



Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Vår referanse: 15/00665-4
Arkivkode: 0
Saksbehandler: Kristine Røed Brun
Deres referanse:
Dato: 04.06.2015

Høringsuttalelse fra KS - endringer i lov og forskrift om offentlige anskaffelser

1. Innledning

Det vises til høringsbrev av 17. mars 2015 med frist for å inngi høringssvar 17. juni 2015.

KS vil med dette avgi sine kommentarer og innspill til høringen om endringer i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Høringssvaret er utarbeidet i samråd med KS Innkjøpsforum (KSI).¹

Dette høringssvaret må leses i sammenheng med KS' høringssvar på høringen av forslagene til Forenklingsutvalget i NOU 2014: 4 *Enklere regler, bedre anskaffelser*.

Bakgrunnen for endring av lov og forskrift om offentlige anskaffelser er Norges plikt i henhold til EØS-avtalen til å implementere direktiv 2014/24/EU. KS legger derfor til grunn at det vil være noe begrenset handlingsrom knyttet til å gjennomføre direktivet i norsk rett.

I de tilfeller hvor Norge har et nasjonalt handlingsrom understreker KS viktigheten av at Norge ikke innfører mer vidtrekkende og strengere regler enn det direktivet gjør. KS mener også at norske myndigheter i sterkere grad bør tørre å legge en «romsligere» tolkning av direktivet til grunn der flere ulike tolkningsalternativer kan være mulige.

KS vil berømme departementet for et solid arbeid med implementeringen av det nye anskaffelsesdirektivet. Hovedinntrykket er at forskriftsutkastet gjennomgående er pedagogisk og har en hensiktsmessig systematikk og inndeling av kapitler.

KS har i denne høringsuttalelsen prioritert å kommentere problemstillinger der norske myndigheter har et nasjonalt handlingsrom til å gjøre endringer og tilpasninger. Unnlatelse av å kommentere enkelte punkter betyr ikke at punktene ikke anses som viktige, men snarere at de punktene som er kommentert konkret anses som viktigere.

¹ KS Innkjøpsforum (KSI), er et fagforum for kommuner og fylkeskommuner som setter fokus på offentlige anskaffelser. KSI's formål er å høyne forståelsen og kunnskapen om anskaffelser med sikte på å effektivisere innkjøp i kommunal sektor.

Høringsvaret er bygd opp etter strukturen i høringsnotatet. Nummerhenvisningene i departementets høringsnotat er oppført i parentes i hver overskrift.

2. Endringer i loven

2.1 Lovens formålsbestemmelse § 1 (høringsnotatets punkt 3.2)

KS er positiv til departementets forslag til ny formålsbestemmelse. En formålsbestemmelse bør peke på målene med regelverket fremfor å henvise til virkemidlene. I så måte er forslaget til ny lovtekst mer konkret og rendyrket i sammenlignet med i dag.

(Det nevnes for øvrig at selve forslaget til ny formålsbestemmelse ikke er gjengitt i forslaget til ny lovtekst. KS' uttalelser til ny bestemmelse bygger derfor på forslaget slik det er gjengitt i høringsnotatets punkt 3.2).

2.2 Virkeområde § 2 (høringsnotatets punkt 2)

KS forstår høringsnotatet slik at det legges til grunn en endret forståelse av hvem som er pliktsubjektet i situasjoner der et rettssubjekt i en bygg- og anleggskontrakt får tilskudd på mer enn 50 prosent. Ved at det vil være oppdragsgiveren som tildeler støtten som må sørge for at anskaffelsesregelverket overholdes vil det i praksis legges nye oppgaver på kommunesektoren. Dette kan skape flere nye utfordringer, for eksempel i tilfeller der det oppstår uenighet om hvordan anskaffelsen skal gjennomføres for å være i tråd med regelverket.

I forslaget til bestemmelse om virkeområde i forskriften § 1-1 heter det i annet ledd siste setning at «*[o]ppdragsgiver skal sørge for at støttemottakeren overholder reglene i forskriften*». Hva som ligger i begrepet «*sørge for*» er uklart. Det bes om at dette utdypes i veiledning til bestemmelsen.

KS ber også departementet se nærmere på om endringene i lov og forskrift på dette området er påkrevde.

2.3 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, inkl. lovens § 7 (høringsnotatet punkt 3.3)

KS er enig med departementet om at man bør avvente en evaluering av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter før det vurderes om forskriften bør utvides til også å gjelde for konsesjonskontrakter.

2.4 Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold § 6 (høringsnotatets punkt 3.4)

KS mener som hovedregel at ulike samfunnsmessige hensyn fremmes best gjennom informasjon og konkret veiledning fremfor pålegg og «skal-krav» i regelverket.

KS mener videre at det er kommunene selv som må bestemme hvilke formål som skal ivaretas i de enkelte anskaffelsene. Oppdragsgiverne skal gis mulighet, men ingen plikt til å fremme ulike samfunnsmessige hensyn i offentlige anskaffelser.

KS har imidlertid ikke innvendinger mot at regelverket gjennom et begrenset antall «kanbestemmelser» tydeliggjør mulighetene til å stille vilkår som støtter opp om sentrale samfunns mål. I så måte er vi positive til § 6 annet ledd som viser handlingsrommet for å trekke inn ulike samfunnshensyn i anskaffelsesprosessen.

Når det gjelder det konkrete tillegget i loven § 6 første ledd annet punktum så er KS på generell basis positive til at oppdragsgiverne tar ansvar for å bidra til ansvarlige produksjonsforhold. Krav knyttet til ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter vil imidlertid ikke være relevante for alle anskaffelser. Krav knyttet til overholdelse av menneskerettigheter kan også være svært ressurskrevende å gjennomføre og følge opp. Departementet oppgir som eksempel på oppfølging av kontraktskrav i høringsnotatet at det bør foretas inspeksjoner i produksjonslokalene. Det kan være spesielt utfordrende for mindre kommuner med begrenset kompetanse og ressurser til å foreta slik oppfølging.

Forslaget i § 6 første ledd annen setning er formulert som et krav om at oppdragsgiver «skal» ha etablert egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Ut fra prinsippet om at anskaffelsesregelverket bør gi *mulighet*, men ingen *plikt* til å ta samfunnsmessige hensyn, så mener KS at departementets forslag til § 6 første ledd annen setning bør utgå fra bestemmelsen.

2.5 Krav til lærlinger ved offentlige anskaffelser – ny § 6 a (høringsnotatets punkt 3.5)

Å øke antall læreplasser er viktig for KS. KS har som en del av Samfunnskontrakt for flere læreplasser oppfordret til bruk av lærlingeklausuler i offentlige kontrakter.

På generelt grunnlag er KS skeptiske til å bruke anskaffelsesregelverket til å stille eksplisitte krav for å fremme ulike samfunnshensyn, som for eksempel flere læreplasser (se over). KS ser imidlertid at mangelen på læreplasser i flere bransjer og lærefag er så prekær at det kan være nødvendig å ta sterkere virkemidler i kraft.

KS er derfor ikke motstander av departementets forslag til ny lovbestemmelse om krav til lærlinger ved offentlige anskaffelser. Det er imidlertid viktig at kravet til lærlinger bør avgrenses til de største kontraktene og at det bare stilles som krav der det er et klart definert behov for læreplasser i den aktuelle bransjen. KS mener også at kravet ikke bør gjelde varekontrakter.

KS tror det er fornuftig å formulere ordlyden i § 6 a om at «*en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med utførelsen av kontrakten*», litt videre slik at lovteksten ikke gir for snevre føringer for de løsninger som kan gis i den etterfølgende forskriften. Det er ikke gitt at bruk av lærlinger er egnet for utføring av alle typer kontrakter. Det kan videre være kontrakter der det er behov for en særskilt type kompetanse, sikkerhetskurs etc. som lærlingene i bedriften ikke besitter. Endelig er det heller ikke gitt at å jobbe på akkurat den aktuelle kontrakten vil gi mest mulig lærlingsutbytte for de aktuelle lærlingene. På denne bakgrunn mener KS at det bør åpnes opp for en alternativ løsning der det stilles krav om at leverandøren har én eller flere lærlinger *i bedriften*, dersom den konkrete kontrakten er uegnet for lærlinger.

2.6 Offentlighet, taushetsplikt og habilitet (høringsnotatets punkt 4)

KS støtter forslaget å flytte bestemmelsene om offentlighet, taushetsplikt og habilitet fra forskrift til loven.

KS henviser videre til vår høringsuttalelse knyttet til dette teamet i KS' hørings svar på NOU 2014: 4. At leverandører kan få innsyn i hverandres tilbud før kontrakten er endelig signert er uheldig, særlig hvor oppdragsgiver må avlyse konkurransen og utlyse på nytt. Dagens innsynsregler er også svært ressurskrevende for kommunesektoren.

Etter KS syn bør ikke leverandørene få innsyn i hverandres tilbud før kontrakt er inngått. KS foreslår derfor at skjæringspunktet for når innsyn skal gis utsettes fra tildelingstidspunktet (slik regelen er i dag) til etter at kontrakt er signert.

3. Endringer i forskriften

3.1 Innledning (høringsnotatet punkt 1)

KS mener at departementet har lyktes godt i arbeidet med å finne en hensiktsmessig struktur for implementering av direktivbestemmelsene i ny forskrift om offentlige anskaffelser. Bruken av kapitteloverskrifter, gruppering av paragrafer og formuleringen av de enkelte bestemmelser er gjennomgående pedagogisk, klar og oversiktlig.

3.2 Virkeområde (høringsnotatet punkt 2.1)

KS viser her til kommentarer til lovens virkeområde i loven § 2.

3.3 Unntak (høringsnotatet punkt 2.2)

Departementet foreslår at samtlige unntaksbestemmelser plasseres i forskriften istedenfor i loven. Dette til tross for at noen av unntaksbestemmelsene også gir unntak fra loven. Departementets forslag bryter her med forslaget fra Forenklingsutvalget som foreslår at kontrakter som fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket, plasseres i loven, ikke i forskriften.

Med grunnlag i vanlige tolkningsprinsipper (lex superior) bør bestemmelser som gir unntak fra loven plasseres i loven og ikke i forskriften. KS støtter derfor forslaget fra Forenklingsutvalget og er uenig i departementets forslag om å plassere unntaksbestemmelser for kontrakter som fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket, i forskriften, fremfor i loven.

3.4 Unntak for samarbeid i offentlig sektor (høringsnotatet punkt 2.3)

Unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid er langt på vei en kodifisering av gjeldende rett. KS anser presiseringene og klargjøringen av unntakene som positive.

Ulike typer interkommunalt samarbeid og samarbeid mellom statlige og kommunale virksomheter er viktig for å kunne drifte offentlige tjenester så hensiktsmessig som mulig til innbyggernes beste. KS understreker derfor viktigheten av at det legges til grunn en romslig tolkning av unntakene. Dette gjelder spesielt unntaket for horisontalt samarbeid og kravet om at det må foreligge et reelt samarbeid. Kravet til et reelt samarbeid har av noen blitt tolket slik at det mest sannsynlig stenger for at vertskommunesamarbeid etter

kommuneloven vil oppfylle vilkårene for unntaket for horisontalt samarbeid.² Etter KS' oppfatning er dette mer usikkert. KS mener derfor at forståelsen av kravet til et «reelt samarbeid» trolig er for streng. Hvor grensen går, vil først bli avklart gjennom praksis fra EUDomstolen.

KS ber departementet så langt det er mulig om å klargjøre rammene for unntakene gjennom veiledning.

Departementet ber om tilbakemelding på om det kan tenkes et praktisk anvendelsesområde for den nye unntaksbestemmelsen om privat lovpålagt eierskap i tilknytning til unntakene for «utvidet egenregi». KS er ikke kjent med at det foreligger noen bestemmelser om privat lovpålagt eierskap og kan derfor ikke se at en bestemmelse om dette, på nåværende tidspunkt, vil være relevant for mulig bruk av bestemmelsene om vertikalt og horisontalt samarbeid. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en slik problemstilling kan bli aktuell i fremtiden. KS mener derfor at forskriften bør ta høyde for dette.

3.5 Blandede kontrakter (høringsnotatet punkt 2.5)

Departementets forslag til bestemmelser om blandede kontrakter er oppklarende og gir en pedagogisk kodifisering av rettspraksis.

REGLER SOM GJELDER FOR ALLE ANSKAFFELSER

3.6 Generelt (høringsnotatet punkt 2.6.1)

Departementet foreslår at bestemmelsene om fristberegning plasseres i forskriften del I. Dette bryter med forslaget fra Forenklingsutvalget. Del I har ingen regler om frister, og KS mener da at det heller ikke er nødvendig med en henvisning til fristberegningsforskriften her. KS er også redd for at det kan lede til misforståelser blant brukerne av regelverket dersom det står en bestemmelse om fristberegning i forskriften del I når det ikke gjelder noen regler om frister for anskaffelser som kun følger forskriften del I.

KS støtter departementets forslag om å flytte bestemmelsene om offentlighet, taushetsplikt, habilitet og pålegg fra forskriften og over til loven.

3.7 Kontraktsvilkår (høringsnotatet punkt 2.6.2)

I høringsnotatet punkt 2.6.2 foreslår departementet å utvide direktivbestemmelsen i artikkel 70 til å gjelde alle kontraktsvilkår, både standardvilkår og spesielle kontraktsvilkår. KS tolker både departementet og direktivet dit hen at dette må forstås som at Norge kun er forpliktet til å angi *spesielle kontraktsvilkår* i kunngjøringen/konkurransesgrunnlaget, ikke *standard kontraktsvilkår*.

KS mener at Norge må utnytte handlingsrommet i direktivet og skape handlefrihet for kommunesektoren. Av den grunn ber KS om at bestemmelsen om kontraktsvilkår ikke utvides til også å omfatte plikt til å legge frem standard kontraktsvilkår.

² Jf. rapporten «Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid, forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger», Advokatfirmaet Hjort DA (2014).

Subsidiært mener KS at dersom forskriftsteksten skal oppstille en plikt til å angi standard kontraktsvilkår så må denne plikten tolkes dit hen at dersom kontraktsvilkårene er allment tilgjengelig (slik som Statens standardavtaler og NS-kontraktene) så er det tilstrekkelig å henvise til den aktuelle standarden.

3.8 Læringer (høringsnotatet punkt 2.6.3)

KS støtter at læringeklausulen skal gjelde allment, og således ikke lenger være begrenset til norske leverandører. KS viser for øvrig til våre kommentarer til forslaget til ny § 6 a i lov om offentlige anskaffelser med hensyn til plikt til å ha læringeklausul og omfanget av denne.

3.9 Reserverte kontrakter (høringsnotatet punkt 2.6.4)

KS støtter muligheten for å reservere en kontrakt til virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer. Utvidelsen vil gi kommunene økt handlefrihet sammenlignet med i dag.

KS er også enig med departementet i at det er uklart hvordan begrepet «*vanskeligstilte personer*» skal forstås. KS oppfordrer derfor departementet til å gi en nærmere veiledning om dette.

KS støtter videre forslaget om at oppdragsgiver skal ha mulighet til å reservere en kontrakt til visse særlige organisasjoner når det gjelder kontrakter om helse-, sosial- og kulturtjenester.

ANSKAFFELSER OVER EØS-TERSKELVERDIENE

3.10 Strukturen til forskriftens del III (høringsnotatets punkt 3.1)

KS mener det er oversiktlig og fornuftig å la kapitlene og bestemmelsene i forskriftens del III følge anskaffelsesprosessens løp.

Kapittel 21 om rammeavtaler kommer imidlertid etter kapitlene om for eksempel avvisning og avslutning av konkurransen. Dersom systematikken er at kapitlene og bestemmelsene skal følge anskaffelsesprosessens løp så mener KS at departementet bør vurdere om kapitlet om rammeavtaler, og muligens også kapitlet om elektroniske verktøy i kapittel 22, bør flyttes fremover i forskriften. Bakgrunnen for dette er at oppdragsgivers valg av rammeavtale og eventuelt bruk av elektroniske verktøy er valg som må gjøres tidlig i anskaffelsesprosessen. Videre så er også systematikken i direktivet at bestemmelsene om rammeavtaler og elektroniske verktøy er plassert forholdsvis tidlig. KS foreslår derfor at bestemmelsene om dette flyttes frem i forskriften, for eksempel til mellom kapittel 9 om valg av anskaffelsesprosedyre og kapittel 10 om frister.

3.11 Konkurransesgrunnlag (høringsnotatets punkt 3.2.2)

KS er positive til forslaget om at oppdragsgiver plikter å utarbeide et konkurransegrunnlag med mindre han angir samtlige opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av forespørselen om deltakelse eller tilbudet i kunngjøringen. Dette er også i samsvar med forslaget fra Forenklingsutvalget.

KS foreslår imidlertid at kunngjøringsformatet, spesielt når det legges til rette for elektronisk konkurransegjennomføring, utformes slik at kunngjøringen kan inneholde all informasjon fra konkurransegrunnlaget, i tillegg til dagens innhold i kunngjøringen.

Forslaget § 8-1 nr. 2 bokstav b henviser til bestemmelsen om kontraktsvilkår i § 5-7, som omfatter både generelle og spesielle vilkår. KS mener her at Norge ikke bør gå lenger enn det direktivet krever og viser til kommentarene til forslaget om ny forskrift § 5-7.

KS konstaterer at det følger av det nye direktivet at hele konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet, også ved totrinnsprosedyrer. En oppdragsgiver kan i dag vente med å gjøre konkurransegrunnlaget tilgjengelig til etter prekvalifiseringen. Det nye direktivet representerer i så måte en innstramning av gjeldende rett og vil gi kommunene redusert handlefrihet i anskaffelsesprosessen. Dette er beklagelig, men en følge av innstramningene i direktiv.

KS stiller spørsmål ved hvordan plikten til å gjøre konkurransegrunnlaget tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet vil kunne gjennomføres ved konkurransepreget dialog? Ved denne prosedyren skal kravspesifikasjonen utvikles under dialogen. KS ber derfor departementet utdype denne problematikken i veiledning til bestemmelsene.

3.12 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget (høringsnotatets punkt 3.2.4)

Forslaget § 8-3 tredje ledd oppstiller et unntak dersom konkurransegrunnlaget inneholder forretningshemmeligheter. KS går ut fra at det også kan tenkes situasjoner der oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset tilgang til deler av konkurransegrunnlaget fordi det inneholder andre opplysninger som er underlagt taushetsplikt, som for eksempel personopplysninger. KS foreslår derfor at ordet «forretningshemmeligheter» i tredje ledd erstattes med ordene «opplysninger underlagt taushetsplikt».

3.13 Valg av anskaffelsesprosedyre (høringsnotatets punkt 3.2.4)

Utvidelsen av adgangen til bruk av konkurranse med forhandling er etter KS sitt syn et viktig forenklingstiltak i det nye direktivet. Dette vil medføre bedre og riktigere anskaffelser samt kunne redusere tvisteomfang. KS støtter også departementets vurdering om at vilkårene for bruk av denne prosedyren vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiver vil ha et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger.

Departementet mener at innføringen av innovasjonspartnerskap må anses som en ny kontraktstype og ikke en ny prosedyre. KS er usikre på om dette er et hensiktsmessig valg. Det vises til punkt 3.27 (om innovativt partnerskap) senere i dette høringsbrev.

Bestemmelsen om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er en bestemmelse som medlemslandene ikke er pålagt å gjennomføre. KS er enige med departementet i at hensynet til effektiv ressursbruk tilsier at bestemmelsen om bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring bør videreføres.

KS deler videre departementets oppfatning om at dagens bestemmelse i § 14-4 skaper unødvendig forvirring ved at det tilsynelatende skal avholdes konkurranse med forhandling selv om flere av alternativene i bestemmelsen gjelder tilfeller der det kun vil være en leverandør som reelt kan utføre anskaffelsen. Dette er også et spørsmål som advokatene i KS flere ganger får spørsmål om fra medlemmene. Forslaget om å opprette en egen bestemmelse for tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til kun én leverandør (uten konkurranse) for å gjennomføre anskaffelsen er derfor klargjørende.

3.14 Frister (høringsnotatets punkt 3.2.6)

KS er positive til endringene i direktivet med kortere frister. Det er imidlertid oppstilt en ny minimumsfrist på minimum 25 dager for innlevering av tilbud ved konkurranse med forhandling. Dette er en innstramning sammenlignet med i dag og vil gi redusert handlefrihet for kommunene. KS ser imidlertid at dette er et krav som følger direkte av direktivet og der det er begrenset nasjonalt handlingsrom.

KS er positive til forslaget om å innføre en bestemmelse med mulighet for at partene (der oppdragsgiver er ikke-statlig) selv kan avtale tilbudsfristen i begrensede anbudskonkurranser og konkurranse med forhandling.

3.15 Kravspesifikasjoner (høringsnotatets punkt 3.2.7)

En nyvinning i direktivet og forslaget til forskriftstekst er at kravspesifikasjonene kan omfatte alle faser av et produkts livssyklus, slik som produksjonsprosessen, leveransen m.m. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke påvirker produktets egenskaper.

I forslag til forskriftsbestemmelse § 11-1 annet ledd første setning heter det at *«kravspesifikasjonene skal ha tilknytning til leveransen»*. Videre i § 11-1 annet ledd annen setning heter det at: *«De kan vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem, eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper.»*

Ut fra en språklig fortolkning av ordlyden kan det være nærliggende å tolke bestemmelsen i annet ledd slik at det er motstrid mellom første og annen setning. Ut fra tradisjonell lære så har oppdragsgiver begrensede muligheter til å legge vekt på for eksempel produksjonsprosessen da dette mangler nødvendig tilknytning til leveransen.

Den nye forskriftsbestemmelsen ser ut til å legge til grunn av det fortsatt skal gjelde et krav om at kravspesifikasjonene skal ha tilknytning til leveransen, men at det likevel skal være tillatt å vise til faktorer som ikke påvirker leveransens egenskaper. KS tolker dette som at tilknytning til leveransens gjenstand må leses dit hen at det også er tillatt å vise til faktorer som inngår i produksjonsprosessen, selv når slike faktorer ikke påvirker ytelsens egenskaper.

KS er imidlertid usikre på om departementets forslag til ordlyd i § 11-1 annet ledd får frem denne endringen på en klar nok måte. KS ber derfor departementet se nærmere på om bestemmelsen kan formuleres tydeligere slik at man unngår denne usikkerheten. Som et minimum bør innholdet i bestemmelsen utdypes gjennom veiledning.

Forslag til forskrift § 11-2 oppstiller en plikt om at oppdragsgiver skal benytte kravspesifikasjoner som tar hensyn til universell utforming ved anskaffelser som skal benyttes av personer, enten av offentligheten eller ansatte hos oppdragsgiver. Universell utforming er et krevende tema for dem som ikke har spesiell kjennskap til lover, regler, retningslinjer og muligheter på området. Det er derfor svært viktig at veiledningen, som departementet varsler kommer, blir så omfattende og konkret at den kan tjene som et sentralt verktøy for oppdragsgivernes anvendelse av denne bestemmelsen.

3.16 Kvalifikasjonskrav (høringsnotatets punkt 3.2.9)

Overskriften på departementets forslag til bestemmelse i § 12-8 er «*[k]rav til leverandørens organisering*». Forslaget § 12-8 annet ledd omhandler imidlertid oppdragsgivers mulighet for å kreve navn på og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. KS har problemer med å se hva annet ledd har med organisering å gjøre og stiller derfor spørsmål ved om annet ledd isteden bør flyttes til § 12-6 som omhandler dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Under punktet om det elektroniske egenerklæringsskjemaet så skriver departementet i høringsnotatet at det legges opp til at egenerklæringsskjemaet skal kunne gjenbrukes i etterfølgende anskaffelsesprosedyrer. Dette vil trolig kreve at oppdragsgiver har et eget system for oppbevaring av egenerklæringsskjemaer. I denne forbindelse ser KS flere problemstillinger som kan oppstå; hvem anses som oppdragsgiver (hele kommunen eller kun etaten som gjennomførte forrige konkurranse) og er det noen tidsbegrensning i hvor lenge egenerklæringsskjemaet skal kunne gjenbrukes? KS ber departementet utdype disse problemstillingene nærmere i veiledning til bestemmelsen.

For øvrig bemerker KS at det litt vanskelig å kommentere egenerklæringsskjemaet når innholdet i dokumentet ennå ikke er vedtatt.

3.17 Tildelingskriterier (høringsnotatets punkt 3.2.10)

Det nye anskaffelsesdirektivet åpner for at medlemslandene kan nekte oppdragsgiver å benytte laveste pris eller laveste kostand som evalueringsmodell i visse tilfeller. KS støtter departementets syn på at det er oppdragsgiver som er nærmest til å vurdere hvilken tildelingsmodell som er mest effektiv og som gir det beste resultatet, og at det derfor ikke bør legges noen begrensninger i oppdragsgivers adgang til å benytte laveste pris eller laveste kostand som evalueringsmodell.

3.18 Oppdeling av kontrakt (høringsnotatets punkt 3.2.12)

I henhold til direktivet og forslag til ny forskrift § 14-1 vil oppdragsgiver få en plikt til vurdere oppdeling av kontrakt, og det må gis begrunnelse dersom oppdragsgiver ikke velger å dele opp kontrakten. KS er kritisk til denne endringen. KS mener at vurderingen av om en kontrakt skal deles opp eller ikke bør ligge innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Oppdragsgiver bør ikke være forpliktet til å begrunne et eventuelt valg om ikke å dele opp kontrakten.

3.19 Bruk av underleverandører (høringsnotatets punkt 3.2.13)

I høringsnotatet skriver departementet i tredje avsnitt på side 18 at:

«Solidaransvar innebærer at den som setter ut et oppdrag (oppdragsgiver), skal være ansvarlig for de forpliktelsene oppdragstakerne nedover i en kontraktskjede har til å betale lønn etter allmenngjøringsforskrifter. Dette innebærer at alle oppdragsgivere i en kontraktskjede (dvs. både oppdragsgiver i henhold til anskaffelsesregelverket, hovedleverandøren og underleverandører i kjeden) hefter "en for alle og alle for en" overfor arbeidstaker lengst ned i kjeden som ikke får utbetalt allmenngjort lønn fra sin arbeidsgiver.»

KS mener at departementets gjengivelse av gjeldende rett på dette punkt, ikke er korrekt. Slik KS ser det vil ikke solidaransvaret kunne omfatte byggherren, det stanser ved hovedleverandøren, jf. bl.a. allmenngjøringsloven § 13.

For øvrig støtter KS departementets forslag om at plikten for oppdragsgiver til å etterspørre visse opplysninger fra underleverandører begrenses til å gjelde underleverandører som skal medvirke ved utførelsen av bygge- og anleggsarbeider og tjenester som skal leveres på steder som er under direkte tilsyn. Plikten bør ikke utvides til også å gjelde underleverandører lenger ned i kjeden eller underleverandører av varer og eller andre tjenester.

3.20 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon (høringsnotatets punkt 3.2.14)

KS er positive til kravet om at all informasjonsutveksling som hovedregel nå skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. KS støttet i høringsvaret på NOU 2014: 4 at dette kravet også ble innført under EU/EØS-terskelverdiene.

KS understreker imidlertid at det er staten som må bære ansvar og kostnadene knyttet til å få en fellesskapsløsning for elektronisk kommunikasjon på plass. Brukervennlighet (for både leverandører og oppdragsgiver) må være et sentralt hensyn når løsningen etableres.

3.21 Kunngjøring (høringsnotatets punkt 3.2.16)

KS støtter departementets forslag om å innføre bestemmelser om forhåndskunngjøring for å utnytte fleksibiliteten i det nye direktivet.

KS er videre positiv til departementets forslag om å skille mellom veiledende kunngjøring og forhåndskunngjøring, selv om dette skillet ikke fremgår direkte av direktivteksten.

Endelig støtter KS departementets forslag om at unntak fra plikten til å kunngjøre inngåtte kontrakter utvides til å gjelde alle kontrakter under en rammeavtale.

GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEN

3.22 Innledning

KS har ingen kommentarer til punktene 3.3.1. og 3.3.2. Bestemmelsene i forslaget § 17-1 og 17-2 uttrykker direktivets regler på en forståelig måte.

KS er enig i at reglene om tilbudet omtalt i punkt 3.3.3, bør ha samme løsning i forskriftens del II og del III.

I høringsnotatets punkt 3.3.4 behandles reglene om alternative tilbud. KS mener at de endringer departementet her foreslår vil være oppklarende, jf. gjeldende regler om alternative tilbud. Reglene har vært vanskelig tilgjengelige og fleksibiliteten dette instituttet i regelverket gir, har av den grunn trolig ikke vært benyttet.

Det følger av ordlyden i § 17-5 første ledd at alternative tilbud skal ha «tilknytning til leveransen». Det fremstår som litt uklart hva som menes med dette. Dette vilkåret bør derfor eksemplifiseres i veiledning fra departementet.

3.23 Ettersending av opplysninger og dokumentasjon (høringsnotatets punkt 3.3.5)

Det er KS sin vurdering at utvidelsen av oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes i artikkel 56 nr. 3, er et av de viktigste grep som tas i de nye direktivene. Bestemmelsen vil redusere tvister knyttet til avvisninger spesielt i anbudskonkurranser og således bidra til forenkling og bedre konkurranse.

KS er enig med departementets forståelse om at retten til å be om supplerende informasjon også gjelder tilbudsdokumentasjonen.

Grensen mellom lovlige avklaringer og ulovlige forhandlinger vil også være en problemstilling med den nye forskriften. Dette er tema som volder mange spørsmål fra brukerne av regelverket. KS oppfordrer derfor departementet om å utdype grensedragningen i veiledning til bestemmelsen.

3.24 Avvisning (høringsnotatets punkt 3.4)

Departementets forslag til bestemmelser i kapittel 18 er delvis kun foreløpige forslag grunnet den pågående prosessen om Forenklingsutvalget forslag. KS sine innspill til punkt 3.4 er derfor av overordnet karakter.

KS tiltrer departementets forslag om å ha samme systematikk/inndeling av avvisningsbestemmelser i del II og i del III, jf. bestemmelsen i forslaget §§ 18-1,18-2 og 18-8. Vi mener tredelingen er pedagogisk.

KS støtter departementets forslag om å sidestille rettskraftig dom og forelegg. Fordelen med å fjerne den gjeldende rettsusikkerhet er etter KS sin vurdering større enn ulempene som kan oppstå ved en sidestillelse.

Det kreves i dag særskilt hjemmel for å få utskrevet politiattest. Det er derfor behov for en enklere måte for oppdragsgiverne til å gjøre seg kjent med informasjon om hvilke leverandører som har vedtatt forelegg eller er rettskraftig dømt for de straffbare forhold som § 18-2 annet ledd lister opp. KS henstiller derfor departementet om å se nærmere på dette.

KS er enig i at det er viktig at unntaket fra avvisningsplikten når allmenne hensyn nødvendiggjør det, videreføres.

Når det gjelder de nye reglene om «self-cleaning», mener KS at det er stort behov for at det utarbeides veiledning. Det er oppdragsgiver, jf. forslaget § 18-5, som skal vurdere om leverandørene har iverksatt tilstrekkelige tiltak. Dette er vanskelige vurderinger som skal foretas lokalt. Uten solid veiledning vil det kunne utvikle seg svært ulik praksis.

Bestemmelsene om avvisning av tilbud beror på hvilke rettslige grep som gjøres om prosedyrevalg i den nasjonale delen av regelverket. Dersom forenklingsutvalgets forslag om ny prosedyre vedtas, må avvisningsbestemmelsene i del II og del III, bli ulike.

Bestemmelsenes i del III må tilpasses anbuds konkurranser og forhandlingsforbudet. Avvisningsbestemmelsene i forslaget § 18-8 er i all hovedsak særnorske regler. KS ser at det er hensiktsmessig å ha klare regler om avvisning av tilbud. Regler om avvisning må avveies mellom brukerens ønsker om klarhet i vanskelige rettslige avveininger opp mot den risiko som foreligger for at de regler som gis, blir en overimplementering av de plikter som reelt ligger i direktivet.

Flere av både de absolutte og fakultative avvisningsbestemmelsene er nye og det er derfor behov for veiledning fra departementet om bruken av bestemmelsene.

3.25 Meddelelse og begrunnelse, karens og suspensjon (høringsnotatets punkt 3.5)

KS har som utgangspunkt ingen særskilte kommentarer til dette. Det ligger slik KS ser det ingen materielle endringer i de kommende reglene her.

På side 30 siste setning i første avsnitt skriver departementet:

«Det passer best med regelen om oppdragsgivers karensperiode som først begynner å løpe når den utfyllende begrunnelsen er gitt».

KS gjør departementet oppmerksom på at dette ikke lenger er uttrykk for gjeldende rett. Det vises til NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* punkt 7.3.2. Karensfristen løper uavhengig av om begrunnelsen er tilfredsstillende. Det vises også til teori uttrykt i «Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger» Marianne Dragsten (2013), side 681.

3.26 Anskaffelsesprotokoll, dokumentasjonsplikt og innsyn i kontrakten (høringsnotatets punkt 3.6)

KS viser her til høringsnotatet til loven punkt 4 og KS sine uttalelser til dette punktet, samt KS sitt hørings svar til NOU 2014: 4, punkt 2.21 og 2.7.

KS tiltrer der flertallets forslag om at protokollplikten erstattes av en plikt til å skriftliggjøre anskaffelsesprosessen i del II. Det avgjørende må være at prosessen kan etterprøves, ikke hvilken form opplysningen er nedfelt i.

Direktivets krav om «skriftlig rapport» jf artikkel 84 art 1, er i høringsutkastets § 20-1 blitt til en regel om plikt til å føre anskaffelsesprotokoll og at protokollen skal føres fortløpende. KS mener departementets forslag innebærer strengere regulering enn det som kan leses ut av direktivteksten. Det kan etter vår vurdering ikke leses at den skriftlige rapporten skal ha en spesiell form og heller ikke at protokollen skal føres fortløpende. Sett i lys av overgangen til elektroniske anskaffelser og den økte bruken av konkurransegjennomføringsverktøy, fremstår bruken av tradisjonelle dokumenter og protokoller noe utdatert. Det avgjørende må være at nødvendig informasjon er tilgjengelig, i henhold til kravet om etterprøvbarehet.

Det er KS sitt syn at det er dokumentasjonsplikten i forslaget § 20-2 første ledd, som er den overordnede regel, som skal ivareta det grunnleggende kravet til gjennomsiktighet. Bestemmelsen i § 20-1 angir en nærmere beskrivelse hvordan dokumentasjonsplikten skal ivaretas og hvilke opplysninger som skal sikres. Etter KS bør sin vurdering rekkefølgen på bestemmelsene endres og direktivets begrep skriftlig rapport benyttes.

Dersom Forenklingsutvalgets flertall vedtas, vil reglene i del II og del III bli forskjellige ift. dokumentasjonsplikten. Krav til proporsjonalitet tilsier at det kan være strengere regler i del III enn etter del II.

3.27 Innovasjonspartnerskap (høringsnotatets punkt 3.7.2)

I direktivets artikkel 31 er det gitt regler om en ny anskaffelsesprosedyre kalt Innovasjonspartnerskap. Ordningen er omtalt i fortalens punkt 47 og 49. Departementet mener ordningen ikke er en ny anskaffelsesprosedyre, men en kontraktsform som skal følge prosedyren konkurranse med forhandling, jf. artikkel 29.

Reglene i artikkel 31 og 29 er til dels veldig like og KS er usikker på om det har noen rettslig betydning om innovasjonspartnerskapet anses som en egen prosedyre eller en kontrakt som inngås etter prosedyren konkurranse med forhandling.

Departementet viser til fortalens punkt 49 og konkluderer med at konkurranse med forhandling skal benyttes når kontrakt om innovasjonspartnerskap skal etableres. KS er uenig i at uttalelsene i fortalen kan tolkes slik så strengt. KS mener uttalelsene gir større handlingsrom og forankrer dette i at fortalen påpeker at offentlige oppdragsgivere bør ha tilgang på en særlig prosedyre for å ivareta innovasjon og at denne prosedyren bør baseres på de prosedyreregler som benyttes på konkurranser med forhandling. Ordlyden «bør baseres på» gir etter vår vurdering rom for at andre løsninger enn de som ligger fast i art 29.

Det er KS sin vurdering at det av praktiske årsaker kan være betenkelig å avvike fra den terminologi/løsning som EU har valgt. Kunngjørings skjemaene vil være tilpasset de nye direktivene og den norske løsningen vil da muligens ikke være kompatibel med de avkrysningsmuligheter som kommer.

Ordningen er ny og det vil kunne utvikle seg praksis, veiledning etc., som kanskje ikke er direkte overførbare til den norske «kontraktsløsningsmodellen», når Norge låser nyvinningen til den etablerte prosedyren konkurranse med forhandling. Om foreliggende EU-praksis om konkurranse med forhandling legger skranker på handlefriheten i forhold til å fremme

innovasjon, bør ordningen anses å være en prosedyre slik at kan få utviklet rettspraksis i tråd med de behov som kreves for gjennomføring av et innovasjonsskjøp vs. et «vanlige» kjøp etter forhandlinger.

KS reiser spørsmål om det kan oppstå unødvendig rettsusikkerhet om hva ordningen innebærer dersom Norge velger en annen løsning enn de øvrige medlemslandene. For at innovasjonspartnerskap skal bli et nyttig verktøy for å øke innovative løsninger så er det svært viktig at det utarbeides god veiledning for bruken av ordningen, slik at offentlige oppdragsgiver tør å ta dette i bruk. Her bør en lære av erfaringen etter innføring av prosedyren konkurransepreget dialog.

KS er av den oppfatning at implementeringen må skje på den måte som gir størst fleksibilitet i forhold til formålet som er å innføre verktøy som *«skal bidra til at lette offentlige udbud inden for innovation og hjelpe medlemstaterne til at nå målene for Innovation i EU»*. Det er veldig viktig for KS sine medlemmer at en beholder fleksibiliteten og ikke innfortolker flere plikter/skranker inn i den nye ordningen enn det som følger av direktivet.

3.28 Elektroniske verktøy (høringsnotatets punkt 3.8)

KS er enig i at tiden ikke er moden for obligatoriske krav, men mener det er viktig at regelverket gir muligheter for at det kan stilles krav om at tilbud kan leveres i form av elektroniske kataloger.

3.29 Endringer i kontrakt (høringsnotatets punkt 3.9)

KS mener departementet har implementert artikkel 72 på en pedagogisk måte. En oppdeling i flere bestemmelser med tydelige overskrifter skaper klarhet og det blir lett å finne frem til relevant problemstilling.

Det er KS sin vurdering at bestemmelsen og praktiseringen av denne er av stor betydning for den pågående/kommende kommunereformen. KS vil anta at dette også er en aktuell problemstilling knyttet til den varslede politireformen.

Flere av våre medlemmer utreder mulige kommunesammenslåinger og handlingsrommet knyttet til kommunenes kontraktsporfølje må vurderes opp mot anskaffelsesregelverket. Kommunene må for kommende konkurranser ta høyde for eventuelle sammenslåinger i konkurranser om kontrakter som kunngjøres frem mot en planlagt sammenslåing. Her vil bestemmelsen om endringsklausul i forslaget § 23-1 være av stor betydning. Kommunen må gjennom en endringsklausul i konkurransedokumentene, kunne ta høyde for at den nye kommunen kan tre inn i kontrakten og at volumet kan utvides iht. det nye rettssubjektets behov/størrelse, uavhengig av den opprinnelige størrelsen på den kunngjorte kontrakten.

At en kontrakt kan endres vesentlig/betydelig gjennom en klar endringsklausul fremgår av direktivets artikkel 72 nr. 1, bokstav a *«uanset deres pængemæssige værdi»*. Denne presiseringen er ikke inntatt i ordlyden i forslaget § 23-1.

At en endring gjort med forankring i en endringsklausul ikke underlegges begrensingen, jf. 23-2 annet ledd b, følger etter KS sin vurdering av en tolkning av § 23-2 første ledd, jf. § 23-3 første ledd bokstav a, i sammenheng. KS antar at departementet ved unnlattelsen av å innta

ovennevnte passus fra direktivet, ikke har ment å foreta en innsnevring av anvendelsesområdet for bruk av endringsklausuler.

KS mener dette må komme klarere frem for brukerne av regelverket og anmoder departementet om at direktivpassusen nevnt over, innarbeides i de norske forskriftstekstene.

I en kommunesammenslåing oppstår et nytt rettssubjekt. Dette vil være et annet enn det rettssubjektet som i sin tid kunngjorde anskaffelsen/fremgikk av kunngjøringen. I så måte kan det stilles spørsmål ved om en slik endring på oppdragsgiversiden vil være en lovlig endring etter analogi fra reglene om leverandørskifte i § 23-3 første ledd bokstav d? Det følger av EU-domstolens avgjørelse i C-454/06 premiss 45-54 (*Presstext*) at interne omstruktureringer hos tilbyder normalt ikke er å anse som «vesentlige endringer». KS mener at det er gode grunner for at tilsvarende også bør gjelde ved omorganiseringer hos oppdragsgiver. KS mener også at mange av de samme hensynene som ligger bak regelen om leverandørskifte i § 23-1 første ledd bokstav d også gjør seg gjeldene ved endringer i rettssubjekt på oppdragsgiversiden.

KS ber departementet om en avklaring av hvordan omstruktureringer på oppdragsgiversiden kan gjennomføres uten å komme i konflikt med anskaffelsesregelverket, spesielt for kontrakter hvor en slik inntreden ikke er varslet gjennom en endringsklausul.

Kommunereformen betinger betydelige omstillinger hos våre berørte medlemmer og en rigid fortolkning av anskaffelsesregelverket og bestemmelsene om endringer i kontrakt vil kunne gjøre sammenslåingsprosessene unødvendig byrdefulle og kostnadskrevende for kommunene.

Med vennlig hilsen



Lasse Hansen

Administrerende direktør



Heige Eide

Områdedirektør