

Til:

Nærings- og fiskeridepartementet

postmottak@nfd.dep.no

## Høringsuttalelse – forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføringen av tre nye anskaffelsesdirektiver

Denne høringsuttalelsen er avgitt på vegne av:

Helseforetakenes Innkjøpsservice AS (HINAS)

Helse Sør-Øst RHF

Helse Midt-Norge RHF

Helse Vest RHF

Helse Nord RHF

Helse Stavanger HF

Høringsuttalelsen gjelder høringsnotat 1 og høringsnotat 2 da det er disse som i hovedsak er relevant for vår innkjøpsvirksomhet. Videre har vi valgt å ha hovedfokus på de endringer som vi mener er av særlig betydning for oss, enten positivt eller negativt.

Våre bemerkninger henviser til de samme overskrifter og punkter som er benyttet i høringsnotatene.

### 1. Overordnet

Som en generell tilbakemelding er vi svært positive til mange av de foreslåtte endringer. Vi tror også at forslaget vil bidra til å nå flere av EU-kommisjonens mål med endringene.

Vi mener at forslaget inneholder kodifisering av praksis og nyttige presiseringer som vil gi større rettslig klarhet.

Forslaget inneholder også flere bestemmelser som vi oppfatter vil gi oppdragsgiver større handlingsrom og økt fleksibilitet, særlig på områder som i henhold til gjeldende regelverk oppleves som unødvendig strengt og formalistisk sett opp mot formålet bak regelverket.



Videre vil forslaget gi økte muligheter for å kunne ivareta andre samfunnsmessige hensyn der det er relevant, noe vi opplever som en begrensning i gjeldende regelverk.

Vi er imidlertid mer usikre på om forslaget vil innebære reduksjon av administrative byrder.

## **2. Høringsnotat nr. 1**

### **Høringsnotat nr. 1 – Pkt. 3.1 Forenklingsutvalgets forslag og nye direktivbestemmelser:**

Vi synes generelt det er positivt at det foreslås at regelverket for offentlige anskaffelser i større grad legger til rette for å fremme andre samfunnsmessige hensyn enn såkalte anskaffelsesfaglige hensyn.

Flere av høringsinstansene har erfaring med å ivareta andre samfunnsmessige hensyn ved gjennomføring av offentlige anskaffelser og mener at gjeldende regelverk, særlige i forhold til arbeidsforhold og sosiale forhold, ikke i tilstrekkelig grad gir mulighet til det.

### **Høringsnotat nr. 1 – Pkt. 3.2 Lovens formålsbestemmelse (§ 1):**

Vi mener at departementet forslag til endret ordlyd i formålsbestemmelsen er fornuftig og i større grad tydeliggjør den bærende begrunnelsen for anskaffelsesregelverket.

### **Høringsnotat nr. 1 – Pkt. 3.4 Lovens § 6 – miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold:**

Vi synes overordnet det er positivt at det foreslås å videreføre en bestemmelse som tydeliggjør viktigheten av å ivareta andre samfunnsmessige hensyn i offentlige anskaffelser.

Når det gjelder de deler av bestemmelsen som gjelder miljø og grunnleggende menneskerettigheter støtter vi endringen og mener det er fornuftig å løfte ansvaret mot etats- eller virksomhetsnivå. Dette grepet tror vi kan føre til at oppdragsgivere får en mer helhetlig tilnærming til hvordan disse hensynene skal ivaretas i sin anskaffelsespraksis i stedet for at de kun vurderes fra konkurranse til konkurranse.

Det er samtidig viktig at forslaget når det gjelder grunnleggende menneskerettigheter presiserer at det må foretas en risikovurdering slik at krav knyttet til ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter kun benyttes i de anskaffelser der det er relevant. Dette som et ledd i å synliggjøre balansen mellom reduksjon av administrative byrder og viktigheten av å ivareta samfunnsmessige hensyn. Når det gjelder miljøbestemmelsen er det presisert i høringsnotatet side 6 annet avsnitt at om det skal stilles miljøkrav, samt eventuelt omfang av miljøkravene som skal stilles er vurderinger som inngår i oppdragsgivers innkjøpfaglige vurderinger. Vi mener departementet bør vurdere å synliggjøre dette også i lovteksten, dette som et ledd i synliggjøre balansen mellom reduksjon av administrative byrder og viktigheten av å ivareta samfunnsmessige hensyn.

Vi synes det er svært positivt at forslaget til § 6 annet ledd synliggjør at de nye direktivene betraktelig har utvidet handlingsrommet for å kunne trekke inn ulike samfunnshensyn i offentlige anskaffelser. Utfra den erfaring vi har med å søke å ivareta slike hensyn etter gjeldende regelverk mener vi at dette er en klar og ønsket forbedring. Det er svært viktig at oppdragsgiver som søker å ivareta slike hensyn har trygghet for at de krav og kriterier man stiller ligger innenfor regelverket. Dette vil også være en klar forutsetning for at oppdragsgiver tør å ta slike hensyn i større omfang enn i dag.



### **3. Høringsnotat nr. 2**

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 1 Innledning:**

Når det gjelder overordnet struktur i forslag til ny forskrift synes den å være mer logisk og intuitiv enn eksisterende forskrift. Vi syns det er logisk at alminnelige regler kommer foran spesielle regler og at felles regler kommer foran særlige regler.

Om strukturen i forslaget til ny forskrifts del III, se punkt «Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.1 Strukturen til forskriftens del III».

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 2.3 Unntak for samarbeid i offentlige sektor**

Det er positivt at adgangen til utvidet egenregi og samarbeidsavtaler blir regulert i forslaget til ny forskrift da dette bidrar til større rettslig klarhet for disse problemstillingene.

#### **Høringsnotat nr. 2 Pkt. 2.5. Blandede anskaffelser**

Departementets forslag til gjennomføring av de nye direktivbestemmelsene om blandede anskaffelser innebærer en god klargjøring på praktiske problemstillinger innkjøpsmiljøene ofte møter.

#### **Høringsnotat nr. 2 Pkt. 2.6.1 Generelt**

Det fremstår som fornuftig at reglene om offentlighet, taushetsplikt, habilitet og pålegg reguleres uttømmende i loven. Bestemmelsen om rådgiverhabilitet mener vi godt kan stå i del III, kapittel 7 slik fremsatt i forslaget fordi bestemmelsen innholdsmessig har nær tilknytning til de øvrige bestemmelser i dette kapittel. Det synes imidlertid mest hensiktsmessig at reglene om innkjøpsentraler plasseres i del I. Dette fordi det fremstår som mer pedagogisk at alminnelige bestemmelser samles ett sted.

#### **Høringsnotat nr. 2 Pkt. 2.6.2 Kontraktsvilkår**

Forslagets bestemmelse om at alle kontraktsvilkår skal angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget synes å være i samsvar med det som allerede er praksis i innkjøpsmiljøene til spesialisthelsetjenesten. Vi støtter utvidelsen av bestemmelsen på dette området da kontraktsvilkår ofte er en vesentlig faktor for tilbyderne når de skal utforme sitt tilbud. Det nye forslaget harmonerer derfor bedre med prinsippet om forutsigbarhet.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.1 Strukturen til forskriftens del III**

Vi mener forslag til ny struktur i forskriftens del III fremstår som fornuftig med den tilnærmingen at rekkefølgen på kapitler/bestemmelser følger anskaffelsesprosessens løp. Forslaget til rekkefølge på bestemmelser, inndeling i kapitler, og underoverskrifter skaffer bedre oversikt over gangen i en anskaffelsesprosess, og vil nok dermed oppleves som lettere tilgjengelig enn dagens forskrift.



### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.1 Dialog med markedet før konkurranse**

De nye bestemmelsene om dialog med markedet før konkurranse i forslaget § 7-1 og § 7-2 er klargjørende og har fått en naturlig plassering i forskriften. Vi synes at det er svært positivt at adgangen til dialog med markedet før konkurranse blir regulert da det tidligere har heftet usikkerhet i forhold til om det er adgang til å ha en slik dialog, og hvor omfattende en slik dialog kan være.

Flere av oss praktiserer markedsdialog som en fast aktivitet i forkant av alle konkurranser per i dag og de nye bestemmelsene vil derfor gi oss større rettslig trygghet på at vi opptrer i henhold til regelverket.

Vi synes også det er positivt at bestemmelsen er omformulert slik at den nå ikke fremstår som en forbudsbestemmelse.

### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.2 Konkurransegrunnlag**

Vi mener at forslaget forenklete bestemmelse om konkurransegrunnlag vil kunne fungere som et nyttig verktøy for å sjekke ut de forhold oppdragsgiver må ha tatt stilling til før konkurransen kunngjøres.

### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.4 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget**

Når det gjelder elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget er dette i samsvar med det som noen av oss praktiserer i dag. Se for øvrig merknader til punkt 3.2.14.

Når det gjelder nytt forslag i § 8-3 om at konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig på kunngjøringstidspunktet- også ved tottrinnsprosedyrer, er vi usikre på om dette vil medføre en forenkling sett fra oppdragsgiver sin side. På den ene side vil bedre planlegging gi bedre anskaffelser og endringen vil åpenbart sikre mer forutberegnelighet for tilbyderne. På den annen side vil endringen innebære at oppdragsgiver vil bruke mer tid enn i dag på å planlegge og forberede konkurransen før kunngjøring. For de aller fleste innkjøpsmiljøer i spesialisthelsetjenesten vil dette også innebære en endring av rutiner da det har vært vanlig å ferdigstille konkurransegrunnlaget etter eller parallelt med at tilbydere har blitt prekvalifisert.

### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.5 Valg av anskaffelsesprosedyre**

Det forhold at forslaget utvider og harmoniserer adgangen til forhandling med forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog er svært positivt. Vi vil tro at dette vil innebære en fornuftig forenkling med mer fleksibilitet som vil tilgodese både oppdragsgivere og tilbydere.

I forslaget § 9-3 (1) a) synes det å være inntatt en begrensning i forhold til gjeldende regelverk. Det følger av denne bestemmelsen at «*Oppdragsgiver skal invitere alle leverandørene som ga tilbud i den forutgående anbudskonkurransen, og bare dem, til forhandlinger*». Det fremgår ikke direkte av nåværende § 14-4 a) at det utelukkende er de leverandører som deltok i forutgående konkurranse som skal inviteres til å delta i forhandlinger. Det er ønskelig at departementet presiseres om dette er ment å være en endring, i så tilfelle er en slik endring ikke ønskelig fra vår side.



For øvrig synes departementets tilnærming og inndeling i bestemmelsene §§ 9-1 til § 9-4, som skiller mellom de tilfeller der det faktisk er konkurranse, og ikke er konkurranse, som hensiktsmessig.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.7 Kravspesifikasjoner**

Vi er enige med departementet i at det ofte vil være krevende for oppdragsgivere å ta stilling til når og hvordan det skal stilles krav til universell utforming. Listen i § 11-2 annet punktum oppfattes som relevant men vi vil oppfordre departementet til å lage en detaljert veileder som trolig da vil lette de vurderinger som legges til oppdragsgiver. Dette gjelder særlig for IKT anskaffelser hvor variasjonen oppleves som stor.

For øvrig er vi enig med departementet i at kravspesifikasjoner er et bedre og mer dekkende begrep enn tekniske spesifikasjoner i denne sammenheng.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.8 Merkeordninger**

De materielle endringene vedrørende merkeordninger oppleves som svært positive og vil innebære en klar forenkling for oppdragsgiver i de anskaffelser hvor miljømessige og sosiale krav/kriterier er relevant. Vi tror at en slik forenkling vil stimulere til at oppdragsgivere lettere vil ta i bruk slike krav/kriterier i sine anskaffelser.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.9 Kvalifikasjonskrav**

Med forbehold om at omfanget av egenerklærings skjemaet ikke er avklart, synes dette trolig å innebære en forenkling for tilbydere.

I prinsippet synes også en innføring av egenerklærings skjema som foreløpig dokumentasjon å innebære en forenkling for oppdragsgivere. Man vil spare tid ved å unngå å måtte foreta kvalifikasjonsvurderingen i forkant av tilbudsevalueringen og når tilbudene er evaluert må man kun kontrollere om valgt leverandør utfra støttedokumenter har levert inn en korrekt egenerklæring.

Endringen reiser allikevel flere spørsmål og kan også i flere tilfeller føre til økte administrative byrder for oppdragsgiver slik vi ser det.

I to - trinnsprosedyrer tror vi de fleste oppdragsgivere vil forsikre seg om at kun kvalifiserte leverandører får levere tilbud og forhandle. For disse prosedyrene tror vi derfor at de fleste vil følge gjeldende praksis, at kvalifikasjonskravene vurderes før man inviterer til inngivelse av tilbud.

I ett - trinnsprosedyrer vil det alltid være en risiko for at en eller flere tilbydere ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. I en konkurranse med få tilbydere kan man derfor risikere at ingen oppfyller kvalifikasjonskravene slik at konkurransen må avlyses. Man har da brukt ressurser og tid på å evaluere flere tilbud uten at dette har vært nødvendig fordi prosessen må startes på nytt.

I konkurranser som er formatert slik at man ønsker å inngå rammeavtaler med et minimum antall leverandører kan man risikere at flere av de leverandørene som blir tildelt avtale ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Dette vil da kunne medføre at man ikke står igjen med tilstrekkelig antall leverandører og derfor ikke kan inngå avtaler slik forutsatt. Konkurransen må avlyses, og man har da brukt ressurser og tid på å evaluere flere tilbud uten at dette har vært nødvendig fordi prosessen må startes på nytt.



Vi opplever at avvisning av tilbydere på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav er en svært praktisk og utbredt problemstilling. Når vurderingstidspunktet for om kvalifikasjonskravene er oppfylt flyttes til tidspunktet før tildeling tror vi at eventuelle avvisninger på grunn av manglende oppfylt kvalifikasjonskrav oftere vil føre til rettslige prosesser enn de som er tilfellet i dag. Dette fordi den tilbyder som blir bedt om å fremlegge dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav da vil forstå at den ligger best an i konkurransen og det da vil være særlig viktig for tilbyder og ikke bli avvist.

Et annet spørsmål som også reiser seg når tilbyder først skal dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskravene rett før tildeling er om dokumentasjonen skal vise at tilbyder var kvalifisert på tidspunktet for innlevering av tilbud eller på det tidspunkt når vurderingen av dokumentasjon foregår.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.10 Tildelingskriterier**

Vi mener at ny begrepsbruk der tildelingskriteriet «beste forhold mellom pris og kvalitet» viderefører begrepet «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet» er en språklig klargjøring av det som er relevant her. Dette da vi i dag opplever at tilbydere kan misforstå hva som menes med «det økonomisk mest fordelaktige tilbud».

Det er videre positivt at forslaget tydeliggjør at den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer kan benyttes som tildelingskriterier når kvaliteten på bemanningen har stor betydning for utførelsen av kontrakten.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.12 Oppdeling av kontrakt**

Det er positivt at det tas inn en plikt til å vurdere oppdeling av kontrakter for å øke bevisstheten rundt innkjøpsmiljøenes rolle og mulighet til å fremme konkurranse og hindre monopoldannelser. Det synes fornuftig at det ikke innføres noen plikt til å faktisk dele opp kontrakter, men kun vurdere oppdeling. I nasjonale anskaffelser og større regionale anskaffelser innen spesialisthelsetjenesten er dette allerede innarbeidet i interne rutiner i planleggingsfasen til alle anskaffelser.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.2.14 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon**

Vi er positive til at elektronisk kommunikasjon løftes frem som den primære kommunikasjonsform mellom oppdragsgivere og leverandører og tror at dette i større grad vil være med på å oppnå en målsetning om mer etterprøvbarhet i anskaffelsene som gjennomføres. Elektronisk kommunikasjon brukes av flere innkjøpsmiljøer i spesialisthelsetjenesten i dag. Dersom departementets foreløpige frist for ikrafttredelse anslått til våren 2016 skal overholdes av hele spesialisthelsetjenesten forutsettes det imidlertid at det etableres en sentralisert løsning for elektronisk kommunikasjon ved offentlige anskaffelser slik skissert i forslaget.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.3.1 Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakt**

Forslagets § 17, annet ledd innfører en valgfrihet for oppdragsgiver slik at han i åpne anbudskonkurranser kan velge å evaluere tilbudene før han kontrollerer om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskrav. Når bestemmelsen bruker ordet «kan» tyder dette på at Oppdragsgiver også kan gjøre det motsatte, nemlig vurdere kvalifikasjonskravene før evaluering slik det gjøres i dag.



Det er for oss litt uklart hvordan denne bestemmelsen skal forstås opp mot forslaget § 12-11 (6) som synes å ha som vilkår at oppdragsgiver kun kan be om dokumentasjonsbevis på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav før evaluering av tilbud «*dersom det er nødvendig for å sikre at konkurransen gjennomføres på riktig måte*».

Det er ønskelig at departementet klargjør dette.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.3.4 Alternative tilbud**

Hva gjelder departementets forslag om definisjon av «*alternative tilbud*» så er det positivt og avklarende at det er inntatt en definisjon i forslaget. Vår erfaring tilsier at dette begrepet ved jevne mellomrom misforstås og gis et annet innhold enn det har etter regelverket om offentlige anskaffelser.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.3.5 Ettersending av opplysninger og dokumentasjon**

Vi er svært positive til forslaget nye bestemmelse som betraktelig utvider oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes. Bestemmelsen vil gi en mer utvidet adgang til å rette opp mangler enn tidligere og dette vil helt klart slik vi ser det medføre færre avvisninger av tilbydere og mer effektive anskaffelser.

Gjeldende regelverk oppleves i praksis som unødvendig formalistisk på dette området og det vil være en klar forbedring at retten til å be om at dokumentasjon utvides.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.4.3 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren**

Forslaget til ny § 18-3 er positivt ved at det blir klarere i hvilke tilfeller oppdragsgiver har en plikt til å avvise leverandøren og i hvilke tilfelle oppdragsgiver kan avvise leverandøren.

Når det gjelder plikt til å avvise der leverandøren har vedtatt et forelegg etter straffeprosesslovens § 255 ser vi de ulemper dette innebærer, men støtter departementet i at en sidestilling av forelegg og dom er et viktig redskap for å motvirke kriminalitet, bidra til allmennhetens tillit og skape like konkurransevilkår.

Videre er det positivt at forslaget legger opp til at det skal/kan skje en identifikasjon mellom leverandør og tilknyttede personer/selskaper da dette kan bidra til å hindre omgåelse ved at det blir opprettet nye selskaper for å unngå regelverket.

#### **Høringsnotat nr. 2 – Pkt. 3.7.1 Rammeavtaler**

Det er positivt at oppdragsgiver gis større fleksibilitet slik at man kan inngå parallelle rammeavtaler med to leverandører og ikke minimum tre slik gjeldende regelverk har som krav.

#### **Høringsnotat 2 - Pkt.3.7.2 Innovasjonspartnerskap**

Når det gjelder bestemmelsen om innovasjonspartnerskap er vi enige i at denne i realiteten må anses som en ny kontraktsform og ikke en ny prosedyre. Departementets måte å regulere innovasjonspartnerskap på synes for øvrig å være fornuftig.



### Høringsnotat 2 - Pkt.8 Elektroniske verktøy

Det er positivt at oppdragsgiver gis adgang til å kreve/tillate at leverandører inngir tilbud i form av elektroniske kataloger. På de aller fleste av våre anskaffelser brukes elektroniske kataloger i dag aktivt ved implementering av avtaler og i avtaleperioden, men vi ser helt klart muligheten og nytten av å ta dette i bruk som en del av inngivelse av tilbud også.

### Høringsnotat 2 - Pkt.9 Endringer i kontrakt

Det er positivt at forslaget kodifiserer praksis fra EU-domstolen når det gjelder adgangen til å foreta endringer i kontrakt.

Forslaget til ny § 23-2 (2) kan leses slik at bokstav a) til d) gir en uttømmende liste over hvilke endringer som regnes som vesentlige («*Endringen er vesentlig dersom den...*») mens det i høringsnotatet står at «*det gis noen typetilfeller av endringer som alltid vil bli ansett som vesentlige*». Det er ønskelig at bestemmelsen formuleres slik at det fremgår av den direkte at bokstav a) til d) er typetilfeller og ikke en uttømmende liste.

Vi er videre positive til forslaget innføring av de-minimis regelen og oppramsingen av type endringer som alltid vil være tillatt. Dette oppleves som klargjørende sammenlignet med dagens regelverk.

Med hilsen

Harald Johnsen

Administrerende direktør

Silje Jakola-Fjeld

Advokat