



Oslo kommune
Byrådsavdeling for finans og utvikling

Det kongelige moderniseringsdepartement
postmottak@mod.dep.no

Dato: 01.07.2005

Deres ref:
200404123

Vår ref (saksnr):
200501630-12

Saksbeh:
Dag Nordby, 23461174

Arkivkode:
180

**HØRINGSUTTALELSE - ENDRINGER I REGELVERKET FOR OFFENTLIGE
ANSKAFFELSER**

Vedlagt oversendes Oslo kommunes høringsuttalelse i ovennevnte sak.

Med hilsen

Merete Johnson
Kommunaldirektør

Helene Solbakken
Seksjonssjef

[Godkjent og ekspedert elektronisk](#)

Vedlegg: Oslo kommunes høringsuttalelse, byrådets sak

Kopi: Finanskomiteen, kommunaldirektør i BLA, byrådets kontor



Byrådets sak

Byrådets sak nr.: 7/2005
Vedtaksdato: 29.06.2005

Vår ref. (saksnr.): 200501630-11
Arkivkode: 180

HØRINGSUTTALELSE - LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER MED FORSKRIFTER

Saksfemstilling:

Moderniseringsdepartementet (MOD) sendte 06.04.05 forslag til endringer i regelverket for offentlige anskaffelser på høring. Sentrale forslag i høringsnotatet er:

- **Heving av den nasjonale terskelverdien til 500 000 kroner.**
- **Tilrettelegging for moderne innkjøpsprosesser – elektroniske anskaffelser likestilles med ordinære anskaffelser.**
- **Mer pedagogisk oppbygning av forskriften og generell forenkling av reglene.**
- **Innføring av overtredelsesgebyr mot ulovlige direkte anskaffelser.**
- **Protokollplikt for alle anskaffelser over 50 000 kroner - plikten kan oppfylles ved å fylle ut et brukervennlig skjema som vedlegges forskriften.**
- **Hensynet til universell utforming synliggjøres både i lov og forskrift – skal gi økt tilgjengelighet for personer med nedsatt funksjonsevne.**

Vedtakskompetanse:

Byrådets vedtakskompetanse fremgår av delegasjonsvedtak av 03.07.01, hvor byrådet har delegert sin myndighet til å avgi høringsuttalelser på vegne av kommunen i saker som ikke er av prinsipiell betydning. Høringer avgitt etter delegert fullmakt sendes vedkommende bystyrekomite til orientering.

Vedtak:

Oslo kommune er enig i at det er svært viktig med gode regelverk for forvaltning av offentlige ressurser. Det er også viktig at disse regelverk understøtter verdiskaping i samfunnet og sikrer en mest mulig effektiv ressursbruk, slik formålsparagrafen i lov om offentlige anskaffelser (LOA) fastslår.

Regelverket for offentlige anskaffelser (LOA og FOA) regulerer i all hovedsak handlinger som foregår i gjennomføringsfasen, mens planleggings- og oppfølgingsfasene er i svært liten grad omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Erfaring viser at beslutninger som treffes tidlig i planleggingsfasen er mest kritiske for resultatet av prosessen. Kunngjøringer og gjennomføring av anbudsprosesser er i seg selv ingen garanti for stor konkurranse og gode anskaffelser. Et regelverk vil aldri kunne erstatte nødvendig faglig kompetanse eller organisering av anskaffelsesprosessene.

Oslo kommune har ellers følgende kommentarer til de foreslåtte endringer i regelverket for offentlige anskaffelser:

Lov om offentlige anskaffelser

Pkt 2. Lovens formål

Departementet ønsker at loven også skal bli et virkemiddel for å hindre at offentlige innkjøp skjer på en måte som kan undergrave allmennhetens tillit. Det er derfor foreslått å utvide formålsparagrafen ved å innta tillegg om etisk adferd.

Oslo kommune er enige i at offentlige innkjøp skal gjennomføres på en etisk forsvarlig måte, og mener dette er tilstrekkelig ivaretatt ved gjeldende formålsbestemmelse i kravene om at anskaffelser skal være basert på forretningsmessighet og likebehandling i kombinasjon med at forvaltningslovens habilitetsregler gjelder.

Pkt 3. Omfattede oppdragsgivere

Oslo kommune har ingen kommentarer

Pkt 4. Universell utforming

Oslo kommune har allerede innført en plikt til under planleggingen av en anskaffelse at det skal tas hensyn til hvilke krav som skal være oppfylt for at anskaffelsen ikke skal ekskludere mennesker med funksjonshemming. Oslo kommune stiller seg positiv til forslaget.

Pkt 5. Sanksjonshjemmel

1. Bakgrunn

Departementet gir under dette punktet en redegjørelse for bakgrunnen for at en nå foreslår innføring av en sanksjonshjemmel. For så vidt gjelder spørsmålet om hvorvidt en slik hjemmel overhodet bør innføres viser Oslo kommune til den høringsuttalelsen som ble avgitt herfra på grunnlag av rapporten fra arbeidsgruppen mot ulovlig direkte anskaffelser.

2. Former for regelbrudd som foreslås sanksjonert

Oslo kommune er enig med departementet i at det ikke bør innføres sanksjoner mot andre brudd på regelverket enn ulovlige direkte anskaffelser. I tillegg til de argumenter departementet nevner mot slike sanksjoner, kan det også anføres at for en del type brudd på regelverket vil oppdragsgiver kunne bli erstatningsansvarlig (enten for den positive eller den negative kontraktsinteresse), og at dette selvsagt virker preventivt.

3. Kretsen sanksjonen foreslås rettet mot

Departementet foreslår at sanksjonene kun skal rettes mot virksomhetene og ikke mot de ansatte i virksomhetene, og at sanksjonshjemmelen skal gjelde både for klassisk sektor og for forsyningssektorene. Oslo kommune er enig i dette.

4. Forslag til sanksjonsmekanisme

Førrutsatt at det skal innføres en sanksjonshjemmel er Oslo kommune enig i at det ikke bør gis hjemmel for straff og heller ikke hjemmel til å erklære avtalen for ugyldig.

5. Utforming av hjemmel for overtredelsesgebyr

5.1 Handlingsnorm

Departementet foreslår følgende definisjon av en ulovlig direkte anskaffelse:

”En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort i henhold til reglene om kunngjøring i denne lov eller i forskrifter gitt i medhold av loven.”

Etter Oslo kommunes syn er denne definisjonen ikke helt treffende. Den kan etter sin ordlyd tolkes dit hen at alle anskaffelser som ikke er kunngjort er ulovlige direkte anskaffelser. Oslo kommune forslår følgende alternative ordlyd:

”En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort, til tross for at plikt til dette følger av denne lov eller forskrift gitt i medhold av denne lov.”

5.2 Skyldkrav

I høringsnotatet foreslås at overtredelsesgebyret kan ilegges dersom det foreligger grov uaktsomhet eller forsett, og altså ikke hvor det kun foreligger simpel uaktsomhet. Det er imidlertid ikke presisert hva forsettet/den grove uaktsomheten skal omfatte. Krevs det forsett/grov uaktsomhet bare i forhold til faktum i saken eller også i forhold til den aktuelle rettsregelens eksistens?

I strafferetten knytter kravet om skyld seg først og fremst til faktum. Det er som hovedregel et vilkår for straff at de handlinger et straffebud rammer er foretatt forsettelig. Villfarelse mht til ulovligheten av den aktuelle handling virker som hovedregel ikke straffriende. Kun hvor rettsvillfarelsen er unnskyldelig kan overtredelsen være straffri. Det er således som hovedregel tilstrekkelig med uaktsomhet i forhold til eksistensen av den aktuelle rettsregelen for å kunne straffe.

Etter Oslo kommunes syn bør det ved illeggelse av overtredelsesgebyr kreves forsett/grov uaktsomhet også i forhold til den aktuelle rettsregelens eksistens. Når det foreligger ulovlige direkte anskaffelser vil dette først og fremst skyldes at det offentlige organet har grepet feil i forhold til forståelsen av regelverket, og ikke at en har vært i villfarelse for så vidt gjelder faktum. Blant disse tilfellene vil det imidlertid kunne være store forskjeller mht hvor mye det offentlige organet er å bebreide for at en har brutt regelverket. Den ene ytterligheten er de bevisste brudd, og den andre er de tilfeller hvor en har foretatt en grundig vurdering av et vanskelig og uavklart spørsmål, men likevel tatt feil. Etter kommunens syn bør det bare være i de grovere tilfellene at det er hjemmel for å ilegge gebyr.

5.3 Beviskrav og bevisføringsplikt

For så vidt gjelder spørsmålet om hvilket beviskrav som skal gjelde – det alminnelig krav om sannsynlighetsovervekt eller et skjerpet beviskrav – vil Oslo kommune gjøre oppmerksom på at det kan tenkes å følge av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 6, ”Right to fair trial”, at en må legge til grunn et skjerpet beviskrav.

5.4 Vurdering av om overtredelsesgebyr skal ilegges

Oslo kommune er enig i at det bør være opp til håndhevelsesorganets skjønn hvorvidt overtredelsesgebyr skal ilegges i tilfeller hvor vilkårene for dette er oppfylt.

5.5 Utmåling av overtredelsesgebyr

Departementet foreslår at det settes en øvre grense for overtredelsesgebyrets størrelse på 15 % av anskaffelsens verdi. Etter kommunens syn bør denne grensen være lavere. Det er ikke nødvendig med høye gebyrer for å oppnå den ønskete preventive effekt – det i seg selv at det er ilagt et gebyr, og at dette er offentlig, vil i de fleste tilfeller være bekymringsfullt for det aktuelle offentlige organ.

Kommunen vil videre peke på at det bør klargjøres hvordan "anskaffelsens verdi" skal beregnes.

5.6 Betalingsfrist

Kommunen har ingen innvendinger mot forslaget om en betalingsfrist på to måneder.

5.7 Hvem bør ha søksmålsbyrden?

Kommunen har ingen innvendinger mot at den som ilegges gebyret har søksmålsbyrden.

Departementet må imidlertid ta stilling til *hvem søksmålet skal rettes mot*. Dette er ikke drøftet i høringsnotatet. Overskriften i pkt 5.6 i notatet tyder imidlertid på at en har tenkt at søksmålet skal rettes mot staten v/KOFA/departementet. Alternativet er at søksmålet rettes mot klager.

KOFA er et forvaltningsorgan, og vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr vil være enkeltvedtak. I utgangspunktet vil det da være naturlig at søksmål om gyldigheten av vedtaket blir rettet mot staten.

På den annen side er KOFA også et tvisteløsningsorgan, noe som kan tale for at søksmål rettes mot klager. Dette er jo regelen f eks ved overprøving av vedtak fra fylkesnemndene for sosiale saker og fra trykderetten. At søksmål skal rettes mot klager har imidlertid den ulempe at det kan føre til at klager kvier seg for å påstå at overtredelsesgebyr skal ilegges. Klager selv har jo normalt liten interesse i gebyrileggelse, og det å måtte være det aktuelle offentlige organs motpart gjennom inntil tre rettsinstanser og med fare for å bli ilagt ansvar for det offentlige organs saksomkostninger, vil nok kunne dempe lysten til å påstå gebyrileggelse. Dersom en vedtar at KOFA skal kunne ilegge gebyr uten at den private part har nedlagt påstand om det, vil disse ulempene for den private part også kunne føre til at en kvier seg for overhode å klage på det en mener er ulovlige direkte anskaffelser.

Selv om KOFA er et tvisteløsningsorgan, opptrer klagenemnda i saker om overtredelsesgebyr mer som et tilsynsorgan. (Dette gjelder særlig hvis en gjør unntak fra disposisjonsprinsippet i disse sakene). Det kan således kanskje være like naturlig å sammenligne med de regler som gjelder for overprøving av vedtak fra tilsynsorganer, som med de regler som gjelder for overprøving av vedtak fra tvisteløsningsorganer. Mest nærliggende vil det da være å sammenligne med det som gjelder for overprøving av Konkurransetilsynets illeggelse av overtredelsesgebyr. Dette vil i så fall innebære at søksmålet rettes mot staten, jfr. konkurranseloven § 29.

5.8 Skal søksmål ha oppsettende virkning?

Oslo kommune har ingen innvendinger mot departementets forslag om at søksmål ikke skal ha oppsettende virkning.

5.9 Tvangsfullbyrdelse

Departementet foreslår ikke innføring av særregler om tvangsfullbyrdelse av overtredelsesgebyr. Oslo kommune er enig i dette.

5.10 Foreldelse

Oslo kommune har ingen innvendinger mot at det innføres en foreldelsesfrist på to år. Lovteksten bør imidlertid presiseres slik at det fremgår når fristen *starter* å løpe.

5.11 Omfanget av domstolenes prøvelsesrett

Departementet foreslår at domstolen skal prøve alle sider av saken, dvs at det ikke skal være noen begrensninger i prøvelsesadgangen, heller ikke når det gjelder de skjønsmessige sidene av avgjørelsen. Forutsatt at det ikke innføres noen klageadgang på vedtak om overtredelsesgebyr er det etter kommunens syn nødvendig med en slik vid prøvelsesrett for domstolene.

5.12 Forholdet til Grunnloven § 96

Oslo kommune har ingen kommentarer til spørsmålet om forholdet til Grunnloven § 96.

5.13 Forholdet til EMK

Når det gjelder forholdet til EMK art 6 vil kommunen peke på at det kan stilles spørsmål ved forholdet mellom dokumentfremleggelsesplikten slik den praktiseres av KOFA sitt sekretariat og selvinkrimineringsforbudet. Det kan også spørres om ikke overvektsprinsippet for så vidt gjelde kravet til bevis, kan være i strid med art 6. Departementet bør etter kommunens syn se nærmere på disse problemstillingene før de vedtatte forslag eventuelt vedtas.

6. Foreligger det rettslige hindringer mot å sanksjonere statsforvaltningen og mot at staten saksøker staten?

Oslo kommune har ingen kommentarer til dette spørsmålet.

7. Håndhevingsorgan

Departementet forslår at KOFA skal være håndhevingsorgan. Dette er Oslo kommune uenig i.

Ved å gi KOFA kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr får KOFA i disse sakene en rolle som nærmer seg et tilsynsorgan. Dette gjelder særlig dersom kompetansen til å ilegge gebyr ikke er avhengig av påstand om dette fra klager. Etter kommunens syn er det en fare for at dette kan føre til at tilliten til KOFA som upartisk tvisteløsningsorgan svekkes.

Etter kommunens syn vil det være bedre om kompetansen til å ilegge gebyret legges til Konkurransetilsynet. For å sikre at tilsynet får kunnskap om brudd, kan en f eks tenke seg at KOFA rutinemessig oversender alle saker hvor det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

8. Klageadgang

Forutsatt at domstolene gis full prøvelsesrett i saker som gjelder overprøving av vedtak om ileggelse av overtredelsesgebyr, har kommunen ingen innvendinger mot at det ikke gis klageadgang over vedtakene.

Pkt 6. Behovet for endringer i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

- 1. Hvilke krav stilles til saksbehandlingen når et forvaltningsorgan skal ilegge sanksjoner?**
- 2. Gjeldende saksbehandlingsregler for KOFA**

Oslo kommune har ingen kommentarer til disse punktene i høringsnotatet.

3. Behov for endrede saksbehandlingsregler?

3.1 Hvem skal kunne klage til KOFA på ulovlige direkte anskaffelser ?

Oslo kommune er bekymret for at det vil kunne komme ubegrunnede klager med påstand om at det skal ilegges overtredelsesgebyr, noe som kan påføre kommunen mye unødige arbeid. En er derfor enig i at det ikke bør kunne klages anonymt. (Dette ville også gjøre KOFA sin rolle mer lik et tilsynsorgan.) En er av samme grunn imidlertid uenig i at klagerett i saker om direkte anskaffelser bør tilkomme alle. Etter kommunens syn vil det normalt være de som ville hatt interesse av å delta i en konkurranse om den aktuelle kontrakten - og som dermed uansett har klagerett - som har en berettiget interesse i å klage.

3.2 Forhåndsvarsel om vedtak om overtredelsesgebyr

Oslo kommune har ingen kommentarer til dette punktet.

3.3 Plikt til å behandle alle saker

Dersom det vedtas at enhver kan klage over ulovlige direkte anskaffelser, samt at klagegebyret faller bort for denne typen saker, er kommunen som nevnt redd for at det vil kunne komme en del useriøse klager, som vil medføre unødige merarbeid for kommunen.

Det følger av gjeldende KOFA-forskrift § 9 at sekretariatet av eget tiltak kan avvise klager som er ubegrunnede. Kommunen er enig med departementet at det ikke trengs noen ytterligere hjemmel for å nekte å realitetsbehandle ubegrunnede og sjikanøse klager. Oslo kommunes erfaring er imidlertid at sekretariatet stort sett ikke avviser klager før innklagede har inngitt tilsvar. Etter kommunens syn bør sekretariatet benytte denne adgangen i større grad slik at en unngår at ressurser må brukes på å tilbakevise useriøse klager.

3.4 Rett til muntlig fremleggelse

Oslo kommune har ingen kommentarer til dette punktet.

3.5 Krav til saksbehandlingstid

Oslo kommune har ingen kommentarer til dette punktet.

3.6 Oppdragsgivers svarfrist

Departementet foreslår at oppdragsgivers svarfrist i saker om ulovlige direkte anskaffelser skal være fire uker. Oslo kommune støtter dette forslaget. Den alminnelige fristen på to uker er meget knapp, og det er etter kommunens syn viktig at innklagede – iallfall når det er tale om å ilegge til dels store gebyrer – får tilstrekkelig med tid til å innhente nødvendig dokumentasjon og å vurdere saken.

3.7 Disposisjonsprinsippet

Oslo kommune støtter ikke forslaget om at at KOFA skal gis kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr i tilfeller hvor dette ikke er påstått av klager. Etter kommunens syn er det uheldig at KOFA på denne måten får en tilsynsrolle, da dette kan svekke tilliten til KOFA som et upartisk tvisteløsningsorgan.

3.8 Gebyr

Som nevnt flere ganger tidligere er kommunen bekymret for at det vil kunne komme en del grunnløse klager med påstand om illeggelse av overtredelsesgebyr. At det må betales gebyr for å klage kan motvirke dette. Kommunen er derfor uenig i at gebyrplikten fjernes for klager over ulovlige direkte anskaffelser.

Øvrige kommentarer til forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser

§10 Behandling av klagen

Oslo kommune ber om forskriften endres slik at det kan gis lengre tilsvarsfrist i de tilfeller kontrakt allerede er inngått. Etter vår erfaring er kontrakt allerede inngått i de fleste saker som klages inn for KOFA. Saksbehandlingstiden i KOFA er opptil 8 måneder i slike tilfeller. Vi ser da ikke rimeligheten i at oppdragsgiver kun tilstår inntil 14 dagers tilsvarsfrist.

§14 Offentliggjøring av uttalelser og årsmelding

Det følger av denne regel at alle nemndas uttalelser er offentlige og skal publiseres. Dette fungerer meget bra pr i dag. Vi ber om at tilsvarende regel innføres for sekretariatets avgjørelser i avvisningssaker. Oslo kommune er av den oppfatning at publisering av disse avvisningsbegrunnelsene, spesielt hvor grunnlaget for avvisningen er at saken åpenbart ikke kan føre frem, vil ha en preventiv virkning. Dersom leverandørene kan lese seg til hvilke grunnlag som med stor sannsynlighet vil medføre avvisning vil muligens sekretariatets arbeidsbyrde bli redusert ved at leverandørene unnlater å klage. Dette mener vi kan bidra til å redusere saksbehandlingstiden i KOFA.

Kommentarer til forskrift om offentlige anskaffelser

Pkt 2. Ny struktur

Inndelingen i del I for alle anskaffelser, del II for anskaffelser under terskelverdi og del III for anskaffelser over terskelverdi og uprioriterte tjenester gir en bedre struktur på regelverket. Det er også klargjørende at det uttrykkelig fremkommer av innholdsfortegnelsen at del II at også omfatter uprioriterte tjenester.

Pkt 3. Heving av nasjonal terskelverdi

Oslo kommune er enig i at nasjonal terskelverdi heves til kr 500.000,-. Det vil bedre ivareta lov om offentlige anskaffelsers formål om effektiv ressursbruk.

Pkt 4. Regler under nasjonal terskelverdi

Pkt 4.1 De grunnleggende kravene

Oslo kommune er enig i viktigheten av at de grunnleggende kravene fremheves i § 2-1 og at del I gjelder for alle anskaffelser.

Pkt 4.2 Utvidet protokollplikt

Det er foreslått en utvidet protokollplikt for anskaffelser ned til kr 50.000,-. Oslo kommune er generelt sett uenig at det detaljreguleres plikter under den nasjonale terskelverdi. Vi ser imidlertid at det er hensyn som taler for å ha en viss kontroll av de anskaffelser som nå ikke lenger er pliktige å kunngjøre. Vi mener forslaget vil kunne kompensere for eventuelle motforestillinger mot å heve den nasjonale terskelverdien.

Det er positivt at departementet har laget en mal som kan anvendes som protokoll. Oslo kommune oppfatter denne malen som et minimum for hva protokollen skal inneholde, og at det står oss fritt til å benytte egne maler, som minimum inneholder denne informasjon. Dette er viktig, da det kan være andre forhold Oslo kommune også ønsker skal fremkomme av protokollen.

Pkt 4.3 Spørsmålet om kunngjøringsplikt under nasjonal terskelverdi

En heving av nasjonal terskelverdi må ikke resultere i andre forpliktelser for oppdragsgiver som motvirker den effektiviseringsgevinst som ligger i at terskelverdien heves. En mer eller mindre omfattende kunngjøringsplikt under den nasjonale terskelverdi, vil påføre oppdragsgivere en forpliktelse som i stor grad motvirker lovens formål om effektiv ressursbruk. Dette vil kunne medføre at oppdragsgivere mottar uforholdsmessig mange tilbud som må evalueres og som ikke står i forhold til anskaffelsens størrelse. Noe av formålet ved å ikke kunngjøre er nettopp å begrense den ressursbruk i tid og kostnader som kunngjorte konkurranser medfører.

Oslo kommune mener at lovens grunnleggende krav om at det så langt det er mulig skal være konkurranse, er tilstrekkelig for å ivareta lovens formål og våre internasjonale forpliktelser. Det medfører at oppdragsgiver skal sørge for at et tilstrekkelig antall leverandører blir kontaktet slik at det blir en reell konkurranse. Oppdragsgiver velger her den mest hensiktsmessige tilnærming og kan gjøre det enten ved direkte kontakt, annonse eller kunngjøring.

Oslo kommune støtter forslaget om å ikke innføre kunngjøringsplikt under den nasjonale terskelverdi.

Pkt 5. Deltagelse i konkurranser hvor det settes grense for antall deltagere

Pkt 5.2 Reduksjon av antall deltagere som oppfyller kvalifikasjonskravene

Oslo kommune finner det hensiktsmessig at departementet klargjør og regulerer hvordan kvalifiserte leverandører skal plukkes ut der det er "overtallighet" av kvalifiserte leverandører. Det er positivt at det reguleres at det ikke nødvendigvis er de leverandører som objektivt sett har de beste kvalifikasjoner som skal velges ut, slik det er blitt hevdet.

Forskriftsteksten slik den foreligger i dag sier uttrykkelig at kravene som stilles skal stå i forhold til den ytelse som kreves, og det vil etter Oslo kommunes mening være i strid med reglene dersom Oppdragsgiver ble forpliktet til å velge de objektivt best kvalifiserte leverandører. Det ville medføre at det ble en slags konkurranse om kvalifikasjoner og ikke en minimumsterskel. I tillegg ville det være konserverende for leverandørmarkedet, da nye virksomheter vanskelig ville kunne bli valgt ut i begrensede konkurranser og det ville være konkurransevidende til fortrenghet for små og mellomstore selskaper, da store selskaper ofte ville ha de objektivt beste kvalifikasjoner.

Oslo kommune støtter forslaget slik det er foreslått.

Pkt 5.3 Krav om å sikre reell konkurranse.

Oslo kommune har ingen kommentarer.

Pkt 6. Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring

Pkt 6.1 Bakgrunn

Oslo kommune er enig med departementet i at man skal være varsom med å detaljregulere prosedyren, da det er viktig å ha en viss fleksibilitet av hensyn til mangfoldet av de typer tjenester det forhandles om.

Pkt 6.2 Konkurransereformen

Oslo kommune er positiv til å innføre prosedyren konkurransepreget dialog.

Pkt 6.3 Tilbudsrett og forhandlingsplikt

Forskriftsforslaget går her lenger enn direktivteksten, noe Oslo kommune er imot. Etter direktivet er det kun likebehandlingskravet og de grunnleggende prinsipper som gjelder dersom oppdragsgiver ikke har valgt et alternativ om utskilling av tilbud i flere faser.

Oslo kommune mener derfor at direktivteksten bør beholdes uten plikt til å forhandle med alle som hovedregel, men en valgfri alternativ fremgangsmåte som den som er foreslått i §§ 10-8 (1) og (2) og 18-11 (1) og (2).

For mange anskaffelser kan det være hensiktsmessig å regulere i konkurransegrunnlaget at forhandlingene skal gjennomføres i flere faser. Dersom det er tilstrekkelig å angi at prosedyren skal foretas i faser, vil man i de aller fleste tilfeller kunne bruke prosedyren. Dersom man av hensyn til forutberegnelighetsprinsippet også på forhånd må si hvordan dette skal gjøres, vil det for noen anskaffelser ikke være praktisk mulig eller hensiktsmessig. Det blir da svært uheldig om konsekvensen av dette blir at oppdragsgiver må velge den andre alternative måten og således må gi alle leverandørene en mulighet til å forbedre tilbudet sitt. Dersom det innføres en plikt i slike tilfeller å ha en forhandlingsrunde med samtlige leverandører der oppdragsgiver ikke positivt har valgt et flerfaset system, vil det være unødvendig ressurskrevende og ikke i tråd med effektiv ressursbruk. Oppdragsgiver må gi konstruktiv tilbakemelding til alle leverandørene på hvor deres tilbud er svakt slik at de har mulighet til å forbedre det. I tillegg vil leverandører som i realiteten ikke har en reell mulighet til å nå opp i konkurransen bruke unødig tid på å forbedre tilbudet sitt. Det bør kun være de leverandører som har en reell mulighet til å få kontrakten som bør gis en anledning til å forbedre tilbudet.

Departementet begrunner forslaget om plikt til å forhandle med alle, at oppdragsgiver i utgangspunktet har en mulighet å begrense antallet leverandører som skal inviteres og således har innflytelse fra første stund på hvor mange leverandører som skal delta i forhandlinger. Dette er en sannhet med modifikasjoner, da oppdragsgiver av konkurransemessige hensyn må ta høyde for at det kan være kvalifiserte leverandører som likevel av forskjellige grunner ikke leverer inn tilbud og derfor invitere et noe høyere antall leverandører.

Oslo kommune er i mot forslaget og mener direktivteksten bør beholdes.

6.4 Kravet til prekvalifisering

Det fremkommer at det fremdeles skal være mulig å anvende en "ett-trinnsmodell" for anskaffelser som skal følge forskriftens del II. Dette bør komme klarere frem av forskriften og ikke kun følge forutsetningsvis av kunngjøringsreglene i del III. Oslo kommune foreslår at definisjonen for konkurranse med forhandling deles slik den er gjort ved anbudskonkurranser (litra a og b), alternativt at det fremkommer av forskriftsforslagets § 5-1.

Pkt 7. Avvisningsreglene

Pkt 7.1 Bakgrunn

Etter Oslo kommunes syn er det et betydelig behov for revisjon og forenkling av forskriftens regler om avvisning. Dagens regler reiser stadig problemer for oppdragsgiverne. Dette skyldes i stor grad at rekkevidden av reglene er uklare og at disse i vid utstrekning er regler om plikt til å avvise, uten at oppdragsgiver er gitt en videre rett til å avvise. Dette innebærer at oppdragsgivere stadig befinner seg i en situasjon hvor avvisning av en leverandør kan føre til krav fra denne, og unnlatt avvisning kan føre til krav fra de øvrige deltakerne i konkurransen. Oppdragsgiver risikerer altså å gjøre feil uansett hvilken løsning han velger, og det brukes derfor mye ressurser på å forsøke å finne ut hvordan man skal løse disse situasjonene.

Etter kommunens syn bør reglene forenkles og gjøres klarere. Samtidig bør reglene utformes slik at en plikt til å avvise, alltid følges av en mer vidtgående rett til å avvise. Etter kommunens syn bør plikt-reglene være relativt snevre, mens retten til avvising bør være relativt vid. Dette kan i stor grad gjøres uten at en kommer i konflikt med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. En slik utforming av reglene vil også være i samsvar med det grunnleggende prinsippet at leverandøren selv har risikoen for tilbudet sitt.

Kommunen vil videre peke på at det vanskelig lar seg gjøre å regulere uttømmende når det foreligger avviseringsrett/plikt, da slik rett/plikt vil kunne følge av de grunnleggende prinsippene i lovens § 5. Departementet bør da heller ikke gjøre noe forsøk på en slik uttømmende regulering, men kun forskriftsfeste de viktigste reglene. Det bør imidlertid gjøres oppmerksom på at reglene ikke er uttømmende – enten i forskriften eller iallfall i forarbeidene.

Pkt 7.2 Avvik fra konkurransegrunnlaget

Forskjellen mellom begrepene avvik og forbehold er uklare. Er avvik en ”sekkebetegnelse for alternative tilbud og forbehold? Eller er avvik i realiteten et forbehold som ikke er et vesentlig forbehold og som er priset? Og hva skal til for at et tilbud er ufullstendig? Departementet bør klargjøre hva som menes med begrepene enten i en definisjon eller i alle fall i forarbeidene.

Pkt 7.3 Avvisning der alternative tilbud ikke er angitt tillatt

Oslo kommune har ingen kommentarer.

Pkt 7.4 Legaldefinisjonen av alternative tilbud

Det er positivt at det ryddes opp i begrepsbruken.

Pkt 7.5 Særlig om ufullstendige tilbud

Begrepene bør presiseres.

Pkt 7.6 Avvisning der tilbudet ikke oppgir prisen som forutsatt

Oslo kommune er enig i departementets forslag om å stryke bestemmelsen.

Pkt 7.7 Avvisning der leverandøren er brukt som rådgiver

Departementet mener det er nødvendig med hjemmel for å kunne avvise i dette tilfellet. Det er Oslo kommune uenig i – det må følge av likebehandlingsprinsippet

Pkt 7.9 Avvisning på grunn av økonomisk kriminalitet

Oslo kommune er enig i departementets forslag, da det på dette området har hersket adskillig tvil.

Pkt 8. presisering av reglene om begrunnelsesplikt

Oslo kommune finner det uheldig at henvisningen til ”Karenstid før inngåelse av kontrakt” som i dag er regulert i forskriftens § 3-8, er tatt ut av den generelle bestemmelse om begrunnelsesplikt i forslaget §§ 10-14 og 18-16.

Forskriften er inkonsistent med hensyn til bruk av begrepene ”leverandør” og ”deltaker”. Dette er uheldig, og det bør ryddes opp.

Det vil kun være de deltagere som har innlevert tilbud og som ikke er blitt avvist som leverandør, som er invitert til å inngi tilbud eller der tilbudet ikke er avvist, som bør ha en begrunnelse om valg av leverandør med karenstid og klagerett. De deltagere som er avvist som leverandør, ikke er blitt invitert eller har fått sitt tilbud avvist, har allerede fått en begrunnelse.

Når oppdragsgiver har evaluert tilbudene og innstiller på valg av et eller flere tilbud, vil det være flere deltagere som allerede har fått en begrunnelse og som ikke bør få en ny begrunnelse med karenstid og klagerett.

Dette vil gjelde følgende grupper av deltagere:

- deltagere som er avvist som leverandør.
- deltagere som ikke er invitert til å inngi tilbud
- deltagere som har fått avvist sitt tilbud

Etter Oslo kommunes syn er det liten grunn til at disse skal underrettes på nytt. Dette bør komme klarere frem av forskriften.

Pkt 9. Forenkling av reglene om konkurransegrunnlaget

Oslo kommune er enig i at det presiseres at det kan være tilstrekkelig kun med kunngjøringen.

Pkt 10. Unntaket for finansielle tjenester

Ingen kommentarer.

Pkt 11. Anbudsåpning i konkurranse om bygge- og anleggskontrakter

Oslo kommune støtter forslaget om at det ikke reguleres obligatorisk anbudsåpningen.

Det fremgår av departementets høringsbrev at visse opplysninger skal være tilgjengelig for tilbyderne på *oppfordring* kort tid etter anbudsåpning. Dette er ikke kommet klart til uttrykk i forskriftsforslaget og bør presiseres. Oslo kommune har ingen kommentarer til forslaget dersom leverandørene ønsker en slik praksis.

Pkt 12. Plan- og designkonkurranse

Oslo kommune er uenig i forslaget om at protokoll skal sendes ut til deltagerne i konkurransen før kontrakt er tildelt. Oppdragsgiver må her ha valgfrihet med hensyn til når protokollen sendes ut. Ved forhandlinger om kontrakt er oppdragsgiver en forretningsmessig part og det harmonerer dårlig med lovens formålsparagraf "forretningsmessighet" at oppdragsgiver skal gi fra seg verdifull informasjon om vurdering og rangering av leverandørene før man forhandler.

Pkt 13. Skatteattest

Oslo kommune er enig i at dagens system videreføres. Vi støtter videre at det blir innført en elektronisk registerløsning for de ulike offentlige attester som skatteattest, HMS-egenerklæringer og lignende. Dette vil medføre en betydelig forenkling for så vel oppdragsgivere som tilbydere.

Pkt 14. Fjerning av enkeltbestemmelser

Ingen kommentarer.

Pkt 15. Rammeavtaler

Oslo kommune finner det hensiktsmessig at direktivets regler om rammeavtaler implementeres i det norske regelverket over EØS-terskelverdiene.

Departementet ber spesielt om innspill knyttet til gjennomføring av rammeavtaler og gjenåpning av konkurranse som bør klargjøres i forskriftsteksten, eventuelt i veiledningsmateriell. Oslo kommune finner det uheldig dersom reglene om rammeavtaler reguleres annerledes enn

direktivteksten. Det bør derfor ikke søkes å presisere tekstene, da det kan medføre forskjellig tolkning og praktisering av rammeavtaler innen EØS-området på sikt.

Spesielt om parallelle rammeavtaler

Oslo kommune er uenig i den tolkning som er lagt til grunn i en rekke KOFA-uttalelser vedrørende avrops-situasjoner og det grunnleggende krav til forutberegnelighet. Oslo kommune mener KOFA tolker kravet til forutberegnelighet innskrenkende. Det er en innskrenkende tolkning å kreve at det på forhånd skal være fastsatt en fordelingsnøkkel eller mekanisme for fordeling enten den er kvalitativ, kvantitativ eller tidsmessig.

Oslo kommune mener at det grunnleggende kravet til forutberegnelighet tilstrekkelig ivaretas ved at det fremgår av konkurransegrunnlaget hvordan rammekontrakter vil bli avropt og at det kan gjøres ved å velge det tilbudet som på avropstidspunktet er det økonomisk mest fordelaktige. At det er avropstidspunktet som er avgjørende for hvor en enkeltbestilling skal plasseres, harmonerer også best med departementets forslag om at avropet er "tildeling av kontrakt".

En etterfølgende minikonkurranse kan være anvendelig for enkelte kontrakter der tilbudene inneholder likeverdige produkter og det tidstap man får ved den fornyete konkurransen, ikke forhindrer at man får oppfylt sitt verifiserte behov. Det er imidlertid en fordyrende prosedyre både mht ressurser og tidstap. For en rekke kontrakter vil det ikke være mulig å gjenåpne konkurransen, som for eksempel parallelle rammeavtaler om vikartjenester. Behovet for vikartjenester oppstår oftest relativt brått og det må være mulig å skaffe en vikar på dagen. Her er det heller ingen leverandør som er stor nok til å kunne tilby tjenester til hele Oslo kommune og vi ønsker heller ikke å rette til legge for at en leverandør skal kjøpe opp andre mindre leverandører. Sistnevnte er også tilfelle for mange av de øvrige produkter/tjenester det inngås rammeavtaler om.

Dersom konkurransen ikke skal gjenåpnes, men fordelingen av kontrakter skal skje på bakgrunn av en på forhånd angitt mekanisme eller fordelingsnøkkel som er kvantitativ, vil det forandre at det etableres et system som holder rede på hvor mye "det er igjen" på hver enkelt kontrakt. Det vil ikke være i overensstemmelse med lov om offentlige anskaffelser formål om effektiv ressursbruk å etablere en kostnadsdrivende og ressurskrevende administrasjonsordning som skal holde rede på hvilken rammeavtale det skal avropes på til enhver tid. Det vil heller ikke være akseptabelt å ha en rangordning mellom leverandørene, da den leverandøren som blir rangert som nr 1 temmelig fort vil "spise opp" de øvrige leverandører og man vil kunne risikere å stå overfor en monopolsituasjon neste gang det skal inngås rammekontrakter. En tidsmessig fordeling vil av konkurransemessige hensyn ikke være akseptabel. Ved å innrømme en leverandør kontrakter kun for en begrenset periode, kan det medføre at leverandøren står uten kontrakter og må gå til oppsigelser og redusert konkurranse igjen i ved neste konkurranse.

Oslo kommune viser også til grundigere anskaffelsesfaglig redegjørelse i vårt innspill til høringsuttalelse gitt i brev 23.12.2004.

Departementet har foreslått like regler både over og under terskelverdien noe Oslo kommune finner uheldig. Oslo kommune mener det under terskelverdi og for uprioriterte tjenester er tilstrekkelig at det reguleres at rammeavtaler og parallelle rammeavtaler kan inngås. Lovens og forskriftens grunnleggende krav vil tilstrekkelig ivareta og sette grenser for hvordan rammeavtaler skal inngås og avropes.

Pkt 16. Elektroniske Anskaffelser og elektroniske auksjoner

Oslo kommune er positiv til innføring av nye prosedyrer som tar høyde for ny teknologi.

Bestemmelsene er en direkte oversettelse av direktivteksten, noe Oslo kommune finner hensiktsmessig.

Departementet ber spesielt om kommentarer til uklarheter som bør justeres i teksten eventuelt utdypes i veiledningsmaterieil. Oslo kommune mener det ikke bør søkes å presisere teksten i forskriften nå, men heller avvente Kommisjonens tolkningsdokument.

Pkt 17. Konkurranspreget dialog

Oslo kommune er enig i at bestemmelsen innføres som en oversettelse av direktivteksten. Det bør ikke søkes å presisere teksten, da det kan medføre at det blir ulik fortolking og praksis i EØS-landene.

Pkt 18. Prioritering/Vekting av tildelingskriterier

Oslo kommune er enig i at det ikke innføres like strenge regler mht tilvekting av tildelingskriterier i den nye forskriftens del II

Pkt 19 Unntak for kjøp av varer fra varebørs

Departementet foreslår å innføre unntak for direkte kjøp av varer som kjøpes på børs, for eksempel kjøp av elektrisitet også for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, noe Oslo kommune stiller seg positivt til.

Pkt 20. Spesielle spørsmål knyttet til samfunnsmessige hensyn

Pkt 20.1 Universell utforming

Oslo kommune har allerede innført en plikt til at det under planleggingen av en anskaffelse skal tas hensyn til hvilke krav som skal være oppfylt for at anskaffelsen ikke skal ekskludere mennesker med funksjonshemming. Oslo kommune stiller seg positivt til forslaget.

Pkt 20.2 Særlige kontraktsbestemmelser som angir sosiale vilkår

Dette er vilkår som er ivaretatt i Oslo kommunes interne anskaffelsesprosedyrer og i vårt byøkologiske program. Vi stiller oss positivt til et økt fokus på dette området.

Pkt 20.3 Unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner

Vi viser til vår uttalelse i pkt. 5 i brev 23.12.04. Oslo kommune er ikke enig i at det midlertidige unntaket videreføres. Vi stiller oss dessuten tvilende til lovligheten av forslaget. Helse og sosialtjenester er en uprioritert tjeneste og de skal inngås etter forskriftsforslagets del II. Der det kun er en leverandør i markedet, så er det allerede hjemmel til å foreta anskaffelsen direkte. Der det er flere leverandører, mener Oslo kommune det vil være i strid med lovens formål og grunnleggende krav ikke å gjennomføre en konkurranse. Vi viser dessuten til brev 14.06.05 til MOD der Oslo kommune etterlyser definisjon av "ideelle organisasjoner".

Pkt 20.4 Muligheten til å begrense konkurransen til utførelsesvirksomheter

Forskriftsforslagets § 3-9 om Reserverte kontrakter har en litt annen ordlyd enn direktivforslaget. Oslo kommune mener dette er uheldig og foreslår at ordet "berørte" inntas i bestemmelsen slik at regelen blir sammenfallende med direktivsteksten.

Øvrige kommentarer til forskrift om offentlige anskaffelser

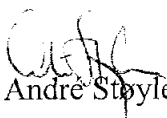
§ 4-1 Definisjoner - Anskaffelse

Begrepet "anskaffelse" er ikke definert, noe som kan skape tvil ved sammensatte kontrakter. Det gjelder for eksempel der frivillige organisasjoner som idrettslag ønsker å påta seg driftsoppgaver i

idrettanlegg. Disse avtalene skiller seg fra ordinære forretningsmessige avtaler ved at ytelsene ikke står i forhold til hverandre. Deres innsats vil ofte være dugnadsbasert og den kostnaden det offentlige betaler vil være under det markedet for øvrig vil være villig til å påta seg arbeidet for. Det er ikke kosteffektivt i slike tilfeller å ha en full konkurranse og idrettsanlegg vil typisk ikke ha kompetanse på å inngi tilbud.

Det er ønskelig at departementet definerer begrepet anskaffelse.

Byrådsavdeling for finans og utvikling


André Støylen