



Oslo kommune
Byrådsavdeling for finans og utvikling

Nærings- og handelsdepartementet
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Dato: 30.09.2003

Deres ref:	Vår ref (saksnr):	Saksbeh:	Arkivkode:
200303371-43/KFB	200303702-4	Ingrid Bjerke Kolderup	100.1

HØRINGSUTTALELSE: AUDA - ARBEIDSGRUPPEN MOT ULOVLIGE DIREKTE ANSKAFFELSER

Vi viser til Oslo kommunes anmodning om utsatt høringsfrist av brev av 27.08.2003. Høringsfristen ble forlenget ved brev av 02.09.2003 til 1. oktober.

1. Vurdering av om en bør innføre ytterligere sanksjoner for å motvirke ulovlige direkteanskaffelser

Det fremgår av AUDAs rapport at arbeidsgruppen er usikker både på omfanget av og årsaken til at det foretas ulovlige direkteanskaffelser, fordi konkret dokumentasjon om dette mangler. Som arbeidsgruppen påpeker, kan det være flere årsaker til slike brudd på regelverket, som manglende rutiner, at regelverket er for komplisert, eller for liten kompetanse. Oslo kommune antar at manglende kunnskap om regelverket kan være en hovedårsak til at ulovlige direkteanskaffelser foretas. Etter kommunens syn bør det ikke innføres sanksjoner før årsakene til brudd på regelverket er nærmere klarlagt. En vil da ha et sikrere grunnlag for å vurdere om sanksjoner bør innføres, eventuelt om andre virkemidler er bedre egnet til å få bukt med problemet.

Oslo kommune mener det vil være av interesse å få kartlagt hvor mange av de ulovlige anskaffelsene (ikke kunngjorte anskaffelsene) som har vært annonsert i avis, og således har vært utsatt for konkurranse. I mange kommunale regelverk var kunngjøringsplikten oppfylt ved annonse i dagspresse for anskaffelser under terskelverdiene. Kommunen vil hevde at i tilfeller der oppdragsgiveren har annonsert anskaffelsen i avis, foreligger det ikke noe forsettlig/bevisst brudd på anskaffelsesreglene. Nærmere undersøkelser kan gi svar på kommunens antagelse om at det store omfanget av "ulovlig direkteanskaffelser", har sin årsak i manglende kjennskap til regelverket.

De sakene som har vært til behandling i Klagenemnda, viser at det skjer til dels grove overtredelser av regelverket. Overtredelsene knytter seg ikke bare til manglende kunngjøring, men i betydelig grad også til andre bestemmelser i anskaffelsesregelverket. Oslo kommune mener det er uheldig at det forslås sanksjoner mot overtredelse av kun en av bestemmelsene i anskaffelsesregelverket, (som i mange tilfelle kan være mindre grov og mer unnskyldelig fra oppdragsgivers side). I tillegg har kommunen erfart at etableringen av Klagenemnda har økt oppdragsgivernes bevissthet om regelverket. Klagenemndas rådgivende uttalelser bidrar i

betydelig grad til kunnskap om hvordan reglene skal forstås og praktiseres. Nemndavgjørelsene er etter kommunens oppfatning et meget viktig virkemiddel for kompetanseoppbyggingen blant oppdragsgivere.

Oslo kommune mener derfor at virkningen av Klagenemndas arbeid bør evalueres før andre virkemidler vurderes, eventuelt i form av sanksjoner ved overtredelse av regelverket.

Arbeidsgruppen mener i utgangspunktet at sanksjonsbestemmelsene bør gjelde for både klassisk sektor og for forsyningssektoren. Slik vi har forstått arbeidsgruppens forslag er utvidet plikt til kunngjøring og sanksjoner kun knyttet opp til klassisk sektor og da kun til de direkte anskaffelser som er foretatt etter forskriftens del III.

Det er foreslått at alle direkte anskaffelser over kr 200.000 skal kunngjøres enten det er hjemmel til å anvende direkte anskaffelse eller ikke og at sanksjonene er knyttet til selve unnlåtelsen av å kunngjøre. Der det er hjemmel til å foreta en direkte anskaffelse etter forskriftens del II, jf forskriftens § 4-3 eller forsyningsforskriftens § 17 (2), vil det ikke bli foreslått en plikt til å kunngjøre. Dette er begrunnet med at arbeidsgruppen antar at ulovlige direkte anskaffelser er mest aktuelt på klassisk sektor fordi det her er en lavere beløpsgrense for når forskriften kommer til anvendelse. I høringsutkastet er det sagt på side 67 at ulovlige anskaffelser er mest aktuelt på klassisk sektor fordi det her er en lavere beløpsgrense for når forskriften kommer til anskaffelse.

Det er for kommunen noe underlig at arbeidsgruppen vurderer det som mer alvorlig å ikke kunngjøre en lovlig direkte anskaffelse etter forskriftens del III enn å unnlåte å kunngjøre en lovlig direkte anskaffelse der det er høyere beløpsgrense, anskaffelser etter forskriftens del II eller forsyningsforskriften.

2. Vurdering av om en bør innføre et tilsynsorgan for ulovlige direkteanskaffelser

2.1 Bør vi ha et særskilt tilsynsorgan

Oslo kommune mener man bør vente med å etablere et eget tilsynsorgan i tråd med Simonsens-utvalgets vurdering. Da man ikke er helt sikker på hvorfor oppdragsgivere ikke kunngjør anskaffelser, vet man ikke om det er fordi de ignorerer plikten eller om det er manglende kompetanse som er skyld i dette. Vurdering og eventuelt utvidelse av Konkurransetilsynets kompetanse bør utsettes til man får bedre klarhet i hvorfor anskaffelser ikke kunngjøres og til man får evaluert virkninger av etableringen av Klagenemnda.

Arbeidsgruppen peker på at Klagenemnda kun gir rådgivende uttalelser og at det derfor er påkrevd med et organ som blir tillagt sanksjonsmyndighet. Oslo kommune mener at man ikke skal undervurdere virkningene av disse rådgivende uttalelsene, da man må forvente at oppdragsgivere i betydelig grad vil rette seg etter dette. Nemnda er sammensatt av medlemmer med spisskompetanse på området og det vil være stor sannsynlighet for at domsstolene ved en eventuell tvist vil vurdere forholdene tilsvarende det Klagenemnda har gjort. Vel vitende om dette, må man forvente at oppdragsgivere i de aller fleste tilfelle vil rette seg etter Klagenemndas rådgivende uttalelser.

2.3 Anonym klageadgang

Oslo kommune er enig med arbeidsgruppens vurdering her, da en "tipser" ikke har noe mer berettiget krav på anonymitet enn ellers i forhold til konkurransetilsynets praktisering.

2.4 Forholdet mellom Klagenemnda og Konkurransetilsynet

Oslo kommune mener det er uheldig at Konkurransetilsynets tildeles kompetanse også over ulovlige direkte anskaffelser på det nåværende tidspunkt. Oslo kommune er enig i at man ikke endrer Klagenemndas kompetanse.

Dersom Konkurransetilsynets kompetanse utvides også til tilsyn over ulovlige direkteanskaffelser, er vi enig i at saken også må kunne bringes inn for Klagenemnda. Det vil være grunn til å tro at en ulovlig direkte anskaffelse også inneholder andre brudd på regelverket. Det har vært flere saker til behandling i Klagenemnda der brudd på kunngjøringsplikten har vært en av mange grove feil.

Å behandle en sak i begge instanser er imidlertid ikke effektiv ressursbruk. Det kan i dessuten medføre at instansene kommer til forskjellig resultat, noe som er uheldig. Oslo kommune synes det er litt uklart hvordan arbeidsgruppen har tenkt hvordan arbeidsfordelingen skal være mellom konkurransetilsynet og Klagenemnda.

Oslo kommune mener at det bør vurderes om følgende løsning kanskje kan være hensiktsmessig. Det åpnes for at saken parallelt kan klages inn for begge instanser. Tilsynet lar saken ligge i bero til KOFA har gitt sin uttalelse. Om KOFA mener kunngjøringsplikten er brutt, varsles tilsynet som så behandler dette spørsmålet isolert. En unngår således administrativ dobbeltbehandling av hele saken, med fare for ulikt resultat. Spørsmålet om anskaffelsen er en ulovlig direkteanskaffelse vil på denne måte bli prøvd på ny av nytt organ, noe som etter vårt syn vil øke rettsikkerheten, spesielt om det vedtas strenge sanksjoner.

3. Vurdering av forslag til sanksjonsmekanismer

Oslo kommune er enig i at det ikke foreslås en formalisering; at avtalen skal godkjennes av et særskilt organ før avtalen får endelig virkning. Oslo kommune er videre enig i at det ikke forslås en avbestillingsrett.

3.1 Sivilrettslig bot

Under forutsetning av at det etter nærmere undersøkelser konkluderes med at det er behov for ytterligere sanksjoner, utelukker kommunen ikke at innføring av sivilrettslig bot kan ha en preventiv effekt.

Samtidig finner kommunen grunn til å påpeke at det også foreligger tungtveiende motforestillinger mot en slik sanksjon. Kommunene har ansvar for mange oppgaver av vesentlig samfunnsmessig betydning, ofte i kombinasjon med svært begrensede midler til å utføre disse oppgavene. Innføring av sivilrettslig bot vil kunne gå ut over utførelsen av kommunenes kjernevirksomhet ved at økonomien svekkes. En eventuell regel om sivilrettslig bot må etter kommunens oppfatning utformes med dette som bakteppe.

Arbeidsgruppens flertall mener at bot skal kunne ilegges ved uaktsom overtredelse. Kommunen er i likhet med mindretallet av den oppfatning at denne reaksjonen bør forebeholdes de forsettlige og grovt uaktsomme overtredelser.

Kommunen mener at den preventive effekt vil knytte seg til den negative symbolverdi og tapte anseelse det vil innebære å bli ilagt sivilrettslig bot, mens botens størrelse vil være av mindre betydning. Når det også tas i betraktning at viktige samfunnsoppgaver ellers kan bli skadelidende, bør boten etter kommunens syn holdes på et lavt nivå.

3.2 Ugyldighet

Etter Oslo kommunes oppfatning er bør det ikke innføres en regel der en kontrakt kan erklæres ugyldig fra starten av (med tilbakevirkende kraft). Arbeidsgruppens vurdering tiltres på dette punktet.

Derimot er kommunen ikke enig i forslaget om å gi Konkurransetilsynet kompetanse til å erklære en kontrakt ugyldig med virkning fremover i tid i visse tilfeller. Det bemerkes at forslaget ikke er i samsvar med tradisjonell ugyldighetslære, og synes å innebære en nyskaping i norsk rett. Kommunen mener at det knytter seg sterke betenkeligheter til å innføre en regel som det vil være vanskelig å overskue konsekvensene av. Hensynet til forutberegnlighet taler med styrke mot en slik sanksjon.

Kommunen peker dessuten på faren for at en slik regel ikke vil ha noen positiv virkning, men tvert i mot motvirke hensynene bak anskaffelsesreglene. Den omstendighet at en inngått kontrakt vil kunne bli erklært ugyldig, kan føre til at leverandørene legger inn et tillegg i prisen på grunn av dette usikkerhetsmomentet. Det vil i så fall medføre en virkning som strider mot formålet med regelverket – en effektiv offentlig ressursbruk ved at anskaffelser skjer til lave priser.

I tillegg vil et slikt sanksjonsmiddel overfor ulovlige direkte anskaffelser, selv om overtredelsen er grov eller kontrakten er stor, ikke stå i forhold til andre grove overtredelser av regelverket, som kan få like alvorlige konsekvenser for forbigåtte tilbydere.

3.4 Straff

Oslo kommune går mot arbeidsgruppens forslag om å innføre en straffebestemmelse overfor personer eller foretak som foretar en ulovlig direkteanskaffelse. Kommunen mener at det er grunn til å stille spørsmål ved om en slik straffebestemmelse vil oppnå den tilsiktede effekt. Prinsipielt bør det vises tilbakeholdenhet med bruk av straff som virkemiddel. En slik grunnholdning har støtte i nyere strafferettslige betraktninger, blant annet Straffelovkommisjonens utredning. Før det innføres et straffebud bør det kreves klare holdepunkter for at det er behov for det. De faktiske opplysninger som foreligger på det nåværende tidspunkt, gir ikke tilfredsstillende dokumentasjon.

For øvrig må behovet for en straffebestemmelse vurderes i forhold til andre foreliggende virkemidler. Ved overtredelse av anskaffelsesreglene risikerer den offentlige oppdragsgiver erstatningskrav fra potensielle leverandører, og ansvarlige personer kan ilegges tjenestelige sanksjoner. Risikoen for slike følger bør i tilstrekkelig grad gi oppfordring til å følge regelverket. Under enhver omstendighet er det ikke behov for en straffebestemmelse i tillegg til en eventuell sivilrettslig bot.

I tillegg til at kommunen prinsipielt er uenig i forslaget om å innføre en straffebestemmelse, kan det også stilles spørsmål ved grunnlaget for å bare straffesanksjonere brudd på kunngjøringsplikten, i motsetning til andre typer overtredelser. Det synes noe vilkårlig at denne typen overtredelse er belagt med straff, mens brudd som kan være langt mer alvorlige, ikke er det.

4. Vurdering av andre virkemidler

4.1 Protokollføring

Oslo kommune er ikke enig i arbeidsgruppens anbefaling om en plikt til protokollføring over kr 50.000. Det bør kun være en plikt for protokollføring ved direkte anskaffelser over kr 200.000.

4.2 Kunngjøringsplikt for direkte anskaffelser over 200.000

Arbeidsgruppen viser til at det er vanskelig for leverandører å få vite om ulovlige direkte anskaffelser, da de ikke er kunngjort. Det er mulig at det å innføre sanksjoner og plikt til kunngjøring vil kunne bidra til at det innføres interne rutiner og at nødvendigheten av at kompetanse bevisstgjøres, slik at lovlige direkte anskaffelser kunngjøres. Det fremkommer at det spesielt er korrupsjonslignende forhold man vil til livs. Oslo kommune stiller seg tvilende til om leverandørene vil få noe mer kunnskap om disse tilfellene ved en kunngjøringsplikt, da det vel er tvilsomt at en oppdragsgiver som i dag forsettelig foretar en ulovlig direkte anskaffelse faktisk vil kunngjøre. Da Oslo kommune antar at det er manglende kompetanse som er årsaken til at flere direkte anskaffelser ikke blir kunngjort, skytes det langt over mål å velge virkemiddelet sanksjon i form av bot og straff i stedet for andre virkemidler.

Beløpsgrensen for når direkte anskaffelser kan foretas, kr 200.000, er etter Oslo kommunes vurdering i dag for lav. Ved å innføre en kunngjøringsplikt ved lovlige direkte anskaffelser, vil prosedyren ved denne type anskaffelse skille seg lite fra øvrige prosedyrer for anskaffelser etter forskriftens del III. Det vil si at det blir et tyngre byråkratisk system som ikke blir i overensstemmelse med lovens formål om økt verdiskapning ved effektiv ressursbruk. Dersom det skal innføres en plikt til kunngjøring, mener Oslo kommune at terskelen for når direkte anskaffelse kan foretas uten kunngjøring bør heves betydelig.

Hensynet bak unntaksregelen for direkte anskaffelser med en beløpsgrense over kr 200.000 vil i mange tilfelle bli motarbeidet ved å nedfelle en plikt til kunngjøring på forhånd. De unntakstilfeller som er listet opp i forskriftens § 11-2, er begrunnet i at det dels ikke er konkurranse på markedet, dels at det haster eller dels at anskaffelsen foretas i et marked der det er en regulert konkurranse (børs). Der det haster å foreta en anskaffelse, jf § 11-2 d) vil det ofte ikke være tid til å kunngjøre på forhånd. Der hjemmelen § 11-2 f) er oppfylt; det ikke foreligger tilbud i en forutgående konkurranse (dvs en konkurranse der det tidligere har vært kunngjort), blir det unødvendig byråkratisk å måtte kunngjøre en gang til. Der det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud jf § 11-2, vil "toget kunne være gått" dersom oppdragsgiver plikter å kunngjøre og avvente i tre dager før kontrakt kan inngås.

Sanksjonene er knyttet til unnlattelse av kunngjøring. Oslo kommune mener dette er meget uheldig, da det på bakgrunn av det overnevnte kan være meget gode grunner og i overensstemmelse med lovens formål at oppdragsgiver ikke kunngjør på forhånd. Oslo kommune mener det er svært uheldig at det knyttes sanksjoner til unnlattelsen av å kunngjøre en lovlig direkte anskaffelse.

Arbeidsgruppen forslag er at oppdragsgivere skal kunngjøre en lovlig direkte anskaffelse minimum 3 dager før anskaffelsen foretas. Hvilke virkninger dette vil få for oppdragsgivers arbeidsmengde med hensyn til begrunnelsesplikt, jf forskriftens § 3-8 er ikke kommentert. Det må forventes at der det er hjemmel for å unnta en direkte anskaffelse over kr 200.000 fra kunngjøring og det faktisk er flere leverandører på markedet, (for eksempel der det haster med anskaffelsen), vil det være leverandører som ønsker å delta i konkurransen som faktisk ikke blir invitert. Disse vil kunne be om å få delta og således ha krav på begrunnelse.

Dersom man kommer til at det likevel skal innføres en plikt, mener Oslo kommune at det bør være en plikt til å kunngjøre først i etterkant. En kunngjøringsplikt i etterkant vil ha like preventiv effekt, da en oppdragsgiver vil vite at det kommer for en dag dersom man ulovlig foretar en ulovlig direkte anskaffelse. Imidlertid blir også disse anskaffelser for byråkratiske og ikke i overensstemmelse med lovens formål. Se for øvrig våre kommentarer innledningsvis mht de oppdragsgivere som bevisst omgår regelverket på dette punkt, de vil verken kunngjøre på forhånd eller i etterkant.

Dersom det innføres et krav til kunngjøring av lovlige direkte anskaffelser over kr 200.000, mener Oslo kommune at det i kunngjøringen bør henvises til hvilken hjemmel anskaffelsen faller inn under.

4. Vurdering av andre virkemidler

4.4 Tap av offentlig støtte/tilskudd

Oslo kommune er uenig i forslaget om at det ved enhver overføring til offentlige oppdragsgivere bør vurderes om det skal inntas et vilkår om at støtten kan mistes/reduceres ved brudd på anskaffelsesreglene.

Mange kommuner har svært begrensede budsjetter, og det vil lett kunne gå ut over innbyggerne dersom kommunen mister støtte. Det er riktignok av betydning at anskaffelsesreglene følges, men det er grunn til å stille spørsmål ved om dette er viktigere enn kommunens øvrige virksomhet. Oslo kommune mener at en slik regel kan få uheldige utslag.

6. Økonomiske og administrative konsekvenser

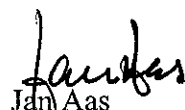
6.1 Spesielt om virkningen for oppdragsgiver

Oslo kommune merker en betydelig økning i arbeidsmengde etter at Klagenemnda ble opprettet, da oppdragsgivere plikter å delta i prosessen. Av de 11 sakene der Oslo kommune er innklaget til klagenemnda, er det kun i en sak klager har fått medhold. De øvrige 10 saker er enten trukket (1), avvist fordi klagen åpenbart ikke vil føre frem (4), kommunen har fått medhold (4) og foreløpig 1 ikke avgjort ennå.

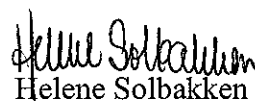
Tilsvarende økning i arbeidsmengde kan forventes ved at Konkurransetilsynet får utvidet kompetanse. Det må forventes at kommunen plikter å delta i rapporteringsrutiner, besvarelse av henvendelser fra Konkurransetilsynet på bakgrunn av klager, tips eller fra tilsynet selv.

Det ekstra arbeid oppdragsgivere blir påført ved å etablere kontrollorganer og klagemuligheter vil fort ikke være i overensstemmelse med lovens formål om effektiv ressursbruk.

Med hilsen



Jan Aas
Kst. kommunaldirektør



Helene Solbakken
Kst. seksjonssjef