Svar ang. høring - rapport fra AUDA - "Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser"

Nærings- og handelsdepartementet har bedt Øvre Eiker kommune om innspill til de forslag til tiltak og sanksjoner som fremkommer i forbindelse med rapporten fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser.

Vi har i de følgende sider valgt å kommentere med henvisning til det enkelte kapittel eller med henvisning til den enkelte anbefaling/vurdering/påstand fra Arbeidsgruppen. Utdrag fra rapporten står skrevet med vanlig skrift, mens våre kommentarer står skrevet med kursiv:

Kap I: Innledning
I andre avsnittet side 5 står skrevet at "I offentlige virksomheter har privatøkonomiske incitamenter tradisjonelt ikke vært like sterke som i private virksomheter. Formålet bak anskaffelsesregelverket er å sikre det offentlige kostnadseffektive innkjøp og samtidig tilgodes næringslivets interesser gjennom effektiv konkurranse".

Etter vår mening har kommunene i dag svært sterk fokus på å sikre kostnadseffektive anskaffelser. Dette ikke minst sett i sammenheng med dagens kommunøkonomi.

I tredje avsnittet side 5 står skrevet at "Statistikk hentet fra den obligatoriske kunngjøringsdatabasen DOFFIN viser imidlertid at svært få oppdragsgivere har foretatt kunngjøringer etter at det nye innkjøpsregelverket trådte i kraft 1.juli 2001. ........kan denne statistikken tyde på at mange oppdragsgivere foretar ulovlige direktanskaffelser"

Mange kommuner ser seg ikke råd til å ansette egne innkjøpsansvarligere. For disse kommunene, og også for kommuner med egne innkjøpsansvarligere, har innkjøpsamarbeid vært en løsning. Dette innebærer at det bak mange av kunngjøringene som gjøres i DOFFIN og TED kan stå alt fra noen få kommuner opp til flere fylkeskommuner med samarbeidende kommuner. Det er derfor viktig at man ikke bare ser på antall kunngjøring og hvilke oppdragsgivere som kunngjør, men at man også ser på innholdet i, og verdien av, kunngjøringen for å avdekke denne type innkjøpsamarbeid.
Kap. II : Sammendrag
Sammendraget kommenteres ikke separat, da de enkelte anbefalinger/vurderinger/påstander kommenteres i de følgende kapitler.

Kap. III : Beskrivelse av problemet
I fjere avsnitt side 10 skrevet at "Det er ikke kartlagt hvor stort problemet er med ulovlige direkteanskalser i Norge"

Det er vår oppfatning at kommunene ønsker å forholde seg til gjeldende regelverk om offentlige anskaffelser. Der kommunene har egne innkjøpsansvarlige jobber disse som oftest med rammeavtaler og bistår ved enkelteanskalser over kr 200.000. I den grad det blir foretatt ulovlige direkteanskalser er vi av den oppfatning at dette finner sted uen organisasjonen uten innkjøpsansvarliges kjennekap og involvering. Dette vil i stor grad kunne forebygges ved økt ressurstitførelse til innkjøpsfunksjonen og ved økt opplæring/informasjon.

I fjere punktet tilhørende andre avsnitt side 16 står skrevet at "Mange leverandører vegrer seg i praksis for å innrapportere ulovligheter fordi de frykter å bli "svartelisted" av oppdragsgiver de klager på, slik at de ikke vil bli tildelt kontrakt i en fremtidig anbudskonkurranse".

Dette var kanskje situasjonen for noen år tilbake, men vår oppfatning er at dette ikke lenger er tilfellet. Lov om offentlige anskaffelser gjeldende fra 1.juli 2001 har helt klart gitt leverandørene økte rettigheter og innføringen av Klagenemnda fra 1.januar 2003 har sentent terskelen for å klage på kommunene som oppdragsgivere. Antall klager til Klagenemnda (i underkant av 150 stk ultimo juli) kan tyle på at leverandørene ikke er redd for å bli svartelisted.

Kap. IV : Vurdering av eksisterende sanksjonsmuligheter
Ingen kommentar.

Kap V : Andre rettssystemer / internasjonal rett
Ingen kommentar.

Kap. VI : Vurdering av om man bør innføre ytterligere sanksjoner for å motvirke ulovlige direkteanskalser

I annet avsnitt side 27 står skrevet at "I utgangspunktet er det ikke ønskelig å styre adferden til offentlige organer med offentlige sanksjoner. Arbeidsgruppen antar at offentlige organer generelt er innstilt på å holde respekt for regelverket. Terskelen for å innføre sanksjoner må på denne bakgrunn være relativt høy".

Til dette kan vi bare gi vår tilshutning. Arbeidsgruppens anbefalinger synes dessverre å bevege seg noe bort fra denne uttalelsen senere i rapporten.

I fjere avsnitt side 27 står skrevet at "Imidlertid etterlyser arbeidsgruppen konkret dokumentasj-sjon om årsaken til at det foretas ulovlige direkteanskalser. Uten slik dokumentasjon er det vanskelig å ha noen sikker formening om hvilke tiltak det er hensiktmessig å gjennomføre for å sikre etterlevelse". Man kommer videre inn på dette i avsnitt 2.2 på side 28.

Vi mener man bør ta seg tid til å finne årsakene til ulovlige direkteanskalser. Ved å kjenne årsakene kan man skreddersy virkemidler og tiltak fremfor å kanskje sette i verk en rekke tiltak som kanskje ikke løser problemet. Vi støtter her fullt ut Anders Hauger, KS som peker på at både forenkling av regelverket og vurdering av utvidelse av hjemlene for direkte-anskalser vil være et nødvendig forarbeid før det innføres santsjoner. Det samme gjelder Fanny Platou Amble,
Regjeringssadvokaten som fremholder at det i tilknytning til eventuell innføring av sanksjoner bør vurderes å heve beløpsgrensen i forskriften § 11-2 a, og som mener at det kan reises spørsmål ved 1) om oppdragsgivers totalkostnader ved å følge anbudsreglene, i alle fall ved mer komplekse kontrakttyper, står i rimelig forhold til en beløpsgrense på kr 200.000, og 2) om de samfunnsmessige kostnader ved å avdekke og forfølge regelbrudd i enkeltsaker står i rimelig forhold til en slik beløpsgrense.

I punkt 2.3 side 28 står skrevet at "Arbeidsgruppen mener etterlevelsen av regelverket vil bedres ved innføring av tiltak som beskrevet i kap IX, men at dette ikke er tilstrekkelig for å motvirke de bevisste tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser".

Her ønsker vi å henvise til vår første kommentar under kap III. Det er vår oppfatning at ulovlige direkteanskaffelser i mange tilfeller er ubevisste brudd på regelverket grunnet manglende kjennskap til Lov om offentlige anskaffelser.

Kap. VII: Vurdering av om man bør innføre et tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser

På side 32 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: "Arbeidsgruppen anbefaler ikke at det opprettes et særskilt tilsynsorgan, men at Konkurransetilsynet gis en tilsynsfunksjon for ulovlige direkteanskaffelser."

Med bakgrunn i våre kommentarer generelt er vi av den oppfatning at å gi Konkurransetilsynet en tilsynsfunksjon med tilhørende økte driftskostnader ikke står i forhold til problemets størrelse. Man bør heller fortsette arbeidet med å øke bevisshet om og kjennskap til Lov om offentlige anskaffelser i kommunene, og dermed bruker penger positivt til ytterligere opplæring og oppfølging internt i de ulike organisasjoner.


Til dette er vår kommentar at vi som oppdragsgivere kan måtte risikere å måtte følge opp samme sak to steder. Dette vil etter vår mening være unødig ressursbruk. Foreslår at dersom Konkurransetilsynet skal ha en tilsynsfunksjon så bør det opprettes en fordeling mellom Konkurransetilsynet og Klagenemnda, f.eks ved at Klagenemnda håndterer kunngjorte anskaffelser, mens Konkurransetilsynet tar seg av direkteanskaffelser.

Kap. VIII: Vurdering av forslag til nye sanksjonsmekanismer

På side 42 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: "Arbeidsgruppen anbefaler at Konkurransetilsynet gis myndighet til å illege bøter ved en ulovlig direkteanskaffelse.

Arbeidsgruppen mener sivilettelslige bøter bør ilegges som forelegg. Dersom forelegget ikke vedtas, kan Konkurransetilsynet bringe saken inn for domstolen."

Med henvisning til våre kommentarer under kap III og VI er vi imot at bøter innføres.

På side 45 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: "Arbeidsgruppens flertall mener at handlingsnormen bør knyttes opp mot den regelen overtredelsen refererer seg til, nemlig at det er foretatt en direkteanskaffelse som ikke er lovlig i henhold til anskaffelsesforskriftens § 11-2. Ettersom anskaffelsesforskriftens § 11-2 ikke gjelder på forsyningssektoren, og det heller ikke eksisterer noen tilsvarande bestemmelse i forsyningsforskriftene, vil en slik henvisning innebære at bestemmelsen ikke gjelder for forsyningssektoren. Dette er et problem det må tas hensyn til ved den
endelige utformingen av regelverket. Representanten fra KS, Anders Hauger, mener at handlingsnormen bør knyttes opp til manglende kunngjøring eller begrunnelse av direkte- anskaffelser, og viser i den forbindelse til vurderingen i punkt 3.4.2. Sivil bør bør kun rette seg mot oppdragsgivere i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 2, ikke privatpersoner.

Arbeidsgruppens flertall anbefaler at det kreves at oppdragsgiver visste eller burde vite at de brøt regelverket for at en bøt kan legges. En bør legge til grunn et forholdsvis strenge aktsomhetskraav. Aktsomhetskraavet bør skjerpes jo større anskaffelsen er og ved gjentagelse. Representanten fra KS, Anders Hauger, mener at sanksjoner av denne art bør forbeholdes de forsettelige og grovt uakturomne overtredelser frem til det er kortlagt mer om bakgrunnen for at regelverket brytes og om det er mulig å forhindre brudd på regelverket ved andre tiltak enn sanksjoner. Av hensyn til forutberegneligheten for brukerne og at regelen skal få tilsikt effekt bør en ny hjemmel som gir adgang til å illegge bøter etter arbeidsgruppens vurdering plasseres i lov om offentlige anskaffelser og henvises til i anskaffelsesforskriften § 11-2."

Dersom bøter først skal innføres støtter vi ovennevnte kommentarer/innvendinger fra KS.

På side 53 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: "Arbeidsgruppen anbefaler ikke at det innføres en generell hjemmel til å erklære kontrakter etter en ulovlig direkteanskaffelse ugyldig, men anbefaler at det innføres en hjemmel som gir anledning til å erklære kontrakt ugyldig i visse tilfeller. Avgrensinga av dette droftes nærmere i punkt 2.5 nedenfor. Fanny Platou Amble (Regjeringssadvokaten) kan på det foreliggende grunnlag ikke slutte seg til anbefalingen om at et håndhevelsesorgan gir hjemmel til å erklære en kontrakt ugyldig, selv om dette begrensnes til nærmere avgrensede tilfeller. Hun viser særlig til at det er vanskelig å se at en av rettsfærdighet 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."

Her støtter vi ovennevnte kommentarer/innvendinger fra Regjeringssadvokaten.


Vi henviser til kommentaren til anbefalingen ovenfor.


Her støtter vi ovennevnte kommentarer/innvendinger fra KS, AAD og Regjeringssadvokaten.

Kap IX : Vurdering av andre virkemidler

På side 67 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: "På bakgrunn av ovenstående er arbeidsgruppens anbefaling at det bør foretas en utvidelse av plikten til protokollføring ved offentlige anskaffelser, herunder direktanskaffelser, som ev. kan hjemles ved en endring eller et tillegg til eksisterende bestemmelser i forskriften § 11-2 og § 15-1. Arbeidsgruppens flertall
anbefaler at alle direkteanskaffelser over NOK 50.000 må protokolleres, mens representanten fra KS og Regjeringsadvokaten ønsket en grense på NOK 200.000. For direkteanskaffelser anbefales et forenklet krav til innhold og utforming av protokollen.”

Her støtter vi innvendingen fra KS og Regjeringsadvokaten. Forskriftens § 11-2 (1) a. åpner for direkteanskaffelser under kr 200.000. Det skulle derfor være unadvidelig byråkratisk å måtte protokollføre en lovlig anskaffelse. Forskriftens § 11-2 (1) b.-g. åpner også for direkte-anskaffelser med verdi over kr 200.000. Her støtter vi kravet om protokollføring med henvisning til hvilken bokstav (b-g) som påberopes som grunnlag for å foreta en direktanskaffelse. Dette for å synliggjøre at man faktisk har vurdert anskaffelsen opp mot Lov om offentlige anskaffelser

På side 69 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: ”Arbeidsgruppen foreslår å utvide kunngjøringsplikten til å omfatte alle direkteanskaffelser over NOK 200.000. Anskaffelsesforskriftens § 13-1 første ledd og § 11-2 annet ledd må i såfall endres.”

Med henvisning til våre kommentarer generelt og til kommentaren ovenfor er vi ikke enige i dette. Vi mener at økt opplysning/informasjon, krav til protokollføring ved direktanskaffelse over kr 200.000 og kontroll fra revisjon burde være tilstrekkelig.

På side 72 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: ”Arbeidsgruppen, med unntak av Regjeringsadvokaten, mener at det ved enhver overføring av midler til offentlige oppdragsgivere bør vurderes om det er hensiktsmessig å ta inn et tellkår om at en kan miste/få redusert støtten dersom en bryter anskaffelsesregelverket. En generell ordning der oppdragsgiver kan tape offentlig støtte dersom en har foretatt en ulovlig direktanskaffelse anbefales imidlertid ikke.”

Med henvisning til våre tidligere kommentarer under kap III og VI er vi uenige i ovennevnte. En slik fremgangsmåte vil kunne ramme kommunene hardt og med uheldige ringleveringer i en hardt presset kommuneøkonomi.

Kap. X : Arbeidsgruppens forslag
Se våre kommentarer til tidligere kapitler.

Kap. XI : Økonomiske og administrative konsekvenser av forslaget

Under Pkt 1.3 Hva kjører det offentlige? står det i tredje avsnittet skrevet at ”En statistisk undersøkelse i TED-databasen viser at det i 2001 ble tildelt 380 kontrakter til en verdi av NOK 20, 75 milliarder”. Senere under samme punkt skriver de at ”Når en vet at det offentlige gjorde anskaffelser for NOK 204,8 milliarder i 2001, tilsier dette at anskaffelser for ca NOK 184 milliarder ikke ble kunngjort i TED-databasen”.

Lov om offentlige anskaffelser sier at man skal ha veiledende kunngjøring om de anskaffelser man planlegger å gjennomføre, deretter skal man kunngjøre den enkelte anskaffelse, for siden å kunngjøre kontraktsstilkjede. I praktis blir veiledende kunngjøringer og kunngjøring av kontraktsstilighet ikke alltid benyttet! Man forholder seg til kravet om meddelelse om kontraktsstilighet med tilhørende karenstid og begrunnelsesplikten, men forsøker kuttet ned på kunngjøringskostnadene. Dersom arbeidsgruppen derfor har sett på kunngjøring av kontraktsstilighet (noe ovennevnte tekst kan tyde på) opp mot samlede offentlige anskaffelser vil ikke dette forholdet gi spørsmåler den faktiske andel anskaffelser som kunngjøres / utsettes for konkurranse, jfr kommentarer i medledningsvis.

Under siste avsnitt til 2.1 Virkninger for det offentlige skriver det at ”Arbeidsgruppen antar at de økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget for politi- og påtalemyndighet ikke blir merkbare”
Dersom Arbeidsgruppens forslag om innføring av straff gjennomføres må da dette få økonomiske og administrative konsekvenser for politi- og påtalemønshet.

Pkt 2.2 Virkninger for oppdragsgiver

Innføringen av ny Lov om offentlige anskaffelser gjort gyldig fra 1.juli 2001 med innføring av en nasjonal terskel på kr 200.000 har medført en vesentlig arbeidssøknad for kommunene i form av utarbeidelse av konkurransesemilag, kunngjøringar, protokollføring mv. Gjennomføring av de forslag som kommer fra Arbeidsgruppen vil etter vår mening medføre en ytterligere økning av dette arbeidsmengden, og vi kan ikke på noen måte finne det dokumentert at de samfunns-messige kostnader ved å avdekke og forfølge regelbrudd i enkeltaksaker står i rimelig forhold til eventuelle innsparringar.

På side 80 er Arbeidsgruppens vurdering som følger: "Forslaget innebærer økt budsjettering til Arbeids- og administrasjonsdepartementet/Konkurransefelleset som følge av økte driftskostnader, og kan på kort sikt medføre en generell økning av det offentliges anskaffelsesutgifter.

Arbeidsgruppen mener imidlertid forslaget på sikt vil medføre en betydelig innsporing for det offentlige, og at kostnadene ved å innføre og håndheve sanksjonene i et slikt perspektiv er beskjedne ettersom den anvender allerede eksisterende organer. Arbeidsgruppens forslag har til hensikt å bidra til å redusere omfanget av ulovlige direkteanskaffelser. Like konkurransevilkår vil gi besparelser for det offentlige og et riktigere pristilbud. Flere leverandører vil få muligheten til å delta i konkurranse om offentlige kontrakter, noe som må forventes å gi positive ringvirkninger for næringslivet generelt. Arbeidsgruppen foreslår at det foreslås en evaluering etter for eksempel en periode på to år, der en vurderer hvorvidt tilsynssorganet fungerer, hvor mange tiltak av ulovlige direkteanskaffelser som oppdages hvert år, og hvor store samfunnskostnadene er ved å anvende sanksjoner m.v."

Vi er ikke enige i Arbeidsgruppens påstand om at forslaget på sikt vil medføre en betydelig innsporing for det offentlige. Dette da vi er av den oppfatning at problemet kan være sterkt overdrevet, og fordi vi oppfatter at kommunene i dag har en sterk fokus på kostnadseffektive anskaffelser.

Dersom man først skal komme med tiltak mener vi det er viktig å først kartlegge årsakene til ulovlige direkteanskaffelser for å kunne skreddersy virkemidlene. Videre bør man avvente virkningen av Klagenemda. Lokalpressens fokus på kommunene ved klager vil helt klart bidra til åvirke forebyggende også på eventuelle ulovlige direkteanskaffelser. Klagenemndas fortolkninger av regelverket er viktig for offentlige oppdragsgivere og deres forståelse av regelverket.

Vi mener også at man må se på regelstyring vs verdistyring. Regler kan være nødvendig, men regler må "selges", dvs oppfattes som nyttige og formålstjenele for de berørte parter. De bør ikke være noe som skal følges for å utgå fra straff.

Regjeringen har vært opprett av avbyråkratisering i offentlig sektor, jfr blant annet "På lokale vetier" (fra KS, KRD og AAD av aug 2001) om fornyelse og omstilling i stat og kommune og "Fra ord til handling" (fra AAD av 24.01.02) om modernisering, effektivisering og forenkling i offentlig sektor. Vi kan derfor ikke se at rapporten fra AUDA bygger opp under Regjeringens/Stortingets linje på dette området.

Med vennlig hilsen

[Signature]
Anne Sønstebø
Kommunalsjef

[Signature]
Britt Fure
Innkjøpsansvarlig