



Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Vår dato 21.10.2014
Deres dato
Vår referanse 273-28431
Deres referanse

Høringsvar: NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser

Næringslivets Hovedorganisasjon viser til høring av NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser.

NHOs hovedbudskap

NHO er arbeider for forenkling av regelverket for offentlige anskaffelser, både på nasjonalt og europeisk nivå. Et enklere regelverk er viktig både for bedriftene og offentlige innkjøpere, og utvalgets arbeid er et viktig steg mot dette målet. Det er viktig å sikre at vi gjennom forenklingstiltak får et balansert regelverk som sikrer trygghet og tillit til at prosessene går riktig for seg. Gjennom et balansert regelverk sikres disse fundamentale hensyn.

NHO mener derfor det er særlig viktig at nasjonale anskaffelsesregler –

- har prosedyrer som sikrer forutberegnelighet for leverandører som deltar;
- har bestemmelser som gir rett til både å arrangere en klassisk anbudskonkurranse og konkurranse med forhandlinger;
- opprettholder protokollplikten;
- har bestemmelser som tillater ikke-anskaffelsesfaglige hensyn; og
- har en formålsbestemmelse som fremhever regelverkets betydning for verdiskaping og allmenhetens tillit at det offentlige gjennomfører samfunnstjenlige anskaffelser.

Gjennomgående mener NHO at forslagene i utredningen vil medføre klare forenklinger i den særnorske delen av regelverket for offentlig innkjøp. Særlig vil vi fremheve forslaget om egenerklæring for dokumentasjon og digitalisering av anskaffelsesprosessen som de store forenklingsegrepene. NHO kan således støtte de fleste av forslagene utvalgets ulike flertall fremmer i utredningen. NHO kan imidlertid *ikke* støtte flertallet i utvalget når det gjelder forslagene om prosedyreform, å ta bort de ikke-anskaffelsesfaglige hensyn fra regelverket samt utformingen av formålsparagrafen.

Når verdien av offentlige anskaffelser overstiger 400 milliarder i året, er det avgjørende at regelverket for nasjonale anskaffelser legger til rette for effektive og samfunnsmessige gode innkjøp.

I arbeidet med å skape et bedre fundament for gode offentlige anskaffelser, er det sentralt at leverandørene sikres forutsigbarhet og at det er nødvendig transparens i prosessene. Dette er nødvendig for å sikre bred deltagelse i konkurransene, og slik også gi de beste leverandørene incitament til å delta. Et viktig premiss for dette er tillitsskapende og forutsigbare anskaffelsesprosedyrer.

NHO var representert i utvalget. Vi slutter oss til de synspunkter og forslag NHOs representant har fremmet, og viser også til utredningen når det gjelder disse. Vi finner likevel grunn til å utdype ovennevnte forhold ytterligere nedenfor. I tillegg viser vi til høringssvar fra NHO-fellesskapets bransjeorganisasjoner.

1. Forslag om ny prosedyre.

Oppsummert mener NHO at leverandørenes forutsigbarhet tilsidesettes på vesentlige punkter gjennom disse forslagene. Forslaget om å slette anbudskonkurransen som prosedyreform innebærer at offentlig sektor går bort fra en konkurranseform som brukes i 80 prosent av konkurransene under terskelverdiene, og som ofte er den enkleste og billigste konkurranseformen. NHO mener anbudskonkurransen som konkurranseform må beholdes, ved siden av retten til å arrangere en konkurranse med forhandlinger.

Et flertall i utvalget foreslår en ny prosedyre - "åpen eller begrenset tilbudskonkurranse" - som erstatning for gjeldende prosedyrer. Forslaget til ny § 5-3 lyder slik: "Oppdragsgiver *skal* (vår uth.) bruke åpen eller begrenset tilbudskonkurranse."

Flertallet poengterer på side 151-153 i utredningen at dette er "å gå bort fra tradisjonell anbudsrett" og at "gjeldende konkurranseformer utgår". Forhandlinger skal være en mulig og valgfri del av alle konkurranser. Det sentrale poenget slik vi oppfatter flertallet, er at oppdragsgivers valg om å gjennomføre forhandlinger utsettes til *etter* at tilbudsfristen er utløpt og alle tilbudene har kommet inn. Videre understreker flertallet at "det vil stride mot tankegangen bak den nye prosedyreform, dersom oppdragsgiver gis adgang til å fraskrive seg retten til å forhandle".

NHO går imot forslaget. Vi mener at den klassiske anbudskonkurransen må bestå som konkurranseform for nasjonale anskaffelser, *ved siden av* prosedyreformen konkurranse med forhandlinger.

Det er ikke forenkling å fjerne muligheten som er der i dag til å velge klassisk anbudskonkurranse. Anbudskonkurranse er den mest benyttede prosedyreformen, og vil i mange tilfeller fortsatt være den mest effektive konkurranseformen. Vi mener at det er viktig å videreføre gjeldende rett når det gjelder offentlig sektors frihet til å velge konkurranseform; konkurranse med forhandling eller klassisk anbudskonkurranse.

Vi er av flere grunner uenig i flertallets forslag om å innføre en forhandlingsrett, der oppdragsgiver *etter tilbudsfristens utløp* skal avgjøre om det skal forhandles eller ikke:

Forutsigbarhet

Leverandører bør vite på forhånd om pris eller andre sentrale forhold knyttet til leveransen som de legger inn i tilbudet skal forhandles på eller ikke. Det handler om nødvendig forutsigbarhet for bedriftene. Flertallets forslag innebærer et grunnleggende brudd med behovet for forutberegnelighet.

Sikre konkurranse

En slik regel vil svekke tilliten til at anskaffelser blir gjennomført på en samfunnstjenlig måte. Vi frykter - enkelt sagt - et økt "hoffleverandørproblem". Selv med et dårlig tilbud, kan hoffleverandøren vinne konkurransen etter forhandlinger. Øvrige deltakere vil kunne sitte igjen med inntrykket av å ha vært med på en "skinnprosess", der utfallet allerede var bestemt på forhånd. I forslaget ligger også at det skal være tillatt bare å forhandle med *en* leverandør. Dette vil ytterligere styrke inntrykket av at oppdragsgiver favoriserer "hoffleverandøren". Resultatet av dette kan bli redusert deltagelse i konkurransene og svekket konkurranse. Innkjøpere vil miste

muligheten til å benytte klassiske anbudskonkurranser for nettopp å motvirke et hoffleverandørpress.

Forsøksprosjekt som er mangelfullt utredet

Både bedriftene og offentlig sektor må slippe å forholde seg til helt nye spesialvarianter av offentlige innkjøpsprosedyrer. I utredningen, side 154 andre spalte, er denne oppsummert som en prosedyre hvor "*..alt er tillatt*". Dette er med andre ord et meget radikalt forslag både for innkjøper og leverandør; redusert forutsigbarhet for leverandørene og en klar styrking av innkjøpers posisjon, uten særlige vurderinger av konsekvensene av dette forslaget.

Vi mener også at det er en feilslutning at et slikt "alt er tillatt"-prinsipp vil gi bedre innkjøp. Prosedyrene som gjelder i dag er viktige forutsetninger for gode innkjøp, og motvirker en rekke ineffektivitetskilder. Utvalget har heller ikke drøftet prosedyrenes betydning for å motvirke ineffektivitetskilder som korrupsjon, "hoffleverandører", ulovlige samfunnsmessige hensyn og makelighetshensyn. NHO mener at slike hensyn som er innebygget i dagens regime, gir betydelige positive samfunnseffekter, som ikke er godt nok kartlagt av utvalget.

Etter vår oppfatning er den nye foreslåtte prosedyren alt for dårlig utredet, både mht. økonomiske og administrative konsekvenser, og oppfyller ikke utredningsinstruksen vedrørende dette. Forslaget har mer karakter av å være et *fullskala forsøksprosjekt*. Det er derfor nødvendig at departementet foretar en grundig kartlegging av hvilken positiv samfunnsmessig effekt dagens prosedyrer isolert sett har, dersom det vurderes en beslutning om å fjerne gjeldende prosedyrer.

Innarbeidet konkurranseform

I dag er den klassiske anbudskonkurransen en godt innarbeidet konkurranseform med lange tradisjoner i offentlig og privat sektor, og standardkontraktene bygger på dette. Det er et argument i seg selv at 80% av innkjøperne velger prosedyreformen anbudskonkurranse. Videre er anbud hovedregelen for anskaffelser over EU-terskelverdi. Hensynet til rettsenhet tilsier derfor at anbudskonkurransen bør bestå som valgfri konkurranseform.

Godt planlagte innkjøp

Oppdragsgivers incitament til å gjøre et grundig forarbeid svekkes ved den nye konkurranseformen. Når "alt kan repareres", er det også fare for at konkurransegrunnlagene og tilbudene får dårligere kvalitet. Vi mener forslaget er et steg tilbake i arbeidet med å motivere offentlige oppdragsgivere til å gjennomføre en god planlegging av anskaffelsen.

Profesjonalisering av leverandørene

De beste leverandørene vil langt på vei miste den konkurransefordelen det er å ha gode rutiner, når tilbud som inneholder slurv og ufullstendigheter slipper inn i konkurransen, der de tidligere med god grunn skulle vært avvist.

Forslaget skaper rettslig uklarhet

Det fremstår som uklart hva det rettslige utfallet vil bli dersom oppdragsgivere likevel - i strid med ordlyden i § 5-3 - velger å gjennomføre en anbudskonkurranse som gjeldende forskrift åpner for, eller på annen måte fraskriver seg retten til å forhandle. Flertallet foreslår at konkurransegrunnlaget bør inneholde signaler om oppdragsgiver tar sikte på forhandlinger eller ikke, og at det imøtekommer behovet for forutberegnelighet for leverandørene. Flertallet åpner i sine kommentarer også for at oppdragsgivere kan arrangere en anbudskonkurranse etter reglene i forskriften del III, og således binde seg til å følge prosedyrereglene for anbudskonkurranse over EØS-terskelverdi. NHO kan ikke se at dette innebærer en forenkling.

Forslaget skaper unødig ulikhet mellom regelverket over og under EØS-terskelverdi

Den klassiske anbudskonkurransen vil fortsatt kunne benyttes over EØS-terskelverdiene, og vil sannsynligvis fortsatt være den mest benyttede konkurranseform her. Ulike regler over og under EØS-terskelverdi gjør det ytterligere komplisert å navigere i regelverket.

Behovet for avklaringer etter at tilbud er levert

Flertallet begrunner forslaget til ny prosedyre med behovet som kan oppstå for avklaringer, endringer og eventuelt forhandlinger, etter at tilbud er levert. NHO er enig i at det er behov for en viss oppmykning av forhandlingsforbudet i dagens system, men mener at dette problemet er betydelig overdimensjonert av flertallet.

Etter NHOs syn kan slike utfordringer avhjelpest med mer begrensede regeljusteringer. Dette kan gjøres ved å innføre bestemmelsen i det nye EU-direktivets artikkel 56 nr. 3 om ettersending og supplering av opplysninger og dokumenter. Artikkel 56 er ikke bare begrenset til dokumentasjon og opplysninger knyttet til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men gir også oppdragsgiver mulighet til å be om ettersending og supplering av selve tilbudsdokumentasjonen. Bestemmelsen bør innføres *både* over og under EU/EØS-terskelverdiene. NHO mener videre at det bør vurderes å utvide oppdragsgivers adgang til å ta kontakt med leverandørene for å avklare uklarheter i tilbudene, herunder uklarhet om hvorvidt tilbudene inneholder feil. Dette kan gjøres ved at oppdragsgiver gis anledning til å sende en nøytral forespørsel til leverandøren for å avklare innholdet i tilbudet, hvis tilbudenes pris ikke er kjent når avklaringen foretas.

Etter gjeldende norsk rett har oppdragsgiver ikke adgang til dette som følge av forhandlingsforbudet slik dette er angitt i forskrift om offentlige anskaffelser § 12-1. NHO mener at en utvidet avklaringsadgangen som nevnt kan innføres både over og under EU/EØS-terskelverdiene uten å komme i konflikt med forhandlingsforbudet slik dette er forstått av EU. Kombinert med en god planleggingsfase vil det gi en tilstrekkelig mulighet til å avbøte ubetydelige formalfeil mv., likevel ikke slik at slurv og dårlig planlegging premieres. I planleggingsfasen vil en god innkjøper se hvilken prosedyre som passer best, og velge enten en klassisk anbudskonkurranse, eller en konkurranse med forhandlinger.

Disse mulighetene er ikke utredet av utvalget, men NHO mener likevel at departementet uansett bør vurdere å innføre slike avklaringsmuligheter. Det vil etter vår oppfatning både styrke leverandørenes stilling mht. å kunne rette uvesentlige eller rene formalfeil, misforståelser mv. , uten at rettsstillingen til de øvrige tilbydere svekkes, og gi innkjøper et hensiktsmessig avklaringsrom.

Oppsummert mener vi at både anbudskonkurranse og forhandlet konkurranse bør opprettholdes. Ved oppmyking av forhandlingsforbudet som skissert ovenfor og en samtidig opprettholdelse av protokollplikten, vil oppdragsgiverne bli sikret den fleksibilitet som flertallet etterlyser og leverandørene nødvendig forutberegnelighet.

2. Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i offentlige anskaffelser

Utvalgets flertall foreslår å fjerne bestemmelsene i forskriften om offentlige anskaffelser til å stille såkalte ikke-anskaffelsesfaglige krav i forbindelse med innkjøpene. NHO er uenig i flertallets forslag.

Regjeringen arbeider for tiden med ulike tiltak for å motvirke det økede omfanget av arbeidslivskriminalitet vi ser innen flere bransjer og sektorer. NHO mener at det offentlige må benytte sin innkjøpsmakt til å bidra til at det er seriøse bedrifter som vinner anbud på like konkurransevilkår, ikke useriøse som hverken betaler skatt eller avgift eller for øvrig unnlater å

følge viktig men kostnadsdrivende regelverk, for eksempel knyttet til HMS. Tilsvarende gjelder det å ta ansvar for å utdanne fagarbeidere gjennom å ha lærlinger.

I tillegg kommer at det over EU terskelverdier fortsatt dels vil gjelde et krav om skatteattest, og en adgang til å ta ikke anskaffelsesfaglige hensyn.

NHO mener derfor det er vesentlig at offentlige innkjøpere fortsatt også må stille krav som gjelder ikke-anskaffelsesfaglige hensyn knyttet til skatt og avgift samt HMS. Vi viser til dissensen fra mindretallet på dette punktet fra utvalgsmedlemmene fra NHO og LO. Ved å kunne stille krav om lærlingeklausul, også fra utenlandske aktører, kreve en *forbedret skatteattest* i forhold til i dag samt kreve HMS-erklæring m.m., vil offentlig sektor bidra til å motivere seriøse virksomheter til å delta i konkurransene. Uansett mener vi signaleffekten både i forhold til å motivere privatpersoner og private aktører til bevissthet omkring innkjøp og seriøsitet, er negativ ved å fjerne disse obligatoriske kravene.

Oppsummert mener vi derfor at innkjøpers plikt og rett til å ta ikke anskaffelsesfaglige hensyn må bestå.

3. Formål og grunnleggende prinsipper

Utvalget er delt når det gjelder forslaget om ny formålsbestemmelse.

Flertallet har foreslått en formålsbestemmelse som uttrykker at "loven og tilhørende forskrifter skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter."

Mindretallet foreslår følgende formålsbestemmelse: *"Loven skal bidra til at offentlige anskaffelser gir størst mulig samlet verdiskaping gjennom effektiv ressursbruk, basert på konkurranse. I tillegg skal loven bidra til å sikre allmenhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte."*

NHO var en del av og støtter mindretallets forslag. Vi mener flertallets forslag ikke godt nok uttrykker de formål regelverket skal og bør ha. Vi mener det er særlig viktig at formålsbestemmelsen fremhever det samfunnmessige behovet i at regelverket skal ".. sikre allmenhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte".

Når det gjelder de grunnleggende prinsippene i lovens § 5, er det er viktig at lovteksten uttrykkelig nevner prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Vi støtter derfor mindretallet bestående av utvalgsmedlemmene fra DIFI, LO og NHO på dette punktet. Dette er kjente prinsipper for næringslivet, som det ofte vises til i rettspraksis og i KOFAs praksis. Vi mener signaleffekten av å vise til disse prinsippene vil gi et vesentlig bidrag til å bevisstgjøre innkjøpere og være et viktig bidrag til å ivareta bedriftenes rettssikkerhet.

4. Øvrige forhold NHO ønsker å fremheve i høringen

Terskelverdi

NHO støtter utvalgets forslag om å beholde dagens terskelverdi på 500.000 kroner. Det er viktig å opprettholde denne terskelverdien, især for å ivareta mindre bedrifters deltagelse i offentlige konkurranser.

Anskaffelsesprotokoll

Flertallet i utvalget foreslår å oppheve plikten til å føre anskaffelsesprotokoll. NHO går imot dette forslaget.

For bedriftene er anskaffelsesprotokollen et viktig dokument som gir innsyn i prosessen og bidrar til trygghet om at anskaffelsesprosessen er gjennomført i henhold til regelverket. NHO mener at standardisering er forenkling. Dagens anskaffelsesprotokoll er standardisert i den forstand at den inneholder alle vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsen som skal protokollføres. De beslutninger og handlinger som skal foretas i anskaffelsesprosessen skal være synlige og dokumenterbare, slik at de kan etterprøves. Anskaffelsesprotokollen er et viktig redskap for at disse prinsippene skal etterleves. Protokollen er videre et viktig redskap for oppdragsgiveren i forbindelse med begrunnelsesplikten. Protokollføringen av hele anskaffelsesprosessen gir oppdragsgiveren oversikt over alt som har foregått underveis, og vil lette arbeidet med begrunnelsen som skal gis. Videre vil den lette leverandørens forespørsel om relevant dokumentasjon ved en eventuell klage. Dersom protokollplikten fjernes, må leverandøren rette en henvendelse til oppdragsgiver og etterspørre "alt relevant materiale i denne saken" og oppdragsgiver må dokumentere det. På bakgrunn av at anskaffelsesprotokollen i seg selv er forenkling, støtter vi derfor mindretallets forslag om å opprettholde protokoll- og begrunnelsesplikten. I den forbindelse vil vi også vise til en rapport utarbeidet av Asplan Viak på oppdrag av Fornyings- og administrasjonsdepartementet i 2008, "Offentlige anskaffelser – nasjonal terskelverdi" som bl.a. behandler protokollplikten, s.79:

"Ordnningen gir en disiplinerende effekt i en desentralisert innkjøpsstruktur. Nær alle rapporterer at den er svært effektiv mht. å sørge for etterlevelse av regelverket. Den bidrar til bevisstgjøring. Selve protokollplikten brukes ofte som en sjekklister over at en har fulgt vesentlige deler av regelverket. Kan bidra til at en arbeider mer effektivt – dvs. slutter å gjøre unødvendig arbeid. Gir en god oversikt over hva som kjøpes inn. Gir kommunerevisor og Riksrevisjonene grunnlag for å utføre meningsfylt revisjon."

Bruk av balanserte kontrakts-standarder

Flertallet foreslår å fjerne regelen om bruk av kontrakts-standarder. NHO støtter mindretallet, og mener at regelen om kontrakts-standarder bør opprettholdes. Etter dagens regel skal som hovedregel fremforhandlede og balanserte kontrakts-standarder benyttes der det finnes. NHO mener at det er viktig at bestemmelsen videreføres, da den har en klar adresse til oppdragsgiver. Det illustreres også klart ved at to ulike statsråder ved ulike anledninger i egne brev til oppdragsgivere, sist brev fra statsråd Mæland våren 2014, har gått ut med en oppfordring til oppdragsgivere nettopp om å bruke fremforhandlede kontraktstandarder. Det vil være et tilbakeskritt for arbeidet med å sikre balanserte kontrakter å ta denne bestemmelsen ut av regelverket.

Tildelingskriterier

Forslaget etterlater tvil om hvorvidt oppdragsgiver har en plikt til å tilkjenne tildelingskriteriene i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, da det i forslaget beskrives at "under terskelverdiene skal derimot ikke begrepets underkategorier presiseres nærmere." NHO mener at det er en selvfølge at tildelingskriteriene skal tilkjenne, da dette er konkurranseparametrene i selve anskaffelseskonkurransen. NHO mener at det må gå klart frem av forskriftshjemmelen at tildelingskriteriene skal tilkjenne. Leverandørene må være kjent med hvilke kriterier som blir tillagt vekt i forkant av konkurransen som en del av forutberegnelighetsprinsippet.

Alternative forslag til regler – minimumsregelverk

Utvalget har også utredet et alternativt minimumsregelverk.

NHO støtter ikke flertallets forslag om et minimumsregelverk som stort sett baserer seg på de grunnleggende prinsipper, skriftlighetskrav og kunngjøring av konkurranse. Selv om kunngjøring av konkurransen er det beste virkemiddel for å gi markedet informasjon om kontraktene, mener NHO at regelverket må inneholde supplerende regler utover de grunnleggende prinsipper. I alle tilfeller må regelverket inneholde regler som sikrer et seriøst næringsliv, herunder bestemmelser som stiller krav om og tillater ikke anskaffelsesfaglige hensyn. Vi mener videre at et eventuelt minimumsregelverk må inneholde regler om protokollføring og en utvidet begrunnelsesplikt. Med en ordning hvor oppdragsgiver står fritt til å legge opp anskaffelsesprosedyren, vil leverandørene få et større behov for å vite hvordan konkurransen er blitt gjennomført. Leverandører som ikke når opp i konkurransen, og som ikke blir avvist, må få vite hvordan deres tilbud forholder seg til valgte leverandørs tilbud. Det vil ikke være godt nok å få en begrunnelse om hva som er de relative fordeler ved det valgte tilbud.

NHO er enig i utvalgets uttalelse om at det er usikkert om norske oppdragsgivere generelt er kompetanse- og ressursmessig beredt til å ivareta det ansvar og den fleksibilitet som ligger i å basere deler av den offentlige anskaffelsesvirksomheten kun på grunnleggende prinsipper. En grunnleggende forutsetning er at anskaffelsesvirksomheten er godt og profesjonelt organisert internt.

Kommentarer til del III i NOUen

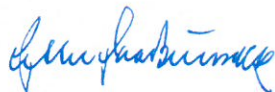
NHO er enig med utvalget i at "oppdragsgivere har et stort forbedringspotensial" (utredningen side 278). Vi mener det må skapes en kultur for kontinuerlig forbedring av innkjøp i offentlig sektor. Innsatsen må skje på mange fronter. Dette har vi redegjort for i NHOs politikkdokument om offentlige anskaffelser fra juni 2014 som tidligere er sendt departementet.

Avslutning

NHO er av den oppfatning at et nytt forenklet regelverk må være balansert, slik at forenklingene kommer både oppdragsgiver og leverandør til gode. Kun gjennom et balansert regelverk vil trygghet og tillit sikre at markedet fungerer etter sin hensikt.

NHO stiller seg til disposisjon for nærmere dialog med departementet om utvalgets forslag. Især gjelder dette de tre vesentlige forhold som vi har fremhevet om prosedyreform, formålsbestemmelse og ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

Vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Område næringspolitikk



Petter Haas Brubakk
Direktør



Ingebjørg Harto
Avdelingsdirektør

