

Posten Norge AS

Nærings- og handelsdepartementet  
Postboks 8014  
0030 Oslo



Avdeling

Kontaktperson/telefon  
Mathisen  
(+47) 23 14 80 83

Tidl. dato og referanse  
200303371-1

Dato og referanse  
20.08.2003

## HØRINGSBREV - RAPPORT FRA AUDA

Vi viser til høringsbrev datert 19. mai 2003, oversendt fra Samferdselsdepartementet til Posten 25. juni 2003.

### 1. Generelt

#### 1.1 Forslagene bør ikke omfatte aksjeselskaper

Posten Norge AS (heretter kalt Posten) er uenig i at det skal foretas en ytterligere byråkratisering av et allerede komplisert regelverk. Forslagene påfører økte kostnader og unødvendig kompliserte rutiner, uten at Posten kan se at forslagene er basert på tilstrekkelig kunnskap om årsakene til at regelverket ikke blir fulgt opp.

Arbeidsgruppens innstilling bærer preg av å rette seg mot tradisjonell offentlig forvaltning, og bygger på uriktige forutsetninger i forhold til Posten og andre konkurranseutsatte selskaper som er underlagt anskaffelsesregelverket. Arbeidsgruppens uttaler at et av grunnlagene for at sanksjoner er nødvendig er at privatøkonomiske incitamenter tradisjonelt ikke har vært like sterke i offentlig virksomhet som i privat virksomhet. Posten er, på linje med andre konkurranseutsatte selskaper, ansvarlig for å drive sin virksomhet økonomisk og forretningsmessig forsvarlig. Følgelig er effektive og kostnadsfokuserede innkjøp et selvstendig mål for Posten, uavhengig av de offentlige anskaffelsesreglene. Det er her en vesentlig forskjell mellom konkurranseutsatte virksomheter og tradisjonell offentlig forvaltning, som i stor grad får overføringer fra det offentlige.

Det følger videre av rapporten at innkjøp fra offentlig forretningsdrift utgjør 19 % av de totale offentlige innkjøp, mens innkjøp fra offentlig forvaltning utgjør 81 % av innkjøpene. Posten antar at de fleste av de selskapene som regnes som offentlig forretningsdrift er underlagt forsyningsforskriften (Telenor, NSB, Statoil mv). Det er kun et fåtalls selskaper som er etablert som aksjeselskaper og underlagt klassisk sektor i anskaffelsesregelverket. Posten alene kjøper årlig for ca kr 5 mrd, og står således for en stor andel av de innkjøpene som foretas av klassisk sektor av offentlig forretningsdrift. Arbeidsgruppen har ikke sett det nødvendig å foreslå sanksjoner for forsyningssektoren. Posten mener at også de rettssubjektene i klassisk sektor som er etablert som aksjeselskaper må fritas fra det foreslåtte sanksjonssystemet. Vi viser særlig til at konkurranseutsatte bedrifter har et særlig incitament til å gjøre gode innkjøp, samt at ansvaret for driften, herunder også straffansvaret, er regulert gjennom aksjeloven. Som vi kommer tilbake til nedenfor er forslagene dyre å gjennomføre for Posten, og skaper en betydelig konkurranseulempe for oss. Vi viser til at ca 80 % av vår omsetning er konkurranseutsatt.

Posten Norge AS  
Konsernstaber/ Juridisk  
NO-0001 OSLO

Besøksadresse  
Biskop Gunnerusgate 14A

Sentralbord: (+47) 23 14 80 13  
Telefaks: (+47) 23 14 90 01  
Kundeservice: (+47) 810 00 710

Bankkonto

Foretaksregisteret  
NO-984 661 185 MVA

E-post

### **1.2. Forslagene bør legges på is til årsakene til manglende etterlevelse samt effekten av opprettelsen av KOFA er nærmere vurdert**

Det følger av arbeidsgruppens rapport at de ikke er sikker på årsakene til at anskaffelsesregelverket ikke blir overholdt. Manglende kunnskap om regelverket i den offentlige administrasjonen blir trukket frem som en antatt viktig grunn. Posten er enig med arbeidsgruppens medlem fra Regjeringsadvokaten i at det må forskes mer i årsakene til manglende etterlevelse av regelverket før det foretas en drastisk endring av regelverket med innføring av sanksjoner.

1. januar i år ble klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA) etablert, og vårt inntrykk er at klager til nemnda har vært en vekker for mange oppdragsgivere. Det samme gjelder nyere rettspraksis, hvor oppdragsgiver er idømt store erstatninger. Posten synes det er overilt å komme med forslag om ytterligere innstramminger før en har vurdert effekten av nemnda og nyere rettspraksis.

Posten er uenig i at innføring av ytterligere administrative rutiner er den riktige måten å øke kunnskapsnivået i forhold til et regelverk som oppfattes som svært komplisert fra før. Realiteten i forslagene innebærer at det blir mer arbeidskrevende og dyrere å følge opp anskaffelsesregelverket, uten at dette nødvendigvis medfører bedre innkjøp.

### **1.3. Alternative forslag**

Departementet bør i stedet for å ta i bruk sanksjoner vektlegge andre mer positive virkemidler for å redusere antall ulovlige direkte anskaffelser. Arbeidsgruppen uttaler at mye av feilene skyldes "manglende regelforståelse". For å bøte på dette bør det satses på:

- Økt informasjon. Etableringen av KOFA og avgjørelsene derfra har nok og vil nok for fremtiden bidra vesentlig til å øke bevisstheten rundt regelverket. I tillegg bør det satses på informasjon som strekker seg mye lenger enn til Næringsdepartementets informasjonssider på ODIN.
- Krav om at hver offentlige virksomhet har minimum en person som er innkjøpsansvarlig, og at alle kjøp kanaliseres gjennom denne/disse personene.
- Posten er enig med arbeidsgruppens medlem fra KS om at det ikke bør innføres nye sanksjoner før regelverket har blitt forenklet vesentlig.

### **1.4 Leverandørens rolle**

Posten reagerer også på at arbeidsgruppens gjennomgående omtaler leverandørene som den part som blir skadelidende "i god tro". Dette er en sannhet med store modifikasjoner. I de tilfeller hvor det foretas direktekjøp uten anbudskonkurranse er leverandøren ikke i god tro. De vet jo at de ikke har gitt inn et tilbud i en anbudskonkurranse. Leverandørene bør ha et like stort ansvar for å følge regelverket som oppdragsgiver har, og forslagene fra arbeidsgruppen synes ikke å vektlegge dette tilstrekkelig. Posten vil derfor foreslå at det må få konsekvenser for leverandører dersom de forsettelig eller uaktsomt inngår kontrakter med det offentlige i strid med anskaffelsesregelverket. Vi tenker ikke her på sanksjoner i form av bøter, men retten til å kreve erstatning for positiv og/eller negativ kontraktsinteresse må falle bort.

## 2. Merknader til de enkelte kapitlene i høringsnotatet

### Til kap VII Nytt tilsynsorgan?

P.t. må Posten forholde seg til følgende offentlige myndigheter vedr. anskaffelsesregelverket:

- Samferdselsdepartementet (som eier),
- Næringsdepartementet,
- KOFA,
- Riksrevisjonen
- ESA.

I tillegg kommer også domstolene.

Posten opplever at leverandørenes terskel for å klage til KOFA og andre instanser er svært lav, og det stilles små krav til klagen. Slike klager er svært ressurskrevende for oppdragsgiver å forholde seg til, og Posten opplever at leverandørene har nok makt overfor oppdragsgiver gjennom de systemene som er etablert.

Under henvisning til at årsaken til overtredelsene ikke er dokumentert, samt at det allerede er en rekke instanser som overvåker anskaffelsesregelverket, kan ikke Posten se at det er behov for å opprette et nytt tilsynsorgan eller overføre tilsynsmyndighet til konkurransetilsynet. Det er svært ressurskrevende for oppdragsgiver å måtte forholde oss til flere forskjellige offentlige instanser med forskjellige myndighet.

Dersom departementet likevel skulle komme til at konkurransetilsynet skal gis kompetanse, vil vi be om at kompetansen mellom konkurransetilsynet og KOFA avgrenses slik at oppdragsgiver ikke må forholde seg til begge instansene i en og samme sak, jf alternativ 2) i rapporten kapittel VII pkt 4.

Posten vil ikke støtte at det skal være adgang til å klage anonymt. Det vises til grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, som særlig står i fare dersom konkurransetilsynet gis myndighet til å idømme bøter. Hensynet til frykt for svartelisting er ikke relevant å vektlegge når anskaffelsesreglene er så strenge som de er. En svartelisting vil være ulovlig i seg selv, og frykten er derfor helt grunnløs.

### Til kap VIII Nye sanksjonsmekanismer?

#### **Bøter**

Posten er uenig i at det er nødvendig å innføre bøtesanksjoner for brudd på regelverket. Vi vil i den sammenheng peke på at bøtestraff vil slå svært forskjellig og urettferdig ut for virksomheter som er konkurranseutsatt sammenlignet med offentlig forvaltning, som i stor grad kan pulverisere boten gjennom økte tilskudd fra statskassen eller økte priser til forbruker. En bøtestraff vil være en stor konkurranseulempe for Posten, som i stor grad opererer i et konkurranseutsatt marked. Postens konkurrenter er nemlig ikke underlagt anskaffelsesregelverket.

Dersom departementet likevel vil sanksjonere med bøter, må strafferettslige bøter være tilstrekkelig. En ordning med både sivilrettslige og strafferettslige bøter er unødvendig for å oppnå hensikten med sanksjoneringen.

Uansett bør det bare kunne idømmes bøter dersom det foreligger forsett. Det bør ikke være objektivt ansvar for overtredelse av regelverket. Heller ikke simpel eller grov uaktsomhet bør utløse ansvar. Det vises her særlig til at regelverket er svært omfattende og komplisert, og normalt behandles av ikke-jurister. Adgangen til å gi bøter bør bare gjelde dersom feilen ikke rettes opp.

Posten er enig i at en eventuell hjemmel for å idømme bot ikke bør gis til KOFA. Dersom KOFA skal få slik myndighet må det av rettssikkerhetshensyn legges opp til en helt annen saksbehandling enn det er i dag, med adgang til muntlig forhandling, lenger svarfrist og mer omfattende forberedelse av sakene før avgjørelse treffes. Hensynet til rask saksbehandling i KOFA går slik det er i dag foran hensynet til rettssikkerheten. Dersom det i tillegg skal være mulig å idømme bøter, blir det uholdbart for de

oppdragsgiverne som blir klaget inn. Det ligger selvsagt også i dette at dersom et annet organ tildeles hjemmel for å idømme bøter, må saksbehandlingsreglene oppfylle kravene til rettssikkerheten.

### ***Bøtenes størrelse***

Når det gjelder bøtenes størrelse, vil Posten for det første understreke at det må tas hensyn til at arbeidsgruppen også har foreslått regler som kan påføre oppdragsgiver betydelig erstatningsansvar overfor den som urettmessig blir tildelt en kontrakt som kjennes ugyldig. Når det i tillegg åpnes for både sivile bøter og straffebøter, kan de totale kostnadene bli helt uforholdsmessige i forhold til den feilen som er begått.

På den ene siden uttaler arbeidsgruppen at "det neppe vil være behov for høye bøter", mens de like etterpå foreslår bøter opp til 20 % av kontraktssummen. Posten har flere kontrakter på flere hundre millioner kroner, og bøter selv ned i 1 % av kontraktsverdien vil slå svært urimelig ut.

### ***Ugyldighet***

Posten finner det svært uheldig dersom det skal gis hjemmel til å kjenne en kontrakt ugyldig som følge av brudd på anskaffelsesregelverket. En slik ugyldighet vil medføre store konsekvenser både for oppdragsgiver og leverandør, og reiser også en rekke erstatningsrettslige problemstillinger som ikke er tilstrekkelig utredet i arbeidsgruppens rapport. Det vil være svært urimelig om oppdragsgiver skal bli erstatningsansvarlig i tilfeller hvor leverandøren med vitende og vilje har inngått en kontrakt i strid med anskaffelsesregelverket. Vi viser i den sammenheng til at selv om erstatningen begrenses til negativ kontraktsinteresse kan erstatningsbeløpene være betydelige, særlig hvis ugyldigheten erklæres en tid etter at kontrakten er signert.

### ***Straff for privatpersoner***

Posten finner det helt unødvendig, både i forhold til hensynet bak regelverket, og for å oppfylle kravene i EØS-avtalen, at det skal innføres hjemmel for straff av personer. Det vil være en uvanlig dramatisk reaksjon i forhold til de personene som er ansatt i offentlig virksomhet, særlig hensyntatt det svært kompliserte regelverket med svært mange detaljbestemmelser. Dersom straffen skal håndheves på innkjøpsnivå, vil det kunne få betydning for hvem som er villig til å jobbe med innkjøp i offentlig virksomhet. Det bør være tilstrekkelig at arbeidsgiver vurderer tjenestelige sanksjoner i grove tilfeller.

Arbeidsgruppen henviser til at straffen skal gjelde ved "bevisste overtredelser". Vi vil minne om at de ansatte i utgangspunktet ikke har privatøkonomiske gevinster av overtredelse av regelverket. Det blir i den sammenheng meningsløst å snakke om "individualpreventiv effekt". Posten tviler på at overtredelsene skjer helt bevisst. Dersom det mot formodning skulle vise seg at det var en helt bevisst overtredelse, vil det sannsynligvis kunne betegnes som korrupsjon, som er straffbart etter straffeloven. En ordning hvor offentlig ansatte på generelt grunnlag skal være straffansvarlig for brudd på offentligrettslige regler savner sidestykke i norsk lovgivning, og Posten kan ikke se at det skulle være behov for å innføre slike drastiske tiltak for å overholde EØS-avtalen.

## **Til kap IX Andre virkemidler**

Som nevnt innledningsvis er Posten uenig i at det skal innføres ytterligere byråkratiske regler i stedet for å forenkle regelverket slik at det blir enklere å overholde. Posten stiller seg også tvilende til effekten av de forslag som fremkommer av arbeidsgruppens kap. IX.

Innføring av regler for protokollføring og kunngjøring av innkjøp mellom kr 50 000 og kr 200 000 vil medføre omfattende merarbeid og øke kostnadene forbundet med håndtering av regelverket. Posten kan ikke se at forslagene står i sammenheng med det en ønsker å oppnå. Posten antar at problemet med ulovlige anskaffelser først og fremst gjelder anskaffelser som omfattes av regelverket, ikke anskaffelser *under* terskelverdiene. Kostnadene med tiltakene står således ikke i samsvar med den samfunnsmessige gevinst en ønsker å oppnå.

Utvidelse av plikten til protokollføring og kunngjøring av innkjøp over kr 200 000 til også å omfatte direkteanskaffelser vil også medføre økte kostnader og ressursbruk, uten at Posten ser at det nødvendigvis vil medføre reduksjon i brudd på regelverket. Også her stiller vi spørsmål ved om kostnadene med tiltakene står i samsvar med den samfunnsmessige gevinst en ønsker å oppnå.

### **Til kap XI Økonomiske og administrative konsekvenser**

Arbeidsgruppen har ikke tatt med at forslagene til endringer i regelverket vil medføre økt ressursbruk i form av arbeidstimer og kunngjøringskostnader for oppdragsgiver.

### **3. Konklusjon/oppsummering**

Posten er av den oppfatning at det foreslåtte regelendringene ikke må omfatte de rettssubjektene innen klassisk sektor som er etablert som egne aksjeselskap. Posten vil da bli behandlet på lik linje med andre statlig eide aksjeselskap som er underlagt forsyningsdirektivet, som f eks Telenor og NSB.

Med vennlig hilsen



Elin Mathisen  
Advokat

Kopi: Samferdselsdepartementet

I tillegg til ordinær post er dette brevet sendt på telefaks nr 22 24 66 69