



Vår saksbehandler
Anne Cecilie Åsenden
Faglig ressurscenter

Vår dato
26.08.2003
Deres dato

Vår referanse
200005713-11
Deres referanse

Det Kongelige Nærings- og
handelsdepartement
PB 8014 Dep
0030 Oslo

Kopi til
Toppledelsen

RAPPORT FRA AUDA - ARBEIDSGRUPPEN MOT ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER – HØRINGSUTTALELSE

Vi viser til høringsbrev av 19. mai 2003, vedlagt ovennevnte rapport. Våre kommentarer følger nedenfor.

1. Innledning

Arbeidsgruppen har gjort et omfattende arbeid med å utrede mulige virkemidler for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser. Rapporten presenterer en rekke ulike ordninger for bedre regeletterlevelse. Det er mange ulike elementer i drøftelsene i rapporten. Fra skisser over generelle fremgangsmåter for bedre regeletterlevelse, prinsipielle vurderinger av bestemte sanksjoner som virkemiddel, til konkrete tiltak for å motvirke ulovlige direkte anskaffelser. Selv om rapporten inneholder konkrete forslag for regeletterlevelse, oppfatter vi likevel at hovedhensikten med rapporten er å gi bakgrunnsmateriale for et videre arbeid med å gi forslagene en endelig form. I denne høringsuttalelse vil vi derfor i første rekke konsentrere oss om å belyse forhold som vi mener ikke i tilstrekkelig grad har vært vurdert av arbeidsgruppen. Vi vil videre redegjøre for våre synspunkter på enkelte av de tiltakene arbeidsgruppen foreslår for å sikre bedre etterlevelse av regelverket. Avslutningsvis kommer vi med en samlet fremstilling av de tiltak vi anser som fornuftige og egnet til å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

2. Forhold som ikke er tilstrekkelig belyst i rapporten

2.1 Årsaker til regelbrudd

Det er nødvendig å undersøke årsakene til regelbrudd før man tar stilling til sanksjoner og ordninger for etterlevelse. Arbeidsgruppen skriver at de har liten kunnskap om bakgrunnen for at det skjer ulovlige direkte anskaffelser, og at de hadde ønsket noe mer informasjon om årsaker før arbeidet med å vurdere ulike tiltak og sanksjoner startet opp.

Vi tror en sentral årsak til brudd på utlysingspåbudet ligger i at kunnskapen om utlysingsplikten og gjennomføringsmåte for innkjøp etter prosedyrereglene i forskriften er for lav. Det er mye regelkunnskap som skal tilegnes for å klare å gjennomføre et innkjøp etter forskriften. Man må påregne tid for oppdragsgivere til å utarbeide de nødvendige rutiner og opparbeide den nødvendige kunnskapen. Reglene om utlysingsplikt for anskaffelser under terskelverdiene for EØS/WTO har eksistert siden 15.06.01. Over terskelverdiene har utlysingsplikten eksistert siden 1996. Hvis man undersøkte forekomsten av ulovlige direkte anskaffelser vil vi anta at man langt oftere fant brudd på utlysingsplikten etter det nye regelverket enn etter EØS-regelverket. Vi tror et slikt funn vil ha sammenheng med at reglene fremdeles er nokså ferske. Selv om konkurransereglene er relativt like



i de to regelsettene, kan man ikke nødvendigvis forvente kunnskapsoverføringer fra EØS-regelverket. Det nye regelverket gjelder til dels helt andre innkjøp enn de som tidligere var konkurranseutsettingspliktig, og vil ofte være aktuelle for andre grupper oppdragsgivere.

En annen sentral årsak til brudd på utlysningssplikten er knyttet til uklarhetene ved reglene som angir området for lovlige direkteanskaffelser. Det er i en del tilfeller meget usikkert om en anskaffelse er underlagt annonseringsplikt, og reglene for annonseringsplikt er til dels vanskelig tilgjengelig. Hjemlene for direkte kjøp under terskelverdi står i anskaffelsesforskriften § 11 -2 under bokstavene a- g. Ingen av disse bestemmelsene har presise grenser. Vi kan nevne regelen i § 11-2 (1) a. om at anskaffelser som ikke overstiger kr 200 000 eks mva kan anskaffes direkte. Denne bestemmelsen skal leses sammen med de meget uklare beregningsreglene i § 2-3. Vi antar at det skjer mange ulovlige direktekjøp i området for disse bestemmelsene. Bruk av rammeavtaler reiser uklare spørsmål i forbindelse med utlysningssplikt; det er rimelig å tro at en del ulovlige direkteanskaffelser skjer i god tro i form av avrop på rammeavtaler som har vært annonsert. Et annet eksempel er uklarhetene ved reglene om utlysningssplikt ved ulike samarbeidsformer mellom private og offentlige. Her foregår det sannsynligvis en rekke ulovlige direktekjøp fordi reglene er uklare og vanskelig tilgjengelig.

Vi er enig med arbeidsgruppen i at sanksjonene for etterlevelse av utlysningsspåbudet i dagens regler er svake. Mangelen på sanksjoner ved regelbrudd kan være en årsak til at det skjer lovbrudd. Det er et tankekors at en oppdragsgiver som lojalt annonserer en anskaffelse og starter prosessen med å gjennomføre innkjøpskonkurranse etter reglene i forskriften, utsetter seg for risikoen for å begå en rekke feil som kan ha store økonomiske konsekvenser i form av søksmål et.c, mens en oppdragsgiver som helt neglisjerer regelverket ikke løper noen videre risiko for sanksjoner. Selv om vi antar at offentlige oppdragsgivere er innstilt på å følge regelverket, kan vi ikke se bort fra at oppdragsgivere i enkelte tilfeller bevisst velger å foreta ulovlige direktekjøp etter å ha foretatt en vurdering av oppdagelsesrisikoen og faren sanksjoner. Vi tror imidlertid ikke at disse tilfellene spiller noen dominerende rolle.

2.2 Betydningen av anskaffelsesregelverket

Utgangspunktet for arbeidsgruppen er at brudd på anskaffelsesreglenes bestemmelser om annonsering og konkurranseutsetting påfører samfunnet store merkostnader. For hoveddelen av anskaffelsene er det selvsagt ingen tvil om at dette er et riktig utgangspunkt. Det kan likevel være sider ved reglene som for en mindre del av anskaffelsene motvirker utgangspunktet om kostnadseffektivitet. Vi viser her spesielt til at det, som følge av sammenslåingsregelen i anskaffelsesforskriften § 2-3, ikke er noen nedre verdigrense for plikten til å annonsere og gjennomføre konkurranse i henhold til prosedyrekravene i forskriften. For kontrakter med lav kontraktssum, kan det være tvilsomt om gevinsten ved utlysning overstiger kostnadene ved å gjennomføre kjøpet etter disse reglene. Det anbefales derfor at det igangsettes en undersøkelse av effekten av regelverket for denne type anskaffelser som grunnlag for eventuelle endringer av regelverket. Vi vil i denne sammenheng vise til at i hvilken utstrekning en aktuell regel tjener formålet må ha stor betydning når man tar stilling til om en konkret sanksjon er hensiktsmessig. Dette er særlig viktig når det er tale om å foreslå flere vidtrekkende sanksjonsordninger.



2.3 Forenklinger /endringer i regelverket

Arbeidsgruppen peker på forenkling av regelverket som mulig virkemiddel for bedre etterlevelse. Arbeidsgruppen har imidlertid ikke sett det som en del av sitt mandat å foreslå regelendringer. Det vil fremgå av det som er skrevet ovenfor at vi anser det nødvendig med en gjennomgang av reglene før man tar stilling til tiltak for å bedre etterlevelsen. I den grad regelverket ikke har den ønskede effekt, er det neppe hensiktsmessig å legge ned betydelige ressurser i å lage kostbare ordninger for effektiv etterlevelse. Hvis regelbruddene har sammenheng med at reglene er uklare eller vanskelig å oppfatte, vil det naturlige være å endre reglene, ikke å fokusere på sanksjoner ved manglende etterlevelse. En regelgjennomgang kan gjøres mer eller mindre omfattende. Man kan tenke seg en full gjennomgang av konkurransereglene med sikte på forenkle selve innkjøpsprosessen. En annen mulighet kan være å innføre en ny smidigere innkjøpsprosedyre som kan benyttes for enkelte mindre anskaffelser.

2.4 Spesielt om reglene som angir grensene for utlysningsplikt

Et regelsett som absolutt bør gjennomgås er reglene som angir området for lovlige direkte anskaffelser, altså reglene for utlysningsplikt. Når man leser arbeidsgruppens rapport kan man få inntrykk av at utlysningsplikten først inntreffer når det som skal anskaffes har en verdi på mer enn kr 200 000 eks. mva. Det er utelukkende for anskaffelser over kr 200 000 at arbeidsgruppen vurderer aktuelle tiltak. Utlysningsplikten er imidlertid ikke forbeholdt anskaffelser over denne verdigrense. Regelen i anskaffelsesforskriften § 11-2 a om at anskaffelser over kr 200 000 må annonseres, skal leses i sammenheng med bestemmelsene i § 2-3 om beregning av anskaffers verdi. Et kjøp som isolert sett koster kr 15 000 eks.mva kan være annonseringspliktig fordi det bare utgjør en av flere kontrakter som skal inngå i beregningsgrunnlaget for anskaffelsen. Kontrakten kan bli ansett for et "delarbeid" j.f §2-3 (4), eller det kan være omfattet av regelen om sammenslåing av "likeartet" anskaffelser j.f §2-3 (5) eller det blir ansett for å være en "regelmessig" anskaffelse f.f §2-3 (8). Det er noe rettskildemateriale som gir en viss veiledning om innholdet i de aktuelle kriteriene for sammenslåing (EU-rett, KOFA-avgjørelser, bla sak 2003/8). Det følger av disse avgjørelsene at sammenslåingsreglene kan rekke meget langt. Imidlertid oppstår det mange vanskelige spørsmål ved sammenslåing av kontrakter som hører til en anskaffelse fordi reglene er svært usikre. Siden bestemmelsene i § 2-3 er kodifisering av EØS-rett, kan ikke reglene utgå, men § 2-3 behøver ikke komme til anvendelse ved fastlegging av den nasjonale grensen for utlysningsplikt. En ny regel kan f.eks gå ut på at utlysningsplikten knyttes til verdien av den anskaffelse som skal kjøpes inn i det enkelte tilfellet, altså selve kontrakten. For å forhindre oppsplitting av anskaffelser i den hensikt å komme unna utlysningsplikten, kunne regelen kombineres med et forbud om slik oppdeling. En slik regel gir forutberegnelighet og er enkel å praktisere. Uansett må lovgiver ta stilling til om det er ønskelig at det ikke skal eksistere noen nedre verdigrense for anskaffelser som skal utlyses og konkurranseutsettes etter prosedyren i forskriften. Andre uklare regler for utlysningsplikt er nevnt under pkt 2.1. Etter Statsbyggs oppfatning bør en i alle fall vurdere å heve grensen for direktekjøp i forskriftens § 11-2 a.

3. Arbeidsgruppens forslag for regeletterlevelse - særlig sanksjonene straff, sivilrettslig bot, avtalemessig ugyldighet

3.1 Arbeidsgruppens forslag

Arbeidsgruppen foreslår et omfattende sett med tiltak for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser. Administrative tiltak som opprettelse av ny tilsynsenhet i Konkurransetilsynet, krav om protokollføring og forhåndsannonsering av alle direkte kjøp virksomheten foretar. Det blir også



foreslått å innføre sanksjonene sivilrettslig bot, avtalemessig ugyldighet, bot og fengselsstraff.

Statsbygg har forståelse for at departementet vil se på tiltak for å bedre etterlevelsen av anskaffelsesreglene, men mener at tiltakene samlet sett går for langt. Arbeidsgruppen har utredet tiltak/ordninger/sanksjoner for effektiv regeletterlevelse, men i liten grad vurdert om tiltakene er fornuftige eller forholdsmessige for de aktuelle regelbruddene. Gruppen foreslår å innføre tre nye sanksjonsformer. Etter Statsbyggs oppfatning det må det være tilstrekkelig å innføre én ny sanksjon, nemlig sivilrettslig bot.

4 Sivilrettslig bot

Forslaget går ut på at Konkurransetilsynet skal kunne ilegge virksomheter bøter ved forsettlig eller uaktsom direkte anskaffelse i strid med unntaksbestemmelsene i anskaffelsesforskriften § 11-2. Ved fastsettingen av botens størrelse skal det særlig tas hensyn til overtredelsens grovhet, størrelsen av den ulovlige anskaffelsen og om det foreligger tidligere overtredelser.

Å innføre sivilrettslig bot vil gi et sterkt signal til offentlige innkjøpere om at direkte anskaffelser er uønsket. En regel om bøteleggelse, i tråd med den regelen arbeidsgruppen foreslår vil være et effektivt virkemiddel mot overtredelse. Bøteleggelse vil imidlertid kunne ramme brukere av regelverket hardt. Arbeidsgruppen foreslår at bøtenivået kan ligge opp mot 20 % av kontraktssum. Det vil kunne få store konsekvenser for virksomhetens økonomi og ramme tilbudet av viktige samfunnsytelser - man må her vurdere nærmere størrelsen på bøtenivået.

For øvrig synes vi regelforslaget er godt. Det bør imidlertid vurderes å endre skyldkravet. I forslaget er sanksjonen knyttet til direktekjøp i strid med forskriften § 11-2. Denne bestemmelsen har et meget uklart virkeområde. Hvis sanksjonen skal knyttes til denne bestemmelsen uendret bør skyldkravet være grov uaktsomhet. Det vil markere at tilfeller av unnskyldelig rettsvillfarelse ikke rammes.

3.2 Straff og innføring av ny regel om kunngjøring av alle direkteanskaffelser

Arbeidsgruppen foreslår å innføre en regel om bøter eller fengselsstraff inntil ett år for forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse av regelverket. Kombinert med innføringen av straffebestemmelsen foreslår gruppen å innføre en ny regel om kunngjøringsplikt for alle direkte anskaffelser oppdragsgiver gjør med hjemmel i forskriften § 11 -2 (1) a-g. Kunngjøringen skal legges i DOFFIN-databasen tre virkedager før kontrakt inngås. Den straffbare handlingen knyttes til kunngjøringsplikten. Gruppen foreslår et medvirkningsansvar slik at straffeansvaret kan komme til å ramme kretsen av personer som har medvirket ved innkjøpet.

Straff må i denne sammenhengen antas å være et effektivt virkemiddel for regeletterlevelse. Vi mener imidlertid at straff er et upassende tiltak. Nesten uansett hvordan den rettslige avgrensningen av de straffbare forhold gjøres, må denne reaksjonen bli uforholdsmessig. Det bryter med tradisjoner i norsk rett å bruke fengselsstraff mot den som har foretatt disposisjoner i arbeidet som ikke er optimale ut i fra et forretningsmessig synspunkt. Vi er klar over aksjelovens bestemmelse om fengselsstraff dersom visse bestemmelser i loven ikke overholdes, og at det er hensynet til en forsvarlig forvaltning av aksjonærenes midler som bærer regelen. Aksjeloven er imidlertid en helt annet type lov med et annet presisjonsnivå og andre reguleringer enn anskaffelsesforskriften. Det er ikke naturlig å sidestille aksjestyremedlemmer med offentlige tjenestemenn som driver innkjøpsvirksomhet. Fengselsstraff må forbeholdes de tilfellene der brudd på innkjøpsreglene skjer



ut i fra andre motiver enn de forretningsmessige, altså tilfeller av "kameraderi" eller korrupsjonslignende tilfeller. I dagens straffelov finnes det allerede flere bestemmelser som vil ramme tjenestemenn som bryter innkjøpsregelverket for å oppnå egen vinning. Straffereaksjonen bør være forbeholdt disse tilfellene.

Arbeidsgruppen har utformet et forslag til straffebestemmelse. Vi ser ikke grunn til å kommentere selve forslaget utover å påpeke at det er uoverensstemmelser mellom det konkrete lovforslaget på s.75, og det arbeidsgruppen skriver under omtalen av regelen. Forslaget blir dermed uklart. Etter ordlyden i forslaget gjelder det straffesanksjonerte kunngjøringskravet alle direkteanskaffelser virksomheten gjør. Under omtalen av regelen står det at det kunngjøringskravet bare gjelder for anskaffelser over kr 200.000. Vi vil likevel bemerke at det virker underlig å knytte gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen til unnlåtelsen av å kunngjøre i DOFFIN-databasen, og ikke til at det faktisk har skjedd et ulovlig direktekjøp.

Statsbygg er også imot at det innføres en kunngjøringsplikt for alle direkte anskaffelser. Arbeidsgruppen påpeker at ordningen skaper noe mer byråkrati ved at det legges inn et ekstra handlingsledd i forbindelse med innkjøpet; innkjøper må fylle ut det skjemaet som skal annonseres. Det administrative merarbeidet *etter* at anskaffelsen er kunngjort kan være vel så tyngende. Poenget med kunngjøringskravet er at leverandører og andre skal ha mulighet til å følge med på virksomhetens innkjøp. Det er grunn til å regne med at det vil komme en del henvendelser fra leverandører som ønsker å få vite detaljer rundt innkjøpet. Selv om henvendelsene er grunnløse i den forstand at lovligheten av kjøpet er helt på det rene, må henvendelsene besvares. Vi tror de negative effektene knyttet til ressursbruk er større enn en mulig positiv effekt. Kunngjøringsplikten bør i alle fall være begrenset til anskaffelser med en verdi over kr 200 000.

3.3 Ugyldighet

Flertallet i arbeidsgruppen går inn for å lage en bestemmelse som gir Konkurransetilsynet anledning til å erklære ugyldig en avtale inngått i strid med utlysingsplikten. Det fremsettes ikke et konkret regelforslag. Den konkrete avgrensningen for ugyldighetsregelen skal gruppen arbeide videre med.

Statsbygg anbefaler ikke at det innføres en regel om ugyldighet. Dersom det utformes en regel om sivilrettslig bot, vil det etter vårt syn ikke være behov for en slik regel. Hovedinnvendingen mot å bruke ugyldighet som sanksjonsmiddel er uforutsigbarheten, man vet ikke hvordan en ugyldighetsregel konkret vil slå ut. Avtaleparten kan ha krav på positiv kontraktsinteresse. Størrelsen på en slik erstatning vil variere mye. Kostnader knyttet til selve utsettelsen kan etter omstendighetene utgjøre et langt høyere beløp. Dette kan bestå av mange ulike poster f.eks erstatningskrav fra en rekke avtaleparter som hevder at forsinkelsen har påført dem tap. Prosessøkonomi tilsier også at man unnlater å bruke ugyldighet som sanksjonsregel. Å innføre en slik regel vil skape stor usikkerhet både hos leverandør og oppdragsgiver.

4. Hensiktsmessige tiltak for regeletterlevelse

Forenklinger i regelverket, og det å utarbeide klarere regler på området for lovlige direktekjøp mener vi vil være nyttige og effektive tiltak mot ulovlige direkteanskaffelser. Alene er slike tiltak antagelig likevel ikke tilstrekkelig, men etter Statsbyggs oppfatning bør disse tiltakene prioriteres høyt.

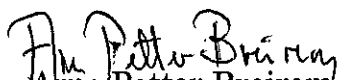


Arbeidsgruppens forslag om å gi Konkurransetilsynet en tilsynsfunksjon på området for offentlige anskaffelser er et tiltak som vi mener kan være hensiktsmessig. Konkurransetilsynet har gode forutsetninger for utvikle effektive kontrollmetoder. Vi ser for oss at Konkurransetilsynet kan overta påleggskompetansen etter anskaffelsesforskriften som tidligere har ligget til Nærings- og handelsdepartementet.

Vi støtter også arbeidsgruppens forslag om å utvide protokollkravet i dagens forskrift til også å omfatte direkte anskaffelser. Det vil lette arbeidet for internrevisjonen og andre med kontrollfunksjoner hvis virksomheten pålegges å holde en samlet føring over direkte anskaffelsene. Ulempene med forslaget er knyttet til unødvendig byråkrati og papirarbeid, vi tror imidlertid at de positive effektene ved en slik ordning vil motvirke ulempene. Hvor tyngende dette kravet blir beror på den nærmere utformingen av regelen. Kravene til protokollens innhold bør ikke gjøres for omfattende. Protokollkravet bør heller ikke omfatte alle direktekjøp virksomheten foretar. En slik regel bør med andre ord ikke knyttes direkte til §11- 2 slik den er utformet i dag. For eksempel bør ikke protokollkravet gjelde direkteanskaffelser under kr. 200.000.

For ytterligere å stimulere etterlevelsen, kan regelverket bygges ut med en bestemmelse om økonomiske sanksjoner ved gjentatte, eller grovere tilfeller av ulovlige direkte anskaffelser. Som nevnt ser vi bøteleggelse som et aktuelt tiltak. Arbeidsgruppen har også vurdert en ordning om at man ved overføringer til offentlige oppdragsgivere tar inn et vilkår om at bevilgningene kan bli redusert dersom man ikke overholder utlysningssplikten. Disse ordningene er fleksible og reaksjonen kan tilpasses grovheten i den enkelte sak. Det bør også være mulig å utforme ordningene slik at administrasjonskostnadene og prosesskostnadene holdes på et forsvarlig nivå. Som nevnt fraråder vi straff og ugyldighet som virkemidler. Den preventive effekten av sanksjoner er neppe proporsjonal med antallet sanksjonsbestemmelser. Det bør være mulig å utforme en bøteregulering, eventuelt i kombinasjon med en ordning for redusert støtte, slik at man oppnår tilstrekkelig avskrekkende effekt.

Vennlig hilsen


Arne Petter Breirem
direktør Faglig ressurscenter


Bjørn Kuvås
underdirektør