

Oslo kommunes høringsuttalelse til NOU 2014:4 Enklere regler - bedre anskaffelser

1. Formålsbestemmelsen

I dag er formålsbestemmelsene i lov og tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser nesten likelydende:

Loven og tilhørende forskrifter *«skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»*

Forenklingsutvalgets flertall foreslår et todelt formål med det norske anskaffelsesregelverket:

«Loven og tilhørende forskrifter skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter.»

Forenklingsutvalgets flertall sier at nytt forslag ikke vil innebære noen stor realitetsendring, til tross for betydelig språklig endring, og at utvalgets flertall stiller seg bak at offentlig anskaffelsesvirksomhet også skal bidra til en effektiv, brukervennlig, innovativ og bærekraftig offentlig og privat sektor.

Utvalgets mindretall ønsker å fremheve at formålet med anskaffelsesregelverket er bredere enn det rent kostnadmessige og at det også inkluderer viktige samfunnsmessige hensyn, noe mindretallet mener må gjenspeiles i formålsbestemmelsen. Mindretallet foreslår at formålet angis å være størst mulig samlet verdiskapning, basert på effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse, samtidig som oppdragsgiver opptrer med stor integritet og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte.

Det fremgår av stortingsmeldingen «Det gode innkjøp» (St.mld. nr 36 (2009-2009)) at offentlige anskaffelser også skal kunne brukes til å fremme viktige samfunnshensyn og bidra til miljøvennlige, etiske og innovative løsninger. Oslo kommunes anskaffelsesstrategi har som uttalt hovedmål at «Oslo kommunes anskaffelser skal være innovative, økonomisk effektive og skape tillit til Oslo kommune som innkjøper.» I Oslo kommune er det bred politisk enighet om at anskaffelsesregelverket skal sikre formåls- og kostnadseffektive anskaffelser med vekt på samfunnsansvar. Oslo kommune er av den klare oppfatning at formålsbestemmelsen i særnorsk regleverk tydelig må reflektere mål vedrørende miljø, etikk og sosialt ansvar. Å fjerne «samfunnshensyn» fra formålsbestemmelsen, vil kunne svekke fokuset på viktigheten av å tenke økonomisk i et bredere og mer langsiktig perspektiv, for å sikre et sunt, fremtidsrettet og samfunnsansvarlig marked. Det vil også etter Oslo kommunes oppfatning gi uheldige signaler til allmennheten.

Oslo kommune stiller seg derfor kritisk til flertallets vurderinger og støtter *mindretallets* forslag om å beholde de «ikke-anskaffelsesfaglige hensynene» i formålsbestemmelsen. Oslo kommune anbefaler både ut fra et forenklings- og forbedringsperspektiv at formålsparagrafen rendyrkes som formål og blir slik:

«Loven og tilhørende forskrifter skal fremme effektiv og samfunnstjenlig bruk av samfunnets ressurser ved offentlige anskaffelser.»

Oslo kommune er av den oppfatning at *konkurranse* er et avgjørende *virkemiddel* for å nå målet, og at konkurranse derfor ikke bør være en del av det uttalte *formålet*. Konkurranse bør isteden tydeliggjøres i loven som et viktig grunnleggende prinsipp for alle anskaffelser som reguleres av loven. Dette anses også å være i tråd med Forenklingsutvalgets ønske om i størst mulig grad å samle like henvisninger/reguleringer som nå fremkommer ulike steder.

2. Grunnleggende prinsipper

Forenklingsutvalget ønsker å foreta en lov- og forskriftsteknisk opprydding av loven og forskriftens grunnleggende prinsipper om konkurranse, god forretningsskikk, forholdsmessighet, likebehandling, forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet. Dette innebærer for det første at man skal fjerne gjentakende henvisninger til prinsippene og la prinsippene utelukkende fremgå av loven. For det andre ønsker Forenklingsutvalgets flertall å rendyrke prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet. Sistnevnte betyr at de øvrige grunnleggende prinsippene, som forutberegnelighet og etterprøvbarhet, fjernes fra lov og forskrift.

Oslo kommune støtter utvalgets forslag om å samle de grunnleggende prinsippene i én felles bestemmelse i anskaffelsesloven § 5. Oslo kommune støtter derimot ikke flertallets forslag om å kun vise til prinsippene likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet. I likhet med mindretallet, er Oslo kommune av den oppfatning at lovteksten også uttrykkelig skal nevne prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Det er mulig at utvalgets flertall har rett i at disse prinsippene kan utledes av gjennomsiktighetsprinsippet. Etter Oslo kommunes oppfatning bør imidlertid også prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet stå på egne ben og uttrykkes eksplisitt i lovens § 5. Begge disse prinsippene gjenspeiler forhold som er av avgjørende betydning for at anskaffelser gjennomføres på en effektiv og tillitskapende måte. Å også tydeliggjøre prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet, er viktig for å sikre effektiv etterlevelse av anskaffelsesregelverket.

Særlig viktig blir det å presisere prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet hvis den foreslåtte nye prosedyren åpen eller begrenset tilbudskonkurranse blir innført. Slik denne er foreslått innført, vil en stor del av konkurransen bli gjennomført med de grunnleggende prinsippene for anskaffelser som eneste klare føring.

3. Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn

Nye anskaffelsesdirektiver

EUs nye anskaffelsesdirektiver, som nå skal implementeres i norsk rett, tydeliggjør adgangen til å ta samfunnshensyn i forbindelse med offentlige anskaffelser. Dette gjelder blant annet muligheten til å stille krav til at leverandørene overholder viktige og relevante miljøkrav og internasjonalt anerkjente arbeidstaker- og menneskerettigheter. Direktivene gir adgang til å vise til produksjonsprosesser eller metoder for levering av ytelsene i de tekniske spesifikasjonene. Det blir også adgang til å vise til bestemte merker (sertifiseringer) som dokumentasjon på at tekniske spesifikasjoner, tildelingskriteriene eller kontraktvilkår er oppfylt.

Oslo kommune har allerede benyttet handlingsrommet i det nåværende anskaffelsesdirektivet til å stille krav til blant annet overholdelse av internasjonale menneskerettigheter og ILOs kjernekonvensjoner i leverandørkjeden/ produksjonsprosessen ved vareanskaffelser.

Kommunen stiller også strenge miljøkrav der dette er mulig. Til tross for at slike krav oftest stilles i anskaffelser over EØS-terskelverdi, er det viktig at regelverket tydeliggjør at slike krav også kan være høyst relevante ved anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Oslo kommunes generelle vurderinger vedrørende adgangen til å ivareta samfunnshensyn

Særnorske anskaffelsesregler bør etter Oslo kommunes mening fortsatt inneholde bestemmelser som ivaretar viktige samfunnshensyn. Slike bestemmelser virker som viktige påminnelser til offentlige oppdragsgivere, og bidrar til et sunt og bærekraftig marked. Anskaffelsesregelverket bør således fortsatt være et viktig redskap også i arbeidet med å motvirke og bekjempe arbeidslivskriminalitet i offentlige bygge- og anleggsanskaffelser og øvrige risikoutsatte tjenesteanskaffelser.

Et viktig aspekt ved ivaretakelsen av samfunnshensyn i offentlige anskaffelser, er at dette medvirker til en rettferdig og effektiv konkurranse i markedene. Leverandører som tilbyr varer og tjenester til lavere priser på bakgrunn av uakseptable lønns- og arbeidsforhold hos sine ansatte og underleverandører eller kriminelle forhold, bidrar til å skape en skjev konkurranse hvor leverandører som overholder sine plikter risikerer å tape konkurransen om offentlige kontrakter.

Etter Oslo kommunes syn bør regelverket om offentlige anskaffelser også i fremtiden tydeliggjøre viktigheten av å ivareta viktige samfunnshensyn, og det vil være et tilbakeskritt å endre anskaffelsesregelverket slik Forenklingsutvalgets flertall foreslår på dette området.

Krav til skatteattest og HMS-egenerklæring

Forenklingsutvalgets flertall foreslår å fjerne såkalte «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn» fra regulering i særnorske bestemmelser. Et mindretall ønsker å videreføre slike regler i anskaffelsesregelverket. Flertallets forslag innebærer følgende:

- Lovpålegg: Plikt til å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser fjernes.
- Dokumentasjonskrav: Plikt til å fremlegge skatteattest og HMS-egenerklæring bortfaller.
- Kontraktskrav: Regler om rett til å innta lærlingeklausuler, antikontraktørklausuler og plikten til å innta klausuler om lønns- og arbeidsvilkår fjernes fra regelverket.

I det følgende vil Oslo kommune kommentere flertallets forslag til forenkling ved å fjerne krav som skal ivareta samfunnshensyn.

Det er i den senere tid blitt avdekket grove tilfeller av arbeidslivskriminalitet i risikoutsatte bransjer som renholds- og bygg- og anleggsbransjen. Oslo kommune arbeider aktivt for å motvirke og bekjempe slike uholdbare forhold. På denne bakgrunn er det iverksatt en rekke tiltak knyttet til kommunens anskaffelsesvirksomhet.

Ved anskaffelser som overstiger kr 100 000 eks. mva., skal oppdragsgiver kreve at «samtlige norske leverandører som leverer tilbud fremlegger skatteattest for merverdiavgift og skatteattest for skatt», jf. anskaffelsesforskriften § 3-3 (1). Videre kreves det at HMS-egenerklæring skal fremlegges for «arbeid som skal utføres i Norge». Leverandører som ikke leverer skatteattest, skal avvises i konkurranser etter anskaffelsesforskriften del II og III. Dette gjelder også dersom HMS-egenerklæring ikke fremlegges. Forenklingsutvalgets flertall anfører at konsekvensene ved manglende fremleggelse av slike attester og egenerklæringer er

store for leverandørene. I tillegg kan manglende fremleggelse føre til at det ellers beste tilbudet ikke kan tas i betraktning. Det vises til at disse avvisningsreglene heller ikke er et utslag av EUs anskaffelsesdirektiv.

Oslo kommune støtter ikke forslaget om å oppheve plikten til å kreve fremlagt skatteattest. Oslo kommune ønsker heller at ordningen med skatteattest innskjerpes, slik at offentlige oppdragsgivere får elektronisk tilgang til skatteattester i sanntid. Et slikt tiltak vil gjøre det vanskeligere for leverandører med skatte- og avgiftsrestanser å bli tildelt offentlige kontrakter, noe som vil kunne bidra til å motvirke og bekjempe økonomisk kriminalitet.

Kontraktsvilkår- lærlingeklausuler

Oslo kommune har nylig innskjerpet bruk av lærlingeklausuler i anskaffelseskontrakter. Det kreves nå at det skal stilles krav til både norske og utenlandske leverandører om konkret bruk av lærlinger i alle relevante anskaffelseskontrakter. Tiltaket skal bidra til at det utdannes flere fagarbeidere som samfunnet har behov for, og bidra til å fremme seriøsitet i leverandørmarkedet.

Oslo kommune viser i denne forbindelse til vårt syn om at formålsparagrafen i norsk regelverk bør omfatte samfunnsmessige hensyn, og at regelverket for øvrig bør ha bestemmelser som tydelig sier at miljø- og etiske/sosiale hensyn kan vektlegges i alle deler av anskaffelsesprosessen.

Oslo kommune viser videre til tidligere oversendt brev til Nærings- og fiskeridepartementet fra Oslos finansbyråd datert 28.03.2014, vedrørende endring av forskrift om offentlige anskaffelser for å sikre nødvendig handlingsrom til å kunne stille konkrete lærlingekrav til både norske og utenlandske leverandører i relevante anskaffelseskontrakter.

Kontraktsvilkår - klausuler om lønns- og arbeidsvilkår

Forenklingsutvalgets flertall anfører at anskaffelsesloven § 7 vedrørende bestemmelsen om krav til lønns- og arbeidsvilkår har begrenset anvendelsesområde for kontrakter under EØS-terskelverdi og at bestemmelsen bør forenkles. Oslo kommune mener imidlertid at bestemmelsen har betydning for bygg- og anleggsoppdrag under EØS-terskelverdi. Erfaringen viser at det foreligger stor risiko for arbeidslivskriminalitet i blant annet bygge- og anleggsbransjen, også når det gjelder anskaffelser som reguleres av særnorske bestemmelser. Oslo kommune mener at bestemmelsen om krav til lønns- og arbeidsvilkår er et viktig virkemiddel for å forhindre og bekjempe arbeidslivskriminalitet. Bestemmelsen er også et viktig virkemiddel for å fremme et seriøst leverandørmarked og rettferdig konkurranse.

4. Prosedyreformer

Utvalgets flertall foreslår å gå bort fra tradisjonell anbudsrett ved anskaffelser under EØS-terskelverdi. Etter flertallets mening skyldes konflikter og uenighet rundt anskaffelser i stor grad det strenge forhandlingsforbudet som gjelder i ordinære anbudskonkurranser. Det foreslås at forhandlinger gjøres til en mulig og valgfri del av alle konkurranser. Det foreslås innført to nye prosedyrer, såkalt *åpen og begrenset tilbudskonkurranse*. Det sentrale med disse prosedyrene er at oppdragsgiver kan avvende beslutningen om hvorvidt oppdragsgiver ønsker å forhandle til etter at tilbudsfristen er utløpt og alle tilbudene har kommet inn. Slik utvalgets flertall ser det, er det først når oppdragsgiver kjenner tilbudenes innhold at oppdragsgiver har et godt grunnlag for å vurdere om det er behov for forhandling. Hvilket omfang eventuelle forhandlinger skal ha, blir det opp til den enkelte oppdragsgiver å beslutte.

Utvalgets mindretall ønsker å innføre de samme prosedyrene i særnorske regler som de som tillates etter det nye EU-anskaffelsesdirektivet, dvs. at ordinære anbudsprosesser omfattes. Mindretallet mener at å åpne for de samme prosedyreformene over og under EØS-terskelverdi er en forenkling i seg selv, og at dette også vil styrke forutberegneligheten for leverandørene.

Oslo kommune mener at sammen med den utvidede adgangen til å ettersende/supplere dokumenter som skal dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, vil nye «tilbudsprosedyrer» gjøre det unødvendig å avvise leverandører som har misforstått hvilken dokumentasjon som skal vedlegges, har levert utilstrekkelig dokumentasjon eller har uteglemt dokumentasjon. Oppdragsgivere bør ikke ha plikt til å avvise leverandører på denne bakgrunn, men bør ha en avvisningsrett. En rett til å avvise kan være tilstrekkelig til at leverandørene legger seg i selen for å sende inn den dokumentasjonen oppdragsgiver faktisk etterspør, da leverandørene ikke kan være trygge på at det i ettertid vil bli åpnet for ettersendelse av dokumentasjon.

Ved at oppdragsgiver har muligheten til å velge å forhandle uten å opplyse om det på forhånd, vil leverandøren bli tvunget til å gi sitt beste tilbud allerede i første del av konkurransen. Hvis leverandøren legger inn «noe å gå på» i tilbudet og det ikke blir forhandlinger, kan dette bli utslagsgivende for at leverandøren taper konkurransen. Dersom leverandøren ikke fra begynnelsen leverer sitt beste tilbud, kan det også tenkes at dette blir utslagsgivende for at leverandøren ikke blir valgt ut til å delta i etterfølgende forhandlinger.

Samtidig bør en oppdragsgiver ha forståelse og respekt for at en leverandør som har gitt sitt beste tilbud i første runde, ikke kan forbedre (kun forandre/tilpasse) dette i eventuelle senere forhandlinger.

Færre avvisninger i en konkurranse vil normalt føre til færre klager. Dette vil bidra til å minske ressursbruken ved gjennomføring av anskaffelser. En mindre rigid og formalistisk anskaffelsesprosess vil dessuten kunne føre til at flere leverandører ønsker å delta i offentlige konkurranser. Færre avvisninger og flere kvalifiserte leverandører vil føre til større konkurranse, som igjen vil føre til bedre anskaffelser.

Økt fokus på dialog gjennom forhandlinger vil etter Oslo kommunes oppfatning være positivt for samhandlingen og forståelsen mellom leverandør og oppdragsgiver. Dette vil øke muligheten for mer hensiktsmessige anskaffelser. Oppdragsgivere vil lettere kunne få tilpasset anskaffelsen til det de faktisk trenger, spesielt dersom oppdragsgiver eller leverandør har vært uklar eller upresis i sin beskrivelse av hva som skal leveres.

Slik Oslo kommune ser det, vil det bli lettere å etterleve anskaffelsesregelverket fordi den nye foreslåtte prosedyren er enklere å forstå og følge. Med færre formalistiske krav, vil terskelen for å oppnå overensstemmelse med regelverket være lavere. Dette vil kunne frigjøre ressurser til å konsentrere seg om å gjøre gode kjøp, istedenfor å bruke mest ressurser på ikke å snuble i rigide formelle krav til anskaffelsesprosessen som ikke har betydning for verken selve kjøpet eller tilliten til prosessen. Det vil også kunne føre til færre ulovlige direkteanskaffelser.

Tildelingskriteriene og kravspesifikasjonen vil også kunne formuleres mer åpne og behovsorienterte for å sikre størst mulig fleksibilitet i forhandlingene. Dette vil kunne legge bedre til rette for mer innovative og formålstjenlige løsninger.

I den foreslåtte prosedyren vil det være en mer flytende overgang mellom forhandlinger og avklaringer. Oslo kommune håper dette vil redusere antall konflikter som dreier seg om hvorvidt man har brutt forhandlingsforbudet gjennom avklaringer.

Oslo kommune har kommet frem til at forslaget til Forenklingsutvalgets flertall samlet sett utgjør den beste og mest fleksible forenklingen av regelverket, og støtter derfor flertallets forslag til prosedyre reformer i særnorske regler.

5. Terskelverdi

Transaksjonskostnadene ved gjennomføring av en typisk anskaffelse er kalkulert til å utgjøre ca. kr 400 000. Dette synes relativt uavhengig av om anskaffelsen anskaffes etter norske særregler eller i henhold til EUs anskaffelsesdirektiv implementert i norsk rett (hhv. del II og III i någjeldende foa). Oslo kommune er av den oppfatning at terskelverdien for anskaffelser må vurderes opp mot transaksjonskostnadene ved å følge et sett med detaljerte prosedyreregler. Slik kommunen ser det, bør den nasjonale terskelverdien økes. Oslo kommune støtter forslaget om å heve den nasjonale terskelverdien til kr 600 000 eks. mva., og henviser til utvalgets mindretall ved medlemmene Roll-Matthiesen og Vigander når det gjelder dette punktet.

Når det gjelder differensierte nasjonale terskelverdier for ulike typer kontrakter, er Oslo kommune enig med Forenklingsutvalgets flertall. Spesielt kan det være uheldig å unnta bygge- og anleggskontrakter med verdi opp til kr 3 millioner eks. mva. fra en formalisert kunngjøringsplikt. Erfaringene viser at det er store utfordringer med useriøse aktører i blant annet i byggebransjen. En økt adgang til å foreta «direkte anskaffelser» innen bygg- og anlegg, kan bidra til å forsterke disse utfordringene. På bakgrunn av dette, samt i lys av et forenklingsspektiv, ønsker Oslo kommune ikke differensierte nasjonale terskelverdier for ulike typer anskaffelseskontrakter.

Når det gjelder forslaget om en forenklet kunngjøringsplikt for kontrakter under kr 500 000 eks. mva. (evt. kr 600 000 eks. mva.) gis det støtte til vurderingen foretatt av Forenklingsutvalgets flertall. Oslo kommune ser ikke at det er hensiktsmessig med en slik forenklet kunngjøringsplikt.

Oslo kommune er i tvil når det gjelder Forenklingsutvalgets forslag om at anskaffelser under kr 100 000 eks. mva. i sin helhet bør unntas fra anskaffelsesregelverket. Under tvil støtter Oslo kommune utvalgets flertall når det gjelder dette spørsmålet. Dersom departementet skulle komme til at en grense på kr 100 000 eks. mva. er en for høy «fri-grense», foreslår Oslo kommune at denne settes lavere, til for eksempel kr 50 000 eks. mva., fremfor å la grunnleggende prinsipper for anskaffelser gjelde alle anskaffelser uansett verdi.

6. Avvisningsbestemmelsene

Avvisning på grunn av manglende integritet og evne til å gjennomføre kontrakten

Et samlet Forenklingsutvalg foreslår en sekkebestemmelse om *rett* til avvisning ved tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten i den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket. Denne kommer i tillegg til de eksisterende pliktreglene om avvisning som videreføres og nye eksplisitte pliktregler om avvisning av leverandører som er involvert i terrorhandlinger, finansiering av terror eller barnearbeid og menneskehandel.

Sekkebestemmelsen om manglende integritet skal i følge utvalget *som minimum* dekke alle forhold som er omfattet av de nye direktivbestemmelsene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. Det er verd å nevne at det nye anskaffelsesdirektivet viderefører reglene i tidligere direktiv 2004/18/EF artikkel 45, samtidig som nye bestemmelser er tilført.

Oppdragsgiver vil således ha *rett* til å avvise leverandører i hvert fall i følgende tilfeller (NOU pkt 25.3.4):

- *når leverandøren er i alvorlige økonomiske vanskeligheter*
- *på grunn av straffbare forhold som påvirker den yrkesmessigeandel*
- *når leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser*
- *ved manglende oppfyllelse av forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter*
- *ved manglende og feilaktige opplysninger*
- *ved manglende oppfyllelse av forpliktelser på miljø- og arbeidsområdet og brudd på internasjonale menneskerettigheter*
- *ved brudd på konkurransereglene*
- *ved alvorlige og gjentatte kontraktsbrudd*
- *når leverandøren urettmessig har forsøkt å påvirke oppdragsgiver beslutninger*
- *når leverandøren har motstridende interesser som kan påvirke kontraktsoppfyllelsen i negativ retning*

Sekkebestemmelsen vil i følge Forenklingsutvalget imidlertid også kunne omfatte *andre forhold* som kan skape tvil om leverandørens integritet eller evne til å gjennomføre kontrakten (NOU pkt 25.3.2.4):

*«[...]generell avvisningsbestemmelse som dekker **samtligeforhold** som kan medføre tvil om leverandørens integritet og hans evne til å gjennomføre kontrakten.»*

Det er oppdragsgiver som skal ha bevisbyrden for at det foreligger forhold som skaper tvil om leverandørens integritet og evne til å gjennomføre kontrakten.

Bestemmelsen vil omfatte tilfeller hvor leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser vedrørende innbetaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter. Oppdragsgiver vil da ha en rett til å avvise leverandøren (dette vil være en videreføring av gjeldende rett). Videre vil bestemmelsen omfatte de tilfeller hvor leverandøren først har levert inn en egenerklæring, men der leverandøren på forespørsel fra oppdragsgiver ikke klarer å fremlegge de dokumentene egenerklæringen omfatter før kontraktstildelingen. Utvalget vil i tillegg videreføre en absolutt plikt til å avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

Det er en teknisk forenkling av regelverket at man samler alle de frivillige avvisningsgrunnene som omhandler leverandøren i en egen bestemmelse. Utformingen av bestemmelsen vil her kunne ha innvirkning på hvor enkel den blir å forholde seg til i praksis. Dersom bestemmelsen konkret viser til alle spesifikke avvisningsgrunner (slik den vil gjøre for anskaffelser over EØS-terskelverdi), fremstår forenklingsgevinsten noe mer uklar. Spesielt fordi det er Forenklingsutvalgets hensikt at bestemmelsen skal romme mer enn de avvisningsgrunnene som er tatt inn i nytt EU-direktiv.

For Oslo kommune fremstår foreslått endring allikevel i all hovedsak som positiv. En samling av relaterte frivillige avvisningsgrunner vil kunne medføre ensartet praksis, forutsatt at det eksisterer en samstemt forståelse av bestemmelsens innhold. Da bestemmelsen i følge Forenklingsutvalget skal omfatte mer enn avvisningsreglene i den delen av forskriften som gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi, fremstår det som sannsynlig at innholdet vil kunne defineres forholdsvis klart. Oppdragsgiver gis ved denne endringen et noe større rom for skjønn, noe Oslo kommune anser som positivt.

Selfcleaning

Som beskrevet over kan/skal leverandøren avvises i en rekke tilfeller der det har oppstått tvil om hans integritet og pålitelighet. Direktiv 2014/24/EU gir regler om konsekvensene ved «selfcleaning», dvs. der leverandøren treffer tiltak for å rette opp uetiske eller ulovlige forhold for å unngå at noe lignende skjer igjen. Utvalget finner det hensiktsmessig å regulere dette også i den særnorske delen av anskaffelsesregelverket. Vurderingen av hvorvidt en leverandør har gjennomført tilstrekkelige selfcleaningtiltak, legges til oppdragsgiver.

Utvalget mener det er mest hensiktsmessig at det gjelder de samme reglene over og under EØS-terskelverdi, og har derfor ikke foreslått egne særnorske regler når det gjelder utestengelsesperiode eller identifikasjon (mellom leverandøren og straffedømte personer, for eksempel eiere, styremedlemmer mv.).

Oslo kommune støtter Forenklingsutvalgets vurdering når det gjelder ovennevnte. En differensiering av den tidsperiode en leverandør kan utestenges, avhengig av hvilken del av anskaffelsesregelverket som kommer til anvendelse, fremstår som lite hensiktsmessig. Det samme gjelder at det ikke bør utformes ulike bestemmelser om identifisering av leverandører over og under EU-terskelverdi.

Avvisning - kvalifikasjon vs. dokumentasjon

Forenklingsutvalget følger det nye EU-direktivets utvidelse av adgangen til å be om ettersending og supplering av dokumenter i kvalifikasjonsfasen. Forenklingsutvalget foreslår at oppdragsgiver også i den særnorske delen skal ha rett til å be om ettersending, supplering, klargjøring eller utfylling av enhver opplysning eller ethvert dokument som gjelder dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene.

Leverandørene skal i utgangspunktet ikke kunne kreve at oppdragsgiver tillater ettersending eller supplering av dokumentasjon. Oppdragsgiver skal kunne avvise leverandøren etter den obligatoriske avvisningsregelen om manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav (dekker tilfellet der dokumenter er inngitt men leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene), eller den frivillige sekkebestemmelsen om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren som inkluderer tilfeller der leverandøren kan anses kvalifisert men har unnlatt å sende inn deler av etterspurt dokumentasjon. I sistnevnte tilfelle vil oppdragsgiver kunne kvalifisere leverandøren (slik regelverket også praktiseres i dag).

Utvalget viser imidlertid til forholdsmessighetsprinsippet og KOFAs praksis etter gjeldende rett. I konkrete tilfeller, hvor det vil fremstå som urimelig å ikke be om ettersendelse eller utdyping m.m, kan oppdragsgiver være forpliktet til å gi leverandørene mulighet til ettersendelse.

Det er fra en oppdragsgivers ståsted generelt sett positivt at adgangen til å be om ettersendelse, supplering m.m, utvides. Man vil på denne måten kunne unngå avvisninger

basert på rene «administrative feil» fra leverandørens side. Det vil imidlertid være muligheter for tolkningstvil i forhold til forholdsmessighetsprinsippet og vurderingen av urimelighet der oppdragsgiver ikke ber om ettersendelse eller supplering, og benytter seg av sin rett eller plikt til avvisning. Problemstillingen er ikke ny, denne usikkerheten har man også etter dagens regler. Her vil praksis fra KOFA eller domstolen kunne klargjøre oppdragsgivers handlingsrom.

Oslo kommune viser til at EU-direktivet åpner for at man skal kunne be om ettersendelse av ethvert dokument, inkludert dokumenter som gjelder selve tilbudet. Forenklingsutvalgets forslag om nye særnorske prosedyrer, der oppdragsgiver fritt kan velge om det skal gjennomføres forhandlinger eller ikke, synes imidlertid å gjøre det unødvendig med regler om avklaringsadgang/ettersendelse av tilbudsdokumentasjon i særnorske bestemmelser.

Forhandlinger minstekrav

En meget aktuell problemstilling er tilbud som inneholder avvik fra minstekrav. Det nye EU-direktivet slår nå fast at det ikke skal forhandles om minstekrav, i tråd med tidligere avgjørelse i EU-domstolen. Dette begrunnes i prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Utvalgets flertall foreslår imidlertid at oppdragsgiver for anskaffelser underlagt særnorske regler, skal ha adgang til å forhandle om avvik fra minstekrav (som et samlet utvalg nå vil klassifisere som vesentlig avvik). Ved å tillate forhandlinger i slike tilfeller, vil man i følge utvalgets flertall redusere antall avvisninger og dermed oppnå økt konkurranse.

En slik forhandlingsmulighet gjør oppdragsgivers handlingsrom større, noe Oslo kommune oppfatter som positivt. En utfordring er imidlertid utvelgelsesprosessen i forkant av forhandlingene, dersom man ikke skal forhandle med alle. Det kan være situasjoner der man på grunn av avvik fra minstekrav ikke vil ha sammenlignbare tilbud. Utvalgets mindretall viser også til denne problemstillingen, og mener det tilsier at man bør følge direktivet på dette punkt og ikke tillate forhandlinger.

Oslo kommune er av den oppfatning at det kan være hensiktsmessig for oppdragsgiver å kunne forhandle om minstekravene. Dersom man får problemer med å velge ut leverandører til forhandling, har man alltid mulighet til å avvise leverandørene, eventuelt også å foreta en første forhandling med alle, for så å avvise de av leverandørene som ikke møter minstekravene. En situasjon hvor ingen av tilbudene møter minstekravene, vil jo også medføre at oppdragsgiver gis en mulighet til å forhandle med leverandørene istedenfor å avvise samtlige. Dette er etter Oslo kommunes oppfatning i tråd med anskaffelsesregelverkets formål om «effektiv bruk av samfunnets ressurser».

7. Anskaffelsesprotokoll

Oslo kommune er enig i Forenklingsutvalgets forslag om å videreføre skriftlighetskravet for anskaffelser som overstiger kr 100 000 eks. mva. Oslo kommune er imidlertid ikke enig i utvalgets forslag om å fjerne plikten til å føre anskaffelsesprotokoll. Oslo kommune er av den oppfatning at det er enkelt å fylle ut en anskaffelsesprotokoll. Skjemaet er dessuten bygd opp på en slik måte at det enkelt kan sikre nødvendig notoritet rundt viktige deler av anskaffelsesprosessen. Det er også et poeng at anskaffelsesprotokoll er en innarbeidet måte å dokumentere anskaffelsen på, som er vel kjent for både offentlige oppdragsgivere, leverandører og allmenheten.

8. Helse- og sosialtjenester

Oslo kommune støtter i hovedsak de forslag til endringer som Forenklingsutvalget foreslår for kjøp av helse- og sosialtjenester, og er av den oppfatning at utvalget har lagt til rette for et godt regelverk på dette området. Oslo kommune har gitt innspill underveis i utvalgets arbeidsprosess, og er fornøyd med at Forenklingsutvalget har lyttet til innspillene.

Oslo kommune er enig med Forenklingsutvalgets flertall i at den nye tilbudsprosedyren som foreslås også vil passe på helse- og sosialområdet. Oslo kommune gjennomfører i dag normalt anskaffelser av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere som en forhandlet prosedyre. Det er positivt at denne muligheten videreføres. Det anses også positivt at den nye prosedyren gir en betydelig økt adgang til å avklare eventuelle uklarheter i tilbudene.

Oslo kommune mener for øvrig det er viktig at det sørges for en dialog mellom de som utformer regelverk for offentlige anskaffelser og de som utformer regelverk knyttet til helse- og omsorgstjenester, slik at man unngår motstrid mellom regelverkene og får regler som totalt sett ivaretar de særlige hensyn som gjør seg gjeldende for denne typer tjenester.

Særregler om brukervalg

På bakgrunn av de spesielle hensynene som gjør seg gjeldende ved kjøp av helse- og sosialtjenester- som ofte er komplekse og sammensatte tjenester av avgjørende betydning for brukerens livskvalitet- og klare signaler fra brukere og pårørende, mener Oslo kommune det er viktig at vi får nye regler om brukervalg. Oslo kommune er derfor svært fornøyd med at Forenklingsutvalget forslag omfatter prosedyrer som åpner for brukervalg som avropsmekanisme ved rammeavtaler og som tildelingskriterium ved enkeltkjøp på helse- og sosialområdet.

Brukervalg som avropsmekanisme ved kjøp fra rammekontrakt

Oslo kommune støtter Forenklingsutvalgets syn om at brukervalgsordningen knyttet til rammeavtaler bør organiseres som en egen avropsmekanisme som ikke kan kombineres med andre tildelingskriterier. Dette vil legge til rette for et reelt brukervalg, der bruker fritt velger hvilken rammeavtaleleverandør som skal få levere aktuelle ytelser til bruker.

Ved anskaffelse av helse- og sosialtjenester til enkeltbruker, kan oppdragsgiver være avhengig av å gi ut informasjon om hvordan brukeren fungerer fysisk og sosialt, eventuelle diagnoser, tvangsvedtak m.m. for å kunne få et riktig tilbud. Slik utgivelse av informasjon vil ofte kunne komme i konflikt med brukers krav på taushetsplikt rundt personlige forhold. Rammekontrakter med fritt brukervalg som eneste avropsmekanisme vil etter Oslo kommunes mening kunne minske utfordringene knyttet til taushetspliktsproblematikk, da behovet for å utlevere informasjon om personlige forhold i stor grad kan begrenses til den rammeavtaleleverandøren bruker selv velger.

Brukervalg som tildelingskriterium ved kjøp til enkeltbrukere utenfor rammekontrakt

Ved kjøp til enkeltbrukere skisserer Forenklingsutvalget to alternative prosedyrer for brukervalg.

Utvalgets anbefalte prosedyre er en ett-trinns-prosess, hvor brukeren velger fritt blant de kvalifiserte leverandørene som har tilbud som tilfredsstiller minimumskravene. Det er da forutsatt at alle vilkår i kontrakten er fastsatt av oppdragsgiver (inkludert prisen) før brukeren får anledning til å foreta sitt valg av leverandør. Utvalget sier at det ved en slik tildelingsmetode må være en forutsetning at oppdragsgiver kvalitetssikrer at leverandørene

oppfyller de angitte kravene, og at oppdragsgiver også må ha anledning til å gjennomføre forhandlinger for å sikre at tilbudene oppfyller alle kvalitative vilkår (er forsvarlige). Oppdragsgiver kan deretter la brukeren selv velge leverandør.

I den alternative prosedyren vil utvelgelsen foregå i to faser. Først vil oppdragsgiver foreta en utvelgelse av et begrenset utvalg leverandører på bakgrunn av tildelingskriterier, deretter får brukeren velge fritt blant disse utvalgte leverandørene.

Forenklingsutvalget anbefaler den førstnevnte prosedyren, da utvalget er usikre på lovligheten av den alternative prosedyren og har prinsipielle motforestillinger mot å innføre en løsning der tilbyderen med det objektive sett beste tilbudet ikke blir tildelt kontrakten.

Oslo kommune er opptatt av at brukeren skal få velge det tilbud hun synes er best, forutsatt at valget skjer mellom leverandører som oppdragsgiver har funnet kvalifisert og som har tilbud som oppdragsgiver har vurdert at tilfredsstiller minimumskravene. Det er viktig at angjeldende prosedyre åpner for at oppdragsgiver kan ha dialog med kvalifiserte leverandører for å sikre at tilbudene faktisk oppfyller minimumskravene og er forsvarlige før brukervalget foretas. Det er også viktig at dialogen åpner for hensiktsmessige tilpasninger i tilbudene for å sikre nødvendig og best mulig dekning av brukerens behov.

I lys av ovennevnte støtter Oslo kommune Forenklingsutvalgets anbefalte prosedyre der brukervalg er tildelingskriterium ved kjøp til enkeltbrukere utenfor rammekontrakt.

Varighet på rammeavtaler og avropskontrakter

Etter dagens regelverk er hovedregelen at en rammeavtale kun kan inngås for inntil fire år. Utvalget foreslår at denne hovedregelen ikke skal gjelde for kjøp av helse- og sosialtjenester. Oslo kommune støtter utvalgets forslag på dette området.

Et annet og viktigere spørsmål er varigheten på den enkelte avropskontrakt på rammeavtalen. På helse- og sosialområdet vil det ofte være behov for tidsubegrensede avropsavtaler. Dette praktiserer Oslo kommune allerede i sin rammeavtale for kjøp av dagsenterplasser. Dette virker godt i praksis. Brukerne er fornøyde med å vite at de kan være på samme dagsenter så lenge de ønsker, og ordningen har heller ikke medført noen innsigelser fra leverandørene.

Oslo kommune anbefaler at det for anskaffelser av helse- og sosialtjenester presiseres at det åpnes opp for tidsubegrensede kontrakter ved kjøp til enkeltbrukere.

Endringer i brukers behov

Kjøp av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere skiller seg vesentlig fra vanlige kjøp. Dette gjelder både kjøp av helse og sosialtjenester fra rammeavtale og enkeltkjøp av helse- og sosialtjenester utenfor rammeavtale. Brukerens behov vil i mange tilfeller endres i løpet av kontraktsperioden og det kan også skje endringer i tidsrommet mens konkurransen pågår.

Oslo kommune støtter Forenklingsutvalgets forslag om en utvidet adgang til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget/tilbudsinnsbydelsen både før og etter tilbudsfristen. På grunn av endringer i diagnoser m.m., vil det ofte være behov for dette i denne typen anskaffelser.

Oslo kommune er også enige med Forenklingsutvalget i at saklighetsterskelen for å avlyse en konkurranse på grunn av endrede behov, skal være lav i denne typen anskaffelser.

Oslo kommune støtter videre at det må være en høy terskel for hva som anses som en vesentlig endring av konkurransegrunnlaget/tilbudsinnbydelsen i disse anskaffelsene.

Oslo kommune støtter dessuten Forenklingsutvalget i at det bør være en betydelig større adgang til å foreta endringer i kontrakten på grunn av endrede behov hos brukeren av helse- og sosialtjenester enn det som det ordinært åpnes for etter anskaffelsesregelverket. Oslo kommune hadde gjerne sett at dette ble presisert i forskriftsteksten, og ikke kun fremkom av forarbeidene.

9. Øvrige kommentarer

9.1 Forslag til minimumsregelverk

Forenklingsutvalget har også på anmodning fra departementet utarbeidet forslag til et alternativt regelverk, et såkalt minimumsregelverk. Utvalgets flertall foreslår at et minimumsregelverk kan baseres på anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper, et skriftlighetskrav og en kunngjøringsplikt. Utvalgets mindretall er av den oppfatning at et minimumsregelverk i tillegg må suppleres med regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn.

Oslo kommune ønsker ikke at anskaffelser under EU-terskelverdi utelukkende skal reguleres av et minimumsregelverk. Et slikt minimumsregelverk vil være altfor unyansert i forhold til de potensielle verdier som disse anskaffelsene representerer. Det er stor forskjell på å kjøpe varer og tjenester for mellom kr 100 000 og 500 000 og bygg- og anleggsarbeider for rundt kr 39 millioner. Det bør således være større føringer og et mer presist særnorsk regelverk for anskaffelser med verdi over en nasjonal terskelverdi. Selv om et minimumsregelverk vil åpne for større fleksibilitet og forenkling, noe Oslo kommune støtter, bør regelverket inneholde tilstrekkelige føringer til å sikre effektiv ivaretagelse av grunnleggende prinsipper og og samfunnstjenlig ressursutnyttelse.

Oslo kommune er av den oppfatning at man åpner for større muligheter for korrupsjon og annen uetisk atferd ved et regelverk som ikke inneholder annet enn henvisning til de generelle prinsippene, et skriftlighetskrav og en kunngjøringsplikt. Dette bør man søke å unngå ved å regulere gjennomføring av anskaffelser i noe større grad, etter Oslo kommunes mening hovedsakelig i tråd med Forenklingsutvalgets «hovedforslag».

Dersom man likevel skulle komme til at man kun ønsker å regulere særnorsk handlingsrom med et minimumsregelverk som skissert av Forenklingsutvalgets flertall, mener Oslo kommune at minimumsregelverket må suppleres med en formålsbestemmelse og et grunnleggende prinsipp som henholdsvis omfatter og stiller krav til ivaretagelse av samfunnsansvar. De grunnleggende prinsippene bør i tillegg omfatte prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Oslo kommune viser i denne forbindelse til kommunens tidligere drøftelse av samfunnshensyn og grunnleggende prinsipper i særnorsk anskaffelsesregelverk.

9.2 Manglende digitalt fokus

Oslo kommune ønsker også å uttale seg om temaet digitalisering i anskaffelsesprosessen, noe det ikke har vært fokusert på i NOU 2014:4. Slik Oslo kommune ser det, bærer Forenklingsutvalgets forslag til et endret og forenklet regelverk preg av å være tilpasset «papiralderen». Forslaget er for lite fremtidsrettet, spesielt tatt i betraktning forestående implementering av nye EU/EØS-direktiver som etter hvert vil stille krav til gjennomføring av digitale anskaffelsesprosesser.

Forslaget har for lite fokus på digitale muligheter som til dels allerede er tilgjengelige i dagens marked, i tillegg til muligheter i fremtiden. Det burde også vært fokusert på bruk og fastsetting av standarder for digitale samhandlingsprosesser, slik at for eksempel utsendelse av kart, tegninger m.m. kan skje smertefritt innenfor vanlige digitale samhandlingsprosesser.

Et annet eksempel på hvor Oslo kommune savner en slik drøftelse, er under diskusjonen om egenerklæring om at leverandører ikke er rettskraftig dømt. I stedet for utelukkende å diskutere om det er hensiktsmessig at leverandørene leverer en egenerklæring om forholdet, burde man heller ha diskutert, og eventuelt foreslått, at rettsavgjørelser vedrørende *foretak* burde være elektronisk søkbare for oppdragsgiver (dog slik at personopplysninger behandles i overensstemmelse med personopplysningslovens bestemmelser).

Likeledes mangler det en diskusjon rundt en digitalisert innlevering av skatteattest og merverdiavgiftsattest. Forenklingsutvalget baserer sin vurdering av hensiktsmessigheten med innlevering av skatte- og merverdiavgiftsattester utelukkende på disse i papirutgaver og i henhold til den «statiske» informasjonen som fremgår av dagens attester. Spørsmålet er i hvilken grad dagens papirattester er hensiktsmessige for å vurdere om leverandøren har en ryddig økonomi og som virkemiddel i kampen mot arbeidslivskriminalitet.

Slik Oslo kommune ser det, burde diskusjonen vedrørende krav til bruk av skatte- og merverdiavgiftsattester i større grad dreie seg om hvorvidt man burde få på plass et mer dynamisk, digitalisert system som gjør det mulig for en oppdragsgiver å få elektronisk innsyn i en leverandørs skatte- og avgiftsforhold. Skatteetaten har foreslått en felles nettløsning for samordning av offentlig data om bedrifter som selger tjenester i markedet.

Et slikt elektronisk innsyn må reguleres sammen med eventuelle endringer av taushetsregler i skatteloven og tilliggende lover for å kunne få full verdi for offentlige oppdragsgivere (dog vil også en fullmakt fra leverandøren til å benytte elektronisk søkbare data også kunne gi mer innsyn enn dagens «statiske» ordning).

Oslo kommune mener NOU 2014:4 fokuserer for lite på fremtidens digitale muligheter. Oslo kommune ber om at departementet vurderer bestemmelser om digitalisering som kan bidra til større effektivitet og forenkling av offentlige anskaffelsesprosesser.