

Nærings- og Fiskeridepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

Vår dato 28.10.2014

Høringsvar: NOU 2014:4 Enklere regler - bedre anskaffelser

Byggenæringens Landsforening (BNL) viser til Nærings- og Fiskeridepartementets NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser.

BNL er tilsluttet Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og representerer ca 4000 virksomheter i bygg-, anlegg- og eiendomssnæringen med nesten 70.000 ansatte. Våre medlemmer omsetter årlig for om lag kr 165 mrd. og omfatter alt fra riksdekkende entreprenører, byggevareindustri og små og mellomstore håndverksbedrifter.

1. Innledende bemerkninger

Forenklingens rapport er preget av til dels sterke dissenser på sentrale punkter. Dette svekker rapportens verdi. Vi viser til NHOs voteringer i rapporten og NHOs høringsuttalelse, som vi slutter oss til.

BNL støtter i likhet med NHO store deler av forenklingens forslagene. Av de gode forenklingens forslagene vil vi særlig fremholde forenklingen av dokumentasjonskravene for kvalifikasjonskravene, som vil gi vesentlige forenklinger for både leverandører og oppdragsgivere.

BNL går imot sentrale deler av flertallets forslag fordi:

- 1: Det vil innebære et kraftig tilbakeslag for arbeidet med å sikre seriositet
- 2: Det vil innebære et kraftig tilbakeslag for arbeidet med å sikre et velfungerende marked
- 3: Det vil ikke innebære forenkling

BNL foreslår, i likhet med NHO, forenklinger av regelverket som vil ivareta behovet for forenkling uten å medføre slik negative konsekvenser som flertallets forslag.

Flertallets forslag vil kunne føre til mindre konkurranse ved offentlige oppdrag og et mer useriøst offentlig marked innenfor bygg- og anlegg som gjelder alle kontrakter opp til kr 39 mill eks. mva.

Vi vil advare sterkt mot den forrykkelsen av balansen i regelverket som flertallet foreslår.

Hovedtrekket ved flertallets forslag er at offentlige oppdragsgivere skal få større fleksibilitet, og at det skal legges større vekt på hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser enn etter gjeldende regelverk. Begge deler er isolert sett positive formål. Forslaget har imidlertid en ensidig slagside mot oppdragsgivers interesser, og går på bekostning av viktige leverandørhensyn og viktige samfunns-hensyn.

BNL mener at anskaffelsesregelverket også må ivareta leverandørenes- og samfunnets interesser i et bredere perspektiv. Dette må gjenspeiles i formålsbestemmelsen, i grunnprinsippene, i anskaffelsesprosedyrene og i regelverket ellers. Flertallets forslag bryter med dette.

BNL går særlig sterkt imot flertallets forslag til ny anskaffelsesprosedyre som vil innebære en fullstendig tilsidesettelse av leverandørenes forutberegnelighet.

Høringsprosessen med våre medlemsbedrifter bekrefter at leverandørene mener flertallets forslag står i sterk kontrast til hva som må til for å legge til rette for et seriøst, velfungerende marked.

BNLs viktigste innspill er:

- Dagens anskaffelsesprosedyrer hvor offentlig oppdragsgivere fritt kan velge mellom tradisjonell anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, må videreføres. Det bør foretas noen mindre regeljusteringer for anbudskonkurransene som vil avhjelpe vesentlige deler av de utfordringer vi i dag har med unødvendig mange avvisninger, se nærmere nedenfor
- BNL mener flertallets forslag til anskaffelsesprosedyre er generelt uegnet, men spesielt uegnet for bygg og anlegg på grunn av høy terskelverdi (opp til kr 39 mill eks. mva.). Det er en klar mangel ved rapporten at bransjens egne omforente regler for henholdsvis anbudskonkurranser (NS 8400) og forhandlet prosedyre (NS 8410), ikke er vurdert.
- De ikke-anskaffelsesfaglige hensynene i regelverket (HMS, miljø, lærlingeklausul, livssyklus kostnader, krav til lønns – og arbeidsvilkår mv.) må videreføres for å bidra til et seriøst og velfungerende marked
- Protokollplikten må videreføres
- Bestemmelsen om bruk av kontraktsstandarder må opprettholdes. Bruk av standardkontrakter er forenkling – både i konkurransefasen og i kontraktsfasen
- Plikten til å angi tildelingskriteriene og kriterienes vekt eller prioritering der dette er forhåndsbestemt må videreføres.
- Flere av flertallets forslag bærer mer preg av forkorting enn forenkling. For brukerne er det viktig at reglene er klare, gjennomarbeide, og egnet til å gi svar på praktiske spørsmål som oppstår i anskaffelsesprosessen

Sannsynlige konsekvensen av å gjennomføre flertallets forslag (enkeltvis og samlet):

- Økt fare for korrupsjon
- Mindre tillit til offentlige anskaffelser
- Redusert interesse for offentlige oppdrag og mindre konkurranse
- Økte utfordringer med useriøse aktører
- Økte utfordringer med sosial dumping
- Høyere konfliktnivå på grunn av manglende forutsigbarhet og etterprøvnbarhet
- Dårligere konkurransegrunnlag og dårligere tilbud fordi "alt" kan repareres
- Redusert skatteinngang
- Forslaget vil åpne for gamle uvaner og redusert konkurranse

Vi vil i det følgende komme med utfyllende kommentarer til våre viktigste innvendinger mot flertallets forslag.

2. Formålsbestemmelse og grunnleggende prinsipper

Utvalget er uenige både om innholdet i ny formålsbestemmelse og hvordan de grunnleggende prinsippene skal utformes:

Formålsbestemmelsen:

Flertallet har foreslått følgende formålsbestemmelse:

"Loven og tilhørende forskrifter skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter"

Mindretallet mener at bestemmelsen også må fremheve at formålet med offentlige anskaffelser er bredere og foreslår følgende:

"Loven skal bidra til at offentlige anskaffelser gir størst mulig samlet verdiskapning gjennom effektiv ressursbruk, basert på konkurranse. I tillegg skal loven bidra til å sikre allmenhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte." (våre understrekinger)

BNL støtter mindretallets forslag. Vi mener det er særlig viktig at formålsbestemmelsen fremhever det samfunnsmessige behovet i at regelverket skal "... sikre allmenhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte".

Formålsbestemmelsen skal gjelde både over og under EU/EØS-terskelverdiene, og må gi et riktig uttrykk for formålet også over terskelverdiene. Vi mener at flertallets forslag ikke gjør det og at formålet er for snevert angitt.

Grunnleggende prinsipper:

BNL støtter mindretallets standpunkt om at dagens grunnleggende prinsipper om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet må videreføres.

Vi er uenig med flertallet som mener at disse prinsippene er dekket av grunnprinsippet om gjennomsiktighet. Etter BNLS vurdering er gjennomsiktighet nærmere åpenhet, og ikke noe godt norsk ord for å beskrive forutberegnelighet og etterprøvnbarhet. Dette er prinsipper som er godt innarbeidet i praksis fra KOFA og domstolene, og som har et kjent innhold for både leverandører og oppdragsgivere. Det innebærer slik vi ser det ingen forenkling å slette prinsippene.

Forslaget om å slette grunnprinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er spesielt betenkelig siden flertallet også foreslår endringer som i praksis fjerner leverandørens forutberegnelighet (prosedyre) og svekker etterprøvnbarheten (forslaget om å slette protokollplikten, plikten til å angi tildelingskriterier mv.).

3. Forslaget til anskaffelsesprosedyre

Det er uenighet i forenklingutvalget om forslaget til ny prosedyre.

Flertallet foreslår én ny prosedyre – "åpen eller begrenset tilbudskonkurranse" – som erstatning for dagens to prosedyrer (anbudskonkurranse eller forhandlet prosedyre).

BNL er sterkt imot dette forslaget og mener i likhet med mindretallet at dagens to prosedyrer må videreføres.

Det sentrale i flertallets forslag er at oppdragsgivers valg om å gjennomføre forhandlinger eller ikke, utsettes til etter at tilbudsfristen er utløpt.

Flertallet oppsummerer forslaget (s. 151-154) med at dette innebærer "å gå bort fra tradisjonell anbudsrett" og at "gjeldende konkurranseformer" utgår. Flertallet understreker at "det vil stride mot

tankegangen bak den nye prosedyreform, dersom oppdragsgiver gis adgang til å frasi seg retten til å forhandle".

Forslaget innebærer – som forenklingsutvalget selv oppsummerer det – at "alt er tillatt".

Flertallet foreslår både å slette anbudskonkurransen og dagens forhandlede prosedyre:

- Det skal ikke kunngjøres på forhånd hvorvidt oppdragsgiver har til hensikt å forhandle
- Oppdragsgiver har ikke plikt til å føre forhandlinger – dette bestemmes etter at tilbudene har innkommet
- Oppdragsgiver kan velge å bare forhandle med én leverandør - dette bestemmes etter at tilbudene har innkommet
- Oppdragsgiver kan bestemme fremgangsmåten ved forhandlingene – dette bestemmes etter at tilbudene har innkommet
- Det er i det hele tatt helt opp til den enkelte oppdragsgiver å avgjøre hvordan man ønsker å gå fram

BNL savner en problematisering i rapporten av om offentlige oppdragsgivere generelt er kompetanse- og ressursmessig beredt til å ivareta det ansvar og den fleksibilitet som ligger i å basere anskaffelsesprosedyren kun på grunnleggende prinsipper.

Forslaget fremsettes uten at det er problematisert eller foretatt konsekvensutredning av hvilke markedsmessige virkninger forslaget vil ha. Vi er ikke kjent med noe annet land som har innført et anskaffelsesregelverk med tilsvarende mangel på prosedyreregler.

Flertallet begrunner forslaget til ny prosedyre med behovet som kan oppstå for avklaringer, endringer og eventuelt forhandlinger. BNL er enig i at dagens anbudskonkurranser reiser enkelte utfordringer knyttet til lite fleksible regler for ettersending av dokumentasjon og/eller avklaring av avvik som fører til vanskelige avvisningsspørsmål, likevel slik at dette problemet er betydelig overdimensjonert av flertallet.

BNL mener at disse utfordringene kan avhjelpes ved følgende mer begrensede regeljusteringer:

- Ved å innføre bestemmelsen i det nye EU-direktivets artikkel 56 nr. 3 om ettersending og supplering av opplysninger og dokumenter. Artikkel 56 er ikke begrenset til dokumentasjon og opplysninger knyttet til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men gir også oppdragsgiver mulighet til å be om ettersending og supplering av selve tilbudsdokumentasjonen. Bestemmelsen bør innføres både over og under EU/EØS-terskelverdiene.
- BNL mener videre at det bør vurderes å utvide oppdragsgivers adgang til å ta kontakt med leverandørene for å avklare uklarheter i tilbudene, herunder uklarhet om tilbudene inneholder feil. Dette kan gjøres ved at oppdragsgiver gis anledning til å sende en nøytral forespørsel til leverandøren for å få avklare innholdet i tilbudet, og hvor tilbudenes pris ikke er kjent når avklaringen foretas. Etter gjeldende norsk rett har oppdragsgiver ikke adgang til dette som følge av forhandlingsforbudet slik dette er angitt i forskrift om offentlige anskaffelser § 12-1.
- BNL mener at disse forenklingene kan innføres både over og under EU/EØS-terskelverdiene uten å komme i konflikt med forhandlingsforbudet slik dette er forstått av EU. Det vil innebære en forenkling å ha like regler over og under terskelverdiene.

En rekke tungtveiende hensyn tilsier at flertallets forslag ikke bør gjennomføres:

Forutsigbarhet

Leverandørene må på forhånd få vite om pris eller andre sentrale forhold i tilbudet som innleveres skal forhandles på eller ikke. Det er avgjørende for deltakelse i konkurranser å vite hva som er de grunnleggende spilleregler for konkurransen, herunder om tilbudet som inngis er et utgangstilbud for videre forhandlinger eller et siste tilbud. Flertallets forslag innebærer et brudd på det grunnleggende kravet til forutberegnelighet.

Sikre konkurranse

For å sikre konkurranse om offentlige oppdrag er det en forutsetning at leverandørene har tillitt at anskaffelsesprosessen gjennomføres på en god måte. Forslaget er ikke egnet til å skape slik tillitt. BNL frykter – enkelt sagt – et økt "hoffleverandørproblem". Selv med et dårlig tilbud, kan hoffleverandøren vinne konkurransen fordi oppdragsgiver kan tilrettelegge for dette. Øvrige deltakere vil kunne sitte igjen med å ha vært med på en "skinnprosess", der utfallet var bestemt på forhånd. Resultatet av at det tillattes å forhandle med kun én leverandør kan bli svekket konkurranse og høyere pris.

Anbudskonkurransen er i mange tilfeller den enkleste, billigste og mest tillitsskapende konkurranseformen

Det er resurskrevende og krever kompetanse å gjennomføre forhandlinger. Dette kan være en forklaring på at mange oppdragsgivere og leverandører anser anbudskonkurransen som både den enkleste, billigste og mest tillitsskapende konkurranseformen. For innkjøpere som ser anbudskonkurransen som et gode for å motvirke hoffleverandørpress eller anser dette for å være den beste, billigste og/eller enkleste konkurranseformen, blir det feil å fjerne denne valgfriheten.

Manglende markedsforståelse

Forslaget vitner etter BNLS vurdering om manglende markedsforståelse. Flertallet problematiserer ikke risikoen for at slettelsen av alle prosedyrekravene vil kunne føre til redusert interesse for offentlige oppdrag. Dette er en alvorlig svakhet ved rapporten. BNLS erfaring er at offentlige oppdragsgivere som gjennomfører konkurranser på en god måte hvor også leverandørens interesser ivaretas, får god oppslutning om sine konkurranser. Flertallets forslag vil motvirke dette.

Manglende forståelse av bakgrunnen for anskaffelsesreglene

Mens private hele tiden tvinges til å gjennomføre mest mulig rasjonelle anskaffelser for å overleve, er det ikke slik for det offentlige. Dette er grunnen til at vi har blant annet kunngjøringsplikt og prosedyreregler for offentlige anskaffelser.

Flertallet har ikke problematisert eller utredet hvilken betydning dagens prosedyreregler har for å motvirke ineffektivitetskilder som korrupsjon, ulovlige samfunnsmessige hensyn, rene makelighetshensyn og andre uønskede hensyn. Det er en stor svakhet ved rapporten. Det er nødvendig at departementet foretar en grundig kartlegging av hvilke positive effekter dagens prosedyrer har, før det eventuelt vurderes å fjerne gjeldende prosedyrer.

Innarbeidet konkurranseform

Anbudskonkurransen er en innarbeidet konkurranseform med hundreårige tradisjoner innenfor private og offentlige innkjøp som benyttes i 80 % av konkurransene under EU/EØS-terskelverdi. Anbudskonkurransen er (og vil fortsatt være) hovedregelen for anskaffelser over terskelverdiene.

Godt planlagt forarbeid fra oppdragsgivere og fra leverandørene

BNL mener at forslaget vil motvirke arbeidet med å få til gode konkurransegrunnlag og gode tilbud som svarer på oppdragsgivers ønsker. Forslaget innebærer at oppdragsgivers og leverandørers

incitamentet til å gjøre et forsvarlig forarbeid svekkes. Når "alt" kan repareres, er det fare for at konkurransegrunnlagene og tilbudene får dårligere kvalitet. Flertallets forslag vil kunne føre til at både oppdragsgivere og tilbydere tar litt lett på anskaffelsesprosessen, og føre til at det blir tatt mer forbehold.

Innføring av nye regler/ny prosedyre

Innføring av en ny prosedyreform og forskjellige prosedyrer over og under terskel er i seg selv kompliserende og ingen forenkling. Både oppdragsgivere og leverandørene bør slippe å forholde seg til nye spesialvarianter av prosedyrer. Hensynet til rettsenhet tilsier at dagens prosedyreformer under terskelverdien bør videreføres. Anbudskonkurransen er også innarbeidet i standardkontraktene (NS 8400/NS 8410) og det er vanskelig å se noen fornuftig grunn til at offentlige oppdragsgivere skal fratras en frihet som private oppdragsgivere har til å velge prosedyre. I kommentarene fra flertallet er det åpnet for at oppdragsgivere i konkurransegrunnlaget kan åpne for å følge prosedyrereglene i del III over EU/EØS-terskelverdi. BNL kan ikke se at dette innebærer forenkling.

Behovet for avklaringer

BNL mener som påpekt at behovet for avklaringer kan avhjelpes ved mer begrensede regeljusteringer som foreslått ovenfor. Dette vil avhjelpe mange av de situasjoner som i dag fører til at tilbud må avvises og innebære forenkling.

4. Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i regelverket

Utenfor mandatet

Forenklingutvalget er uenige i om det ligger innenfor eller utenfor utvalgets mandat å vurdere de gjeldende ikke-anskaffelsesfaglige hensynene i regelverket. Utvalget er videre uenige i om hvorvidt denne delen av regelverket skal videreføres.

BNL er enig med mindretallet i at det ligger utenfor mandatet å vurdere de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene. Etter vår vurdering følger dette klart av mandatet:

"Utvalget skal ikke:

...Vurdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregelverket skal benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn."

Flertallets forståelse av at det kun er *nye* ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som mandatet avgrenser mot, er ikke forenlig med ordlyden. Både ordlyden og det faktum at utvalget ikke er kompetansemessig sammensatt til å vurdere disse politiske spørsmålene, tilsier at det faller utenfor mandatet.

BNL forventer at departementet tar stilling til hvordan mandatets avgrensning skal forstås og at det ikke foretas videre behandling av de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene.

Siden forenklingutvalgets flertall foreslår å slette de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene, finner BNL det nødvendig å kommentere forslaget.

De ikke-anskaffelsesfaglige hensynene i regelverket må videreføres

BNL mener i likhet med partene i arbeidslivet – NHO og LO som representerer mindretallet – at de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene i regelverket må videreføres.

Regjeringen arbeider for tiden med en rekke tiltak for å motvirke de økende utfordringene med arbeidsmarkeds kriminalitet innen en rekke sektorer, herunder bygg- og anleggsbransjen. Det samme gjelder BNL/BNL/NHO som arbeider mer enn noen gang med å motvirke utviklingen som er ødeleggende for den seriøse delen av næringslivet, det seriøse arbeidslivet og samfunnet for øvrig. Dette arbeidet vil bli satt mange skritt tilbake dersom de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene slettes. Denne delen av regelverket ivaretar viktige sosiale – og miljødimensjoner som er viktige for å bidra til at anskaffelsene skjer på en samfunnstjenlig måte og for å fremme samfunnsmessige målsettinger. Se i denne sammenheng også mindretallets forslag om at formålsbestemmelsen skal fremheve at offentlige anskaffelser skal skje på en samfunnstjenlig måte, som BNL tiltrer.

BNL bemerker at flertallets forslag går i stikk motsatt retning av EU i nytt anskaffelsesdirektiv, som øker fokus på ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

Både nasjonalt og internasjonalt er retningen det motsatte av flertallets innstilling; nemlig at hensynet til miljø, livssyklus kostnader, universell utforming, innovasjon, lønns- og arbeidsvilkår mv. er så viktige at de i større grad også må fremmes gjennom de offentlige anskaffelsene:

Vi viser eksempelvis til fortalen til nytt EU-direktiv art. 95:

"Det er yderst viktig at udnytte potentialet ved at offentlige udbud fuldt ut for at nå målene for Europa 2020-strategien for intelligent, bæredyktig og inklusiv vekst. I den forbindelse bør det erindres, at offentlige udbud er en afgørende drivende kraft bag innovation, hvilket er af stor betydning for den fremtidige vekst i Europa".

Tilsvarende har det i norske lovforarbeider gjentatte ganger blitt fremhevet at miljøhensyn bør fremmes gjennom offentlige anskaffelser, se for eksempel Ot. Prp. nr. 62 2005-2006:

"Miljøhensyn ved offentlige innkjøp vil kunne påvirke innretningen av produksjonen og bidra til utviklingen av nye, bedre og miljøvennlige produkter.

Vi vil i det følgende knytte nærmere kommentarer til de enkelte hensynene:

Plikten til å ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser
BNL mener at regelen om at det skal tas hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser under planleggingsfasen må opprettholdes.

BNL viser til mindretallets begrunnelse for dette som vi slutter oss til.

Livssyklus kostnader er en viktig del av den økonomiske vurderingen av en anskaffelse. Det er en integrert del av formålet med regelverket og bør ikke oppfattes som et ikke-anskaffelsesfaglig hensyn. Oppdragsgivere har i dag et alt for stort fokus kun på anskaffelseskostnaden, og ikke på de etterfølgende driftskostnadene og innovasjon. Tilsvarende ivaretar regelverkets henvisning til at det skal tas hensyn til universell utforming og miljømessige konsekvenser viktige samfunnshensyn som må videreføres i regelverket.

Plikten til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring

BNL mener i likhet med mindretallet i utvalget at kravet til skatteattest og HMS- erklæring i gjeldende regelverk må videreføres. Vi viser til mindretallets begrunnelse som vi slutter oss til.

Ordningen ble innført for å sikre at det offentlige ikke inngår kontrakter med leverandører som mangler evne og vilje til å betale sine forpliktelser til fellesskapet eller overholde grunnleggende

HMS-regler. Tilsvarende ble det lagt vekt på det uheldige i at slike virksomheter blir tildelt offentlige kontrakter. Dagens attester er, på tross av sine svakheter, med på å demme opp mot økonomisk kriminalitet og svart arbeid og bidrar til å skille mellom bedrifter som følger grunnleggende regler og de som ikke gjør det.

Som påpekt av mindretallet er tiden overmoden for å opprette database (ref. byggenæringens opprettelse av StartBANK) som forenkler dokumentasjonen.

Lærlingeklausul, antikontraktørklausul og klausul om lønns- og arbeidsvilkår

BNL mener i likhet med mindretallet at regelverkets bestemmelser om lærlingeklausul, antikontraktørklausul og lønns- og arbeidsvilkår må videreføres. Vi viser til mindretallets begrunnelse som vi slutter oss til.

Forskriftsbestemmelsen om lærlingeklausul må bestå, men endres slik at den ikke er begrenset til å gjelde norske leverandører. Bygg- og anleggsbransjen har et stort rekrutteringsbehov innenfor alle fag. Det er behov for å gjøre det attraktivt for leverandører å være tilknyttet offentlig godkjent lærlingordning. Dette må gjøres ved at det i offentlige kontrakter stilles krav om tilknytning til offentlig godkjent lærlingordning, og ved at det stilles krav om lærlinger på prosjektet der dette er proporsjonalt ut fra kontraktens varighet og verdi.

BNLs erfaring er at bedrifter som satser på lærlinger gjennomgående også er opptatt av å drive seriøst og følge gjeldende lover og regler. Lærlingeklausulen bidrar etter vår vurdering til å fremme seriøse leverandører og et seriøst arbeidsmarked.

Det er liten tvil om at forskriftsbestemmelsen om lærlingeklausul har en viktig signaleffekt og bidrar til økt fokus på rekrutteringsbehovet. BNL anser det meget viktig at bestemmelsen blir opprettholdt.

BNL anser det også viktig at antikontraktørklausulen blir opprettholdt. Det er i dag i flere næringer utfordringer med at en lovlig organisasjonsform som enkeltpersonforetak brukes for å omgå krav til lønns- og arbeidsvilkår. Bestemmelsen må følgelig opprettholdes for å forebygge økte utfordringer med sosial dumping på grunn av omgåelser som nevnt.

BNL anser det også meget viktig at klausulen om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter blir opprettholdt.

I kraft av lov om offentlige anskaffelser er det gitt en forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår. Forskriften er av helt sentral betydning for å motvirke sosial dumping. Flertallet nevner forskriften, men drøftelsen vitner om begrenset innsikt i forskriften og dens praktiske betydning.

Forskriften gjennomfører ILO- konvensjonen om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter som pålegger offentlige myndigheter å legge til rette for at leverandørene tilbyr lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av tariffavtale. Hovedformålet med forskriften er å hindre sosial dumping i offentlige kontrakter. Forskriften har stor betydning ved siden av loven om allmenngjøring og gjeldende allmenngjøringsvedtak, særlig fordi offentlig oppdragsgiver etter forskriften er pålagt plikt til å kontrollere at kravene til lønns- og arbeidsvilkår blir oppfylt i kontrakten.

Forenklingsutvalgets flertall har ikke problematisert hvordan ILO-konvensjonen skal oppfylles i norsk rett dersom forskriften slettes.

5. Protokollplikten må videreføres

Det er uenighet i utvalget om hvorvidt plikten til å føre anskaffelsesprotokoll skal videreføres. Flertallet foreslår å oppheve protokollplikten.

Det er imidlertid enighet i utvalget om at skriftlighetskravet i regelverket skal videreføres og at vesentlige forhold og viktige beslutninger skal nedtegnes. Uenigheten går på hvordan dette skal gjøres.

BNL støtter mindretallets standpunkt om å beholde dagens protokollplikt. Protokollplikten med sin standardiserte liste over opplysninger som skal medtas er forenkling. For næringslivet er anskaffelsesprotokollen et viktig dokument som gir rettsikkerhet for at anskaffelsesprosessen skal være rettmessig. Protokollplikten er regulert i forskriften del 1, § 3-2, og gjelder dermed både over og under terskelverdi. Dette gjør flertallets forslag ekstra betenkelig.

Flertallet foreslår å slette protokollplikten uten å nevne de tungtveiende motargumentene som følger av Asplan Viaks rapport fra 2008 (s. 79):

"Gjennom dybdeintervjuene har vi kartlagt erfaringene med den såkalte protokollplikten som siden 2005 gjelder for alle innkjøp over 100.000 kroner.

De innkjøperne vi har hatt dybdeintervjuer finner at innføringen av protokollplikten har vært entydig positivt. Punktene nedenfor sammenfatter de synspunktene som kom fram:

- Ordningen gir en disiplinerende effekt i en desentralisert innkjøpsstruktur. Nær alle rapporterer at den er svært effektiv mht. å sørge for etterlevelse av regelverket. Den har bidratt til bevisstgjøring. Selve protokollen brukes ofte som en sjekkliste over at en har fulgt vesentlige deler av regelverket.
- Kan bidra til at en arbeider mer effektivt – dvs. slutter å gjøre unødvendig arbeid.
- Gir god oversikt over hva som kjøpes inn.
- Gir kommunerevisor og Riksrevisjonen grunnlag for å utføre meningsfylt revisjon."

Asplan Viaks rapport støtter mindretallets standpunkt om at protokollplikten må videreføres.

Det innebærer ingen forenkling at oppdragsgiver "tvinges til selv å ta stilling til hvilke vurderinger og beslutninger som må nedtegnes i den aktuelle anskaffelse", slik flertallet foreslår.

Det er hensiktsmessig at oppdragsgivere har ett standardisert dokument som skal beskrive alle viktige beslutninger og vesentlige forhold gjennom hele anskaffelsesprosessen. Protokollplikten sikrer grunnleggende informasjon om de konkurranseelementene som oppdragsgiver bør gi for å praktisere et minimum av gjennomsiktighet.

Anskaffelsesprotokollen, som gjerne kan være elektronisk, innebærer en betydelig forenkling både for oppdragsgiver og leverandører ved begjæringer om innsyn etter offentlighetsloven. Alternativet er at oppdragsgiver i forbindelse med innsynsbejæringer må samle inn annet skriftlig materiale som e-poster, håndskrevne notater mv. fra ulike saksbehandlere. Dette innebærer ingen forenkling.

6. Plikten til å angi tildelingskriteriene og prioritering/vekt må videreføres

Gjeldende forskrift § 13-2 (2) krever at tildelingskriteriene skal angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget:

"Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget."

Denne plikten er ikke videreført i forslaget til ny § 5-10. Rapporten inneholder ingen drøftelser som kan begrunne plikten ikke er videreført (pkt. 21.2.3). Særlig av hensynet til forutberegnelighet, er det meget viktig at plikten til å angi kriteriene videreføres i den nye bestemmelsen.

I rapporten pkt. 21.2.3 foreslår forenklingsutvalget at plikten til å angi tildelingskriterienes vekt eller prioritering hvis oppdragsgiver har bestemt seg på forhånd, jf. gjeldende forskrift §13-2 annet ledd fjerde punktum, ikke skal videreføres. Begrunnelsen er at denne plikten er tilnærmet umulig å etterprøve. Flertallet mener derfor det vil være en forenkling å stryke regelen.

BNL er uenig og mener at bestemmelsen må videreføres. Begrenset etterprøvbarehet ikke er noe tungtveiende motargument.

Dersom oppdragsgiver på forhånd har bestemt seg for tildelingskriterienes vekt eller prioritering, er det sentralt at dette kommuniseres slik at leverandørene kan spisse sine tilbud i den retning oppdragsgiver ønsker.

Forenklingsutvalget understreker at det ofte vil være anskaffelsesfaglig velfundert å vurdere hvilken vekt det enkelte tildelingskriterium skal ha og tilkjenne dette i konkurransegrunnlaget. Utvalget peker på at dette kanskje særlig gjelder ved store bygg- og anleggskontrakter. BNL er selvsagt enig, men mener altså at utvalget undervurderer behovet for forhåndsavklaring.

Det er særlig viktig innenfor bygg og- anleggssektoren hvor det nasjonale regelverket som påpekt gjelder anskaffelser inntil kr 39 mill eks. mva. Det er vanskelig å se noen fornuftig grunn til at oppdragsgiver ved store anskaffelser av for eksempel barnehager eller idrettshaller ikke skal ha plikt til å kommunisere om pris for eksempel skal telle 100 prosent eller 30 prosent og kvalitet 0 % eller 50 prosent, når oppdragsgiver har bestemt seg for dette på forhånd. Konsekvensen er at leverandørene ikke vet hva oppdragsgiver ønsker og at oppdragsgiver kanskje får tilbud som ikke svarer på ønskene. En annen uheldig konsekvens er at tilbudene ofte vil være vanskelig å sammenlikne, hvilket gjør det vanskelig å ivareta grunnprinsippet om likebehandling.

Tilbakemeldingen fra våre medlemmer er at det er mye enklere å levere et godt tilbud når tildelingskriterienes vekt eller prioritering er kommunisert på forhånd. Dette skaper også tillitt til at anskaffelsesprosessen har gått riktig for seg og bidrar til å forebygge klager.

BNL mener på denne bakgrunn at oppdragsgivers plikt til å angi tildelingskriteriene på forhånd må videreføres. Det samme gjelder dagens krav til å forhånds kommunisere tildelingskriterienes vekt eller prioritering der oppdragsgiver har bestemt seg på forhånd.

7. Bruk av kontraktstandarder

Etter gjeldende forskrift § 3-11 skal oppdragsgiver som hovedregel bruke fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder der slike finnes.

Det var uenighet i utvalget om hvorvidt bestemmelsen skal videreføres. Flertallet foreslår bestemmelsen slettet. BNL er enig med mindretallet i at bestemmelsen må videreføres.

Flertallets begrunnelse er at bestemmelsen er av mer motiverende art og ikke har noe rettslig innhold. Flertallet erkjenner at "... oppdragsgivere har en tendens til å lage egne standarder som er ubalanserte i egen favør, for å "sikre seg", men mener at dette problemet må løses gjennom veiledning, utarbeidelse av gode standarder mv.

Flertallets forslag er en dårlig løsning. Verken standardkontrakter eller veiledning løser alene utfordringene med bruk av ubalanserte kontrakter. De gode standardene finnes for øvrig i stor grad allerede, uten at dette har løst problemet. Som eksempler nevnes for bygg og anleggsprosjekter (NS 8405, NS 8406, NS 8407 osv.), innkjøp av rådgivertjenester (NS 8401 og NS 8402), byggelederoppdrag (NS 8403), og kjøp av byggevarer (NS 8409).

Bruk av balanserte kontraktbestemmelser som gir en fornuftig og forutsigbar fordeling av risiko og rettigheter, gir bedre konkurranse og større trygghet for at kontrakten senere etterleveres etter sin intensjon. Man reduserer også risikoen for feilprising og kostbare konflikter i etterkant.

Etter BNLs vurdering har forskriften § 3-11 en svært viktig signaleffekt. Bestemmelsen gir den nødvendige forankringen i regelverket av prinsippet om at offentlige oppdragsgivere skal bruke balanserte kontrakter.

Før bestemmelsen ble innført hadde bygg- og anleggsnæringen enda større utfordringer enn i dag med bruk av ubalanserte kontraktbestemmelser. Bestemmelsen har bidratt til økt fokus på behovet for balanserte kontrakter, og tilrettelagt for dialog mellom næringen og politiske myndigheter og offentlige oppdragsgivere om dette problemet. Illustrerende er brevet som ble sendt ut fra daværende statsråd Heidi Grande Røys til alle landets offentlige oppdragsgivere i juli 2009. Grande Røys oppfordret – under henvisning til forskriften § 3-11 – alle offentlige oppdragsgivere til å gå igjennom interne kontraktinstruksjoner med sikte på å begrense avvikene og tilleggene til kontraktstandardene. Statsråd Monica Mæland gikk tidligere i år ut med en tilsvarende oppfordring med henvisning til forskriften § 3-11.

For å redusere problemet med ubalanserte kreves det et kontinuerlig arbeid både fra næringen, politiske myndigheter og offentlige oppdragsgivere selv. BNL anser det på denne bakgrunn meget viktig at bestemmelsen i forskriften § 3-11 videreføres.

8. Øvrige innspill fra BNL

8.1 Bestemmelsen om registrering av innkomne tilbud § 11-6 og tilbudsåpning § 11-7

Gjeldende forskrift § 11-6 pålegger oppdragsgiver plikt til å registrere tilbudene etter hvert som de kommer inn, ved å påføre tidspunkt for mottak. Bestemmelsen er foreslått slettet av utvalget. Utvalget viser til at oppdragsgiver må kunne redegjøre for om mottatte tilbud ble levert innen fristen, men mener at anskaffelsesregelverket ikke bør gjøre dette på en bestemt måte.

Gjeldende forskrift § 11-7 inneholder regler om tilbudsåpning og slår blant annet fast at tilbudene skal foretas av minst to representanter for oppdragsgiver. Bestemmelsen er ment å sikre at oppdragsgiver ikke undersøker tilbudsfristens utløp og er foreslått slettet som følge av flertallets forslag til ny prosedyre.

BNL mener i likhet med forenklingutvalgets mindretall at dagens prosedyrer må videreføres. Som en naturlig konsekvens av dette må forskriften fortsatt inneholde bestemmelser som sikrer tillitt til at anskaffelsesprosessen går riktig for seg. Det bør utarbeides én bestemmelse om tilbudsåpning.

8.2 Leverandører som ikke har betalt skatter, avgifter eller trygdeavgifter - avvisningsplikt

I nytt anskaffelsesdirektiv er det innført en plikt til å avvise leverandører som ikke har betalt skatter, avgifter eller trygdeavgifter når oppdragsgiver er kjent med forholdet, og dette har blitt slått fast i en rettslig eller administrativ avgjørelse som har bindende virkning i henhold til nasjonale regler i leverandørens eller oppdragsgivers medlemsland.

Forenklingsutvalget mener at oppdragsgiver i det nasjonale regelverket kun skal ha *en rett* til å avvise leverandøren i et slikt tilfelle.

BNL mener at det i slike tilfeller – på samme måte som i EU-direktivet – må innføres plikt til å avvise leverandøren. Det kan ikke aksepteres at en leverandør som er rettskraftig dømt for ikke å betale skatter, avgifter eller trygdeavgifter skal få tildelt offentlige kontrakter på bekostning av seriøse leverandører som driver innenfor lovens rammer. Forenklingsutvalgets standpunkt er et av mange eksempler på hvordan utvalget vil tilside sette samfunnsmessige hensyn ved offentlige anskaffelser. Det er ingen tjent med bortsett fra de useriøse leverandørene. Det vil for øvrig også innebære forenkling å ha samme avvisningsregel over og under terskelverdiene.

8.3 Tilbud med vesentlige avvik må avvises

Det er uenighet i utvalget om hvorvidt oppdragsgiver skal ha anledning til å utsette vurderingen av om et tilbud må avvises på grunn av vesentlige avvik til etter at forhandlinger er gjennomført.

BNL er enig med mindretallet i at tilbud med vesentlige avvik må avvises med en gang. Hensynet til like regler over og under terskelverdiene taler for dette. En slik regel vil videre skape problemer for utvelgelsen av tilbud til forhandlinger fordi tilbudene vil kunne inneholde vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget og dermed ikke være sammenlignbare. Incitamentene til å gjøre et forsvarlig forarbeid vil også bli svekket dersom man tillater at det kan innledes forhandlinger med tilbud med vesentlige avvik. Hensynet til forutberegnelighet og likebehandling trekker i samme retning. Leverandører som ikke forholder seg til konkurransegrunnlaget vil kunne oppnå fordeler ved å levere tilbud med vesentlige avvik fordi de kan presse ned prisen og komme i forhandlingsposisjon. Ved å levere tilbud med vesentlige avvik vil leverandøren imidlertid alltid risikere avvisning fordi oppdragsgiver *kan* velge å avvise tilbudet.

8.4 Rammeavtaler

I rapporten er det foreslått at forskriften ikke lenger skal detaljregulere prosedyrer for avrop. Forslaget er begrunnet med at reglene under EU/EØS-terskelverdiene skal være mer fleksible enn over. Dette er igjen et forslag som svekker leverandørenes forutberegnelighet. BNL er bekymret for at dette kan føre til at det reelt sett blir forhandling om pris i to omganger. Vi ønsker derfor å videreføre dagens regler.

8.5 Forslag om å slette bestemmelsen om poster som ikke er priset

Forenklingsutvalget foreslår å slette forskriftens § 12-2 som slår fast at poster som ikke er priset skal anses innkalkulert i andre poster.

BNL er uenig i forslaget og mener at bestemmelsen må opprettholdes. Dette er en bestemmelse med lange tradisjoner og som innebærer forenkling både for oppdragsgivere og leverandører. Samme regel er for øvrig inntatt i både NS 8400 pkt. 5.1.2 (anbudskonkurranse) og NS 8410 pkt. 5.1.2 (forhandlet prosedyre), noe som viser at dette er en innarbeidet bestemmelse i bransjen. Vi kan ikke se at det er noe enklere for offentlig oppdragsgivere isteden å prise poster som ikke er priset ut fra en "worst case"- betraktning.

8.6 Terskelverdier

BNL er enig med flertallet i at dagens terskelverdi på kr 500.000 skal videreføres. Det er ikke hensiktsmessig å øke terskelverdien til kr 3 mi.l for bygg- og anleggskontrakter, slik mindretallet foreslår, og dette vil heller ikke innebære forenkling.

8.7 Forslaget til minimumsregelverk

Utvalget har i overenstemmelse med mandatet i kapittel 28 utredet et alternativt forslag til minimumsregelverk.

Etter flertallets forslag vil et minimumsregelverk innebære at kun grunnprinsippene får anvendelse sammen med en kunngjøringsplikt og et skriftlighetskrav.

BNLs klare vurdering er at et minimumsregleverk ikke bør innføres under EU/EØS-terskelverdiene. Vi mener at et slikt regelverk ikke vil innebære noen forenkling, men trolig kun bidra til større usikkerhet, ulik praktisering, manglende forutsigbarhet mv. Vi viser til våre kommentarer over som klart tilsier at et minimumsregleverk ikke bør innføres.

9. Avslutning

BNL mener at et nytt forenklet regelverk må være balansert, slik at forenklingene kommer både oppdragsgivere og leverandører til gode. Et balansert regelverk er en forutsetning for å oppnå et velfungerende marked og for å sikre seriøsitet.

Dersom departementet går inn for å videreføre dagens anskaffelsesprosedyrer, er det behov for enkelte tilpasninger av regelverket som ikke er ivaretatt i forenklingsutvalgets rapport. Dette bør kunne gjøres relativt raskt og uten store juridiske utfordringer.

I det videre arbeidet bør det også tilstrebes å få til en klar og oversiktlig redigering av bestemmelsene. Både i gjeldende regelverk og i forenklingsutvalgets rapport er stoffet noe vanskelig tilgjengelig fordi bestemmelsene ikke er behandlet i logisk rekkefølge og som følge av manglende bruk av overskrifter. Her ligger det også et betydelig forenklingspotensial som med enkle grep kan avhjelpes.

BNL stiller seg til disposisjon for nærmere dialog med departementet om utvalgets forslag, særlig gjelder dette det vi har fremholdt ovenfor om anskaffelsesprosedyre og ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglig hensyn.

Vennlig hilsen
Byggenæringens Landsforening



Jon Sandnes
Administrerende direktør