



DET KONGELIGE  
FORSVARSDEPARTEMENT

Nærings- og handelsdepartementet

Tidl ref  
200303371-1

Vår ref  
2003/01773-6/FD V 4/VFU/730.09

Dato 20 AUG 2003

**HØRINGSBREV - RAPPORT FRA AUDA "ARBEIDSGRUPPEN MOT  
ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER"**

**1. Innledning**

Det vises til brev fra Nærings- og handelsdepartementet (NHD) av 19. mai 2003 vedrørende ovennevnte. Høringsbrevet har vært forelagt Forsvarets overkommando, Forsvarsbygg og Forsvarets forskningsinstitutt. Forsvarsdepartementets merknader til rapport av 31. mars 2003 utarbeidet av AUDA følger nedenfor.

**2. Vurderingen av om en bør innføre sanksjoner for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser**

Forsvarsdepartementet (FD) er enig med arbeidsgruppen i at offentlige oppdragsgivere har et betydelig forbedringspotensiale i forhold til anskaffelsesregelverket. Omfanget av ulovlige direkteanskaffelser er beklageligvis større enn ønskelig. FD er videre enig med arbeidsgruppen at det p.t. ikke finnes gode håndhevelsesmekanismer for leverandører som føler seg forbigått ved direkteanskaffelser.

Utviklingen blant offentlige oppdragsgivere viser imidlertid tydelige tegn på at de tar regelverket på alvor. FD mener det har skjedd enn betydelig holdningsendring etter ikrafttreddelsen av lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 (FOA). Denne effekten har blitt ytterligere forsterket etter opprettelsen av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) i januar 2003. Medienes økende fokus på regelbrudd bidrar også som en viktig korleksjon til oppdragsgivere som begår regelbrudd.

På bakgrunn av ovennevnte mener FD det kan være fornuftig at det nye regelverket utprøves i lengre tid før ytterligere sanksjoner innføres. Opplæring av saksbehandlere i det offentlige bør også vurderes. Videre støtter FD representanten fra KS, Anders Hauger, i underpunkt 2.1. (s. 28):

*"...både forenkling av regelverket og vurdering av utvidelse av hjemlene for direkteanskaffelser vil være et nødvendig forarbeid før det innføres sanksjoner."*

Etter FDs oppfatning er en av problemstillingene hvorvidt beløpsgrensen for direkte anskaffelser (kr. 200.000) er satt for lavt. FD støtter derfor representanten fra Regjeringsadvokaten (RA), Fanny Platou Amble, i følgende sitat (s.28):

*"Representanten fra Regjeringsadvokaten, Fanny Platou Amble fremholder at det i tilknytning til eventuell innføring av sanksjoner bør vurderes å heve beløpsgrensen i forskriften § 11-2 a. Hun mener det kan reises spørsmål 1) om oppdragsgivers totalkostnader ved å følge anbudsreglene, iallfall ved mer komplekse kontraktstyper, står i rimelig forhold til en beløpsgrense på kr 200.000, og 2) om de samfunnmessige kostnader ved å avdekke og forfølge regelbrudd i enkeltsaker står i rimelig forhold til en slik beløpsgrense."*

Det fremkommer i rapporten at arbeidsgruppen har lite kunnskap om årsakene til at reglene brytes. I forlengelse av dette støtter FD Fanny Platou Ambles (RA) sin oppfatning i underpunkt 2.2. (s. 28):

*"...en nærmere kartlegging av årsakene til at det foretas ulovlige direkteanskaffelser [bør] foretas før det besluttes hvilke tiltak – herunder sanksjoner – som eventuelt skal settes i verk."*

I likhet med arbeidsgruppen mener FD at målrettet informasjon, etter en utredning av årsakene, vil kunne bedre etterlevelsesgraden.

Hovedhensynet bak de ulike forslagene til sanksjoner er at de skal virke preventivt overfor oppdragsgivere. FD er enig i at alle forslagene isolert sett vil ha preventiv effekt dersom de vedtas. FD er imidlertid av den oppfatning at den ønskede preventive effekt oppnås selv om ikke samtlige sanksjoner trer i kraft.

FD ser videre en mulighet i å utvikle eksisterende sanksjonsmuligheter. Arbeidsgruppen vurderer i kapittel IV, underpunkt 5.1., tjenestelige sanksjoner, jf. tjenestemannsloven av 4. mars 1983 nr. 3. En tjenestelig sanksjon er en sanksjon fra oppdragsgiver rettet mot en ansatt, for eksempel oppsigelse, suspensjon, avskjed eller ordensstraff. Videre vurderer arbeidsgruppen korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven i underpunkt 5.2. Korrupsjonsbestemmelsene rammer blant annet offentlige tjenestemenn som mottar bestikkelser, jf. straffeloven §§ 112 og 113. Videre la Straffelovrådet frem et forslag til en ny straffebestemmelse som vil ramme aktiv og

passiv korrupsjon i offentlig og privat sektor, jf. NOU 2002:22 En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon. FD mener en aktiv bruk av sanksjonene i tjenestemannsloven og korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven kan motvirke ulovlige direkteanskaffelser. En aktiv bruk av sanksjonene kan fremmes ved å innta en egen bestemmelse i FOA som direkte henviser til tjenestemannsloven og de aktuelle bestemmelsene i straffeloven. En aktiv bruk av de tjenestelige sanksjoner kan også fremmes ved utfyllende retningslinjer fra Arbeids- og administrasjonsdepartementet.

### **3. Vurdering av om det bør innføres et tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser**

Det fremkommer av rapporten (s. 32) at arbeidsgruppen mener at Konkurransetilsynet vil være et velegnet tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser. FD er enig i dette, men vil påpeke at det bør være en absolutt forutsetning at Konkurransetilsynet etablerer tilstrekkelig kompetanse på området for offentlige anskaffelser.

Vedrørende kontroll av ulovlig direkteanskaffelse følger det videre av rapporten:

*"Konkurransetilsynets metoder for å avdekke ulovlige direkteanskaffelser kan for eksempel være å utføre kontroller... , og å opprette en tipstelefon. Tipstelefon øker kontaktflaten og finnes i dag hos Konkurransetilsynet vedr. kartellvirksomhet. Av hensyn til rettssikkerheten må det utarbeides retningslinjer for slik kontrollvirksomhet."*

FD anser en slik tipstelefon for å være et for drastisk tiltak, særlig når omfanget av ulovlige direkteanskaffelser er ukjent.

Arbeidsgruppen anbefaler (s. 34) at de som tipser tilsynet om en ulovlig direkteanskaffelse gis anledning til å være anonyme i samme utstrekning som i konkurransesaker. FD anser dette å være et tiltak som er uproporsjonalt sett i forhold til lovovertredselsens karakter mht alvorlighetsgrad.

FD er enig i arbeidsgruppens forslag om å ikke pålegge KOFA noen selvstendig funksjon som tilsynsmyndighet ved direkteanskaffelser.

### **4. Vurdering av forslag til nye sanksjonsmuligheter**

#### **a) Sanksjonsreglenes anvendelsesområde**

Det kommer ikke klart frem hvorvidt arbeidsgruppen mener at sanksjonsreglene kun skal knyttes direkte opp mot brudd på vilkårene i FOA § 11-2, eller om også brudd på FOA § 4-3 (forhandlet kontrakt uten forutgående kunngjøring) og forsyningsforskriften § 17 annet ledd omfattes, jf. kapittel I, underpunkt 4 i rapporten (s. 8).

FOA § 4-3 har nøyaktig samme effekt overfor forbigåtte leverandører som en direkteanskaffelse etter FOA § 11-2. FD ser derfor ingen grunn til at ulovlige direkteanskaffelser etter FOA § 4-3 ikke skal underlegges samme reaksjonssystem som etter FOA § 11-2.

## **b) Nærmere om unntakene i FOA § 11-2**

Når sanksjoner innføres ved brudd på en bestemmelse er det viktig for oppdragsgivers forutberegnelighet at bestemmelsen er entydig og enkel å forstå. Slik FOA § 11-2 er utformet i dag, kan bestemmelsen oppfattes som lite klar. Bestemmelsen bør derfor omformes slik at risikoen for feil anvendelse blir mindre.

Det kommer ikke klart frem av rapporten hvorvidt samtlige tiltak og sanksjonsbestemmelser skal gjelde likt for alle unntaksbestemmelsene i FOA § 11-2. De ulike unntakene er innholdsmessig ulike, og det antas derfor at ikke alle unntakene kan misbrukes i like stor grad. Ett eksempel er FOA § 11-2 bokstav f som hjemler adgang til direkteanskaffelse hvor en opprinnelig kunngjort konkurranse må anses å ha vært mislykket. I slike tilfeller vil markedet være kjent med oppdragsgivers behov. Leverandørene har dermed muligheter til å angripe oppdragsgivers beslutninger dersom vilkårene for direkteanskaffelse ikke foreligger. På bakgrunn av ovennevnte vil FD anmode om at man etter høringsrunden ser nærmere på spørsmålet om alle unntakene skal undergis samme regulering.

## **c) Forslag om å innføre sivilrettslig bot**

Arbeidsgruppen anbefaler følgende vedrørende sivilrettslig bot (s. 41 og s. 42):

*"... bot vil være et velegnet sanksjonsmiddel ved ulovlig direkteanskaffelser... Konkurransetilsynet gis myndighet til å ilegge bøter ved en ulovlig direkteanskaffelse... sivilrettslige bøter bør ilegges som forelegg..."*

FD er enig ovennevnte, men ønsker å påpeke at dersom man velger å innføre sivilrettslig bot som sanksjonsmiddel bør det utarbeides klare og utfyllende retningslinjer for Konkurransetilsynets håndheving av slike saker. Retningslinjene må videre gjøres allment tilgjengelig for oppdragsgiverne.

Vedrørende de rettslige vilkår for sivilrettslig bot følger det av arbeidsgruppens anbefaling (s. 45):

*"Arbeidsgruppens flertall anbefaler at det kreves at oppdragsgiver visste eller burde vite at de brøt regelverket for at bot kan ilegges. En bør legge til grunn et forholdsvis strengt aktsomhetskrav. Aktsomhetskravet bør skjerpes jo større anskaffelsen er og ved gjentakelse.."*

FD er enig med arbeidsgruppen at det ikke skal være tilstrekkelig at vilkårene i FOA § 11-2 objektivt sett ikke er oppfylt. FD er videre enig med arbeidsgruppen i at man må foreta en helhetsvurdering, men FD er ikke enig i at aktsomhetsnormen bør være streng.

Det er viktig å påpeke at mange av regelbruddene skyldes uvitenhet omkring unntaksreglenes anvendelsesområde, såkalt rettsvillfarelse. Etter alminnelig rett skal det svært mye til for at en rettsvillfarelse anses unnskyldelig. Anskaffelsesregelverket, som i hovedsak praktiseres av ikke-jurister, bør derfor i større grad være

selvforklarende. På bakgrunn av ovennevnte finner FD igjen grunn til å påpeke at direkteanskaffelsesreglene burde få en bedre og tydeligere utforming. Videre burde informasjonen rundt regelverket tydeligere formidles, og opplæring av saksbehandlere burde finne sted.

#### **d) Forslag om å innføre bestemmelse om ugyldighet**

FD tiltrer mindretallets prinsipielle innvendinger mot å innføre en bestemmelse som gir adgang til å erklære en ulovlig kontrakt ugyldig, jf. kapittel VIII underpunkt 2.3. (s. 53):

*"Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) kan på det foreliggende grunnlag ikke slutte seg til anbefalingen om at et håndhevingsorgan gis hjemmel til å erklære en kontrakt ugyldig, selv om dette begrenses til nærmere avgrensede tilfeller. Hun viser særlig til at det er vanskelig å se at en slik regel på tilfredsstillende måte skal kunne ivareta de ulike kryssende hensyn: tilstrekkelig grad av rettssikkerhet for partene i den presumptivt ulovlig inngåtte kontrakten, interessene til den leverandøren som i god tro har fått kontrakten og oppdragsgivers interesse i å få gjennomført anskaffelsen innen rimelig tid."*

Prinsipielt er det betenkelig å erklære en inngått kontrakt for ugyldig, så lenge de alminnelige avtalerettslige regler er overholdt. En slik ugyldighetshjemmel kan svekke forutsigbarheten for begge parter, kanskje særlig for leverandøren. Resultatet kan bli at usikkerheten prises inn i leveransen.

Hensynet til en forsvarlig økonomiforvaltning hos oppdragsgiver tilsier videre at man skal være varsom med å gi en utenforstående aktør adgang til å terminere inngåtte og påbegynte kontrakter.

#### **e) Forslaget om å innføre straff**

Problemstillingen er hvorvidt det er prinsipielt ønskelig å innføre straff mot ulovlige direkteanskaffelser. FD støtter mindretallet i arbeidsgruppen fra KS, AAD og Regjeringsadvokaten i kapittel VIII underpunkt 3.2. (s. 57):

*"Et mindretall bestående av Anders Hauger (KS), Thorvald Wettestad (AAD) og Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) mener at det ikke er nødvendig eller ønskelig med en slik spesiell straffebestemmelse, og viser til at sanksjonen sivilrettslig bot samt oppdragsgivers mulighet for tjenestelige sanksjoner i forhold til sine ansatte er tilstrekkelig for å oppfylle de samme formål."*

Forslaget til straffebestemmelse er ment å ramme de mest alvorlige tilfellene av ulovlige direkteanskaffelser. Bestemmelsen må antas å ha betydelig preventiv effekt, langt utover bestemmelsens tilskattede anvendelsesområde. FD anser derfor straffesanksjonering som et tiltak som er uproporsjonalt sett i forhold til lovovertrædelsens karakter mht alvorlighetsgrad.

## 5. Vurdering av andre virkemidler

### a) Protokollføring

En offentlig virksomhet kan ha vesentlig flere anskaffelser over kr. 50.000,- enn over kr. 200.000. Protokollføring av alle direkte anskaffelser over kr. 50.000 kan derfor medføre et betydelig merarbeid og følgelig økte kostnader. Det vises i denne sammenheng til arbeidsgruppens mindretall (s. 67):

*"...representanten fra KS og Regjeringsadvokaten ønsket en grense på NOK 200 000".*

FD støtter mindretallets syn, og mener grensen for anskaffelseprotokollen bør være kr. 200.000.

### b) Kunngjøringsplikt for direkteanskaffelser over kr. 200.000,-

Det følger av arbeidsgruppens anbefaling (s. 69) at arbeidsgruppen foreslår å utvide kunngjøringsplikten til å omfatte alle direkteanskaffelser over NOK 200.000.

FD er uenig i forslaget. En "direkte" anskaffelse defineres i FOA § 1-4 bokstav k som en "anskaffelse som skjer ved direkte henvendelse til en eller flere leverandører". Ved en direkteanskaffelse skjer det altså ingen forutgående kunngjøring. En kunngjøringsplikt vil derfor i utgangspunktet ikke gi andre leverandører mulighet for konkurranse. Andre leverandører vil imidlertid kunne opptre som kontrollører. Denne type kontroll synes å være en overreaksjon, og vil medføre økt arbeidsbyrde, samt økte administrative kostnader hos oppdragsgiver og Norsk lysingsblad.

## 6. Andre merknader

I kapittel VII underpunkt 4 diskuteres forholdet mellom KOFA og Konkurransetilsynet. Det konkluderes med at en bør ha anledning til både å klage til KOFA og tipse Konkurransetilsynet om en og samme sak. En slik dobbelbehandling synes uheldig, og kan være egnet til å forvirre, noe som også arbeidsgruppen selv påpeker (s 35):


*"Parallell behandling av saker vil naturligvis kunne være uheldig av ressurs hensyn og hensynet til ensartet praksis. Det vil også være uheldig for både Nemndas og Konkurransetilsynets anseelse dersom de kommer til ulik konklusjon i mange saker."(s.35).* At arbeidsgruppen likevel faller ned på motsatt konklusjon, kan synes underlig.

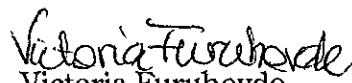
## 7. Konklusjon

FD savner en redegjørelse for de konsekvenser de fremsatte forslag kan medføre. Videre savner FD en nærmere redegjørelse for hvilke tiltak som kan gjennomføres innenfor gjeldende regelverk, som for eksempel opplæring av saksbehandlere, bedret informasjon om regelverket, samt innføring av en egen bestemmelse i FOA med direkte henvisning til tjenestemannsloven og korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven.

FD mener derfor at AUDA-rapporten ikke fullt ut burde tas til følge, men i stedet danne grunnlag for et bredere sammensatt utvalg, med et bredere mandat, som kan se på hvorledes anskaffelsesvirksomheten i staten kan bli mer effektiv og korrekt innenfor gjeldende regler.

Med hilsen

  
Per Christensen (e.f.)  
avdelingsdirektør

  
Victoria Furuhojde  
førstekonsulent