

# Høringsuttalelse fra Bergen kommune: NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser.

---

## Innhold

Innledning .....	4
Generelle kommentarer .....	4
Kommentarer til de ulike forslagene .....	5
Kapittel 9 - Formål.....	5
Kapittel 10 - Grunnleggende prinsipper .....	5
Kapittel 11 - Ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket .....	6
11.4.2/11.5.2 Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser .....	6
11.4.3/11.5.3 Dokumentasjonskrav: Plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring .....	7
11.4.4/11.5.4 Kontraktsvilkår: Lærlingeklausul, antikontraktørklausul og klausul om lønns- og arbeidsvilkår .....	7
11.4.4.1/11.5.4.1 Lærlingeklausul .....	7
11.4.4.2/11.5.4.2 Antikontraktørklausul .....	8
11.4.4.3/11.5.4.3 Klausul om lønns- og arbeidsvilkår .....	8
Kapittel 12 - Unntak .....	9
12.2 Kontrakter med anslått verdi under 100.000 kroner .....	9
12.3 Unntak fra anskaffelsesregelverket .....	9
12.4 Unntak for detaljerte prosedyreregler for visse kontrakter .....	10
12.4.2 Kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon .....	10
12.4.4 Kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.....	10
12.5 Unntak fra detaljerte prosedyreregler i særlige situasjoner .....	10
Kapittel 13 - Terskelverdier .....	11
13.6.1 Nasjonal terskelverdi for varer og tjenester.....	11
13.6.2 Egen terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter .....	11
13.6.3 Terskelverdi for kontrakter om særlige tjenester .....	12
13.6.4 Forenklet kunngjøringsplikt for kontrakter under 500.000.....	12
Kapittel 14 - Skriftlighetskrav .....	12
14.2.2 Utvalgets vurderinger .....	12
14.3.2 Utvalgets vurderinger med hensyn til protokollplikten .....	12
Kapittel 15 - Kontrakt .....	13
15.2.2 Bruk av kontraktstandarder .....	13

15.2.3 Kontraktsvilkår .....	13
Kapittel 16 - Anskaffelsesprosedyrer.....	13
16.3 Utvalgets vurderinger .....	13
16.3.3 Øvrige prosedyrer: Konkurranspreget dialog og innovasjonspartnerskap .....	15
Kapittel 17 - Utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser .....	15
17.2 Utvelgelse når det settes en grense for antallet leverandører.....	15
Kapittel 18 - Kommunikasjon og elektrisk verktøy .....	16
18.3 Regler om elektronisk kommunikasjon .....	16
18.3.4 Utvalgets vurderinger av hvilke regler som skal gjelde frem til nye regler om.....	16
18.4.4 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget.....	16
Kapittel 19 - Konkurransegrunnlag .....	17
19.2 Plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag.....	17
19.3 Konkurransegrunnlagets innhold.....	17
19.5 Endringer i konkurransegrunnlaget i perioden mellom kunngjøring og kontraktsinngåelse .....	18
Kapittel 20 - Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon.....	18
20.2 Kvalifikasjonskrav.....	18
20.3 Dokumentasjon.....	19
20.4 Særlig om ettersending og supplering av dokumentasjon .....	19
Kapittel 21 - Tildelingskriterier .....	20
Kapittel 22 - Kunngjøring.....	20
22.2 Kunngjøring av konkurranse .....	20
22.4 Kunngjøring av konkurranseresultater .....	20
Kapittel 23 - Frister.....	21
23.1 Frist for levering av forespørsel om å delta i konkurransen og tilbud .....	21
23.2 Vedståelsesfrist.....	21
Kapittel 24 - Tilbudet.....	21
24.2 Tilbudets form og innhold .....	21
24.3 Oppdragsgivers håndtering av tilbudene .....	22
24.4 Oppdragsgivers evaluering av leverandørens kvalifikasjoner og tilbudt ytelse - .....	22
Kapittel 25 - Avvisning .....	22
25.3 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren .....	22
25.3.2 Avvisningsgrunner som følger direkte av anskaffelsesdirektivet.....	22
25.3.2.1 Leverandører som er rettskraftig dømt for visse straffbare forhold.....	22
25.3.2.5 Leverandører som ikke har betalt skatter, avgifter eller trygdeavgifter.....	23
25.3.2.7 Rådgiverhabilitet .....	23
25.3.2.8 Nye avvisningsbestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv .....	23
25.3.3 «Særnorske» avvisningsgrunner.....	23

25.3.3.2 Leverandører som ikke har levert skatteattest og HMS-egenerklæring.....	23
25.3.3.3 Leverandører som har levert forespørsel om å delta i konkurransen i strid med reglene om kommunikasjon eller etter fristens utløp .....	24
25.3.4 Ny bestemmelse om avvisning ved tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten.....	24
25.4 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet.....	24
25.4.5 Tilbud som inneholder vesentlige avvik eller vesentlige forbehold .....	24
25.4.6 Tilbud med avvik mv. som medfører relativ bedømmelsestvil .....	25
25.4.9 Tilbud som ikke er signert, eller som for øvrig ikke kan anses bindende.....	25
25.4.10 Nye avvisningsgrunner .....	25
25.4.10.2 Ukorrekte og uakseptable tilbud.....	25
25.5 – 25.11 Diverse forhold som også reguleres i nytt anskaffelsesdirektiv; 2014/24/EU. ....	26
Kapittel 26 - Avlysning av konkurranse .....	26
Kapittel 27 - Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester.....	27
27.3 Helse- og sosialsektoren .....	27
27.3.2 Særtrekk ved helse- og sosialtjenester .....	27
27.4 Utvalgets vurderinger .....	27
27.4.1 Behovet for særregulering .....	27
27.4.2 Anvendelsesområdet.....	27
27.4.5 Særregler om brukervalg .....	28
27.4.6 Andre særregler .....	28
27.4.6.3 Endringer i en inngått kontrakt.....	28
27.4.7 Kontrakter som reserveres særlige organisasjoner .....	29
Kapittel 28 - Utvalgets alternative forslag til regler - et minimumsregelverk .....	29
28.4.4 Avslutning – forslag om prøveprosjekt .....	30
Kapittel 29 - Særlige direktivbestemmelser til forskriftens del I.....	31
Kapittel 30 - Anskaffelsesregelverket i en større sammenheng.....	31
30.2.10.2 Særlig om innsyn i tilbud og protokoller.....	31
Avsluttende kommentarer .....	32

## **Innledning**

Vi viser til departementets høringsbrev av 20.06.14 vedrørende nytt forenklet særnorsk regelverk for anskaffelser.

Det legges opp til at det skal gjøres betydelige endringer i både lov og forskrift. Bergen kommune har en rekke kommentarer til de foreslåtte endringene.

## **Generelle kommentarer**

Bergen kommune (BK) har som mange andre oppdragsgivere erfart at dagens regelverk er krevende, og at uforholdsmessig mange konkurranser blir avlyst eller ender opp i ressurskrevende klagesaker. Anskaffelsesområdet har de siste årene vært gjenstand for økende «rettsliggjøring». I forhold til enkelte bransjer er dette så påtagende at det i betydelig grad kan svekke fokuset på å gjøre gode anskaffelser. Regelverket er komplisert og det vil være mulig å påberope seg mindre feil i nesten alle konkurranser. Noen tilbydere er villige til å gå svært langt i sine forsøk på å få avlyst en konkurranse i håp om å få en ny sjanse.

Det brukes nå relativt store ressurser på små anskaffelser og det er helt nødvendig å få inn større fleksibilitet i det nasjonale regelverket, slik forenklingsutvalget nå foreslår.

I tillegg til å innføre nye prosedyre reformer samt gjøre endringer som direkte knytter seg til disse prosedyre reformene, baserer forslaget seg i stor grad på at regelverket gjøres mindre omfattende og at formålsbestemmelsene/de generelle prinsippene strammes opp, samtidig som de får en mer fremtredende rolle. Forskriftsbestemmelser som gav relativt god veiledning er nå fjernet eller omarbeidet og gjort mer «kompakte». Det er samtidig gjennomgående vist til at veiledning kan gis i en egen veileder.

BK synes generelt at forslaget går litt for langt i å komprimere regeltekstene. Det å fjerne regeltekst er ikke nødvendigvis en forenkling. Det er greit å finne klare holdepunkter for det man skal gjøre i regelverket, slik at en ikke i tillegg må forholde seg til en veileder. Vi har dessuten tidligere erfart at selv om ambisjonene er gode, blir veiledere i liten grad utformet, og oppdatert, i henhold til de intensjonene som foreligger.

På noen områder kan det fremstå som et sterkt signal å fjerne regler. De siste årene er det brukt mye ressurser på å ta samfunnsmessige hensyn ved offentlige anskaffelser. BK tror imidlertid at det er uheldig å gå så langt som utvalgets flertall foreslår på dette området. Det er imidlertid ikke tvilsomt at det bør foretas en opprydding og at enkelte områder er så kompliserte/tidkrevende for innkjøperne at det er mest hensiktsmessig at de tas ut av forskriften og ivaretas på annen måte.

Vi finner grunn til å påpeke at også anskaffelser under EU/EØS-terskelverdi kan ha grenseoverskridende interesse, med krav til anskaffelsesprosessen som følger av Norges

forpliktelser etter EØS-avtalen. Denne problemstillingen har hittil ikke vært aktuell, siden anskaffelsesforskriftens del II langt på vei har hatt de samme bestemmelsene som forskriftens del III. Dersom regelverket under EØS-terskelverdi nå endres vesentlig, aktualiseres imidlertid denne problemstillingen. Nytt regelverk må sikre at den fanges opp og løses på en hensiktsmessig måte.

I våre kommentarer nedenfor henviser vi til den nummereringen som benyttes i NOUen.

## **Kommentarer til de ulike forslagene**

### **Kapittel 9 - Formål**

Utvalget ser behov for å klargjøre formålet med anskaffelsesreglene og rendyrker anskaffelsesloven § 1 som formålsbestemmelse for anskaffelsesregelverket. *Flertallet* foreslår effektiv ressursbruk og konkurranse om offentlige kontrakter som todelt formål. *Mindretallet* foreslår at formålet skal være størst mulig samlet verdiskapning, basert på effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse, samtidig som oppdragsgiver opptrer med stor integritet og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte.

*BK støtter formuleringen til flertallet, men ønsker at bestemmelsen suppleres med en enkel formulering som også ivaretar at det offentlige skal opptre med integritet og at anskaffelsen skal skje på en samfunnstjenlig måte.*

Det er mange vanskelige vurderinger og skjønnspregede avgjørelser som skal tas i løpet av en anskaffelsesprosess og tillit til prosessen er derfor helt sentralt. I så måte er det viktig også å få fram «integritetshensynet» og dette med samfunnstjenlighet i formålsbestemmelsen. Vi viser også til våre synspunkter vedrørende samfunnshensyn i kommentarene til kapittel 11 nedenfor. Vi anser, som mindretallet, at samfunnstjenlighet i denne sammenheng oppfattes som et noe videre begrep enn det flertallet har lagt til grunn i sin vurdering.

### **Kapittel 10 - Grunnleggende prinsipper**

*Utvalget* ønsker å samle de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 5. Utvalgets *flertall* foreslår å rendyrke prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet. *Mindretallet* foreslår i tillegg at lovteksten uttrykkelig skal nevne prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Utvalget sier at forslaget ikke er ment å innebære en realitetsendring.

*BK er her enig med mindretallet.* Bestemmelsen som foreslås er i overkant «knapp». Det gjøres ingen realitetsendring og etter vår vurdering må man ha relativt gode kunnskaper for å lese alle elementene ut av den foreslåtte paragrafen. Mindretallets forslag gir flere holdepunkter for den forståelsen som skal legges til grunn. Prinsippene er, som utvalget fremhever, svært sentrale både som selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter - og som

momenter for tolkingen av enkeltbestemmelser. Bestemmelsen bør ikke utformes så knapp at forståelsen blir vanskelig tilgjengelig for de som skal bruke og forstå regelverket.

## **Kapittel 11 - Ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket**

*Utvalgets flertall* ønsker i hovedsak å fjerne alle bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn fra regelverket, ut fra det perspektivet at et forenklet regelverk bør fokusere på det anskaffelsesfaglige. *Utvalgets mindretall* mener at det ligger utenfor utvalgets mandat å vurdere disse reglene. I lys av flertallets forslag, velger likevel deler av mindretallet å fremme sitt syn om at disse bestemmelsene bør videreføres.

*BK deler i hovedsak mindretallets syn.* Som det fremgår av vårt hørings svar i tilknytning til utredningens kapittel 9 Formål, mener vi at regelverket også må ha et formål ut over det rent anskaffelsesfaglige; det har en betydning at det offentlige går foran i arbeidet for mer bærekraftig forbruk og for bruk av seriøse leverandører. Dette må reflekteres i anskaffelsesregelverket.

Det er videre i praksis ofte kun det som fremgår av lov og forskrift som blir vektlagt i anskaffelsesprosessene.

Når regelverket inntil nå har hatt slike bestemmelser, vil det å fjerne alle slike bestemmelser også i seg selv fremstå som et signal til innkjøperne og de anskaffende virksomhetene om at slike hensyn ikke lenger anses for å være av betydning for å kunne gjøre «det gode innkjøp».

BK er likevel enig med utvalget i at ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket generelt må holdes på et moderat nivå, slik at det kommersielle aspektet som bør være sentralt ved de fleste anskaffelser, ikke mistes av syne.

### **11.4.2/11.5.2 Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser**

*BK anbefaler at lovbestemmelsen videreføres, men begrenses til å omfatte universell utforming og miljømessige konsekvenser.*

Dette er hensyn som bør ivaretas helt fra planleggingsstadiet dersom de skal få en reell innflytelse på anskaffelsens innhold og innretning. Etter vårt syn vil det likevel ikke være naturlig å videreføre bestemmelsen om livssyklus-kostnader når dette nå er blitt et eget tildelingskriterium, jf. utredningens kapittel 21.

I den grad andre lover har bestemmelser av betydning for de forpliktelser denne lovbestemmelsen regulerer, bør anskaffelsesloven referere til disse lovbestemmelsene. Dette vil bl.a. gjelde diskriminerings- og tilgjengelighetsloven; denne lovens § 13 om offentlige virksomheters plikt til å «arbeide aktivt og målrettet for å fremme universell utforming innenfor virksomheten» er nok ukjent for de fleste innkjøpere.

Disse temaene bør reguleres kun i loven. Dette vil tydeliggjøre bestemmelsens overordnede rolle for alle anskaffelser som omfattes av anskaffelsesregelverket. De nåværende bestemmelsene om de samme temaene i forskriften bør derfor tas ut. Dette gjelder bl.a. § 3-1 (8) og § 8-3 (1).

#### **11.4.3/11.5.3 Dokumentasjonskrav: Plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring**

*BK mener at plikten til å kreve fremlagt HMS-egenerklæring bør oppheves nå.* Innføring av plikt til å levere HMS-egenerklæring i en rekke anskaffelser var et fornuftig tiltak i sin tid. Nå tror vi likevel at tiden har løpt fra denne erklæringen. Den seriøse delen av næringslivet har nå fått høynet sin bevissthet om overholdelse av det regelverket som omtales i HMS-egenerklæringen, og erklæringen fremstår ikke lenger som nødvendig overfor disse virksomhetene. Samtidig er en slik erklæring ikke et egnet virkemiddel for å utelukke den mindre seriøse delen av næringslivet.

*BK ser annerledes på kravet om skatteattester; plikten til å kreve slike attester fremlagt, bør videreføres.* Det offentlige er avhengig av skatteinntektene fra næringslivet for å kunne levere tjenester til befolkningen. Derfor, og fordi det offentlige bør gå foran i arbeidet med å legge til rette for et seriøst arbeidsliv, bør det unngås at offentlige virksomheter inngår avtaler med leverandører som ikke betaler skatter og avgifter.

Selv om det, slik flertallet i utvalget poengterer, nok må erkjennes at disse attestene ikke alltid vil kunne forhindre at det inngås avtaler med leverandører som kun har «rent mel i posen», er det hevet over enhver tvil at kravet om slike attester er egnet til å sile ut mange av de virksomhetene som i mange henseende driver på kant med lover og regler som regulerer næringslivets virksomhet.

Kemneren i Bergen rapporterer også om flere tilfeller av at leverandører betaler sin skatt for deretter å be om skatteattest, øyensynlig for å kunne delta i konkurranser om offentlige oppdrag.

At det er forholdsvis uvanlig å få tilbud fra leverandører med store skatterestanser, viser også at kravet om attester bidrar til at leverandører som ikke betaler pålagte skatter og avgifter, i stor grad holder seg unna markedet for offentlige anskaffelser.

Kravet om skatteattester kan ikke anses for å være særlig byrdefullt verken for oppdragsgiver eller for leverandørene. Skatteetaten jobber i disse dager med en elektronisk løsning for skatteattester. Dette vil ytterligere forenkle innhenting av slike attester.

#### **11.4.4/11.5.4 Kontraktsvilkår: Lærlingeklausul, antikontraktørklausul og klausul om lønns- og arbeidsvilkår**

##### **11.4.4.1/11.5.4.1 Lærlingeklausul**

*BK mener at det kan ha en god veiledende effekt å beholde en bestemmelse om lærlingeklausul i forskriften, og anbefaler at departementet ser nærmere på det arbeidet NHO har lagt frem på dette området sommeren 2014.*

Bruk av lærlingeklausul i offentlige kontrakter er et virkemiddel for å fremskaffe flere lærlingeplasser. Det er enighet mellom partene i arbeidslivet, herunder KS, om å arbeide for å fremskaffe flere lærlingeplasser i fag hvor dette er et behov. Bruk av lærlingeklausul er ett av flere virkemidler for å oppnå dette målet.

Bestemmelsen om lærlingeklausul er fakultativ (valgfri å bruke) og det kan derfor utvilsomt argumenteres for å ta den ut av regelverket. Vi er imidlertid redd for at de effektene av å fjerne eksisterende bestemmelser som vi har omtalt innledningsvis under dette kapittelet, da vil inntre.

Bruk av lærlingeklausul kan også være sensitivt i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. For de som velger å anvende en slik klausul i konkurranser med grenseoverskridende interesse, er det derfor viktig å passe på at det ikke stilles opp vilkår som er uforenlige med EØS-avtalens bestemmelser og det øvrige EØS-relevante regelverket. En bestemmelse om lærlingeklausul i forskriften vil derfor gi god veiledning i rammene for en slik klausul.

Vi må samtidig påpeke en uklarhet i både gjeldende bestemmelse og i NHOs utkast til revidert bestemmelse. I bestemmelsen benyttes begrepet «bransje». Dette er et begrep med uklart innhold og vi kan ikke se at det er nærmere definert i regelverksforarbeider eller etterarbeider. Det vil derfor være hensiktsmessig å erstatte dette begrepet med et begrep som kan presisere bestemmelsens vilkår og rekkevidde, relatert til bestemmelsens formål om å fremskaffe flere lærlingeplasser.

Departementet bør også vurdere nærmere se på om forskriftens del I er den rette plasseringen for denne bestemmelsen, særlig dersom bestemmelsens innhold endres til å omfatte krav om bruk av lærlinger ved utførelsen av det oppdraget hvor det er stilt krav om lærlingeklausul.

#### **11.4.4.2/11.5.4.2 Antikontraktørklausul**

*BK vil anbefale at forskriften fortsatt skal ha en antikontraktørbestemmelse.*

Også denne bestemmelsen er fakultativ. Som for lærlingeklausulen, er vi redd for at de effektene vi har omtalt innledningsvis, vil kunne inntre dersom denne bestemmelsen fjernes. Bestemmelsen har en funksjon i arbeidet for et ordnet arbeidsliv, hittil særlig innen bygge- og anleggsbransjen, men etter hvert i stadig flere bransjer.

#### **11.4.4.3/11.5.4.3 Klausul om lønns- og arbeidsvilkår**

*BK ser at formålet med slike klausuler er godt, men mener likevel at en bør vurdere å ta bort bestemmelsen under EU/EØS-terskelverdien dersom det ikke opprettes et sentralisert, kompetent organ for oppfølging av kontraktklausulen.*

Dette er det hensynet av ikke-innkjøpsfaglig karakter som sist er tatt inn i regelverket. Disse bestemmelsene, samt bestemmelsene om allmengjøring, synes nå å bli stadig mer sentrale virkemidler i arbeidet for å demme opp for et raskt økende problem med sosial dumping. Med en terskelverdi lik EU/EØS-terskelverdien for varer og tjenester, er det bare i bygge- og



anleggskontrakter at klausulen kommer til obligatorisk anvendelse for anskaffelser etter forskriftens del II.

Dette er samtidig den bestemmelsen blant bestemmelsene om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som det er mest krevende for oppdragsgiver å følge opp i henhold til bestemmelsens intensjon og ordlyd.

Bestemmelsen har to søyler; kontraktsvilkår og kontroll. Det å stille kontraktsvilkår er en overkommelig oppgave, og her har også Difi gitt god veiledning. Det er imidlertid få offentlige oppdragsgivere som er i stand til å overholde kontrollkravet på en forsvarlig måte på egen hånd.

BK har hele tiden ment -og mener fortsatt- at kontrollansvaret i tilknytning til klausulen om lønns- og arbeidsvilkår må legges til et kompetent statlig organ, for eksempel Arbeidstilsynet. At Arbeidstilsynet i stedet har fått i oppgave å overvåke at oppdragsgiverne overholder sitt kontrollansvar, er det motsatte av forenkling!

Det er vårt inntrykk at klausulen om lønns- og arbeidsvilkår fortsatt langt på vei er en «papirbestemmelse» som bare i begrenset grad følges opp av oppdragsgiverne. Uten et sentralisert, kompetent organ for oppfølging av kontraktklausulen, bør en derfor vurdere å ta bort bestemmelsen under EU/EØS-terskelverdien.

Hvis departementet konkluderer med å beholde klausulens innhold som nå og den nasjonale terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter heves til over EU/EØS-terskelverdien for varer og tjenester, jf. drøftelsen om dette i utredningens kapittel 13, må terskelverdien for denne klausulens virkeområde for bygge- og anleggskontrakter heves opp til samme nivå som den nye nasjonale terskelverdien.

## **Kapittel 12 - Unntak**

### ***12.2 Kontrakter med anslått verdi under 100.000 kroner***

*Utvalgets flertall* foreslår at kontrakter under 100.000 kroner skal unntas fra regelverket, mens *mindretallet* ikke vil ha et unntak for de minste anskaffelsene.

*BK støtter flertallets forslag og vurdering på dette punktet.* Mange av de som gjennomfører de minste anskaffelsene, gjør dette sjeldent. Selv om vi har utarbeidet enkle veiledninger for mindre anskaffelser, har vi inntrykk av at mange likevel bruker uforholdsmessig mye tid på å sette seg inn i reglene og på selve gjennomføringen av disse minste anskaffelsene.

### ***12.3 Unntak fra anskaffelsesregelverket***

*Utvalget* foreslår en opprydding i reglene om unntak fra anskaffelsesregelverket og mener at en spesifisering av hvilke kontrakter som fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket skal plasseres i loven, og ikke i forskriften. De foreslår at tilnærmet alle kontrakter som er unntatt i nytt anskaffelsesdirektiv skal unntas fra det norske anskaffelsesregelverket.

*BK er enige i de vurderinger utvalget gjør i forhold til unntak fra direktivets anvendelsesområde, jf. NOUen, pkt. 12.3.2. Vi mener det er viktig at det ryddes opp i forhold til plassering av unntakene, slik at de kontrakter som skal unntas regelverket plasseres i loven, iht. det system som anskaffelsesregelverket baserer seg på.*

*Utvalget foreslår videre at selv om det i nytt anskaffelsesdirektiv ikke er en konkret bestemmelse om at kontrakter om utøvelse av offentlig myndighet skal unntas fra regelverket, bør det legges inn et unntak i anskaffelsesloven som henviser til EØS-avtalen artikkel 32 og 39.*

*BK er enige i at bestemmelsen i dagens regelverk bør videreføres, og at den bør flyttes over i anskaffelsesloven. Det er lett å glemme dette unntaket dersom henvisningen tas vekk.*

*BK ønsker at det gjøres avklaringer i forhold til utbyggingsavtaler, og er enig i den oppfordringen som utvalget gir til departementet.*

#### **12.4 Unntak for detaljerte prosedyreregler for visse kontrakter**

##### **12.4.2 Kontrakter om helse- og sosialtjenester som tildeles en ideell organisasjon**

*Utvalgets flertall mener det ikke er grunnlag for å videreføre gjeldende unntaksbestemmelse over EU/EØS terskelverdien på ca. 6 millioner kroner. De foreslår at unntaket heller ikke videreføres under nevnte terskelverdi. Mindretallet er av motsatt oppfatning, og vil videreføre unntaket både over og under EU/EØS terskelverdi.*

*BK er enig med flertallet når de ikke foreslår å videreføre unntaket og viser til deres begrunnelse. Det vises i denne sammenheng også til utredningen fra professor Fredrik Sejersted datert 2. juni 2014 som konkluderer med at dagens unntaksordning ikke kan videreføres.*

Med henvisning til den diskusjon dette temaet har reist bør departementet også vurdere om det eventuelt er andre alternative løsninger som kan være aktuelle for de ideelle organisasjonene, jf. bl.a. ovennevnte utredning.

##### **12.4.4 Kontrakter om helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere**

*Utvalget stiller seg tvilende til om det unntaket som er foreslått av departementet vil kunne opprettholdes i forbindelse med gjennomføringen av nytt anskaffelsesdirektiv for anskaffelser over EU/EØS terskelverdien på 6 millioner.*

*BK mener at det ville vært best å inkludert et unntak fra anskaffelsesregelverket for helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere, men ser at en slik mulighet trolig ikke foreligger.*

*BK er enig med utvalget i at lovgiver må løse konflikten mellom anskaffelsesregelverket og taushetspliktreglene.*

##### **12.5 Unntak fra detaljerte prosedyreregler i særlige situasjoner**

*Utvalget foreslår å videreføre unntaksreglene i gjeldende forskrift § 2-1, annet ledd (bare én leverandør, usedvanlig gunstig tilbud m.m.) med enkelte justeringer og presiseringer. Det*

foreslås også å innføre en unntaksregel der dekningskjøp er nødvendig fordi en konkurranse må avlyses, eller fordi det har oppstått en tvist som forsinker kontraktinngåelsen.

*BK er enig med utvalget. Vi vil tilføye at vår erfaring tilsier at den nye regelen om dekningskjøp vil bli et praktisk unntak, selv om bestemmelsen vil få et begrenset virkeområde.*

## **Kapittel 13 - Terskelverdier**

### **13.6.1 Nasjonal terskelverdi for varer og tjenester**

*Utvalgets flertall* foreslår å beholde den nasjonale terskelverdien for varer og tjenester uforandret på 500.000 kroner. *Mindretallet* foreslår en heving til 600.000 kroner. BKs erfaring er at det er meget få anskaffelser som ligger i intervallet mellom 500.000 kroner og 600.000 kroner.

*I lys av usikkerheten knyttet til konsekvensene av de andre foreslåtte regelverksendringene og forventet reduksjon av transaksjonskostnadene, mener BK at det fremstår som mest hensiktsmessig å beholde den nasjonale terskelverdien uforandret på 500.000 kroner. Det vil imidlertid i fremtiden kunne være hensiktsmessig å inflasjonsjustere terskelverdien med jevne mellomrom.*

### **13.6.2 Egen terskelverdi for bygge- og anleggskontrakter**

*Utvalgets flertall* foreslår å benytte den nasjonale terskelverdien på 500.000 kroner også for bygge- og anleggsanskaffelser. Man begrunner dette blant annet med at man bør ha så få terskelverdier som mulig, og at differensierte terskelverdier vil kreve kompliserte grensedragninger mellom bygge- og anleggsarbeider og tjenester. *Mindretallet* foreslår en nasjonal terskelverdi på samme nivå som Danmark, som ligger på ca. 3 millioner kroner.

*BK slutter seg til mindretallets forslag. Vi er generelt enig i at antallet terskelverdier bør begrenses, men påpeker at kommunene i dag må forholde seg til differensierte terskelverdier, for eksempel for delkontrakter innen bygg og anlegg, hvor anskaffelsesforskriftens § 2-2 (3) oppstiller terskelverdier på hhv. 8 millioner kroner og 600.000 kroner, dersom den samlede verdien av delkontraktene ikke overstiger 20 % av samtlige delkontrakters sammenlagte verdi. Også aktivitetsområder nevnt i forsyningsforskriften, for eksempel vannforsyning eller havnevirksomhet, har i dag differensierte terskelverdier.*

BK har erfart at anskaffelse av mindre byggetiltak, for eksempel i forbindelse med vedlikehold og mindre ombygging, er ressurs- og tidkrevende for oppdragsgiver. Dette kan ha vært en medvirkende årsak til kommunens vedlikeholdsetterslep. *For å sikre at slike tiltak skal kunne komme i gang raskere og kreve mindre ressurser, foreslår BK at man hever den nasjonale terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter. Også denne terskelverdien bør være gjenstand for justering.*

### **13.6.3 Terskelverdi for kontrakter om særlige tjenester**

*Flertallet i utvalget foreslår at den nasjonale terskelverdien på 500.000 kroner også skal gjelde for de særlige tjenestene. Mindretallet foreslår en egen nasjonal terskelverdi på 3 millioner kroner for kontrakter om særlige tjenester.*

*Med utgangspunkt i et ønske om å begrense antallet terskelverdier til det nødvendige, slutter BK seg til flertallet i utvalget.*

### **13.6.4 Forenklet kunngjøringsplikt for kontrakter under 500.000**

*Utvalgets flertall ønsker ikke å foreslå en plikt til forenklet kunngjøring for kontrakter med verdi under 500.000 kroner. Mindretallet foreslår en forenklet kunngjøringsplikt for anskaffelser over 100.000 kroner.*

*BK slutter seg til utvalgets flertall. Vi har erfart at ressursbruken ved kunngjøring av anskaffelser mellom 100.000 kroner og 500.000 kroner ofte ikke står i forhold til anskaffelsens begrensede verdi.*

## **Kapittel 14 - Skriftlighetskrav**

### **14.2.2 Utvalgets vurderinger**

*Utvalgets forslag innebærer at alle vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosesser med verdi over 100.000 kroner, skal nedtegnes skriftlig. Man foreslår videre å fjerne plikten til å føre egen anskaffelsesprotokoll ved anskaffelser over 100.000 kroner. Anskaffelser under denne grensen anbefaler utvalgets flertall unntatt fra regelverket.*

### **14.3.2 Utvalgets vurderinger med hensyn til protokollplikten**

*BK slutter seg til flertallet i utvalget, og støtter fjerning av oppdragsgivers plikt til å føre anskaffelsesprotokoll.*

Vi viser til KOFA-sak 2004/307, der det ble akseptert av KOFA at begrunnelsen for valg av leverandør fremgikk av et vedlegg, og ikke av selve anskaffelsesprotokollen. Når det er adgang til å dokumentere prosessen gjennom vedlegg til anskaffelsesprotokollen, åpner man i praksis for en anskaffelsesprotokoll uten eget innhold. Vesentlige forhold og viktige beslutninger kan fremgå av egne dokumenter, og protokollen viser bare til disse. Kravet til etterprøvbarehet vil kunne bli ivaretatt fullt ut uten en obligatorisk anskaffelsesprotokoll.

Vi viser videre til norske myndigheters plikt til å etablere elektroniske løsninger til oppfyllelse av direktivets krav, som vil inntre senest 18. oktober 2018, jf. kapittel 18.3.3. Slike elektroniske løsninger, som Bergen kommune har hatt i bruk i flere år, genererer automatisk en logg av alle aktiviteter i en konkurranse. Dette gjør en anskaffelsesprotokoll unødvendig. I mellomtiden vil skriftlighetskravet i regelverket være dekkende for å sikre at vesentlige beslutninger og forhold blir dokumentert.

## **Kapittel 15 - Kontrakt**

### **15.2.2 Bruk av kontraktstandarder**

*Utvalgets flertall* ser ikke behov for å regulere bruk av kontraktstandarder i anskaffelsesforskriften, blant annet fordi dagens regel er uforpliktende. *Mindretallet* ønsker å beholde dagens regel. Dette skal sikre risikobalanserte kontrakter.

*BK kommune slutter seg til utvalgets flertall, som ikke ser behov for å regulere bruk av kontraktstandarder i anskaffelsesforskriften.*

Formålet med denne bestemmelsen var bl.a. å sikre risikobalanserte kontrakter for begge parter. BK bruker balanserte kontrakter, ofte i form av kontraktstandarder der disse finnes, og der bestemmelsene i kontrakten er anvendelige for kontraktens gjenstand. Vi påpeker at det finnes andre risikobalanserte kontrakter enn standardkontraktene. Vi nevner også at offentlige oppdragsgivere som kunngjør ubalanserte kontrakter, risikerer liten eller ingen deltakelse i konkurransen. Dette forutsetter imidlertid at leverandørene ikke gir tilbud på kontrakter som de oppfatter som ubalanserte.

### **15.2.3 Kontraktsvilkår**

*Både flertallet og mindretallet* i utvalget foreslår at bestemmelsen om kontraktsvilkår som ivaretar sosiale hensyn skal plasseres i forskriftens del I, dog med forskjellig begrunnelse. *Flertallet* mener at bestemmelsen er overflødig, men påkrevd gjennom EU-direktivets artikkel 26, som skal gjennomføres i norsk rett. *Mindretallet* mener at oppdragsgiver gjennom en regel i forskriften bør gjøres oppmerksom på at kontraktsvilkår som ivaretar sosiale hensyn, kan oppstilles.

*BK slutter seg til utvalgets forslag. BK slutter seg til mindretallets argumentasjon, og anfører at det generelt er lite brukervennlig, og potensielt konfliktskapende, å måtte avlede den konkrete utformingen av kontraktsvilkårene kun av de overordnede og svært generelle anskaffelsesfaglige prinsippene. Det vil være enklere for innkjøpere å forholde seg til mer eksplisitte regler.*

## **Kapitel 16 - Anskaffelsesprosedyrer**

### **16.3 Utvalgets vurderinger**

*Utvalgets flertall* ønsker å gjøre forhandlinger til en mulig og valgfri del av alle konkurranser, og foreslår å innføre to nye prosedyreformer; åpen og begrenset tilbudskonkurranse. Flertallet vil likevel ikke nekte oppdragsgiver å fraskrive seg retten til å forhandle. Siden forhandlingsbegrepet utvides til å omfatte all dialog med leverandørene, også det som hittil har blitt ansett for å være avklaringer, vil det å fraskrive seg retten til å forhandle i en konkurranse, innebære at oppdragsgiver frasier seg retten til enhver dialog med leverandørene som har levert tilbud i konkurransen.

*Flertallet* beskriver også et sett med nokså liberale regler for gjennomføring av forhandlingene, herunder opphevelse av dagens bestemmelse om hvor mange det minst må forhandles med.

*Utvalgets mindretall* ønsker å beholde åpen og begrenset anbudskonkurranse, men vil endre forhandlet konkurranse til forhandlet konkurranse med rett til ikke å forhandle.

*BK mener at flertallets løsning bør velges her. Vi ønsker samtidig at det tas inn en bestemmelse i forskriften som gjør det klart at oppdragsgiver har anledning til å fraskrive seg retten til å forhandle allerede i forbindelse med utlysning av konkurransen.*

BK ser positivt på flertallets utkast til en prosedyre som skal gi oppdragsgiver en større fleksibilitet i anskaffelsesprosessen fra tilbudene har kommet inn og frem til inngåelse av kontrakt. Vi finner det likevel nødvendig å påpeke at forhandlinger er ressurs- og kompetansekrevene prosesser, hvor det er lett å trå feil i forhold til kravene til likebehandling og gjennomsiktighet/etterprøvbarhet. Det er også vår erfaring at anbudskonkurranse-formatet ofte kan være hensiktsmessig for å redusere antallet «angrepspunkter» for leverandørene, slik at mindre tid går med til å håndtere konflikter med leverandører som ikke tildeles kontrakt.

Vi har også erfaring med at anbudskonkurranse (konkurranse uten forhandlinger) kan være et hensiktsmessig og tidsbesparende format for mange anskaffelser av «hyllerevarer». Videre har vi i flere anskaffelser erfart at anbudskonkurranse har vært nødvendig for å skape tillit til anskaffelsesprosessen i markeder som har dårlig erfaring med hvordan tidligere forhandlede prosedyrer har blitt gjennomført.

Slik utkastet til ny § 5-20 om forhandlinger er utformet, kommer det ikke klart frem at oppdragsgiver allerede i forbindelse med utlysningen av konkurransen kan fraskrive seg retten til å forhandle. Etter BKs syn bør dette komme klart frem av bestemmelsen, eventuelt begrenset til konkurranser hvor tildelingskriteriet kun er laveste pris.

#### **Om forslaget om at alle tilbud i forhandlingene skal være bindende**

*Utvalgets flertall* er av den oppfatning at levering av et revidert tilbud i en forhandlingsprosess ikke skal innebære at det opprinnelige tilbudet ikke lenger er bindende. Alle tilbud fra en leverandør skal altså være bindende.

Dette prinsippet bryter med den rådende forståelsen av konsekvensen av innlevering av et revidert tilbud. *Dersom flertallets forståelse på dette punktet skal legges til grunn for fremtiden, mener BK at dette bør gjenspeiles i en bestemmelse i anskaffelsesforskriften.*

#### **Om forslag om bestemmelse om leverandørers rett til å bli fristilt fra sine tilbud**

*Utvalgets flertall* har foreslått å innføre en regel som gir leverandørene som ikke inviteres til forhandling mulighet til å frigjøre seg fra sitt tilbud, dersom de ønsker det.

*BK ser at hensynet til leverandørenes ressursbruk kan tilsi at en slik bestemmelse bør innføres, men mener at den foreslåtte bestemmelsen har blitt for vid.*

Flertallets forslag til hvordan forhandlinger skal kunne gjennomføres, åpner opp for at forhandlinger i en og samme anskaffelse kan ha ulike formål. Et mulig scenario er at oppdragsgiver først gjennomfører en runde med «avklaringsforhandlinger» for deretter å gjennomføre en runde med «ordinære» forhandlinger for å forbedre de beste tilbudene med hensyn på pris og eventuelt andre vilkår.

Det kan da oppstå en situasjon der en leverandør som har levert et tilbud uten behov for avklaringer, vil bli satt «på vent» i første omgang. Først etter «avklaringsforhandlingene» blir det klart at denne leverandøren har levert et av de beste tilbudene, som oppdragsgiver hadde ønsket å trekke inn i de avsluttende «ordinære» forhandlingene. En risikerer da at denne leverandøren ber om å bli frigjort fra sitt tilbud, på grunnlag av at han ikke ble omfattet av de første forhandlingene. Da kan den foreslåtte bestemmelsen ha ført til at oppdragsgiver har måttet gi slipp på det som kanskje kunne ha blitt det beste tilbudet i konkurransen.

*Etter BKs syn må regelen om frigjøring fra tilbud strammes inn, slik at slike situasjoner som vi her har beskrevet, kan unngås. Vi overlater til departementet å vurdere hvordan dette skal gjøres.*

### **16.3.3 Øvrige prosedyrer: Konkurranspreget dialog og innovasjonspartnerskap**

Vi har merket oss at utvalget ikke ønsker å innføre særlige bestemmelser om konkurranspreget dialog og innovasjonspartnerskap i anskaffelsesforskriftens del II. Vi har ingen innvendinger mot dette, men forutsetter at det i en revidert veileder til forskriften gis god veiledning om hvordan formålet med disse konkurranse- og kontraktsformene kan oppnås innenfor rammene av konkurranseprosedurene i forskriftens del II.

## **Kapittel 17 - Utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser**

### **17.2 Utvelgelse når det settes en grense for antallet leverandører**

Utvalget har her foreslått å videreføre gjeldende regler stort sett uendret, men foreslår å sløyfe gjeldende bestemmelse om hvor mange leverandører som må inviteres. Samtidig presiserer utvalget at kravet om at det skal inviteres et antall som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse, står fast, og må utledes av den foreslåtte formålsbestemmelsen i lovens § 1.

*BK har ingen kommentarer til at det konkrete minimumsantallet – minst tre leverandører – fjernes fra bestemmelsen, men vil anbefale at kravet om å invitere tilstrekkelig mange leverandører fortsatt skal fremgå direkte av forskriften.*

Som tidligere anført stiller vi oss noe tvilende til utvalgets presumsjon om at enhver som anvender loven og forskriften, intuitivt vil forstå hvordan innholdet i lovens §§ 1 og 5 innvirker på de ulike fasene i anskaffelsesprosessen. Vi mener derfor at en bestemmelse som beskrevet i avsnittet over, vil være lettere å forstå for oppdragsgiver.

## **Kapittel 18 - Kommunikasjon og elektrisk verktøy**

Et viktig bidrag til forenkling og effektivisering av offentlige anskaffelsesprosesser er å legge til rette for digitalisering. Dette innebærer at alle faser understøttes av elektroniske løsninger – fra oppdragsgivers arbeid med å definere anskaffelsesbehovet og planlegge anskaffelsen, via konkurransegjennomføring og inngåelse av kontrakt, til kontraktsoppfølging og betaling for leverandørens ytelser. Dette vil kunne lede til betydelige ressursbesparelser for både oppdragsgivere og leverandører.

### **18.3 Regler om elektronisk kommunikasjon**

I nytt anskaffelsesdirektiv artikkel 22 er det gitt nye regler om kommunikasjon som skal være gjennomført i norsk rett innen 18. oktober 2018.

En gjennomføring av direktivets krav innebærer at det i norsk rett blir etablert fellesskapsløsninger som sørger for at elektronisk kommunikasjon blir den alminnelige kommunikasjonsformen ved offentlige anskaffelser.

*Bergen kommune har lang og positiv erfaring med elektronisk kommunikasjon i anskaffelsesprosesser, og slutter seg fullt ut til utvalgets innstilling.*

#### **18.3.4 Utvalgets vurderinger av hvilke regler som skal gjelde frem til nye regler om elektronisk kommunikasjon er gjennomført**

*Utvalgets flertall foreslår at oppdragsgiver skal kunne bestemme at tilbudene skal leveres via e-post, selv om de ser at en løsning med levering via e-post har sine svakheter. Løsningen mangler blant annet sikkerhet for at avsender er den han utgir seg for å være (autentisering), og innholdet sikres ikke informasjonsintegritet eller konfidensialitet, verken i overføring eller ved mottak i oppdragsgivers e-postløsning.*

*Mindretallet peker på at den mangelfulle informasjonssikkerheten ved bruk av ordinær e-post potensielt kan medføre høyere transaksjonskostnader og nye administrative byrder for både oppdragsgivere og leverandører. Ved å tillate e-post som kommunikasjonsform introduseres en ny risiko for at tilbud må avvises på grunn av «kluss» med e-posten. Dette kan skape usikkerhet både hos oppdragsgiver og leverandører. Mindretallet peker dessuten på at det vil være uheldig å ha forskjellige ordninger for kommunikasjon henholdsvis over og under EU/EØS-terskelverdiene. Mindretallet er derfor av den oppfatning at de uheldige sikkerhetsaspektene ved bruk av e-post overskygger de eventuelle forenklinger et slikt tiltak vil kunne medføre.*

*Bergen kommune bruker elektronisk konkurransegjennomføringsverktøy i mange anskaffelser, bl.a. for å ivareta nødvendige sikkerhetsaspekter. E-postforsendelse er ikke et akseptabelt alternativ, og Bergen kommune slutter seg fullt ut til mindretallets forslag, med begrunnelser.*

#### **18.4.4 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget**

*Utvalget ønsker at hovedregelen om at oppdragsgivere skal gi leverandørene gratis, ubegrenset og direkte elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene, også skal gjelde under*



EU/EØS-terskelverdiene samtidig med at denne ordningen innføres over terskelverdiene. Utvalget overlater til departementet å utforme bestemmelsen i del III.

*Bergen kommune slutter seg til utvalgets innstilling vedrørende elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget.*

## **Kapittel 19 - Konkurransegrunnlag**

Utvalgets forslag angående konkurransegrunnlaget blir omtalt nærmere lengre nedenfor i dette kapitlet. Innledningsvis vil Bergen kommune påpeke at utvalget ikke har tatt stilling til nødvendigheten av å utarbeide både et konkurransegrunnlag og en kunngjøringstekst, til tross for at disse to dokumentene ofte er overlappende.

*Bergen kommune foreslår at kunngjøring og konkurransegrunnlag slås sammen til ett dokument.*

I dag utarbeider offentlige oppdragsgivere vanligvis konkurransegrunnlag når en konkurranse blir kunngjort, også i de få tilfellene der det ikke foreligger plikt til å gjøre det. Spesielt med tanke på fremtidig elektronisk format og funksjonalitet kan man imidlertid spørre om det er nødvendig å utarbeide to dokumenter – konkurransegrunnlag og kunngjøring, når disse overlapper innholdsmessig på mange punkt. Vi foreslår derfor at kunngjøringsformatet, spesielt når man legger til rette for elektronisk konkurransegjennomføring, utformes slik at kunngjøringen kan inneholde all informasjon fra konkurransegrunnlaget, i tillegg til dagens innhold i kunngjøringen. I to-trinns-prosesser og ved bruk av forhåndskunngjøring kan dette gjennomføres ved at dokumentet ved kunngjøring kun inneholder nødvendig informasjon for den første fasen, mens det blir supplert med ytterligere informasjon og eventuelle bilag når det inviteres til konkurranse.

Ett konkurransedokument i stedet for dagens kunngjøringstekst og kvalifikasjons-/konkurransegrunnlag vil kunne spare oppdragsgivere for å måtte beskrive kontraktens omfang, verdi, anskaffelsesprosedyre, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og andre opplysninger i to, eventuelt tre adskilte dokumenter. Også for leverandørene vil det fremstå som en forenkling at alle relevante opplysninger er samlet i ett dokument.

### **19.2 Plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag**

*Utvalget foreslår en generell plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag ved anskaffelser over nasjonal terskelverdi (i dag på 500.000 kroner).*

*Bergen kommune viser til sitt forslag om å sammenfatte kunngjøring og kvalifikasjons-/konkurransegrunnlag til ett dokument, og støtter for øvrig utvalgets forslag om plikt til å utarbeide konkurransegrunnlag ved anskaffelser over nasjonal terskelverdi.*

### **19.3 Konkurransegrunnlagets innhold**

*Utvalget foreslår å erstatte de eksplisitte reglene for konkurransegrunnlagets innhold i forskriftens § 8-1 (1) med et mindre eksplisitt krav om innholdet i dokumentet. Dokumentet*

skal inneholde en beskrivelse av anskaffelsen, gjeldende kontraktsvilkår og en opplysning om hvilke prosedyreregler som gjelder for anskaffelsen. Forslaget innebærer at man ikke lenger eksplisitt krever opplysninger om eventuell deling av kontrakt, opplisting av tildelingskriterier, krav til utforming av tilbud, tilbudsfrist, adgang til alternative tilbud, krav til opplysninger om underentrepriser, samt muligheten til å ta forbehold.

Det følger imidlertid av de generelle kravene til gjennomsiktighet og forutberegnelighet at slike opplysninger må gis i konkurransegrunnlaget.

*Bergen kommune mener at det er mer hensiktsmessig med en eksplisitt opplisting av kravene til innhold i konkurransegrunnlaget, fordi dette vil gjøre regelverket tydeligere både for oppdragsgiver og leverandør.*

#### **19.5 Endringer i konkurransegrunnlaget i perioden mellom kunngjøring og kontraktsinngåelse**

*Utvalget foreslår å innføre en regel om at oppdragsgiver til enhver tid skal kunne gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, både før og etter tilbudsfristens utløp.*

*Bergen kommune støtter dette forslaget.*

#### **Forslag om å begrense oppdragsgivers ansvar for feil i konkurransedokumentene**

Bergen kommune har erfart at enkelte leverandører har vært oppmerksom på feil i konkurransedokumentene før tilbudsfristens utløp, uten å påpeke slike feil for oppdragsgiver før fristutløp. Når kontrakt så ble tildelt til en konkurrent, har man påklaget tildelingen.

Slike feil er ofte av en art som gjør at man ikke lenger kan reparere disse etter tilbudsfristens utløp. Når de påklages senere, må oppdragsgiver avlyse konkurransen og kunngjøre ny konkurranse.

Bergen kommune er generelt innforstått med at det er oppdragsgiver som har ansvar for feil i konkurransegrunnlaget. Vi ser også at de endringer som nå kommer vil redusere omfanget av denne type avlysinger. *Likevel mener vi at det bør vurderes å begrense ansvaret i situasjoner der leverandører har vært oppmerksomme på feilen før tilbudsfristens utløp.*

*Bergen kommune ville ansett det som hensiktsmessig at departementet foretok en nærmere vurdering av denne problemstillingen, samt eventuelle tiltak, eksempelvis en preklusiv frist for å påpeke feil i konkurransegrunnlaget.*

## **Kapittel 20 - Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon**

### **20.2 Kvalifikasjonskrav**

*Utvalget foreslår at dagens regler i hovedtrekk videreføres, men med noen endringer, herunder at begrepet «kvalifikasjonsgrunnlag» ikke videreføres og at regelen om at*

oppdragsgiver skal ha plikt til å angi kvalifikasjonskravene «i hovedtrekk» i kunngjøringen, strykes.

*BK støtter ikke det første av disse endringsforslagene. Det andre endringsforslaget er etter vårt syn en fornuftig forenkling.*

Vår erfaring er at begrepet «kvalifikasjonsgrunnlag» er et funksjonelt og godt begrep for det dokumentet som utleveres til interesserte leverandører i tilknytning til første fase av en begrenset konkurranseprosess. Å fjerne dette begrepet fra regelverket vil derfor kunne føre til tap av nyttig terminologi, noe som etter vårt syn vil kunne innebære det motsatte av forenkling.

Derimot vil det etter vårt syn være en klar forenkling å fjerne kravet om at oppdragsgiver skal ha plikt til å angi kvalifikasjonskravene «i hovedtrekk» i kunngjøringen. Det brukes i dag uforholdsmessig mye tid på å hente ut tekst om kvalifikasjonskrav fra konkurransegrunnlag eller kvalifikasjonsgrunnlag, for deretter å legge teksten inn i kunngjøringene. Vi viser her også til våre kommentarer under kapittel 19 om en mulig sammenslåing av konkurransegrunnlag og kunngjøring.

### **20.3 Dokumentasjon**

*Under dette punktet foreslår utvalget , etter inspirasjon fra det nye direktivet om anskaffelser i «klassisk sektor», å innføre en omfattende mulighet til å erstatte konkret dokumentasjon med egenerklæringer som foreløpig bevis. Dette foreslås dels som en rettighet for leverandørene og dels som en mulighet for oppdragsgiver.*

*BK støtter dette forslaget.*

Vi har under kapittel 11 anbefalt at det fortsatt skal stilles krav om skatteattester. Dersom skatteattester i første omgang kan erstattes med en egenerklæring, må departementet se på om det er nødvendig å avklare i forskriften hvor gamle attestene kan være. De sentrale spørsmålene er her etter vårt syn *om* det skal stilles krav om en maksimal alder for attestene og om den maksimale alderen i så fall skal beregnes ut fra tilbudsfristen/fristen for å be om deltakelse i konkurransen eller tidspunktet da dokumentasjonen blir etterspurt av oppdragsgiver.

### **20.4 Særlig om ettersending og supplering av dokumentasjon**

*Utvalget foreslår at adgangen til å be om ettersending og supplering vedrørende leverandørens kvalifikasjoner, utvides vesentlig.*

*BK støtter utvalgets forslag.*

Det er vår erfaring at svært mange konkurranser havarerer på grunn av forholdsvis begrensede feil og mangler ved denne dokumentasjonen. En utvidelse av retten til å be om ettersending av kvalifikasjonsdokumentasjon vil derfor kunne berge mange konkurranser som i dag må avlyses, bare for å bli lyst ut på nytt med så godt som uendret tekst.

Samtidig er det grunn til å påpeke at hullene i den innsendte dokumentasjonen kan være så store at det vil kunne anses å være i strid med det grunnleggende prinsippet om likebehandling å la leverandøren få ettersende og/eller supplere kvalifikasjonsdokumentasjonen.

## **Kapittel 21 - Tildelingskriterier**

*Utvalget foreslår i all hovedsak en videreføring av gjeldende regler om tildelingskriterier. I nytt direktiv benyttes «det mest økonomisk fordelaktige tilbud» som et overordnet konsept for å tildele kontrakt. Utvalget foreslår å bruke denne terminologien også under EU/EØS-terskelverdiene. Under terskelverdiene skal imidlertid ikke begrepets underkategorier, dvs. laveste pris, laveste kostnad eller beste forhold mellom pris og kvalitet (tildelingsmodeller) oppgis. Hensikten er å gi oppdragsgiver større fleksibilitet. Utvalget foreslår ikke egen regulering av adgangen til å legge vekt på forhold ved leverandøren i del II, men vil opprettholde systemet i gjeldende rett. De vil videre at del II ikke skal inneholde en plikt til å oppgi tildelingskriterienes vekt, og at det skal kunne gjøres ikke-vesentlige endringer i tildelingskriteriene før tilbudsfristen løper ut. Det foreslås at det skal presiseres at brukervalg kan være et tildelingskriterium ved kjøp av helse- og sosialtjenester.*

*BK er enige i utvalgets forslag. Vi vil særlig påpeke at muligheten for å gjøre ikke vesentlige endringer i tildelingskriteriene vil medføre at vi kan unngå en del avlysninger. Det vil medføre en betydelig endring fra den strenge praksis som i gjelder i dag, og som medfører at det ikke er mulig å reparere mindre feil på en enkel måte.*

Vedrørende brukervalg som tildelingskriterium vises til pkt. 27.4.5.

## **Kapittel 22 - Kunngjøring**

### **22.2 Kunngjøring av konkurranse**

*Utvalget foreslår å videreføre oppdragsgivers plikt til å kunngjøre konkurranse på Doffin. Videre lanserer utvalget en noe endret prosedyre, nemlig «forhåndskunngjøring» etter modell av nytt direktiv artikkel 75 nr. 1 bokstav b.*

*Bergen kommune støtter utvalgets syn om å videreføre oppdragsgivers plikt til å kunngjøre konkurranse på Doffin. Vi vurderer det videre som positivt og enklere å kunne benytte forhåndskunngjøring både over og under EØS-terskelverdi.*

### **22.4 Kunngjøring av konkurranseresultater**

*Flertallet i utvalget foreslår ikke en plikt for oppdragsgiver til å kunngjøre konkurranseresultatene under EØS-terskelverdi.*

*Utvalgets mindretall ønsker en slik plikt.*

*Bergen kommune støtter flertallet.* Når konkurransegjennomføringen foregår fullelektronisk, vil man om ønskelig kunne sikre at tildeling av kontrakt som meddeles deltakerne i konkurransen, automatisk blir registrert i anskaffelsesdatabasen.

## **Kapittel 23 - Frister**

### **23.1 Frist for levering av forespørsel om å delta i konkurransen og tilbud**

*Utvalget foreslår* å videreføre dagens regler, og vil ikke innføre absolutte frister for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

*Bergen kommune slutter seg til utvalgets vurderinger.*

### **23.2 Vedståelsesfrist**

*Utvalget foreslår* å videreføre gjeldende bestemmelser om vedståelsesfrist.

*BK slutter seg til utvalgets vurderinger i dette kapitlet.*

BK støtter ikke utvalgets flertall om å innføre en fakultativ (valgfri) bestemmelse for avvisning av forespørsler om å delta i konkurranser etter at forespørselsfristen har gått ut. Vi omtaler dette forholdet nærmere under kapittel 25.3.3.3.

## **Kapittel 24 - Tilbudet**

### **24.2 Tilbudets form og innhold**

*Utvalget foreslår* bl.a. å erstatte kravet om at tilbudet skal være signert med at det skal være bindende. De foreslår også å stryke kravet til at tilbudet skal være lukket og merket.

Regler om elektronisk kommunikasjon iht. nytt direktiv skal være på plass senest 18. oktober 2018. Som en konsekvens av disse reglene vil det over EU/EØS-terskelverdien gjelde et krav om elektronisk signatur. Utvalget vil at direktivets regler om elektronisk kommunikasjon også skal innføres under EU/EØS terskelverdien. *Utvalget foreslår* at det innen 1. januar 2016 etableres en løsning for elektronisk levering av tilbud, fortrinnsvis knyttet til Doffin.

*BK mener at det er viktig at departementet følger opp dette forslaget og at en løsning for levering av tilbud er på plass innen januar 2016.* De systemene som i dag brukes for elektronisk levering av tilbud benytter, så vidt vi kjenner til, elektronisk signatur. Vi antar at også et system i regi av Doffin vil ha en tilsvarende løsning. Følges dette opp, vil en signaturløsning være på plass mer eller mindre samtidig med at regelendringene som nå er på høring, trer i kraft. *BK mener det etter dette er mest hensiktsmessig å fastholde dagens regel om signatur - og gå direkte over til e-signatur når disse løsningene er på plass, forhåpentligvis i januar 2016.* Tidsperspektivet tilsier da at en direkte overgang til e-signatur fremstår som den enkleste løsningen.

For øvrig forklarer ikke utvalget hva de legger i det nye kravet om at tilbudet skal være bindende. *Dette er relativt komplisert juss, og dersom utvalgets forslag blir vedtatt, mener BK at retningslinjer for disse vurderingene må i fremgå av veilederen.*

*Selv om det er eksempler på at regelen om «lukket og merket» har hatt uhensiktsmessige utslag mener BK, som ovenfor, at det er lite hensiktsmessig å endre regelen nå, så lenge en løsning for elektronisk innlevering av tilbud skal være på plass senest 18. oktober 2018, og forhåpentligvis er på plass allerede så tidlig som 1. januar 2016.*

*Utvalget foreslår å forskriftsfeste en regel om at leverandøren har risikoen for uklarheter i tilbudet. BK vil påpeke at det er viktig å få denne regelen inn i forskriften.*

#### **24.3 Oppdragsgivers håndtering av tilbudene**

*Utvalget foreslår å oppheve plikten til å registrere tilbudene etter hvert som de kommer inn.*

*BK mener det bør være et krav at oppdragsgiver skal kunne gjøre rede for at tilbudene er kommet inn innenfor tilbudsfristen. Mye vil i fremtiden bli løst ved obligatorisk elektronisk levering av tilbud, men inntil da bør dette kravet fremgå av forskriften.*

#### **24.4 Oppdragsgivers evaluering av leverandørens kvalifikasjoner og tilbudt ytelse - rekkefølge**

*Utvalget foreslår å oppheve § 11-1 i gjeldende forskrift. Oppdragsgiver skal selv bestemme om han ønsker å vurdere kvalifikasjonene eller tilbudene først.*

*BK mener denne valgmuligheten er en naturlig konsekvens av de øvrige endringer som er foreslått i del II. Vi ser for oss at det i tilfeller der laveste pris er tildelingsmodell vil kunne være aktuelt å bytte rekkefølge og vurdere kvalifikasjonskravene sist.*

## **Kapittel 25 - Avvisning**

### **25.3 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren**

#### **25.3.2 Avvisningsgrunner som følger direkte av anskaffelsesdirektivet**

##### **25.3.2.1 Leverandører som er rettskraftig dømt for visse straffbare forhold**

Den eksisterende bestemmelsen er foreslått videreført, med noen endringer som dels utvider og dels innsnevrer bestemmelsens virkeområde.

*Utvalgets flertall mener at oppdragsgiver skal ha avvisningsplikt, på samme måte som for anskaffelser med verdi over EØS-terskelverdiene. Dette fordi bestemmelsen omhandler forhold som er av så vidt alvorlig art at det offentlige uansett ikke bør kontrahere med slike leverandører. Utvalgets mindretall mener at oppdragsgiver skal ha avvisningsrett, fordi avvisningsplikt kun bør gjelde forhold av rent anskaffelsesfaglig art.*

*Bergen kommune er enig med flertallet her, både i konklusjonen og i argumentasjonen.*

#### **25.3.2.5 Leverandører som ikke har betalt skatter, avgifter eller trygdeavgifter**

Utvalget drøfter her om bestemmelsens skal utformes som en rett eller som en plikt, og konkluderer med at det bare bør være en fakultativ bestemmelse.

Ikke minst i lys av våre argumenter under kapittel 11 i favør av å beholde kravet om skatteattester for anskaffelser etter forskriftens del II, ser Bergen kommune at det også kan argumenteres for å innføre en plikt til avvisning ved manglende innbetalinger.

*Utvalgets argumentasjon, som vi slutter oss til, viser likevel at det her er rett å la bestemmelsen være fakultativ.*

Utvalget har foreslått å la denne bestemmelsen inngå i den nye «sekkebestemmelsen» som omtales under pkt. 25.3.4. Dersom kravet om skatteattester opprettholdes, bør oppdragsgivers rett til å avvise leverandører som ikke har betalt skatter og avgifter fremgå av en egen bestemmelse.

#### **25.3.2.7 Rådgiverhabilitet**

Mens direktivbestemmelsen her er utformet som en fakultativ bestemmelse, foreslår utvalget at det skal være plikt til å avvise leverandører som har fått en urimelig konkurransefordel som ikke kan utjevnes med mindre inngripende tiltak.

*Bergen kommune er enig i utvalgets syn, under forutsetning av at bestemmelsen gjøres til en plikt-regel også over EU/EØS-terskelverdiene.*

#### **25.3.2.8 Nye avvisningsbestemmelser i nytt anskaffelsesdirektiv**

Av de nye avvisningsgrunnene som nå tas inn i anskaffelsesdirektivet, foreslår utvalget at det skal være plikt til å avvise en leverandør når det foreligger en interessekonflikt som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak. For de øvrige grunnene foreslås det at det gis fakultative bestemmelser.

*Bergen kommune er enig i så vel utvalgets vurdering som i dets konklusjon. Vi vil samtidig påpeke at det her dreier seg om forhold av stor betydning for leverandørens og allmennhetens tillitt til anskaffelsesprosessene, samtidig som disse forholdene kan være krevende å vurdere for den enkelte innkjøper. Det er derfor viktig at departementet legger vekt på å gi særlig god veiledning om disse bestemmelsene i veilederen til anskaffelsesregelverket.*

#### **25.3.3 «Særnorske» avvisningsgrunner**

##### **25.3.3.2 Leverandører som ikke har levert skatteattest og HMS-egenerklæring**

*Utvalgets flertall ønsker å stryke denne bestemmelsen, som en naturlig konsekvens av at de ønsker å fjerne plikten til å kreve slike attester og erklæringer, jf. kapittel 11. Mindretallet, som ønsker å beholde plikt til å levere skatteattester og HMS-egenerklæring, ønsker tilsvarende å beholde en bestemmelse om avvisningsplikt.*

*Bergen kommune er her mest enig med mindretallet. Vi har under drøftelsen av kapittel 11 argumentert for å fjerne kravet om HMS-egenerklæring, men beholde krav om skatteattester.*

*Etter vårt syn er det da en naturlig konsekvens at avvisningsbestemmelsen om skatteattester – men ikke om HMS-egenerklæring – videreføres.*

#### **25.3.3.3 Leverandører som har levert forespørsel om å delta i konkurransen i strid med reglene om kommunikasjon eller etter fristens utløp**

*Utvalgets flertall ønsker å omgjøre dagens avvisningsplikt på dette punktet til en avvisningsrett, slik at oppdragsgiver kan velge å akseptere forespørsler som kommer inn etter fristens utløp. Utvalgets mindretall ønsker å videreføre dagens avvisningsplikt, og peker bl.a. på at det gir en retts teknisk enkel regel.*

*Bergen kommune er her enig med mindretallets argumentasjon og konklusjon.*

Utvalget foreslår også at reglene vedrørende forespørsel om å delta i konkurranse, som ikke er levert i samsvar med reglene om kommunikasjon, mykes opp i en periode frem til det innføres obligatorisk bruk av elektronisk kommunikasjon.

*Bergen kommune har ingen innvendinger til dette, men må igjen påpeke at tiden nå er overmoden for å stille krav om obligatorisk bruk av elektronisk kommunikasjon og at departementet derfor må prioritere dette høyt i tiden fremover!*

#### **25.3.4 Ny bestemmelse om avvisning ved tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten**

*Utvalget foreslår å innføre en generell regel som gir oppdragsgiver rett til å avvise leverandører ved tvil om leverandørens integritet eller hans evne til å gjennomføre kontrakten. I en oversikt på sidene 223 og 224 i utredningen har utvalget angitt hvilke tilfeller som i hvert fall vil falle inn under denne bestemmelsen. Formålet med bestemmelsen synes å være å gi oppdragsgiver et større handlingsrom for å kunne avvise leverandører som det hefter «noe» ved, uten at en nødvendigvis klarer å konkretisere dette på en måte som faller inn under de mer spesifikke avvisningsbestemmelsene.*

*Bergen kommune støtter innføringen av en slik bestemmelse. Vi ser at den vil gi et handlingsrom som kan være hensiktsmessig å kunne anvende i arbeidet for å sikre at våre leverandører har leveringsevne og driver etter standarder som Bergen kommune kan identifisere seg med.*

Vi mener likevel at den foreslåtte bestemmelsen, § 5-22 (2), er formulert så uklart at den vil kunne bli krevende å anvende i mange sammenhenger. Slik bestemmelsen er formulert, tror vi at den vil kunne være tvisteskapende. For å motvirke en slik effekt, må departementet som et minimum sørge for at det gis god veiledning til bestemmelsen i veilederen til regelverket. Om mulig, bør bestemmelsens innhold også tydeliggjøres i forskriften.

#### **25.4 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet**

##### **25.4.5 Tilbud som inneholder vesentlige avvik eller vesentlige forbehold**

*Utvalget foreslår å fjerne sondringen mellom avvik og forbehold; begrepet «avvik» vil derfor omfatte alle tilfeller av avvik fra beskrivelsen av anskaffelsen, kontraktsvilkårene og*



prosedyrereglene. *Videre foreslår utvalget* at ethvert avvik fra minimumskrav i konkurransen, såkalte «absolutte krav», skal anses som et vesentlig avvik.

*BK ser at dette vil gi retts teknisk klare regler.*

Vi finner likevel grunn til å påpeke at en innskjerping av betydningen av å stille minimumskrav, er en endring med potensiale for å skape mye «støy» i en overgangsfase, inntil alle oppdragsgivere og leverandører tar endringen ad notam. Det vil derfor være svært viktig at denne endringen blir klart kommunisert til både oppdragsgivere og leverandører ved implementeringen av det reviderte regelverket.

Den klare konsekvensen av den endringen som utvalget foreslår, vil være at oppdragsgiver vil begrense omfanget av «absolutte krav» i konkurransene til et minimum. Dette vil nok ofte være positivt for konkurransen, men det vil også kunne gi seg utslag i redusert forutberegnelighet i konkurransene for leverandørene.

*Utvalget* legger til grunn at vesentlig avvik i et tilbud fortsatt skal føre til at tilbudet må avvises. *Utvalgets flertall* mener videre at oppdragsgivere bør ha mulighet til å søke å bortforhandle vesentlige avvik, slik at det kun er de vesentlige avvik som ikke lar seg bortforhandle, som fører til avvisning. *Utvalgets mindretall* ønsker ikke å åpne opp for å kunne forhandle med leverandører som har levert tilbud med vesentlige avvik.

*Bergen kommune følger her flertallets syn.* En slik adgang vil bl.a. gjøre det mulig, gjennom avklarende forhandlinger, å rydde opp i avvik fra «absolutte krav» som skyldes leverandørens mistolkning av konkurransegrunnlaget. Slik vil en kunne holde gode tilbud inne i konkurransen og derved oppnå større grad av konkurranse.

#### **25.4.6 Tilbud med avvik mv. som medfører relativ bedømmelsestil**

Utvalget ønsker å ta bort denne bestemmelsen, fordi den anses for å være overflødig.

*Bergen kommune tar utvalgets konklusjon til etterretning, men anser det ikke som en forenkling å fjerne bestemmelsen.* Som vi tidligere har anført, er vi skeptisk til en endring av forskriften der stadig flere bestemmelser gis stadig mere implisitt innhold. Dette er etter vårt syn et eksempel på denne tendensen.

Dersom bestemmelsen fjernes fra forskriften, bør veilederen til forskriften tydelig referere det resonnementet som utvalget bygger sitt forslag på.

#### **25.4.9 Tilbud som ikke er signert, eller som for øvrig ikke kan anses bindende**

Våre kommentarer i tilknytning til dette temaet, er tatt inn under pkt. 24.2.

#### **25.4.10 Nye avvisningsgrunner**

##### **25.4.10.2 Ukorrekte og uakseptable tilbud**

*Utvalget foreslår* å innføre en bestemmelse om at oppdragsgiver kan avvise et tilbud «når tilbudet for øvrig er uakseptabelt». Bestemmelsen er ment å favne om begrepene «uakseptable tilbud» og «ukorrekte tilbud» som kjennes fra § 14-4 i dagens anskaffelsesforskrift, samt bl.a.

den tidligere dumpingbestemmelsen og det nye anskaffelsesdirektivets bestemmelse om å unnlate å tildele kontrakt til leverandører som ikke tilfredsstiller krav på miljø- og arbeidsområdet eller internasjonale menneskerettigheter.

*Bergen kommune mener at den foreslåtte bestemmelsen har fått en for generell formulering i forhold til det påtenkte innholdet. For folk flest vil det ikke være forståelig at det bak den forholdsvis enkle formuleringen, skjuler seg et så vidt massivt innhold.*

I tråd med Bergen kommunes positive innstilling til betydningen av at anskaffelsesregelverket også skal ivareta ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i tilknytning til anskaffelsene, ser vi det særlig som nødvendig at den delen av innholdet i denne «sekkebestemmelsen» som gjelder manglende overholdelse av krav på miljø- og arbeidsområdet og internasjonale menneskerettigheter, skilles ut som en egen, fakultativ avvisningsbestemmelse.

#### **25.5 – 25.11 Diverse forhold som også reguleres i nytt anskaffelsesdirektiv; 2014/24/EU.**

Under disse punktene drøfter utvalget visse forhold vedrørende fremgangsmåten ved avvisning, krav til bevis for visse forhold ved leverandøren, self-cleaning, utstengingsperioden, identifikasjon, begrepet «rettskraftig dom» og forhold ved underleverandører.

I de fleste av disse punktene anfører utvalget at det gjelder forhold som også er regulert i det nye direktivet for offentlige anskaffelser, og at det vil være hensiktsmessig at det gjelder de samme reglene etter forskriftens del II og del III. Det overlates derfor til departementet å utforme de nærmere reglene.

*Bergen kommune tar utvalgets beslutning til etterretning, men forutsetter at også de reglene som departementet utformer, sendes på høring før vedtak blir fattet.*

Utvalget drøfter begrepet «rettskraftig dom» vs. «vedtatt forelegg» i lys av straffeprosessloven § 258 og anbefaler at det må gis en bestemmelse i anskaffelsesregelverket som avklarer forholdet mellom disse rettsmidlene. *Bergen kommune støtter utvalget når det uttaler at det er «høyst uhensiktsmessig at dette ikke har blitt regulert, da det skaper stor usikkerhet både for oppdragsgivere og leverandører».*

Vi vil videre anbefale at departementet legger utvalgets drøftelse til grunn for innholdet i en bestemmelse på dette området.

## **Kapittel 26 - Avlysning av konkurranse**

*Utvalget foreslår å videreføre dagens bestemmelse om oppdragsgivers adgang til å avlyse en konkurranse uten realitetsendring. De ønsker ikke å videreføre skillet mellom avlysning av konkurranse og en totalforkastelse av tilbudene. Dette innebærer at utvalget benytter avlysning som en fellesbetegnelse der konkurransen avsluttes uten kontraktstildeling.*

*BK er enig med utvalget og støtter at avlysning benyttes som fellesbetegnelse.*

## **Kapittel 27 - Helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester**

*Utvalget synes å legge til grunn at de fleste av de særlige tjenestene som fremgår av utredningens vedlegg 1, i hovedsak bør omfattes av bestemmelsene i anskaffelsesforskriftens del II, på samme måte som ”uprioriterte tjenester” etter det nåværende regelverket. Videre legger utvalget til grunn at særlig helse- og sosialtjenester vil ha behov for et mer fleksibelt anskaffelsesregime.*

*BK er enig i utvalgets vurdering og har videre merket seg at utvalget nevner at et mer fleksibelt anskaffelsesregime også vil kunne være relevant for enkelte andre tjenester som ytes til privatpersoner, f.eks. utdanningstjenester. Vi ber derfor om at departementet særlig vurderer om det bør gis særlige regler også for andre tjenester enn helse- og sosialtjenester.*

### **27.3 Helse- og sosialsektoren**

#### **27.3.2 Særtrekk ved helse- og sosialtjenester**

*Utvalget har her, som grunnlag for sine forslag, beskrevet en del særlige forhold ved helse- og sosialtjenester som etter deres syn har betydning for hvordan disse kan reguleres av regelverket om offentlige anskaffelser.*

*BK mener at utvalget har gitt en god beskrivelse av utfordringer knyttet til kvalitet og tjenestebehov ved slike tjenester. Det er vesentlig at disse sentrale forholdene så langt som mulig blir ivaretatt gjennom regelverket.*

### **27.4 Utvalgets vurderinger**

#### **27.4.1 Behovet for særregulering**

*Utvalget drøfter om de anskaffelsesprosedyrene som utvalgets flertall foreslår i kapittel 16, og som BK i all hovedsak støtter, også er egnet for helse- og sosialtjenester. Utvalgets flertall mener at så er tilfelle, men foreslår også noen særlige tilpasninger, jf. særlig pkt.27.4.5 og 27.4.6 under. To ulike mindretall har mer eller mindre divergerende synspunkter.*

*BK støtter her flertallets syn. Dette synes å være den løsningen som best ivaretar oppdragsgivers spesielle behov for fleksibilitet ved anskaffelse av disse tjenestene.*

#### **27.4.2 Anvendelsesområdet**

*Vår respons på utvalgets drøftelse av om det bør innføres en særskilt terskelverdi for disse tjenestene, er tatt inn under drøftelsen av utredningens kapittel 13.6.3.*

*Våre synspunkter på utvalgets vurderinger av mulige unntak for visse kontrakter om helse- og sosialtjenester, fremgår under kapittel 12.4.2.*

*Regelverket kan med fordel også synliggjøre at for visse tjenester knyttet til enkeltbrukere, er det økonomiske aspektet så underordnet at det ikke dreier seg om en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand, jf. bl.a. KOFA-sakene 2010/364 og 2011/75.*

*Basert på den nye systematikken som nå innarbeides i regelverket, hvor unntaksbestemmelsene for de unntak som omfatter både lov og forskrift blir plassert i loven, mener vi at en unntaksbestemmelse for disse tjenestene bør plasseres i loven.*

#### **27.4.5 Særregler om brukervalg**

*Utvalget foreslår at "brukervalg" skal innføres som avropsmekanisme under rammeavtaler og som et mulig tildelingskriterium ved tildeling av kontrakter om helse- og sosialtjenester.*

*BK har ingen kommentarer til det første forslaget, men mener at retningslinjene for anvendelse av brukervalg ved tildeling av kontrakter bør gjøres mer fleksible enn det utvalget foreslår.*

Den løsningen som utvalget finner som mest hensiktsmessig, ser vi vil kunne være dekkende for tjenester som brukerstyrt personlig assistanse (BPA) og trolig også personlig bistand husholdning/ hjemmehjelp (PBH).

I andre tjenester som hjemmesykepleie, vil det raskt kunne oppstå dilemmaer med den foretrukne løsningen til utvalget. Hjemmesykepleie har betydelig høyere krav til faglig kompetanse, medisinskfaglig forsvarlighet, kvalitetskrav, prosedyrekrav o.a. sammenlignet med BPA og PBH, og konsekvensene av feil kan her være alvorlige.

*Etter vårt syn vil den alternative løsningen som utvalget ikke anbefaler, og som innebærer at oppdragsgiver kan velge ut et begrenset antall leverandører før brukeren får gjøre sitt valg, være bedre egnet her.*

#### **27.4.6 Andre særregler**

*Utvalget foreslår å innføre en særbestemmelse om rammeavtalers varighet ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester. Denne bestemmelsen er strengt tatt ikke nødvendig, siden hovedregelen om rammeavtalers varighet slår fast at fireårsregelen ikke gjelder når en annen avtalelengde er berettiget ut fra kontraktens gjenstand. Som utvalget selv anfører, er dette normalt tilfelle for disse tjenestene.*

Det fremstår i det minste som en smule inkonsekvent at utvalget foreslår en egen bestemmelse om rammeavtalers varighet, mens det for temaene "adgang til å gjøre endringer i en konkurranse" og "endringer i en inngått kontrakt" kun legges til grunn at de bestemmelsene som er drøftet i kapittel 19.5.2 og kapittel 15.5.4 må gis en særlig vid tolkning ved kjøp av helse- og sosialtjenester.

##### **27.4.6.3 Endringer i en inngått kontrakt**

*BK mener det for helse- og sosialtjenester bør gis en bestemmelse som gir unntak fra hovedregelen om at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i en kontrakt. Unntaket må omfatte endringer som skyldes lovendringer og andre endrede myndighetskrav for leveranse av bo- og omsorgstilbud som strekker seg over en hel oppvekst eller et helt liv for tjenestemottaker. Unntaket bør fastsettes på bakgrunn av de samme hensyn som begrunner utvalgets forslag under pkt. 27.4.6.1 Varighet av rammeavtaler, om særbestemmelse som*

innebærer at rammeavtalens varighet som hovedregel tilpasses brukerens behov og kontraktens formål/gjenstand.

Når det er nødvendig å endre leveransen/tjenesten på grunn av nye lovkrav til utformingen av tjenesten, kan endringene bli så omfattende at en kategorisk bestemmelse, selv med den muligheten for vid tolking som utvalget anfører, i noen tilfeller ikke vil strekke til. Evt. bytte av leverandør vil her komme i konflikt med kontraktens formål, tjenestens faglige formål og formålet til de lovbestemmelser tjenesten ytes etter.

I et livsløp for en kontrakt som strekker seg over flere ti-år har det vist seg sannsynlig at det inntreffer endringer i regelverket som regulerer det offentliges ytelser og brukernes rettigheter, i samsvar med den faglige utviklingen. Disse endringene stiller nye krav til tjenestetilbudets utforming. Endringene kan også få betydning for andre kontraktsvilkår, endog prisformat, jf. HVPU-reformen.

Vi har i BK erfaring med kontrakter om bo- og omsorgstilbud til sårbare, sterkt hjelpetrengende personer som var barn eller unge voksne da kontrakten ble inngått. I disse kontraktene er tjenestetilbudet så integrert med personens hjem, personens tilknytning, relasjoner og trygghet hos eksisterende leverandør at leverandør ikke kan endres uten dramatisk inngripende endringer i tjenestemottakers liv. Dersom samme leverandør kan levere i samsvar med nye lovkrav, taler gode grunner for at kontrakten bør kunne videreføres med eksisterende leverandør til tross for signifikante endringer i kontraktsvilkårene.

#### ***27.4.7 Kontrakter som reserveres særlige organisasjoner***

Utvalget har overlatt til departementet å avgjøre om det skal innføres en adgang til å reservere konkurransen om bestemte helse-, sosial- og kulturtjenester til visse særlige organisasjoner.

Som det fremgår av utvalgets vurdering, anser utvalget det for sannsynlig at visse ideelle organisasjoner vil kunne oppfylle de oppstilte vilkårene for å kvalifisere til deltakelse i slike reserverte konkurranser.

*BK vil derfor oppfordre departementet til å vurdere om et slikt unntak vil kunne ha en praktisk anvendelse i Norge. Hvis departementet finner et slikt unntak anvendbart, bør det innføres en bestemmelse som gir adgang til å reservere slike konkurranser til organisasjoner som oppfyller de oppstilte vilkårene.*

## **Kapittel 28 - Utvalgets alternative forslag til regler - et minimumsregelverk**

*Utvalgets flertall foreslår at et minimumsregelverk kan baseres på anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper, et skriftlighetskrav og en kunngjøringsplikt.*

*Mindretallet mener at et minimumsregelverk i tillegg må suppleres med regler om ikke anskaffelsesfaglige hensyn. I tillegg ønsker ett medlem i utvalget å innføre en forenklet kunngjøringsplikt ved tildeling av kontrakter over 100.000 kroner, en plikt til å føre anskaffelsesprotokoll samt en utvidet begrunnelsesplikt for oppdragsgiver.*

*Bergen kommune er generelt kritisk til et minimumsregelverk. Dette gjelder både flertallets og mindretallets forslag.* Et minimumsregelverk som baserer seg på anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper (likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet), krever at innkjøperen må være trygg i fortolkningen av disse prinsippene. KOFA-praksis, som henviser jevnlig til nettopp disse prinsippene, viser at man ikke kan legge til grunn at det er enkelt å anvende overordnede prinsipper på konkrete problemstillinger av konkurransemessig betydning. Dette krever høy kompetanse.

Utvalgets forslag til minimumsregelverk vil føre til en situasjon hvor verken oppdragsgiver eller leverandør kan forstå ut fra forskriftens tekst hvordan han skal håndtere konkrete problemstillinger i konkurransen, og når de anskaffelsesfaglige prinsippene må anses som brutt. Dette skaper usikkerhet for alle parter.

Bergen kommune mener at en anskaffelsesforskrift må utformes slik at både oppdragsgiver og leverandør er i stand til å lese seg frem til hva som er innenfor og utenfor regelverket, uten å ha inngående og oppdatert kunnskap om KOFA-praksis og domsavsigelser. Dette kan best ivaretas gjennom eksplisitte regler i forskriften. Det vil heller ikke være hensiktsmessig å utforme eksplisitte regler i en veileder, fordi veiledere vil bli oppfattet nettopp som veiledende, og ikke som forpliktende.

Bergen kommune ser også en konkret fare for at oppdragsgiver, i mangel på eksplisitte bestemmelser i forskriftens del 2, vil fortolke de grunnleggende prinsippene i lys av det strenge regelverket som gjelder for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdi (den såkalte nedfallsproblematikken, jf. NOU 2014:4, kapittel 7.1). I stedet for ønsket forenkling vil man da oppnå motsatt effekt.

Et minimumsregelverk som ikke oppstiller klare krav og regler, vil ikke representere en forenkling, men en vanskeliggjøring av å anvende gjeldende regelverk. Enkle, klare men eksplisitte regler er å foretrekke fremfor overordnede, i sin rekkevidde mer uklare anskaffelsesfaglige prinsipper. Eksplisitte regler vil kunne sikre at færre saker havner i KOFA og hos domstolene.

For Bergen kommunes syn på spørsmålet om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i det nasjonale regelverket, viser vi til våre merknader til kapittel 11.5.

*Bergen kommune anser det ikke som nødvendig å innføre en forenklet kunngjøringsplikt for anskaffelser med anslått verdi mellom 100.000 og 500.000 kroner.*

#### **28.4.4 Avslutning – forslag om prøveprosjekt**

Utvalget foreslår å teste ut et minimumsregelverk i form av et prøveprosjekt, og nevner at et slikt prosjekt kan gjelde for eksempel for enkelte store, ressurssterke oppdragsgivere som har profesjonalisert sin offentlige anskaffelsesvirksomhet.

*Bergen kommune stiller seg kritisk til forslaget.* Forslaget vil innebære at leverandørmarkedet i noen konkurranser må forholde seg til et omfattende, eksplisitt regelverk, mens man i andre

konkurranser kun skal forholde seg til de overordnede anskaffelsesfaglige prinsippene. Dette vil skape usikkerhet.

Videre er det åpenbart at et prøveprosjekt ikke bare kan omfatte store, ressurssterke oppdragsgivere. Slike oppdragsgivere vil muligens kunne håndtere et minimumsregelverk, selv om dette vil medføre større grad av usikkerhet i vurderingene. Man kan imidlertid ikke legge til grunn at funnene i et slikt prøveprosjekt også har validitet for mindre innkjøpsmiljøer.

## **Kapittel 29 - Særlige direktivbestemmelser til forskriftens del I**

Her har utvalget gitt en kort redegjørelse for gjeldende rett og de nye direktivbestemmelsene. De har ikke foretatt noen nærmere vurdering, men overlatt til departementet å utforme nye bestemmelser og fastsettes hvor i regelverket disse skal plasseres. *BK vil eventuelt kommentere disse forhold/bestemmelsene i forbindelse med den høring som skal foretas ved inkorporeringen av de nye anskaffelsesdirektivene i norsk rett.*

## **Kapittel 30 - Anskaffelsesregelverket i en større sammenheng**

### **30.2.10.2 Særlig om innsyn i tilbud og protokoller**

*Utvalget påpeker* under dette punkt at innsynsreglene ligger utenfor mandatet, men at det på bakgrunn av tilbakemeldinger virker klart at den praksis som har utviklet seg de senere år krever betydelige ressurser som burde vært benyttet på en mer konstruktiv måte. De fremhever særlig problemstillingen rundt innsyn i andre leverandørers tilbud før kontrakt er inngått, og at innsyn kan skaffe leverandørene informasjon som de ellers ikke lovlig kan utveksle seg i mellom. Forenklingsutvalget slutter seg til Håndhevingsutvalgets utredning og anbefaling om å se på disse reglene på nytt.

BK har hatt innsynsaker som har krevd betydelige ressurser (4-5 dagsverk). Vi har relativt ofte innsynskrav, der vinneren av en konkurranse, basert på at en tapende leverandør begjærer innsyn i deres tilbud, også krever fullt innsyn i tapende leverandørs tilbud. Vi ser ikke sjelden at hensikten med innsynskravet synes å være å få innsyn i forretningshemmeligheter eller informasjon som ligger tett opptil dette.

Vi er enig med utvalget i at det bør ses på deler av innsynsreglene på nytt. Kanskje er det hensiktsmessig å utsette innsynet til etter karenstidens utløp? I noen tilfeller kan det kanskje finnes måter å avskjære eller begrense innsynskrav som har til formål å «kikke konkurrentene i kortene».

## **Avsluttende kommentarer**

Vi ser med spenning frem til å få avklart hvilke endringer som blir formelt vedtatt og, ikke minst, hvilken betydning disse vil få for vårt daglige arbeid med offentlige anskaffelser.

Vi håper at det blir en reell forenkling, men ser samtidig at nye regler også kan gi rom for nye uklarheter og vanskelige avveininger som kan medføre en rekke klagesaker.

Det er i så måte viktig at KOFA, domstolene og andre som har innflytelse på forståelsen av regelverket tar til seg utvalgets synspunkter vedrørende nedfallsproblematikken, forholdsmessighetsprinsippet m.m. Det er viktig at dette fremheves i alle dokumenter som vil ha betydning for senere tolkning av de reglene som vedtas.