

REGJERINGSADVOKATEN

Nærings- og handelsdepartementet
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Deres ref
200303371-1

Vår ref
2003-0391 TNA

Dato
19.08.2003

HØRINGSUTTALELSE – RAPPORT FRA ARBEIDSGRUPPEN MOT ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER.

Innledende bemerkninger

Det vises til oversendelse av høringsbrev 19. mai i år vedlagt rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlig Direkte Anskaffelser (AUDA). Regjeringsadvokaten oversendte sin høringsuttalelse 13. juni i år. I ettertid har det imidlertid oppstått ønske om et tillegg til denne uttalelsen. Det mest hensiktsmessige har vært å inkorporere tillegget i den opprinnelige uttalelsen, slik at nærværende brev utgjør Regjeringsadvokatens samlede uttalelse.

Regjeringsadvokaten har vært representert i arbeidsgruppen ved advokat Fanny Platou Amble, og tiltrer de merknadene advokat Amble har gjort gjeldende i rapporten. I det følgende gis kun enkelte supplerende bemerkninger. Avslutningsvis reises spørsmålet om man bør vurdere å heve den nasjonale terskelverdien på kr. 200.000 for direkte anskaffelser.

Kommentarer til rapporten fra AUDA

Regjeringsadvokaten slutter seg til at det er viktig at regelverket for offentlige anskaffelser etterleves. Vi er likevel av den oppfatning at flere av de sanksjonene arbeidsgruppen foreslår neppe er nødvendige for å oppnå dette. Vår erfaring er at det i første rekke er manglende kunnskap og bevissthet om regelverket som er hovedproblemet, og at det særlig er opplæring og bevisstgjøring av offentlige innkjøpere som bør prioriteres.

Regjeringsadvokaten deler like fullt arbeidsgruppens prinsipielle oppfatning om at trusselen om sanksjoner vil virke preventivt og således redusere omfanget av ulovlige direkteanskaffelser. Prinsipielt bør det imidlertid også være en overordnet målsetting å begrense antallet sanksjoner, og sanksjonenes strenghet, til det som er nødvendig for å oppnå den ønskede adferdsendringen.

Etter Regjeringsadvokatens oppfatning vil den sivilrettslige boten arbeidsgruppen foreslår langt på vei være tilstrekkelig til å bevisstgjøre offentlige innkjøpere i nødvendig grad. Trusselen om en sivil bot vil gjøre at kommuner, offentlige foretak mv. vil ha en direkte økonomisk interesse i konsekvent å følge regelverket. For så vidt gjelder statlige etater vil boten mer ha karakter av

overføringer fra en budsjettpost til en annen enn en egentlig bot. Etter vårt syn vil likevel ønsket om ikke å være ansvarlig for at etaten får redusert budsjettmidlene, og dermed sitt økonomiske spillerom, være tilstrekkelig til at innkjøperne har en klar og reell oppfordring om å unngå ulovlige direkteanskaffelser. I tillegg kommer selvsagt trusselen om tjenestelige sanksjoner i de grovere tilfellene, samt risikoen for at etaten blir erstatningsansvarlig overfor potensielle tilbydere. Slik Regjeringsadvokaten ser det gir disse to virkemidlene til sammen tilstrekkelig oppfordring til å sette seg inn i og følge regelverket for offentlige anskaffelser.¹

Langt på vei vil kombinasjonen sivilrettslig bot / tjenestelige sanksjoner virke tilstrekkelig preventivt også i forhold til forsettlige brudd på regelverket, herunder korrupsjonslignende tilfeller. Slike tilfeller vil da også, som arbeidsgruppen påpeker, kunne rammes av straffelovens bestemmelser om korrupsjon, utroskap mv. Regjeringsadvokaten er av den oppfatning at det p.t. ikke er tilstrekkelig behov for i tillegg å innføre en egen straffebestemmelse som kun retter seg mot overtredelse av kunngjøringsplikten. I de tilfeller hvor man ikke kan påvise at det faktisk er tale om korrupsjon/utroskap synes det i overkant strengt å reagere med inntil ett års fengselsstraff mot en slik overtredelse. I tillegg til at det ikke synes å være forholdsmessighet mellom handling og reaksjon, vil en slik bestemmelse ikke stå i overensstemmelse med nyere kriminalpolitiske betraktninger om hvilke saker som bør håndteres av straffeapparatet.² Henvisningen til at man har straffebestemmelser i aksjeloven §§ 19-1 og 19-2 er etter Regjeringsadvokatens syn ikke overførbar på nærværende situasjon. I aksjeloven er det tale om generelle straffebestemmelser som potensielt kan ramme et ubestemt antall tilfeller av brudd på aksjelovgivningen. Det virker noe mer tilfeldig å plukke ut én plikt etter anskaffelsesregelverket og gjøre overtredelse av denne konkrete plikten straffbar. Som ovenfor nevnt mener vi at det ikke i tilstrekkelig grad er påvist at innføring av et slikt særskilt straffebud er nødvendig for å motivere offentlige innkjøpere til å oppfylle kunngjøringsplikten.

Når det gjelder den sivilrettslige boten, støtter Regjeringsadvokaten arbeidsgruppens forslag til administrativ gjennomføring av sanksjonssystemet. Dog bemerkes at det i relasjon til statlige oppdragsgivere fremstår som en nyskaping at Konkurransetilsynet, som en del av statsforvaltningen, kan bringe andre statlige oppdragsgivere inn for rettsapparatet. Etter alminnelige prosessregler kan neppe statlige etater gå til søksmål mot hverandre, med mindre den ene er opprettet som selvstendig rettssubjekt. Unntak fra dette vil i så fall kreve lovhjemmel. Det vil trolig kunne oppstå prinsipielt problematiske situasjoner, f.eks. dersom Konkurransetilsynet i et gitt tilfelle kommer til at Arbeids- og administrasjonsdepartementet, som tilsynet administrativt hører under, har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse som tilsier ileggelse av bot.

For så vidt gjelder arbeidsgruppens forslag om at Konkurransetilsynet gis kompetanse til å fatte vedtak om at en inngått kontrakt er ugyldig, vises til advokat Ambles merknader på side 53-54 i rapporten, som Regjeringsadvokaten slutter seg til. Det er vanskelig å gi en mer inngående vurdering før det foreligger et konkret forslag. For ordens skyld bemerkes at en risiko for at inngåtte kontrakter kan kjennes ugyldige, vil lede til at det fremstår som økonomisk mer risikofyllt for leverandører å inngå kontrakter med det offentlige. Muligheten for erstatning for negativ kontraktsinteresse vil neppe fremstå som tilstrekkelig i alle tilfeller, og det må påregnes at leverandørene kompenserer for tilleggsrisikoen gjennom et påslag i prisen. Dette fremstår som uheldig all den tid et av hovedformålene med regelverket er å redusere utgiftene for det offentlige knyttet til anskaffelse av varer og tjenester.

¹ Som tidligere nevnt er det imidlertid en forutsetning at det i tillegg iverksettes tiltak for å bedre kunnskaps- og bevissthetsnivået blant offentlige innkjøpere om anskaffelsesregelverket, herunder om konsekvensen av at regelverket ikke blir fulgt.

² Både Straffelovkommisjonen (NOU 2002: 4) og Sanksjonsutvalget (NOU 2003: 15) gir uttrykk for at det bør vises tilbakeholdenhet med bruk av straff. Begge utvalgene går inn for at straff som hovedregel kun skal brukes ved alvorlige eller gjentatte overtredelser, og at privatrettslige rettsvirkninger og administrative sanksjoner i mange tilfeller vil være tilstrekkelig til å motvirke lovbrudd.

På side 72 i rapporten foreslår arbeidsgruppens flertall at det ved enhver overføring av midler til offentlige oppdragsgivere bør vurderes om det skal tas inn et vilkår om at en kan miste eller få redusert støtten dersom en bryter anskaffelsesregelverket. Etter Regjeringsadvokatens oppfatning fremstår dette generelt som et lite hensiktsmessig virkemiddel. Årsaken til at offentlige oppdragsgivere får overført midler, antas i de aller fleste tilfeller å være at organet driver en virksomhet man ønsker å støtte eller fremme. Formålet med en overføring antas sjelden eller aldri å være at organet skal følge anskaffelsesregelverket. Dersom brudd på anskaffelsesregelverket fører til bortfall av støttemidler, innebærer dette i realiteten at man vurderer det som viktigere at organet følger anskaffelsesreglene enn at organet får anledning til å drive sin virksomhet. Regjeringsadvokaten har problemer med å se praktiske eksempler hvor dette fremstår som en riktig prioritering.


Kort om terskelverdiene

Med mindre noen av unntaksbestemmelsene kommer til anvendelse, følger det av anskaffelsesforskriften § 11-2 bokstav a at direkte anskaffelser kun kan foretas hvor prisen på anskaffelsen ikke overstiger kr. 200.000 eks. mva. Den tilsvarende terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter etter EØS-reglene er 1,6 mill. kroner eks. mva. Forskjellen i terskelverdier innebærer at norske oppdragsgivere plikter å følge reglene om kunngjøring og gjennomføring av konkurranse i langt større utstrekning enn man er forpliktet til etter EØS-avtalen.

Det sentrale formålet med anskaffelsesregelverket er å redusere utgiftene for det offentlige, ved at kunngjøring med påfølgende anbudskonkurranse erfaringsmessig leder til lavere priser. Den forventede innsparingen bør imidlertid vurderes opp mot ressursene som faktisk medgår til en full anskaffelsesprosedyre. Det kan være verdt å undersøke om ikke utgiftene forbundet med gjennomføring av anskaffelsesprosedurene i mange tilfeller – særlig ved mindre anskaffelser – overstiger den forventede innsparingen. Etter Regjeringsadvokatens oppfatning kan det være hensiktsmessig at man i forbindelse med innføringen av nye sanksjoner vurderer å en nærmere harmonisering med terskelverdiene etter EØS-avtalen.

Med vennlig hilsen

REGJERINGSADVOKATEN



Thomas Naalsund
advokat