

Nærings- og fiskeridepartementet  
Postboks 8090 Dep  
0030 OSLO

postmottak@nfd.dep.no

Vår referanse:

14/00989-3

Deres referanse:

Dato:

07.11.2014

Saksbehandler:

Miriam Schei, +47 416 64 266

Solveig Mathisen Bergsten

## Høring – NOU 2014:4 Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

### Innledning

Det vises til departementets brev av 20. juni 2014 om et nytt og forenklet norsk anskaffelsesregelverket som ikke er omfattet av EUs anskaffelsesdirektiv. Men enkelte unntak støtter Helse Sør-Øst RHF at det norske regelverket baseres på forenklingsutvalgets prinsipielle forslag. Helse Sør-Øst RHF har imidlertid enkelte innvendinger og kommentarer til utvalgets prinsipielle forslag, slik det fremgår nedenfor.

Med unntak av kjøp av helsetjenester (hvor verdien av Helse Sør-Øst kontrakten kan komme opp mot +/- 1 milliard NOK), vil det nye norske anskaffelsesregelverket i mindre grad berøre Helse Sør-Øst RHF anskaffelser. Dette skyldes at våre anskaffelser som oftest overstiger EU/EØS terskelverdi. For anskaffelse av helse- og sosialtjenester (uavhengig av om verdien overstiger EU/EØS terskelverdi) innebærer forenklingsutvalgets forslag at det, i all hovedsak, skal gjelde de samme bestemmelsene som for øvrige anskaffelser som ligger under EU/EØS terskelverdi. Dersom de regionale helseforetakene skal kunne ivareta sitt ansvar etter helseforetaksloven § 1 (2), herunder sørge for at det ytes "gode og likeverdige spesialisthelsetjenester" til alle som trenger det, når de trenger det, uavhengig av bosted, er det av stor betydning å kunne anskaffe slike tjenester etter en mer fleksibel prosess enn hva forslaget synes å legge til rette for. Helse Sør-Øst RHF mener det bør utarbeides et eget og særlig regelverk for anskaffelse av helse- og sosialtjenester, og vil derfor i særlig grad kommentere de foreslåtte reglens betydning på dette punktet.

Helse Sør-Øst RHF vil i det følgende dele høringssvaret i to hoveddeler: en del hvor det gis en overordnet tilbakemelding knyttet til formål, grunnprinsippene, ikke-anskaffelsesfaglige hensyn og helse- og sosialtjenester blir gjennomgått og kommentert, og en del hvor forslagens øvrige enkeltbestemmelser blir kommentert.

Helse Sør-Øst RHF høringssvar er utarbeidet i samarbeid med enkelte helseforetak i regionen, samt vår innkjøpsenhet – Sykehuspartner.

*Helse Sør-Øst er den statlige helseforetaksgruppen som har ansvar for spesialisthelsetjenestene i Østfold, Akershus, Oslo, Hedmark, Oppland, Buskerud, Vestfold, Telemark, Aust Agder og Vest Agder. Virksomheten er organisert i ett morselskap, Helse Sør-Øst RHF, og 10 datterselskap. I tillegg leveres sykehustjenester i regionen av privateide sykehus, etter avtale med Helse Sør-Øst RHF.*

## 1. Overordnet tilbakemelding

### Formål

Helse Sør-Øst RHF stiller seg i det vesentligste positiv til forslaget om å rendyrke formålsbestemmelsen i lov om offentlige anskaffelser (LOA), herunder ved at skillet mellom mål og middel klargjøres. Helse Sør-Øst RHF støtter flertallets forslag, dog slik at ordlyden bør justeres noe. Slik ordlyden i den foreslåtte § 1 nå er formulert, synes "konkurranse" å være et formål i seg selv. Etter Helse Sør-Øst RHF sitt syn er "konkurranse" mer å anse som et virkemiddel for å oppnå formålet om effektiv ressursbruk, fremfor et mål i seg selv, og ordlyden i LOA § 1 bør i større grad gjenspeile dette.

### Grunnleggende prinsipper

Helse Sør-Øst RHF vurderer at det vil være hensiktsmessig å uttrykkelig nevne de grunnleggende prinsippene, forutberegnelighet og etterprøvbarehet, i opplistingen i den foreslåtte LOA § 5. Selv om utvalgets forslag om å fjerne disse to grunnleggende prinsippene ikke er ment å innebære noen realitetsendringer, kan det ikke ses bort fra det vil oppstå en risiko for at disse prinsippene ikke vil bli ivare tatt i tilstrekkelig grad og/eller at det kan oppstå usikkerhet om hvilke regler som gjelder. Dette skyldes særlig at det disse to prinsippene ikke fullt ut synes å inngå i de øvrige grunnleggende prinsippene som følger av den foreslåtte LOA § 5.

### Ivaretagelse av ikke-anskaffelsesfaglige hensyn i anskaffelsesregelverket

Et samlet utvalg legger til grunn at anskaffelsesregelverket ikke er, og ikke skal være til hinder for å ivareta ikke-anskaffelsesrettslige hensyn. Ut fra et regulatorisk forenklingperspektiv foreslår et flertall imidlertid å fjerne gjeldende bestemmelser som om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, og som hhv. kan kategoriseres som lovpålegg (plikt til å ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser), dokumentasjonskrav (plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring) og kontraktsvilkår (regler om rett til å innta lærlingklausuler og plikt til å innta klausuler om lønns- og arbeidsvilkår i kontrakten).

Helse Sør-Øst RHF støtter i hovedsak utvalgets forslag. Helse Sør-Øst RHF oppfatter imidlertid de foreslåtte reglene som uklare med hensyn til den nærmer adgangen til å forfølge ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, og mener reglene må bearbeides ytterligere slik at dette fremkommer tilstrekkelig klart av forskriftsbestemmelsene hvilke regler som skal gjelde. Med hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser stiller Helse Sør-Øst RHF seg noe tvilende til om plikten til å ta slike hensyn bør fjernes helt fra anskaffelsesregelverket. Selv om bestemmelsene ikke er like relevant for alle typer anskaffelser, og selv om det er andre regelsett som mer treffende ivaretar eller kan ivareta de hensyn som disse reglene er ment å ivareta, bidrar reguleringen til en økt bevissthet. Helse Sør-Øst RHF er bekymret for at en fjerning av plikten til å ivareta slike sosiale- og miljømessige dimensjoner vil svekke den viktige signaleffekten som dagens regler innehar.

Flertallets forslag om å fjerne bestemmelsen som gir adgang til å reservere kontrakter over EU/EØS-terskelverdi til ideelle organisasjoner, vurderes å være en nødvendig konsekvens av det nye anskaffelsesdirektivet. Hvorvidt, og eventuelt hvordan, de ikke-anskaffelsesfaglige hensyn som ligger bak bestemmelsen videre best kan ivaretas, bør imidlertid utredes nærmere.

### **Anskaffelse av helse- og sosialtjenester - særlig om behovet for fleksible tildelingsmekanismer ved kjøp av helsetjenester**

I likhet med de tre andre helseregionene, har Helse Sør-Øst RHF en plikt etter helseforetaksloven og spesialisthelsetjenesteloven til å sørge for et behandlingstilbud for innbyggere i hele helseregionen. De regionale helseforetakene ivaretar dette ansvaret dels gjennom egne helseforetak, dels gjennom kjøp av helsetjenester fra ulike private leverandører, bruk av private ideelle sykehus som er en integrert del av den offentlige spesialisthelsetjenesten og dels ved bruk av avtalespesialister. Til sammen skal de tjenestene som produseres av helseforetakene og tjenestene som anskaffes gi et helhetlig og likeverdig tilbud til alle pasientene i helseregionen.

Mens utvalgets forslag innebærer ett felles regime for kjøp av alle typer helsetjenester, innebærer dagens system at Helse Sør-Øst RHF kan velge å forholde seg til tre forskjellige regelregimer - med varierende grad av fleksibilitet. Ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner gjelder det få eller ingen EØS-rettslige krav og inngåelse av avtaler er kun underlagt de grunnleggende prinsippene i loven og forskriftens del I, slik de i hovedsak må forstås ut fra forvaltningsrettslige prinsipper. Ved anskaffelse av helsetjenester fra kommersielle aktører er Helse Sør-Øst RHF derimot fullt ut underlagt de nasjonale prosedyrereglene i forskriftens del II. Anskaffelse av rehabiliteringstjenester, som er unntatt fra del II og dermed kun følger forskriftens del I, kommer i en mellomstilling. Etersom unntaket gjelder både for anskaffelse fra kommersielle og fra ideelle tilbydere, gjelder krav etter EØS-avtalens hoveddel til anskaffelsen.

I mange tilfeller er det å etablere et helhetlig og likeverdig tilbud til alle pasienter i regionen anskaffelsesrettslig svært krevende, fordi svært mange og til dels motstridende hensyn skal ivaretas. De regionale helseforetakene er omforente om de særlige utfordringene som gjør seg gjeldende ved anskaffelse av en rekke helsetjenester, og etter Helse Sør-Øst RHF sin vurdering brytes oppdragsgivers forpliktelser under anskaffelsesreglene (dagens FOA del II, og for så vidt de foreslåtte nye reglene) på flere punkter mot det lovpålagte sørge-for ansvaret. Etter anskaffelsesreglene vil i utgangspunktet situasjonen eksempelvis kunne være at i den grad det beste tilbudet dekker hele det volum oppdragsgiver har utlyst, skal oppdragsgiver tildele hele volumet til den aktuelle tilbyderen. Gjør han ikke dette, vil ikke valget av tilbudet skje på grunnlag av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige.

Hvis man foretar en slik tildeling i en konkurranse om anskaffelse av helsetjenester, kan imidlertid det å tildele hele volumet Helse Sør-Øst RHF har utlyst til kun én aktør lett komme i strid med det sørge-for ansvaret man har i henhold til helseforetaksloven og spesialisttjenestehelseloven. Helse Sør-Øst RHF lovpålagte plikt innebærer å sørge for et likeverdig tilbud til befolkningen i hele regionen. Denne plikten vil i utgangspunktet ikke være oppfylt dersom det kun tildeles kontrakt til én aktør i ett geografisk område, da dette vil innebære at de deler av befolkningen som befinner seg i andre deler av regionen må reise uforholdsmessig langt for å få stilt sitt helsebehov. Eksempelet illustrerer at det ikke nødvendigvis er samsvar mellom regelverket for offentlige anskaffelser og det lovpålagte "sørge for" ansvaret. Et stykke på vei vil slike forhold kunne hensyntas gjennom de gjeldende og foreslåtte anskaffelsesreglene, for eksempel ved å vektlegge tilgjengelighet, eller ved å dele inne anskaffelsene i regionale områder. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis en god løsning heller, ettersom leverandørene utenfor hovedstadsområdet kan ha monopol innenfor sitt geografiske område. En konkurranse som skissert ville følgelig kunne føre til liten konkurranse, høyere priser og en risiko for at kvaliteten på noen av virksomhetene ligger langt under den kvaliteten befolkningsgruppen i andre deler av

regionen blir tilbudt. Også sistnevnte ville være i strid med "sørge for ansvaret", ettersom dette ansvaret ikke bare retter seg mot geografisk likhet, men også den kvalitetsmessige likheten på ytelsene. For å forsøke å balansere de nevnte regelverk og hensyn mot hverandre har Helse Sør-Øst RHF i flere av de siste årenes konkurranser om helsetjenester som følger FOA del II valgt en metode der man i utgangspunktet tildeler kontrakter etter angitte tildelingskriteriene, men med forbehold om at den tilbyder som har det økonomisk mest fordelaktige tilbudet ikke får tildelt hele det utlyste volumet. Videre tas det visse forbehold om at resultatet av konkurransen kan fravikes om det er nødvendig av geografiske hensyn. Dette gir gjerne adekvate resultater, men metoden leder ofte til en viss diskusjon med tilbyderne.

Ved anskaffelse av de mer komplekse og sammensatte helsetjenestene (særlig rehabilitering, tverrfaglig rusbehandling og tjenester innen psykisk helsevern), er det behov for ytterligere fleksibilitet, herunder når det gjelder tildelingsmekanismen, enn hva som ovenfor er skissert. Bakgrunnen er særlig at tilbudene innen disse tjenesteområdene er svært ulikt bygget opp (bla. med hensyn til målgrupper og behandlingssideologi), og innbyr til et ønsket mangfold som vanskelig kan kravsettes i sin helhet på forhånd. Ved anskaffelse av disse tjenestene benytter Helse Sør-Øst RHF seg i stor grad av relevante unntaksbestemmelser som gjør det mulig å gjennomføre prosessen basert på de grunnleggende prinsippene i LOA og FOA del I (slik de er å forstå for denne typen anskaffelser). Dagens unntaksregler gjør det mulig å kunne legge til rette for en tildelingsmekanisme som fullt ut tar opp i seg sørge-for ansvarets tre ulike akser – hhv. hensynet til kvalitet/pris, geografiske forhold og et mangfoldig og differensiert tilbud. Med bakgrunn i en slik tredelt tildelingsmekanisme, vil det kunne oppstå tilfeller der en tilbyder som kvalitativt sett er vurdert å ha et bedre tilbud, eksempelvis må vike til fordel for en tilbyder som er vurdert til å ha et spesielt/unikt tilbud, men som ikke i tilstrekkelig grad kan dekkes av de øvrige virksomheters tilbud. Det kan også være andre forhold enn kvalitet som særlig er av betydning for tildelingen (eksempelvis hensyn til geografisk spredning, geografisk nærhet for deler av tjenesten i visse områder, og som det i konkurransegrunnlaget er vanskelig å definere klart på forhånd – før man har sett samtlige inngitte tilbud).

Slik Helse Sør-Øst RHF ser det, gir ikke de foreslåtte prosedyrereglene anledning til å benytte denne beskrevne fleksible tildelingsmekanismen, og tildele avtaler basert på en samlet helhetsvurdering av hvilke tilbud som totalt sett vil dekke regionens behov på best mulig måte innenfor fastsatt budsjett. Dersom forslaget er ment å gi rom for samme grad av fleksibilitet som det nye anskaffelsesdirektivet gir anvisning på, er forslaget i beste fall uklart med hensyn til om de særlige utfordringene ved kjøp av helsetjenester vil kunne ivaretas. Det pekes særlig på den foreslåtte § 5-10 (tildelingskriterier), der kvalitet, pris og tilgjengelighet kun er nevnt under én tildelingsakse. Om aksene mangfoldig/differensiert tilbud og geografisk fordeling kan omfattes av dette, oppfattes ikke som klart, sett opp mot ordlyden "hva som er relevant for kontrakten".

For øvrig peker Helse Sør-Øst RHF på at det kan være ønskelig og legitimt med et helt annet samarbeid med private aktører innenfor området komplekse helsetjenester enn de foreslåtte reglene ser ut til å tillate. Det bør være adgang til i betydelig grad å integrere leverandørene i det offentlige tilbudet, ved å endre samarbeidsform og omfang over tid, gjøre bruk av funksjonsfordeling mellom offentlig og privat, uten hinder av anskaffelsesreglene. Verken forskriften eller forenklingsutvalgets omtale av disse særlige tjenestene er tydelige med hensyn til dette.

Ut over dette tiltres forslaget om at rammeavtaler skal kunne ha lengre varighet enn 4 år, samt endringsadgang i konkurransegjennomføringen og den inngåtte kontrakt.

### Oppsummert tilbakemelding:

For å kunne ivareta sitt ansvar etter helseforetaksloven § 1 (2), og herunder at sørge for at det ytes "gode og likeverdige spesialisthelsetjenester" til alle som trenger det, når de trenger det, og uavhengig av bosted, er det av stor betydning å kunne gjennomføre enkelte anskaffelser etter en mer fleksibel metodikk - hvor det ikke på forhånd må settes klare (tradisjonelle) tildelingskriterier og tildeles avtaler etter én tildelingsakse. På denne bakgrunn mener Helse Sør-Øst RHF at det bør utarbeides et særlig regelverk for anskaffelse av helse- og sosialtjenester, hvor bla. innholdet i de momentene som er opplistet i anskaffelsesdirektivets artikkel 76 nr. 2 bearbeides og inntas. Det bør også synliggjøres at det er opp til oppdragsgivers skjønn å beslutte hvorvidt det skal gjennomføres forhandlinger eller ikke, og hvordan disse nærmere skal gjennomføres, også etter at tilbudene er mottatt. Noe avhengig av hvordan det endelige regelverket blir utformet, mener Helse Sør-Øst RHF at det ikke bør innføres en nasjonal terskelverdi som er lavere enn EU/EØS terskelverdi. For øvrig bør utvalgets forslag om å innføre en særbestemmelse om rammeavtales varighet (hvor varighet tilpasses og defineres ut fra brukerens behov og kontraktens formål) videreføres ved eventuell utarbeidelse av et nytt og særlig regelverk for helse- og sosialtjenester.

### **Helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere**

Helse Sør-Øst RHF viser til NOU 2014: 4, kapittel 12.4.4. Utvalget viser til at direktiv 2014/24 EU ikke har noen spesifikke bestemmelser som synes å gi hjemmel til å innføre unntak for anskaffelse av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere over EU/EØS-terskelverdien på ca. 6 millioner kroner. På bakgrunn av anskaffelsesdirektivet vurderer utvalget at det neppe er EU/EØS-rettslig mulig å innføre et unntak i anskaffelsesregelverket over EU/EØS-terskelverdiene som løser den tilsynelatende konflikten mellom enkeltindividets rett til konfidensialitet, helsepersonells taushetsplikt og anskaffelsesregelverket ved kjøp av tjenester til enkeltbrukere. For å hindre at oppdragsgiver kan bli stilt i en situasjon der han blir tvunget til å bryte helsepersonellens lovpålagte taushetsplikt eller anskaffelsesregelverkets krav til å følge fastsatte prosedyrer, mener utvalget derfor at det er nødvendig å gjøre innskrenkninger i den enkeltes personvern - ved å endre helsepersonellovens taushetspliktregler. Helse Sør-Øst RHF stiller spørsmål ved utvalgets tilnærming, og vurderer at annet overnasjonalt rammeverk som statene også er forpliktet til å overholde (eks. EMK art 8, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, EUs personverndirektiv mv.), må få betydning for interesseavveiningen og hvordan anskaffelsesdirektivet i denne sammenheng skal tolkes, og videre implementeres i norsk ret.

Helse Sør-Øst RHF mener under enhver omstendighet at direktivets terskelverdi (ca 6 millioner kroner) for helse- og sosialtjenester, bør legges til grunn, noe som et stykke på veg kan avhjelpe utfordringene – forutsatt at det etableres unntak for kjøp av tjenester til enkeltbrukere under denne verdigrensen.

## **2. Merknader til enkeltbestemmelser**

### NOU 2014:4 Kapittel 12 - Unntak

Helse Sør-Øst RHF støtter mindretallet i at kontrakter med en anslått verdi under 100.000 kroner skal omfattes av anskaffelsesregelverket. Helse Sør-Øst RHF mener at det er lite sannsynlig at ressursbesparelsene vil veie opp for ulempene ved at det ikke lenger er en plikt til å følge de grunnleggende prinsippene. Kravet om konkurranse sett i sammenheng med forholdsmessighetsprinsippet vil øke muligheten for at offentlige anskaffelser skjer på en måte som fører til mer effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.

Helse Sør-Øst RHF er enig i flertallets beslutning om at det skal gjelde et skriftlighetskrav knyttet til de vesentligste vurderinger og viktige beslutninger som oppdragsgiver tar i anskaffelsesprosessen. Helse Sør-Øst RHF mener oppdragsgiver bør være forpliktet til å samle slike skriftlige nedtegnelser i ett dokument, og da i anskaffelsesprotokollen. En samling av opplysninger i ett dokument vil i mange tilfeller kunne lette den praktiske gjennomføringen av innsynsbegjæringer.

#### NOU 2014:4 Kapittel 15 - Kontrakten

Helse Sør-Øst RHF støtter flertallet om at FOA § 3-11 første ledd "er en regel som ikke har noe rettslig innhold, og som er av mer motiverende art", og at det derfor er mer naturlig at bruk av balanserte kontraktsstandarder fremmes i form av veiledning, utarbeidelse av gode standarder mv. i stedet for i forskriftens del II. Helse Sør-Øst RHF er også enig i at det nye direktivets artikkel 70 bør plasseres i forskriftens felles del (del I) og komme til anvendelse uansett anskaffelsens verdi. Direktiv 2014/24/EU artikkel 72 om endringer i kontrakt er langt på vei kodifisering av gjeldende rett og reglene følger i hovedtrekk de grunnleggende prinsippene som gjelder for anskaffelser både over og under EU/EØS-terskelverdiene. Helse Sør-Øst RHF er enig i at det blir riktig å innta en ny bestemmelse om endring av kontrakt i anskaffelsesforskriften del I og at grensen for hva som bør anses som vesentlig bør variere ut i fra anskaffelsens verdi jf. forholdsmessighetsprinsippet. Helse Sør-Øst RHF er også enig i at det skal mye til for å konstatere at en endring i kontrakt om helse- og sosialtjenester er vesentlig når endringen er begrunnet i brukerens behov og kontraktens formål.

Helse Sør-Øst RHF støtter videre utvalgets flertall om at det ikke bør innføres nye bestemmelser om bruken av underleverandører i forskriftens del II og er enig i at det er mest hensiktsmessig med en generell bestemmelse om at konkurransegrunnlaget skal inneholde alle opplysninger som er av betydning for leverandørens utarbeidelse av tilbud, i stedet for en detaljert liste over hva slike opplysninger skal omfatte.

#### NOU 2014:4 Kapittel 16 Anskaffelsesprosedyrer

Helse Sør-Øst RHF er i all hovedsak enig i at flertallets forslag til endringer av prosedyreformer og reglene for gjennomføring av forhandlinger er med på å sikre oppdragsgiver god fleksibilitet og å fremme effektiv ressursbruk. Helse Sør-Øst RHF mener at flertallets forslag til regler for gjennomføring av forhandlinger må styres av de grunnleggende prinsippene, herunder forholdsmessighetsprinsippet med tanke på omfanget og graden av forhandlingene, likebehandlingsprinsippet under hele gjennomføringen og fremgangsmåten i forhandlingene, og gjennomskiktighetsprinsippet ved at oppdragsgiver har en plikt til å sikre at alle vurderinger og beslutninger av betydning nedtegnes skriftlig. Helse Sør-Øst RHF mener også at flertallets forslag om at oppdragsgiver skal ha adgang til å bortforhandle vesentlige avvik under del II er en god løsning, så lenge det fremgår klart at overholdelse av likebehandlingsprinsippet og gjennomskiktighetsprinsippet er helt sentralt.

Flertallet har forøvrig følgende forslag til endring: "Flertallet er av den oppfatning at levering av et revidert tilbud ikke skal innebære at det opprinnelige tilbudet ikke lenger er bindende. Hvis dette var tilfellet ville en leverandør som angrer på et avgitt tilbud, kunne frigjøre seg ved å levere et revidert tilbud. Alle tilbud fra en leverandør skal altså være bindende." Helse Sør-Øst RHF er usikker på hva dette innebærer i praksis og ser heller ikke behovet for å innføre en slik endring, da det er oppdragsgiver som styrer prosessen og gir leverandørene beskjed om og når revidert tilbud skal innleveres. Dersom en leverandør angrer på et avgitt tilbud vil ikke denne

leverandøren kunne frigjøre seg fra sitt tilbud hvis tilbudsfristen har gått ut; og et revidert tilbud vil leverandøren bare kunne levere dersom oppdragsgiver åpner for det etter gjennomført forhandling som gjerne foregår over flere faser (som innebærer innlevering av flere reviderte tilbud som et resultat av forhandlingene). Helse Sør-Øst RHF forstår derfor ikke at det er behov for å gjennomføre en slik endring. Dersom det besluttes å innta denne endringen mener Helse Sør-Øst RHF at det må tydeliggjøres hva denne endringen vil innebære i praksis, herunder for eksempel om endringen betyr at alle tilbudene til en leverandør ved avslutning av en konkurranse med forhandling må anses for å være bindende. Vi stiller spørsmål ved om dette i så fall vil bety at oppdragsgiver ved tildelingen må evaluere alle de innleverte (bindende) tilbudene fra samme leverandør, og etter det kan velge å tildele kontrakt i tråd med det tilbudet som oppdragsgiver vurderer som det økonomisk mest fordelaktige. Vi stiller også spørsmål ved om det i tildelingsbeslutningen må presiseres hvilket tilbud som er lagt grunn for evalueringen.

Helse Sør-Øst RHF er enig med flertallet om at en mest mulig effektiv ressursbruk sikres ved at oppdragsgiver selv velger hvor mange det skal forhandles med ut i fra en vurdering av kontraktens art og størrelse, slik at det er kun leverandører som faktisk er aktuelle for kontrakten som det forhandles med. Det er i denne sammenheng viktig at det fremkommer tydelig at dersom oppdragsgiver ønsker å forhandle om andre forhold ved tilbudene enn avvik og uklarheter, så har oppdragsgiver (...) en plikt til først å rangere tilbudene i henhold til tildelingskriteriene innen forhandlingene innledes.”

Dersom departementet vedtar flertallets forslag (hvor det er lav grad av detaljregulering), vil være av betydning at det i tillegg utarbeides retningslinjer som oppdragsgiver og leverandør kan forholde seg til, og som bl.a. gir føringer for hvordan en anskaffelse bør gjennomføres. Helse Sør-Øst RHF ser at utvalgets mindretall har et poeng ved at det kan være uheldig at forhandlingsbegrepet over og under EU/EØS-terskelverdi vil ha ulikt innhold, men er ellers uenig i de andre forholdene som mindretallet mener taler i mot flertallets forslag. Dette gjelder særlig argumentene om at åpen anbudskonkurranse er den mest effektive prosedyren som gir gode økonomiske resultater, da Helse Sør-Øst RHF mener flertallets forslag ivaretar dette hensyn ved at oppdragsgiver kan fraskrive seg retten til forhandling i konkurransegrunnlaget dersom det er ønskelig, som i tilfelle måtte kunne sies å sikre det ressurseffektive hensynet. Helse Sør-Øst RHF er ikke bekymret for at forslaget til utvalgets flertall skal medføre uheldige konsekvenser for konkurransen og de tilbudene som innleveres, slik at det fører til mindre effektive konkurranser og dårligere innkjøp. Helse Sør-Øst RHF mener tvert i mot at flertallets forslag gir en fleksibilitet som vil sikre at oppdragsgivere i større grad får dekket sitt behov ved at tilbudene blir bedre tilpasset og spisset behovet, som Helse Sør-Øst RHF også mener vil være med på å redusere risikoen for senere tvist om fortolkning av kontraktene.

#### NOU 2014:4 Kapittel 17 Utvelgelse av leverandører i begrensede konkurranser

Helse Sør-Øst RHF er enig i flertallets forslag, også når det gjelder at plikten om å invitere minst tre leverandører fjernes, da oppdragsgiver uansett har plikt til å ta hensyn til reell konkurranse.

#### NOU 2014:4 Kapittel 18 Kommunikasjon og elektroniske verktøy

Helse Sør-Øst RHF støtter flertallets vurdering med den begrunnelse at hver oppdragsgiver må ha et selvstendig ansvar for de sikkerhetsmessige forhold i de konkrete anskaffelsene.

#### NOU 2014:4 Kapittel 19 Konkurransgrunnlag

Utvalget legger opp til en forenkling av reglene om konkurransegrunnlagets innhold ved at det i forskriften skal fremgå at konkurransegrunnlaget skal inneholde de tre kategoriopplysninger.

Dette ser tilsynelatende ut til å gi et vidt skjønn for hvilke opplysninger et konkurransegrunnlag skal inneholde. Utvalget angir videre at supplerende veiledninger skal dekke behov for nærmere presiseringer og eksempler på relevante opplysninger.

Helse Sør-Øst RHF ønsker å stille spørsmål ved hvilke vurderinger det er gjort av hensiktsmessigheten av å bruke veiledninger for å fylle ut innholdet i regelen fremfor å ha en regel som i seg selv angir noen relevante eksempler. Det fremgår av utvalgets vurderinger at "en opplisting av konkrete punkter i forskriften vil kunne bære med seg en risiko for at enkelte oppdragsgivere fokuserer for mye på disse punktene og glemmer å vurdere om også andre opplysninger vil være av betydning for den aktuelle anskaffelse". Dette argumentet vil etter vår mening også kunne anføres for veiledninger.

Veiledninger som et verktøy for utfylling av en forskriftsregel vil kunne innebære en risiko for at oppdragsgiveren oppfatter veilederen som en tekst som komplementerer regelteksten fullt ut, og følger veilederen til punkt og prikke uten å foreta en selvstendig vurdering av om det også er andre opplysninger som vil være av betydning for den aktuelle anskaffelse. Denne risikoen kan endog være større i forbindelse med veiledere som inneholder mye tekst. Det bør da enten legges stor vekt i veiledningen på at den ikke er utfyllende og bare inneholder eksempler, eller så må veiledningen faktisk søke å være utfyllende. Dette siste virker noe uoppnåelig gitt det mangfoldet av variasjoner det er i offentlige anskaffelser både i forhold til art og omfang.

Helse Sør-Øst RHF mener det derfor er vanskelig å se hvorvidt det er mer hensiktsmessig å angi eksempler på relevante momenter i en veileder eller i forskrift. I begge tilfeller må oppdragsgiver minnes om å gjøre en selvstendig vurdering av om det er flere relevante momenter. Helse Sør-Øst RHF mener det derfor kan være hensiktsmessig å ta med relevante eksempler også i forskriften under angivelsen av hvilke tre kategoriopplysninger forskriften skal inneholde og ikke bare angi disse i en veileder.

EU/EØS praksis og rettspraksis har gitt utspring til en klarhetsregel som tilsier at det er oppdragsgiver som har risikoen for at konkurransegrunnlaget er tilstrekkelig klart, presist og utvetydig formulert, slik at det er mulig for alle "rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører" å forstå vilkårenes rekkevidde nøyaktig og på samme måte. Det er imidlertid en grense for hvor klart et konkurransegrunnlag kan utformes, slik at en tilbyder ikke kan tolke enhver uklarhet i konkurransegrunnlaget til sin fordel. KOFA og domstolene har derfor lagt seg på en linje der det må foretas en objektiv og helhetlig vurdering av konkurransegrunnlaget når det skal fastlegges om det har vært utformet klart nok. Ut fra de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet er det vanskelig å se at dette ikke skal gjelde også for anskaffelser under EU/EØS terskelverdi. Det savnes i utvalgets forslag en henvisning til denne "klarhetsregelen", som i henhold til EU/EØS praksis og rettspraksis er å anse som ulovfestet rett. Da "klarhetsregelen" er å anse som ulovfestet rett bør den ligge i forskrift og ikke i en veileder som ikke vil ha samme rettskildemessige vekt som en forskrift.

#### NOU 2014:4 Kapittel 20 Kvalifikasjonskrav og dokumentasjon

Utvalget mener at presiseringen om at kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til kontraktsgjenstanden ikke skal videreføres. Dette "tilknytningskravet" har etter utvalgets mening ikke noe selvstendig innhold i tillegg til at kvalifikasjonskravene skal sikre at leverandøren er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene. Helse Sør-Øst RHF er ikke enige i dette og mener presiseringen om tilknytning til kontraktsgjenstanden er en god påminnelse om skillet



mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier. Et skille som gjennom rettspraksis KOFA-praksis har vist seg å være vanskelig.

Dersom kvalifikasjonskravet knytter seg til kontraktsgjenstanden skal det mer til for at kravet likevel må anses som et ulovlig kvalifikasjonskrav. Dette gjelder særlig i forbindelse med anskaffelser av tjenester der kvaliteten på tjenesten knytter seg til kompetanse. Dersom oppdragsgiver stiller krav om tilstrekkelig evne og kapasitet som et kvalifikasjonskrav vil det være naturlig at leverandørens kompetanse har betydning. Kompetanse vil også ha betydning for kvaliteten på tjenesten og følgelig være relevant også som et tildelingskriterium. Å knytte kvalifikasjonskravet til kontraktsgjenstanden (leverandøren) vil her være avgjørende for at oppdragsgiver klarer å stille et lovlig kvalifikasjonskrav. Helse Sør-Øst RHF mener derfor at "tilknytningskravet" bør stå i forskriften.

Utvalget ønsker ikke å videreføre begrepet "kvalifikasjonsgrunnlag". Helse Sør-Øst RHF stiller spørsmål ved hvordan dette er tenkt i forbindelse med en to-trinns prosess hvor det først gjennomføres en kvalifisering av leverandører før de kvalifiserte inviteres til å delta i konkurransen. Helse Sør-Øst RHF mener det kan være hensiktsmessig å skille begrepsbruken i to-trinns prosesser hvor kvalifikasjonsdelen foregår før tilbudsdelen og at begrepet "kvalifikasjonsgrunnlag" bør beholdes i to-trinns prosesser.

Utvalget legger opp til bruk av egenerklæringer som foreløpig dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Utvalgets vurderinger synes gjennomtenkte og Helse Sør-Øst RHF kan i hovedsak si seg enige til forslaget.

Det ønskes imidlertid å reise spørsmål om små og/eller uerfarne innkjøpsmiljøer klarer å se risikoen knyttet til dette. Det vil si om de konsekvent vil etterspørre egenerklæringer som foreløpig dokumentasjon uten å kontrollere dokumentasjonen før ved tildelingen, hvorpå det viser seg at leverandøren ikke klarer å bevise oppfyllelse av kvalifikasjonskravene likevel. Oppdragsgiver risiker i så tilfelle å miste effekten av ressursbesparelsen ved at de må avlyse og begynne på nytt.

Vår vurdering er at mer erfarne og større innkjøpsmiljø vil klare å vurdere denne risikoen bedre enn små og/eller uerfarne innkjøpsmiljøer.

#### NOU 2014:4 Kapittel 21 Tildelingskriterier

Helse Sør-Øst RHF har merket seg at utvalget viser til eksempler som veiledning og understreker i denne sammenheng at forskriftsteksten har begrensninger som veiledningsinstrument. Andre steder i forslaget går utvalget inn for å slette eksempler og begrenser forskriften sterkt som veiledningsinstrument, uten at det sies noe nærmere om hva som er en hensiktsmessig bruk av forskriften som et veiledningsinstrument.

Helse Sør-Øst RHF er imidlertid enige i at det må foretas en avveining av i hvor stor grad forskriften skal brukes som et veiledningsinstrument.

#### NOU 2014:4 Kapittel 22 Kunngjøring

Helse Sør-Øst RHF er enig med utvalgets flertall om at innføring av en kunngjøringsplikt av konkurranseresultat ikke vil innebære en forenkling da det ikke er en plikt i dag, og mener at dette heller er noe som bør tas opp til vurdering på ny når anskaffelsesprosessen er mer digitalisert enn den er i dag.

#### NOU 2014:4 Kapittel 25 Avvisning

Utvalget uttaler under punkt 25.1 at de ser "et stort potensial for forenkling på dette området", da det er "lett for oppdragsgiver å trå feil" og fordi "oppdragsgivers valg har avgjørende betydning for leverandørens stilling i den enkelte konkurranse". Vår erfaring er at avvisningsbestemmelsene ofte fører til usikkerhet hos oppdragsgiver, og at det ofte er avvisningssaker som gir grunnlag for klager fra leverandørene.

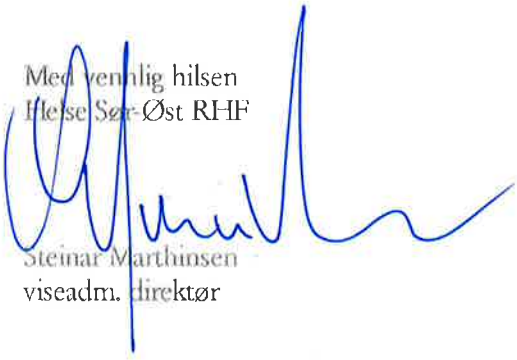
Helse Sør-Øst RHF støtter flertallet i utvalget i at oppdragsgiver skal ha en avvisningsplikt overfor leverandører som er dømt for straffbare forhold som nevnt i del II, og mener i likhet med flertallet at det er viktig at avvisningsreglene på dette punktet ikke skiller seg fra reglene om avvisningsplikt i del III.


Helse Sør-Øst støtter også flertallet i utvalget i at oppdragsgiver skal ha en rett, men ikke plikt, til å avvise leverandører som har levert forespørsel om å delta i konkurransen for sent. Det er ikke de samme hensynene som gjør seg gjeldende for søknad om deltakelse i en konkurranse som det å levere tilbud. Det som kan volde vanskelige vurderinger vedrørende avgrensning er hvordan oppdragsgiver skal sikre likebehandling mellom leverandørene i en slik situasjon. Dersom søknadsfristen er den 1. og oppdragsgiver mottar søknad hhv. den 5. (som han inntar i behandlingen) og den 8. – skal denne medtas eller ikke i behandlingen jf. prinsippet om likebehandling? Når er for sent for sent?

Helse Sør-Øst RHF synes det er positivt at de fakultative avvisningsbestemmelsene samles i en ny sekkebestemmelse som kan dekke et mangfold av avvisningsgrunner, men ser også at det kan skape utfordringer mht. hvor grensen skal gå for hvilke forhold som ikke skal gi oppdragsgiver rett til å avvise en leverandør fra konkurransen. Imidlertid er det å foretrekke at oppdragsgiver har adgangen til å gjøre en konkret vurdering av eventuelle avvisningsforhold fremfor en detaljert angivelse av hvilke avvisningsgrunner som oppdragsgiver lovlig kan påberope seg.

Det er etter vårt syn svært fornuftig å myke opp forskriftens krav til utformingen av tilbudet ved å innføre en rett for oppdragsgiver til å avvise tilbud som ikke oppfyller krav til utformingen av tilbudet. Avvisningsplikt pga. formalfeil fremstår som unødvendig og i enkelte tilfeller på kollisjonskurs med prinsippet om effektiv ressursutnyttelse.

Med vennlig hilsen  
Helse Sør-Øst RHF

  
Steinar Marthinsen  
viseadm. direktør

  
Kjetil Istad  
direktør innkjøp og logistikk