



Fornyings- administrasjons og kirkedepartementet

Pb. 8004 Dep  
0030 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.:

Dato: 20.09.2010

## **Høringsuttalelse – NOU 2010: 2 ”Håndhevelse av offentlige anskaffelser”**

### **Innledning**

Konkurransetilsynet viser til Fornyings- administrasjons og kirkedepartementets høringsbrev 16. april 2010 vedrørende NOU 2010:2 ”Håndhevelse av offentlige anskaffelser”.

Etter tilsynets oppfatning bør systemet for håndheving av anskaffelsesregelverket utformes på en slik måte at det i størst mulig grad legger til rette for at offentlige innkjøpere opptrer som enhver annen økonomisk rasjonell aktør. De ulike håndhevingsregimene kan derfor med fordel utredes nærmere. En slik utredning bør ta sikte på å avklare hvilket regime som i størst mulig grad er egnet til å ivareta regelverkets formål, jf. punkt 2 nedenfor. Videre bør muligheten for å etablere en aktiv tilsynsmekanisme vurderes nærmere.

I det følgende gjennomgås først hensynene bak regelverket, herunder om disse i tilstrekkelig grad er ivaretatt gjennom gjeldende regler om offentlige anskaffelser. Videre omtales nærmere hvilket håndhevingsregime som i størst mulig grad vil være egnet til å ivareta hovedformålet med anskaffelsesregelverket. Avslutningsvis gis noen merknader knyttet til aktørenes muligheter for innsyn i hverandres tilbud.

### **Hensynene bak anskaffelsesregelverket**

Formålet med lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser er i henhold til lovens § 1:

*”[å] bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.”*

Formålet med regelverket er å legge til rette for at offentlige oppdragsgivere skal opptre økonomisk rasjonelt på markedet, og at det offentlige på denne måten kan redusere kostnadene til innkjøp av varer og tjenester. I NOU 2010: 2 side 46 uttales det at *”offentlige innkjøpere ikke har samme insitamant til å opptre økonomisk rasjonelt som private, siden de ikke er underlagt samme konkurranse og samme krav til effektivitet og inntjening”*. Offentlige innkjøpere vil sålede måtte pålegges å opptre på en måte som for kommersielle aktører faller naturlig.

Konkurransetilsynet finner grunn til å påpeke at det å følge anskaffelsesregelverket ikke i seg selv er tilstrekkelig til å foreta den mest formålstjenlige anskaffelsen. Det er for eksempel fullt mulig å

gjennomføre en anbudskonkurranse etter anskaffelsesregelverket, men å utforme anbudsgrunnlaget på en slik måte at det likevel ikke legges til rette for reell konkurranse. Konkurransetilsynet har adressert denne problemstillingen blant annet i brev 13. mars 2009 om pasienttransport og konkurranse i drosjenæringen til de regionale helseforetakene og alle landets fylkeskommuner.<sup>1</sup> Videre bemerkes at anskaffelsesregelverkets kompleksitet kan bidra til at offentlige oppdragsgivere er mer opptatt av å følge regelverket enn å gjøre best mulig innkjøp.

Det kan også stilles spørsmål ved om anskaffelsesregelverket er for omfattende og detaljert, og om dagens regelverk går for langt i å begrense offentlige oppdragsgiveres handlefrihet. Konkurransetilsynet er således enig i at man kan ha kommet til et punkt i utviklingen av anskaffelsesretten *”der det er naturlig å stoppe opp og rasjonelt vurdere hvordan kryssende hensyn best kan avveies, både ved videre lovgivning og ved tolkning og anvendelse av de regler som er gitt”* (NOU 2010: 2 side 48). Dette gjøres i noen grad i NOU 2010:2, men Konkurransetilsynet etterlyser at det gjøres en mer omfattende gjennomgang av anskaffelsesretten i sin helhet.

## Håndhevingsregimet

Den største endringen i håndhevingsregimet, foruten innføringen av nye sanksjoner, er at utvalgets flertall foreslår å flytte kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser fra KOFA til domstolen. Dette medfører at dagens ”lavterskeltilbud” for ulovlige direkteanskaffelser bortfaller.

Håndhevingsregimet bør etter Konkurransetilsynets oppfatning i størst mulig grad utformes med sikte på å ivareta formålet med anskaffelsesregelverket, samt sikre en rask og effektiv håndheving. Tilsynet er bekymret for at flertallets forslag til håndhevingsregime i for stor grad øker terskelen for å ta opp saker om ulovlige direkteanskaffelser, og at hovedhensynene bak regelverket ikke ivaretas i tilstrekkelig grad.

KOFA har hittil i år mottatt 41 klager over direkteanskaffelser. Dette utgjør 17 prosent av nemndas saker. Det er sannsynlig at antall tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser som bringes inn for domstolen, vil bli betydelig lavere enn antallet saker som bringes inn for KOFA. For det første vil flertallets forslag om at domstolen skal overta behandling av overtredelsesgebyret føre til at bare de som har *”rettslig interesse”* kan klage. Til sammenligning kan ”enhver” bringe saker om ulovlige direkteanskaffelser inn for KOFA i dag. Videre kan forslaget medføre at private aktører, da særlig små leverandører, verken vil ha insentiver eller økonomiske ressurser til å forfølge saker om ulovlig direkteanskaffelser. Dette medfører etter Konkurransetilsynets oppfatning, risiko for at færre ulovlige direkteanskaffelser oppdages og sanksjoneres.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det viktig at håndhevingsregimet legger til rette for likebehandling av små og store aktører, og at også aktører med begrensede ressurser får en reell mulighet til å prøve sine saker for et tvisteløsningsorgan.

I NOU 2010: 2 side 197 gir utvalgets flertall uttrykk for at innføringen av sanksjonen *”uten virkning”* vil måtte antas å ha betydelig preventiv effekt, som er sterkere enn dagens administrative overtredelsesgebyr. Konkurransetilsynet mener imidlertid at det kan stilles spørsmål ved om innføring av denne sanksjonen er tilstrekkelig til å kompensere for effekten av færre tvistesaker som vil kunne være en konsekvens av de foreslåtte endringene.

Konkurransetilsynet registrerer at utvalget i NOU 2010:2 på side 208 kort behandler muligheten for å opprette et eget tilsynsorgan. En slik tilsynsfunksjon er opprettet i enkelte land, herunder Sverige. Organet som innehar tilsynsfunksjonen kan gis anledning til å føre aktivt tilsyn med offentlige anskaffelser, og bringe saker om ulovlige direkteanskaffelser inn for retten. Et slikt tilsyn kan tenkes innført både under en domstols- eller en nemndsmodell, men vil i særlig grad kunne være et viktig bidrag til å redusere enkelte av utfordringene som følger av domstolsmodellen. Det burde for eksempel være mulig å innføre en tilsynsmodell slik man kjenner fra andre rettsområder, herunder

<sup>1</sup> <http://www.konkurransetilsynet.no/no/Aktuelt/Nyheter/Pasienttransport-og-konkurranse-i-drosjenaringen/>

konkurranseretten. I en slik tilsynsmodell kunne tilsynsorganet både ført aktivt tilsyn med anskaffelsesregelverket, og vært tillagt kompetanse til å sanksjonere eventuelle brudd på regelverket.

Konkurransetilsynet mener at de ulike håndhevingsregimene med fordel burde utredes nærmere, og at en slik utredning særlig bør ta sikte på å avklare hvilket håndhevingsregime som i størst grad ivaretar hensynene bak anskaffelsesregelverket.

Uavhengig av hvilket håndhevelsessystem som velges, mener Konkurransetilsynet at det også i fremtiden bør eksistere et uavhengig, rådgivende organ på området for offentlige anskaffelser, som kan fungere som et "lavterskelstilbud".

### **Øvrige merknader**

Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at det er uheldig at leverandørene kan få innsyn i hverandres tilbud før endelig kontrakt er inngått. Dette gjelder særlig i situasjoner hvor konkurransen avlyses, og når oppdraget lyses ut på nytt. Det er uheldig at konkurrenter får innsyn i hverandres priser, kalkyler, strategier og lignende. Informasjonsutvekslingen kan også være problematisk i forhold til konkurranselovens regler.

Konkurransetilsynet støtter derfor utvalgets forslag om å revidere bestemmelsen om innsyn i tilbud før karenperioden er utløpt.

Med hilsen

Jostein Skaar (e.f)  
*avdelingsdirektør*

Eirik Norvald Christensen  
*seniorrådgiver*