

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref:

Vår ref: 2015/639

BERGEN 16.06.2015

Arkivnr: 000

Løpenr: 9308/2015

HØRING – FORSLAG OM ENDRING AV LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG TILHØRENDE FORSKRIFTER SOM LEDD I GJENNOMFØRING AV TRE NYE ANSKAFFESEDIREKTIV

Det vises til høringsbrev fra Nærings- og Fiskeridepartementet, datert 17.03.2015, vedrørende forslag til gjennomføring av følgende nye EU-direktiver i norsk rett;

- **Direktiv 2014/24/EU** som skal erstatte direktiv 2004/18/EF, og som i Norge er gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr 402 (FOA).
- **Direktiv 2014/25/EU** som skal erstatte direktiv 2004/17/EF, og som i Norge er gjennomført i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 7. april 2006 nr 403 (forsyningsforskriften)
- **Direktiv 2014/23/EU** - nytt direktiv om konsesjonskontrakter.

Forslagene til gjennomføring av ovennevnte direktiver i norsk rett er samlet i følgende høringsnotat;

Høringsnotat 1: Forslag om endringer i lov om offentlige anskaffelser (*gjennomføring av direktiv 2014/24/EU*)

Høringsnotat 2: Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser (erstatte dagens foa) (*gjennomføring av direktiv 2014/24/EU*)

Høringsnotat 3: Forslag til ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (erstatte dagens forsyningsforskrift) (*gjennomføring av direktiv 2014/25/EU*)

Høringsnotat 4: Forslag til ny forskrift om konsesjonskontrakter (*gjennomføring av direktiv 2014/23/EU*),

samtlig med høringsfrist 17.06.2015.

Havforskningsinstituttets høringsuttalelse nedenfor er begrenset til høringsnotat 1 og 2, dvs. anskaffelsesregelverket innenfor klassisk sektor. Dette som følge av at Havforskningsinstituttet ikke vil være omfattet av innkjøpsreglene i forsyningssektorene, samt at Havforskningsinstituttet i svært begrenset grad vil gjennomføre anskaffelser innen anvendelsesområdet for konsesjonskontrakter.

Innledningsvis bemerkes også forholdet til Forenklingsutvalgets forslag til nye og forenklede regler for den særnorske delen av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, dvs. for anskaffelser innenfor klassisk sektor som ikke er omfattet av direktiv 2014/24/EU (anskaffelser under EØS-terskelverdi). Som også nevnt i høringsbrevet må den særnorske og den EØS-rettslige delen av regelverket sees i sammenheng da de to delene samlet skal utgjøre et revidert regelverk for offentlige anskaffelser. Havforskningsinstituttet viser derfor også til vår høringsuttalelse datert 30.10.2014.

I Høringsnotat 1: Forslag om endringer i lov om offentlige anskaffelser

Som det fremgår innledningsvis i høringsnotatet er det kun behov for mindre endringer i loven som følge av de nye direktivene. Direktivene og de detaljerte prosedyrereglene vil som i dagens regelverk bli gjennomført i tilknyttede forskrifter. Havforskningsinstituttet anser det fornuftig å beholde den tradisjonelle funksjonsdelingen mellom lov og forskrift, ved at anskaffelsesloven angir de overordnede rammene for anskaffelsesregelverket, slik som de grunnleggende prinsippene som skal gjelde for alle anskaffelsene, samt bestemmelser om håndhevelsen av regelverket for offentlige anskaffelser, mens de ulike anskaffelsesforskriftene inneholder de detaljerte prosedyrereglene.

I.I Lovens formålsbestemmelse

Departementet viser til Forenklingsutvalgets forslag til endring av lovens formålsbestemmelse og påpeker at det er et behov for å klargjøre lovens formålsbestemmelse. Videre understrekes viktigheten av at det utformes en klar bestemmelse som fastslår hva som er formålet med regelverket.

I Havforskningsinstituttets høringsuttalelse datert 30.10.2014, i forbindelse med Forenklingsutvalgets utredning, fremgår det at Havforskningsinstituttet er enig med flertallets forslag til angivelse av formålet med regelverket, som angis å være;

”effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter angis som et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket”,

foruten at ”økt verdiskapning i samfunnet” fremdeles bør fremgå eksplisitt av formålsparagrafen.

Av høringsnotatet fremgår det at departementet har valgt en mellomløsning mellom flertallet og mindretallet i Forenklingsutvalgets forslag til formålsbestemmelse, nærmere bestemt at;

”[L]oven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og sikre at det offentlige opptrer med integritet ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser”.

Med denne formålsbestemmelsen vil departementet tydeliggjøre at den bærende begrunnelsen for anskaffelsesregelverket er ønsket om å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser. I tillegg skal regelverket sikre at allmennheten har tillit til offentlige anskaffelsesvirksomhet. Det presiseres imidlertid at departementets forslag til formålsbestemmelse ikke er ment å innebære realitetsendringer fra dagens rettstilstand.

Havforskningsinstituttet er enig i at det er behov for å klargjøre og konkretisere formålet med regelverket for offentlige anskaffelser, samt at virkemidler for å realisere formålene med regelverket bør fjernes fra formålsbestemmelsen. Som nevnt i Havforskningsinstituttets høringsuttalelse datert 30.10.2014 bør "økt verdiskapning i samfunnet" fremdeles utgjøre et formål med anskaffelsesregelverket.

Etter Havforskningsinstituttets syn vil formålet om "effektiv bruk av samfunnets ressurser" språklig sett ikke omfatte alle aspekter av "økt verdiskapning i samfunnet". Ved å innta formuleringen "økt verdiskapning i samfunnet" i formålsbestemmelsen vil man synliggjøre at formålet med regelverket utgjør mer enn effektiv ressursbruk (i snever forstand) hos det offentlige i forbindelse med offentlige anskaffelser, for eksempel gjennom økt sysselsetting, legge til rette for at SMBer får tilgang til offentlige kontrakter mv. Dette bør i så fall uttrykkelig fremkomme av formålsbestemmelsen.

Videre er ikke Havforskningsinstituttet uten videre enig i at departementets forslag til formålsbestemmelse ikke vil innebære en realitetsendring fra dagens rettstilstand. Formålsbestemmelsen skal følgelig angi de overordnede prinsipper som ligger til grunn for utformingen av detaljreglene i anskaffelsesforskriftene og kan således inngå som et tolkningsmoment ved anvendelse av de enkelte prosedyrereglene. Ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftene vil det uttrykte formålet med anskaffelsesregelverket derfor kunne utgjøre en viktig tolkningsfaktor.

Av någjeldende formålsbestemmelse fremgår det at;

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

Av den gjeldende formålsbestemmelsen i anskaffelsesloven § 1 fremgår det at formålet med anskaffelsesregelverket er både å ivareta samfunnshensyn (slik som økt verdiskapning i samfunnet, mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser mv.) og å ivareta hensynet til leverandøren ved at offentlige anskaffelser skal være basert på forretningsmessighet og likebehandling.

Av forslaget til ny formålsbestemmelse fremgår det at hovedformålet med regelverket er effektiv bruk av samfunnets ressurser, samt å sikre at det offentlige opptrer med integritet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser. Hensynet til leverandørene er således fjernet i forslaget til ny formålsbestemmelse. Dette vil således kunne få betydning ved tolkningen av de detaljerte reglene anskaffelsesforskriften og dermed innebære en realitetsendring fra dagens rettstilstand.

I.II Lovens virkeområde

Havforskningsinstituttet har ingen kommentarer til foreslåtte presiseringer av lovens virkeområde (§ 2) og oppdragsgivere som er omfattet av loven (§ 3). Ovennevnte presiseringer anses klargjørende og er dessuten nødvendig som følge av det nye direktivet for konsesjonskontrakter som innebærer at inngåelse av denne typen kontrakter omfattes av anskaffelsesregelverket.

Videre vises det til Forenklingsutvalgets forslag om at kontrakter som er unntatt fra anvendelsesområdet til de nye direktivene og som derfor fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket må plasseres i anskaffelsesloven og ikke i anskaffelsesforskriften, som i dag. Departementet har vurdert mulighetene for å innta unntaksbestemmelsene direkte i anskaffelsesloven, men har funnet at dette vanskelig lar seg gjennomføre, blant annet som følge av at unntakene i de forskjellige forskriftene ikke er helt likelydende. Departementet foreslår derfor at det gis hjemmel til å fastsette unntak fra lovens virkeområde i forskriftene.

Havforskningsinstituttet er enig i Forenklingsutvalgets forslag om at kontrakter som fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket må plasseres i anskaffelsesloven og ikke i anskaffelsesforskriften, som i dag. Havforskningsinstituttet kan derfor vanskelig se at dette ikke skulle la seg gjennomføre. Imidlertid foreslår departementet å samle alle unntaksreglene i de ulike forskriftene, samt at det skal fremgå klart av bestemmelsene om kontrakten er unntatt anskaffelsesregelverket i sin helhet eller kun bestemmelsene i anskaffelsesforskriftene.

Havforskningsinstituttet anser det som klart viktigst at det fremgår eksplisitt av unntaksbestemmelsene om de ulike typene kontrakter er unntatt anskaffelsesregelverket i sin helhet (lov og forskrift) eller om de kun er unntatt de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftene, ikke nødvendigvis hvor disse unntaksbestemmelsene er regulert. Foruten at Havforskningsinstituttet anser det som mest naturlig at bestemmelser som gjør unntak for anskaffelsesregelverkets anvendelse på visse kontrakter reguleres i loven, støttes departementets forslag under forutsetning av at det eksplisitt angis i forskriftsbestemmelsene om de ulike typene kontrakter er unntatt anskaffelsesregelverket i sin helhet eller om det kun er de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftene som er unntatt anvendelse.

I forhold til Forenklingsutvalgets konkrete forslag til hvilke kontrakter som skal være unntatt fra anskaffelsesregelverket i sin helhet, hvilke kontrakter som kun skal være omfattet av anskaffelsesloven og hvilke kontrakter som skal reguleres av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del I fremgår det at departementet ikke har tatt stilling til dette enda. Havforskningsinstituttet viser i den forbindelse til vår høringsuttalelse datert 30.10.2014, punkt 2.V, hvor det fremgår at Havforskningsinstituttet støtter utvalgets, herunder flertallets forslag til unntaksbestemmelser i anskaffelsesloven.

I.III Samfunnsansvar

Departementet viser til flertallet i Forenklingsutvalget sitt forslag om å fjerne bestemmelser som anses å ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Mindretallet foreslår imidlertid at bestemmelsene om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn videreføres. Havforskningsinstituttet har i sin høringsuttalelse datert 30.10.2014 sluttet seg til flertallets forslag om å fjerne bestemmelser som anses å ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i nasjonalt regelverk.

Departementet viser til at det ikke er tatt stilling til alle spørsmålene Forenklingsutvalget reiser vedrørende ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Imidlertid påpekes det at spørsmålet om ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i regelverket har en side mot gjennomføringen av de nye direktivene og at dette nødvendiggjør at det tas stilling til overordnet tilnærming. Det vises i den forbindelse til at;

”Et av EUs mål med revisjonen av anskaffelsesdirektivene har vært å legge forholdene bedre til rette for å kunne ivareta andre samfunnshensyn, slik som miljø, sosiale hensyn, innovasjon og

lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter, i forbindelse med offentlige anskaffelser. Det er derfor kommet inn flere bestemmelser som utvider mulighetsrommet for å trekke inn slike hensyn på de ulike trinn av anskaffelsesprosessen. Disse bestemmelsene er primært kan-bestemmelser, ikke påbud. I tillegg inneholder direktivene en overordnet bestemmelse som slår fast at medlemslandene skal treffe egnede tiltak for å sikre at miljøkrav, arbeidsrettslige og sosiale krav overholdes ved gjennomføring av offentlige kontrakter, se klassisk direktiv artikkel 18 nr. 2, forsyningsdirektivet artikkel 36 nr. 2 og konsesjonskontraktordirektivet artikkel 30 nr. 3. Det er opp til nasjonale myndigheter å beslutte hvordan dette skal skje. Man kan velge å innføre en plikt for offentlige oppdragsgivere til å påse at slike krav er oppfylt, men ansvaret kan også legges til f.eks. offentlige tilsynsmyndigheter innenfor deres kompetanseområde. Man kan også benytte andre virkemidler enn lovgivning. Her har medlemslandene et stort handlingsrom.

Departementet mener at oppfølgingen av Forenklingsutvalgets forslag og gjennomføringen av nye direktivbestemmelser må sees i sammenheng. Offentlige anskaffelser må gjennomføres på en måte som ikke får samfunnsskadelige konsekvenser. Både direktivene og gjeldende nasjonale regler har en rekke bestemmelser som skal ivareta dette. Offentlige anskaffelser kan også benyttes aktivt for å fremme andre samfunnshensyn, f.eks. utvikle nye klimavennlige løsninger eller øke antallet læreplasser. Regelverket bør legge til rette for det.

Samtidig er regelverket kritisert for å være for komplisert og pålegge både offentlige oppdragsgivere og leverandørene store administrative byrder. Departementet har vært opptatt av å finne en rimelig balanse mellom behovet for forenkling og reduksjon i administrative byrder på den ene siden, og behovet for å adressere aktuelle samfunnsutfordringer på den andre. Det må gjøres en konkret vurdering av om den enkelte bestemmelse er et egnet virkemiddel for å ivareta de aktuelle hensyn, om bestemmelsene bør endres eller om andre virkemidler enn regulering i lov og forskrift er bedre egnet.”

Med dette som bakgrunn vil Havforskningsinstituttet nedenfor kommentere departementets konkrete forslag til bestemmelser vedrørende ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

i) Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Av høringsnotatet fremgår det at Arbeids- og sosialdepartementet, som er ansvarlig departement for denne forskriften, har varslet at de vil foreta en fullstendig evaluering av forskriften. På denne bakgrunn foreslår ikke departementet endringer verken i anskaffelsesloven § 7 (hjemmelsbestemmelsen) eller selve forskriften om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, foruten å presisere i forskriften § 4 at konsesjonskontrakter ikke omfattes av forskriften.

Havforskningsinstituttet slutter seg til departementets vurdering på dette området.

ii) Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold – anskaffelsesloven § 6

Departementet foreslår følgende bestemmelse i anskaffelsesloven § 6;

”§ 6. Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold

Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger. Disse oppdragsgiverne skal også ha etablert egnede rutiner for å ivareta

hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter.

Oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen slik at offentlige kontrakter inngås og gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at disse kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen.”

Forslaget til ny bestemmelsen vedrørende miljø, arbeidsforhold og sosial forhold gjelder uavhengig av terskelverdier, dvs. den gjelder for alle anskaffelser. Forenklingsutvalgets flertall har foreslått at gjeldende bestemmelse i anskaffelsesloven § 6 oppheves, da denne kun er av motiverende art. Brudd på bestemmelsen kan følgelig ikke påberopes av leverandørene eller håndheves ved domstolene. Havforskningsinstituttet har i sin høringsuttalelse datert 30.10.2014 støttet flertallets forslag, men påpeker samtidig at anskaffelsesregelverket ikke er til hinder for at oppdragsgivere kan legge vekt på ikke-anskaffelsesfaglige hensyn ved den enkelte anskaffelsen, selv om man ikke pålegger en plikt for oppdragsgiver til å gjøre dette, herunder har uttrykkelige bestemmelser om dette i anskaffelsesregelverket.

Av departementets forslag til ny § 6 i anskaffelsesloven fremgår det av første ledd at offentlige oppdragsgivere skal innrette sine anskaffelser slik at de bidrar til å redusere miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger, samt ha etablert egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Ordlyden i bestemmelsen gir følgelig føringer på at offentlige oppdragsgivere skal stilles miljøkrav ved offentlige anskaffelser, samt ha egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter. Dette legger således sterkere føringer på den offentlige oppdragsgiver enn tilsvarende bestemmelse i gjeldende anskaffelseslov § 6.

Som begrunnelse for departementets forslag vises det til at offentlige anskaffelser er et viktig virkemiddel for å nå blant annet miljø- og klimamålsettinger. Forslaget til endret anskaffelseslov § 6 er derfor ment å gi en overordnet føring for norsk anskaffelsespraksis ved å stille overordnede krav til virksomhetens samlede anskaffelsespraksis med hensyn til ivaretagelse av miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold.

Havforskningsinstituttet forstår forslaget til ny anskaffelseslov § 6 dit hen at bestemmelsen ikke lenger utelukkende er av motiverende art, dvs. uten rettslig innhold. Dersom den enkelte oppdragsgiver ikke har innrettet sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å ivareta miljøhensyn, samt har etablert egnede rutiner for ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter i forhold til arbeidsforhold og sosial forhold kan dette påberopes av leverandørene og håndheves ved domstolene som et eventuelt brudd på anskaffelsesregelverket.

I den forbindelse påpekes det, som også nevnt i høringsnotatet, at det vil variere hvilke ressurser og kompetanse oppdragsgiver har til å kunne stille og reelt følge opp slike krav på en effektiv måte. Dette vil kunne medføre at anskaffelsesprosessen blir mer omfattende og tidkrevende, samt at den konkrete kontraktsoppfølgingen krever ytterligere ressurser med en annen kompetanse enn den rent innkjøpsfaglige/juridiske kompetanse. Etter Havforskningsinstituttets syn vil forslaget til ny anskaffelseslov § 6 potensielt medføre at den enkelte offentlige oppdragsgiver må tilføre ytterligere ressurser med kompetanse innenfor blant annet miljøfaglige spørsmål for å kunne stille og reelt følge opp slike krav på en effektiv måte.

Av departementets forslag til annet ledd i anskaffelsesloven § 6 fremgår det imidlertid at det ikke er en plikt for oppdragsgiver å stille krav til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i den enkelte anskaffelsen. Oppdragsgiver kan derimot stille egnede krav og kriterier til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold på ulike stadier i anskaffelsesprosessen forutsatt at kravene har tilknytning til kontraktsgjensstanden.

I forhold til å stille miljøkrav uttaler departementet at;

”Om det skal stilles miljøkrav, og i tilfelle hvilke, må likevel vurderes konkret. Kravene som stilles må stå i forhold til det som anskaffes. Relevante momenter vil være hvor tyngende kravene vil være veid opp mot den miljømessige effekten. Miljøkrav vil ha større effekt i store anskaffelser enn i små. Slike vurderinger vil måtte inngå i oppdragsgivers innkjøpsfaglige vurderinger.”

Når det gjelder krav til ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter vedrørende arbeidsforhold og sosiale forhold uttaler departementet at;

”Krav knyttet til ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter vil ikke være relevante for alle anskaffelser. Oppdragsgivere bør ha oppmerksomhet rettet mot produkter og land der det er en særlig risiko for at leverandøren bryter grunnleggende menneskerettigheter. Det vil også variere hvilke ressurser og kompetanse oppdragsgivere har til å kunne stille og følge opp slike krav på en effektiv måte. Departementet forventer især at store, profesjonelle innkjøpere som foretar et stort antall anskaffelser i risikogruppen, tar et særlig ansvar. Oppdragsgivere må vurdere konkret hvilke tiltak som er best egnet for å bidra til bedring i produksjonsforholdene. De nye direktivene tydeliggjør mulighetene for å stille krav til forholdene under produksjonsprosessen på ulike trinn i anskaffelsen, forutsatt at disse kravene og kriteriene har tilstrekkelig tilknytning til leveransen. Skal kontraktskrav ha noen effekt i praksis, bør de også følges opp, for eksempel ved inspeksjoner i produksjonslokalene. Avdekkes kritikkverdige forhold, bør dette få konsekvenser, gjerne i form av et langsiktig samarbeid for å bedre arbeidsforholdene.”

Som det fremgår av sitatene ovenfor vil det bero på en konkret vurdering om hvorvidt det i den enkelte anskaffelsen skal stilles krav til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Som nevnt fordrer dette kompetanse innenfor områdene og ofte detaljkunnskap om markedet man opererer i. Som nevnt innledningsvis vil anskaffelsesregelverket ikke være til hinder for at oppdragsgivere kan stille krav til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold ved den enkelte anskaffelsen selv om det ikke er gitt uttrykkelig bestemmelser om dette i anskaffelsesloven.

Som begrunnelse for nødvendigheten av å ha en egen bestemmelse om at oppdragsgiver kan stille krav til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold ved den enkelte anskaffelsen viser departementet til at;

”Mange høringsinstanser mener det er viktig at regelverket har bestemmelser som viser handlingsrommet for å trekke inn ulike samfunnshensyn i anskaffelsesprosessen, slik at aktørene har trygghet for at dette ligger innenfor regelverket. Departementet mener dette behovet må imøtekommes.”

Havforskningsinstituttet viser til sin høringsuttalelse datert 30.10.2014 hvor det fremgår at Havforskningsinstituttet støtter flertallet i Forenklingsutvalgets forslag om at gjeldende bestemmelse i anskaffelsesloven § 6 oppheves, samtidig som det påpekes at anskaffelsesregelverket

ikke er til hinder for at oppdragsgivere kan legge vekt på ikke-anskaffelsesfaglige hensyn ved den enkelte anskaffelsen, selv om man ikke har uttrykkelige bestemmelser om dette i anskaffelsesregelverket.

iii) Krav om lærlinger ved offentlige anskaffelser

Av gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser § 3-11 (3) fremgår det at;

”For arbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at norske leverandører skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning. Slik betingelse kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje.”

Forenklingsutvalget har foreslått å stryke bestemmelsen, noe Havforskningsinstituttet i sin høringsuttalelse datert 30.10.2014 har sluttet seg til.

Departementet foreslår imidlertid at bestemmelsen videreføres i endret form og inntatt i anskaffelsesloven;

”§ 6 a. Krav til læreplasser

Departementet kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med utførelsen av kontrakten. I den enkelte anskaffelse må kravet utformes slik at det står i forhold til kontraktens art og størrelse.

Kravet skal gjelde i bransjer og geografiske områder hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for læreplasser. Departementet kan bestemme at kravet bare gjelder for kontrakter over en bestemt verdi og varighet.”

Som det fremgår av ordlyden i bestemmelsen foreslår departementet at det gis forskriftshjemmel til å fastsette at offentlige oppdragsgivere kan stille krav om at leverandøren innenfor enkelte bransjer eller geografiske områder er tilknyttet en lærlingordning, samt at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med utførelsen av kontrakten. Videre kan departementet bestemme at kravet om tilknytning til lærlingordning som nevnt kun gjelder for kontrakter over en bestemt verdi og varighet, noe det tas sikte på.

Videre foreslår departementet at kravet til lærlinger/lærlingordning ikke skal være begrenset til norske leverandører, men gjelde overfor alle leverandører. Imidlertid vil kravet kun gjelde for kontrakter hvor arbeidet skal utføres i Norge. Sistnevnte bør fremgå uttrykkelig av bestemmelsen.

Det fremgår av høringsnotatet at departementet, i forbindelse med utarbeidelsen av forskrift om lærlingordning, vil vurdere om hvorvidt kravet skal begrenses til kontrakter om tjenester og bygge- og anleggsarbeider eller om det også skal gjelde for varekontrakter.

Under forutsetning av at forslaget til ny anskaffelseslov § 6a blir vedtatt mener Havforskningsinstituttet at kravet til lærlingordning må begrenses til tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter for at bestemmelsen ikke skal bli for vidtrekkende. Av samme grunn må forskriftens anvendelsesområde begrenses til fag og bransjer hvor det er et reelt udekket behov for læreplasser, samt begrenses til kontrakter over en bestemt verdi, for eksempel EØS-terskelverdi, og varighet.

Avslutningsvis foreslår departementet, i påvente av lovendringen, at gjeldende anskaffelsesforskrift § 3-11 (3) endres ved at begrensningen til norske leverandører oppheves, samt at det presiseres at i tilfeller hvor oppdragsgiver stiller krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning, skal det også stilles krav om at en eller flere lærlinger deltar i gjennomføringen av kontrakten.

Det vises her til Havforskningsinstituttets høringsuttalelse datert 30.10.2014 hvor Havforskningsinstituttet er enig i Forenklingsutvalgets forslag om å stryke bestemmelsen.

I.IV Offentlighet, taushetsplikt og habilitet

Departementet foreslår at bestemmelser om offentlighet, taushetsplikt og habilitet, som i dag er regulert i anskaffelsesforskriften(e), tas inn i anskaffelsesloven slik at disse bestemmelsene får anvendelse på samtlige offentlige anskaffelser.

Havforskningsinstituttet støtter forslaget.

I.VI Forskrifter og pålegg

i) Forskriftshjemmel

Departementet foreslår at dagens hjemmel for å gi forskrifter til utfylling og gjennomføring av anskaffelsesloven videreføres. Kompetansen til å gi forskrifter foreslås lagt til departementet. Det foreslås også å ta inn en forskriftshjemmel for regulering av oppdragsgivers adgang til å si opp en kontrakt blant annet i tilfeller hvor EU-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene ved tildeling av kontrakt, noe som følger av de nye direktivene (2014/24/EU artikkel 73, 2014/25/EU artikkel 90 og 2014/23/EU artikkel 44).

Videre foreslår departementet en hjemmel til å fastsette forskrift om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser.

Hjemmel til å gi forskrift om verneting og begjæring om midlertidig forføyning videreføres. I tillegg foreslås det hjemmel til å gi forskrift om fastsettelse av tvangsmulkt.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til forskriftshjemmel i anskaffelsesloven § 16.

ii) Pålegg

Etter gjeldene anskaffelseslov § 16 kan det gis pålegg når det er nødvendig for å sikre oppfyllelsen av lov eller forskrifter. Departementet foreslår å begrense dette til bare å gjelde pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av.

Videre foreslår departementet å innføre en mulighet til å fastsette tvangsmulkt ved manglende oppfyllelse av pålegg.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til hjemmel for departementet til å gi pålegg i anskaffelsesloven § 16a.

II Høringsnotat 2: Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser

Høringsnotatet omhandler departementets forslag til gjennomføring av nytt direktiv om offentlige anskaffelser, direktiv 2014/24/EU, i norsk rett i form av en ny forskrift om offentlige anskaffelser.

Som det fremgår av høringsnotatet har EU-kommisjonen uttalt at målene med endringene i forbindelse med nytt direktiv for offentlige anskaffelser er *”enklere og mer fleksible regler, å redusere administrative byrder for både oppdragsgivere og leverandører, større rettslig klarhet, å legge bedre til rette for små og mellomstore bedrifter på markedet for offentlige anskaffelser og å legge bedre til rette for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta hensyn til miljø, sosiale hensyn, innovasjon og andre samfunnshensyn gjennom sine anskaffelser.”*

Havforskningsinstituttet påpeker innledningsvis at dette til dels er motstridende hensyn, spesielt hensynet til enklere og mer fleksible regler, samt økt fokus på ivaretagelse av generelle samfunnshensyn ved gjennomføringen av den enkelte anskaffelse. Det er på det rene at ivaretagelse av miljø, sosial hensyn, innovasjon andre samfunnshensyn kompliserer gjennomføringen av offentlige anskaffelser og stiller andre krav til ressurser og kompetanse. Samtidig understrekes imidlertid at Havforskningsinstituttet ikke er i mot at slike hensyn vektlegges gjennom de enkelte anskaffelsene, der dette er naturlig og formålstjenelig. Dog, ønsker Havforskningsinstituttet å tydeliggjøre at det å legge bedre til rette for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta samfunnshensyn ikke vil resultere i enklere og mer fleksible regler, herunder å redusere administrative byrder for oppdragsgivere og leverandører.

Når det gjelder målene om rettslig avklaring, samt å legge bedre til rette for små og mellomstore bedrifter på markedet for offentlige anskaffelser synes Havforskningsinstituttet at forslagene i høringsnotatet generelt treffer godt. Nedenfor følger Havforskningsinstituttets detaljerte kommentarer til enkelte av departementets forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.

II.I Almennelige bestemmelser

a) Unntaksbestemmelser

Det nye direktivet innfører noen nye unntaksbestemmelser, først og fremst som følge av at skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester oppheves. Følgende tidligere uprioriterte tjenester foreslår nå uttrykkelig unntatt fra direktivets virkeområde;

- kontrakter om visse juridiske tjenester (i forbindelse med tvistesaker)
- lånekontrakter
- kontrakter om offentlig persontransport med jernbane og t-bane
- kontrakter om enkelte sivilforsvars-, beredskaps- og forebyggingstjenester som ytes av ideelle organisasjoner

Opphevelsen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester innebærer at tjenester som i dag anses som uprioriterte er foreslått delt inn i tre ulike kategorier;

(i) Noen tjenester blir underlagt direktivet fullt ut. Dette gjelder utvelgelse og rekruttering av personell, transport på vann og støtte- og hjelpetjenester i forbindelse med transport.

(ii) Andre tjenester blir helt unntatt, bl.a. visse juridiske tjenester, offentlig transport med jernbane og t-bane, lån og enkelte sivilforsvars-, beredskaps- og forebyggingstjenester som ytes av ideelle organisasjoner.

(iii) Hoveddelen av dagens uprioriterte tjenester, blant annet helse- og sosialtjenester og kultur- og utdanningstjenester, blir omfattet av egne og mer fleksible regler enn andre tjenester som er underlagt direktivet fullt ut. Terskelverdien for disse tjenestene er 6 millioner kroner.

Når det gjelder tjenestene som blir underlagt direktivet fullt ut, blant annet transport på vann, bemerker Havforskningsinstituttet at dette vil berøre kontrakter om leie av fartøy til gjennomføring av forskningstokt. En betydelig del av Havforskningsinstituttets innkjøpsvirksomhet er relatert til leie av kommersielle fartøy for å stille disse til instituttets rådighet for gjennomføring av planlagte forskningstokt. Ca. 1000 toktdøgn i året gjennomføres ved leie av kommersielle fartøy.

Som følge av opphevelsen av skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester, herunder at leie av fartøytjenester fullt ut underlegges bestemmelsene i EU-direktiv om offentlige anskaffelser, vil anskaffelse av leiefartøy måtte gjennomføres som en EØS-anskaffelse etter forskriftens del III og dermed kunngjøres både på Doffin og TED. Dette vil som en naturlig følge åpne adgang for utenlandske fiskefartøy til å konkurrere om anskaffelse av leiefartøy til gjennomføring av Havforskningsinstituttets forskningstokt i norske farvann.

Det etterspørres på denne bakgrunn om dette er en tiltenkt og ønskelig utvikling fra departementets side og om hvorvidt ovennevnte konsekvenser av regelendringen på dette området er blitt tilstrekkelig utredet.

b) Unntak for offentlig samarbeid

Det nye direktivet inneholder regler om både utvidet egenregi (vertikalt samarbeid) og samarbeidsavtaler (horisontalt samarbeid). Bestemmelsene er for det meste en kodifisering av rettspraksis på området. Imidlertid foretas det også noen rettslige avklaringer av tidligere uavklarte spørsmål

Når det gjelder utvidet egenregi er direktivet og departementets forslag til gjennomføring i norsk rett langt på vei en kodifisering av Teckal-kriteriene, jfr. EU-domstolens avgjørelse i sak 107/98. Her oppstilles det således et kontrollkriterium, at det offentlige skal ha samme kontrollen med selskapet som med egne avdelinger, og et aktivitetskriterium/omsetningskriterium, som innebærer at selskapets aktivitet primært skal være rettet mot den offentlige eieren. Dette aktivitetskriteriet er uttrykkelig angitt til 80 %, dvs. at minimum 80 % av aktiviteten til leverandøren må være knyttet til den kontrollerende oppdragsgiveren.

Videre klargjøres det at direkte privat kapital i det kontrollerte selskapet utelukker anvendelse av unntaket for egenregi. Imidlertid er det angitt at dersom den private kapitalen kommer inn indirekte gjennom den kontrollerende oppdragsgivers eierskap vil unntaket for utvidet egenregi likevel kunne komme til anvendelse.

I forbindelse med bestemmelsene om utvidet egenregi innfører direktivet også en konsertankegang, som innebærer at unntaket kan benyttes ved tildelinger av kontrakt mellom virksomheter i samme konsern, uavhengig av hvem som kontrollerer hvem. Det åpnes med dette opp for omvendt egenregi, dvs. at et underliggende organ foretar en anskaffelse fra et overordnet organ. Direktivet åpner også for egenregi mellom søsterrettssubjekter. Det betyr at en virksomhet kan tildele en

kontrakt til en annen virksomhet som er kontrollert av samme felles eier. Situasjonen med indirekte kontroll, for eksempel kontraktstildeling mellom mormor og datterdatter, er også anerkjent i direktivet.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til gjennomføringen av bestemmelsene om utvidet egenregi i norsk rett. Imidlertid påpekes det at innføringen av konserntankegangen fremstår som noe vidtrekkende.

Videre støtter Havforskningsinstituttet departementets forslag til regulering av samarbeidsavtaler.

II.II Regler som gjelder for alle anskaffelser

Bestemmelsen om rådgiverhabilitet er foreslått inntatt i forskriften del III. Departementet ønsker innspill på om blant annet denne bestemmelsen heller burde vært plassert i forskriften del I.

Etter Havforskningsinstituttets oppfatning er det mest naturlig å plassere en bestemmelse om rådgiverhabilitet i forskriften del I, da en slik bestemmelse vil få anvendelse på samtlige anskaffelser som omfattes av forskriften.

a) Kontraktsvilkår

I departementets forslag til gjennomføring av direktivbestemmelsen vedrørende kontraktsvilkår fremgår det at;

”Oppdragsgiver kan fastsette kontraktsvilkår, inkludert kontraktsvilkår som vedrører økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn. Kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen og angis i anskaffelsesdokumentene.”

Ettersom grunnvilkåret er at kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden (leveransen) fremstår bestemmelsen som overflødig. Det nye i bestemmelsen må i så fall være at det uttrykkelig reguleres at kontraktsvilkårene skal angis i anbudsdokumentene, noe som imidlertid i praksis også gjøres etter dagens regelverk ut fra hensynet til god forretningsskikk, gjennomsiktighet og forutberegnelighet for leverandørene.

Havforskningsinstituttet er for så vidt enig med departementet i at en slik regulering av plikten til å angi samtlige kontraktsvilkår i anbudsdokumentene vil sikre gjennomsiktigheten om vilkårene som ligger til grunn for konkurransen, og gi større forutsigbarhet for leverandørene.

Havforskningsinstituttet har på denne bakgrunn ingen innvendinger mot departementets forslag på dette området.

II.III Anskaffelser over EØS-terskelverdi

a) Strukturen i forskriften del III

Departementet foreslår å endre strukturen i forskriftens del III ved at rekkefølgen på kapitlene og bestemmelsene følger anskaffelsesprosessens løp.

Havforskningsinstituttet mener dette er en fornuftig tilnærming. Imidlertid påpekes følgende;

- Valg av anskaffelsesprosedyre (kapittel 9) må nødvendigvis foretas før utarbeidelse av konkurransegrunnlag (kapittel 8).
- Bestemmelsene vedrørende kravspesifikasjon (kapittel 11), kvalifikasjonskrav (kapittel 12), tildelingskriterier (kapittel 13) og oppdeling av anskaffelser og bruk av underleverandører (kapittel 14) bør følge etter bestemmelsene vedrørende konkurransegrunnlag (kapittel 8).
- Bestemmelsene vedrørende frister (kapittel 10) bør inntas etter bestemmelsene vedrørende kunngjøring (kapittel 16)

b) Markedsundersøkelse

I det nye direktivet for offentlige anskaffelser er det gitt en egen bestemmelse om forberedende markedsundersøkelser. Departementets forslag til gjennomføring av denne bestemmelsen i norsk rett fremgår av ny forskrift § 7-1;

”§ 7-1. Forberedende markedsundersøkelser

(1) Oppdragsgiver kan gjennomføre markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og gi informasjon til leverandører om sine planer og behov.

(2) Oppdragsgiver kan søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører. Rådene kan brukes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen. Forutsetningen er at rådene ikke har konkurransevridende effekt eller fører til brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.”

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag og påpeker at dette er en praktisk viktig bestemmelse som viser at det ikke er noe i veien for at oppdragsgiver har kontakt med leverandører i form av markedsundersøkelser forut for kunngjøring av en konkurranse, forutsatt at rådene ikke har konkurransevridende effekt eller fører til brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Ved å ha et bevisst forhold til hvordan man som oppdragsgiver gjennomfører en forberedende markedsundersøkelse vil man kunne unngå konkurransevridende effekter og eventuelle brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

c) Konkurransegrunnlag

Departementet foreslår en ny og forenklet bestemmelse om konkurransegrunnlag hvor det i stedet for å prøve å gi en fullstendig liste over samtlige opplysninger som oppdragsgiver skal fastsette i konkurransegrunnlaget, angis visse overordnede opplysninger som skal fremgå av konkurransegrunnlaget.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til forenkling av forskriftens bestemmelse vedrørende konkurransegrunnlag, som etter Havforskningsinstituttets oppfatning vil gi en bedre veiledning i forhold til innholdet i konkurransegrunnlaget enn dagens tilsvarende bestemmelse.

Videre foreslår departementet og oppheve dagens bestemmelse vedrørende kvalifikasjonsgrunnlag. Dette som følge av at bestemmelsen vil bli overflødig ved implementering av det nye EU-direktivet ettersom det følger av direktivet at hele konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet, også ved to-trinns prosedyrer (begrenset anbudskonkurranse).

Videre medfører det nye direktivet at det vil bli obligatorisk for oppdragsgiver å gi potensielle leverandører ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget fra kunngjøringstidspunktet. Dersom det ikke gis elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget skal tilbudsfristen forlenges.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til gjennomføring av ovennevnte bestemmelser.

d) Valg av anskaffelsesprosedyre

Hovedregelen etter det nye EU-direktivet og dermed også ny forskrift om offentlige anskaffelser er at anskaffelser over EØS-terskelverdi skal gjennomføres som åpne eller begrensede anbudskonkurranser.

Imidlertid utvides adgangen til å benytte konkurranse med forhandlig og konkurransepreget dialog ved anskaffelser over EØS-terskelverdi. Imidlertid er anvendelse av disse anskaffelsesprosedurene fremdeles å anse som unntaksbestemmelser slik at nærmere bestemte vilkår må være oppfylt for å kunne benytte konkurranse med forhandling (etter forutgående kunngjøring) og konkurransepreget dialog.

Prosedurene kan benyttes når oppdragsgivers behov ikke kan oppfylles med mindre det foretas tilpasninger i tilgjengelige løsninger, når anskaffelsen omfatter design eller innovative løsninger, når anskaffelsens karakter, kompleksitet, rettslige eller finansielle sammensetning eller tilknyttede risiko gjør det nødvendig eller når de tekniske spesifikasjonene ikke kan beskrives tilstrekkelig presist ved referanse til en standard, en europeisk teknisk bedømmelse, en felles teknisk spesifikasjon eller en teknisk referanse. I tillegg åpnes det for at oppdragsgiver kan benytte prosedyrene dersom han i en forutgående anbudskonkurranse bare mottok uakseptable tilbud.

Departementet legger på denne bakgrunn til grunn at bestemmelsene om konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog vil omfatte de fleste anskaffelser der oppdragsgiver har et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger, dvs. hvor forhandlinger er nødvendig for å sikre at oppdragsgivers behov blir oppfylt.

Videre påpekes det av departementet at prosedyrene ikke kan benyttes ved anskaffelser av standardvarer eller -tjenester som er generelt tilgjengelige på markedet og tilbys av mange ulike leverandører.

Havforskningsinstituttet ønsker velkommen en slik utvidelse av adgangen til å gjennomføre anskaffelser som en konkurranse med forhandling også over EØS-terskelverdi. Dette vil sikre den nødvendige fleksibilitet til å tilpasse konkurranseform til den enkelte anskaffelse også for de større anskaffelsene. Dette anses viktig i forhold til eventuelle fremtidige anskaffelser av nye forskningsfartøy.

Dagens bestemmelse om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring foreslås videreført i ny forskrift av hensyn til effektiv ressursbruk. Departementet foreslår imidlertid å rydde opp i bestemmelsen ved at det foreslås en egen bestemmelse for tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til kun én leverandør for å gjennomføre anskaffelsen, i tillegg til en bestemmelse som gjelder situasjoner der oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

Havforskningsinstituttet støtter dette forslaget som vil bidra til ytterligere avklaring av i hvilke tilfeller oppdragsgiver lovlig kan foreta en direkte anskaffelse.

e) Frister

Minimumsfristene (tilbudsfristene) har i nytt EU-direktiv blitt redusert for å gi større fleksibilitet for oppdragsgiverne til å gjennomføre raskere anskaffelser. Den generelle minimumsfrister etter direktivets bestemmelser og departementets forslag 30 dager.

Havforskningsinstituttet ønsker slike reduserte minimumsfrister velkommen ettersom det på generelt grunnlag tar for lang tid å gjennomføre anskaffelser etter dagens regelverk. Det er heller ingenting som tyder på at leverandørene generelt trenger mer tid til å utarbeide sine tilbud.

Videre foreslår departementet å innføre en generell bestemmelse om fastsettelse av frister som gjelder for alle anskaffelsesprosedyrene. Av forslag til ny forskrift § 10-1 (1) fremgår det at;

”Ved fastsettelse av frister for mottak av forespørslers om å delta i konkurransen og tilbud skal oppdragsgiver ta hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørslers og tilbud.”

En slik bestemmelse vil gjelde uavhengig av angitte minimumsfrister. Havforskningsinstituttet støtter et slikt forslag til en generell bestemmelse om fastsettelse av frister for mottakelse av prekvalifiseringssøknader og tilbud. Havforskningsinstituttet påpeker imidlertid på at det vil være i de mest komplekse anskaffelsene at en slik bestemmelse vil kunne få praktisk betydning. Generelt vil minimumsfristene måtte anses tilstrekkelige.

f) Kravspesifikasjoner

Det nye direktivet viderefører i all hovedsak dagens bestemmelser vedrørende kravspesifikasjoner.

Nyvinningen er at kravspesifikasjonene kan omfatte krav til alle faser av et produkts livssyklus, slik som produksjonsprosessen, leveransen eller selve handelen med produktene mv. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke påvirker produktets egenskaper.

I tillegg skal oppdragsgiver benytte kravspesifikasjoner som tar hensyn til universell utforming ved anskaffelser som skal brukes av enten allmennheten eller ansatte hos oppdragsgiver, med mindre unntak kan særskilt begrunnes. Av forslaget til ny forskriftsbestemmelse vedrørende universell utforming vises det til anskaffelser i sektorene bygg og anlegg, transport og informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT), og ved andre anskaffelser innen arbeidsliv, skole og utdanning.

Når det gjelder merkeordninger kan oppdragsgiver etter det nye direktivet henviser direkte til tredjeparts sertifiserte merkeordninger og kan kreve disse fremlagt som dokumentasjon under visse forutsetninger, blant annet at samtlige merkekrav har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive egenskaper ved varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe,

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til gjennomføring av disse bestemmelsene i norsk rett.

g) Kvalifikasjonskrav

Det gis en ny regel som setter en øvre grense på hvilke krav en oppdragsgiver kan stille til en leverandørs omsetning. Etter den nye bestemmelsen kan som hovedregel ikke kravet til leverandørens årlige omsetning overstige to ganger kontraktens verdi. Formålet med bestemmelsen er å bedre små og mellomstore bedrifters (SMB) muligheter til å delta i konkurranse om offentlige anskaffelser.

Videre presiseres det i høringsnotatet at; *”alle kvalifikasjonskrav skal være relatert til og proporsjonale med leveransen. Formålet er å redusere faren for at leverandørene møter unødvendig høye krav, og på den måten sikre tilgang til offentlige anskaffelser også for små og mellomstore bedrifter. Videre er det et uttalt mål å unngå overdrevne administrative byrder og unødvendig risiko for avvising.”*

At kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen fremgår også av forslaget til ny forskrift § 12-1 (1).

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til gjennomføring av direktivets bestemmelser om kvalifikasjonskrav.

I det nye direktivet innføres det videre en bestemmelse om bruk av egenerklæringsskjema som foreløpig bevis for at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier og for fravær av avvissingsgrunner.

Forut for tildeling av kontrakt skal oppdragsgiver kreve at den leverandøren som vil bli tildelt kontrakten, fremlegger støttedokumentene for å kontrollere om egenerklæringen er korrekt. Oppdragsgiver kan også på ethvert tidspunkt tidligere i løpet av prosedyren be leverandørene om å fremlegge alle eller deler av støttedokumentene hvor dette er nødvendig for å sikre en korrekt gjennomføring av prosedyren. Det er først og fremst aktuelt ved prosedyrer som foregår i flere trinn, begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, der oppdragsgiver vil forsikre seg om at kun kvalifiserte leverandører får levere tilbud og forhandle.

På bakgrunn av ovennevnte stiller Havforskningsinstituttet spørsmål ved om bruk av egenerklæringsskjema vil bidra til noen reell forenkling. Det er på det rene at det ofte vil foreligge en ulik oppfatning mellom oppdragsgiver og leverandør i forhold til hva som er tilstrekkelig dokumentasjon for oppfyllelse av et fastsatt kvalifikasjonskrav. I den forbindelse vil det på ingen måte være utenkelig at den leverandøren som oppdragsgiver krever fremlagt støttedokumentasjon fra, forut for tildeling av kontrakt, ikke vil anses å oppfylle kvalifikasjonskravene og dermed må avvises. Dette vil medføre forsinkelser i prosessen hvorefter en annen, evt. samtlige leverandører må bes om å fremlegge dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Etter det Havforskningsinstituttet har forstått er også Kommisjonens forslag til standard egenerklæringsskjema meget omfattende slik at det ikke nødvendigvis vil medføre en forenkling for leverandørene å benytte dette skjemaet. Havforskningsinstituttet ser frem til, med en viss spenning, å se de praktiske implikasjonene ved bruk av egenerklæringsskjemaet.

h) Tildelingskriterier

I det nye direktivet benyttes ”det økonomisk mest fordelaktige tilbud” som eneste overordnede kriterium for tildeling av kontrakt. Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet fra oppdragsgivers

synspunkt skal imidlertid identifiseres på grunnlag av tildelingskriteriene laveste pris, laveste kostnad eller beste forhold mellom pris og kvalitet.

I høringsnotatet påpekes det at ved tildelingskriteriet "laveste kostnad" skal det legges til grunn en kostnadseffektivitetstilnærming, hvoretter direktivet viser til bestemmelsen om livssyklus-kostnader.

Videre fremgår det av høringsnotatet at tildelingskriteriet beste forhold mellom pris og kvalitet er en videreføring av dagens tildelingskriterium "det økonomisk mest fordelaktige tilbudet". Samtidig presiseres det i direktivet at organiseringen av, og kvalifikasjonene og erfaringene til, de ansatte som er satt til å gjennomføre kontrakten, kan benyttes som tildelingskriterier.

Det er fremdeles et grunnvilkår at oppstilte tildelingskriterier skal være knyttet til leveransen (kontraktsgjenstanden) for å anses gyldige. Oppdragsgiver kan imidlertid etter det nye direktivet ta hensyn til alle fasene av kontraktgjenstandens livssyklus, for eksempel forhold under produksjonsprosessen. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper.

Det vises til departementets forslag til gjennomføring av direktivets bestemmelser vedrørende tildelingskriterier i ny forskrift § 13-1 som Havforskningsinstituttet støtter fullt ut.

i) Oppdeling av kontrakt

Direktivet innfører en bestemmelse om oppdeling av kontrakt i delkontrakter. Formålet med bestemmelsen er å gjøre det lettere for SMBer å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser. Det overlates imidlertid til oppdragsgiverne å vurdere om hvorvidt en kontrakt skal deles opp. Det nye ved bestemmelsen er det etableres en plikt for oppdragsgiver å vurdere oppdeling av kontrakten og at oppdragsgiver må gi en begrunnelse dersom han velger å ikke dele opp kontrakten. Det er imidlertid ikke adgang for leverandører å få overprøvd oppdragsgivers begrunnelse.

Som det fremgår ovenfor etableres det en ikke sanksjonerbar plikt for oppdragsgiver til å vurdere oppdeling av kontrakter. Havforskningsinstituttet er av den oppfatning at de aller fleste oppdragsgivere allerede benytter den muligheten de har for å dele opp kontrakten dersom dette fremstår som formålstjenelig. På den bakgrunn fremstår det å etablere en plikt til å vurdere oppdeling av kontrakt gjennom å gi en begrunnelse dersom ikke dette gjøres, som noe unødvendig og formalistisk.

Videre foreslår departementet å innføre en bestemmelse som gir oppdragsgiver adgang til å forbeholde seg retten til å tildele en samlet kontrakt til én leverandør, selv om han har delt opp kontrakten i delkontrakter. Dette forutsetter imidlertid at en samlet kontrakt totalt sett vil oppfylle tildelingskriteriene bedre enn ved tildeling av en rekke delkontrakter. Det vil således også være mulig å tildele en samlet kontrakt til en leverandør som ikke var vurdert som den beste for hver enkelt delkontrakt, når det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett er bedre.

Havforskningsinstituttet støtter innføring av en slik bestemmelse all den tid det innføres en plikt til å vurdere oppdeling av kontrakter, jfr. ovenfor.

j) Bruk av underleverandører

Havforskningsinstituttet har ingen kommentarer til departementets forslag til gjennomføring av direktivets bestemmelser om underleverandører.

k) Elektronisk kommunikasjon

Av det nye anskaffelsesdirektivet og departementets forslag til gjennomføringen av direktivet i norsk rett, fremgår det at all informasjonsutveksling som hovedregel skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Dette innebærer blant annet at konkurransegrunnlag, kvalifikasjonsgrunnlag, prekvalifiseringssøknad og tilbud som hovedregel skal gjøres tilgjengelig i elektronisk form. Elektronisk kommunikasjon gjøres på denne måten til den primære kommunikasjonsformen mellom oppdragsgiver og leverandør/tilbyder fra kunngjøring av konkurransen og frem til inngåelse av kontrakten.

Imidlertid er det gjort visse unntak fra plikten til å bruke elektronisk kommunikasjon ved innlevering av tilbud. I slike tilfeller skal tilbudet leveres med ordinær postgang. Havforskningsinstituttet anser denne unntaksbestemmelsen som viktig i forbindelse med en overgang til elektronisk kommunikasjon.

Videre fremgår det av departementets forslag at det åpnes opp for muntlig kommunikasjon under forutsetning av at den muntlige kommunikasjonen dokumenteres i tilstrekkelig grad, for eksempel i form av et skriftlig referat eller lignende. Dette gjelder (naturligvis) ikke ved utveksling av konkurransegrunnlaget, forespørsel om å delta i konkurranse, prekvalifiseringssøknad og tilbud.

Havforskningsinstituttet er enig med departementets forslag om å gjøre elektronisk kommunikasjon til hovedregel ved gjennomføring av offentlige anskaffelser. Dette anses som en naturlig og ønskelig utvikling. Dog, ønsker Havforskningsinstituttet å understreke viktigheten av at brukervennligheten settes i fokus ved utviklingen av de elektroniske løsningene som skal etableres innen 18. oktober 2018, slik at løsningene ikke blir for kompliserte i bruk. Dette også for å oppfylle intensjonen med at elektronisk kommunikasjon skal utgjøre et forenklinggrep som vil bidra til reduserte transaksjonskostnadene for både oppdragsgivere og leverandører.

Havforskningsinstituttet støtter derfor departementets forslag om at ”...Verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon, skal være ikke-diskriminerende og alminnelig tilgjengelige og ikke begrense leverandørenes mulighet for å delta i konkurransen.”, jfr. forslag til ny § 15-2 (1).

I forslag til ny § 15-3 stiller departementet opp følgende krav til mottak og oppbevaring av prekvalifiseringssøknader og tilbud;

- (1) Oppdragsgiver skal sikre at forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud holdes fortrolig, og at innholdet beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring.
- (2) Ingen skal ha tilgang til innholdet i forespørslene om å delta i konkurransen eller tilbudene før fristen for mottak har løpt ut. Bare autoriserte personer skal kunne fastsette eller endre datoene for åpning av forespørslene eller tilbudene.
- (3) Bare autoriserte personer skal ha tilgang til de mottatte opplysningene.
- (4) Tidspunktet for mottak og åpning av forespørsler om delta i konkurransen og tilbud skal kunne fastslås nøyaktig.
- (5) Oppdragsgiver skal i tilfredsstillende grad sikre at overtredelse eller forsøk på overtredelse av denne bestemmelsen klart kan spores.

Av høringsnotatet fremgår det videre at departementet tar sikte på å etablere en sentralisert løsning for elektronisk kommunikasjon ved offentlige anskaffelser som omfatter innlevering av søknader

om deltakelse i konkurranse og tilbud. Ovennevnte krav til mottak av søknad om deltakelse, herunder tilbud, må i denne forbindelse anses som minimumskrav.

I forslaget til ny forskrift for offentlige anskaffelser er det ikke noe ubetinget krav om bruk av elektronisk signatur når det benyttes elektroniske kommunikasjonsmidler. Av departementets forslag fremgår det at;

”Det skal ikke stilles krav om registrering e.l. for å få tilgang til konkurransegrunnlag. Det er heller ingen grunn til å stille sikkerhetskrav til en melding om interesse for en konkurranse. Ved innsending av dokumenter skal imidlertid oppdragsgiver stille krav og benytte løsninger som gir en tilfredsstillende grad av sikkerhet for at oppdragsgiver kan sannsynliggjøre hvem innsenderen er og knytte denne til innholdet i dokumentene. Ved konkurranser over terskelverdiene står det verdier på spill for alle involverte parter, både når det gjelder det arbeid som legges ned i konkurransen, og når det gjelder resultatet. Oppdragsgiver må derfor ha en tilfredsstillende grad av sikkerhet for hvem avsenderen er og for at avsenderen kan knyttes til innhold i tilbudet. Hva som er ”tilfredsstillende”, kan variere bl.a. med anskaffelsens omfang og kompleksitet.”

Havforskningsinstituttet er enig departementets forslag som er kommet til uttrykk i ny forskrift § 15-5. Ved bruk av elektronisk signatur kan imidlertid innlevering av tilbud gjennom Altinn være en mulig løsning, som i alle tilfeller oppfyller krav til bruk av avansert elektronisk signatur.

l) Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakt

Departementet foreslår å innføre en regel om at oppdragsgiver i forbindelse med gjennomføringen av en åpen anbuds konkurranse kan evaluere tilbudene før han kontrollerer om kvalifikasjonskravene er oppfylt eller om det foreligger avvisningsgrunner. Departementet mener det bør være opp til oppdragsgivers skjønn å finne den fremgangsmåten som er mest hensiktsmessig ved gjennomføringen av ulike konkurranser.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til bestemmelse og påpeker samtidig at en slik endring av dagens bestemmelse om rekkefølgen i evalueringen er nødvendig dersom oppdragsgiver skal kunne legge til grunn egenerklæring som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og fravær av avvisningsgrunner. I et slikt tilfelle vil oppdragsgiver evaluere tilbudene før han kontrollerer om kvalifikasjonskravene er oppfylt eller om det foreligger avvisningsgrunner.

m) Ettersending av opplysninger og dokumentasjon

Det nye direktivet innfører en bestemmelse som utvider oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes. Departementet forslag til gjennomføring av bestemmelsen i norsk rett fremgår av ny forskrift § 17-9;

*”§ 17-9. Ettersending av opplysninger og dokumentasjon
Oppdragsgiver kan skriftlig be leverandørene ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon innen en kort tilleggsfrist dersom opplysningene eller dokumentasjonen inneholder eller synes å inneholde feil eller mangler, eller dersom bestemte dokumenter mangler.”*

Etter ordlyden i bestemmelsen er oppdragsgivers rett til å be leverandørene ettersende opplysninger og dokumentasjon ikke begrenset til kun å gjelde dokumentasjon på oppfyllelse av fastsatte kvalifikasjonskrav. Bestemmelsen gir følgelig også oppdragsgiver rett til å be leverandøren ettersende dokumentasjon som mangler i selve tilbudsdocumentasjonen. Etter departementets syn vil innføringen av en slik bestemmelse kunne føre til færre avvísninger på grunn av manglende innlevert dokumentasjon og uklarheter i tilbudet. Havforskningsinstituttet er på denne bakgrunn i utgangspunktet positiv til en slik utvidet adgang for oppdragsgiver til å be om ettersending av opplysninger og dokumentasjon.

Av gjeldende forskrift § 21-1 følger det at det ved anbudskonkurranser ikke er anledning til å forhandle med leverandørene om tilbudene. Det er videre ikke tillatt å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet. Det er imidlertid oppstilt en snever adgang til å gjøre visse avklaringer. Departementet foreslår å oppheve denne bestemmelsen som et ledd i ønsket om å utvide avklaringsadgangen for oppdragsgiver. I stedet foreslås det å presisere forbudet mot å endre, eller forsøke å endre, tilbudene i nye bestemmelser om gjennomføring av åpen anbudskonkurranse og begrenset anbudskonkurranse, jf. forslag til ny forskrift §§ 17-10 og 17-11.

Havforskningsinstituttet stiller med dette spørsmål ved forholdet mellom bestemmelsen om ettersending av opplysninger og dokumentasjon, jfr. ny forskrift § 17-9 og bestemmelsene om forbud mot å endre eller forsøke å endre tilbudene i en anbudskonkurranse, jfr. ny forskrift §§ 17-10 og 17-11. Dersom det legges til grunn at tilbudet etter tilbudsfristens utløp kan suppleres, klargjøres eller ettersendes manglende opplysninger eller dokumentasjon vil dette i prinsippet innebære at tilbudene endres eller forsøkes endret. Etter Havforskningsinstituttets syn må bestemmelsen om ettersending av opplysninger og dokumentasjon tolkes i lys av bestemmelsene om forbudet mot å endre eller forsøke å endre tilbudene. Etter dette vil bestemmelsen om ettersending av opplysninger og dokumentasjon antagelig kun gjelde opplysninger og dokumentasjon som ikke har direkte betydning for konkurranseforholdet. Dog, vil like fullt bestemmelsen om ettersending av opplysninger og dokumentasjon utvides betydelig ved at bestemmelsen ikke er begrenset til opplysninger eller dokumentasjon som gjelder oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

Av høringsnotatet fremgår det at;

”Departementet mener at avklaringsadgangen bør utvides slik at oppdragsgiver kan ha dialog med leverandørene om uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet, uten å stå i fare for å bryte forhandlingsforbudet. Forutsetningen er selvfølgelig at avklaringen ikke kan medføre at leverandørene forskjellsbehandles.”

Her bør det også vises til forbudet mot å endre eller forsøke å endre tilbudene i en anbudskonkurranse. Forslaget til ny forskrift § 17-9 bør derfor uttrykkelig henvise til bestemmelsene i ny forskrift § 17-10 og § 17-11. Forholdet mellom ovennevnte bestemmelser bør videre avklares i en oppdatert veileder til reglene for offentlige anskaffelser.

Havforskningsinstituttet stiller på denne bakgrunn spørsmål ved rekkevidden av bestemmelsen om ettersending av opplysninger og dokumentasjon i ny forskrift § 17-9.

n) Avvisning

Departementet legger foreløpig til grunn samme systematikk for avvisningsbestemmelsene som forslått av Forenklingsutvalget, nemlig at avvisningsbestemmelsene deles opp i følgende bestemmelser;

- Avvisning på grunn av formalfeil
- Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren
- Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet
- Fremgangsmåten ved avvisning

Havforskningsinstituttet er positiv til en slik ny systematikk for avvisningsbestemmelsene som fremstår som både ryddig og lett tilgjengelig.

- Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

Oppdragsgivers plikt til å avvise en leverandør som er dømt for nærmere bestemte straffbare forhold utvides til også å omfatte barnarbeid, menneskehandel, terrorhandlinger og finansiering av terrorisme mv. Bestemmelsen synes å være noe vidtrekkende og vanskelig for den enkelte oppdragsgiver å kontrollere. Havforskningsinstituttet legger imidlertid til grunn at det også etter den nye bestemmelsen om avvisningsplikt i tilfeller når leverandøren er rettskraftig dømt for nærmere angitte straffbare forhold ikke vil foreligge en undersøkelsesplikt for oppdragsgiver.

Departementet har i sitt forslag til bestemmelse om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren presisert at plikten til å avvise også inntreder der leverandøren har vedtatt et forelegg etter straffeprosessloven § 255. Følgelig sidestilles rettskraftig dom og vedtatt forelegg. Selv om en slik sidestilling av rettskraftig dom og vedtatt forelegg kan gjøre det mindre aktuelt for en leverandør å vedta et forelegg, samtidig som en aksept av et forelegg ikke nødvendigvis innebærer en aksept av skyld, er Havforskningsinstituttet enig med departementet i at det prinsipielt er uheldig at samme straffbare forhold fører til ulike konsekvenser avhengig av om leverandøren er rettskraftig dømt for forholdet eller "kun" har vedtatt et forelegg. Havforskningsinstituttet er derfor enig med departementet i at en sidestilling av rettskraftig dom og forelegg er et viktig redskap for å motvirke kriminalitet, bidra til allmennhetens tillit og skape like konkurransevilkår, herunder å sikre likebehandling av de ulike leverandørene.

Videre innføres det også en plikt til å avvise leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter og trygdeavgifter der dette er fastslått ved rettskraftig dom eller endelig forvaltningsvedtak.

Av høringsnotatet fremgår det videre at det nye direktivet innfører en rekke nye fakultative avvisningsgrunner;

- *"Ved inhabilitet som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak.*
- *Når leverandøren har deltatt i forberedelsen av konkurransen og derved har oppnådd en urimelig konkurransefordel (rådgiverinhabilitet).*
- *Når oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlige eller gjentatte brudd på regler om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonalt regelverk, EØS-regelverk, tariffavtaler eller visse internasjonale avtaler.*
- *Når det foreligger klare holdepunkter for at leverandøren har inngått avtale med hensikt å vri konkurransen.*

- *Når leverandøren tidligere har begått alvorlige eller gjentatte kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt. Dette forutsetter at et slikt brudd har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner.*
- *Når leverandøren på en urimelig måte har forsøkt å påvirke oppdragsgivers beslutningsprosess eller få tilgang til taushetsbelagte opplysninger som kan gi leverandøren en fordel i anskaffelsesprosessen.”*

Som det fremgår av høringsnotatet har departementet valgt å foreslå å gjøre de to første avvisningsgrunnene vedrøre inhabilitet obligatoriske. Dette begrunnes med at en aksept av slike tilbud vil være i strid med likebehandlingsprinsippet.

Videre presiserer departementet at oppdragsgiver ikke kan avvise etter de fakultative avvisningsbestemmelsene dersom en avvisning klart vil være uforholdsmessig. Selv om dette fremgår direkte av proporsjonalitetsprinsippet anser Havforskningsinstituttet likevel dette som en viktig presisering.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til bestemmelser om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, som nevnt ovenfor.

Videre er det som følge av det nye direktivet tatt inn en bestemmelse om identifikasjon mellom leverandør og tilknyttede fysiske personer, nærmere bestemt *”en person som er medlem av leverandørens administrasjons-, ledelses- eller tilsynsorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer”*, jfr. ny forskrift § 18-3 (1). Det presiseres også at slik identifikasjon kan skje ved avvisning etter de fakultative avvisningsbestemmelsene. Videre avklares det også at identifikasjon kan skje i forhold til juridiske personer.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til bestemmelse om identifikasjon og anser dette som en nyttig rettslig avklaring.

Direktivet fastsetter videre regler om konsekvenser av såkalt ”self cleaning”. Departementet foreslår å overlate til oppdragsgiver å vurdere om eventuelle tiltak er tilstrekkelige for å unngå avvisning.

Videre fastslår direktivet at det skal fastsettes nasjonale regler om maksimal utestengningsperiode. Departementet foreslår med dette at en leverandør maksimalt kan utestenges i fem år fra datoen for rettskraftig dom og ved de fakultative avvisningsbestemmelsene; tre år fra datoen for den relevante hendelsen. Departementet overlater til oppdragsgiver å vurdere hva som er en passende avvisningsperiode i det konkrete tilfelle.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til bestemmelser om ”selv cleaning” og avvisningsperiode og anser bestemmelsene som nyttige rettslige avklaringer.

- Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

Departementet har blant annet foreslått en bestemmelse om avvisningsplikt for tilbud som inneholder ”vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene”, jfr. ny forskrift § 18-8 (1), litra b. Denne bestemmelsen vil erstatte gjeldende forskriftsbestemmelser om avvisning på grunn av

vesentlig forbehold mot kontraktvilkårene og vesentlige avvik mot kravspesifikasjonen, jfr. FOA § 20-13 (1), litra d og e.

Imidlertid er bestemmelsen om avvisning av tilbud som inneholder avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene opphevet. Ved anbudskonkurranser etter anskaffelsesforskriften del III vil det fremdeles gjelde et generelt forhandlingsforbud etter bestemmelsene i ny forskrift. Dette innebærer at det også etter ny forskrift ikke vil være adgang til å endre eller forsøke å endre tilbudene i en anbudskonkurranse, jfr. ny forskrift §§ 17-10 og 17-11. Som det fremgår ovenfor må bestemmelsen om ettersending av opplysninger og dokumentasjon, jfr. ny forskrift § 17-9, tolkes i lys av bestemmelsene om forbudet mot å endre eller forsøke å endre tilbudene, jfr. ovenfor under punkt m). Følgelig vil relativ bedømmelsestvil fremdeles kunne oppstå og være en aktuell problemstilling under evaluering av mottatte tilbud i en anbudskonkurranse etter ny forskrift del III.

I et slikt tilfelle hvor det er uklarheter mv. som medfører tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrig tilbud vil det imidlertid ikke være naturlig å karakterisere dette som et "vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene". Følgelig vil ikke tilfeller av relativ bedømmelsestvil, etter en naturlig språklig forståelse, omfattes av avvisningsbestemmelsen vedrørende "vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene".

Videre vil heller ikke den fakultative avvisningsbestemmelsen om avvisning av tilbud "som for øvrig er uakseptable", jfr. ny forskrift § 18-8 (2), litra d, uten videre kunne anvendes på tilbud som inneholder relativ bedømmelsestvil.

På denne bakgrunn anser Havforskningsinstituttet at det fremdeles vil være behov for en avvisningsbestemmelse som omhandler relativ bedømmelsestvil i mottatte tilbud i en anbudskonkurranse etter forskriftens del III. Dersom departementet mener at tilfeller av relativ bedømmelsestvil fanges opp av avvisningsbestemmelsene vedrørende "vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene" eller for øvrig "uakseptable" tilbud, jfr. ny forskrift § 18-8 må dette klargjøres nærmere.

- Fremgangsmåte ved avvisning

Departementet foreslår en ny bestemmelse om at avvisning kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen når det viser seg at vilkårene for avvisning er oppfylt, jfr. ny forskrift § 18-10. En slik bestemmelse følger naturlig av bestemmelsen om innføring av egenerklæring som dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og fravær av avvisningsgrunner. Ved bruk av slik egenerklæring vil den reelle kontrollen av tilbudet utsettes til et senere stadium i prosessen enn i dag.

Imidlertid fremgår det av forslaget til ny bestemmelse at avvisning på grunn av formalfeil eller forhold ved tilbudet skal avgjøres snarest mulig etter mottak av prekvalifiseringssøknad eller tilbud.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til ny bestemmelse vedrørende fremgangsmåte ved avvisning.

o) Meddelelse og begrunnelse, karens og suspensjon

Reglene om meddelelse og begrunnelse er i all hovedsak en videreføring av gjeldende regler.

Departementet foreslår en generell opprydding i forhold til gjeldende bestemmelser om meddelelse og begrunnelse, men ingen endringer som medfører materielle endringer.

Havforskningsinstituttet støtter på denne bakgrunn departementets forslag til bestemmelser om avslutning av konkurransen.

p) Anskaffelsesprotokoll, dokumentasjonsplikt og innsyn kontrakt.

Nytt direktiv viderefører dokumentasjonsplikten, herunder plikten til å føre protokoll. Følgelig er det foreslått en bestemmelse som pålegger oppdragsgiver en plikt til fortløpende å føre protokoll for gjennomføring av anskaffelsen.

Videre innføres det en plikt til å oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne alle beslutninger i anskaffelsesprosessen i minst tre år fra tidspunktet for tildeling av kontrakt, herunder at oppdragsgiver har en plikt til å oppbevare kontrakten for hele kontraktperioden.

Havforskningsinstituttet støtter forslaget til bestemmelser som presiserer oppdragsgivers dokumentasjonsplikt ved offentlige anskaffelser.

q) Endring av kontrakt

Gjeldende anskaffelsesregelverk inneholder ingen bestemmelser om adgangen til å foreta endringer i eksisterende kontrakter. Forbudet mot å foreta "vesentlige endringer" i en eksisterende kontrakt er derfor utledet av rettspraksis. Det nye direktivet inneholder en bestemmelse om endring av kontrakt som innebærer en kodifisering av EU-domstolens praksis, men som i enkelte henseender også bidrar til ytterligere avklaringer.

Departementet foreslår på denne bakgrunn å innføre bestemmelser om endring i kontrakt. Det slås innledningsvis fast at oppdragsgiver ikke kan gjøre vesentlige endringer i en kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse, jfr. ny forskrift § 23-2. Videre angis det at:
"En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten eller rammeavtalen blir avgjørende forskjellig fra den opprinnelige kontrakten eller rammeavtalen."

Deretter kodifiseres angivelsen av typetilfeller av endringer som alltid vil være å anse som vesentlig endringer, jfr. EU-domstolens avgjørelse i sak C-454/06 (Pressetext):

"Endringen er vesentlig dersom den

- a) gjelder nye betingelser som, hvis de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten eller rammeavtalen til en annen leverandør,*
- b) endrer kontraktens eller rammeavtalens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*
- c) utvider kontraktens eller rammeavtalens omfang betydelig eller*
- d) gjelder skifte av leverandør i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 23-3 første ledd bokstav d."*

Departementet foreslår videre å innføre en bestemmelse hvor det fremgår at oppdragsgiver vil kunne foreta ikke vesentlige endringer i en eksisterende kontrakt uten å gjennomføre en ny

anskaffelse. Samtidig slår det fast at følgende endringer alltid vil være tillatt uten å gjennomføre en ny anskaffelse:

”- Når endringer skjer i henhold til en klar og presis endringsklausul som fremgikk av konkurransegrunnlaget.

- Ved visse tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette forutsetter blant annet at prisøkningen ved tilleggsleveranser ikke må overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.

- Ved uforutsette omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Heller ikke i slike tilfeller må prisøkningen overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.

- Ved overdragelse av kontrakten til en annen leverandør som helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens rettigheter og plikter som følge av en omstrukturering, for eksempel i tilfelle av en fusjon eller konkurs.”

Endelig innføres det en regel om at oppdragsgiver alltid kan gjøre endringer når verdien av endringen ikke overstiger EØS-terskelverdiene og samtidig ikke overstiger hhv. 10 prosent av den opprinnelige vare- eller tjenestekontrakten eller 15 prosent av den opprinnelige bygge- og anleggskontrakten.

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til gjennomføring av de nye direktivbestemmelsene om endring av kontrakt og anser disse bestemmelsene som de mest betydningsfulle i forhold til økt rettslig avklaring.

r) Oppsigelse av kontrakt i særskilte tilfeller

Det nye direktivet pålegger en plikt til å innføre en bestemmelse som sikrer at oppdragsgiver kan si opp en kontrakt i visse tilfeller. Departementets forslag til bestemmelse fremgår av ny forskrift § 23-4 hvor det fremgår at;

”§ 23-4. Oppsigelse i særlige tilfeller

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

a) det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 23-2,

b) leverandøren på tidspunktet for tildeling av kontrakten var i en situasjon som nevnt i § 18-2 annet ledd eller

c) EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at oppdragsgiver ikke skulle ha inngått kontrakten med den valgte leverandøren.”

Havforskningsinstituttet støtter departementets forslag til bestemmelse om oppdragsgivers hevingsrett i særlige tilfeller, som anses å bidra til nyttige avklaring. Videre vil bestemmelsen kunne fungere som ”et ris bak speilet” overfor leverandører som presser på for å få gjennomført endringer i en allerede eksisterende kontrakt.

II.III Avslutning

Som det fremgår flere steder i høringsnotatene har ikke departementet tatt endelig stilling til Forenklingsutvalgets forslag til endringer i den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket. Videre fremgår det av høringsbrevet datert 17.03.2015 at *”den særnorske og den EØS-rettslige delen av*

regelverket henger imidlertid tett sammen og må sees i sammenheng.” Havforskningsinstituttet anbefaler derfor at departementet samordner de to regelsettene på bakgrunn av mottatt høringsuttalelser, til ett enhetlig anskaffelsesregelverk hvor det særlig vektlegges at det vil innebære en forenkling i størst mulig grad å ha tilsvarende regler for anskaffelser både over og under EØS-terskelverdi.

Vennlig hilsen



Trond Aarheim Nilsen
Innkjøpssjef

