



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
ARKIVKODE
11 JULI 2005
SAKSB. <i>KPA/</i>
SAKSNR. <i>200501325-207</i>

Deres referanse

Vår referanse

Dato

6. juli 2005

**HØRINGSUTTALELSE – ENDRINGER I LOV OM OFFENTLIGE
ANSKAFFELSER OG NY FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

Det vises til departementets høringsbrev av 6. april 2005 vedlagt forslag til endringer i anskaffelsesloven og klagenemndforskriften og forslag til ny anskaffelsesforskrift. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (nedenfor klagenemnda eller KOFA) har diskutert forslaget i et plenums møte den 8. juni d. å., og høringsuttalelsen baserer seg bl a på dette. Vår høringsuttalelse er relativt kortfattet og tar ikke opp alle punkter i forslaget. Vi har konsentrert oss om de endringer vi har funnet grunn til å uttale oss om.

1. Overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser

1.1 Innføring av overtredelsesgebyr

I diskusjonen om dette kom det frem at et flertall av klagenemndas medlemmer finner det prinsipielt galt å innføre et slikt gebyr som foreslås, som vil innebære en overflytting av midler fra én offentlig etat til en annen. Flertallet reiser også spørsmål om nytten av og behovet for denne type sanksjon i tilfeller av ulovlig direkteanskaffelser. Gebyret er i realiteten en administrativ straff, og det er ikke dokumentert at et slikt overtredelsesgebyr er bedre egnet enn andre virkemidler. Ytterligere oppgradering av kunnskapsnivået om regelverket hos innkjøperne og bruk av instruksjons- eller budsjettmyndighet synes bedre egnet. Det ble videre pekt på at det kan tenkes alternative reaksjoner, slik som avtalerettslig ugyldighet, tilbakekall og omgjøring, selv om en ser at slike reaksjoner også har sine negative sider.

Klagenemnda vil minne om at forslaget om overtredelsesgebyr rammer ulovlige direkteanskaffelser både for kontrakter omfattet av anskaffelsesforskriften og kontrakter omfattet av forsyningsforskriften. Private firmaer som driver innenfor forsyningssektoren, vil i nærmere angitte tilfeller være omfattet av forskriften, og dermed vil reglene om overtredelsesgebyr kunne ramme også private. Klagenemnda finner det særlig betenkelig å ilegge et slikt gebyr overfor private.

Postadresse
Postboks 8132 Dep.
0033 Oslo

Besøksadresse
H. Heyerdahls gate 1
0033 Oslo

Tlf.: 22 33 70 10

Faks: 22 33 70 12

E-post:
postmottak@kofa.no
Nettside: www.kofa.no

En samlet klagenemnd bemerker videre at det kan være problematisk at oppdragsgiver blir straffet på bakgrunn av skyld hos den enkelte tjenestemann, dersom skyldkravet er å forstå slik. Det er etter forslaget virksomheten som sådan som skal ilegges gebyret, og der hvor en tjenestemann har brutt klare interne instruksjoner, kan dette synes lite rimelig. Problemene med eventuell regressadgang synes ikke å ha vært behandlet. Etter nemndas oppfatning vil den eneste praktikable løsningen være at et eventuelt gebyr ilegges ut fra objektive kriterier.

Det er klagenemndas oppfatning at oppmerksomheten omkring regelverket er økende, og at dette har høynet kompetansen blant oppdragsgivere og leverandører. Dette kan tilsi at ulovlige direkteanskaffelser fremover vil være mindre enn da AUDA-rapporten ble utarbeidet. Klagenemnda finner derfor uansett at tidspunktet for innføring av en slik sanksjon er uriktig.

1.2 Forslag om at klagenemnda skal ilegge og utmåle overtredelsesgebyret

Dersom forslaget om gebyr likevel skal innføres, er hele klagenemnda samstemt i sin oppfatning om at det vil være helt feil å gjøre klagenemnda til den instans som skal ilegge gebyrer. For det første er Klagenemndas saksbehandling skriftlig, og når en ileggelse av gebyr blant annet skal bero på subjektiv skyld, er klagenemndas behandlingsform fullstendig uegnet. For det annet er klagenemnda ment å være et rådgivende organ som skal avgi uttalelser om reglene er overtrådt eller ikke. Klagenemnda vil miste tilliten som en objektiv, uavhengig instans dersom den samtidig skal være påtalemyndighet og domstol.

Klagenemnda stiller også spørsmål ved om det er meningen at staten v/ KOFA skal gjøres til saksøkt når et vedtak om overtredelsesgebyr blir prøvd for retten. Dette vil etter nemndas mening være en svært uheldig løsning. Hvis KOFA må forsvare seg i en rekke rettssaker, vil den egentlige oppgave som er tillagt nemnda, nemlig å gi rettleiding innen et vanskelig regelverk, lide sterkt. Det er allerede slik at saksmengden er langt større enn sekretariatet og nemndsmedlemmene klarer å ta unna innenfor en rimelig saksbehandlingstid.

Kravet til subjektiv skyld er ut fra enhver synsvinkel meget problematisk. Som nevnt bør et eventuelt gebyr ilegges på bakgrunn av objektive kriterier. Det bør være Konkurransetilsynet eller departementet som tildeles myndigheten til å ilegge gebyr. Saken bør kunne oversendes dit fra klagenemnda, når klagenemnda etter å ha behandlet en sak, ser at det kan være grunn til å vurdere ileggelse av gebyr. Konkurransetilsynet har et apparat for å håndtere slike sanksjoner i dag, og en saksbehandling som er tilpasset denne type virkemidler. Forslaget om at KOFA skal kunne trekke på ressurser fra Konkurransetilsynet, synes lite gjennomtenkt når det gjelder den prinsipielle side – at klagenemnda i utøvelsen av sin virksomhet skal være uavhengig. Dessuten er det allerede i dag knappe ressurser i Konkurransetilsynet.

1.3 Bortfall av kravet til saklig klageinteresse og klagegebyr der det anføres ulovlig direkteanskaffelse

Klagenemndas medlemmer anser det uheldig at kravet til saklig klageinteresse, jf klagenemndforskriften § 6, foreslås fjernet i klager der det anføres ulovlig direkteanskaffelse. Forslaget åpner for klager også fra enkeltpersoner fra oppdragsgiversiden, for eksempel oppdragsgivers ansatte eller lokalpolitikere. At både klager og innklagede representerer oppdragsgiver, vil være problematisk. I saker der en eller flere kommunestyrerepresentanter

klager inn en avgjørelse foretatt av flertallet i kommunestyret, kan klagenemnda bli trukket inn i en politisk prosess. Klagenemnda ser på dette som lite ønskelig.

Behovet for at ulovlige direkteanskaffelser påtales, burde være tilstrekkelig ivaretatt ved at firmaer eller bransjeorganisasjoner med saklig klageinteresse kan klage etter tips fra enhver med kjennskap til forholdet.

Klagenemnda vil i tillegg påpeke at forslaget om bortfall av saklig klageinteresse og klagegebyr i slike saker kan medføre betydelig økning i antall klager om direkte anskaffelser, noe som vil medføre at klagenemndas fokus vil dreie fra alminnelig regelfortolkning til gjennomføring av sanksjoner overfor direkte anskaffelser.

Grensedragningen for når gebyr skal innbetales og ikke innbetales, kan også bli vanskelig å praktisere.

2. Heving av beløpsgrensen for direkte anskaffelser

Klagenemnda antar at en heving av beløpsgrensen er ressursbesparende og samfunnsøkonomisk riktig, og at hensynet til småleverandører er tilstrekkelig ivaretatt ved innføringen av protokollplikt og lovens generelle krav til konkurranse.

3. Rammeavtaler

Klagenemnda anser det som en fordel med en uttrykkelig regulering av rammeavtaler. Dette har hittil vært et savn, fordi det er behov for slike avtaler i praksis. Klagenemnda ser det som en klar fordel at det er like regler om rammeavtaler over og under terskelverdien og har ingen bemerkninger til det som er foreslått, men avventer hvordan det vil fungere i praksis.

4. Avvikende tilbud, alternative tilbud og forbehold

4.1 Innledning

Klagenemnda finner at forholdet mellom avvik, alternative tilbud og forbehold kommer dårlig frem i utkastet. Mellom avvikende tilbud, alternative tilbud og tilbud med forbehold vil det kunne være grensedragningsproblemer. Disse sakene må vurderes konkret. Det klagenemnda etterlyser, er en klarere redegjørelse for typetilfellene og en klarere angivelse av hvordan oppdragiver skal behandle slike tilbud.

4.2 Avvik

Med "avvikende tilbud" har klagenemnda forstått tilbud som avviker i forhold til de funksjonskravene som spesifikt eller underforstått fremgår av konkurransegrunnlaget. Dette er mindreverdige ytelser, ufullstendige tilbud og delytelser. Klagenemnda finner at tilbud som avviker vesentlig fra konkurransegrunnlaget, må avvises i medhold av kravet til likebehandling av leverandørene. Dette er i tråd med tradisjonell norsk anbudsrett. Dersom den nye forskriften skal endre dette, må det komme tydeligere frem hva endringene innebærer. Dersom denne hovedregelen ønskes opprettholdt, må dette gjøres forståelig i forskriftsteksten.

4.3 Alternative tilbud

I motsetning til avvikende tilbud, forstår klagenemnda alternative tilbud om betegnelsen på tilbud som oppfyller funksjonskravene i konkurransegrunnlaget, men på en annen måte enn det som foreskrives i detaljspesifikasjonen. Et alternativt tilbud er dermed en løsning som kvalitativt er like god som den løsningen som er spesifisert. Klagenemnda mener at betegnelsen "alternative løsninger" ville være bedre egnet til å skille dette tilfellet fra tilbud som er avvikende. Det faktum at et alternativt tilbud forutsettes å oppfylle funksjonskravene, medfører at det burde være uproblematisk i forhold til likebehandlingskravet å ta tilbudet i betraktning. Det kreves imidlertid at det kan godtgjøres at tilbudet har samme funksjonalitet og kvalitet som tilbud som oppfyller detaljspesifikasjonen. Dermed må konkurransegrunnlaget inneholde konkrete krav til funksjonalitet og kvalitet, enten underforstått eller uttrykkelig.

Slik forskriftsutkastet regulerer alternative løsninger, virker det som om funksjonskrav må oppgis eksplisitt for de løsningene som er alternative, jf §§ 10-4, 18-4 og definisjonen i § 4-1 bokstav j. Etter klagenemndas syn må det imidlertid være tilstrekkelig at alternative tilbud oppfyller de funksjonskravene som kan utledes av konkurransegrunnlaget. At oppdragsgiver skal operere med egne funksjonskrav for alternative tilbud, kan fort komme i konflikt med likebehandlingskravet. I tillegg mister man muligheten til at leverandørens kompetanse kan utnyttes gjennom produktutvikling i tilbudsfasen.

4.4 Forbehold

Etter klagenemndas mening skiller forbehold mot kontraktsbetingelser seg fra alternative/avvikende tilbud. Det bør gjøres klart at direktivets strenge regler om "variants", særlig over terskelverdiene, ikke skal anvendes på forbehold mot kontraktsvilkår. Det ville være helt urealistisk å forvente at anskaffelsesmyndigheten i tråd med direktivets Art 24 nr 2 uttrykkelig tilkjenner at man vil godta forbehold mot leveringsbetingelser og kontraktsvilkår. [Dette er vel en typisk veilederoppgave..]

Forskriftens regel om hvordan oppdragsgiver skal forholde seg til forbehold mot kontraktsbetingelsene, må etter klagenemndas syn forstås i lys av reguleringen av hvilke kontraktsbetingelser som kan/skal anvendes. Tidligere forskrifts § 3-9 er etter klagenemndas syn noe uheldig utformet. Når "skal" knyttes til en "hovedregel", er det uklart hvor langt et slikt påbud egentlig rekker.

Det ligger i sakens natur at forbehold mot kontraktsvilkår som omhandler mulige hendelser i kontraktsperioden, vil ha en usikkerhet knyttet til seg.

Er det tale om vesentlige forbehold, forutsetter både gjeldende forskrift § 8-6 (3) og utkastets § 18-3 siste punktum sammenholdt med § 18-13 (1) d at tilbudet skal avvises. Begrunnelsen er at man i slikt tilfelle ikke bare vanskelig kan evaluere tilbudet, men også at det kan bryte med likhetsprinsippet å tillate store sprik i tilbudenes innhold (fra EF-domstolens praksis "Storebælt" C-243/89). Men enkeltstående forbehold er ikke nødvendigvis vesentlige med mindre de går svært langt – eller det er tale om så mange forbehold at vesentlighetsvilkåret slår inn.

Det ville være ønskelig å at disse spørsmål ble berørt i den videre prosess, enten som en presisering av utkastets § 18-13 (1) e, eller i de retningslinjer departementet skal utarbeide.

Sammenkoblingen av avvik og forbehold i utkastets §§ 10-3 og 18-3 er etter klagenemndas vurdering uheldig.

5. Begrunnelsesplikten

Klagenemnda merker seg med tilfredshet at reglene om begrunnelsesplikt er samordnet og strammet opp i §§ 10-14 og 18-16 og at §§ 12-3 og 20-3 henviser til førstnevnte bestemmelser. § 10-14 (2) a. bør formuleres på samme måte som § 18-16 (2) a. slik at det fremgår klart at det dreier seg generelt om avvising pga forhold ved leverandøren. Likeledes bør totalforkastelse også nevnes under d. i tilknytning til § 12-1, slik det gjøres i § 18-16 (2) d.

6. Omgjøring

I bestemmelsene om omgjøring, §§ 12-3 (2) og 20-3 (2), er det fremdeles slik at det bare er tilfeller hvor tildelingen ikke er i samsvar med kriteriene for valg av tilbud, som er behandlet. Det burde vært klargjort at det foreligger en omgjøringsadgang for oppdragsgiver også der andre typer feil er begått under prosessen.

7. Kontraktsinngåelse

Bestemmelsen om når kontrakt anses inngått [dagens forskrift §§ 10-3 (1) og 17-3(1)] ser ut til å være tatt ut, eller falt ut, av forskriften. Det er uheldig at begrepet kontraktsinngåelse ikke defineres, særlig hvis det er meningen å beholde dagens løsning med at kontrakt først anses inngått når begge parter har underskrevet kontraktsdokumentet. Dette er et annet skjæringspunkt enn ellers i avtaleretten og bør derfor klart komme til uttrykk. Vi kan ikke se at det noen sted i høringsnotatet fremgår at denne regel skal endres.

8. Innføring av konkurransepreget dialog som ny prosedyre

Klagenemnda finner reglene om konkurransepreget dialog vanskelig tilgjengelige. Departementet bør vurdere om reglene er spredt på for mange bestemmelser, og om det alternativt kunne tas inn i en egen bestemmelse i forskriftens del IV.

9. Plan- og designkonkurranser

Klagenemnda vil påpeke at også regelen om forhandlinger om tjenesteytelse etter gjennomført plan- og designkonkurranse er vanskelig tilgjengelig.

10. Ny utforming av reglene om tildelingskriterier

I dagens forskrift er det tatt inn eksemplifiseringer av lovlige tildelingskriterier, jf §§ 10-2 og 17-2. Dette er en direkte oversettelse av gjeldende direktiver. I det nye direktiv er denne ordningen videreført, og eksempellisten er utvidet.

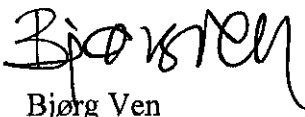
Klagenemnda minner om at den ikke uttømmende angivelsen av lovlige tildelingskriterier har rettslig betydning, og finner det uheldig at departementet ikke har fulgt det nye direktivet her, men har valgt å fjerne eksemplene, jf utkastet §§ 12-2 og 20-2. Etter klagenemndas mening tjener eksemplene til å identifisere forhold som typisk kan være saklig knyttet til

kontraktsgjenstanden og som representerer en økonomisk verdi for oppdragsgiver. Det gis også uttrykk for at det kan vektlegges forhold som ikke har en direkte økonomisk verdi, iallfall miljøhensyn.

Riktignok tar § 12-2 sikte på å angi generelt hva tildelingskriteriene skal belyse, jf formuleringen "økonomiske og kvalitative kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden". Klagenemnda antar at denne formuleringen kan beholdes i tillegg til at direktivets eksempler tas inn.

Likeledes finner klagenemnda at det er uheldig at § 20-2 ikke nevner at tildelingskriteriene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, slik direktivets art 53 (1) bokstav a gjør.

Med vennlig hilsen



Bjørg Ven
Klagenemndas leder