



DET KONGELEGE
SOSIALDEPARTEMENT

Nærings- og handelsdepartementet
Postboks 8014 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref
03/01343

Dato
20.08.2003

**Høringsbrev – rapport fra AUDA –
”Arbeidsgruppen mot Ulovelige Direkte Anskaffelser”**

Vi viser til brev av 19. mai d.å. fra Nærings- og handelsdepartementet hvor NHD ber om innspill på framlegget til tiltak og sanksjoner.

Formålet bak anskaffelsesregelverket er å sikre det offentlige kostnadseffektive innkjøp og samtidig tilgodese næringslivets interesser gjennom effektiv konkurranse.

Sosialdepartementets merknader til arbeidsgruppen mandat og NHD's forslag til virkemidler i forhold til etterlevelse av regelverket

Bakgrunnen for rapporten er at Riksrevisjonen har avdekket manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser. Ved behandling av Riksrevisjonens rapport har Kontroll- og konstitusjonskomiteen i Inst. S. nr 101 (2001-2002) bl. a. uttalt:

Komiteen vil understreke betydningen av at regelverket blir etterlevet og forutsetter at de nødvendige tiltak blir iverksatt for å rette opp de påpekte forhold.

På denne bakgrunn har NHD valgt å nedsette en arbeidsgruppe som har fått som mandat å utrede **sanksjonsmekanismer** mot ulovelige direkteanskaffelser.

I Inst S. nr 101 (2001-2002) påpeker kontroll- og konstitusjonskomiteen det uheldige ved at regelverket ikke etterleves og forutsetter at nødvendige tiltak blir iverksatt for å rette opp de påpekte forhold. Videre ber komiteen om en generell redegjørelse for omfanget av manglende etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser.

Sosialdepartementet tolker ikke komiteens uttalelser dit hen at det bare er tenkt på

utredning av sanksjonsmekanismer for at man kan rette opp de påpekte forhold. Sosialdepartementet tar til etterretning at omfanget av ulovelige direkteanskaffelser er omfattende, men årsakene kan være mange og tilsvarende kan virkemidlene for å bedre etterlevelsen av regelverket være flere enn å utrede sanksjonsmekanismer.

Under kapittel III Beskrivelse av problemet, viser arbeidsgruppen til Inst S. nr 130 (2002-2003) fra Kontroll- og konstitusjonskomiteen hvor det påpekes at det fremdeles er betydelige feil og mangler knyttet til anskaffelsesvirksomheten i staten og at Riksrevisjonen etterlyser økt fokus på kompetanse og behovet for etablering av tilfredsstillende rutiner for oppfølging av gjeldende regelverk. Komiteen forutsetter at arbeidet med å *etablere rutiner til å sikre regelverket* intensiveres.

Arbeidsgruppen har i kapittel VI skissert fire fremgangsmåter for å sikre en bedre etterlevelse av regelverket, som kan anvendes hver for seg eller i kombinasjon:

1. forenkle regelverket
2. øke informasjon om regelverket
3. særskilte administrative rutiner
4. innføre sanksjoner

Arbeidsgruppen nevner også at det i utgangspunktet ikke er ønskelig å styre adferden til offentlige organer med offentlige sanksjoner, da offentlige organer generelt er innstilt på å overholde regelverket. Terskelen for å innføre sanksjoner, uttaler arbeidsgruppen, må på denne bakgrunn være relativt høy.

Sosialdepartementet er i utgangspunktet enig i disse synspunktene og vil tilrå at bruken av regelverket for offentlige anskaffelser må legges bedre til rette både ved økt informasjon og utarbeidelse av særskilte administrative rutiner før man som siste utvei benytter sanksjoner.

Sosialdepartementet viser i den forbindelse til det arbeidet som er i gang i Statens forvaltningstjeneste med utarbeidelse av en kravspesifikasjon til et anskaffelsesstøttesystem (EASS).

Sosialdepartementet antar at NHD i det videre arbeidet benytter et vidt spekter med virkemidler for å sikre at regelverket etterleves.

Rapporten fra AUDA

I merknadene nedenfor har Sosialdepartementet merknader til selve rapporten. Merknadene er i hovedsak innhentet fra Rikstrygdeverket og departementet slutter seg til disse.

Konkurransetilsynet får i oppgave å føre tilsyn med ulovelige direktekjøp

Sosialdepartementet er enig med arbeidsgruppen i at et særskilt tilsynsorgan ikke er velegnet når det gjelder å avdekke ulovelige direktekjøp. Når det gjelder arbeidsgruppens anbefaling om at Konkurransetilsynet gis en tilsynsfunksjon for ulovelige direkteanskaffelser, har Sosialdepartementet følgende kommentarer til dette:

Vi stiller spørsmål ved om det er hensiktsmessig at en slik eventuell tilsynsfunksjon legges til Konkurransetilsynet. Det bemerkes at det nylig er innført en egen klagenemnd for offentlige anskaffelser. Da arbeidsgruppen avsluttet sitt arbeid, hadde klagenemnda bare vært i funksjon i vel 3 måneder. Det forelå da liten erfaring med nemndas virksomhet. Erfaringer fra slike klagenemnder er at selv om nemnda har kompetanse til å gi rådgivende uttalelser er det svært få som er innklaget som ignorerer nemndas uttalelser. Det er all grunn til å tro at en slik nemnd som opparbeider seg spisskompetanse også vil vinne frem med sitt syn dersom vedtaket fra nemnda skulle bringes inn for domstolene av den tapende part. Sosialdepartementet støtter således "Simonsen-utvalget" om at "en klagenemnd i tilstrekkelig grad vil kunne bidra til en mer effektiv håndhevelse av regelverket, og at selvkontrollerende mekanismer i praksis har vist seg å være mer effektive, smidige og mindre kostbare enn topptunge tilsynsordninger".

Sosialdepartementet er av den oppfatning at etter hvert som klagenemnda blir kjent for oppdragsgivere vil det være svært få oppdragsgivere som vil ignorere plikten til å kunnngjøre en konkurranse.

En tilsynsfunksjon som legges til Konkurransetilsynet ville også innebære en oppdeling av kunnskap og en dårlig utnyttelse av den kunnskapsmessige erfaring klagenemnda etter hvert bygger opp. Vi mener derfor at all overvåkning av offentlige innkjøp bør være samlet på ett sted, og at Klagenemnda er dette organet.

Protokollføring av direkteanskaffelser. Alle direkteanskaffelser over en viss størrelse skal føres i anskaffelsesprotokollen. Gruppens flertall mener at alle anskaffelser over NOK 50 000 bør føres i protokollen, mens to medlemmer mener grensen bør være NOK 200 000.

I følge forskriften om offentlige anskaffelser § 15-1 skal oppdragsgiver "føre kontroll fra konkurranse som skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen". I § 11-2 gjøres det imidlertid unntak fra regelen om protokollføring for direkteanskaffelser.

Sosialdepartementet støtter arbeidsgruppens anbefaling om at kravet til protokollføring utvides til å gjelde direkteanskaffelser over et visst beløp da dette utvilsomt vil bevisstgjøre oppdragsgivere og forenkle kontrollen for revisjonen og andre. Vi mener i likhet med mindretallet i arbeidsgruppen at grensen bør settes til NOK 200 000 eks mva og ikke NOK 50 000 eks mva som flertallet i arbeidsgruppen foreslår. Beløpsgrensen på NOK 200 000 samsvarer også med forslaget under neste punkt. Vi støtter videre forslaget om at det for direkte anskaffelser anbefales et forenklet krav til innhold og utforming av protokollen.

Alle direkteanskaffelser over NOK 200 000 skal forhåndskunngjøres minimum tre virkedager før kontraktsinngåelse, der det opplyses om hvilke unntaksbestemmelse anskaffelsen faller inn under.

Anskaffelsesforskriften gjør unntak for kunngjøring bl.a. for direkte anskaffelser. Vi er enig i at en utvidet kunngjøringsplikt vil bevisstgjøre oppdragsgiverne på regelverket og slik at en derved også kan få avdekket regelverksbrudd. Vi støtter derfor forslaget om å utvide kunngjøringsplikten til også å omfatte direkteanskaffelser over NOK 200 000, og at oppdragsgiver kun kunngjør hvilke unntaksbestemmelser anskaffelsen faller inn under. Vi er enig i at dersom kunngjøringsprosessen gjøres så enkel som mulig, og det ikke kreves mer enn at oppdragsgiver opplyser om hvilken unntaksbestemmelse en faller inn under, vil en kunngjøring i forkant ikke være til vesentlig ulempe for oppdragsgiveren.

Sosialdepartementet har ingen merknader til en forhåndskunngjøring minimum 3 dager før kontraktsinngåelsen såfremt det gjøres unntak fra denne fristen i force majeure tilfeller og andre spesielle tilfeller.

Formalisering av avtaleinngåelsen

Et av problemene ved at regelverket ofte brytes er etter vår vurdering tidspress for å få gjennomført en anskaffelse, kombinert med lav kompetanse og "nye" folk som får oppgaven ved hver anskaffelse. Sosialdepartementet viser i den forbindelse til arbeidsgruppens omtale av saken og vil anbefale at det legges opp til en sentralisering av anskaffelser så langt det er mulig i de forskjellige offentlige etater, alternativt at kompetanse sentraliseres som en støttefunksjon.

Forslag om sanksjoner for å motvirke ulovelige direkteanskaffelser

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

Vi viser her til drøftelsen foran hvor vi er av den oppfatning at de aktuelle tilsynsoppgaver m.v. legges til Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Grunnlaget for å kunne ilegge sivil bot er etter forslaget alminnelig uaktsomhet fra oppdragsgivers side. Dette innebærer da at det erstatningsrettslige grunnlag så langt er oppfylt dersom det kan ilegges bot. Dersom ingen kan påvise økonomisk tap på grunn av en ulovlig anskaffelse, vil boten i seg selv være den eneste sanksjon. Det kan stilles spørsmål ved om en ren overtredelse av formelt regelverk uten økonomisk tap for noen, bør belegges med bot.

Vårt standpunkt er som redegjort for foran at all erfaring tilsier at Klagenemndas avgjørelser vil bli tatt til følge av oppdragsgivere. Vi er derfor svært skeptiske til behovet for å innføre ytterligere sanksjoner.

Flertallet i arbeidsgruppen går inn for at Konkurransetilsynet skal få kompetanse til å erklære en avtale for ugyldig i visse avgrensede tilfeller
Spørsmålet her er om det kan være hensiktsmessig å ha en sanksjon som går ut på at oppdragsgiver ikke kan bygge på en avtale som er inngått i strid med regelverket. Sosialdepartementet slutter seg til mindretallets oppfatning (Regjeringsadvokaten) om at det ikke kan anbefales at et håndhevingsorgan gis hjemmel til å erklære en kontrakt ugyldig, selv om dette begrenses til nærmere avgrensede tilfeller. En slik hjemmel kan neppe ivareta de ulike kryssende hensyn, dvs tilstrekkelig grad av rettsikkerhet 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.


Konkurransetilsynet overtar NHD's kompetanse til å gi pålegg for å hindre ulovlige direkteanskaffelser.

Det vises her til drøftelsen foran hvor vi er i mot at Konkurransetilsynet skal ha tilsyn med offentlige anskaffelser.

Arbeidsgruppens flertall går inn for at domstolene gis adgang til å ilegge straff overfor personer eller foretak dersom en grovt uaktsomt eller forsettlig foretar en ulovlig direkteanskaffelse. Straffebudet bør først og fremst rette seg mot manglende kunngjøring.

Vi slutter oss til mindretallet i arbeidsgruppen (Regjeringsadvokaten, KS og AAD) om at det ikke er nødvendig eller ønskelig med en slik spesiell straffebestemmelse. Vi vil også vise til at kombinasjonen bot og straffebestemmelse antagelig vil være dobbeltstraff og stride mot Europeiske Menneskerettighets Konvensjonens bestemmelser, jf tilleggsprotokoll 7 til EMK art. 4.

Med hilsen


Tom Gulliksen e.f.
avdelingsdirektør


Hans Erik Børresen
underdirektør