



BERGEN KOMMUNE
BYRÅDSAVDELING FOR FINANS

Det Kongelige Nærings- og Handelsdepartement
Postboks 8014 Dep.
0030 Oslo

Deres ref.	Deres brev av:	Vår ref.	Emnekode	Dato
200303371-1		200300284-16 BYK	BFOS-1700	1. september 2003

Høringssvar - rapport fra AUDA – ”Arbeidsgruppen mot ulovlige direkte anskaffelser”.

Vi viser til departementets brev av 19.05.2003 med vedlegg, mottatt 18.08.2003, og til telefonisk henvendelse fra departementet med anmodning om en uttalelse fra Bergen kommune. I brevet er høringsfristen endret til 01.09.2003.

Videre viser vi til Konkurransetilsynets høringssvar av 11.08.2003 som er gjort tilgjengelig på deres internettsider. Som det fremgår av de etterfølgende punktene, støtter vi i all hovedsak Konkurransetilsynets kommentarer.

Generelle kommentarer

- Det er vel en allment akseptert oppfatning at det eksisterende regelverket om offentlige anskaffelser mangler virkemidler som faktisk er egnet til å forhindre at det finner sted ulovlige direkte anskaffelser. Vi er imidlertid noe forundret over det nærmest ensidige fokus på sanksjonsbaserte virkemidler og utvidede administrative rutiner som fremkommer i AUDA-rapporten.

Det er nødvendig å vite mer om ulovlige direkte anskaffelser (hvorfor, verdi o.s.v.) før virkemidler mot disse anskaffelsene kan fastsettes. Dette gjelder særlig for såpass alvorlige sanksjonsmidler som det fremmes forslag om i AUDA-rapporten.

- Vi slutter oss helt og fullt til Konkurransetilsynets synspunkter vedrørende prioritering av virkemidler mot ulovlige direkte anskaffelser. Informasjon og forenkling av regelverket må prioriteres fremfor sanksjonsmidler.

Departementet må ta utgangspunkt i en forutsetning om at de aller fleste oppdragsgivere har vilje til å følge anskaffelsesregelverkets bestemmelser, heller enn den forholdsvis negative innstillingen til offentlige oppdragsgivere som AUDA-rapporten synes å legge til grunn.

Dette vil gi grunnlag for en mer markert differensiering av tiltak mot direkte ulovlige anskaffelser, mellom på den ene siden de ”uskyldige” tilfellene som gjerne også er av

moderat verdi, og på den andre siden de kriminelle tilfellene som langt på vei kan rammes av allerede eksisterende straffebestemmelser i norsk lov.

- Vi mener –som Konkurransetilsynet og Regjeringsadvokatens medlem i AUDA- at det er gode grunner for å heve grenseverdien for direkte anskaffelser. Dette omtales også nærmere i et senere punkt.
- Vi deler også Konkurransetilsynets ønske om at en eventuell hjemmel for sanksjoner må etableres som en felles hjemmel for både klassisk sektor og forsyningssektorene.

Mange kommuner omfatter virksomheter som legger Forsyningsforskriften til grunn for sine anskaffelser, særlig VA-virksomhet. Leverandørene er i stor grad de samme til begge sektorer i kommunene. Både innad i den enkelte kommune-organisasjon og ikke minst for leverandørene vil det derfor være et feil signal øyensynlig å ”ta lettere på” ulovlige direkte anskaffelser i klassisk sektor enn i forsyningssektorene.

- Arbeidsgruppen legger til grunn at det fortsatt må være opp til arbeidsgiver å ilagge tjenestelige sanksjoner overfor ansatte som ikke overholder anskaffelsesregelverket, herunder ved ulovlige direkte anskaffelser. Vi støtter dette synspunktet.
- Hva angår de rent lovtekniske forhold rundt innføring av sanksjonsmidler, fullmakt til tilsynsorgan (Konkurransetilsynet) o.s.v., vil vi anbefale at det som må gis i lovs form, tas inn i Lov om offentlige anskaffelser. Denne loven har allerede regler vedrørende brudd på loven og forskrifter gitt i medhold av loven. Både for leverandørene og oppdragsgiverne vil det være en stor fordel å samle alle lovregler om offentlige anskaffelser i en lov.

De reglene som gis i forskrifts form vil være av noe ulik karakter. Det som direkte vedrører oppdragsgivers håndtering av direkte anskaffelser, må tas inn i de eksisterende anskaffelsesforskrifter. Det som vedrører tilsynsorgan og sanksjonering mot ulovlige direkte anskaffelser, kan enten gis i egen forskrift eller inkluderes i andre relevante forskrifter. Særlig når det gjelder regler for tilsynsorganets virksomhet antar vi at valg av løsning vil kunne være avhengig av hvor tilsynet legges. Hvis tilsynet legges til Konkurransetilsynet, ser vi ikke bort fra at det kan være naturlig å legge de nødvendige reglene inn i allerede eksisterende forskriftsverk. Hvis tilsynet derimot skulle bli lagt til andre enn Konkurransetilsynet, vil det etter vårt syn være naturlig med en egen forskrift.

Uansett løsning vil det være en fordel om alle bestemmelser som gis i forskrifts form, har en hjemmel i Lov om offentlige anskaffelser, da dette vesentlig forenkler både oppdragsgivers og leverandørs mulighet for å få oversikt over anskaffelsesregelverket ved bruk av Lovdatas tjenester.

Kommentarer til de ulike sanksjonsmidler

- Vi er enig med Konkurransetilsynet i at sivilrettslig bot synes å være den mest hensiktsmessige sanksjonsmekanismen av de som AUDA har vurdert og deler for øvrig i hovedsak deres øvrige synspunkter på dette virkemiddelet.

Vi vil særlig peke på deres presisering av at det bør være et vilkår for å ilegge bot at det oppstår eller kunne ha oppstått en samfunnsøkonomisk ineffektiv markedstilpasning som følge av manglende konkurranse.

- Arbeidsgruppen ønsker å vurdere nærmere om det er hensiktsmessig at et organ kan erklære en kontrakt for ugyldig dersom det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Vi er enige med arbeidsgruppen i at det er behov for en nærmere utredning før det *eventuelt* innføres mulighet til ugyldiggjøring av tildelt kontrakt. Vi regner derfor med at det ikke innføres regler om ugyldighet i denne omgang og at departementet tar initiativ til en særskilt utredning om temaet dersom det likevel vurderer å innføre regler om ugyldiggjøring av kontrakter.

I likhet med Konkurransetilsynet vil også vi her påpeke viktigheten av å ta hensyn til leverandørenes behov for sikkerhet for inngåtte kontrakter. Det må ikke etableres bestemmelser som gjør det mindre attraktivt å inngå kontrakt med det offentlige enn med andre oppdragsgivere.

- Arbeidsgruppens flertall anbefaler at det innføres en straffebestemmelse mot ulovlige direkte anskaffelser. Konkurransetilsynet synes å gi sin høyst betingede støtte til dette, men da med tydelig presisering av at kriteriene må være enda strengere enn det som fremgår av AUDA-rapporten,

På dette punktet er vi enig i synspunktene til mindretallet i AUDA (representantene for KS, AAD og Regjeringsadvokaten), som mener at det er tilstrekkelig med sivilrettslig bot og oppdragsgivers mulighet for tjenestlig sanksjon.

Skulle departementet likevel velge å anbefale en straffebestemmelse, bør Konkurransetilsynets kommentarer være en viktig premiss for utformingen av bestemmelsen.

Andre virkemidler enn sanksjoner

- Konkurransetilsynet argumenterer i sitt høringssvar mot innføring av en regel om kunngjøring av direkte anskaffelser med anslått verdi over grenseverdien.¹ Deres argumenter er høyst reelle. Den foreslåtte regelen fremstår som det motsatte av forenkling av regelverket og bør ikke innføres.
- Vi er derimot ikke avvisende til en eller annen form for protokollkrav for direkte anskaffelser med verdi over for eksempel 50.000 kroner. Dette under forutsetning av at grenseverdien for direkte anskaffelser samtidig økes vesentlig, for eksempel til 500.000 kroner.

Vi vil tro at merarbeidet som et slikt krav vil innebære, vil være mindre enn det vesentlige merarbeid som gjeldende, lave grenseverdi for direkte anskaffelser i dag påfører oppdragsgiverne. Samtidig vil en slik ordning tydeliggjøre regelverkets krav om konkurranse så langt som mulig i alle anskaffelser, også under grenseverdien.

¹ D.v.s. direkte anskaffelse med hjemmel i FOA § 11-2 (1) b. – g.

En viktig forutsetning er at kravene til protokollens innhold settes på et moderat nivå, jfr. også arbeidsgruppens egne kommentarer. Protokollen bør gis i form av et standard skjema, fastsatt av NHD og det bør legges særlig vekt på at protokollen skal være et egnet grunnlag for revisjonens kontroll av anskaffelsesprosessen.

- Særlig innenfor teknisk sektor mener vi at kvalifikasjonsordninger etter mønster fra Forsyningsforskriften² vil være et svært tjenlig virkemiddel for "formalisering" av anskaffelser med verdi under terskelverdiene. Vi erfarer at dette er et virkemiddel som også leverandørene synes å ha en viss sans for, særlig når det gjelder de mindre anskaffelsene. Departementet bør klargjøre i hvilken grad dette virkemiddelet kan benyttes etter gjeldende regelverk og eventuelt ta initiativ til forskriftsendringer som kan åpne for bruk av dette virkemiddelet i størst mulig grad, innenfor de rammer som settes av de relevante EØS-direktivene.

Dersom grenseverdien økes til rundt 500.000 kroner vil det være tilstrekkelig å kunne benytte kvalifikasjonsordninger for anskaffelser under denne grenseverdien.

Etableringen av et tilsynsorgan for ulovlige direkte anskaffelser - Konkurransetilsynets rolle.

- De spesielle forhold rundt ulovlige direkte anskaffelser –som jo også er bakgrunnen for at departementet har grepet fatt i dette problemet- er helt klart av en karakter som gir grunnlag for å etablere en særskilt tilsynsordning, fortrinnsvis innenfor en eksisterende organisasjon med relevant kompetanse.

Vi gir vår støtte til valget av Konkurransetilsynet som tilsynsorgan. For øvrig støtter vi også her i all hovedsak Konkurransetilsynets synspunkter, herunder deres skespsis til h.h.v. kontroller som arbeidsform og opprettelse av en egen tipstelefon.

- Vi ønsker imidlertid å presisere betydningen av ikke å tilføre KOFA noen form for sanksjonsmyndighet.

KOFA ble etablert som et rådgivende/oppdragende organ hvor konfliktnivået skal holdes lavest mulig. En tildeling av sanksjonsmyndighet til KOFA vil derfor ikke være forenlig med hensikten med opprettelsen av KOFA.

- Derimot vil vi se positivt på en løsning hvor en del av de oppgaver som NHD har i dag overføres til Konkurransetilsynet, gjerne også sekretariatsfunksjonen for KOFA. Det kan i denne forbindelsen gjerne skjeles til den danske modellen. Dette vil etter vårt syn bidra til å rendyrke departementets rolle i forhold til regelverket og vil også være en oversiktlig løsning for både oppdragsgivere og leverandører.

Som vi påpekte i vårt høringssvar av 05.08.2002 i forbindelse med regelverk for nytt tvisteløsningsorgan for offentlige anskaffelser (vår ref. 200000104-64), er vi skeptisk til den løsningen som er blitt valgt for etablering av KOFA's administrasjon. Det bør

² Prekvalifisering av leverandører innen ulike typer leveranser. Melding om etablering av ordningen blir utlyst. Konkurransesgrunnlaget i den enkelte konkurransen sendes et antall (3-5) av de prekvalifiserte leverandørene. Dette sparer oppdragsgiver for arbeidet med utlysning og kvalifisering i hver enkelte konkurranse. Leverandørene sparer tilsvarende arbeidet med å fremskaffe og levere kvalifikasjonsdokumentasjon.

være et siktemål for departementet at den nåværende løsningen ikke beholdes lengre enn strengt tatt nødvendig. En oppbygging av kompetanse i Konkurransetilsynet i forhold til offentlige anskaffelser vil gi grunnlag for et faglig miljø atskilt fra departementet. Dette bør KOFA's administrasjon også kunne bli en del av.

Uansett fremtidig organisering/plassering av KOFA's sekretariat, vil det være behov for koorinering av tilsynsorganets og KOFA's virksomhet. Vi mener at det vil være mest hensiktsmessig å legge ansvaret for denne koordineringsfunksjonen til Konkurransetilsynet (tilsynsorganet).

- Etter vårt syn bør det også settes begrensninger på muligheten for å bringe en sak inn for både tilsynsmyndigheten (Konkurransetilsynet) og KOFA. Vi mener at Konkurransetilsynet da bør være rette vedkommende.

En klage til KOFA forutsetter at klager har "saklig interesse i å få vurdert lovmessigheten". Hvem som har saklig interesse av å få vurdert lovmessigheten av en påstått direkte anskaffelse, vil naturlig nok lett kunne fremstå som noe "konstruert". Konkurransetilsynet vil derimot kunne handle på eget initiativ, med utgangspunkt i det mulige regelverksbruddet, uten behov for å "konstruere" en sannsynlighet for at en potensiell leverandør faktisk ville ha deltatt i den konkurransen som skulle ha vært holdt.

For oppdragsgiver fremstår således en behandling av disse sakene i Konkurransetilsynets regi som ryddigere enn dagens ordning. Vi mener derfor at det vil være en fordel om KOFA's virksomhet begrenses til saker som fremmes av- eller på vegne av en eller flere reelle leverandører, mens Konkurransetilsynet tar seg av alt som dreier seg om (påstander om) ulovlige direkte anskaffelser.

Også av hensyn til oppdragsgivernes ressursbruk forbundet med disse sakene vil det være en fordel å etablere en viss begrensning i leverandørenes parallelle bruk av de ulike klage- og tilsynsordningene.

Sammendrag/konklusjon

Generelle kommentarer

- Før virkemidlene mot ulovlige direkte anskaffelser kan fastsettes, er det helt nødvendig å vite mer om disse anskaffelsene (hvorfor, verdi o.s.v.).
- I arbeidet mot ulovlige direkte anskaffelser bør informasjon og forenkling av regelverket prioriteres fremfor sanksjonsmidler.
- Grenseverdien for direkte anskaffelser må heves vesentlig, til opp mot 500.000 kroner.
- En eventuell hjemmel for sanksjoner må være felles for klassisk sektor og forsyningssektorene.
- Arbeidsgiver skal fortsatt ha retten til å benytte tjenestlig sanksjon ved brudd på anskaffelsesregelverket.
- Lov om offentlige anskaffelser (LOA) må også i fremtiden være kilden for alle lovregler som direkte vedrører offentlige anskaffelser. Regler om tilsynsorgan og sanksjonsmidler som gis i forskrifts form må linkes opp til LOA.

Kommentarer til de ulike sanksjonsmidler

- Av de sanksjonsmekanismer som AUDA har vurdert, synes sivilrettslig bot å være mest hensiktsmessig.
- Det er behov for en nærmere utredning før det *eventuelt* innføres mulighet til ugyldiggjøring av kontrakter.
- Vi ønsker ikke at det gis en straffebestemmelse mot ulovlige direkte anskaffelser. Det er tilstrekkelig med sivilrettslig bot og muligheten for tjenestlig sanksjon.

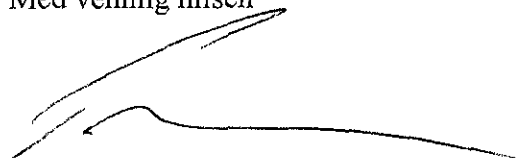
Andre virkemidler enn sanksjoner

- Det bør ikke innføres noen regel om kunngjøring av direkte anskaffelser med anslått verdi over grenseverdien.
- Vi er ikke avvisende til en eller annen form for protokollkrav for direkte anskaffelser over for eksempel 50.000 kroner. Vi forutsetter imidlertid at grenseverdien for direkte anskaffelser samtidig økes vesentlig, for eksempel til 500.000 kroner.
- Vi oppfordrer departementet til å klargjøre muligheten for å benytte kvalifikasjonsordninger etter mønster fra Forsyningsforskriften innenfor klassisk sektor. Eventuelt bør departementet ta initiativ til forskriftsendringer som åpner for bruk av dette virkemiddelet i størst mulig grad.


Etablering av et tilsynsorgan for ulovlige direkte anskaffelser – Konkurransetilsynets rolle

- Det er grunnlag for å etablere et eget tilsynsorgan for ulovlige direkte anskaffelser. Vi gir vår støtte til valget av Konkurransetilsynet som tilsynsorgan.
- KOFA må ikke tilføres noen form for sanksjonsmyndighet.
- Oppgaver som NHD har i dag kan med fordel overføres til Konkurransetilsynet, gjerne også sekretariatsfunksjonen til KOFA. Konkurransetilsynet (tilsynsorganet) bør få ansvaret for koordineringen av tilsynsorganets og KOFA's virksomhet.
- Det bør settes begrensninger på muligheten for å bringe en sak inn for både tilsynsmyndigheten og KOFA.

Med vennlig hilsen



Per Kristian Knutsen
finansdirektør



for Terje Monssen
innkjøpssjef