

Det kgl. Nærings- og handelsdepartement
Postboks 8014, Dep.
0030 Oslo

HØRING: RAPPORT FRA AUDA - "ARBEIDSGRUPPEN MOT ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER"

Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) viser til ovennevnte høring, med høringsfrist til 20. august d.å.

NHO har følgende merknader til departementets høringsbrev:

I. Innledning

NHO er godt fornøyd med at Nærings- og handelsdepartementet tar på alvor problemet med ulovlige direkteanskaffelser. NHO har i lang tid, gjennom diverse brev til departementet, påpekt dette problem.

Det grunnleggende hensyn bak anskaffelsesregelverket er todelt; å sikre kostnadseffektive anskaffelser og å sikre at leverandører får anledning til å konkurrere.

For å fremme regelverkets formål om konkurranse på like vilkår, synes det nødvendig med sanksjoner som vil forhindre dette. Det er derfor NHOs oppfatning at det må innføres nye regler mot overtredelser av regelverket som er forutsigbare for partene. Dette vil skape ryddige forhold i konkurransen.

II. Konkurransetilsynet får i oppgave å føre tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser

Nærings- og handelsdepartementet har det overordnede ansvar for lov og forskrift om offentlige anskaffelser. NHO er for det første av den oppfatning at for å sikre etterlevelse for et begrenset felt innenfor offentlige anskaffelser, dvs. ulovlige direkteanskaffelser, er det ikke behov for å etablere et nytt tilsyn. Det mest nærliggende tilsyn å legge en slik oppgave til, er etter vår mening Konkurransetilsynet, som skal sikre konkurranse på markedet. Etter vår oppfatning er det liten forskjell på det private og det offentlige markedet. Det kanaliseres enorme beløp gjennom det offentlige markedet.

For det andre er NHO opptatt av at Konkurransetilsynet får de nødvendige redskaper for å kunne utføre et effektivt tilsyn på samme måte som under konkurranseloven.

Forutsetningen for å tillegge Konkurransetilsynet denne funksjon, er at det blir et uavhengig tilsyn, hvor det ikke er noen instruksjonsmyndighet fra departementet. Dette mener vi heller ikke lar seg gjøre, da Arbeids- og administrasjonsdepartementet som fagdepartement for Konkurransetilsynet, ikke har og ikke bør få overansvaret for lov og forskrift for offentlige anskaffelser. Nærings- og handelsdepartementet gjør i dag en utmerket jobb på dette feltet.

Videre er vi opptatt av at Riksrevisjonen/kommunerevisorene, gjennom noen av de foreslåtte tiltak, vil få ytterligere muligheter til å avdekke ulovlige direkteanskaffelser.

III. Alle direktekjøp over en viss størrelse skal føres inn i en anskaffelsesprotokoll

NHO er av den oppfatning at dette er et enkelt virkemiddel som vil gjøre arbeidet både for Riksrevisjonen og kommunerevisorer lettere for å avdekke ulovlige direkteanskaffelser.

Det blir samtidig en viktig oppgave for disse aktører å passe på at anskaffelsesprotokollene føres i alle aktuelle offentlige etater. Dette vil samtidig være hjelp til selvhjelp for alle offentlige innkjøpsavdelinger som lett kan føre kontroll med sitt eget system. Det vil ha en oppdragende effekt, da oppdragsgiver blir tvunget til å foreta en vurdering av om forholdet er en direkteanskaffelse etter loven. Det bør utformes en hjemmel som sikrer at alle direktekjøp over en viss størrelse skal føres inn i anskaffelsesprotokollen, samtidig som det i anskaffelsesprotokollen gis en kort begrunnelse for avgjørelsen.

Når det gjelder størrelsen på direkteanskaffelsene som skal føres i anskaffelsesprotokollen, er vi av den oppfatning at grensen bør være NOK 200.000,-.

Begrunnelsen for vårt syn er at det allerede i dag er en viss struktur i regelverket som tilsier å ha denne grensen. Det er i dag allerede tillatt etter forskriftens § 11-2, å tildele kontrakter for direkteanskaffelse under NOK 200.000,-. Å innføre en ny terskel vil gjøre regelverket mer uoversiktlig og komplisert for alle aktørene som må forholde seg til det allerede gjeldende regelverk.

IV. Alle direkteanskaffelser over NOK 200.000 skal kunngjøres på forhånd, minst tre virkedager før kontraktsinngåelse, der det opplyses om hvilken unntaksbestemmelse anskaffelsen faller under

NHO ser for seg at en slik kunngjøring i Norsk Lysingsblad/Doffin samtidig som melding også sendes Konkurransetilsynet, vil i tilknytning til at man gir Konkurransetilsynet en tilsvarende kompetanse til å gi pålegg for å hindre ulovlige direkteanskaffelser etter anskaffelsesforskriften § 3-11, kunne sikre at tilsynet – før kontrakt inngås – stopper en ulovlig handling.

NHO vil likevel påpeke at 3 dager vil kunne være for knapp tidsfrist, idet det tar tid å oppdage kunngjøringen, samt at det vil ta tid for Konkurransetilsynet å foreta en endelig avgjørelse av bruk av § 3-11. Dersom kunngjøring og melding til Konkurransetilsynet blir brukt som virkemiddel, vil NHO foreslå å utvide tidsfristen til minimum 7 dager.

En regel om forhåndskunngjøring må også avgrenses i forhold til hastetilfeller som av legitime grunner ikke kan utsettes.

Det er vanskelig å avgjøre kost/nytte verdien av å innføre en slik kunngjøringsbestemmelse på nåværende tidspunkt, men nytten vil trolig bli bedre dersom oppdragsgiver, samtidig med den

offentlige kunngjøringen, også sender en notifikasjon til Konkurransetilsynet i kombinasjon med at fristen økes til 7 dager.

NHOs merknader til forslag til sanksjoner.

NHO er av den oppfatning at det i tillegg til innføring av særskilt administrative rutiner, bør innføres sanksjoner i forhold til oppdragsgivere som tildeler kontrakter ved ulovlig direkteanskaffelser. Bakgrunnen for denne holdningen er at det må innføres virkemidler som påpeker alvorligheten i overtredelsen.

V. Konkurransetilsynet gis hjemmel til å ilegge sivil bot overfor oppdragsgivere som visste eller burde vite at de foretok en ulovlig direkteanskaffelse

NHO støtter arbeidsgruppens forslag om å innføre en hjemmel til å ilegge sivil bot overfor oppdragsgivere som har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. Vi er av den oppfatning at det grunnleggende for den sivile boten må være at det er gebyrtankegangen som får gjennomslag, og dermed standardiserte satser.

Vi er enig med utvalget i at begrepet "bot" kan lede tanken hen på straff, og av den grunn burde man velge en annen terminologi. Vi ser likevel at ettersom Konkurransetilsynet etter Konkurranselovutvalgets forslag skal ilegge sivile bøter, tilsier sammenhengen i rettssystemet at det er hensiktsmessig å velge samme terminologi.

Vi er videre av den oppfatning at ansvaret i utgangspunktet må være objektivt, med omvendt bevisbyrde pålagt oppdragsgiver. Det betyr at med mindre oppdragsgiver kan bevise at tildelingen faller inn under forskriftens § 11-2, dvs. lovlige direkteanskaffelser, vil det bli pålagt oppdragsgiver en sivil bot. Dette betyr at oppdragsgiver i forkant har måttet foreta en konkret vurdering av om anskaffelsen faller innenfor det tillatte i regelverket. Vi er opptatt av at den sivile boten ikke skal være noen form for straff, og at den blir gitt som et engangsbeløp. Selv om vårt utgangspunkt er at den sivile boten bør være standardisert, vil det ofte ikke være mulig.

Ved utarbeidelse av hjemmelen for å ilegge sivil bot, må det fremgå klart av hjemmelen hvordan man utmåler den sivile botens størrelse. Dette fordi hjemmelen bør være klar og utvetydig, slik at man eliminerer muligheten for ukontrollerbart skjønn. Ved fastsettelse av den sivile botens størrelse bør det bl.a. tas hensyn til kontraktens verdi samt gjentakelse. En sivil bot vil være avskrekkende, enkel å administrere, samt forutberegnelig for oppdragsgivere som begår lovbrudd.

VI. Arbeidsgruppens flertall ønsker at Konkurransetilsynet gis myndighet til i visse avgrensede tilfeller å erklære kontrakt for ugyldig. Den nærmere avgrensningen må utredes nærmere.

NHO mener at det å erklære kontrakt for ugyldig byr på mange kompliserte problemstillinger. Vi er likevel av den oppfatning at i visse unntakstilfeller vil dette kunne ha en effekt som vil være riktig. Likevel vil for eksempel sterke hensyn etter omstendighetene kunne tale mot å erklære en kontrakt for ugyldig dersom kontraktsavviklingen er godt i gang, og etter sin natur ikke kan avbrytes. Vi ønsker heller ikke å velte ansvaret for etterlevelse av regelverket over på leverandørene.

Med hensyn til bakgrunnen for regelverket om at leverandører skal kunne sikres lik konkurranse, vil det å erklære en kontrakt for ugyldig oppfylle lovens formål, nemlig at alle leverandører skal få anledning til å levere tilbud.

Innføring av en hjemmel til å erklære kontrakter for ugyldige vil gi et sterkt signal om at ulovlige direkteanskaffelser er et alvorlig overtramp og vil kunne ha stor preventiv effekt. Oppdragsgivere vil se at en risikerer å tape både tid og penger dersom kontrakten heves, særlig ettersom en klart risikerer å måtte betale erstatning til den en har inngått en kontrakt med. Leverandører på sin side vil bli ytterst forsiktige med å inngå et avtaleforhold med oppdragsgiver uten en skriftlig anbudskonkurranse over NOK 200.000. En hjemmel for i visse tilfeller å kunne erklære en kontrakt ugyldig kan også ha en forebyggende effekt i de tilfeller der det kan grense opp mot korrupsjon og der initiativet til ulovlige direkteanskaffelser kommer fra en leverandør. Videre vil oppdragsgiver som er innklaget til for eksempel tilsynsmyndigheten før kontrakt er tildelt, ha en egeninteresse i å vente med å inngå kontrakt dersom de ellers kan risikere at kontrakten blir kjent ugyldig.

Ved at det innføres en begrenset adgang til å erklære en kontrakt for ugyldig, vil det oppleves rettførdig for forbigåtte leverandører at de gis anledning til å være med i konkurransen. Leverandørene får et incitament til å påse at reglene blir fulgt, ettersom de da kan få muligheten til å delta i en senere konkurranse om samme leveranse.

NHO mener at Konkurransetilsynet bare i spesielle unntakstilfeller skal kunne erklære en kontrakt for ugyldig. Det er derfor viktig at vilkårene for å kjenne en kontrakt ugyldig, klart og detaljert presiseres i loven. Dette vil innebære en større grad av forutsigbarhet og dermed bedre rettssikkerhet for oppdragsgiver og leverandør.

På bakgrunn av de ovennevnte innspill anbefaler NHO at det snarest utredes nærmere hvordan en hjemmel for i "avgrensede tilfeller" å erklære en kontrakt for ugyldig skal utformes. Når en slik avklaring foreligger, kan NHO ta endelig stilling til dette.

VII. Forslag om straff overfor personer eller foretak dersom en grovt uaktsomt eller forsettlig foretar en ulovlig direkteanskaffelse

NHO er av den oppfatning at ikke alle ulovlige direkteanskaffelser bør anses som straffverdige.

Ved vurderingen av spørsmålet om det er riktig å innføre en tradisjonell straffesanksjon, har NHO notert seg at det er særlig lagt vekt på at omfanget av offentlige anskaffelser er svært stort, og at det derfor er av stor samfunnmessig betydning å sikre at offentlige midler anvendes på en mest mulig effektiv måte. Et av virkemidlene for å sikre effektiv ressursbruk, er å sørge for at offentlige anskaffelser bygger på konkurranse.

For NHO er det derfor nærliggende å sammenligne området offentlige anskaffelser med konkurranselovens område. Vi er derfor av den oppfatning at når det gjelder sanksjonsmiddelet straff, er det nødvendig å likestille disse to områdene. Blir det innført straff ved brudd på konkurranseloven, er det naturlig å innføre tilsvarende straffesanksjoner ved ulovlige direkteanskaffelser.

NHO har i sin høringsuttalelse til konkurranselovutvalgets innstilling uttalt at "straff som sanksjon reiser prinsipielle problemstillinger og bidrar til unødig uklarhet i konkurranseprosessen. Bakgrunnen for forslaget om sivilrettslige bøter er nettopp ønsket om å effektivisere konkurransehåndhevelsen, idet det peker på at denne til dags dato ikke har vært tilstrekkelig effektiv.... Det preventive aspektet ved sanksjonssystemet ivaretas etter vår (NHOs) oppfatning i tilstrekkelig grad gjennom den nye sanksjonen sivilrettslige bøter. Noe

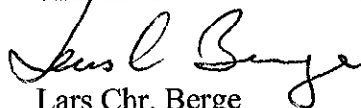
selvstendig behov for å videreføre reglene om foretaksstraff ved brudd på konkurransereglene kan det på denne bakgrunn ikke være.”

Videre henviser NHO særlig til NOU 2003:15 Fra bot til bedring, hvor sanksjonsutvalget kommer med følgende anbefaling:

”Utvalget anbefaler økt bruk av administrative sanksjoner som alternativ til straff. Særlig hensynet til å begrense bruken av straff, hensynet til effektiv håndhevelse og behovet for et mer helhetlig og fleksibelt sanksjonssystem taler for å benytte administrative sanksjoner i større grad enn nå.”

Etter NHOs oppfatning vil i utgangspunktet det tradisjonelle virkemiddelet straff, hverken være godt egnet eller prinsipielt akseptabelt. Uansett må forhold under konkurranseloven og ulovlige direkteanskaffelser når det gjelder sanksjonen straff, behandles likt.

Vennlig hilsen,
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON



Lars Chr. Berge
Viseadm. direktør