

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Deres ref./dato:
14/3107-4

Vår ref.:

Vår dato:
30.10.2014

Høringsuttalelse – forenkling av det norske anskaffelsesregelverket

Vi viser til høringsbrev av 20.06.2014 fra Nærings- og fiskeridepartementet vedrørende NOU 2014:4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*.

1 Innledning

1.1 Om Inventura

Inventura AS er Norges ledende innkjøpsfaglige konsulenthus. Blant våre offentlige kunder er både kommunale, fylkeskommunale og statlige virksomheter. Vi bistår hvert år i et stort antall offentlige anskaffelsesprosesser i de fleste sektorer, i tillegg til at vi gir rådgivning på strategisk nivå og tilbyr kurs og kompetanseutviklingsprogrammer. Inventura har omfattende erfaring med offentlige anskaffelser, fra enkeltstående, mindre innkjøp, til kompliserte og omfattende prosjekter, for eksempel innenfor IKT, samferdsel, bygg og anlegg og forsvarssektoren. Vi har også betydelig aktivitet i det private markedet.

1.2 Om høringsuttalelsen

Inventura ønsker gjennom denne høringsuttalelsen å bidra med vår erfaring i utviklingen av et godt og hensiktsmessig norsk anskaffelsesregelverk.

I det videre vil vi først knytte noen overordnede merknader til forenklingsutvalgets utredning og forslag. Deretter vil vi komme med vårt syn på enkelte sentrale punkter i forslaget til nytt anskaffelsesregelverk.

2 Overordnede kommentarer

2.1 Hva utgjør forenkling av regelverket?

Utvalgets overordnede mål er å bidra til bedre offentlige anskaffelser gjennom en forenkling av regelverket.

Bergen: Speilhaugen 22, NO-5147 Fyllingsdalen. **Oslo:** Karl Johans gate 12J, NO-0154 Oslo

Stavanger: Breibakken 1, NO-4012 Stavanger

www.inventura.no

Org.no. NO 983 351 417 MVA

Inventura stiller seg bak dette målet og ønsker en forenkling velkommen, men påpeker innledningsvis at færre regler ikke nødvendigvis fører til en praktisk forenkling. Klare og detaljerte regler kan fungere som gode veiledere for innkjøpere ved gjennomføring av anskaffelser. Forenkling oppnås etter vår oppfatning først og fremst ved å fjerne eller klargjøre regler som er egnet til å skape tvil og danner grunnlag for usikkerhet og tvister mellom partene, eller som fratrar oppdragsgivere nødvendig kommersielt handlingsrom.

2.2 Grunnleggende prinsipper

Utvalget peker på behovet for en opprydning i og klargjøring av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket. Flertallet ønsker i denne forbindelse å redusere antall grunnleggende prinsipper ved å fjerne lovens krav til forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Flertallet viser til hensiktsmessigheten av en samordning med EU/EØS-regelverket, samt at kravet til gjennomsiktighet også vil favne om forutberegnelighet og etterprøvbarehet¹.

Mindretallet ønsker å beholde prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Inventura deler mindretallets syn.

Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet er godt innarbeidet og har en selvstendig verdi ut over å være en presisering av gjennomsiktighetsprinsippet.

For brukerne av regelverket vil de overordnede prinsipper om forutberegnelighet og etterprøvbarehet, sammen med eksisterende KOFA-praksis, fungere som en presisering og god rettesnor for hvilke krav som settes til gode innkjøpsprosesser. Det faktum at KOFA oftere konstaterer brudd på prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet en gjennomsiktighet² er etter vårt syn en indikasjon på at disse to prinsippene er enklere å forholde seg til og gir god mening. Kravet om forutberegnelighet setter fokus på best mulig dialog mellom oppdragsgiver og markedet, og bidrar dermed til bedre og mer rettede tilbud. Kravet til etterprøvbarehet fordrer ryddighet i anskaffelsesprosessene utover det en naturlig fortolkning av gjennomsiktighetsprinsippet gjør.

En videreføring av disse prinsippene vil heller ikke være i strid med EU/EØS-retten, selv om man der har benyttet gjennomsiktighet («*act in a transparent manner*») som ett motsvarende begrep.

2.3 Formålet med anskaffelsesregelverket

I likhet med utvalget,³ mener Inventura at det er behov for å klargjøre formålet med anskaffelsesregelverket, og at det er hensiktsmessig å skille mål fra virkemidler.

¹ NOU 2014:4 pkt. 10.5

² NOU 2014:4 pkt. 10.4.4

³ NOU 2014:4 pkt. 9.1.

Utvalgets flertall foreslår at effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter angis som et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket.⁴

Det hersker liten tvil om at effektiv bruk av samfunnets ressurser etter gjeldende rett er et formål med anskaffelsesregelverket i EØS, og Inventura er enig i at dette må være fremtredende i en ny formålsbestemmelse.

Like klart synes det ikke å være at konkurranse i seg selv skal være et formål. Utvalget begrunner dette med at anskaffelsesregelverket skal være en garanti for at private virksomheter gis tilgang til markeder hvor det offentlige står for hele eller deler av etterspørselen.⁵ En slik betraktning kan etter vår oppfatning forstås som å gripe inn i offentlige virksomheters rett til selv å avgjøre hvordan de vil organisere seg. Det offentliges rett til å utføre tjenester i egenregi skal bestå, og det er viktig at formålet med anskaffelsesregelverket reflekterer dette. Slik vi ser det, er konkurranse et av flere virkemidler for å oppnå effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Inventura mener videre at det bør vurderes om økt verdiskapning også skal være et formål med regelverket. Økonomisk vekst er en bærende tanke bak ideen om EUs indre marked. Ved å beholde økt verdiskapning som en del av formålet med anskaffelsesregelverket, vil det være tydelig at offentlige oppdragsgivere ikke bare skal basere sine anskaffelser på mest mulig effektiv ressursbruk i øyeblikket, men også på hva som tjener samfunnsutviklingen.

3 Merknader til enkelte av forenklingsutvalgets forslag

3.1 Anskaffelser under 100 000 kr holdes utenom regelverket

Utvalget foreslår å holde anskaffelser som i verdi er under 100 000 kr utenfor anskaffelsesregelverket⁶. Dette kommer til uttrykk gjennom opphevelse av FOA § 2-1.

Inventura er av den oppfatning at dagens regler bør videreføres og hovedprinsippene bør derfor også gjelde for anskaffelser som i verdi er under 100 000 kr. Dersom det likevel skal være en beløpsgrense for kjøp som skal være unntatt regelverket, bør denne kun omfatte ubetydelige ad hoc-kjøp.

Inventura støtter utvalgets mindretallets vurderinger. I tillegg til mindretallets begrunnelse, som Inventura er enig i, mener vi at dersom anskaffelsesregelverket ikke skal gjelde, vil det fort tre frem typiske «hoffleverandører» for mindre periodiske innkjøp under 100 000 kr. Inventura frykter at en slik endring vil lett

⁴ NOU 2014:4 pkt. 9.4.2.1.

⁵ NOU 2014:4 pkt. 9.4.2.3.

⁶ NOU 2014:4 pkt. 12.2.

kunne misbrukes, ikke bare i forhold til eneleveranser, men også i forhold til anskaffelsesverdberegninger. Lovens formål bør etter vårt syn gjelde også under 100 000 kr, selv om det hverken er prosedyreregler eller protokollplikt.

3.2 Kunngjøring

Inventura støtter utvalgets forslag til endringer av bestemmelser om kunngjøring av konkurranse og konkurranseresultater.⁷ Forhåndskunngjøring vil kunne være en praktisk forenkling for mange oppdragsgivere, og vi kan ikke se at det er behov for å begrense denne adgangen til visse typer oppdragsgivere slik det nye anskaffelsesdirektivet legger opp til.⁸ For Inventura fremstår det også unødvendig å gi oppdragsgivere plikt til å kunngjøre konkurranseresultater. De tredjemenn som skulle være interessert i et spesielt konkurranseresultat vil kunne innhente dette hos oppdragsgiver. Inventura støtter derfor flertallets forslag om ikke å gi oppdragsgiver slik plikt ved anskaffelser under EØS-terskelverdien.

3.3 Prosedyrer

Utvalget foreslår å erstatte dagens anskaffelsesprosedyrer med begrensede og ubegrensede tilbudskonkurranser⁹.

Inventura er av den oppfatning at å innføre nye terminologier, samt å fravike vedvarende og innarbeidede anskaffelsesprosedyrer som også brukes over EØS-terskelverdi, er kompliserende. Innkjøpere må i anskaffelsesretten nå forholde seg til seks forskjellige prosedyreformer (over og under EØS-terskelverdi) mot dagens fire prosedyreformer. Inventura anser dette som et kompliserende tiltak.

Videre er Inventura av den oppfatning at forslaget vil svekke leverandørens forutsigbarhet, og at det kan medføre at det offentlige må betale mer for varer eller tjenester enn de ellers ville gjort i en forutsigbar prosedyre.

Inventura frykter også at utvalgets forslag kan bli misbrukt av oppdragsgivere, for eksempel ved å tilpasse valgt prosedyre etter at en konkurranse er kunngjort, og på den måte bidra til at en bestemt leverandør skal få kontrakten. «Dersom foretrukket tilbyder har levert det beste tilbudet antas dette, hvis ikke forhandler vi.»

I dagens ordning kan konkurranse med forhandling alltid brukes, og forhandlingene trenger ikke å være krevende. De kan enkelt og hurtig gjennomføres, for eksempel ved bruk av elektroniske virkemiddel. Inventura anbefaler at man velger den løsninger som følger av nytt anskaffelsesdirektiv¹⁰,

⁷ NOU 2014:4 kap. 22.

⁸ Dir. 2014/24/EU art. 48 (2).

⁹ NOU 2014:4 pkt. 16.

¹⁰ Direktiv 2014/24/EU artikkel 29 (4)

hvor det åpnes for at man ved valg av forhandlet prosedyre forbeholder seg retten til ikke å forhandle om noen av de innkomne tilbudene.

3.4 Kvalifikasjonskrav

Utvalget foreslår å fjerne angivelsen av hvilke kvalifikasjonskrav som kan oppstilles. Inventura støtter ikke dette forslaget. Det er ingen grunn til at det skal være annerledes over eller under terskelverdi her. Vi kan heller ikke se hvilke kriterier som skulle tenkes å benyttes for å oppfylle kravet om «sikre at leverandørene er egnet til å kunne oppfylle kontraktsforpliktelsene», utenom kriterier som definerer leverandørens økonomiske og finansielle stilling og tekniske og faglige evner. Riktignok foreslår utvalget at disse kategoriene blir stående som eksempler, men siden det ikke er mulig å tenke andre kategorier som likevel har nødvendig sammenheng med oppfyllelsen av kontraktsforpliktelsene, kan vi ikke se at det vil gjøre regelverket enklere om det innføres at dette kun er eksempler og ikke en uttømmende regulering.

Utvalget foreslår også at begrepet «kvalifikasjonsgrunnlag» ikke videreføres. Inventura mener «kvalifikasjonsgrunnlag» er et godt innarbeidet begrep på den delen av konkurransegrunnlaget som omhandler kvalifikasjonskravene, og særlig i to-trinnsprosesser. I begrensede konkurranser sendes først ut et kvalifikasjonsgrunnlag før det i neste trinn sendes ut en tilbudsinnbydelse. Disse to utgjør til sammen konkurransegrunnlaget. Det kan være pedagogiske årsaker til å opprettholde navnet også på kvalifikasjonsgrunnlaget, særlig i to-trinnsprosesser.

3.5 Dokumentasjon for kvalifikasjonskrav

Inventura støtter utvalgets forslag om økt bruk av egenerklæringer¹¹. En slik endringen vil etter vårt skjønn bidra til å senke terskelen for tilbud fra små og mellomstore bedrifter.

Samtidig mener Inventura at en utvidet adgang til å be om at dokumentasjon knyttet til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav ettersendes¹² vil utgjøre en viktig forenkling som hindrer at oppdragsgivere slipper unødig å måtte avvise leverandører på grunnlag av formale feil eller misforståelser i kvalifikasjonsfasen. Det er videre Inventuras syn at oversittelse av frist for innsending av kvalifikasjonsanmodninger ikke automatisk bør medføre avvisning.

3.6 Kontraktstandarder

Flertallet mener det er viktig at offentlige kontrakter som hovedregel bruker balanserte vilkår, men foreslår likevel at dette ikke reguleres i forskriften. Det

¹¹ NOU 2014:4 pkt. 20.3.3.2

¹² NOU 2014:4 pkt. 20.4.3.

angis at «en slik bestemmelse har ikke noe rettslig innhold og er av mer motiverende art, og bruk av slike kontraktstandarder bør heller fremmes gjennom veiledning mv.».

Inventura er enige med utvalgets mindretall, som mener at regelen om kontraktstandarder må opprettholdes, blant annet fordi dette er en nødvendig og god påminnelse for å understreke et viktig hensyn. Regelverket blir ikke enklere ved at regler som gir veiledning fjernes. Dette gjør det tvert imot vanskeligere for oppdragsgiverne å foreta de gode innkjøpene. Regelendringer som ikke medfører realitetsendring bør derfor unngås. Inventura mener således at kravet om bruk av fremforhandlede kontraktstandarder bør opprettholdes.

3.7 Kommunikasjon og elektroniske verktøy

Utvalget foreslår at direktivets regler for kommunikasjon skal bli gjeldende også for anskaffelser under EØS-terskelverdi.¹³ Direktivet forutsetter at det skal være plikt til å benytte elektronisk kommunikasjon ved gjennomføringen av konkurranser.¹⁴ Systemene som benyttes til slik kommunikasjon må oppfylle visse nærmere angitte sikkerhetskrav.¹⁵

I en overgangsperiode foreslår utvalget at offentlige oppdragsgivere skal kunne velge kommunikasjonsmiddel ved gjennomføringen av konkurranser under EØS-terskelverdien, herunder bruke post, e-post og andre elektroniske kommunikasjonsmidler.

Inventura er positive til at elektronisk kommunikasjon forutsettes brukt i større grad ved offentlige anskaffelser. Kravene det nye anskaffelsesdirektivet og det gjeldende norske anskaffelsesregelverket stiller til informasjonssikkerhet ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler er imidlertid unødvendig strenge. Særlig gjelder dette for anskaffelser under EØS-terskelverdien.

Krav til blant annet kryptering og elektronisk signatur innebærer i realiteten at det stilles strengere krav til sikkerhet ved elektronisk kommunikasjon enn det stilles til kommunikasjon pr. post. Vi mener at sikkerheten ved innlevering av tilbud pr. post er på et tilstrekkelig nivå, og kan ikke se at det er grunn til å ha strengere sikkerhetskrav ved elektronisk kommunikasjon. Kravet til at tilbud ikke må kunne leses av oppdragsgiver før tilbudsfristen er ute må selvsagt fortsatt gjelde uavhengig av kommunikasjonsform.

Strenge krav til informasjonssikkerhet kan gjøre det vanskeligere for små og mellomstore bedrifter å delta i konkurranser om offentlige oppdrag. Det kan også øke transaksjonskostnaden både for oppdragsgivere og leverandører. Inventura

¹³ NOU 2014:4 pkt. 18.3.3.

¹⁴ Dir. 2014/24/EU art. 22 (1).

¹⁵ Dir. 2014/24/EU art. 22 (6), jf. direktivet vedlegg IV.

mener at utvalgets forslag om at e-post skal være et tillatt kommunikasjonsmiddel bør gjelde permanent for alle anskaffelser under EØS-terskelverdi.

3.8 Helse- og sosialtjenester

3.8.1 Om myndighetsutøvelse

Utvalget foreslår at kontrakter som innebærer myndighetsutøvelse holdes utenfor regelverket slik det gjøres i dag, jf. FOA § 1-3 (2) k. Inventura opplever at det i dag eksisterer grensetilfeller over tjenesteområder som innebærer tvang, men som ikke anses som kontrakt som innebærer myndighetsutøvelse. Vi opplever dagens praksis som riktig, er enig i fortsatt unntak, og at departementet kan vurdere å informere om hvilke kontraktstyper som er innenfor myndighetsutøvelse og hvilke som ikke omfattes av unntaket. I dag benyttes det for eksempel relativt mye tvang på akuttmottak for rusmisbrukere og det benyttes en del tvang på skjermede plasser i sykehjem, uten at dette er eller anses som kontrakter som innebærer myndighetsutøvelse, slik det anses innenfor barnevernet.

3.8.2 Om dagens unntak for opptrenings- og rehabiliteringstjenester

Utvalget foreslår å oppheve unntaksbestemmelse for opptrenings- og rehabiliteringstjenester i § 2-1 (3) 3. pkt. Inventura støtter synspunktene til utvalget.

3.8.3 Om tidligere forslag om unntak fra regelverket for kontrakter om helse- og sosialtjenester for enkeltbrukere

Forslaget har vært på høring, men er ikke vedtatt. Utvalget foreslår at nytt regelverk ikke inntar slik unntaksbestemmelse. Inventura støtter dette synet. Bakgrunnen til det opprinnelige forslaget var at oppdragsgiver kan komme i en posisjon hvor det ikke er mulig å lage konkurranser om tjenester til enkeltbrukere uten at taushetspliktige opplysninger må oppgis. For at oppdragsgiver skal slippe å måtte bryte enten forskrift om offentlige anskaffelser eller helsepersonelloven m. fl., ble lovendringen foreslått. Inventura mener at konflikten kan unngås ved godt innkjøpsfaglig arbeid. For eksempel ved begrensede konkurranser, ved bruk av rammeavtaler, ved bruk av innkjøpsnettverk hvor flere kommuner går sammen, ved god dialog knyttet til samtykkeproblematikk, ved å legge ned tilstrekkelig arbeid i konkurransegrunnlagene etc. En innføring av forslaget vil øke risiko for at oppdragsgiver blir utsatt for press fra pårørende, dagens leverandør, interesseorganisasjoner m. fl., som alle kan ha sine motiv for at for eksempel samtykke til personopplysninger ikke gis, slik at oppdragsgiver ikke har annet valg enn en bestemt leverandør.

3.8.4 Om lengden på rammeavtaler

Utvalget foreslår at lengde på rammeavtaler ikke begrenses til fire år som i dag, men avgjøres av oppdragsgiver ut fra tjenestens behov. Inventura støtter utvalget, og mener endringen er svært kjærkommen.

Bergen: Spelhaugen 22, NO-5147 Fyllingsdalen. **Oslo:** Karl Johans gate 12J, NO-0154 Oslo

Stavanger: Breibakken 1, NO-4012 Stavanger

www.inventura.no

Org.no. NO 983 351 417 MVA

Inventura mener gode, forutsigbare og lengre rammeavtaler innenfor helse- og sosialsektoren vil medføre mindre enkeltkjøp av tjenester og at brukervalget vil styrkes. En av grunnene til at rammeavtaler ikke er brukt mer i dag er begrensingen i avtaletiden.

Inventura vil likevel anbefale at departementet gir veiledning knyttet til rammer for lengden på en rammeavtale. Vi mener at åtte år ville kunne være en god øvre grense på varigheten. Da ivaretas hensynet til brukerne, oppdragsgiver og leverandørene, uten at markedet blir låst i lengre tid enn nødvendig. Vi mener dette også er i samsvar med de grunnleggende prinsippene for anskaffelsesregelverket. Brukerne vil være tjent med at markedet ved jevne mellomrom får muligheten til å kunne tilby sine tjenester, og dermed et incitament for leverandørene til å utvikle seg.

3.8.5 Om brukervalg som avropmekanisme i rammeavtaler

Utvalget foreslår at bruker kan velge blant flere kontrakter som oppdragsgiver har inngått ved rammeavtaler. Inventura støtter dette synet, og forslaget er svært kjærkomment. Vi opplever at dette forslaget har vært etterspurt i flere år både fra brukerne, oppdragsgiverne og leverandørene. Dette forslaget vil sannsynligvis medføre økt bruk av rammeavtaler, som er også er positivt for markedet da risiko blir mindre ved at volumet på anskaffelsene blir større. Brukervalget vil også medvirke til at leverandørene får størst mulig incitament til å levere best mulige tjenester, da dette øker sannsynligheten for å bli valgt av andre, og at brukerne får best mulige tjenester. Brukerne vil også sannsynligvis være mer fornøyd med leverandører de selv har valgt.

3.8.6 Om brukervalg som tildelingskriterium ved enkeltkjøp

Utvalget foreslår at bruker, ved kjøp av enkelttjenester, kan velge blant alternative leverandører som alle har oppfylt kravene i en konkurranse. Inventura har problemer med å se at dette er en god løsning, og støtter ikke forslaget.

Vi vil anbefale at oppdragsgiver benytter rammeavtaler med brukervalg som en bedre løsning. Vi mener at mindre kommuner heller bør gå sammen om rammeavtaler enn å inngå enkeltavtaler, og siden lengden på rammeavtaler nå kan utvides er dette en jobb som er verdt investeringen i tid og arbeid. Vi tror ikke det er noen god idé at oppdragsgivere arrangerer enkeltkonkurranser hvor nødvendigvis både pris og kvalitet er satt på forhånd. Vi mener både oppdragsgiver og brukeren taper på at det ikke er en full konkurranse på pris og kvalitet, og synes det henger noe dårlig sammen med resten av utvalgets synspunkter innenfor kapittelet om helse- og sosialtjenester som er sterkt knyttet til at det bør konkurreres på kvalitet på tjenestene. Vi tror at oppdragsgiver i en slik organisering mister potensielle leverandører som ikke ser gevinsten i å investere i et tilbud som kanskje ikke blir valgt, og dermed at oppdragsgiver mister den

innovasjon som naturlig skjer i markedet over tid og i en reell konkurransesituasjon.

4 Konklusjon

Inventura ser frem til et forenklet regelverk. Vi ønsker imidlertid å understreke at det å fjerne veiledning som fungerer praktisk godt i dag, eller innføre nye prosedyrer, ikke medfører en reell forenkling. Tvert imot vil dette gjøre det vanskeligere for innkjøperen å vite hvordan man skal gjennomføre gode anskaffelser. Det viktigste tiltaket for å sikre bedre anskaffelser vil være å sørge for bedre opplæring og lederforankring av innkjøpsfunksjonen i offentlig virksomhet.

Inventura mener at forenklingsutvalgets forslag innenfor helse- og sosialtjenester knyttet til lengre varighet på rammeavtaler og brukervalg som avropsmekanisme er et langt skritt fremover for økt brukermedvirkning. Dette er en svært gledelig utvikling, og gir kommunene økt insitamant til å investere tid og ressurser på å skape gode konkurranser. Disse tiltakene er så gode at det vil være unødvendig og kan begrense slik utvikling å tillate brukervalg som tildelingskriterium ved enkeltkjøp.

Vennlig hilsen



for Tor Arne Solberg-Johansen
Partner/jurist
Leder juridisk faggruppe