

Nærings- og fiskeridepartementet
Konkurransopolitisk avdeling v/ Monica Elisabeth Auberg
PB 8090 Dep, 0032 Oslo

Vår dato: 3.november

Høring om endret regelverket for offentlige anskaffelser – NOU 2014:4

Det vises til høring om NOU nr 2014:14. NHO Service er en organisasjon i NHO-familien som organiserer små og store bedrifter innen helse og omsorg, sikkerhet, bemanning, renhold, skadesanering, kantine og andre tjenester.

Tjenestene er relevante for diskusjonen om hvilke regler som bør gjelde for inngåelse av offentlige kontrakter. Våre bedrifter er av typisk SMB-størrelse, som har god innsikt i sine kunders anskaffelseshverdag. Bedriftene har lang erfaring av det offentlige markedet. Kontrakter fra 300 000 – 500 000 kroner og oppover, representerer kontrakter av stor viktighet for stabil drift og utvikling i en rekke av våre medlemsbedrifter.

Det vises til NHOs høringsuttalelse som vi støtter.

NHO Service er enig i flere av forslagene til forenklinger. NHO Service vil blant annet forenkle på følgende områder: dokumentasjonsreglene, mulighet til å justere konkurransegrunnlaget i konkurransen, avklaringsregime ved anbudsprosedyren og færre obligatoriske avvisningsregler. Vi mener endringene vil bety mye for det som man i dag opplever som vanskelig.

NHO Service er imot at man da samtidig eliminerer dagens standardiserte og fleksible prosedyrer, da det innebærer mindre tillit til at man gjennomfører upartiske konkurranser og at leverandører må forholde seg til en mengde avvikende innkjøpsprosedyrer. Denne delen av regelverket bidrar i dag bidrar til større profesjonalitet og effektivisering gjennom en viss standardisering av anskaffelses-prosedyrer og innhold, samt omverdenens trygghet om at anskaffelsesvirksomheten er nøytral.

Videre er vi imot å redusere formålet og den samfunnsmessige verdien av regelverket til utelukkende å ha et innkjøpsperspektiv. Det er ønskelig at regelverket, som håndterer 1,6 billioner kroner av kontraktstildelinger i løpet av en stortingsperiode, fortsatt skal ha et formål om å motvirke ukulturer og kriminalitet. Det beste og raskeste "politiet" for uregelmessigheter er en opplyst konkurrent, og dette regelverket må gi leverandører nok rettigheter til å kunne fylle en slik rolle.

NHO Service er også imot å bruke anskaffelser som ukontrollerte subsidietiltak for ideelle virksomheter i deres alminnelige tjenesteytende næring. Denne delen av den udefinerte gruppen ideelle, utfører ikke veldedighet i de tjenestene regelverket omhandler. NHO service støtter derfor utvalget i at unntaket oppheves.

Våre kommentarer i denne omgang er for øvrig begrenset til noen perspektiver rundt regelverkets påståtte problemer og de viktigste forslagene som følger av vår oppsummering på side 3 og 4.

Er den nasjonale delen av regelverket egentlig det store problemet?

Klagene til eksterne klageorgan ligger grovt regnet på under én klage pr milliard anskaffet tjenester eller produkter. Dette er ikke mye, dersom regjeringen faktisk ønsker regler som gir reell likebehandling og høy kvalitet på det offentlige markedet.

Det vil alltid påløpe noen umiddelbare kostnader for å sikre tilstrekkelig transparente prosesser. Disse kostnadene er dog små i forhold til kostnadene knyttet til mistillit til offentlige kontraktstildelinger, effekten av dårlige konkurransegrunnlag og et betydelig større rom for forutinntatte holdninger til leverandører.

Det er også skjedd endringer i regler og praksis den senere tid som påvirker ressurspørsmål knyttet til anskaffelser generelt. Dette er lite diskutert i NOUen. Endringer i klagereglene til KOFA har f.eks bidratt til å redusere både nødvendige og unødvendige klager. Endret lovgivning og praksis på begrunnelsesreglene har også gjort det vanskeligere for leverandører å forstå prosessen godt nok til å ta på seg klagekostnader. Begrunnelsesplikten er nå avgrenset til informasjon om det vinnende tilbudet og leverandøren har nærmest ingen forutsetninger for å vurdere om ting i forhold til eget tilbud er riktig vurdert. Prosedyrene er derfor enda viktigere enn før.

NHO Service ser at for å oppnå noen av de forenklinger som vi støtter på side 3 kan det til en viss grad være nødvendig å innrømme grader av forskjell på likebehandling på de som var potensielle leverandører ved utlysning og de som faktisk valgte å delta i konkurransen. Dette må imidlertid vurderes i en helhet når resten av reglene er lagt.

Et spesifikt tiltak i seg selv kan være akseptabelt, men i sum så radbrekker man tilliten til at reglene kan håndtere formålet og "vernet" mot undergravende eller uheldig anskaffelsesvirksomhet. Verst treffer dette de leverandørene som har kostnader med deltagelse, men som mister tilliten underveis i konkurransen. Det vil påvirke verdiskapning gjennom en konkurranse etter reglene. Det er derfor viktig å ha prosedyreregler som stiller tilstrekkelig minstekrav til prosessen.

Det er mulig, på flere punkter, å bruke utvalgets forslag som grunnlag til et enklere regelverk. Men, det er viktig at departementet bruker innsigelsene i høringsomgangen konstruktivt for å opprettholde tilliten til regelverket fra de leverandører som ønsker konkurranse på like vilkår. Også leverandører har forskjellige preferanser. Enkelte leverandører liker å selge seg inn på merkevare eller kontaktnett. For noen vil enhver regel oppfattes som en byrde.

NHO Service mener at porten inn til det offentlige markedet må være noe annerledes en privat handel. Det er ikke nødvendigvis verdiskapende innovasjon som skapes i "regeltomme" rom. Det er av stor samfunnsmessig verdi at bedrifter får like muligheter. Like muligheter kan av og til komme med noe økte kostnader for igjen å muliggjøre gevinster. Hvorvidt innkjøperen ut fra dagens allerede meget fleksible regelverk rent faktisk klarer å lage en forholdsmessig og tilstrekkelig nyttig konkurranse er avhengig av vilje,

markedsforståelse og kompetanse. Det er etter vår oppfatning ikke regelverket som hindrer det i dag.

NHO Service har stor tillit til offentlige oppdragsgivere, det skyldes blant annet dagens regelverk, generell hederlighet og økt fokus i de senere år på innkjøpskompetansen.

NHO Service betviler likevel at innkjøpskompetanse hadde blitt prioritert, hvis ikke det hadde vært for regimet som ble innført i 2001/2006. NHO Service mener regelverket bidrar til bedre vern mot uheldige anskaffelser, press fra useriøse leverandører og skjerpede innkjøpere. Dette skyldes blant annet at de som kjenner markedet best, konkurrerende leverandører, har mulighet til å konfrontere beslutningene.

Erfaringer fra anskaffelser utelukkende etter del I

En del av våre bedrifter har erfaringer med anskaffelser som er utenfor de detaljerte reglene. I praksis så synes NOUen å legge opp til en anskaffelsesprosedyrefrihet som på mange måter vil være rimelig lik det som faller under del I i dag. Erfaringene er at leverandøren har nærmest ingen krav på reell likebehandling og blir heller ikke hørt ved fornuftige innsigelser mot fremgangsmåten.

NHO Service mener utvalget i store deler av sin argumentasjon for færre prosedyreregler, undervurderer den bakenforliggende årsaken til behovet for anskaffelsesregler. Det er svært få bedrifter som står i en monopolsituasjon og dikterer den offentlige kunden. Tvert i mot vil markedet til slutt akseptere hva det offentlige markedet krever av vilkår uansett kvalitet i prosessen. Likevel, hvis det er ambisjoner om hvorvidt anskaffelsesreglene kan bidra til størst mulig verdiskaping så det avgjørende at den enkelte bedrift oppfatter markedsmulighetene som reelle gjennom troverdige prosedyrer.

Særlig om utvalgets argumentasjon rundt innovasjon

Utvalget forutsetter at hvis oppdragsgiver står friere enn i dag, så vil innovasjonen blomstre. NHO Service tror ikke det er den verdiskapende innovasjonen som vil blomstre med et regelsett som ikke krever mer enn det som utvalget legger i forslag til ny prosedyre.

Satt på spissen krever dagens regelverk kun skatteattest og HMS-attester som obligatoriske dokumenter. Men som ved alle gode anskaffelser knyttet til en mer krevende anskaffelse, forutsettes noe mer av skriftlighet. Dette er ikke spesielt for anskaffelser som må følge regelverket. Det gjelder ved alle gode prosesser for å effektivisere anskaffelsesprosessen, evaluering og forbedring.

Det er også et unntak for reelle forsknings – og utviklingskontrakter.

Anskaffelsesregelverket er således ikke til hinder for valget av samarbeidspartner ved reell innovasjon. Dette forutsetter imidlertid at formålet er en reell nyskaping, og ikke et kjøp av produkt eller løsninger som allerede eksisterer.. Det er underlig at regelverket som sterkt oppfordrer til behovsspesifikasjon med et betydelig skjønn i forholdt tildelingsvurderinger, oppfattes som restriktiv ovenfor innovasjon?

Det reises spørsmål om det mange betegner som et hinder for innovasjon, nemlig en åpen konkurranse om en ukjent løsning, egentlig er mer av en irritasjon over konkurranseplikten når de først har blitt kjent med en samarbeidspartner.

I korthet: NHO Service støtter:

- forslag om forenkling av dokumentasjonsbyrde: Dette vil få betydelige positive konsekvenser for summen av kostnader knyttet til en anskaffelsesprosess, foruten å gjøre problematikken rundt unødvendige avvisninger betydelig mindre i praksis.
- Det bør også bli større mulighet til å hente inn dokumentasjon/bevis som er glemt. En noe større mulighet til å justere konkurransegrunnlaget underveis, så lenge alle som allerede deltar i konkurransen på det stadiet- får like muligheter.
- Forhandlingsforbudet i den frivillige anbudsprosedyren, bør mykes opp med en tilleggsregel knyttet til forelagte løsninger og behovet for å forstå disse, uten å vrake prosedyren som sådan.
- Videre støtter NHO Service at det ikke bør gjelde særlige regler for såkalte ideelle organisasjoner, da dette omhandler kjøp av alminnelige tjenester. Det kan allerede i dag tas hensyn til at bedrifter er samfunnsbevisste. Det er videre avgjørende å skille veldedighet fra profesjonelle avtaler om barn, eldre eller avhengighetsproblematikk. Det er feil å bruke anskaffelser som subsidiepolitikk. Videre er kanskje den viktigste måten å få investeringer og fornyelse nettopp en mer åpen konkurranse. Det er heller ikke riktig å skjule de subsidiene som gis i form av ekskludere andre bedrifter fra å gi tilbud.

NHO Service støtter ikke:

- At formålsbestemmelsen endres ved å ta bort henvisningen til "integritet mv.". Anskaffelsesregler vil tidvis måtte ha regler som begrunnes ut av vern for samfunnet og tilliten til reel konkurransen. At det kun skal handle om effektive anskaffelser, gir inntrykk av den enkelte anskaffelses effektivitet går foran at tildelingen skal skje i et regime som gir en tilstrekkelig etterprøvbarhet. Det er meget uheldig signal å stryke henvisningen i formålet til reglene.
- Dagens forskrift § 3-1 gir en forklaring på hva som ligger i de grunnleggende reglene. Bestemmelsen ble tatt inn da svært mange hadde problemer med å forstå hva grunnleggende prinsipper betyr for den prosedyren de skal ha. Spesielt når anskaffelsene faller utenfor de detaljerte reglene. Forslaget om å samle oppramsingen av prinsipper i § 5 sier knapt noen utenfor innerste krets av utvalget noe som helst. Det er en regelpedagogisk svært uheldig å ta ut FOA § 3-1. Ny § 5 i loven er ikke i nærheten til å gi oppdragsgivere en praktisk forståelse av de rammer som må gjelde for anskaffelsesmetoden i en konkurranse.
- Prosedyren konkurranse med forhandling er i dag så fleksibel at de endringene som foreslås tar bunnen ut det som gir en viss etterprøvbarhet.

- Ny "prosedyre" som substitutt for et etablert regime rundt anbud – og forhandlingsprosedyren. Leverandørene ber stort sett om mer standardisering innen anskaffelsesmåten slik at de slipper å forholde seg til et hundretalls forskjellige varianter. Tilbudsprosedyren som foreslås er så åpen at leverandørene kan ikke legge noe annet til grunn at oppdragsgiver kan endre oppfatning av eget konkurransegrunnlag underveis og innkalle de som har dennes umiddelbare sympati. Det er mulig at forslaget skal forstås annerledes, men slik den fremstår oppfattes dette ikke egentlig som en tilstrekkelig standard til at man kan kalle det en prosedyre.
- Bestemmelsen om ubalanserte kontrakter må "dessverre" beholdes. Vi understreker dessverre fordi vi kan forstå utvalgets argumentasjon om at det ikke er en pliktregel i dag og ut fra deres utelukkende juridiske profil på regelverket. Likevel har bestemmelsen bidratt til helt nødvendige endringer og tyngde hos oppdragsgivere som i utgangspunktet ikke opplever dette som et hensyn de skal ta. Bestemmelsen er nødvendig i det nye regelverket og burde vært skjerpet.

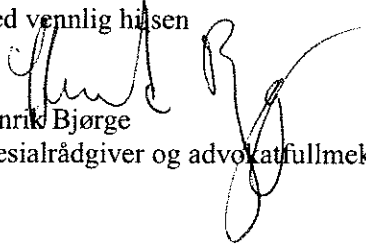
Må skjerpes:

- Protokollplikten og begrunnelsesplikten er vesentlige tiltak som må styrkes som følge at prosedyrereglene reduserer etterprøvbareheten. I tidligere regelverk var fokuset tyngre på leverandørene skulle på tilbakemelding til å utvikle seg. Dette er nesten helt begravd som ide i forenklingsforslaget og konsekvensene av endringer i regelverket knyttet til begrunnelsesplikten.

NHO Service ser frem imot å delta videre i regelverksprosessen. Vi har forståelse for at det også fra myndighetssiden er utfordrende å se alle av utvalgets forslag i tilstrekkelig perspektiv når ikke helheten i regelverket (nye EU-direktivene) er blitt håndtert samtidig.

Vi ber om at reglene blir satt i sammenheng med de nye anskaffelsesreglene fra EU, og at det ikke blir forskjeller for forskjellenes skyld. Det er først når dette er på plass at vi som brukere kan se helheten, og vi legger til grunn at vi også da får anledning til å bli hørt.

Med vennlig hilsen


Henrik Bjørge
Spesialrådgiver og advokatfullmektig