelse § 7 b første ledd). Konsekvensen av dette synes å være at andre brudd på forskriften ikke kan rammes av sanksjonen – dersom kunngjøring er skjedd på riktig måte.

1.2.2 *Ad pkt. 5.5.2 Skyldkrav*

Sanksjoner bør forbeholdes de mer bevisste omgåelser av regelverket. Statens vegvesen er derfor enig i at det skal kreves kvalifisert uaktsomhet, det vil si grov uaktsomhet, før adgangen til å sanksjonere skal tre inn.

Postadresse
Statens vegvesen
Vegdirektoratet
Postboks 8142 Dep
0033 Oslo

Telefon: 22 07 35 00
Telefaks: 22 07 37 68
firmapost@vegvesen.no

Org.nr: 971032081

Kontoradresse
Brynsengfare 6A
OSLO

Fakturaadresse
Statens vegvesen
Regnskap
Båtsfjordveien 18
9815 VADSØ
Telefon: 78 94 15 50
Telefaks: 78 95 33 52

1.2.3 *Ad pkt. 5.5.5 Utmåling av overtredelsesgebyr*

Statens vegvesen forutsetter at gebyr opp mot maksimal størrelse – 15 % av anskaffelsens verdi – kun nyttes helt unntaksvis og når bruddene er særdeles graverende.

1.2.4 *Ad pkt. 5.5.10 Foreldelse*

Det er forslått at foreldelse for klage på ulovlige direkte anskaffelser skal være to år.

Statens vegvesen mener at foreldelsesfrist bør være tilsvarende den alminnelige klagefristen på seks måneder (forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6 første ledd), eventuelt til ett år. Dette er et incitament til eventuelle klagere om å klage rimelig raskt. Klagebehandlingen – og en eventuelt etterfølgende rettslig prosess – vil dermed også kunne skje på en bedre måte. Hensynet bevissikring, og en god klageprosess, tilsier etter vår mening at en toårs frist er for lang.

Det er i høringsnotatet (del I, side 16) angitt at revisjon vil kunne avdekke eventuelle ulovlige direkte anskaffelser. Brudd som blir avdekket ved revisjon, både kan og bør følges opp må annet vis.

1.2.5 *Ad pkt. 5.7 Håndhevingsorgan*

Det kan ha gode grunner for seg at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) gis kompetanse som håndhevingsorgan for sanksjoner mot brudd på anskaffelsesregelverket, spesielt sett hen til den faglige kompetansen som KOFA innehar.

Det bør imidlertid vurderes hvilken rolle KOFA skal ha i fremtiden – i tillegg til å være et uavhengig klageorgan. Dersom KOFA også blir håndhevingsorgan får det en ny rolle, som kan endre noe av den rolle KOFA har, ved at det også blir et dømmende organ.

De hensyn som er gjort gjeldende mot å tillegge KOFA en generell tilsynsrolle i den forstand at nemnda kan ta opp saker av eget tiltak (høringsnotatet, del I, side 20), gjør seg etter vår mening gjeldende også som hensyn mot å gi KOFA håndhevelsesmyndighet i gebyrsaker.

Etter vår oppfatning ville det være mest hensiktsmessig om Konkurransetilsynet får rollen som håndhevingsorgan. Dette gjør at KOFA sin rolle som et nøytralt klageorgan opprettholdes.

Dersom forskriftsmyndigheten likevel utpeker KOFA til håndhevingsorgan mot brudd på anskaffelsesregelverket, må det utarbeides retningslinjer for nemndmedlemmene i, og sekretariatet til, KOFA. Flere av medlemmene i klagenemnda er praktiserende advokater, også i saker vedrørende offentlige anskaffelser. Det bør ikke være slik at man møter klagers advokat i en sak, som nemndmedlem i en annen sak – uten at det foreligger klare retningslinjer for avklaring av habilitet mv. Dette forsterkes når KOFA blir et dømmende organ, spesielt når det ikke er noen klagemulighet på vedtaket.

Dersom KOFA gis denne kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, vil dette være et nytt område for klagenemnda, som igjen vil kreve ressurser. KOFA bruker ifølge deres egen hjemmeside mellom 6 og 7 måneder på behandling av saker der kontrakt er inngått – og av

erfaring også lenger tid enn dette. Vi anser det som lite holdbart at klagenemndas mandat utvides, dersom ikke tilgjengelige ressurser økes minst tilsvarende.

1.2.6 *Ad punktene 5.6 Foreligger det rettslige hindringer mot å sanksjonere statsforvaltningen og mot at staten saksøker staten og 5.8 Klageadgang*

Det er i utkastet lagt opp til at det ikke skal være forvaltningsrettslig klageadgang om overtredelsesgebyr.

Siden regelverket om offentlige anskaffelser kun omhandler offentlige oppdragsgivere, vil konsekvensen av dette være at statlige offentlige oppdragsgivere (eventuelt via overordnet departement) vil kunne bringe saken inn for domstolene, med et annet departement som motpart.

Det er i høringsnotatet del I, punkt 5.8 vist til at det ikke er forvaltningsmessig klageadgang på avgjørelser etter konkurranseloven. En slik problematisk situasjon vil sjelden oppstå i forhold til konkurranseloven, hvor det ofte er private aktører som er objekt for overtredelsesgebyret.

Vi antar at det er staten ved Moderniseringsdepartementet som er rett saksøkt, dersom en oppdragsgiver ønsker å bringe vedtak om gebyr inn for domstolene.

For det tilfellet at Statens vegvesen blir ilagt et overtredelsesgebyr som etaten ikke vil godta, vil staten ved Samferdselsdepartementet, som etatens overordnede, i prinsippet være henvist til å anlegge et søksmål mot staten ved Moderniseringsdepartementet for å få satt overtredelsesgebyret til side.

Det virker unektelig noe spesielt at den foreslåtte endring vil innebære at "staten saksøker staten". Den redegjørelse som er gjort i høringsnotatets del I, side 18-19, synes knapp. Dette spesielt på bakgrunn av at det bygges på en Odelstingsproposisjon fra 1983-1984.

Det er uklart for oss hvilken funksjon KOFA skal ha i en eventuell rettslig tvist. Dersom KOFA er tiltenkt en aktiv rolle i en eventuell rettslig tvist om gebyret, vil dette kunne svekke tilliten til KOFA som et nøytralt organ. KOFA er som et rådgivende organ avhengig av tillit fra både oppdragsgiversiden og leverandørsiden.

Statens prosessfullmektig Regjeringsadvokaten vil i prinsippet måtte opptre som prosessfullmektig for begge parter. Dette illustrerer at forslaget neppe kan være særlig gjennomtenkt og vil få den utilsiktede virkning at for eksempel Statens vegvesen ikke får prøvd lovligheten av det ilagte overtredelsesgebyret.

Disse grunner trekker i retning av at det bør vurderes om det ikke finnes andre, mer hensiktsmessige måter å sikre en klagebehandling på.

1.2.7 *Ad pkt. 6.3.1 Hvem skal kunne klage til KOFA på ulovlige direkte anskaffelser?*

Det er foreslått at kravet til saklig klageinteresse fjernes for så vidt gjelder klage på ulovlige direkte anskaffelser (kfr. forslaget til revidert forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13a første ledd).

Statens vegvesen ser ikke at det foreligger vektige grunner for å fravike den alminnelige regel om at klager må ha saklig interesse for å klage.

De som har beskyttelsesverdige interesser bør selvsagt ha klagerett. Det er dog liten grunn til at andre skal kunne klage på eventuelle ulovlige direkte anskaffelser; de som er utenfor kretsen av dem som har saklig klageinteresse, synes ikke å ha særlig behov for å kunne klage.

Det er på det rene at leverandører som hadde ønsket å delta i en konkurranse, har saklig interesse i å klage på en ulovlig direkte anskaffelse. Likeså vil en organisasjon kunne klage – enten på selvstendig grunnlag eller på vegne av et medlem i organisasjonen.

Eksemplet i høringsnotatet (del I, side 23) om at en lokalpolitiker eller kommuneansatt skal kunne klage, synes ikke å være en særlig viktig grunn i denne sammenheng. Disse personer vil kunne gripe tak i eventuelle brudd på anskaffelsesregelverket på andre måter – eksempelvis i interne fora. Riksrevisjonen – og internrevisjon i etater og kommuner – vil relativt enkelt kunne avdekke ulovlige direkte anskaffelser.

Statens vegvesen mener derfor at klageadgangen for ulovlige direkte anskaffelser bør være den samme som den ordinære klageadgangen. Dette tilfredsstiller en god klagemulighet for de som har beskyttelsesverdige interesser.

2 Høringsnotatet del II

2.1 Kommentarer til høringsnotatet

2.1.1 Ad pkt. 3 Heving av nasjonal terskelverdi

Statens vegvesen støtter forslaget om å heve den nasjonale terskelverdien fra kr 200 000 til kr 500 000, eventuelt høyere.

2.1.2 Ad pkt. 4.2 Utvidet protokollplikt

Når det er foreslått å innføre protokollplikt i området kr 50 000 til kr 500 000, innebærer dette at oppdragsgivers plikter i stor grad blir de samme som i dag – med unntak for kunngjøringsplikten. Det kan med fordel – iallfall i en eventuell veileder fra forskriftsmyndigheten – utdypes hvordan slike anskaffelser bør gjøres, spesielt i forhold til de grunnleggende krav og prinsipper som fremgår av lov om offentlige anskaffelser.

Det er for øvrig meget positivt at Moderniseringsdepartementet har utformet standardprotokoller for anskaffelser i området kr 50 000 til kr 500 000.

Det pekes imidlertid på at konsekvensen av forslaget innebærer tre regelsett å forholde seg til for oppdragsgivere. Dette medfører at et fra før komplisert regelverk blir enda mer komplisert å praktisere på korrekt måte.

2.1.3 Ad pkt. 5 Deltakelse i konkurranser hvor det settes en grense for antall deltagere

Det er positivt at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å sette en øvre grense på antall deltagere i forkant.

Det er angitt i høringsnotatet del II, punkt 5.2, at hovedtrekkene i hvilken utvelgelsesmetode eller hvilke kriterier som skal legges til grunn for valg av de leverandører som skal være med videre i konkurransen.

Slik bestemmelsene i forslaget §§ 7-6 og 15-6 fremstår, er det ikke noen tilsvarende begrensning om kun å benytte kriteriene som benyttes i forbindelse med kvalifikasjonsvurderingen (jf. gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser, §§ 8-4 (3) og 15-4 (3) og §§ 9-3 (2) og 16-3 (2) for henholdsvis begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling (totrinns prosedyre)).

Det er – slik Statens vegvesen forstår det – dermed ikke noen begrensning i hva slags kriterier som kan benyttes i forbindelse med utvelgelsen, så lenge kravene til objektivitet og ikke-diskriminering er oppfylt.

Det synes derfor hensiktsmessig at forskriftsmyndigheten utdypet hva slags kriterier som kan benyttes, eventuelt i en veiledning til ny forskrift.

Det tillegges at en ordning med utvelgelse etter variasjon i tilbyderkretsen ikke på noen måte vil kunne fremstå som forutberegnelig. Utvelgelse av hvilke store og hvilke små leverandører som skal få delta i konkurranse, vil lett kunne bli vilkårlig.

2.1.4 Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring

Ordnningen med forhandlinger i flere faser for å begrense det antall som skal forhandles med, synes langt på veg å være det samme som dagens rettstilstand ved gjennomføring av konkurranse med forhandlinger. Det er heller ikke i dag en plikt til å fullføre forhandlinger med alle de som er invitert til forhandlinger.

Det fremgår av høringsnotatet del II, punkt 6.3 (på side 12), at både ”frasorteringen og forhandlingene skal skje i henhold til fastsatte tildelingskriterier.

Det fremgår av høringsnotatet del II, punkt 6.3 (på side 11) at det er et ”sentralt poeng i direktivets forord, ... at oppdragsgiver forholdsvis raskt skal kunne skille ut de mest aktuelle tilbudene og sitte igjen med de mest konkurransedyktige tilbudene”.

Det kunne dermed med fordel inntas en passus i utkastets §§ 10-8 (3) og 18-11 (3) at kun tilbydere som har reell mulighet til å få tildelt kontrakten skal ha rett til å delta i forhandlingene, eller til å få levere nytt tilbud. Det vil ikke være hensiktsmessig ressursbruk – verken hos oppdragsgiver eller hos leverandørene – å gjennomføre forhandlinger i tilfeller der det er klart at leverandøren aldri vil kunne få tildelt kontrakten.

En mulighet for så vidt gjelder gjennomføring av konkurranse med forhandling under terskelverdiene for internasjonal kunngjøring, er å åpne for en forhandlingsprosedyre *uten forhandlingsplikt*. I enkelte tilfeller vil det i forkant av kunngjøringen kunne være uklart om det er behov for forhandlinger. Dette vil dermed kunne være praktisk med en mulighet for oppdragsgiver å kunne velge et tilbud, uten å gjennomføre forhandlinger. For å sikre forutberegnelighet for leverandørene kan det stilles krav om at oppdragsgiver i slike tilfeller markerer i kunngjøringen at man reserverer seg mot å måtte gjennomføre forhandlinger.

2.1.5 Ad pkt. 7 Avvisningsreglene

Vi foreslår at nåværende bestemmelse om at et tilbud *kan* avvises når tilbudet ikke oppgir prisen som forutsatt i konkurransegrunnlaget, tas inn i den nye forskriften. For å sikre konforme tilbud er det viktig at leverandørene innretter seg etter konkurransegrunnlagets krav til hvordan pris skal oppgis. Som pekt på i høringsnotatet, vil nok en uriktig angivelse av pris i mange tilfeller kunne fanges opp av avvisningsbestemmelsene i forskriftsutkastet §§ 10-11 (1) bokstav e. og 18-13 (1) bokstav e., eventuelt §§ 10-11 (2) bokstav a. og 18-13 (2) bokstav a.

Vi mener likevel at det er en fordel om oppdragsgiver fortsatt har en fakultativ avvisningsmulighet i slike tilfeller.

Tidvis vil det kunne være omtvistet om en feil, uklarhet eller lignende medfører relativ bedømmelsestil. Dessuten vil det i mange tilfeller ikke være en helt klar grense mellom ufullstendigheter på den ene siden og feil og uklarheter på den andre siden. Spesielt ved feil og uklarheter som ikke er helt uvesentlige, bør oppdragsgiver ha en rett til å avvise et slikt tilbud på lik linje med et ufullstendig tilbud. Vi foreslår derfor en endring av forskriftsutkastets § 10-11 (2) bokstav a. og 18-13 (2) bokstav a. i tråd med dette.

Bestemmelsene i utkastet §§ 10-1 og 18-13 angir ulike forhold som enten skal eller kan lede til avvisning av tilbudet. Hva med forhold som ikke er regulert i denne bestemmelsen, men som klart må medføre avvisning? Som eksempel nevnes tilbud som kun gjelder deler av konkurransegrunnlaget (deltilbud), når det ikke er angitt i konkurransegrunnlaget at dette er tillatt, jf. utkastet §§ 7-2 (1) bokstav a. og 15-2 (1) bokstav a.

2.1.6 Ad pkt. 15 Rammeavtaler

Statens vegvesen ser det som en stor fordel at EU-direktivets bestemmelser om rammeavtaler er inntatt i forskriften.

Formuleringene i §§ 6-2 (1) og 14-2 (1) bør endres. Slik det fremkommer i forslaget, kan det se ut som om det er inngåelse av rammeavtale det er tale om. Det fremkommer derimot av §§ 6-1 (2) og 14-1 (2) at det er tildeling av kontrakt innenfor rammeavtalen bestemmelsen omfatter (tilsvarende § 6-3 (2) og § 14-3 (2)). Forslag til formulering kan være:

”Ved tildeling av kontrakt basert på rammeavtale med en leverandør, inngås kontrakt på grunnlag av vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen.”

I utkastet til forskrift §§ 6-2 (1) og 14-2 (1) fremgår det at tildeling av kontrakter basert på rammeavtaler kan foretas på grunnlag av ”vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen”. Det bør utdypes av forskriftsmyndigheten hva slags vilkår som kan benyttes i denne sammenheng. Dersom dette ikke klargjøres, antas det at dette vil kunne medføre en rekke klager.

Dersom det foretas en konkurranse mellom partene i rammeavtalen, fremgår det av utkastet til forskrift §§ 6-3 (3) og 14-3 (3) at konkurransebetingelsene ”om nødvendig [kan] presiseres, og i visse tilfeller suppleres” (vårt tillegg). Det antas at også dette kan bli et problemområde. Oppdragsgivere har gjennom forskriften – slik den nå fremstår – fått et signal om at de opprinnelige konkurransebetingelsene ikke nødvendigvis står fast. Forskriftsmyndigheten bør

også her klargjøre hva slags endringer som kan gjøres, og grensene for dette (utover det knappe eksempel som fremgår av høringsnotatets del II, side 22).

Statens vegvesen anser det som en god løsning at det gjelder samme regler om rammeavtaler over og under terskelverdiene.

I §§ 6-3 (1) og § 14-3 (1) bør det etter vår mening også åpnes for at det kan inngås rammeavtaler med kun to leverandører. Bestemmelsen gir selv et unntak, men anvendelsen av dette avhenger av at det ikke er et tilstrekkelig antall leverandører eller tilbud. Vi mener det generelt bør åpnes for at oppdragsgiver kan inngå rammeavtaler med to leverandører. Vi ser ingen god grunn til at dette ikke er gjort, og kan ikke se at det vil stride mot regelverkets generelle krav om konkurranse så lenge forskriften også åpner for å inngå rammeavtaler kun med én leverandør.

2.1.7 *Ad pkt. 16.2.3 Dynamisk innkjøpsordning*

Vi oppfatter bestemmelsene om en dynamisk innkjøpsordning for å være tungt tilgjengelig. Det vil kunne virke klargjørende å få definert begrepet "veiledende tilbud" i forskriftsteksten. Etter vår oppfatning bør den forskriftsmessige løsning i utkastets § 6-4 (5) og den alternative løsning med jevnlig kunngjøring som er beskrevet i høringsnotatet, gjøres til to alternative måter å kunngjøre konkurransen på i forskriften.

2.1.8 *Ad pkt. 17 Konkurranspreget dialog*

Slik bestemmelsen om prosedyren konkurransepreget dialog er utformet, mener vi de gir rom for tolkningstvil, og dette kan medføre ulik praksis blant oppdragsgiverne. Det blir sagt i høringsnotatet at tolkningen av ordningen må overlates til praksis, men vi mener departementet bør søke å klargjøre noen problemstillinger i en veileder, samt gi aktuelle eksempler. En problemstilling vi ser som en særlig utfordring, er å skille mellom hva slags endringer oppdragsgiver har anledning til å foreta etter § 18-9 (2) og (4). Begrepsbruken går over i hverandre i de to bestemmelsene, og det er ikke tydelig hva avklaring, presisering, tilpasning og bekrefting faktisk innebærer.

2.1.9 *Ad pkt. 18 Prioritering/vekting av tildelingskriteriene*

Forslaget til ny forskrift har ulik regulering av kriterier for valg av tilbud under og over terskelverdiene. Under terskelverdiene utgjør forslaget ingen realitetsendring og vi har ingen kommentarer til bestemmelsen.

Når det gjelder forslaget over terskelverdiene, mener vi det ikke er tydelig hvordan vektingen av de ulike kriteriene skal foregå. Oppdragsgiver skal angi den relative vektingen som gis hvert av kriteriene, og vektingen kan angis innenfor et område, jf. § 20-2 (2). Det som synes uklart, er hvor stort "område" det her kan være snakk om før det kan bli snakk om manglende forutberegnelighet for leverandørene. Kan oppdragsgiver eksempelvis angi en vekting mellom 30 og 50 %, eller er dette for vidt?

Videre fremkommer det ikke av bestemmelsen hvorvidt en angitt rekkefølge kan endres når vektingen gjennomføres. Eksempel: Pris angis å vektas mellom 25 og 35 %, mens kvalitet angis å vektas mellom 20 og 30 %. Tilsynelatende skal her pris vektas høyere enn kvalitet. Vil

det ved selve gjennomføringen av vektingen være anledning til å vekte pris 28 % og kvalitet 30 % så lenge alle leverandører likebehandles?

Vi ser at dette er forhold som kan være vanskelig å gjennomføre i forskriften, men dette bør utdypes av forskriftsmyndigheten i en veileder til forskriften, samt gi aktuelle eksempler.

2.2 Kommentarer til utkastet til ny forskrift

2.2.1 *Overskrifter til henholdsvis del II og del III i utkastet til ny forskrift*

Overskriftene til del II og III henviser til "EØS-terskelverdiene". Dette er et begrep som verken er definert eller brukt for øvrig i utkastet.

Begrepet "EØS-terskelverdiene" synes uansett å være for snevert, da det gjelder andre, avvikende terskelverdier for statlige oppdragsgivere – for eksempel Statens vegvesen som er definert som WTO-etat. (I gjeldende forskrift er det henvist til "EØS-/WTO-terskelverdiene".)

2.2.2 *Struktur*

Kapittel 4 *Definisjoner* bør flyttes, eksempelvis til nytt kapittel 2.

Det synes underlig at definisjoner fremgår av et kapittel midt i utkastets del I.

2.2.3 *Kommentarer til enkelte bestemmelser*

Ad § 1-1

Det er positivt at forskriften har fått en egen formålsparagraf, lik den man finner i lov om offentlige anskaffelser.

Ad § 3-1 (2)

Bestemmelsen inneholder følgende passus: "... eller dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at denne forskrift kommer til anvendelse"

Denne passusen synes unødvendig, da dette fremgår av § 2-3 (3).

Ad § 3-3

Hva med andre dokumenter enn "tilbud og anskaffelsesprotokoll"?

Siden det gjelder en forskrift til offentlighetsloven som direkte berører temaet offentlige anskaffelser, bør det presiseres i bestemmelsen at også forskriften gjelder.

Forslag til tekst (nær kopi av gjeldende § 3-2):

"For allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder lov av 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven). Innsynet kan

begrenses med hjemmel i forskrift av 14. februar 1986 nr. 351 pkt. V nr. 12, gitt i medhold av offentlighetsloven.”

Ad § 7-8 og 15-16

Bestemmelsene i §§ 7-8 og 15-16 omhandler plikten til å levere HMS-egenerklæring. Vi mener det bør fastsettes en grense for hvor gammel HMS-egenerklæringen kan være. Forslaget til forskrift opprettholder i §§ 7-7 (3) og 15-15regelen om at skatteattestene ikke skal være eldre enn 6 måneder. Tilsvarende bør gjelde for HMS-egenerklæring.

Ad §§ 11-2 og 11-3 og §§ 19-2 og 19-3

Det er positivt at det nå inntas en hjemmel som eksplisitt åpner for å kunne gi en tilleggsfrist for ettersending av dokumentasjon av at krav til leverandøren er oppfylt. Ofte mangler noe dokumentasjon, og hjemmelen i § 9-2 og 16-2 om supplering eller utdyping har ikke – iallfall ikke direkte – dekket dette tilfellet.

Det kan i denne sammenheng oppstå et problem dersom kvalifikasjonskriteriene og tildelingskriteriene vedrører samme forhold. Hvis det i et slikt tilfelle innhentes dokumentasjon, kan denne også i utgangspunktet være nødvendig for tildelingsvurderingen. Slik vi forstår det, vil en bruk av opplysninger som er innhentet etter §§ 9-2 og 16-2 i forbindelse med tildelingsvurderingen, være i strid med forhandlingsforbudet.

Ad §§ 12-4 og 20-4

I bestemmelsene i §§ 12-4 og 20-4 om elektronisk auksjon mener vi det ikke fremstår klart om dette medfører en plikt eller kun en rett for oppdragsgiver å gjennomføre (forutsatt at muligheten er kunngjort). Videre fremkommer det ikke tydelig når i prosessen oppdragsgiver kan beslutte å gjennomføre elektronisk auksjon dersom det er en rett vedkommende har.

3 Andre kommentarer

3.1 Aktivisering av opsjoner

I utkastet til ny forskrift § 4-1 bokstav a. heter det at en kontrakt må være skriftlig. Dette er tilsvarende krav som fremgår av dagens bestemmelser i §§ 10-3 og 17-3, begge første ledd.

Dersom en kontrakt inneholder en opsjon på forlengelse av kontraktperioden, må oppdragsgiver melde fra til leverandøren dersom opsjonen skal aktiviseres.

Dette reiser spørsmål om aktivisering av en opsjon krever skriftlighet på lik linje med inngåelse av den opprinnelige kontrakten, eller om kravet til skriftlighet ikke gjelder denne situasjon.

Hovedregelen innenfor den alminnelige avtalerett, er at muntlige avtaler er like bindende som skriftlige. FOA § 10-3 (1) stadfester imidlertid et unntak fra dette, da det her legges til grunn at tidspunktet for inngåelse av kontrakt, er sammenfallende med kontraheringstidspunktet. Antakelig kan et skriftlighetskrav også utledes av LOA § 5. Her er det lagt til grunn at hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet skal ivaretas gjennom anskaffelsesprosessen.

Spørsmålet er om dette kravet har relevans for avtaler som treffes som et ledd under gjennomføring av de enkelte kontrakter, altså også etter at anskaffelsesprosessen er gjennomført. Dette er et spørsmål om anskaffelsesregelverkets virkeområde.

Det presiseres at hensikten med etterprøvbarkravet er at leverandører skal kunne få etterprøvd om de er forbigått på en lov – eller forskriftsstridig måte under den anskaffelsesprosedyre som oppdragsgiver foretar. Det sentrale i relasjon til opsjoner er at de er gjort til del av konkurransegrunnlaget, slik at de blir gjenstand for konkurranse på en forutberegnetlig måte, som sikrer likebehandling. Om opsjonen i ettertid iverksettes skriftlig eller muntlig, er underordnet i forhold til at opsjonen har vært gjenstand for konkurranse på en forutberegnetlig og etterprøvbar måte.

Markedet kan som et utgangspunkt ikke etter LOA § 5 utlede krav om at ulike tilleggs-, endrings- eller opsjonsavtaler inngås skriftlig. Betydningen av at samtlige avtaler som treffes under gjennomføringen av en kontrakt skal være skriftlig, er vidtfavnende. Samtlige endringsordrer og andre opsjoner, samt endringsavtaler måtte skje skriftlig. Dette er en så vidt stor endring i forhold til gjeldende rettstilstand at et slikt pålegg krever klar hjemmel i lov.

Etter vår mening må avtaler om å forlenge opsjoner som er inngått muntlig, aksepteres.

Denne problemstillingen bør imidlertid drøftes av forskriftsmyndigheten.

3.2 Annullering av tildelingsbeslutning

I utkastet til ny forskrift §§ 12-3 (2) og 20-3 (2) heter det at tildelingsbeslutningen kan annulleres frem til kontrakt er inngått, dersom ”oppdragsgiver finner at beslutningen om å tildele kontrakt ikke er i samsvar med § 12-2 [eventuelt § 20-2] (kriterier for valg av tilbud)” (vårt tillegg).

Hvilken mulighet har oppdragsgiver til å endre beslutningen, dersom oppdragsgiver etter tildelingsbeslutningen oppdager feil – enten på eget initiativ eller etter klage fra leverandørene – på annet grunnlag? Dette kan for eksempel være hvor noen oppdager at den leverandør som er blitt tildelt kontrakten, skulle vært avvist fra konkurransen, eksempelvis ved feil i forbindelse med kvalifikasjonsvurderingen.

Eventuelle feil i kvalifikasjonsvurderingen oppdages i noen tilfeller ikke før man mottar klage, etter melding om hvem som skal tildeles kontrakt.

Den såkalte Alcatel-dommen fra EF-domstolen (C-81/98) synes ikke å utelukke en mulighet for oppdragsgiver til å annullere tildelingsbeslutningen på grunnlag av andre feil enn vurdering av tildelingskriteriene. Alcatel-dommen uttrykker i selve domsavsigelsen at formålet med klagefristen er at leverandøren kan få ”ordregiverens afgørelse kendt ugyldig”.

Statens vegvesen antar at det er like viktig for en leverandør å få oppdragsgivers beslutning kjent ugyldig dersom det er gjort feil i kvalifikasjonsvurderingen, som når det er gjort feil i tildelingsvurderingen. Eksempel på dette kan være at den leverandør som i utgangspunktet ble tildelt kontrakten, ikke tilfredsstiller alle kvalifikasjonskrav, og at det dermed er en annen leverandør som skulle blitt tildelt kontrakten.

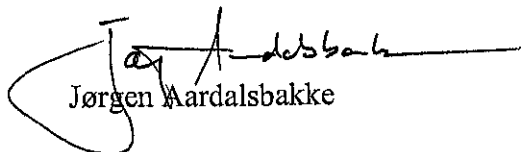
En mulighet til å annullere beslutningen også på annet grunnlag enn tildelingsvurderingen, synes å være nødvendig for at oppdragsgiver kan rette opp eventuelle feil, og for at leverandørenes rettsstilling kan opprettholdes.

Denne problemstillingen gjelder både for dagens regelverk og utkastet til nytt regelverk. Dette bør utredes, eventuelt presiseres, av forskriftsmyndigheten i en veileder til forskriften.

Juridisk seksjon
Med hilsen



Anton Ths. Lein
seksjonsleder



Jørgen Aardalsbakke



Vår dato:
17.06.2005

Deres ref.:

Deres dato:
19.04.2005

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep.
0030 OSLO

Saksbehandler:
Malin Tønseth

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET	
AVD /SEK	OKS / H EMF
20.06.2005	
S NR.	OS / 726 - 6
ARKIV	008.2 AVSKREVET

Pr. telefaks: 22 24 56 11 – original ettersendes pr. post

Høring – endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Vi viser til Deres brev av 19.04.2005. Post- og teletilsynets merknader til høringen følger nedenfor.

Til høringsutkastet punkt 5.2, reduksjon av antall deltakere som oppfyller kvalifikasjonskravene:

Post- og teletilsynet (PT) er usikre på om bruk av loddtrekning som metode for å redusere antall deltakere i begrensede anbudskonkurranser, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog er i samsvar med kravet om forutberegnelighet. Denne utvelgelsesmetoden er tilfeldig og det er vanskelig å se at konsekvensen av bruk av lotteri vil gi de samfunnsøkonomisk beste resultatene. I tillegg er PT skeptiske til etterretteligheten ved bruk av loddtrekning som utvelgelsesmetode.

Til høringsutkastet punkt 6.3, tilbudsrett og forhandlingsplikt:

PT mener at det er uheldig at gjeldende regelverk bare inneholder en begrenset veiledning om hvilke vurderinger som kan legges til grunn, når oppdragsgiver ønsker å begrense antallet av leverandører som det skal føres aktive forhandlinger med. Anskaffelsesforskriftens § 9-3 (2) og § 16-3 (2) fastlegger kun at utvelgelsen av de som skal inviteres til å forhandle blant de kvalifiserte leverandører skal skje på grunnlag av informasjon om leverandørenes kvalifikasjoner.

PT forstår forslaget til endringene i tilsvarende nye bestemmelser slik at utvelgelsen til forhandling blant kvalifiserte leverandører fremover skal foretas på bakgrunn av de oppgitte tildelingskriterier. I forslaget skilles det ikke mellom initial utvelgelse til de innledende forhandlinger og etterfølgende frasorteringer av leverandører. Dette vil innebære at oppdragsgiver allerede før det er innledet forhandlinger kan frasortere leverandører på grunn av at tilbud anses å være svakt i forhold til tildelingskriteriene for eksempel på grunn av at prisen blir ansett å være for høy hvilket vil være en vesentlig endring i forhold til gjeldende regelverk og Klagenemndas praksis (for eksempel: Klagenemndas sak 2004/75).

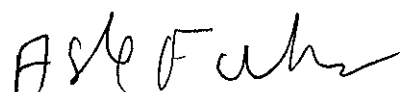
PT er av den oppfatning at det er uheldig dersom leverandørenes oppfyllelse av tildelingskriteriene og ikke kvalifikasjonskriteriene skal legges til grunn for oppdragsgivers initiale utvelgelse av hvem som skal inviteres til innledende forhandlinger. En løsning der det skilles mellom de innledende forhandlinger der utvelgelse skjer på grunnlag av leverandørenes kvalifikasjoner og de etterfølgende forhandlinger der frasortering av leverandører skjer på

grunnlag av oppfyllelse av tildelingskriteriene finner PT derimot ikke problematisk. PT er av den oppfatning at denne løsning i høyre grad harmonerer med forutsetningene i det nye EØS-direktivet.

PT vil videre også peke på at det er uklart hvordan reglene om reduksjon av antall deltakere som oppfyller kvalifikasjonskravene i (høringsutkastets pkt. 5.2) stiller seg i forhold til de reglene som foreslås der det skal foretas en foreløpig vurdering av kvaliteten på det mottatte tilbudet før man går i gang med forhandlinger i en konkurranse med forhandlinger (høringsnotatets pkt. 6.3). Slik det står nå ser det ut til at begge regelsettene skal benyttes parallelt. Det er i tilfelle uheldig at to ulike reglesett kan benyttes til å løse samme problemstilling.

Med hilsen


Jan Graff e.f.


Asle Fuhr



Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 OSLO

Vår saksbehandler:
Tom Egil Herredsvela

Vår referanse:
200501810-
3/008/TEH2

Vår dato:
3. juni 2005

Telefon direkte:
98 26 18 48

Deres referanse:
05/726-EMF

Deres dato:

SAMFERDSELSDEPARTEMENTET	
AVD./SEK: OKO	S BEH.: EMF
16 JUNI 2005	
S NR.: 05/726-5	
ARKIVKODE: 505.2	AVSKREVET:

Høringsuttalelse: Endringer i regelverket for offentlige anskaffelser.

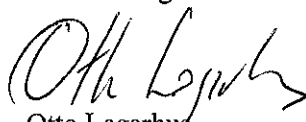
Det vises til Deres brev av den 19. april 2005 vedlagt høringsnotat fra Moderniseringsdepartementet, hvor det bes om kommentar til forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser, ny forskrift om offentlige anskaffelser, samt endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

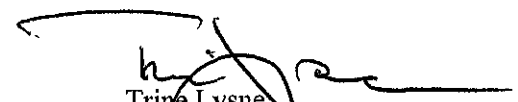
Luftfartstilsynet stiller seg i utgangspunktet positiv til endringene som foreslås samt intensjonen om å forenkle dagens regelverk – et regelverk som i dag nok oppfattes som noe komplisert og utilgjengelig.

Vi har merknader til to av forslagene i høringsnotatet:

- Til forslaget om å heve den nasjonale terskelverdien for såkalte direkteanskaffelser fra kr. 200.000 til kr. 500.000: Forslaget er etter vår oppfatning et skritt i riktig retning, men det innebærer fremdeles et nasjonalt selvpålagt nivå som er betydelig strengere enn de EØS-terskelverdiene (1,15 millioner kr. for statlige vare- og tjenesteinnkjøp) som utgjør Norges forpliktelse i denne sammenheng. Etter vår oppfatning burde den nasjonale terskelverdien heves ytterligere.
- Til forslaget om å innføre overtredelsesgebyr som sanksjon mot ulovlige anskaffelser, og at Klagenemnden for offentlige anskaffelser (KOFA) tildeles kompetansen til å ilegge slikt gebyr: Vi har ingen kommentar til forslaget om å innføre et overtredelsesgebyr. Vi stiller oss imidlertid skeptiske til at slik sanksjonsmyndighet, som blant aktørene lett vil oppfattes som myndighet til å ilegge straff, tildeles en klagenemnd. Et overtredelsesgebyr anses etter vår vurdering som et såpass inngripende tiltak, at myndigheten til å ilegge dette heller bør ligge hos de alminnelige domstoler.

Med vennlig hilsen


Otto Lagarhus
luftfartsdirektør


Trine Lysne
fung. luftfartstilsynsdirektør

Intern kopi: LJJ, AØP