

Innspill referansegruppe - del 2 anskaffelsesutvalg

Det bes om innspill til:

- Land-til-land rapportering
- Lokale og regionale leverandører
- Innretningen av erstatningsreglene
- Innretningen av avvísingsreglene
- Geografisk virkeområde
- Sikkerhet og beredskap
- Håndhevelse

Land-til-land rapportering

Virke er svært opptatt av seriøsitet og det er av hensyn til lik konkurranse globalt viktig at det er på plass et internasjonalt regelverk knyttet til land- til land-rapportering. Vi har imidlertid lite erfaring med at dette er en problemstilling medlemmene spør oss om. Som en generell kommentar kan vi si at byrden som allerede i dag ligger på leverandørene, med hensyn til rapportering og dokumentasjon, er stor. Det er uheldig at man må forholde seg til mange regelverk som skal oppnå samme formål.

Lokale og regionale leverandører

Utvalget spør om det er nødvendig med endringer i anskaffelsesregelverket som gjør at offentlige anskaffelser har en størrelse og utforming som gjør at lokale og regionale leverandører kan delta i konkurransen om offentlige kontrakter. Vi leser dette som et spørsmål som egentlig handler om hvordan små- og mellomstore virksomheter kan delta i konkurransene, noe som er en velkjent problemstilling Virke ofte har tatt opp med offentlige myndigheter. Vi kan peke på særlig tre velkjente utfordringer:

1. Oppdragsgivere stiller unødvendige krav, ofte med liten verdi for hovedformålet med konkurransen. Mange av disse kravene er så kostnadsdrivende for de leverandørene at de reelt sett svekker konkurransen. Og det svekker SMB-enes mulighet til å delta.
2. Oppdragiverne må bli flinkere til å dele opp enkelte konkurranser, slik at flere tilbydere har en mulighet til å vinne. Om utvalget kan finne en inngang til å skjerpe dette, så vil det være positivt. Kanskje bør begrunnelsesplikten i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen skjerpes? Og kanskje må det åpnes for overprøvelse hos KOFA og domstolene? Det vil være prosessdrivende, noe vi på generelt grunnlag er skeptiske til, men deling av kontrakter vil antakelig være helt sentralt for å nå målet om SMB-deltakelse.
3. Mer og tydeligere veiledning knyttet til anledningen til samarbeid mellom leverandører. Mange er i dag skeptiske til samarbeid; de ønsker å være på den sikre side i forhold til konkurransereguleringen.

Når det gjelder terskelverdiene, er det klart en forenklede gevinst at de ble hevet. Det har også en viktig side mot å holde de administrative kostnadene ved anskaffelsene nede.

Innretningen av erstatningsreglene

Vi legger til grunn at spørsmålet gjelder anbudsrettens erstatningsregler, altså hvilke krav tilbydere har ved oppdragsgivers brudd på anbudsreglene.

Våre advokaters erfaring er at våre medlemmer er mer bevisst på og svært opptatt av klageadgang og mulighet til å forhindre feil avvisningsavgjørelser og feil kontraktstildeling, men at kostnadsrisikoen ved å anlegge erstatningssaker er for høy til at de ønsker å bruke ressurser på det.

Når det gjelder erstatningsreglene ser vi at risikoen for erstatning (særlig positiv kontraktsinteresse) kan skape en frykt hos oppdragsgiver for å gjøre feil, som igjen kan være til hinder for at oppdragsgiver bruker anskaffelsesregelverkets spillerom for bl.a. dialog og innovative anskaffelser. Muligheten/risikoen for at oppdragsgiver blir pålagt å betale erstatning er imidlertid kanskje det viktigste «oppdragende» elementet i regelverket. Selv om det skjer sjelden, er effekten i forhold til å følge regelverket – og herunder ivareta leverandørers rettigheter – hele tiden til stede. Det er viktig at klare og grove feil fører til ansvar for oppdragsgiver.

Etter vårt skjønn er det viktigste med erstatningsreglene at vilkårene gjøres klarere, slik at prosessrisikoen reduseres. For eksempel en klargjøring av hva som ligger i «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Vi antar også at klarere regler kan bidra til å redusere antall søksmål.

Vi erkjenner i denne sammenheng at det kan være vanskelig å etablere klare regler, både fordi erstatningsretten i sin natur er domstolskapt, men også fordi disse reglene i stor utstrekning også beror på EØS-rettslige forhold. Det foreligger imidlertid etter hvert en del rettspraksis om vilkårene for ansvar og også om de ulike tapsformene. I den grad det er mulig å kodifisere dette, mener vi det kan være hensiktsmessig for våre medlemmer.

Innretningen av avvisningsreglene

Utvalget ber om innspill til ønskede avklaringer, endringer, presiseringer og annet. Jeg kan starte med at når vi spurte våre medlemmer om dette, så fikk vi tilbakemelding om at det, innenfor rammene av vesentlig endring, blir større adgang til å gjøre avklaringer, presiseringer og mindre endringer før og etter tildeling. Det å svare på en offentlig konkurranse i dag er så ressurskrevende at det oppleves som risikofylt at man kan bli avvist på bakgrunn av teknikaliteter. Det bør presiseres at det er vesentlighetslæren som bør sette grensene og at det ikke er en ubegrenset rett for oppdragsgiver til å avvise tilbud så lenge det foreligger avvik.

Vi fikk også tilbakemelding om at avvisning grunnet avvik i kvalitet/størrelse noen ganger gjennomføres på tynt faglig grunnlag, med referanse til vesentlighetsprinsippet som begrunnelse.

Andre ganger oppfattes det motsatte, altså at betydelige avvik vurderes som uvesentlige av oppdragsgiver, selv om det i begge tilfeller ligger til grunn et «kan»-vilkår i konkurransen hva gjelder oppdragsgivers avvisningsmulighet. Sprikende bruk av avvisningshjemmelen i markedet gjør den enkelte tilbyder usikker i konkurransesituasjonen, og medfører at det ofte

velges ut mindre konkurransedyktige produkter til høyere priser i tilbudet siden en er redd for at tilbud på tilnærmet like produkter vil medføre avvisning. Sprikende bruk av regelen medfører at konkurransene strupes, og prisene reduseres ikke maksimalt. Vi ser behov for mer forutberegnelighet/målbarhet, og mindre bruk av skjønn, i slike situasjoner.

Et annet forhold som bidrar til uklarhet, og kanskje også unødige klager, er uklarhet rundt når vilkår må være oppfylt. Dette gjelder både krav til leverandøren og leveransen/produktene. Her er særlig tre tidspunkt aktuelle: Må kravet være oppfylt på tilbudstidspunktet, på kontraktsinngåelsestidspunktet eller på leveringstidspunktet?

Vi legger til grunn at alle tre tidspunkt er lovlige etter anbudsreglene, og at oppdragsgiver kan sørge for avklaring gjennom tydelige konkurransegrunnlag. Det kan likevel være hensiktsmessig å presisere i regelverket at oppdragsgiver klart skal angi i konkurransegrunnlaget når de ulike kravene skal være oppfylte.

Vi erkjenner at det er fordeler og ulemper ved de ulike tidspunktene, også der oppdragsgiver er tydelig på hva som gjelder. Et særlig dilemma kan oppstå der en tilbyder må utvikle et nytt produkt for å oppfylle minstekrav, og særlig hvis produktet krever en eller annen form for godkjenning. Hvis oppdragsgiver stiller krav om at produktet skal være godkjent på tilbudstidspunktet, vil kostnader til utvikling og godkjenning være tapt hvis tilbyder ikke får kontrakten. For tilbyder vil det derfor være mer hensiktsmessig at iallfall godkjenningen kan avvete til leveringstidspunktet. I disse tilfellene oppstår imidlertid en utfordring dersom tilbyderen ikke skulle få godkjenning. Det kan da foreligge et kontraktsbrudd. Hvis kontraktsbruddet ikke løses ved heving, vil leverandøren slik kunne omgå avvisningsreglene, fordi samme avvik på tilbudstidspunktet normalt ville medført avvisning.

Vi mener derfor det ikke er nok at oppdragsgiver er tydelig på når krav må oppfylles. Oppdragsgiver må også følge opp kontraktsbrudd med heving, der leverandøren ikke oppfylder kontraktens minstekrav, i større grad enn i dag. Det må også legges til rette for at forbigåtte tilbydere kan følge opp og kontrollere at leveranser i slike kontrakter skjer i tråd med konkurransens minstekrav.

Geografisk virkeområde

Virke har ingen kommentarer til dette, ut over at kodifisering på generelt grunnlag er en fordel.

Sikkerhet og beredskap

Vi går vi ut ifra at utvalget med sikkerhet og beredskap spør om noe annet enn forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Å vurdere anskaffelser i lys av vår totalberedskap, er i tråd med anbefalinger fra arbeider knyttet til forsvarskommisjonen og totalberedskapskommisjonen. Dette er anbefalinger Virke har støttet. Dette spørsmålet er kanskje et mer nybrottsarbeid enn andre spørsmål, og vi vil oppfordre utvalget til dialog med næringslivet og næringslivets sikkerhetsråd.

Håndhevelse

Spørsmålet om håndhevelse har tett sammenheng med spørsmål om erstatning og også avvisning, som er omtalt over. Vi vil knytte noen kommentarer til klageadgangen og sanksjonsadgangen.

Når det gjelder klageadgangen, mener vi den praktiske klageadgangen er forholdsvis god. Særlig muligheten for automatisk suspensjon i karenperioden og at bruken av elektronisk KGV (konkurransgjennomføringsverktøy) gjør det i praksis lettere og raskere å laste opp og kommunisere om klager. Gebyrene oppfattes også ofte som relativt passende, utfordringen er de øvrige administrativt og økonomiske kostnadene som kommer med å gjennomføre en klage. Vi får også tilbakemelding fra virksomheter på:

- Spørsmålet om oppsettende – eller mangel på – oppsettende virkning.
- Forholdet mellom gebyr og andre sanksjons-/håndhevingsmuligheter (som erstatning), og ulike instansers hjemler.

Hvilke sanksjoner som skal ilegges bør være en del av partenes avtalefrihet. Vi er enige med utvalget når det i delutredning 1 viser til at sanksjoner må være "egnet" til å påvirke leverandøren til å oppfylle forpliktelsen, og være forholdsmessige. Vi vil gi støtte til utvalgsmedlem Gjønnes sin særmerknad. Det er en riktig observasjon at det ofte stilles strenge krav og sanksjoner i kontraktene, men at erfaring viser at manglende kontraktsoppfølging er et hovedproblem. Det er en bekymring at det har utviklet seg en praksis hvor enkelte offentlige oppdragsgivere ofte gjennomgående benytter omfattende bøter/dagmulker som sanksjoner knyttet til kontraktsbestemmelser som krav til lønns- og arbeidsvilkår, lærlinger med videre. Bøter/dagmulker er lite egnede sanksjoner knyttet til slike krav, og vil i mange tilfeller være uforholdsmessige, tvisteskapende og konkurransevridende. Det er ingen grunn til at oppdragsgiver skal tjene penger på bøter/dagmulker ved brudd på slike bestemmelser. Slike sanksjoner er heller ikke nødvendige fordi brudd på denne typen bestemmelser kan gi oppdragsgiver grunnlag for å avvise leverandøren i nye konkurranser.