



DET KONGELIGE  
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

Moderniseringsdepartementet  
Postboks 8004 Dep  
0030 OSLO

MODERNISERINGSDEPARTEMENTET
ARKIVKODE 45
18 JULI 2005
SAKSB. KPA
SAKSNR. 200501325-220

Deres ref.  
200404123

Vår ref.  
200502779 EO FBF/IH/bj

Dato  
15.07.2005

## Høring – endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Det vises til høringsbrev 6. april 2005, med høringsfrist 6. juli 2005. Justisdepartementet beklager fristoversittelsen.

### 1. Nasjonal terskelverdi

Vi ser det som positivt at den nasjonale terskelverdien for direkte anskaffelser foreslås hevet til 500 000 kr eks. mva. Vi viser i denne sammenheng til at nødnettprosjektet har rammeavtaler med bl.a. tekniske, juridiske og finansielle rådgivere. For å sikre kvalitet i viktige beslutninger og/eller utredninger, har det også vært nødvendig å hente kompetanse fra andre eksterne selskaper/miljøer. Denne ekspertkompetansen er som oftest hentet inn i sammenheng med uforutsette hendelser som har behov for raske avklaringer. Det har dermed ikke vært anledning til å lyse ut oppdraget. Samtidig har personer som representerer slik ekspertkompetanse høye timesatser, og terskelen på kr 200 000 vil i mange tilfeller være for lav i forhold til ønsket oppdrag.

Et alternativ til nasjonale terskelverdier kan være kunngjøringsplikt og eventuelt en mer omfattende protokollplikt for anskaffelser over 50 000 kr.

### 2. Elektroniske anskaffelser

Vi støtter forslaget om å likestille elektronisk kommunikasjon med tradisjonell kommunikasjon.

Forskriften §§ 7-1(7) og 15-1(7), om at oppdragsgiver skal kunne kreve *skriftlig* bekreftelse ved forespørsler som fremsettes ved telefaks, synes imidlertid uheldig.

Telefaks som kommunikasjonsform vil regelmessig oppfylle definisjonen av "skriftlig", og kravet gir derfor ingen selvstendig mening. Det bør heller ikke legges opp til, slik det tilsynelatende kan være ment, at bekreftelsen kun skal kunne skje ved bruk av tradisjonell papirbasert kommunikasjon. Vi legger til grunn at en elektronisk bekreftelse, signert med elektronisk signatur, vil være fullt ut tilfredsstillende ut i fra formålet.

Justisdepartementet er for øvrig i tvil om det reelt sett er nødvendig å bekrefte en forespørsel av denne art. Videre bemerker vi at forespørsel som fremsettes ved bruk av e-post ikke er nevnt. Også e-post vil være "skriftlig" i henhold til definisjonen. Det er etter vår oppfatning neppe noen grunn til å regulere tradisjonell (usignert) e-post forskjellig fra kommunikasjon ved bruk av telefaks. Begge kommunikasjonsformer benytter som kjent elektronisk kommunikasjon – dog slik at telefaks som oftest sendes direkte til en utskriftsenhet. Et eventuelt behov for å få forespørselen bekreftet, synes dermed å være identisk ved bruk av telefaks og ved usignert e-post.

Under forutsetning av at bruk av telefaks de facto er en elektronisk kommunikasjonsform, kan bestemmelsens første og annet punktum f.eks.lyde:

"(7) Forespørsel om å delta i konkurransen kan også fremsettes *elektronisk, herunder ved bruk av telefaks*. Dersom det er nødvendig av bevis hensyn, kan oppdragsgiver kreve at en slik forespørsel bekreftes *i original og signert forsendelse*".

En e-post, signert med elektronisk signatur, vil med vårt forslag bli å anse som en original og signert forsendelse.

I bestemmelsens siste punktum heter det at: "Krav om slik bekreftelse, samt fristen for innlevering må fremgå[r] av kunngjøringen". Bestemmelsen fordrer m.a.o. at oppdragsgiver allerede på kunngjøringstidspunktet må ta stilling til om bevis hensynet gjør det nødvendig å få usignerte elektroniske forespørsler bekreftet. Dette mener vi er uheldig. Dersom bevis hensynet gjør det nødvendig å få forespørselen bekreftet, bør oppdragsgiver på ethvert tidspunkt kunne kreve den nødvendige bekreftelse - uavhengig av hva som er kunngjort. Det vil også kunne variere med omstendighetene om oppdragsgiver har grunn til å tro at det hersker tvil om forespørselens ekthet. Kommunikasjon mellom kjente parter, forutgående eller påfølgende kommunikasjon mellom oppdragsgiver og leverandør (f.eks. per telefon), kan samlet gi grunnlag for å vurdere behovet for bekreftelse av hensyn til bevisets stilling.

Foruten ovennevnte, er det flere steder i regelverket stilt krav om skriftlighet – uten at det samtidig er stilt uttrykkelig krav om signatur, se f.eks. §§ 10-5(2), 18-5(2), 18-6, 18-14(1) og 18-16(2). Det fremstår som noe uklart om usignert elektronisk kommunikasjon vil kunne benyttes i disse tilfellene. Samtidig fremstår det som åpenbart at ikke all skriftlig kommunikasjon mellom oppdragsgivere og leverandører bør underlegges et ubetinget krav om signerte papirbaserte eller elektroniske

dokumenter, jf f.eks. § 18-16(4) om leverandørens skriftlige anmodning om nærmere begrunnelse.

Prinsipielt mener vi at krav til sikkerhetsmekanismer som signatur, kryptering, tidsstempling mv., bør være forholdsmessig og avstemt mot sannsynlighet for og konsekvens av sikkerhetsbrudd. Allerede i dag benyttes elektronisk kommunikasjon hyppig i anskaffelsesprosesser - uten at dette etter vår kjennskap har skapt uakseptable sikkerhetsmessige utfordringer.

### 3. Rammeavtaler

Det vises til utgangspunktet om at staten ikke kan inngå kontrakter på vegne av f.eks. kommunene og helseforetakene uten at det foreligger et rettslig grunnlag for dette. Utstyr til kommunikasjonssentralene til politiet, brann- og helsevesenet inngår i nødnettprosjektets anskaffelse. Etter den første leveransen som betales av staten, har etatene, f.eks. kommunene og helseforetakene, behov for å gjøre individuelle tilleggsbestillinger og tilpasninger i inngått rammeavtale.

EFTAs overvåkningsorgan har i Forvaltningsnett-saken lagt til grunn at staten måtte innhente fullmakter fra de enkelte kommunene for at kommunene skulle kunne foreta anskaffelser i henhold til en rammeavtale inngått av staten.

Det nye direktivet for offentlige anskaffelser (direktiv 2004/18/EF) åpner for at medlemsstatene kan fastsette bestemmelser som gir offentlige oppdragsgivere mulighet for å foreta anskaffelser gjennom såkalte innkjøpssentraler. Bestemmelsen åpner for bruk av rammeavtaler som inngås i henhold til regelverket, og som kan benyttes av andre oppdragsgivere uten at det nødvendigvis foreligger en uttrykkelig fullmakt eller avtale mellom innkjøpssentralen og den enkelte oppdragsgiver.

Ut fra erfaringene i nødnettprosjektet kan dette være ønskelig å benytte i visse situasjoner, f.eks. der et stort antall fullmakter alternativt ellers må hentes inn individuelt.

I forslag til nye forskrifter for offentlige anskaffelser som nå er ute på høring, er det ikke inntatt noen bestemmelse om innkjøpssentral, og direktivets bestemmelse er heller ikke nærmere omtalt i høringsnotatet. Etter Justisdepartementets syn burde dette omtales, og en slik adgang vært innført.

### 4. Regelforenkling

Regelverket for offentlige anskaffelser er til dels både komplisert og omfattende, og vi er derfor positive til tiltak som skal gjøre reglene lettere tilgjengelig for brukerne.

I de foreslåtte endringene i reglene om forhandlinger med konkurranse kan vi ikke se at reglene i gjeldende forskrift § 9-3 første ledd og § 16-3 første ledd om utsendelse av konkurransegrunnlag og invitasjon til å levere inn tilbud, er videreført. Dette er ikke

kommentert i høringsbrevet. Disse bestemmelsene i nåværende forskrift har dessuten gitt opphav til misforståelse, og i § 16-3 første ledd er det tilsynelatende en skrivefeil (jf. Dragsten/Lindalen, Offentlige anskaffelser – Kommentaarutgave s. 1667 flg.). Vi mener – særlig på bakgrunn av vanskelighetene knyttet til tolkningen av gjeldende regelverk – at de konkrete utslagene av likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesprosedyrer med prekvalifisering, bør komme klart til uttrykk i forskriftsteksten.

## 5. Overtredelsesgebyr

Det foreslås at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr skal legges til KOFA. Moderniseringsdepartementet går på dette punkt mot forslaget i rapporten til Arbeidsgruppen mot Ulovlig Direkte Anskaffelser (AUDA) som mener at kompetansen bør legges til Konkurransetilsynet. Vi kan ikke se at det er tilstrekkelig utredet hvilken betydning rollen som håndhevelsesorgan vil få for KOFA.

Etter vår oppfatning er det ikke ideelt å legge kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyrer til et tvisteløsningsorgan som avgir rådgivende uttalelser. Det vil kunne virke forstyrrende på KOFAs primærfunksjon, og vi anser at det vil kunne stride med likebehandlingsprinsippet at håndhevelsesorganet ikke kan behandle saker av eget tiltak.

Vi anbefaler derfor at kompetansen i stedet legges til Konkurransetilsynet, og støtter AUDAs forslag om at Konkurransetilsynet gis en tilsynsfunksjon i forhold til ulovlige direkte anskaffelser. Det vil neppe by på uforholdsmessige store utfordringer for Konkurransetilsynet å skaffe seg den nødvendige kompetanse i anskaffelsesregelverket for dette formål.

I høringsbrevet på side 17 vurderes forholdet mellom Grunnloven § 96 og det foreslåtte overtredelsesgebyret, og det vises i denne sammenheng til Sanksjonsutvalgets drøftelse (NOU 2003: 15). Sanksjonsutvalget på side 58 legger til grunn at rettssikkerhetsgarantier rundt de administrative sanksjonene er av betydning i forhold til vurderingen av straff, jf. Grunnloven § 96:

”Utvalget legger til grunn at også mer inngripende rettighetstap, større overtredelsesgebyrer og tap av offentlig ytelse for et større beløp eller et lengre tidsrom vil være forenlig med Grunnloven dersom ordningene er saklig begrunnet, bygget opp med gode rettssikkerhetsgarantier – herunder klageadgang og domstolsprøvelse – og lovgiver har gitt uttrykk for at sanksjonene ikke skal anses som straff i Grunnlovens forstand”

Et overtredelsesgebyr på inntil 15 % av anskaffelsens verdi vil være et ”større overtredelsesgebyr”, og vi kan ikke se spørsmålet om å avskjære forvaltningsklage er vurdert opp mot Grunnloven § 96.

Justisdepartementet har ikke tatt endelig stilling til hvordan klagebehandlingen i saker om overtredelsesgebyrer bør forløpe, men anser at begrunnelsen for å avskjære adgangen til forvaltningsklage er svært kortfattet og generell. En klageadgang til et overordnet organ eller uavhengig klagenemnd avskjærer ikke muligheten for at parten

kan bringe saken rett inn for domstolene. Vi kan heller ikke se at det er trukket frem særlige hensyn som tilsier at området bør være unntatt for politisk styring.

Spørsmålet om omgjøring og instruksjonsmyndighet er ikke særskilt berørt i forhold til KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Det følger av forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 5 at Kongen ikke kan instruere nemnda. Vi antar at bestemmelsen også vil få anvendelse på KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Det bør også fremgå hvorvidt Kongen av eget tiltak kan omgjøre vedtak om overtredelsesgebyr.

## 6. Universell utforming

Justisdepartementet ser positivt på forslaget om å ta inn kravet til universell utforming i regelverket for offentlige anskaffelser. Vi viser til Syse-utvalgets utredning (NOU 2005: 8) punkt 10.12.3 og 10.12.4, og definisjonen av begrepet universell utforming i utkastet til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 annet ledd. Det er ønskelig at definisjonen i forslaget til forskrift § 4-1 bokstav l presiserer at kravet til universell utforming primært retter seg mot hovedløsninger knyttet til virksomhetens alminnelige funksjon.

Vi viser også til at pliktreglene i forslaget til ny diskriminerings- og tilgjengelighetslov §§ 9 og 11 går lengre enn det som er foreslått for regelverket for offentlige anskaffelser.

Med hilsen

  
Ørnulf Røhnebæk e.f.  
fung. ekspedisjonssjef

  
Ida Hauger  
førstekonsulent