



ØVRE EIKER KOMMUNE

Kontorsjef

Saksbeh.: Britt Fure
Tlf: 32 25 10 48 • Faks: 32 25 10 90
Deres ref: 200303371-1
Vår ref: 03/02625-2
Dato: 25-Jul-03

Nærings- og Handelsdepartement
v/ Kaja Breivik Furuseth
Postboks 8014 Dep
0030 OSLO

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 incitamentet tradisjonelt ikke vært like sterke som i private virksomheter. Formålet bak anskaffelsesregelverket er å sikre det offentlige kostnadseffektive innkjøp og samtidig tilgodese 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 kommuneøkonomi.

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 direkteanskaffelser"

Mange kommuner ser seg ikke råd til å ansette egne innkjøpsansvarlige. For disse kommunene, og også for kommuner med egne innkjøpsansvarlige, har innkjøpssamarbeid vært en løsning. Dette innebærer at det bak mange av kunngjøringene som gjøres i DOFFIN og TED kan stå alt fra noen få kommuner opptil flere fylkeskommuner med samarbeidende kommuner. Det er derfor viktig at man ikke bare ser på antall kunngjøringer og hvilke oppdragsgivere som kunngjør, men at man også ser på innholdet i, og verdien av, kunngjøringen for å avdekke denne type innkjøpssamarbeid.

Kap. II : Sammendrag

Sammendraget kommenteres ikke separat, da de enkelte anbefalinger/vurderinger/påstander kommenteres i de følgende kapitler.

Kap. III : Beskrivelse av problemet

I fjerde avsnittet side 15 står skrevet at "Det er ikke kartlagt hvor stort problemet er med ulovlige direkteanskaffelser 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 enkeltanskaffelser over kr 200.000. I den grad det blir foretatt ulovlige direkteanskaffelser er vi av den oppfatning at dette finner sted ute i organisasjonen uten innkjøpsansvarliges kjennskap og involvering. Dette vil i stor grad kunne forebygges ved økt ressurstilførsel til innkjøpsfunksjonen og ved økt opplæring/informasjon.

I fjerde punktet tilhørende andre avsnittet side 16 står skrevet at "Mange leverandører vegrer seg i praksis for å innrapportere ulovligheter fordi de frykter å bli "svartelistet" 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 Klagenemda fra 1.januar 2003 har senket terskelen for å klage på kommunene som oppdragsgivere. Antall klager til Klagenemda (i underkant av 150 stk ultimo juli) kan tyde på at leverandørene ikke er redde for å bli svartelistet.

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 direkteanskaffelser

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 overholde regelverket. Terskelen for å innføre sanksjoner må på denne bakgrunn være relativt høy".

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

I fjerde avsnitt side 27 står skrevet at "Imidlertid etterlyser arbeidsgruppen konkret dokumentasjon om årsaken til at det foretas ulovlige direkteanskaffelser. Uten slik dokumentasjon er det vanskelig å ha noen sikker formening om hvilke tiltak det er hensiktsmessig 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 direkteanskaffelser. 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-anskaffelser vil være et nødvendig forarbeid før det innføres sanksjoner. Det samme gjelder Fanny Platou Amble,

Regjeringsadvokaten 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 kontraktstyper, 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 ubeviste 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 bevissthet 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.

På side 36 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: "Arbeidsgruppen mener en bør ha anledning til både å kunne klage til Klagenemda og tipse Konkurransetilsynet om en sak. Konkurransetilsynet bør som en del av sin tilsynsfunksjon holde seg orientert om hva som skjer i Klagenemda."

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 Klagenemda, f.eks ved at Klagenemda 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 ilegge bøter ved en ulovlig direkteanskaffelse. Arbeidsgruppen mener sivilrettslige 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 tilsvarende bestemmelse i forsyningsforskriften, 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 direkteanskaffelser, og viser i den forbindelse til vurderingen i punkt 3.4.2. Sivil bot 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 bot kan ilegges. En bør legge til grunn et forholdsvis strengt aktsomhetskrav. Aktsomhetskravet bør skjerpes jo større anskaffelsen er og ved gjentakelse. Representanten fra KS, Anders Hauger, mener at sanksjoner av denne art bør forbeholdes de forsettlig og grovt uaktsomme overtredelser frem til det er kartlagt 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 tilsiktet effekt bør en ny hjemmel som gir adgang til å ilegge 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. Avgrensingen av dette drøftes nærmere i punkt 2.5 nedenfor. Fanny Platou Amble (Regjeringsadvokaten) kan på det foreliggende grunnlag ikke slutte seg til anbefalingen om at et håndhevelsesorgan 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 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.”

Her støtter vi ovennevnte kommentarer/innvendinger fra Regjeringsadvokaten.

På side 56 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: ”Arbeidsgruppen mener hjemmel for å erklære en kontrakt ugyldig må avgrenses til de tilfeller der en slik bestemmelse vil være praktikabel. Gruppen har innenfor den tiden en har hatt til rådighet ikke hatt mulighet til å gå inn på de mange kompliserte spørsmålsstillingene som reiser seg i tilknytning til en slik avgrensning. Gruppen vil likevel anbefale at det innføres en hjemmel til, i nærmere avgrensede tilfeller, å erklære en kontrakt for ugyldig. Den konkrete avgrensningen utredes nærmere. Arbeidsgruppen foreslår at ugyldighet kan erklæres uavhengig av oppdragsgivers og leverandørens skyld. En eventuelt ny bestemmelse om ugyldighet bør plasseres i lov om offentlige anskaffelser. Når det gjelder erstatning til opprinnelig leverandør anbefaler arbeidsgruppen ikke å fravike de utmålingsreglene som følger av alminnelig erstatningsregler, det bør imidlertid henvises til disse i en ev. ny bestemmelse. Fanny Platou Amble (Regjeringensadvokaten) viser til sine prinsipielle merknader under punkt 2.3.”

Vi henviser til kommentaren til anbefalingen ovenfor.

På side 58 er Arbeidsgruppens anbefaling som følger: ”Arbeidsgruppens flertall anbefaler en straffebestemmelse mot ulovlige direkteanskaffelser. Denne bør avgrenses til de grove og klare bruddene. Et mindretall bestående av representantene fra KS, AAD og Regjeringsadvokaten anbefaler ikke at ulovlige direkteanskaffelser straffesanksjoneres.”

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

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 unødvendig 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 opplæring/informasjon, krav til protokollføring ved direkteanskaffelse 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 vilkår 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 direkteanskaffelse 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 ringvirkninger 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 kjøper 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 skrives det 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 kontraktstildeling. I praksis blir veiledende kunngjøringer og kunngjøring av kontraktstildeling ikke alltid benyttet ! Man forholder seg til kravet om meddelelse om kontraktstildeling med tilhørende karenstid og begrunnelsesplikten, men forsøker kutte ned på kunngjøringskostnadene. Dersom arbeidsgruppen derfor har sett på kunngjøring av kontraktstildeling (noe ovennevnte tekst kan tyde på) opp mot samlede offentlige anskaffelser vil ikke dette forholdet gjenspeile den faktiske andel anskaffelser som kunngjøres / utsettes for konkurranse, jfr kommentarer innledningsvis.

Under siste avsnitt til 2.1 Virkninger for det offentlige skrives 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 påtalemyndighet.

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 arbeidsøkning for kommunene i form av utarbeidelse av konkurransegrunnlag, kunngjøringer, protokollføring mv. Gjennomføring av de forslag som kommer fra Arbeidsgruppen vil etter vår mening medføre en ytterligere økning av denne arbeidsmengden, og vi kan ikke på noen måte finne det dokumentert at de samfunns-messige kostnader ved å avdekke og forfølge regelbrudd i enkeltsaker står i rimelig forhold til eventuelle innsparinger.

På side 80 er Arbeidsgruppens vurdering som følger: "Forslaget innebærer økt budsjettering til Arbeids- og administrasjonsdepartementet/Konkurransetilsynet 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 innsparing 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 prisnivå. Flere leverandører vil få mulighet til å delta i konkurransen om offentlige kontrakter, noe som må forventes å gi positive ringvirkninger for næringslivet generelt. Arbeidsgruppen foreslår at det foretas en evaluering etter for eksempel en periode på to år, der en vurderer hvorvidt tilsynsorganet fungerer, hvor mange tilfeller 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 innsparing 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 å virke forebyggende også på eventuelle ulovlige direktanskaffelser. 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 formålstjenelige for de berørte parter. De bør ikke være noe som skal følges for å unngå straff.

Regjeringen har vært opptatt av avbyråkratisering i offentlig sektor, jfr blant annet "På lokale veier" (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


Anne Sønstebo
Kommunalsjef


Britt Fure
Innkjøpsansvarlig