

Nærings- og fiskeridepartementet
PB 8090 Dep
0032 Oslo

Vår saksbehandler:
Kristin Zach/Yvonne C.
Delphin

Vår dato: 30.10.2014
Vår referanse:

Deres dato: Deres referanse:

Kopi til:

Høringsuttalelse til NOU 2014:4 Enklere regler - bedre anskaffelser

1. Innledning

Det vises til høringsbrev av 20.06.2014, hvor departementet ber om høringsinstansens syn på utvalgets forslag i NOU 2014:4.

Statsbygg er en av landets største eiendomsaktør med en eiendomsportefølje på ca. 2,7 millioner kvm. Bedriften har en årlig inntekt på ca. 3,9 mrd. kr og investerer for i overkant av 3 mrd. kr i nye bygg. Statsbygg er statens sentrale rådgiver i bygge- og eiendomssaker, byggherre, eiendomsforvalter og eiendomsutvikler. Vi er dessuten statens sentrale rådgiver når staten skal leie lokaler i markedet.

Hele 95 % av investeringen i nybygg foretas i markedet, og for drift og vedlikehold er tallet ca. 70 %. Statsbygg har derfor betydelig erfaring med regelverket for offentlige anskaffelser og våre kommentarer til forslaget er basert på disse.

2. Sammendrag

Statsbygg er for et regelverk om offentlige anskaffelser som kan bidra til effektiv bruk av det offentliges midler og et profesjonelt marked. For detaljerte og kompliserte regler kan imidlertid medføre overdrevent regelfokus. Hovedhensynet om å gjøre et godt innkjøp og riktig bruk av fellesskapets midler kommer da lett i bakgrunnen. Statsbygg er for forenkling, økt brukervennlighet og lavere ressursbruk. Vi er enige med utvalget i at det i tillegg må anvendes andre virkemidler enn regelverket for å få til det gode innkjøp. Blant annet er dialog med markedet viktig for både oppdragsgiver og leverandør.

Utredningen er svært grundig og danner et godt grunnlag for forenkling av reglene. Statsbygg støtter hovedsakelig flertallet. Vi er spesielt positive til ny anskaffelsesmodell; åpen og begrenset tilbudskonkurranse, utvidet adgang til supplering av dokumentasjon og spissing av formålsbestemmelsen.

Når det gjelder ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket er Statsbygg prinsipielt sett enig med flertallet, men av hensyn til utfordringene i bransjen vil vi gå inn for å beholde de omtalte bestemmelsene så lenge forholdet ikke er regulert et annet sted eller til man klarer å finne frem til mer effektive virkemidler. Statsbygg stiller seg heller ikke bak flertallet når det gjelder spørsmålet om å heve terskelverdiene for direkte kjøp. Her støtter vi utvalgets leder.

På noen punkter foreslår Statsbygg å gå lenger enn utvalget. Dette gjelder for adgangen til bruk av kvalifikasjonskrav i tildelingsomgangen, og for bruk av tekniske spesifikasjoner spesielt ved kjøp av inventar. I tillegg er Statsbygg ikke enig med utvalget i at avvik fra absolutte krav alltid skal anses for å være vesentlig avvik. Dette må bero på en konkret tolkning av avvikets betydning for leveransen.

3. Kommentarer til enkeltpunkter

3.1. Kap 7 Forholdet mellom de ulike delene av regelverket

Utvalget kommenterer i kap7 nedfallsproblematikken i regelverket, det vil si problemet med at det utledes konkrete saksbehandlingsregler av de grunnleggende prinsippene som følger av reglene over EØS-terskelverdiene (del III) og som anvendes på de nasjonale reglene (del II). Statsbygg er enig med utvalget i at det vil undergrave forenklingen av de nasjonale reglene fullstendig om KOFA og domstolene, basert på de grunnleggende prinsippene, skulle innfortolke detaljerte prosedyrekrav som ikke følger av regelverket.

Utvalget er delt i spørsmålet om forhold som er regulert i del III også vil gjelde i del II, eksempelvis adgangen til å støtte seg på andre foretaks kapasitet for å bli kvalifisert. Ut fra en «fra det mer til det mindre-betraktning» mener flertallet at dette også må gjelde for del II. Mindretallet mener at dette har karakter av nedfallsproblematikk. Statsbygg er av den oppfatning at dette ikke kan besvares generelt, men må løses i det konkrete tilfellet ut i fra en tolkning av blant annet konkurransegrunnlaget og de grunnleggende prinsippene. Oppdragsgiver må eksempelvis kunne si i konkurransegrunnlaget at det ikke er adgang til å støtte seg på andre foretaks kapasitet, dersom han mener dette er mest formålstjenlig. Dersom oppdragsgiver ikke har sagt noe om dette, vil det bli et spørsmål om hva som er en naturlig tolkning av de grunnleggende prinsippene. I dette tilfellet tilsier vel konkurranseprinsippet at det bør være tillatt å støtte seg på andre foretaks kapasitet. Over terskelverdi krever det en forpliktelseserklæring. Det bør ikke innfortolkes i de nasjonale bestemmelsene, med mindre oppdragsgiver selv har stilt dette som krav. Effektiv ressursbruk tilsier at oppdragsgiver kan avklare en eventuell usikkerhet knyttet til om tilbyder rår over de tilbudte ressurser, dersom han skulle være i tvil om dette.

3.2. Kap 9 Formål

Statsbygg støtter flertallets forslag til endring av lovens formålsbestemmelse, og begrunnelsen flertallet gir for dette. Statsbygg vil særlig fremheve viktigheten av at effektiv ressursbruk videreføres i bestemmelsen da vi, som flertallet, er av den oppfatning at dette er det sentrale formålet med regelverket. Dette formålet vil ofte trekke i samme retning som formålet om å fremme konkurranse, men som flertallet understreker vil de to også kunne trekke i motsatt retning. Statsbygg mener flertallet synes å ha en riktig tilnærming til hvordan en avveining mellom disse formålene bør slå ut.

3.3. Kap 10 Grunnleggende prinsipper

Utvalget har foreslått en opprydding i de grunnleggende prinsippene i dagens anskaffelsesregelverk. Statsbygg støtter en slik tilnærming, og mener at utvalgets flertall har landet på et godt forslag. For øvrig er vi helt enige med utvalget i at forholdsmessighetsprinsippet bør fremgå av loven, og at dette er av stor betydning for oppnåelse av formålet om effektiv ressursbruk og derfor bør brukes aktivt ved tolkning av hvilke krav som kan utledes av de grunnleggende prinsippene

3.4. Kap 11 Ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket

Utvalgets flertall mener at anskaffelsesregelverket bør fokusere på det anskaffelsesfaglige, og kun ivareta andre hensyn når disse er forenelige med lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse. De mener videre at ikke-anskaffelsesfaglige hensyn bør fanges opp av relevante sektorbestemmelser, og at bestemmelser av «motiverende art» bør utgå. Forenklingstraktninger ligger bak forslaget. Statsbygg er prinsipielt sett enig i disse betraktningene, men av hensyn til utfordringene i bransjen vil vi gå inn for å beholde de omtalte bestemmelsene så lenge forholdet ikke er regulert et annet sted eller til man klarer å finne frem til mer effektive virkemidler. Det siste gjelder for blant annet det obligatoriske kravet til innlevering av skatteattester. Statsbygg viser til at skatteattestene ikke gir et dekkende bilde av om leverandøren har oppfylt sine plikter i henhold til skattelovgivningen eller ikke, da attestene kun viser innbetalt skatt i forhold til innrapportert skatt, og ikke sier noe om det er innrapportert riktig.

Statsbygg støtter derimot flertallet i at det i tillegg bør utarbeides veiledere for hvordan det offentlige kan ivareta de ikke-anskaffelsesfaglige hensyn på en god og enkel måte. Det gjelder eksempelvis for hvordan oppdragsgiver skal ta hensyn til livssyklus kostnader i sin planlegging av anskaffelsen, eller hvordan oppdragsgivere best kan legge til rette for bruk av lærlinger og hvordan kravet i så fall bør utformes.

3.5. Kap 12 Unntak

i. 12.2 Kontrakter med anslått verdi under 100 000 kroner

Utvalgets flertall foreslår at kontrakter med anslått verdi på under 100 000 kr skal unntas helt fra anskaffelsesregelverket. Statsbygg mener dette er et godt forslag, som vil bidra til forenkling og mer effektiv ressursutnyttelse.

Etter Statsbyggs syn bør anskaffelsesreglens grunnleggende prinsipper ivaretas ved alle anskaffelser, så langt det er mulig og så langt det ikke medfører uforholdsmessig tids- eller ressursbruk. Ved småanskaffelser bør det imidlertid overlates til oppdragsgiver å avgjøre hvordan dette skal gjennomføres. I stedet for forskriftsfestede krav bør slike anskaffelser følge oppdragsgivers egne interne instruksjoner og retningslinjer, basert på prinsippene om konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet. Dagens regler, som omfatter alle anskaffelser, innebærer at private parter kan forfølge påståtte regelbrudd ved å klage til KOFA eller ved å reise søksmål, selv ved innkjøp med lav økonomisk verdi. Samtidig er det ofte uklart for oppdragsgiver hvor langt de grunnleggende prinsippene rekker i det enkelte tilfelle. Denne kombinasjonen ansporer til å overoppfylle kravene, for å unngå en tvist eller for ikke å bli kritisert for regelbrudd. Eksempelvis er det ofte ønskelig at mindre anskaffelser skal kunne gjennomføres av personell som ikke har innkjøp som hovedbeskjeftigelse,

men når oppdragsgiver risikerer krav fra private parter, for påstått manglende overholdelse av regelverket, forer dette lett til overforsiktighet slik at man ikke tør la personell uten særlig anskaffelsesfaglig eller juridisk kompetanse forestå slike innkjøp. Å unnta småanskaffelser fra anskaffelsesreglene vil derfor bidra til forenkling, og til å realisere regelverkets formål om «mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser», jfr. Anskaffelsesloven § 1.

ii. 12.3 Kontrakter som er omfattet av unntaksbestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv – særlig om unntaket for fast eiendom

Utredningen innholder en oversikt over unntakene i det nye anskaffelsesdirektivet, og utvalgets vurderinger av de enkelte unntakene. Utvalgets utgangspunkt er at anskaffelser som er unntatt fra EU-direktivet, også bør være unntatt det norske anskaffelsesregelverket. Med andre ord skal ingen anskaffelsesregler gjelde når oppdragsgiver inngår slike kontrakter. Utvalget foreslår i den sammenheng en regelopprydding, ved at disse unntakene tas inn i anskaffelsesloven, og ikke kun står som unntak fra forskriften. Statsbygg støtter dette synet, men vil knytte en bemerkning til unntaket for fast eiendom.

Erverv av eiendomsrett

For erverv av eiendomsrett til fast eiendom skjer som oftest omsetningen ved at selger legger eiendommen ut for salg, og at interesserte kjøpere konkurrerer om eiendommen gjennom en budrunde. Fremgangsmåten i markedet er altså den motsatte av det anskaffelsesreglene legger opp til. I andre tilfeller er det tale om kjøp av tilleggsgrunn eller tilleggsrettigheter til en eksisterende eiendom. Heller ikke i slike tilfeller er anskaffelseslovens regler relevante.

Ved nyetableringer er det derimot ofte mulig å vurdere ulike lokaliteter før man bestemmer seg for hvilke eiendom som skal kjøpes. I praksis vurderes alternativene ut fra beliggenhet, arrondering/størrelse, grunnforhold, utnyttelsespotensiale, naboforhold, heftelser, forhold rundt sikkerhet, miljøhensyn, kostnader mm. Etter at man har gjennomført disse vurderingene foreligger det svært sjelden flere eiendommer som kan fylle behovet, på en slik måte at det ligger til rette for å gjennomføre en konkurranse. Som oftest står man igjen med én eiendom, og man er prisgitt direkte forhandlinger med den aktuelle eiendomsbesitteren. Også for slike anskaffelser fremstår anskaffelseslovens regler som lite relevant. Likevel er det selvsagt for Statsbygg at det i slike prosesser stilles krav til åpenhet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet, og at alternativvurderinger skal lede frem til kjøp av den eiendommen som er best egnet ut fra eiendommens beskaffenhet, sett opp mot statlig behov og totale kostnader.

Leie av fast eiendom

Staten leier eiendom og lokaler, i det private markedet, for betydelige beløp. Leiekostnadene i sivil sektor ble i 2004 anslått til mellom 10 og 12 mrd. kr., jf. rapporten «Mer effektiv statlig bygge- og eiendomsforvaltning», (fremlagt av et interdepartementalt utvalg i mars 2005). Med det velutviklede regimet man har etablert for kvalitetssikring av investeringer i statlig byggevirksomhet, kan det fremstå som et paradoks at man ikke har funnet behov for større styring med inngåelse av langsiktige husleieforpliktelser, som kan medføre kostnader opp mot flere hundre millioner kr.

Statsbygg bistår i betydelig grad andre statsetater med leie av lokaler, først og fremst gjelder dette leie av kontorlokaler i eksisterende bygninger. I den forbindelse er vi vant til å forholde oss til, og å etterleve, de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5. Selv om plasseringen av lokalene er forhåndsbestemt til en bestemt by, eller til et bestemt tettsted, er det som regel mulig å få til konkurranse om disse kontraktene. Det er derfor all grunn til å benytte markedet til å oppnå best mulig lokaler til mest mulig fordelaktig pris, og dermed det tilbudet staten totalt sett finner økonomisk mest fordelaktig. Likevel blir Statsbygg ofte kontaktet av statsetater som kun ønsker bistand til å forlenge eller utvide et eksisterende leieforhold, eller av etater som allerede har sett seg ut et leieobjekt, uten å ha vurdert alternativer. Kravet om at leie av lokaler skal skjer etter konkurranse fremgår imidlertid i dag av «Instruks om håndtering av bygge- og leiesaker i statlig sivil sektor», fastsatt ved kongelig resolusjon av 20.1.2012.

iii. 12.5 Unntak fra detaljerte prosedyreregler i særlige situasjoner

Utvalget foreslår å videreføre unntaksbestemmelsene i forskriften § 2-1 annet ledd. Disse unntakene fritar oppdragsgiver fra å følge de detaljerte prosedyrereglene i forskriften del II i visse nærmere angitte tilfeller. I slike tilfeller gjelder kun anskaffelsesloven og forskriften del I. I tillegg foreslår utvalget å innføre et unntak for dekningskjøp når dette er nødvendig som følge av at en konkurranse er blitt avlyst, eller fordi det har oppstått tvist om gjennomføringen av en konkurranse.

Statsbygg støtter utvalgets forslag. De gjeldende unntakene fra prosedyrereglene i del II har vist seg å være praktiske unntakshjemler, som bør videreføres. Videre er vi enig med utvalget i at unntaket for anskaffelser som bare kan tildeles til én bestemt leverandør bør gjelde generelt, og ikke knyttes opp mot konkrete eksempler, slik som i dagens forskrift.

Det foreslåtte unntaket for dekningskjøp er en svært ønskelig regel. Unntaket vil gjøre at oppdragsgiver slipper den tvangssituasjonen som oppstår som følge av at en konkurranse må avlyses, eller at det har oppstått tvist om en anskaffelse. I stedet for å stå overfor valget om enten å ivareta pålagte oppgaver gjennom en ulovlig direkteanskaffelse, eller å følge regelverket og forsømme pålagte oppgaver, vil dekningskjøpsunntaket gjøre det mulig for oppdragsgiver å ivareta sine forpliktelser uten å bryte anskaffelsesreglene.

3.6. Kap 13 Terskelverdier

i. Den nasjonale terskelverdien

Statsbygg støtter her forslaget fra utvalgslederen, om å heve terskelverdien til 600 000 kr for varer og tjenester og til 3 mill. kr for bygge- og anleggskontrakter. For det første bør den någjeldende grensen på 500 000 kr justeres for den reduserte pengeverdien fra den gang beløpet ble bestemt i 2005. For det annet bør terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter være høyere enn terskelverdien for vare- og tjenestekjøp. I blant er det ønskelig å kunne kontrahere mindre byggeoppdrag i konkurranse, uten å kunngjøre. Med en terskelverdi på kun 500 000 kr – evt. oppjustert til 600 000 kr – vil denne muligheten forbli svært begrenset.

ii. Forenklet kunngjøringsplikt

Et mindretall på to medlemmer foreslår en obligatorisk forenklet kunngjøring av konkurranser om kontrakter med verdi under 500 000 kr. Formålet er å bedre markedsadgangen for små og mellomstore bedrifter. Flertallet går imot dette fordi en slik plikt medfører en rettighetsvinklet måte å håndtere selv små anskaffelser på, noe som lett vil komme i konflikt med formålet om effektiv ressursbruk.

Statsbygg støtter også her flertallets forslag. Den foreslåtte kunngjøringsplikten vil langt på vei innebære like omstendelige anskaffelser under terskelverdien som over, i strid med ønske om forenkling og i strid med formålet om fornuftig ressursbruk.

Anskaffelser under kr. 500 000 kan mest hensiktsmessig gjennomføres ved at oppdragsgiver henvender seg til noen få leverandører, som får adgang til å inngi tilbud. Dersom konkurransen kunngjøres må det forventes et større antall tilbud i konkurransene, og dermed merarbeid i form av å gjennomgå og sammenligne tilbudene. En slik fremgangsmåte setter også større krav til utforming av konkurranseregler, med kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Skriftlighetskravet i anskaffelsesforskriften vil for øvrig bevisstgjøre oppdragsgiver med hensyn til å gjennomføre anskaffelsene i samsvar med regelverket. I tillegg sikrer skriftlighetskravet at hensynet til etterprøvbarehet blir ivaretatt.

3.7. Kap 14 Skriftlighetskrav

Utvalget foreslår å videreføre skriftlighetskravet i gjeldende forskrift § 3-1 (7). Utvalgets flertall foreslår samtidig å fjerneplikten til å føre anskaffelsesprotokoll, mens mindretallet vil opprettholde protokollplikten for anskaffelser over 100 000 kr.

Av hensyn til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet anser Statsbygg det som selvsagt at betydningsfulle vurderinger og beslutninger dokumenteres. Statsbygg støtter derfor forslaget om å beholde forskriften § 3-1 (7). Imidlertid er det ønskelig med veiledning og presisering av hva som omfattes av skriftlighetskravet. Statsbygg er enig med flertallet i at dette mest hensiktsmessig kan ivaretas gjennom en sentral veiledning til regelverket, med eksempler på hva som skal foreligge skriftlig. Selv om det ikke er noen stor byrde å føre protokoll, er kravet for rigid og det fører til utstrakt grad av dobbeltdokumentasjon. Det meste av det som skal protokollføres vil uansett fremgå av konkurransegrunnlag, brev, e-post og annet. Statsbygg støtter derfor flertallets forslag om å fjerne protokollkravet.

3.8. Kap 15 Kontrakten

i. 15.2 Kontraktsvilkår og kontraktstandarder

Utvalgets flertall foreslår å fjerne bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 3-11 om bruk av fremforhandlede, balanserte kontraktstandarder. Flertallet mener at denne bestemmelsen langt på vei er overflødig og innholdet hører hjemme i veiledningen til regelverket.

Innenfor Statsbyggs kjernevirksomhet - bygg og entrepris, bygningsrådgivning og tilhørende tjenester – er det gjennom Norsk Standard utviklet en rekke standard kontraktsvilkår. Statsbyggs anser at bruk

av disse standardene er av stor betydning for effektiviteten i anskaffelsesprosessene. Bruk av kjente standardkontrakter gir økt forutberegnelighet, det letter leverandørenes arbeid med å prise kontraktene og det reduserer behovet for å ta forbehold. Likevel har Statsbygg mest sans for flertallets syn om å fjerne denne typen uforpliktende regler fra forskriften, og støtter derfor flertallets syn om å fjerne bestemmelsen i anskaffelsesforskriften § 3-11 (1) og heller gå inn for at punktet omtales i en veileder.

ii. 15.4 Rammeavtaler

Utvalget mener at dagens regulering av rammeavtaler er for omfattende og detaljert utformet, og at reglene inneholder gjentakelser og unødvendige presiseringer. I stedet foreslås en bestemmelse som bygger på ordlyden i bestemmelsen i det nye forsyningsdirektivet. Statsbygg støtter forslaget og utvalgets begrunnelse for dette. Vi vil likevel bemerke at forenklingen stiller krav om at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget klargjør hvilke regler som skal gjelde ved avrop på rammeavtalene.

iii. 15.5 Endring av eksisterende kontrakt

Statsbygg ser det som hensiktsmessig med like regler over og under EØS-terskelverdien, vedrørende adgangen til å gjøre endringer i eksisterende kontrakter. Statsbygg støtter derfor utvalgets forslag om å inn ta regler om dette i anskaffelsesforskriften del I, basert på artikkel 72 i nytt EU-direktiv 2014/24/EU.

Vedrørende vilkåret i artikkel 72 (2) i), om at endringer ikke kan overstige terskelverdiene i artikkel 4, forutsetter Statsbygg at man i den norske forskriften viser til den samme EØS-terskelverdien, og at denne begrensningen blir gjeldende både for anskaffelser som følger forskriftens del II og de som følger del III. Det vil virke svært begrensende på adgangen til å gjøre endringer i bygge- og anleggskontrakter etter del II, dersom endringsomfanget skulle bli begrenset til den nasjonale terskelverdien, som utvalgets flertall har foreslått videreført med kr. 500 000.

iv. 15.7 Bruk av underleverandører

Det er ingen direkte regulering av bruken av underleverandører hverken i dagens anskaffelsesforskrift eller i det nye anskaffelsesdirektivet. I tråd med dette foreslår utvalgets flertall heller ikke å innføre slike bestemmelser i den nye forskriften del II. Mindretallet (ett medlem) ønsker derimot en bestemmelse hvor det settes et tak på maksimalt tre leverandører i kjeden; en hovedleverandør og inntil to nivåer av underleverandører. Mindretallet viser til at det med en slik begrensning blir lettere å føre kontroll med aktørene, og kommunisere med aktørene. Mindretallet visert til at økonomisk kriminalitet og sosial dumping særlig er til stede der man har mange nivåer av underleverandører. Statsbyggs entreprisekontrakter inneholder i dag en bestemmelse som forbyr våre kontraktspartener å ha flere enn to ledd av underleverandører i kjeden under seg, med mindre Statsbygg gir særskilt samtykke. Bestemmelsen er begrunnet særlig i de hensynene utvalgets mindretall har fremhevet. I noen tilfeller kan det imidlertid være behov for å tillate flere nivåer av underleverandører, uten at dette medfører økt risiko for misligheter. Forskriften bør ikke hindre denne muligheten. Statsbygg er for øvrig prinsipielt sett enig i at anskaffelsesforskriften ikke bør inneholde bestemmelser av ikke-anskaffelsesrettslig karakter, jfr. punkt 3.4. Statsbygg støtter derfor flertallets forslag om ikke å innføre særskilte bestemmelser om dette i anskaffelsesforskriften.

Statsbygg støtter dessuten utvalgets forslag om ikke å innføre bestemmelser om betaling direkte fra oppdragsgiver til underleverandører, slik direktivets artikkel 71 nr. 3 åpner for. Slike bestemmelser om kontraktgjennomføringen bør ikke forskriftsreguleres.

3.9. Kap 16 Anskaffelsesprosedyrer

Under dette kapittelet har utvalgets flertall foreslått det som må anses som den mest omfattende endringen av de nasjonale anskaffelsesreglene. Forslaget går ut på å erstatte dagens konkurranseformer med to nye konkurranseformer, benevnt som henholdsvis åpen og begrenset tilbudskonkurranse. Det foreslås at oppdragsgiver under de nye konkurranseformene skal ha rett, men ikke plikt, til å forhandle om tilbudene, og at han skal kunne vente med å ta stilling til om det skal forhandles til etter at tilbudene er mottatt og gjennomgått.

Etter Statsbyggs erfaring er det et klart behov for større adgang til å avklare uklarheter i tilbud, enn det dagens anbudskonkurranser åpner for. Flertallets forslag til nye konkurranseformer imøtekommer dette behovet. Samtidig innebærer forslaget at avklaringene kan begrenses til de forhold oppdragsgiver har behov for å avklare, uten at man må gi tilbyderne adgang til å forbedre tilbudene, og uten at oppdragsgiver blir forpliktet til å påpeke hvilke sider av tilbudene som bør forbedres. De foreslåtte nye konkurranseformene vil kunne føre til at færre tilbud blir avvist som følge av uklarheter og misforståelser, anskaffelsesprosessen vil bli mer effektiv og fleksibel, og man vil sikre bedre samsvar mellom tilbudenes innhold og oppdragsgivers behov og budsjettmidler.

Flertallets påpeking av dilemmaet oppdragsgiver ofte står overfor ved uklarhet i tilbudene samsvarer med det Statsbygg har erfart. Ofte står vi overfor spørsmålet om en uklarhet skal føre til avvisning. Avvises tilbudet risikerer vi å gå glipp av det beste tilbudet, i tillegg til at firmaet som har avgitt tilbudet tar rettslige skritt for å forfølge det han mener er en forskriftsstridig avvisning. Avviser vi ikke, og antar det uklare tilbudet, risikerer vi at tilbyderen i ettertid hevder at tilbudet har et annet innhold enn vi har lagt til grunn, og krever å få mer tid eller mer penger dersom leveransen skal gjennomføres slik vi har forutsatt. Samtidig risikerer vi at konkurrerende tilbyder hevder at vinnertilbudet skulle vært avvist, og forfølger det de hevder er et forskriftsbrudd fra oppdragsgivers side. Disse problemstillingene kan unngås dersom oppdragsgiver i stedet benytter konkurranse med forhandlinger, og vi erfarer ofte at Statsbyggs prosjektledere ønsker å benytte forhandlinger, ikke fordi de tror de har behov for å forhandle, men for å kunne avklare evt. uklarheter, for å unngå usikkerhet om tilbudenes innhold og unødvendige avvisninger. I slike situasjoner vil den konkurranseformen utvalgets flertall foreslår, være mye mer velegnet og tilpasset behovet, enn konkurranse med forhandlinger.

Statsbygg er kjent med at flertallets forslag har skapt debatt, men er likevel enig med utvalgets leder i at det bør være rom for å prøve noe nytt og at frykten synes noe overdrevet da reglene bygger på gjeldende dansk regelverk. I tillegg vil Statsbygg minne om at tidligere regelverk under EØS-terskelverdiene (forskriften av 15. juni 2001 nr. 616) ble tolket slik at det ikke var en plikt til å forhandle ved prosedyren konkurranse med forhandling. I Statsbyggs mal for invitasjon for åpen konkurranse med forhandling anno mars 2006 var det inntatt følgende formulering:

Antagelse av tilbud uten forhandlinger

Statsbygg forbeholder seg retten til å kunne anta tilbudene uten å gjennomføre forhandlinger.

Statsbygg forbeholder seg retten til å sette grenser for hva det skal forhandles om.

På denne bakgrunn oppfordres tilbyderne til å levere sitt beste tilbud ved tilbudsinnleveringsfristen.

Statsbygg kan ikke erindre at det kom negative reaksjoner fra bransjen på malene våre den gang. Tvert imot var det en mulighet for leverandørene til å unngå avvisning. For anskaffelser under kr 500 000 eks mva. har vi også i dag en mal med en lignende formulering, uten at dette har skapt negative reaksjoner.

Statsbygg mener flertallets forslag er god og er enig i at dagens regler om anbudskonkurranser og konkurranse med forhandlinger bør erstattes av åpen og begrenset tilbudskonkurranse, slik utvalgets flertall foreslår.

3.10. Kap 19 Konkurransesgrunnlag

Statsbygg er enig i de fleste av endringene som foreslås, men på to områder mener vi at forslaget bør endres.

Tekniske spesifikasjoner – møbelkjøp

Statsbygg støtter utvalgets forslag om å stryke gjeldende § 8-3 første til og med tredje ledd om tekniske spesifikasjoner, blant annet fordi forskriftsteksten i begrenset grad bør inneholde «bør»-regler.

Utvalget foreslår imidlertid å videreføre gjeldende regler i anskaffelsesforskriften, som setter strenge vilkår for henvisninger til bestemte produkter, merker og lignende i konkurransegrunnlag. I tillegg til å være strenge, er reglene i § 8-3 (4) også såpass rundt formulert at de har et uklart innhold. Reglene har vært lite belyst i KOFA-praksis og domstolsavgjørelser. I lys av at oppdragsgivere kan ha behov for å kjøpe produkter av en viss designmessig kvalitet eller for øvrig av et bestemt utseende, mener Statsbygg at reglene i § 8-3 (4) bør klargjøres og helst også i noen grad mykes opp.

Statsbyggs erfaring er at særlig ved anskaffelse av møbler og annet inventar til lokaler med representative funksjoner der estetiske kvaliteter er særlig viktige, oppstår det ofte et behov for å kunne henvise til bestemte produkter. Slike estetiske kvaliteter er nærmest umulig å angi gjennom produktneutrale beskrivelser. Eksempelvis kan følgende beskrivelse dekke en rekke forskjellige sofaer av høyst varierende estetisk kvalitet: «Rektangulær, mørkt ullstoff, god sittekomfort og holdbarhet, enkelt formmessig uttrykk, bredde ca. 300 cm, dybde ca. 100 cm og høyde ca. 50 cm.» Den offentlige innkjøperen har her liten kontroll over hvilket produkt han ender opp med og tilbyderne har liten informasjon om hva innkjøperen egentlig vil ha. Når store designmessige og kvalitetsmessige forskjeller derfor ikke lar seg fange opp av spesifikasjonene, vil ikke konkurransen fungere etter hensikten og innkjøper risikerer å måtte kåre en vinner som tilbyr produkter av lav kvalitet til en høy pris.

Også bruk av design og kvalitet som tildelingskriterium gir ofte innkjøper liten kontroll over hvilke produkter han ender opp med, i hvert fall i de tilfellene der anskaffelsen omfatter et høyt antall produkter som skal passe sammen. Nettopp ved møblering av et nytt offentlig bygg vil det inngås

kontrakter som hver omfatter mange ulike møbelartikler. Statsbygg mener derfor at offentlige innkjøpere bør ha adgang til å vise til bestemte produkter ved innkjøp av nytt inventar, i hvert fall til arealer der estetikk og design er særlig viktig. Statsbygg mener videre at innkjøperen i disse tilfellene også bør kunne sløyfe tillegget «eller tilsvarende». Utrykket er lite presist og gir liten grad av forutberegnelighet, både for innkjøper og tilbydere. Utrykket «tilsvarende» passer dessuten dårlig for designprodukter, der «tilsvarende» produkter ofte vil krenke originalproduktets opphavsrettslige vern.

Endringer i absolutte krav

Utvalget foreslår å innføre en regel om at endringer i absolutte krav i oppdragsgivers konkurransegrunnlag alltid anses som vesentlige når endringen skjer etter tilbudsfristens utløp. Utvalget går ikke nærmere inn på hvilke krav som skal anses som absolutte. Dette siste er et tolkningsspørsmål som endringsforslaget ikke løser, og som derfor fortsatt må avgjøres konkret i den enkelte sak.

Statsbygg mener at en regel som utelukker enhver endring av ethvert absolutt krav, vil kunne få urimelige følger for oppdragsgiverne. Eksempelvis ville det være svært uheldig om oppdragsgiver i en konkurranse som gjelder levering av en rekke enkeltprodukter, for eksempel kontorrekvisita, vil måtte avvise et tilbud med meget gode priser fordi et fåtall av produktene ikke tilbys eller ikke oppfyller konkurransegrunnlagets krav. Slik Statsbygg ser det, har utvalgets forslag ikke støtte i EU-retts sentrale dom om vesentlige endringer, C454/06 (Pressetext). Forslaget innebærer videre at man får en strengere regel om endringer av absolutte krav under EØS-terskelverdien enn over, noe som stemmer dårlig med utvalgets uttalte mål om større fleksibilitet for oppdragsgiverne under EØS-terskelverdiene. Forslaget vil også innebære at man får strengere regler for endringer før kontraktsinngåelsen enn etter, noe som harmonerer dårlig med forutsetningen om at reglene for endringer skal være strengere etter kontraktsinngåelse enn de skal være i tidsrommet mellom utløpet av tilbudsfristen og kontraktsinngåelsen, jf NOUen pkt 15.5.4 og 19.5.2.

På bakgrunn av ovennevnte mener Statsbygg at det skal være adgang til å avvike fra absolutte krav, så fremt det ikke er snakk om en vesentlig endring. Om avviket er vesentlig eller ikke, er et tolkningsspørsmål som må finne sitt svar i den konkrete sak.

3.11. Kap 20 - Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon

Statsbygg vil uttrykke særlig støtte til forslaget om at oppdragsgiver ikke lenger skal ha plikt til å angi hovedtrekkene i kvalifikasjonskravene i kunngjøringen. Dette er overflødig når kunngjøringen inneholder en direkte elektronisk link til konkurransegrunnlaget. Endringsforslaget vil redusere faren for uoverensstemmelser mellom angivelse av kvalifikasjonskrav i henholdsvis kunngjøringen og konkurransegrunnlaget, og derved at færre konkurranser må avlyses.

Vi vil også uttrykke særlig støtte til utvalgets forslag om oppdragsgivers adgang til, men ikke plikt til, å la leverandørene ettersende/supplere ethvert dokument som gjelder leverandørens oppfyllelse av konkurransegrunnlagets kvalifikasjonskrav. Dette er et meget godt forslag som vil kunne forhindre at oppdragsgivere må avvise ellers gode tilbud på grunn av mangler som langt på vei har preg av å være formalfeil. Adgangen til supplering bygger dessuten opp under regelverkets formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse.

Utvalget foreslår videre at leverandørene skal ha rett til å levere egenerklæringer i stedet for offentlige attester og at oppdragsgiverne dessuten skal kunne åpne for egenerklæringer om at leverandørene oppfyller eventuelle andre kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget. Statsbygg er enig med utvalget i at en ordning med egenerklæringer kan være arbeidsbesparende både for leverandørene og oppdragsgiver, men mener samtidig at egenerklæringer alltid, det vil si også for egenerklæringer om offentlige attester, bør være en frivillig ordning som oppdragsgiver kan velge fra konkurranse til konkurranse. Dette begrunnes med at særlig i konkurranser med omfattende tilbudsevalueringer risikerer oppdragsgiver å bruke mye tid og ressurser på å kåre en vinner, bare for å oppdage at valgte tilbyder ikke kan fremlegge de attester han i egenerklæringen hevdet å ha. For leverandørene er det lite ressurskrevende å levere offentlige attester. Slike attester er gratis og dessuten er det nok at det leveres kopier.

Statsbygg har merket seg at utvalget ikke omtaler det nye direktivets artikkel 59 nr. 5 annet ledd om at leverandørene ikke behøver å levere dokumentasjon (i tillegg til egenerklæringer) som oppdragsgiver allerede er i besittelse av fra tidligere konkurranser med samme leverandør. Statsbygg oppfatter utvalget slik at de ikke ønsker å innføre denne regelen under EØS-terskelverdiene, og vi støtter dette. For offentlige virksomheter som driver med utstrakt grad av innkjøp, vil det ikke bli lett å etablere et fungerende arkivsystem som gjør det enkelt å ta vare på og gjenbruke all den dokumentasjon de har mottatt fra de samme leverandørene i tidligere konkurranser. Særlig utfordrende vil det være å holde oversikt over andre dokumenter enn offentlige attester. Det er derfor spesielt viktig at en rett for oppdragsgiverne til bruk av egenerklæring for annen dokumentasjon enn offentlige attester ikke kobles til en slik arkiveringsplikt som direktivet legger opp til. Statsbygg fraråder derfor at det innføres en regel tilsvarende det nye direktivets artikkel 59 nr 5 andre ledd.

3.12. Kap 21 Tildelingskriterier

Statsbygg er enig med utvalget i at det ikke bør innføres et forbud mot rene priskonkurranser. For øvrig stiller Statsbygg seg stort sett positiv til de foreslåtte endringene i dette kapitlet, men mener oppmykningen i det strenge skillet mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier kan gå lenger enn det utvalget foreslår.

Statsbygg foreslår for det første en regel der oppdragsgiver i tildelingskriteriene tillates å vektlegge ethvert forhold ved leverandørene som kan tenkes å ha en ikke ubetydelig innvirkning på oppfyllelsen av kontrakten og således er egnet til å skille mellom tilbudene. Det generelle forholdsmessighetsprinsippet vil uansett stå i veien for at oppdragsgiveren vil kunne gi slike forhold uforholdsmessig stor vekt.

I tillegg til en utvidet adgang til å vektlegge forhold ved leverandøren i tildelingskriteriene, går Statsbygg inn for at forhold ved leverandøren som allerede har inngått i vurderingen av tilbydernes kvalifikasjoner, også skal kunne vektlegges i tildelingsomgangen. Forutsetningen også her må naturlig nok være at disse forholdene kan ha innvirkning på oppfyllelsen av kontrakten og således er egnet til å skille mellom tilbudene.

Argumentet for å følge EØS-regelverkets regel om at samme forhold ikke kan vektlegges i to omganger, er at oppdragsgiver ved å ha stilt et kvalifikasjonskrav har bestemt seg for hvilket

kvalifikasjonsnivå leverandørene trenger for å gjennomføre oppdraget. Dette temaet må derfor anses som «oppbrukt» i kvalifikasjonsomgangen når det først er satt kvalifikasjonskriterium. Statsbygg deler ikke dette synet. Et og samme forhold ved leverandøren vil ha ulike funksjoner i henholdsvis kvalifikasjonskriteriene og tildelingskriteriene. I kvalifikasjonskriteriene er det snakk om å sikre at leverandørene oppfyller visse minimumsforutsetninger. I tildelingsomgangen vil derimot være snakk om å ta stilling til hvilket firma som er best skikket til å gjennomføre oppdraget og deretter ta stilling til hvilken innvirkning dette har på kvaliteten av tilbudet. Dette kan belyses gjennom et par eksempler:

Eksempel 1: En oppdragsgiver ønsker å gjennomføre en totalentreprise for oppføring av en høyskole. Oppdragsgiver er usikker på markedet og for å være sikker på ikke å få for få tilbud velger han derfor, i kvalifikasjonsomgangen, kun å kreve to tidligere gjennomførte totalentrepriser med lignende kontraktssum. Oppdragsgiver mottar to tilbud. Første tilbud er fra et firma som tidligere har gjennomført to totalentrepriser for helt andre bygningstyper, men av tilsvarende omfang som kontrakten for høyskolen. Disse gjaldt riktignok bygningstyper med begrenset overføringsverdi til en høyskole, men kontraktene var omtrent i samme størrelsesorden. Firmaet oppfyller derfor kvalifikasjonskravet. Det andre tilbudet kommer fra et firma som de senere årene har gjennomført fem totalentrepriser for høyskoler av noenlunde samme størrelse som den konkurransen gjelder. Begge firmaene oppfyller kvalifikasjonskravene, men sistnevnte firma har betydelige bedre forutsetninger for å gjennomføre oppdraget på en god måte. Statsbygg ser ingen reelle grunner til at oppdragsgiver ikke bør kunne vektlegge sistnevnte firmas merkompetanse i tildelingsomgangen, forutsatt at dette er varslet i konkurransegrunnlaget.

Eksempel 2: En oppdragsgiver skal utlyse en entreprise der kvaliteten på entreprenørens anleggsleder må antas å være av avgjørende betydning for en vellykket gjennomføring. Kompetansen til tilbudt anleggsleder vil derfor være et viktig tildelingskriterium, men samtidig kan ikke dette svekke priskonkurransen mellom leverandørene i for stor grad. Oppdragsgiver beslutter derfor å vektlegge tilbudspris og kompetanse til tilbudt anleggsleder med henholdsvis 75 og 25 prosent. Oppdragsgiver risikerer her at billigste tilbud vinner, selv om tilbudets anleggsleders kompetanse egentlig er i tynneste laget. Oppdragsgiver bør her kunne sikre seg et nærmere fastsatt minimumsnivå for anleggslederne ved i kvalifikasjonsomgangen å kreve at tilbudt anleggsleder skal ha hatt den samme rollen i minst tre like krevende prosjekter, samtidig som oppdragsgiver i tildelingsomgangen bør kunne gi uttelling for særlig kompetente anleggsledere.

3.13. Kap 22 Kunngjøring

Statsbygg er generelt positiv til forslagene i dette kapittelet. Vi finner det imidlertid uklart om forslaget innebærer at man vil være avskåret fra å kunngjøre konkurransen på vanlig måte i tillegg til forhåndskunngjøringen, f.eks. dersom det er få interessenter som meldte seg etter forhåndskunngjøringen. Ordlyden i forskriftsteksten synes å stenge for dette, men Statsbygg mener det generelt bør være adgang til å foreta en vanlig kunngjøring selv om man har forhåndskunngjort.

Statsbygg støtter videre flertallets forslag og begrunnelse for ikke å innføre en plikt for oppdragsgiver til å kunngjøre konkurranseresultatet.

3.14. Kap 24 Tilbudet

Statsbygg støtter forslaget om at det kun skal være et krav om at tilbud er skriftlig og bindende, og at kravene til lukking og merking av tilbudene strykes. Vi støtter også at de særskilte bestemmelsene om avvik fra minstekrav i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, samt bestemmelsen om at poster som ikke er priset skal anses innkalkulert i andre poster, strykes. Vi er enig i at leverandører uansett vil måtte bære risikoen for uklarheter i sitt tilbud, og at dette med fordel kan fremgå eksplisitt av en egen forskriftsbestemmelse, som foreslått av utvalget. Dette blir et naturlig motstykke til en bestemmelse om at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget.

Statsbygg er videre enig i at bestemmelsene om tilbakekall og endring av tilbud bør strykes.

Statsbygg åpner i liten grad opp for alternative tilbud i sine konkurranser, noe som blant annet henger sammen med at vi finner reglene vanskelig å praktisere. Vi støtter felles regler over og under terskelverdien på dette området, og slutter oss til utvalgets ønske om at reglene må klargjøres og at definisjonene av alternative tilbud bli mer dekkende. I denne forbindelse vises særlig til KOFA-sak 2010/362 der Statsbygg var innklaget, og spørsmålet nettopp var om man hadde mottatt et alternativt tilbud eller ikke. Statsbygg støtter en definisjon av alternative tilbud i tråd med mindretallets (og Statsbyggs) tolkning av direktiv og departementsforarbeider i denne saken, og anmoder om at dette standpunkt blir gjeldende rett; Et alternativt tilbud foreligger kun når oppdragsgiver benytter prosedyren alternative tilbud. Har ikke oppdragsgiver benyttet denne prosedyren, snakker man kun om avvik fra konkurransegrunnlaget.

Statsbygg er enig med utvalget i at forskriften ikke bør inneholde ordensregler, og støtter derfor at plikten til å registrere innkomne tilbud og bekrefte mottak av tilbud oppheves. Selvfølgelig må hver enkelte oppdragsgiver holde orden på om tilbud kommer inn i tide. Statsbygg har i dag egne rutiner for å påse dette.

Statsbygg støtter også utvalgets forslag som innebærer at oppdragsgiver fritt kan bestemme om han skal evaluere kvalifikasjoner eller tilbudene først. Dette kan i enkelte konkurranser innebære en stor tidsbesparelse for oppdragsgiver, og er en mulighet som Statsbygg vil utnytte når det synes egnet. Når forskriften § 11-1 oppheves, betyr imidlertid dette at oppdragsgiver også kan evaluere kvalifikasjonskravene etter at han er ferdig med å forhandle. Statsbygg kan ikke se at det er heldig eller ressursbesparende når man etter en omfattende forhandling konstaterer at den man mener har det beste tilbudet, ikke er kvalifisert. Vi trenger ikke en egen regel som forbyr denne fremgangsmåten, men det bør presiseres i motivene at i de tilfeller hvor man forhandler, og ikke tildeler direkte eller kun foretar mindre avklaringer/avstemninger, bør man av hensyn til seg selv, sine forhandlingspartnere og effektiv bruk av samfunnets ressurser, forsikre seg om at den man forhandler med er kvalifisert.

3.15. Kap 25 Avvisning

Statsbygg er enig i at dagens avvisningsregler er vanskelige og skaper mange problemer både for oppdragsgiver og leverandører. Vi er derfor enig med utvalget i at reglene bør klargjøres så langt det er mulig. Det er ryddig å dele opp avvisningsbestemmelsene i tre; En for formalfeil, en for forhold ved leverandøren og en for forhold ved tilbudet. Statsbygg mener det er riktig å reservere de obligatoriske avvisningsbestemmelser for de forhold som skal ivareta hensynet til likebehandling og vektige samfunnsmessige hensyn.

Når det gjelder avvisningsregler knyttet til straffbare forhold nevnt i nytt anskaffelsesdirektiv Art 57 nr 1, støtter vi flertallet. Dette er brudd av så vidt alvorlig karakter at det offentlige ikke bør kontrahere slike leverandører overhodet, og det bør gjelde en avvisningsplikt for disse forhold. Vi er dog enige i at det bør åpnes for unntak for kontrakter som er nødvendig å tildele for å ivareta allmenne hensyn. Statsbygg er av den oppfatning at reglene på dette området bør være like over og under terskelverdi, og at regelen departementet skal utforme ikke bør gå lenger enn Norge er forpliktet til etter det nye direktivet. Vi er også enig med utvalget i at det *ikke* innføres en undersøkelsesplikt for oppdragsgiver med hensyn til disse straffbare forhold. Dette vil være å påføre oppdragsgiver en for stor og omfattende oppgave som ikke kan forsvares ut i fra lovens formålsbestemmelse. Statsbygg er imidlertid også opptatt av at plikt-regelen må være enkel for oppdragsgiver å praktisere. Regelen må være tilstrekkelig klar, og det er en forutsetning at det for tvilstilfeller finnes en tilsvarende «kan»-avvisningsbestemmelse som oppdragsgiver kan benytte, slik at han ikke risikerer sak pga uriktig avvisning etter skal-bestemmelsen. Statsbygg oppfatter at utvalgets forslag til § 5-22 (2) (integritet) er en slik kan-avvisningsbestemmelse.

Statsbygg støtter den fakultative avvisningsregelen som gjelder avvisning pga forhold som kan skape tvil om hvorvidt leverandøren er i stand til å gjennomføre kontrakten, eller der det er sannsynlig at leverandøren ikke har tilstrekkelig integritet (se nedenfor om krav til bevis). Vi er positive til at det innføres én generell bestemmelse som omfatter flere forhold som tidligere var dekket av enkeltbestemmelser. I ovennevnte ligger at vi også støtter utvalget i at det kun skal gjelde en rett, og ingen plikt, til å avvise pga leverandørens eventuelle manglende oppfyllelse av sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter og manglende innlevering av HMS-egenerklæring.

Statsbygg støtter videre forslaget om at det innføres en plikt for oppdragsgivere til å avvise leverandører som har fått en urimelig konkurransefordel eller der oppdragsgiver er inhabil overfor leverandøren, der ingen av tilfellene kan utjevnes med mindre inngripende tiltak.

Statsbygg støtter også utvalgets flertall i at det kun skal være en rett for oppdragsgiver til å avvise forespørsler om deltakelse i en konkurranse som kommer inn etter fristen.

Statsbygg er svært positive til at det forskriftsfestes en rett for oppdragsgiver til å avvise et tilbud som ikke oppfyller kravene til tilbudets utforming, og at dette også klart omfatter krav som oppdragsgiver selv har satt i konkurransegrunnlaget. I denne forbindelse opplyses at Statsbygg bruker uforholdsmessig mye tid på evaluering av tilbud der leverandøren har sett bort fra Statsbyggs anmodning om hvordan man skal systematisere tilbudet.

Statsbygg støtter forslaget om at det ikke skal gjelde en forhandlingsplikt for oppdragsgiver der det foreligger feil, avvik eller lignende, men er likevel svært positive til at oppdragsgiver alltid skal ha rett til å anmode leverandøren om å endre eller presisere sitt tilbud før oppdragsgiver treffer avvisningsbeslutningen.

Statsbygg er positiv til at begrepet avvik innføres som en felles betegnelse på det som til nå har vært omtalt som «forbehold og avvik», og at det innføres en plikt til å avvise ved vesentlige avvik, og en rett ved andre avvik (som ikke er ubetydelige). Statsbygg er imidlertid *ikke* enig med utvalget i at avvik fra absolutte krav alltid skal anses for å være vesentlig avvik. Dette må bero på en konkret tolkning av

avvikets betydning for leveransen. Dette anser vi å være i tråd med nyere KOFA-praksis. Vi er videre av den oppfatning at vårt standpunkt her ikke nødvendiggjør en endring av foreslått forskriftstekst.

Statsbygg støtter også utvalgets flertall som mener at oppdragsgiver skal ha adgang til å forhandle bort vesentlige avvik, selv der det gjelder avvik fra absolutte krav. Dette er særlig hensiktsmessig for oppdragsgiver der man har få tilbud. Statsbygg støtter også at det *ikke* innføres en plikt til å avklare uklarheter.

Statsbygg er positiv til at «akseptable tilbud» brukes som en samlebetegnelse både på ukorrekte tilbud og tilbud som er uakseptable av andre grunner, samt at det innføres en rett til avvising på dette grunnlag. Statsbygg er videre positiv til at det nå blir klargjort at oppdragsgiver har rett til å avvise tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett, fastsatt og dokumentert forut for anskaffelsen.

Når det gjelder avviseringsregler knyttet til straffbare forhold, inneholder disse mange og vanskelige tolkningsspørsmål, og vi ser frem til departementets utforming av nærmere regler på dette området. Fortolkningsuttalelsen fra PAD er et nyttig hjelpemiddel i dag, men gir på langt nær svar på alle spørsmål, og det er derfor nødvendig med ytterligere klargjøring i regelverket slik utvalget påpeker. Statsbygg støtter utvalgets uttalelse om at oppdragsgiver må få avgjøre om iverksatte self-cleaning tiltak er tilstrekkelige til at avvising kan unnlates, og at reglene over og under terskelverdi bør være like på dette område, hva gjelder utestengingsperiode, identifikasjon (person/selskap-selskap/konsern), betydningen av vedtatte forelegg mv. Som utvalget, tar vi også til ordet for at vedtatt forelegg *ikke* sidestilles med rettskraftig dom, men kun gir oppdragsgiver en rett til avvising.

Når det gjelder regler om underleverandører og hvorvidt disse er omfattet av utelukkelsesgrunnene i ny forskrift, er Statsbygg imot en undersøkelsesplikt for oppdragsgiver på dette punkt, og ønsker kun en rett til avvising av underleverandører som omfattes av utelukkelsesgrunnene, og ingen plikt. Dette standpunkt inntar vi selv om det innebærer at reglene over og under terskelverdi blir ulike.

Kommentar til forskriftsteksten §§5-21 til 5-23:

§ 5-22 (2) Ordet «overveiende» i teksten bør strykes. Det vises til utvalgets redegjørelse for krav til bevis for leverandørens forhold i NOUen kap 25.6. I dette kapittel fremgår at «[D]et må antas at det alminnelige kravet til sannsynlighetsovervekt som gjelder i sivile saker, også vil gjelde her.» Etter Statsbyggs syn er «overveiende sannsynlig» noe annet enn «alminnelig sannsynlighetsovervekt». «Overveiende» må derfor utgå fra forskriftsteksten.

Det er en skrivefeil i ordet «forhandlingene» i § 5-23 (1) (a)

I § 5-23 (1) (c) er henvisningen til § 5-18 feil. Rett henvisningsbestemmelse er § 5-19.

3.16. Kap 26 Avlysning av konkurransen

Statsbygg er positiv til at avlysningsreglene i dagens regelverk videreføres uten realitetsendring, og støtter at begrepet «avlysning» benyttes som fellesbetegnelse på både avlysning og totalforkastelse.

Kommentar til forskriftstekst (§ 5-25): Ordet «totalforkastelse» bør fjernes i overskriften som en konsekvens av utvalgets standpunkt om at begrepet «avlysning» benyttes som fellesbetegnelse på både avlysning og totalforkastelse.

3.17. Kap 27 Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester

Dette kapitlet har liten relevans for Statsbyggs virksomhet og våre anskaffelser, og vi har derfor ingen kommentar til dette.

3.18. Kap 28 Utvalgets alternative forslag til regler – et minimumsregelverk

For det tilfelle at det innføres et minimumsregelverk støtter Statsbygg utvalgets flertall, men mener samtidig at reglene om miljøhensyn, livssyklus kostnader og universell utforming bør beholdes, samt reglene om lærlingeklausuler, antikontaktørklausuler, skatteattester, HMS-egenerklæringer og lønns- og arbeidsvilkår, jfr. begrunnelsen i høringsuttalelsen pkt. 3.4. Statsbygg er imidlertid av den oppfatning at det er behov for et mer detaljert regelverk på dette området også under terskelverdien for EØS, og ønsker derfor et regelverk i tråd med utvalgets hovedforslag. I tilknytning til utvalgets forslag om et prøveprosjekt for å prøve ut en slik minimumsløsning, vil Statsbygg gi uttrykk for at dersom et slikt prosjekt skal ha en verdi, må det plukkes ut oppdragsgivere til prosjektet som er representative for oppdragsgivere som skal omfattes av regelverket.

I tilknytning til mindretallets forslag om forenklet kunngjøringsplikt for mindre anskaffelser, vil Statsbygg igjen uttrykke sin motstand mot et slikt forslag.

3.19. Kap 29 Særlig direktivbestemmelser i forskriftens del I

Da det ikke er knyttet noen konkrete forslag til disse bestemmelsene, har Statsbygg ingen kommentarer til disse direktivbestemmelser på nåværende tidspunkt.

3.20. Kap 30 Anskaffelsesregelverket i en større sammenheng

Utvalget kommenterer offentlighetsloven og utfordringen med tilbyderes rett til innsyn i tilbud og protokoller. De støtter det tidligere Håndhevelsesutvalgets anbefaling om å se på disse reglene på nytt. Statsbygg er enig med utvalget i at det er uheldig at offentlighetsloven gir leverandørene rett til å få innsyn i hverandres tilbud før kontrakt er inngått, særlig i de situasjoner hvor oppdragsgiver finner å måtte avlyse en konkurranse og utlyse den på nytt. Hvis konkurrentene får innsyn i "det vinnende tilbudet", som eksempelvis har fått særlig god uttelling for tildelingskriteriet "oppgaveforståelse", vil konkurrentene sitte med "fasiten" på hvordan de i den etterfølgende konkurranse skal presentere sin løsning av akkurat denne oppgaven og dermed sikre seg høyere poengsum på tildelingskriteriet "oppgaveforståelse". Dette er uheldig for oppdragsgiver, men særlig for den aktuelle leverandøren.

I tillegg vil vi nevne KOFA-sak 2012/9 (avgjort i stornemd med disses 4-1) som viser hvilke vanskelige vurderinger oppdragsgiver må foreta, da sannsynligheten for at konkurransen vil bli avlyst kan være avgjørende for om opplysninger om vinnende leverandør er taushetsbelagte eller ikke. Statsbygg er dessuten enig i Håndhevelsesutvalgets argument om at de andre leverandørenes behov for innsyn i prosessen er tilstrekkelig sikret gjennom reglene om karens og krav til begrunnelse for tildelingen. Statsbygg støtter derfor utvalgets anbefaling om å revurdere offentlighetsloven på dette punktet.

Med hilsen



Frode Meinich
Administrerende direktør (fungerende)



Bjørn Kuvås
Avdelingsdirektør