



Nærings og fiskeridepartementet
Postboks 8004 Dep.
0030 OSLO

Deres ref: 15/1514-1

Vår ref: 15/1989

Vår dato: 17.06.2015

Høring – forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver

Vi viser til departementets brev av 17.03.15, med høring av forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver fra EU.

Arbeids- og velferdsdirektoratet er i hovedtrekk positive til departementets forslag om endringer av regelverket for offentlige anskaffelser. Direktoratet antar at forslaget vil gi forenklinger, som vil kunne lede til viktige økonomiske besparelser for staten, leverandørene, og for samfunnet.

Arbeids- og velferdsdirektoratet vil i dette brevet komme med enkelte kommentarer og synspunkter til de konkrete forslagene som fremkommer i høringsnotatene. Vi har forsøkt å strukturere kommentarene på samme måte som departementet har gjort, d.v.s først kommentarer til endringer i anskaffelsesloven, og så kommentarer til endringer i forskriftene.

1. Endringer i lov om offentlige anskaffelser

Direktoratet er glad for at det nå blir en direkte regulering av tjenestekonsesjonskontrakter i lov og forskrift. Regelverket for tjenestekonsesjoner har vært svært vanskelig tilgjengelig tidligere. Det har vært utfordrende å finne ut hvilke regler som gjelder for disse kontraktene, herunder i hvilke tilfeller man plikter å kunngjøre konkurransen. Den foreslåtte lovfestingen gjør regelverket for tjenestekonsesjoner både enklere og mer tilgjengelig.

Etter vårt syn er det lovteknisk uheldig at en rekke viktige unntak fra lov om offentlige anskaffelser kun skal fremkomme av forskrifter. Vi mener at regelverket blir enklere og mer tilgjengelig dersom man regulerer unntak fra loven direkte inn i loven, slik at en ikke trenger å

ARBEIDS OG VELFERDS DIREKTORATET

Postadresse: Postboks 5, St. Olavs plass // 0130 OSLO

Besøksadresse: Økernveien 94 // 0579 OSLO

Tel: 21 07 00 00 // Faks: 21 07 00 01

www.nav.no //

kryssllese mellom lov og forskrift. Vi kan se at lovfesting av unntakene vil gi mer omfattende lovtekst. Det kan også lede til noe mer stivbente endringsprosesser i tilfeller der regelverket knyttet til unntakene må justeres. Noen av de uheldige virkningene av dette kan antakelig reduseres ved at departementet gis hjemmel til å midlertidig fravike loven i forskrift, inntil loven kan oppdateres. Vi vil uansett anbefale at hovedregler med tilhørende unntak samles på ett sted i regelverket.

Når det gjelder lovens formål, har direktoratet i sitt tidligere høringssvar til forenklingssutvalgets utkast til nasjonalt regelverk foreslått at man bør føye til «bidra til økt verdiskapning». Vi opprettholder dette forslaget, slik at vårt forslag til ny formålsbestemmelse for loven er: «lov og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning, og fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter».

Arbeids- og velferdsdirektoratet er glad for at departementet foreslår å videreføre lærlingeklausulen, og flytter den over i anskaffelsesloven. Vi mener at tilstrekkelig tilgang på lærlingeplasser for de som tar yrkesfag vil være et viktig redskap for å hindre at unge faller ut av videregående utdanning, med påfølgende høy risiko for å bli stående utenfor arbeidsmarkedet senere.

2. Ny forskrift om offentlige anskaffelser

Departementet ønsker her tilbakemelding på om de har nådd målet om «lett å finne frem» og «god lovteknikk».

Vi forstår departementet dit hen at de ønsker å lage en forskriftsstruktur som følger anskaffelsesprosessen kronologisk, og dette anser vi som hensiktsmessig. Vi opplever at en inndeling av kapitlene og bestemmelsene etter anskaffelsesprosessens forløp gir god oversikt.

Departementet legger opp til 4 faser. Vi foreslår at disse fasene kommer frem som underoverskrifter, slik at det kommer tydeligere frem hvilke underkapitler som hører til fasene departementet legger opp til.

I tillegg mener vi det bør legges til enda en fase, som er fasen «Handlingsrommet etter kunngjøring men før tilbudsfrist», slik at vi får disse 5 fasene totalt: Fase 1: Handlingsrommet før kunngjøring/planleggingen av anskaffelsen. Fase 2: Handlingsrommet etter kunngjøring men før tilbudsfrist (vi savner at denne fasen kommer tydeligere frem). Fase 3: Handlingsrommet etter tilbudsfrist men før kontraktssignering/gjennomføring av konkurransen. Fase 4: Handlingsrommet etter kontraktssignering/gjennomføringen av kontrakten. Fase 5: Sanksjonene.

Vi gjentar imidlertid her kommentaren fra vårt punkt 1over, om at vi ikke synes det ikke er forenklerende og klart med et system der man finner hovedreglene i loven og unntakene i forskrift. For lesbarhetens og oversiktens del bør man finne komplette regler (både hovedregel og unntak) i loven, og/eller i forskriften.

Ellers finner vi det hensiktsmessig at unntakene stykkes opp i flere ulike bestemmelser for å gi god oversikt. Vi mener at dette gjør regelverket enklere og mer lesbart.

Det ser ut til å ha skjedd en stor grad av kodifisering av praksis, som for eksempel reglene om «vesentlig endring» og «egenregi». Slik kodifisering er klargjørende, bra og forenklerende. Vi er svært positive til at egenregi reguleres uttrykkelig, da dette har vært et vanskelig tilgjengelig regelverk tidligere.

I forbindelse med gjennomføringen av de nye anskaffelsesdirektivene fjernes det tidligere skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Det vil likevel eksistere viktige skiller mellom kategorier av tjenester, som oppdragsgivere må kjenne til og være oppmerksom på. Noen kategorier tjenester faller helt utenfor regelverket, noen kategorier faller inn under regelverket, og noen kategorier faller inn under spesielle prosedyreregler. For å klare å navigere riktig i disse kategoriene er oppdragsgivere avhengig av godt verktøy. Vi ber departementet sørge for at godt verktøy for navigering i CPV/CPC-koder på norsk er tilgjengelig for oppdragsgivere før det nye regelverket trer i kraft.

I tillegg til disse generelle kommentarene til forskriften, har Arbeids- og velferdsdirektoratet også noen mer detaljerte kommentarer til de enkelte forskriftsbestemmelsene:

Til §2-3a: Vi kunne ønske at denne regelen presiseres noe mer. Det er jo ikke bare leie av «eksisterende bygninger» som er unntatt. Det finnes nyere EU-dommer som trekker opp grensen mot bygg- og anleggskontrakter, der leieforholdet som medfører oppføring av nybygg likevel har vært godtatt som tjenestekontrakt under nærmere gitte omstendigheter. Dette er en viktig praktisk problemstilling da alle oppdragsgivere må ha lokaler.

Til § 4-7 andre ledd. Med «denne forskriften» menes FOA, men språklig er det noe tvetydig om «denne» viser til FOA eller konsesjonskontraktsforskriften. Det bør klargjøres.

Til § 7-2: Det fremgår at bestemmelsen om rådgiverhabilitet foreslås (kun) tatt inn i del III. Vi stiller spørsmål ved hvorfor den kun skal stå der, da dette prinsippet i mer eller mindre grad må gjelde i alle anskaffer. Vi anbefaler at denne bestemmelsen inntas i del I av forskriften.

Til § 8-2: Vi forstår hvorfor ny § 8-2 om rettelser, suppleringer eller endringer av konkurransegrunnlaget er plassert i sammenheng med kapittel 8 om konkurransegrunnlaget, men mener den tidsmessig skal plasseres etter kunngjøringen av konkurransen (kapittel 16) og

før gjennomføringen av konkurransen (kapittel 17). Når det gjelder § 8-3 om elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget kan denne naturlig høre hjemme i kapittel 16 om kunngjøring.

I § 8-2 andre ledd fremgår at oppdragsgiver skal gi supplerende opplysninger om konkurransegrunnlaget senest 6 dager før tilbudsfristens utløp, forutsatt at leverandør har bedt om dem «i tide». I FOA 2006, f.eks. § 19-1 (6) er dette regulert som et krav om «i tilstrekkelig tid før tilbudsfristen». Vi mener at den tidligere formuleringen gir en klarere regel, og anbefaler at denne brukes i ny § 8-2.

Til §§ 9-1 til 9-4: Departementet foreslår en egen bestemmelse for tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til kun én leverandør for å gjennomføre anskaffelsen, i tillegg til dagens bestemmelse som gjelder situasjoner der oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Vi anser at dette er en klargjøring og noe som gjør reglene lettere tilgjengelig. Vi foreslår at man kaller § 9-4 for «Vilkår for anskaffelse uten konkurranse og kunngjøring» for ytterligere å klargjøre hva den omhandler.

Til Kapittel 10: Vi er positive til at man legger opp til kortere minimumsfrister ved elektronisk kunngjøring. Det åpnes også opp for enda kortere frister ved «hastetilfeller». For å unngå konflikter rundt dette punktet, kan det være ønskelig med noe mer presisering eller veiledning fra departementet i forhold til hva som skal regnes som «hastetilfeller».

Til §10-1: Vi stiller spørsmål ved om 3. og 4. ledd ikke også burde omfatte endringer i kvalifiseringspapirer ved 2-trinns prosedyrer. I så fall måtte man eventuelt her hatt en tilsvarende regel for endring i kvalifiseringspapirer som det er for endring av konkurransegrunnlag i § 8-2.

Til § 12-4 (1): Utkastet til § 12-4(1) lyder: «Som dokumentasjon for leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet kan oppdragsgiver *som hovedregel* stille krav om at følgende dokumenter fremlegges». Det er her uklart hva «som hovedregel» innebærer, fordi ikke er angitt noen unntak. Vi antar at bokstav a-e ikke er ment som en uttømmende opplisting av dokumentasjon som oppdragsgiver kan kreve. At opplistingen ikke er uttømmende bør da uttrykkelig nevnes, sammenlign FOA 2006 § 17-8 (4) i.f.

Til § 12-6 g: Om dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner står det at oppdragsgiver kan kreve «opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner dersom dette ikke skal benytte som et tildelingskriterium». Ut fra Lianakis-dommen og etterfølgende praksis fra KOFA, så er det mulig å vurdere leverandørens generelle faglige kvalifikasjoner/kompetanse (hos leverandøren som sådan), uten angivelse av navn på personell/CV, i kvalifikasjonsfasen, for så å vurdere kompetansen til tilbudt personell under tildelingskriteriene. Utkastet til ny § 12-6 g stenger etter sin ordlyd for en slik to-trinns vurdering, først av leverandørens kvalifikasjoner og senere av tilbudt personell sine

kvalifikasjoner. Det er etter vårt syn svært uheldig om departementet på dette punktet lager strengere regler enn det EU-retten krever. Vi ber om at dette punktet justeres slik at det blir i tråd med EU-retten. I en eventuell slik justering bør departementet passe på at det blir god sammenheng mellom § 12-6 g og bestemmelsen i utkastets § 13-1 (4) b.

Til § 17-1 (1) a: I utkastet til ny § 17 (1) a står det at «Før oppdragsgiver tildeler kontrakt, skal han kontrollere om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. kapittel 12». Vi stiller spørsmål ved om det bør stå «...kontrollere om leverandør(-er) som tildeles kontrakt oppfyller kvalifikasjonskravene», jf at oppdragsgiver kun er forpliktet til å kreve at den leverandøren som har vunnet konkurransen fremlegger den etterspurte dokumentasjonen. Hvis oppdragsgiver tildeler kontrakt til én leverandør, så er det bare én som skal kontrolleres. Tilsvarende gjelder for bokstav c. I § 17-1(2) står det til sammenligning «leverandøren» i entall.

Til § 17-10: Vi anbefaler at man vurderer om man bør sløyfe ordene «gjennom forhandlinger» her. I disse tilfellene er det vel uansett ikke er tillatt å endre tilbudene eller å forsøke å endre tilbudene, uansett på hvilket grunnlag dette skjer.

Når det gjelder sammenhengen mellom § 17-9 og 17-10 frykter vi at det kommer til å bli uklare grenser mellom disse to bestemmelsene, slik det i dag er temmelig uklart hvordan forholdet er mellom avklaringsadgangen og forhandlingsforbudet. Vi mener dette bør klargjøres bedre. For eksempel vil en utfylling vedrørende noe «som synes å inneholde feil» rent språklig medføre «endringer». Dersom dette ikke klargjøres, så vil det være opp til domstoler/KOFA å trekke opp grensene. Vi mener at lovgiver bør ta tydeligere stilling til dette forholdet i forskriftsteksten.

Til § 17-12 (2): Det fremgår der at «Oppdragsgiver skal forhandle med alle leverandørene om det første tilbudet, og alle etterfølgende tilbud». Ut fra dette ser det ut til at oppdragsgiver må forhandle med alle leverandører om alle tilbud helt frem til siste fase. I § 17-16 står det derimot at antall tilbud kan reduseres, også før forhandlinger starter. Sammenhengen mellom § 17-12 (2) og 17-16 er dermed uklar. Vi mener at man bør kunne redusere antall tilbud før forhandling, og anbefaler derfor at man tar inn et forbehold om § 17-16 i teksten i § 17-12 (2).

Til § 19-1: Direktivet opererer fortsatt med en todelt plikt for oppdragsgiver vedrørende begrunnelse i tildelingsbrev og utvidet begrunnelse. Departementet foreslår en videreføring av den norske ordningen med kun én begrunnelse. Vi støtter departementets forslag på dette punktet. Det er arbeidsbesparende for oppdragsgiver kun å måtte gi én grundig begrunnelse, i stedet for stadig å måtte gi påfølgende utvidede begrunnelser til flere leverandører.

Til § 21-4: Vi er positive til innføringen av den nye kontraktsformen innovasjonspartnerskap.

3. Ny forskrift om innkjøpsreglene i forsyningssektorene

Arbeids- og velferdsdirektoratet foretar ikke innkjøp innenfor forsyningssektorene, og vil derfor å avstå fra å kommentere på denne delen av høringen.

4. Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter

Direktoratet er glad for at det nå blir en direkte regulering av tjenestekonsesjonskontrakter i lov og forskrift. Regelverket for tjenestekonsesjoner har vært svært vanskelig tilgjengelig tidligere. Det har vært utfordrende å finne ut hvilke regler som gjelder for disse kontraktene, herunder i hvilke tilfeller man plikter å kunngjøre konkurransen. Den foreslåtte lovfestingen og den nye forskriften gjør regelverket for tjenestekonsesjoner både enklere og mer tilgjengelig. Vi synes at departementet har lykket godt med gjennomføringen av dette direktivet i utkastet til ny forskrift.

5. Avsluttende betraktninger

Arbeids- og velferdsdirektoratet har i forbindelse med høring av forenklingsutvalgets rapport fremmet ønske at det skjer en kraftig og reell forenkling av det norske regelverket for offentlige anskaffelser. Dette ønsket består fortsatt, og vi ber om at departementet i størst mulig grad benytter det handlingsrommet som anskaffelsesdirektivene gir til regelverksforenkling. I dette legger vi blant annet at vi ønsker at departementet ikke lager «skal-regler» i større utstrekning enn det direktivene krever, og at man søker å skape best mulig sammenheng mellom det særnorske anskaffelsesregelverket, og det direktivskapte regelverket.

Med vennlig hilsen



Kjersti Monland
fungerende arbeids- og velferdsdirektør



Per O. Fjell
økonomidirektør

Kopi til: Arbeids- og sosialdepartementet