

Saksnr: 201500317-18
Saksbehandler: BJOL
Delarkiv: ESARK-03



BERGEN KOMMUNE

Høringsuttalelse fra Bergen kommune:

Forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføringen av tre nye anskaffelsesdirektiver.

Ref. Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev av 17. mars 2015.

Innhold:

<u>Innledning</u>	4
<u>Grunnleggende premisser og prinsipper</u>	4
<u>Høringssvarets struktur</u>	5
<u>Høringsnotat 1 – Endringer i lov om offentlige anskaffelser</u>	6
1. <u>Innledning</u>	6
2. <u>Lovens virkeområde</u>	6
3. <u>Samfunnsansvar</u>	6
3.3 <u>Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (inkl. lovens § 7)</u>	6
3.4 <u>Lovens § 6 – miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold</u>	6
3.5 <u>Ny § 6 a om krav til lærlinger ved offentlige anskaffelser</u>	7
4. <u>Offentlighet, taushetsplikt og habilitet</u>	7
6. <u>Forskrifter og pålegg</u>	8
6.1 <u>Dagens § 16</u>	8
6.2 <u>Forskriftshjemmel</u>	8
7. <u>Økonomiske og administrative konsekvenser</u>	8
<u>Høringsnotat 2 – Ny forskrift om offentlige anskaffelser</u>	10
1. <u>Innledning</u>	10
2. <u>Alminnelige bestemmelser</u>	10
2.3 <u>Unntak for samarbeid i offentlig sektor</u>	10
2.6 <u>Regler som gjelder for alle anskaffelser</u>	10
2.6.1 <u>Generelt</u>	10
2.6.2 <u>Kontraktsvilkår</u>	11
2.6.4 <u>Reserverte kontrakter</u>	11
3. <u>Anskaffelser over EØS-terskelverdiene</u>	12
3.1 <u>Strukturen til forskriftens del III</u>	12
3.2 <u>Planlegging av anskaffelsen</u>	13
3.2.2 <u>Konkurransesgrunnlag</u>	13
3.2.5 <u>Valg av anskaffelsesprosedyre</u>	14
3.2.6 <u>Frister</u>	14
3.2.7 <u>Kravspesifikasjoner</u>	14
3.2.13 <u>Bruk av underleverandører</u>	15
3.2.16 <u>Kunngjøring</u>	15
3.3 <u>Gjennomføring av konkurransen</u>	15
3.3.5 <u>Ettersending av opplysninger og dokumentasjon</u>	15
3.4 <u>Avvisning</u>	16
3.4.3 <u>Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren</u>	16
3.7 <u>Rammeavtaler, innovasjonspartnerskap og dynamiske innkjøpsordninger</u>	17
3.7.2 <u>Innovasjonspartnerskap</u>	17
3.8 <u>Elektronisk verktøy</u>	17
4. <u>Plan- og designkonkurranser</u>	17

<u>Høringsnotat 3 – Ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene</u>	19
<u>2. Gjennomføring av direktivet i norsk rett</u>	19
<u>3. Alminnelige bestemmelser</u>	20
<u>3.1.6 Generelt</u>	20
<u>4. Anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene</u>	20
<u>5. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene</u>	21
<u>5.1.9 Kvalifikasjonskrav</u>	21
<u>5.1.13 Oppdeling av kontrakt</u>	21
<u>5.1.25 Avvisning</u>	21
<u>5.1.27 Oppbevaring av opplysninger om kontrakten; protokollplikt</u>	22
<u>7. Sosiale og andre spesifikke tjenester</u>	22
<u>Høringsnotat 4 – Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter</u>	24
<u>2. Gjennomføring av direktivet i norsk rett</u>	24
<u>4. Konsesjonskontrakter mellom 6 millioner kroner og EØS- terskelverdien og konsesjonskontrakter om særlige tjenester</u>	24
<u>4.1 Kontrakter under EØS-terskelverdi</u>	24
<u>4.2 Kontrakter om sosiale og andre spesifikke tjenester</u>	24
<u>5. Konsesjonskontrakter over EØS-terskelverdien</u>	25
<u>5.1 Kunngjøring</u>	25
<u>5.2 Gjennomføring av konkurransen</u>	25
<u>5.2.11 Dokumentasjonsplikt</u>	25
<u>5.3 Avvisning</u>	25
<u>5.5 Kommunikasjon</u>	26
<u>8. Øvrige forhold som ikke er regulert i konsesjonskontraktdirektivet</u>	26
<u>Avsluttende merknader</u>	28

Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev vedrørende endring av lov og forskrifter om offentlige anskaffelser, oversendt per e-post til Bergen kommune 17. mars 2015.

I de tre høringsnotatene som gjelder nye forskrifter ber departementet en rekke steder konkret om høringsinstansenes synspunkter eller innspill. Vi har knyttet kommentarer til alle disse punktene i notatene. I tillegg har vi knyttet kommentarer til flere andre punkter, i all hovedsak punkter hvor departementet drøfter valg som har blitt gjort innenfor de respektive direktivenes frihetsgrad eller som vedrører særnorske bestemmelser.

Grunnleggende premisser og prinsipper

Dette høringsvaret må leses i sammenheng med Bergen kommunes høringsvar høsten 2014 vedrørende høringen av forslagene i NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Sentrale prinsipper og synspunkter i vårt høringsvar av 29. oktober 2014 ligger også til grunn for våre kommentarer i denne høringsrunden:

- Parallellitet – mest mulig like regler på de ulike områdene (ulike direktiver og over/under EØS-terskelverdier), med mindre konkrete forhold tilsier noe annet. At oppdragsgivere som vil måtte anvende flere ulike anskaffelsesforskrifter, kan forholde seg til mest mulig likt regelverk der hvor det ikke er gode grunner for avvikende bestemmelser, er i praksis forenkling.
- Handlingsrom for samfunnsansvar. Oppdragsgiver må ha betydelig frihet til å ta hensyn til så vel økonomiske samfunnshensyn som miljø- og sosiale hensyn. Et slikt handlingsrom må fremgå av forskriftene dersom det skal kunne anvendes av flest mulig oppdragsgivere.

Samtidig er vi opptatt av at virkemidlene må settes inn på rett sted; oppdragsgivers mulighet til å stille krav om samfunnshensyn i tilknytning til sine anskaffelser må ikke bli en hvilepute for myndighetene i forhold til det viktige arbeidet med å ansvarliggjøre leverandørsiden.

- En positiv, men realistisk innstilling til bruk av «e-løsninger» ved gjennomføring av anskaffelsesprosesser. Slike løsninger forenkler både konkurranse- og innkjøpsprosessene for både oppdragsgivere og leverandører, og sikrer at det akkumuleres informasjon om gjennomføringen av konkurransene. Når oppdragsgivere har fått tilstrekkelig tid til å gå over til å benytte «e-løsninger», kan det være nødvendig å bruke tvang/krav om obligatorisk bruk av slike løsninger for å få med seg også etternølerne.
- Kortest mulig tekst er ikke alltid forenkling. Det er nødvendig at loven og forskriften gir gode føringer for partenes plikter og rettigheter, samt for de handlingsrom som foreligger. Vi har erfaring for at det som bare havner i en veileder, har lett for å forsvinne i mengden av tekst i veilederen.

- Et grunnleggende synspunkt som ikke kom på spissen i den forrige høringen, gjelder henvisning mellom de ulike forskriftene. Vi vil sterkt anbefale at hver enkelt av de tre forskriftene, for at de skal være mest mulig brukervennlige, står på egne ben, som et komplett regelverk på sitt område. Dette synspunktet bygger vi på praktisk erfaring blant kommunens egne innkjøpere. Dersom viktige bestemmelser nå flyttes over i loven, slik at brukerne av regelverket må forholde seg også til loven i større grad enn i dag, vil det være desto viktigere at de respektive forskriftene for øvrig fremstår som komplette regelverk på sine områder.

Høringssvarets struktur

Høringssvaret er strukturelt bygget opp i samsvar med høringsnotatenes rekkefølge- nummerering og punktnummereringen internt i hvert notat.

Høringsnotat 1 – Endringer i lov om offentlige anskaffelser

1. Innledning

Departementet har ennå ikke tatt stilling til mange av de endringene som Forenklingsutvalget har foreslått, men har tatt stiling til flere endringer enn de som er en direkte konsekvens av de nye direktivene.

Det at det mangler en helhetlig fremstilling av alle endringene, gjør det vanskeligere å kommentere de endringsforslagene som nå er klare.

2. Lovens virkeområde

I tilfeller der et rettssubjekt i en bygge- og anleggskontrakt får tilskudd på mer enn 50 % mener departementet at det ikke er støttemottakeren som er pliktsubjekt etter anskaffelsesregelverket. Det legges til grunn at pliktsubjektet er den oppdragsgiveren som tildeler støtten.

Departementet legger til grunn en endret forståelse av hvem som er pliktsubjektet. Dette innebærer i realiteten nye kontrolloppgaver på oppdragsgivers hånd. Disse kontrolloppgavene medfører i seg selv merarbeid for oppdragsgiver. Når støttemottakeren skal gjennomføre anskaffelsen, mens oppdragsgiver er pliktsubjekt etter regelverket, blir det videre to aktører på samme side som har en rolle i forhold til anskaffelsen. Dette vil kunne skape nye utfordringer, f.eks. der det oppstår uenighet knyttet til hvordan anskaffelsen skal gjennomføres for at den skal være i tråd med regelverket. Det bør vurderes å se på denne fortolkningen på nytt for å sikre at dette er en påkrevd endring av praksis.

3. Samfunnsansvar

3.3 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (inkl. lovens § 7)

Arbeids- og sosialdepartementet (ASD) har ansvaret for denne forskriften og har varslet at de vil foreta en evaluering. Departementet har derfor ikke foreslått endringer i lovens hjemmelsbestemmelse (§7) eller i forskriften, men overlater til ASD å foreta disse vurderingene i forbindelse med den varslede evalueringen.

Departementet har likevel valgt å vurdere om forskrift om lønns- og arbeidsvilkår bør utvides til å gjelde konsesjonskontrakter. Departementet har ikke funnet grunn til å foreslå det.

Bergen kommune er enig i det dette synspunktet og den begrunnelsen som er gitt.

3.4 Lovens § 6 – miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold

Departementet vil endre dagens § 6 slik at lovbestemmelsen reflekterer betydningen av at oppdragsgiver tar ansvar for å bidra til ansvarlige produksjonsforhold. Det foreslås derfor et nytt annet ledd, annet punktum som slår fast at oppdragsgiverne skal etablere egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter i anskaffelser der det er risiko for slike rettighetsbrudd. Departementet opplyser i den forbindelse at de forventer at store profesjonelle innkjøpere tar et særlig ansvar. Det vises bl.a. til at det kan stilles kontraktkrav

og at disse må følges opp f. eks. med inspeksjon i produksjonslokalene i land der det er en særlig risiko for brudd på de grunnleggende menneskerettighetene.

Det er ikke uproblematisk å gi kommunene et kontrollansvar for overholdelse av menneskerettigheter når listen legges såpass høyt at man bruker inspeksjon av produksjonslokaler i utlandet som et eksempel. En ting er å føre dialog med leverandørene, benytte egenerklæringsskjema eller gjennomføre ulike former for rapportering. Inspeksjon og kontroll av produksjonslokaler i utlandet er noe helt annet.

Skal slike tiltak være mulig å gjennomføre bør det foreligge en ordning der staten gir økonomisk bistand til denne type omfattende kontroller samt inngår avtaler som kan sikre nødvendig kompetanse til å gjennomføre inspeksjonen.

For øvrig må relevante veiledninger, maler og verktøy for mer ordinær oppfølging av menneskerettigheter gjennomgås og forbedres.

3.5 Ny § 6 a om krav til lærlinger ved offentlige anskaffelser

Departementet foreslår at dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften § 3-11, 3. ledd videreføres i endret form og flyttes til anskaffelsesloven. Det gis hjemmel for å fastsette forskrift om at oppdragsgiver skal stille krav til lærlinger ved anskaffelse innenfor fastsatte fag, bransjer eller områder. Departementet vil komme nærmere tilbake til saken når utkast til forskrift er sendt på høring.

Bergen kommune er positive til at det nå utarbeides et enhetlig nasjonalt regelverk. Det hadde vært ønskelig at forskriften var en del av denne høringsrunden.

Byrådet har forøvrig allerede i møte 2011/14, sak 1425-14, fattet følgende vedtak:

«1. I kontrakter for Bergen kommune skal det, når vilkårene i vedtakspunkt 4 a. – d. er oppfylt, tas i bruk en skjerpet lærlingeklausul som krever at det er ansatt/ansettes lærlinger i bedrifter som får kontrakter med kommunen.
...»

4. Offentlighet, taushetsplikt og habilitet

Departementet foreslår at bestemmelsen om offentlighet flyttes fra forskrift om offentlige anskaffelser § 3-5 til lovens § 7 a. Videre foreslås det å flytte gjeldende bestemmelse om taushetsplikt fra forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften til ny § 7 b i loven og bestemmelsen om habilitet fra forskrift om offentlige anskaffelser til ny § 7 c i loven. For noen av disse bestemmelsene vil plasseringen i loven innebære et utvidet virkeområde.

Bergen kommune tar departementets forslag til etterretning, men vil, med bakgrunn i vårt ønske om at hver enkelt av de tre forskriftene i størst mulig grad skal stå på egne ben, likevel be om at departementet vurderer om disse bestemmelsene bør fremgå av de respektive forskriftene.

I tilknytning til reglene om offentlighet vil vi på nytt fremme noen synspunkter som vi også fremhevet i høringen i tilknytning til NOU 2014:4, om innsyn i tilbud og protokoller: Under

pkt. 30.2.10.2 i utredningen påpekte Forenklingsutvalget at det på bakgrunn av tilbakemeldinger virker klart at den praksis som har utviklet seg de senere år krever betydelige ressurser som burde vært benyttet på en mer konstruktiv måte. De fremhever særlig problemstillingen rundt innsyn i andre leverandørers tilbud før kontrakt er inngått, og at innsyn kan skaffe leverandørene informasjon som de ellers ikke lovlig kan utveksle seg i mellom. Forenklingsutvalget slutter seg til Håndhevingsutvalgets utredning og anbefaling om å se på disse reglene på nytt.

Bergen kommune har hatt innsynsaker som har krevd betydelige ressurser (4-5 dagsverk). Vi har relativt ofte innsynskrav, der vinneren av en konkurranse, basert på at en tapende leverandør begjærer innsyn i deres tilbud, også krever fullt innsyn i tapende leverandørs tilbud. Vi ser ikke sjelden at hensikten med innsynskravet synes å være å få innsyn i forretningshemmeligheter eller informasjon som ligger tett opptil dette.

Vi er enig med både Håndhevingsutvalget og Forenklingsutvalget i at det bør ses på deler av innsynsreglene på nytt. Kanskje er det hensiktsmessig å utsette innsynet til etter karensperiodens utløp? I noen tilfeller kan det kanskje finnes måter å avskjære eller begrense innsynskrav som har til formål å «kikke konkurrentene i kortene».

6. Forskrifter og pålegg

6.1 Dagens § 16

Departementet foreslår at kompetansen til å gi forskrift og pålegg legges til departementet.

Hittil har kompetansen til å gi forskrifter etter loven tilligget Kongen. Departementet gir ingen begrunnelse for den foreslåtte endringen.

De forskrifter som kan gis etter denne loven, berører viktige områder av virksomheten til samtlige norske kommuner, på et område hvor kommunenes autonomi er et sentralt premiss for utøvelsen av virksomheten. Vi hadde derfor ønsket at departementet hadde gitt en begrunnelse for den foreslåtte endringen og regner med at en slik begrunnelse vil fremgå av lovproposisjonen.

6.2 Forskriftshjemmel

Departementet foreslår å oppheve den begrensningen i § 16 som gjelder særlig for forsyningssektoren, slik at det fremover kan fastsettes forskriftsbestemmelser for alle oppdragsgivere på like vilkår, også der slike bestemmelser går lenger enn det som følger av internasjonale forpliktelser.

Bergen kommune er enig i den endringen som departementet foreslår.

7. Økonomiske og administrative konsekvenser

Departementet er opptatt av å finne en rimelig balanse mellom behovet for forenkling og reduksjon i administrative byrder på den ene siden, og behovet for å adressere viktige samfunnshensyn på den andre. Høringsnotatet inneholder forslag til lovbestemmelser som regulerer hvordan andre samfunnshensyn skal ivaretas i forbindelse med offentlige

anskaffelser. Det er ulike økonomiske og administrative konsekvenser forbundet med slike krav i offentlige anskaffelser.

Selv om departementet sier at ny § 6 i stor grad overlater til oppdragsgiver å vurdere de tiltak som skal iverksettes, oppfatter Bergen kommune at departementet er relativt spesifikk i forhold til oppfølging av grunnleggende menneskerettigheter/produksjonsforhold i utlandet, jf. pkt. 3.4 ovenfor. På dette området fremstår forslaget som en innstramning som vil kunne ha betydelige økonomiske konsekvenser. Det er svært krevende og kostbart å drive denne typen oppfølging.

Høringsnotat 2 – Ny forskrift om offentlige anskaffelser

1. Innledning

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om det foreliggende utkastet til ny forskrift anses å oppfylle den siterte målsetningen fra Justisdepartementets veiledning om lov- og forskriftsarbeid.

Det er neppe mulig å fastslå en gang for alle hvilken struktur som er den rette for disse bestemmelsene. Det er også grenser for hvor enkelt det er mulig å formulere tidvis ganske kronglete formulerte direktivbestemmelser når disse skal gjennomføres i Norge på norsk.

Etter vårt syn er det likevel klart at departementet er inne på et rett spor med det arbeidet som har blitt utført. Dette gjelder både omstruktureringen av bestemmelsene og bruken av klarere og enklere språk. Også bruken av overskrifter på kapitler, grupper av paragrafer og de enkelte paragrafene fremstår som veloverveiet og informativ.

Departementet har flere steder i høringsnotatet bedt om respons på spesifikke forhold som har betydning for forskriftens struktur. Disse forholdene kommenteres under de respektive spørsmålene.

2. Alminnelige bestemmelser

2.3 Unntak for samarbeid i offentlig sektor

Departementet ber høringsinstansene om innspill i forhold til om det kan tenkes et praktisk anvendelsesområde for den unntaksbestemmelsen om privat lovpålagt eierskap i tilknytning til «utvidet egenregi» som direktivet anviser.

Bergen kommune er ikke kjent med at dette vil være en relevant bestemmelse i forhold til vår mulige bruk av bestemmelsene om «utvidet egenregi».

2.6 Regler som gjelder for alle anskaffelser

2.6.1 Generelt

Departementet forslår at regelen om fristberegning tas inn i de alminnelige bestemmelsene i del I, jfr. forslag til § 5-6, siden denne bestemmelsen får anvendelse for frister i alle deler av forskriften.

Hvis utgangspunktet er en isolert vurdering av denne forskriften, deler vi departementets resonnement. Den samme bestemmelsen er imidlertid tatt inn i forsyningsforskriften og den burde også ha vært tatt inn i konsesjonskontraktforskriften. Dersom departementet opprettholder sitt forslag om å flytte bestemmelsene om offentlighet, taushetsplikt og habilitet til loven, bør det derfor vurderes å flytte også denne bestemmelsen til loven. En mulig plassering vil kunne være i en ny § 7 d.

Videre ber departementet om innspill på om bestemmelsene om rådgiverinhabilitet og innkjøpssentraler heller bør plasseres i del I, i stedet for departementets foreslåtte plassering i del III.

Etter vårt syn bør bestemmelsene om rådgiverhabilitet plasseres i del I. Det dreier seg her om et prinsipp som må anses som grunnleggende for opprettholdelsen av markedets tillit til oppdragsgiverne.

I NOU 2014:4 drøftes problemet med nedfall av bestemmelser i dagens forskrift, ofte med utgangspunkt i lovens § 5. Bestemmelsene om rådgiverhabilitet er så grunnleggende at det må påregnes at de vil bli gjenstand for nedfall dersom de kun plasseres i forskriftens del III.

Bestemmelsen om innkjøpssentraler er foreslått tatt inn som en av tre paragrafer i et kapittel om samordnede innkjøp. Selv om dette er en ordning som nok i hovedsak vil bli benyttet for anskaffelser med verdi over EØS-terskelverdiene, kan det ikke utelukkes at den også vil kunne være aktuell for anskaffelser med verdi over den nasjonale terskelverdien. Dette vil typisk kunne være tilfellet når mindre kommuner velger å støtte seg på en innkjøpssentral for dekning av egne behov.

Den foreslåtte bestemmelsen om anskaffelser som gjennomføres i fellesskap, foreløpig § 24-2, er også svært relevant for anskaffelser etter forskriftens del II. Denne bestemmelsen har derfor stort potensiale for nedfall til del II dersom den ikke tas inn der.

Alt i alt vil det da trolig være like greit å flytte også disse bestemmelsene til forskriftens del I.

2.6.2 Kontraktsvilkår

Departementet ønsker innspill på den foreslåtte utvidelsen av dagens bestemmelse om kontraktsvilkår, fra å omtale «særlige vilkår» til å gjelde for alle vilkår, også eventuelle standardvilkår.

Dette er etter Bergen kommunes syn en kurant endring. Hva gjelder vårt syn på konsekvensen av denne endringen for konkurransegrunnlagets innhold, viser vil til kommentar under pkt. 3.2.2.

2.6.4 Reserverte kontrakter

Departementet ber om synspunkter på om det skal innføres en bestemmelse i forskriften om adgang til å reservere konkurransen om bestemte helse-, sosial- og kulturtjenester til visse særlige organisasjoner.

Det fremgår av NOU 2014:4 at forenklingsutvalget overlot til departementet å avgjøre om det skal innføres en adgang til å reservere konkurransen om bestemte helse-, sosial- og kulturtjenester til visse særlige organisasjoner. Utvalget anså det for sannsynlig at visse ideelle organisasjoner vil kunne oppfylle de oppstilte vilkårene for å kvalifisere til deltakelse i slike reserverte konkurranser.

Bergen kommunes respons til dette temaet i høringen på grunnlag av NOU 2014:4, var å oppfordre departementet til å vurdere om et slikt unntak vil kunne ha en praktisk anvendelse i

Norge. Hvis departementet finner et slikt unntak anvendbart, bør det innføres en bestemmelse som gir adgang til å reservere slike konkurranser til organisasjoner som oppfyller de oppstilte vilkårene.

Dette er fortsatt Bergen kommunes mening om dette temaet.

3. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

3.1 Strukturen til forskriftens del III

Departementet ber om høringsinstansenes tilbakemelding på forslaget til rekkefølge på bestemmelser og inndeling i kapitler og underoverskrifter i del III.

Som det fremgår av vår kommentar under pkt. 1, mener Bergen kommune at departementet er inne på et rett spor med det arbeidet som har blitt utført med den nye forskriften. Vi har likevel noen innspill til strukturen i del III:

- Når det gjelder rekkefølgen på kapitlene, bør de kapitlene som omhandler tema av mer administrativ/generell karakter, komme først.

Deretter bør de kapitlene som gjelder den konkrete gjennomføringen av konkurransen følge.

Videre bør de de kapitlene som gjelder mer spesielle forhold komme, bl.a. det foreslåtte kapittel 21 «Rammeavtaler, innovasjonspartnerskap og dynamiske innkjøpsordninger».

Reglene om endring og om sanksjoner bør komme til sist i forskriften.

- Det fremstår som noe formalistisk å operere med underoverskrifter med kun en paragraf under seg. Dette forekommer flere steder i det foreliggende utkastet.
- Kapittel 9 «Valg av anskaffelsesprosedyre» omhandler forhold som oppdragsgiver må ta stilling til *før konkurransegrunnlaget påbegynnes*, evt. før oppdragsgiver vet om han har behov for å utarbeide et konkurransegrunnlag. Dette kapitlet bør derfor komme før kap. 8 «Konkurransegrunnlag».
- Kapittel 10 «Frister» omhandler frister for så ulike tidspunkt i anskaffelsesprosessen at det blir vanskelig å finne den rette plasseringen for dette kapitlet. Det kan være en løsning å splitte kapitlet og flytte de to siste paragrafene (Vedståelsesfrist og Frist for begjæring om midlertidig forføyning») bakover.

Uavhengig av hvilke løsning departementet måtte velge i forskriften, må veilederen til forskriften inneholde en komplett tabellarisk oversikt over alle frister som fremgår av forskriften.

- Kapittel 12 «Kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører» er ganske massivt og noe uoversiktlig. Det er mulig at det vil være hensiktsmessig å splitte dette kapitlet opp i to kapitler.

- Kapittel 15 «Kommunikasjon» er malplassert der hvor det nå står. Det bør enten plasseres lenger fremme (som et administrativt/generelt kapittel) eller lenger bak, slik at det ikke kommer mellom kapitler som gjelder praktisk gjennomføring av konkurransen.

Vi ønsker også at departementet vurderer om dette kapittelet kan gis en tittel som reflekterer at det i all hovedsak omhandler *elektronisk kommunikasjon*.

- Kapittel 20 «Anskaffelsesprotokoll og dokumentasjonsplikt»: Her må § 20-1 om anskaffelsesprotokoll løftes frem i ett av de innledende kapitlene i forskriften. Protokollen skal etableres allerede før utlysning finner sted. Slik bestemmelsen er plassert nå, «drukner» den i alt som står foran. Det er derfor sannsynlig at mange oppdragsgivere ikke vil oppdage denne bestemmelsen før mot slutten av anskaffelsesprosessen.

Det er ikke like viktig at de to øvrige paragrafene i dette kapittelet flyttes fremover, selv om de vel har karakter av å være slike administrative/generelle bestemmelser som vi mener at gjerne kan innlede forskriftens del III. Dersom departementet ikke skulle ønske å flytte disse to bestemmelsene fremover, må dette kapittelet splittes, slik at § 20-1 kan få den rette plasseringen i forskriften.

Bestemmelsene § 20-1 og 20-2 (1) fremstår som langt på vei overlappende bestemmelser. Departementet bør vurdere om det er mulig å ta ut den sistnevnte bestemmelsen, eventuelt om den bør omformuleres for å fremstå med et mer selvstendig innhold til forhold til § 20-1

- Kapittel 22 «Elektroniske verktøy». Dette er etter vårt syn ikke en dekkende tittel for innholdet, siden elektronisk auksjon er noe langt mer enn bare et verktøy.
- Kapittel 23 «Endringer» og kapittel 25 «Sanksjoner» bør følge etter hverandre. Begge disse kapitlene omhandler hovedsakelig bestemmelser som kommer til anvendelse *etter* at kontrakt er inngått.
- Kapittel 24 «Samordnede innkjøp» er ikke rett plassert mellom kapitlene 23 og 25. Vi er noe usikre på om det rette vil være å flytte dette kapittelet helt frem til de administrative/generelle kapitlene eller om dette heller hører hjemme rett foran kapitlene om endring og sanksjoner.

3.2 Planlegging av anskaffelsen

3.2.2 Konkurransesgrunnlag

Departementet foreslår at dagens bestemmelse om at oppdragsgiver skal utarbeide et konkurransegrunnlag endres, slik at oppdragsgiver plikter å utarbeide et konkurransegrunnlag med mindre han angir samtlige opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av forespørselen om deltakelse eller tilbudet i kunngjøringen.

Dette er i samsvar med de synspunkter om dette temaet som Bergen kommune fremmet i høringer i forbindelse med NOU 2014:4. Vi foreslo der at kunngjøringsformatet, spesielt når man legger til rette for elektronisk konkurransegjennomføring, utformes slik at kunngjøringen kan inneholde all informasjon fra konkurransegrunnlaget, i tillegg til dagens innhold i kunngjøringen.

Videre foreslår departementet at bestemmelsen forenkles kraftig og utformes som en veileder med referanse til de øvrige bestemmelsene i forskriften.

Denne løsningen fremstår etter vårt syn som hensiktsmessig.

Vi vil likevel knytte en kommentar til den foreslåtte bestemmelsen, § 8-1 nr. (2) bokstav b). Det henvises her til bestemmelsen i § 5-7 om kontraktsvilkår, som omfatter både generelle og spesielle vilkår. Vi forutsetter at bestemmelsen i § 8-1 nr. (2) bokstav b) ikke innebærer at generelle vilkår som er alminnelig tilgjengelige, slik som Statens standardkontrakter og NS-kontraktene, må legges ved som en del av konkurransegrunnlaget, men at det holder å vise til den aktuelle standarden. Dette kan med fordel fremgå direkte av § 8-1 nr. (2) bokstav b).

3.2.5 Valg av anskaffelsesprosedyre

Departementet ber om vårt syn på den valgte løsningen ved implementering av direktivbestemmelsen om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Bestemmelsen er foreslått delt i to paragrafer; en bestemmelse om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og en bestemmelse om direkte anskaffelse.

Denne løsningen er etter vårt syn hensiktsmessig. Slik bestemmelsen hittil har vært utformet, med delvis manglende sammenheng mellom overskrift og innhold, har den fremstått som en pedagogisk utfordring.

3.2.6 Frister

Departementet foreslår å innføre en bestemmelse om mulighet for at partene kan avtale tilbudsfristen i begrensede anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling. Blir partene ikke enige, skal tilbudsfristen settes til minst ti dager.

Dette fremstår for oss som en unødig byråkratisering av fastsettelse av tilbudsfristen. Dersom denne prosedyren er nødvendig for å kunne fastsette en kortere tilbudsfrist enn 25 dager i konkurranser hvor det ikke er publisert veiledende kunngjøring, vil vi likevel gå inn for at det innføres en slik bestemmelse i forskriften.

3.2.7 Kravspesifikasjoner

Departementet har i forslag til § 11-2 tatt inn en liste over diverse sektorer, typer anskaffelser m.v. hvor det etter departements syn vil være særlig relevant å ivareta det nye kravet om å ta hensyn til universell utforming ved anskaffelser som skal brukes av personer. Det bes om innspill fra høringsinstansene på denne listen.

Så langt vi kan bedømme, favner denne listen over det meste av kommunens vareanskaffelser og også vesentlige deler av tjenesteanskaffelsene og bygg- og anleggsanskaffelsene.

Universell utforming er et krevende tema for dem som ikke har spesiell kjennskap til lover, regler, retningslinjer og muligheter på området. Det vil derfor være svært viktig at den veiledning som departementets varsler at vil bli utarbeidet, blir så omfattende og konkret at den kan tjene som det sentrale verktøyet for oppdragsgivernes anvendelse av denne bestemmelsen.

Dette innebærer også at veiledningen justeres fortløpende for å fange opp rettsutviklingen på området. I de senere årene har departementet etter vårt syn ikke fulgt opp med veiledning til regelverket slik som vi må kunne forvente. Veiledningsinnsatsen synes særlig å ha blitt svakere etter overføringen av fagområdet til nytt departement høsten 2013.

3.2.13 Bruk av underleverandører

Departementet går ikke inn for å innføre regler om mulighet for direkte betaling til underleverandøren.

Bergen kommune støtter her så vel departementets konklusjon som dets argumentasjon og fraråder at en slik bestemmelse innføres i regelverket.

Særlig for mindre oppdragsgivere som er mindre dreven i anskaffelsesregelverkets bestemmelser, vil alene eksistensen av en slik bestemmelse kunne føre til at de, i visse situasjoner, blir presset til å foreta direkte betaling til underleverandører. Dette vil også kunne være tilfellet for mindre, selvstendige enheter hos store oppdragsgivere, som for eksempel Bergen kommune. Regelverket bør ikke inneholde slike «feller».

3.2.16 Kunngjøring

Departementet foreslår å skille mellom veiledende kunngjøring og forhåndskunngjøring, selv om dette skillet ikke fremgår direkte av direktivteksten.

Dette er etter vårt syn et godt pedagogisk grep fra departementet, som bidrar til klarhet og derigjennom til forenkling.

3.3 Gjennomføring av konkurransen

3.3.5 Ettersending av opplysninger og dokumentasjon

Departementet mener at avklaringsadgangen bør utvides slik at oppdragsgiver kan ha dialog med leverandørene om uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet, uten å stå i fare for å bryte forhandlingsforbudet.

Det er da sterkt ønskelig at forskriften gir noen føringer for hvor grensen går mellom avklaring og forhandling. Den formuleringen som er tatt inn i forslag til §§ 17-10 (2) og 17-11 (2) om at det ikke er tillatt å endre tilbudene eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandling, gi si så henseende lite veiledning for de fleste brukere av regelverket.

Det vil ikke ha tilstrekkelig effekt å gi veiledningen om grensen mellom avklaring og forhandling kun i en egen veileder. Som vi tidligere har påpekt både i denne høringen og i tidligere høringer, er det vår erfaring at veilederne leses av de få, spesielt interesserte. Det er derfor ønskelig at det gis noen grunnleggende føringer for denne grenseavklaringen i en bestemmelse i forskriften.

3.4 Avvisning

3.4.3 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

Departementet foreslår å presisere at plikten til å avvise også inntreder der leverandøren har vedtatt et forelegg etter straffeprosesslovens § 255, og ber om særlige innspill på dette forslaget.

Som departementet selv anfører, har det både fordeler og ulemper å sidestille endelig dom og vedtatt forelegg. Det fremstår likevel som mest problematisk at samme straffbare forhold vil føre til ulike konsekvenser, avhengig av om leverandøren faktisk vedtar et forelegg eller ikke. I dag kan en leverandør vri seg unna faren for å bli utestengt fra det offentlige innkjøpmarkedet på grunn av en dom for et straffbart forhold, gjennom å vedta et forelegg for forholdet.

Vi har derfor kommet til at departementets foreslåtte bestemmelse bør innføres. Bestemmelsen vil også bidra til forenkling for oppdragsgiver som er satt til å forvalte reglene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren.

Dersom den foreslåtte bestemmelsen skal kunne få den tilsiktede effekten, må det finnes en enkel måte for oppdragsgiver å kunne gjøre seg kjent med informasjon om hvilke leverandører som har vedtatt forelegg etter strprl. § 255. Dette må departementet finne en løsning for.

Departementet foreslår i ny § 18-5 regulering av self cleaning tiltak der det overlates til oppdragsgiver å vurdere om eventuelle foretatte tiltak er tilstrekkelige. Dette skal gi oppdragsgiver fleksibilitet til å tilpasse vurderingen til den konkrete anskaffelsen.

Departementet foreslår videre å innføre direktivets maksimale periode for utestengelse. Det vil så bli overlatt til oppdragsgiver å vurdere hva som er en passende avvisningsperiode i det konkrete tilfellet innenfor denne rammen.

Det er vel og bra at departementet legger opp til å gi oppdragsgiverne mulighet til konkrete, skjønnsmessige vurderinger i begge disse bestemmelsene. Det er likevel nødvendig at departementet gir noen veiledende føringer for den praktiske bruken av disse bestemmelsene.

Dersom anvendelsen av disse bestemmelsene skal bli effektiv og samtidig oppleves som rettferdig av de oppdragsgivere som blir vurdert i forhold til- og eventuelt «rammet» av disse bestemmelsene, er det nødvendig å etablere en praksis for bruk av bestemmelsene som ikke spriker for mye fra oppdragsgiver til oppdragsgiver for relativt like tilfeller. Det vil etter vårt syn ikke være mulig å etablere en slik praksis i overskuelig fremtid uten at departementet gir noen veiledende føringer for regelverksanvendelsen.

3.7 Rammeavtaler, innovasjonspartnerskap og dynamiske innkjøpsordninger

3.7.2 Innovasjonspartnerskap

Etter departementets oppfatning er det i realiteten snakk om en ny kontraktsform. Departementet foreslår derfor å gjennomføre bestemmelsene slik at innovasjonspartnerskapet ikke anses som en ny prosedyre, men en ny kontraktsform. Departementet ber om høringsinstansenes synspunkter på denne måten å regulere innovasjonspartnerskap.

Bergen kommune er enig i departementets oppfatning av innovasjonspartnerskap som en ny kontraktsform.

Vi kan ikke se at det noe sted i forskriften er gitt noen definisjon av innovasjonspartnerskap. Etter vårt syn bør forskriften inneholde en slik definisjon.

Vi mener også at det bør være mulig å formulere denne bestemmelsen på en slik måte at det blir enda klarere at bestemmelsen først og fremst gir regler for inngåelse av kontrakt og for en annen måte å gjennomføre fasen etter inngåelse av kontrakt på enn det som er normalt for ordinære kontrakter.

Ut fra vår erfaring med innovative anskaffelser, vil denne bestemmelsen neppe dekke alle behov i forbindelse med slike anskaffelser. Bestemmelsen forutsetter et løp som er langt mer strømlinjeformet enn det vi erfarer ofte er tilfellet ved innovative anskaffelser.

3.8 Elektronisk verktøy

Medlemsstatene kan bestemme at bruk av elektronisk katalog skal være obligatorisk for enkelte typer anskaffelser. Departementets vurdering er at tiden enda ikke er moden for et obligatorisk krav om å benytte elektroniske kataloger.

Bergen kommune er enig i denne vurderingen. Den manglende modenheten vil en finne hos så vel oppdragsgivere som hos leverandører.

All erfaring på dette området viser imidlertid at mange trenger en velment dytt for å komme i gang. Vi forventer derfor at departementet inntar en offensiv holdning til bruk av elektroniske verktøy i forbindelse med offentlige anskaffelser, herunder bruk av elektroniske kataloger som et virkemiddel for forenkling.

Når både oppdragsgivere og leverandører har fått både tid til- og tilbud om hjelp til å komme i gang med å anvende elektroniske kataloger, vil tiden være moden for å gjøre bruk av slike kataloger obligatorisk.

4. Plan- og designkonkurranser

Forenklingsutvalget foreslår å videreføre særlige regler for gjennomføring av plan- og designkonkurranser uavhengig av oppdragets verdi. Departementet har ikke tatt endelig stilling til dette spørsmålet ennå, men har foreløpig laget utkast til felles regler for plan- og designkonkurranser både over og under EØS-terskelverdiene.

Bergen kommune ser, ut fra egne erfaringer at det er behov for regler om plan og designkonkurranser uavhengig av konkurransens «verdi». Vi ønsker derfor at den nye forskriften møter dette behovet. Departementets utkast til felles regler er på mange områder en forbedring i forhold til de eksisterende reglene. Vi tror likevel at de fortsatt kan forbedres, særlig ved å innta en bedre veiledning om hva som inngår i konkurransens verdi og ved å få tydeligere frem at juryen må kommunisere med deltakerne på en måte som ivaretar deltakernes anonymitet.

Høringsnotat 3 – Ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene

2. Gjennomføring av direktivet i norsk rett

Departementet foreslår å tilbakeføre forsyningsvirksomheten innen offentlig forvaltning, fra forskrift om offentlige anskaffelser til forsyningsforskriften.

Bergen kommune har i dag aktivitet innen forsyningssektoren på områdene vann- og avløp og havnedrift.

Bergen kommune støtter på generelt grunnlag departementets ønske om å harmonisere anskaffelsesreglene for klassisk sektor og forsyningssektor. Både regelverket for klassisk sektor og for forsyningssektor bør inneholde en høy grad av fleksibilitet.

Dagens skille mellom reglene i klassisk sektor og forsyningssektor ble i NOU 1997:2 begrunnet med at aktivitetene innen forsyning normalt er mer konkurranseorienterte enn i klassisk sektor. Bergen kommune er usikker på om denne begrunnelsen fremdeles kan anses som gyldig. Konkurransorienteringen har økt vesentlig i løpet av de siste 18 årene, uansett sektor.

EU/EØS-medlemslandene implementerer direktivene forskjellig. I et internasjonalt marked fører det til at leverandørene må forholde seg til nasjonale regelverk som kan være strengere enn direktivene krever, og samtidig til regelverk som representerer en minsteløsning i forhold til direktivenes krav.

Hvis man ikke tilbakefører anskaffelsene innenfor kommunal forsyningsvirksomhet til regelverket for forsyningssektoren, må leverandører forholde seg til forskjellige regelverk, avhengig av om kunngjørende enhet er organisert som selvstendig rettssubjekt (f eks et kommunalt eid aksjeselskap) eller en kommunal etat.

Dersom man tilbakefører området til forsyningssektoren, må en leverandør forholde seg til ulike regelsett ved konkurranser kunngjort av én og samme oppdragsgiver: Den kommunale samferdselsetaten kunngjør en anleggsanskaffelse basert på regelverket for klassisk sektor, mens det gjelder andre og mer fleksible regler for anskaffelser kunngjort av kommunens vann- og avløpsetat.

Dersom man tilbakefører kommunal forsyningsvirksomhet til regelverket for forsyningssektoren, vil kommunene i Norge også være nødt til å ha anskaffelseskompetanse innenfor to forskjellige regelsett. Dette vil være mer ressurskrevende enn dagens løsning.

Det kan anføres at det strengere regelverket for klassisk sektor kan føre til mer ressurskrevende anskaffelsesprosesser for kommunal forsyningsvirksomhet. Bergen kommunes fagetat for vann- og avløp nevner at anskaffelsene basert på forskrift om offentlige anskaffelser kan gi både dårligere og dyrere løsninger enn nødvendig, og ønsker størst mulig grad av fleksibilitet i anskaffelsesprosessen.

Med dagens løsning har forsyningssektoren imidlertid fått noe mer fleksibilitet enn klassisk sektor, ved at man kan benytte forhandlet prosedyre over EØS-terskelverdi, og ved at man

kan bruke kvalifikasjonsordning. Når det gis forhandlingsadgang over EØS-terskelverdi også i klassisk sektor, og regelverket for klassisk sektor forenkles på en rekke andre punkt, vil det være mindre behov for særordninger for forsyningssektoren.

Bergen kommune støtter likevel forslaget om å tilbakeføre forsyningsvirksomheten til forsyningsforskriften, ettersom oppfatningene i fagmiljøene på dette området er at dette gir en noe større grad av fleksibilitet i anskaffelsesprosessen.

Dersom forsyningsaktivitetene blir tilbakeført til forsyningsforskriften, anbefaler Bergen kommune at de to regelsettene utformes mest mulig likt, med om mulig enda større omfang av parallelle bestemmelser enn det departementet hittil har lagt opp til.

3. Alminnelige bestemmelser

3.1.6 Generelt

Departementet forslår foreløpig å ta bestemmelsene om rådgiverhabilitet og innkjøpssentraler inn i del III, som i forskrift om offentlige anskaffelser, men ønsker innspill på plasseringen av disse bestemmelsene.

Bergen kommune viser her til våre synspunkter i tilknytning til pkt. 2.6.1 i høringsnotat 2 om ny forskrift om offentlige anskaffelser. De synspunktene som fremmes der, er også gyldige for det samme temaet i dette høringsnotatet.

Mens gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser inneholder bestemmelser om skatteattest, HMS-egenerklæring og bruk av kontraktsstandarder, har forsyningsforskriften ikke tilsvarende bestemmelser. Forenklingsutvalget har foreslått å oppheve disse bestemmelsene. Dersom departementet skulle beslutte å videreføre en eller flere av bestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser, mener departementet at det også vil det være naturlig å vurdere om forsyningsforskriften skal inneholde tilsvarende regler.

Dersom kommunal forsyningsaktivitet skulle bli tilbakeført til forsyningsforskriften, fremstår det for Bergen kommune som viktig at reglene i forskriften for klassisk sektor og for forsyningssektor harmoniseres mest mulig. To nokså forskjellige regelsett vil være i strid med intensjonen om å forenkle hele anskaffelsesregelverket. Dersom forskrift om offentlige anskaffelser inneholder krav om skatteattest, HMS-egenerklæring og bruk av kontraktsstandarder, bør tilsvarende krav derfor inntas i forsyningsforskriften.

4. Anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdiene

Departementet foreslår å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt for bygge- og anleggskontrakter med verdi over 3,1 millioner kroner og ber om synspunkter på den foreslåtte terskelverdien.

Bergen kommune slutter seg til departementets vurdering om at EØS-terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er svært høy. Vi støtter innføringen av en lavere terskel for nasjonale kunngjøringer, men mener at den foreslåtte terskelen på 3,1 millioner kroner er noe lav. Bergen kommune mener, som departementet, at antallet ulike terskelverdier bør

begrenses. Vi foreslår derfor at den nasjonale terskelverdien settes til 8 millioner kroner, som er identisk med dagens nasjonale terskelverdi for delkontrakter innen bygg & anlegg i klassisk sektor, og også identisk med terskelverdien for kunngjøring av særlige tjenester som fremgår av forsyningsdirektivet. Alle terskelverdier som er fastsatt nasjonalt bør være gjenstand for inflasjonsjustering.

Departementet foreslår også å innføre bestemmelser om meddelelse om kontraktstildeling og begrunnelse og ønsker særlig innspill på om det er nødvendig og hensiktsmessig med slike regler.

Bestemmelser om meddelelse av kontraktstildeling og begrunnelse bør være likelydende i forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften. Bergen kommune kan ikke se at slike bestemmelser ikke er nødvendige og hensiktsmessige i forsyningsforskriften, når de anses for å være nødvendige og hensiktsmessige i forskriften for klassisk sektor.

Dette gjelder også for bestemmelsen om karens, som sikrer ryddige og forutsigbare prosesser i perioden mellom kontraktstildeling og kontraktsinngåelse. Regler om suspensjon bør bare tas med i den grad det er nødvendig for en korrekt implementering av direktivene.

5. Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

5.1.9 Kvalifikasjonskrav

Departementet ber om innspill på hvordan bestemmelsene om kvalifikasjons- og dokumentasjonskrav i forsyningsdirektivet bør gjennomføres, nærmere bestemt om forsyningsforskriften skal vise til reglene i forskrift om offentlige anskaffelser eller ta inn de samme reglene i forsyningsforskriften.

Bergen kommune anbefaler å ta inn de samme reglene i forsyningsforskriften. Dette vil medføre at forsyningsforskriften inneholder et fullstendig og helhetlig regelsett. Det vil være enklere å finne frem til relevante bestemmelser når de står samlet i én forskrift.

5.1.13 Oppdeling av kontrakt

Reglene for oppdeling av kontrakt i forsyningsforskriften skiller seg fra reglene i forskrift om offentlige anskaffelser på ett punkt, nemlig begrunnelsesplikten for at oppdragsgiver velger å ikke oppdele kontrakt. Departementet foreslår heller ikke å innføre en slik begrunnelsesplikt i forsyningsforskriften.

Bergen kommune støtter forslaget om å ikke innføre plikt til å gi en begrunnelse der det besluttes å ikke dele opp kontrakten, og begrunner dette med et ønske om størst mulig grad av forenkling.

5.1.25 Avvisning

Departementet ønsker innspill på om høringsinstansene foretrekker eksplisitte avvisningsbestemmelser i forsyningssektorene, eller om man kun skal ta inn de direktivbestemmelsene som Norge plikter å gjennomføre.

Bergen kommune støtter departementets vurdering om at det innføres mer eksplisitte avvisningsbestemmelsene, i likhet med reglene i forskrift om offentlige anskaffelser. Dette vil riktig nok medføre at avvisningsbestemmelsene øker i omfang, men det vil være enklere å anvende bestemmelser som er eksplisitt nedfelt i forsyningsforskriften, fremfor å måtte basere avvisning på fortolkninger av de grunnleggende anskaffelsesfaglige prinsippene. Det skal tilføyes at spesielt avvisningsbestemmelsene bør være preget av klarhet og entydighet, fordi avvisning av leverandører har et stort konfliktpotensiale.

5.1.27 Oppbevaring av opplysninger om kontrakten; protokollplikt

Departementet foreslår å ta inn en bestemmelse om protokollplikt som svarer til den foreslåtte bestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser.

Forsyningsdirektivets artikkel 100 stiller krav om at «ordregivende enheder oppbevarer formålstjenlige opplysninger» om alle kontrakter, rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger. Opplysningene må være tilstrekkelige for å kunne begrunne beslutningene om kvalifikasjon, utvelgelse, tildeling av kontrakt, bruk av forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring med mer. Videre skal ordregivende myndigheter «dokumentere afviklingen av alle udbudsprosedyrer» på en måte som er tilstrekkelig for å begrunne beslutningene i alle fasene av anskaffelsesprosessen. Direktivet stiller ikke noe eksplisitt krav om føre en anskaffelsesprotokoll i form av ett bestemt dokument.

KOFA har i sak 2004/307 akseptert at begrunnelsen for valg av leverandør fremgikk av et vedlegg, og ikke av selve anskaffelsesprotokollen. Når det er adgang til å dokumentere prosessen gjennom vedlegg til anskaffelsesprotokollen, åpner man i praksis for en anskaffelsesprotokoll uten eget innhold. Vesentlige forhold og viktige beslutninger kan fremgå av egne dokumenter, og protokollen viser bare til disse. Kravet til etterprøvbarehet vil kunne bli ivaretatt fullt ut uten en obligatorisk anskaffelsesprotokoll.

Vi viser videre til norske myndigheters plikt til å etablere elektroniske løsninger til oppfyllelse av direktivets krav, som vil inntre senest 18. oktober 2018. Slike elektroniske løsninger, som Bergen kommune har hatt i bruk i flere år, genererer automatisk en logg av alle aktiviteter i en konkurranse. Dette gjør en anskaffelsesprotokoll unødvendig. I mellomtiden vil et enkelt krav om skriftlighet være dekkende for å sikre at vesentlige beslutninger og forhold blir dokumentert.

7. Sosiale og andre spesifikke tjenester

Departementet foreslår at anskaffelser av særlige tjenester skal reguleres etter de samme reglene som gjelder for nasjonale anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider. Dette innebærer blant annet en kunngjøringsplikt når kontraktens overstiger 8 millioner kroner.

Bergen kommune er enig med departementet i at det er hensiktsmessig at de samme reglene gjøres gjeldende på flere områder.

Departementet påpeker i høringsbrevet at håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene også gjelder for kontrakter om særlige tjenester. Det vises til at det er uklart om reglene om karens og suspensjon også får anvendelse for kontrakter om særlige tjenester. Departementet

ønsker særlig innspill på denne forståelsen og på om det under enhver omstendighet er fornuftig å innføre slike bestemmelser.

Bergen kommune mener at karensbestemmelser vil bidra til en ryddig prosess. Regler om suspensjon bør bare tas med i den grad det er nødvendig for en korrekt implementering av direktivene. Innføres det sanksjoner, bør det være de samme sanksjoner som i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

Høringsnotat 4 – Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter

2. Gjennomføring av direktivet i norsk rett

Departementet ber om særlige innspill på om den foreslåtte reguleringen ivaretar de behov som i praksis oppstår i forbindelse med inngåelse av konsesjonskontrakter.

Bergen kommunes erfaringsgrunnlag i forhold til konsesjonskontrakter er svært begrenset og vi kan derfor ikke bidra med konkrete innspill på dette høringspunktet.

Vi antar at de fleste har begrenset erfaring mht. konsesjonskontrakter. Ny forskrift vil imidlertid kunne medføre at terskelen for å benytte konsesjonskontrakter bli lavere, slik at erfaringsgrunnlaget vil bli større fremover. Dette tilsier at departementet ikke bør vente for lenge med å oppsummere erfaringer og eventuelt gjøre endringer og tillegg til forskriften.

4. Konsesjonskontrakter mellom 6 millioner kroner og EØS- terskelverdien og konsesjonskontrakter om særlige tjenester

4.1 Kontrakter under EØS-terskelverdi

Departementet foreslår en plikt til å kunngjøre kontrakter med en verdi som er lik eller større enn 6 millioner kroner, men er åpne for at kravet i stedet skal knyttes til en annen kontraktsverdi.

Det er opplyst at det skal innhentes en samfunnsøkonomisk analyse for å bedre beslutningsgrunnlaget. Ut fra de opplysninger som foreligger mener Bergen kommune at det er greit å knytte kunngjøringsplikten til terskelverdien for særlige tjenester i klassisk direktiv. Vi vil likevel bemerke at det i alle fall ikke bør legges til grunn en lavere terskelverdi enn den foreslåtte, kanskje heller en høyere.

Departementet foreslår videre bestemmelser om karens, suspensjon og sanksjoner og ber om innspill på dette.

Bergen kommunen mener at karensbestemmelser vil bidra til en ryddig prosess. Regler om suspensjon bør bare tas med i den grad det er nødvendig for en korrekt implementering av direktivene. Innføres det sanksjoner, bør det være de samme sanksjoner som i forskrift om offentlige anskaffelser del II.

4.2 Kontrakter om sosiale og andre spesifikke tjenester

I forsyningsforskriften foreslås det innført en bestemmelse som presiserer at oppdragsgiver kan ta i betraktning særtrekkene ved tjenestene ved tildeling av kontrakten. Departementet ser ikke behovet for å innføre tilsvarende regler i konsesjonsforskriften ettersom denne forskriften ikke har like detaljerte regler om tildelingskriterier. Departementet legger til grunn at oppdragsgiver vil ha rett til å trekke inn slike forhold selv om dette ikke presiseres i forskriften.

Bergen kommune mener at en regel om at særtrekkene kan tas i betraktning ved tildeling - vil synliggjøre oppdragsgivers handlingsrom i denne fasen. Dersom dette skal være et handlingsrom som oppdragsgivere flest skal få med seg, vil det være hensiktsmessig at også konsesjonsforskriften inneholder en «presisering», jf. formuleringene i forsyningsforskriften.

5. Konsesjonskontrakter over EØS-terskelverdien

5.1 Kunngjøring

Oppdragsgiver plikter å kunngjøre hvem som har fått konsesjonskontrakten. Etter direktivet om tildeling av konsesjonskontrakter skal slike kunngjøringer skje senest 48 dager etter tildeling av kontrakt. De øvrige direktivene har en frist på 30 dager. Departementet foreslår å innføre en frist på 30 dager også for konsesjonskontraktforskriften, slik at de tre forskriftene blir like.

Bergen kommune er enig i forslaget. Parallellitet i reglene er her hensiktsmessig.

5.2 Gjennomføring av konkurransen

5.2.11 Dokumentasjonsplikt

Konsesjonsdirektivet inneholder i art. 37 nr. 5 en bestemmelse om at oppdragsgiver skal dokumentere gjennomføringen av anskaffelsen. Bestemmelsen er ikke så detaljert som i de øvrige direktivene og den inneholder heller ikke noen plikt til å føre anskaffelsesprotokoll.

Departementet vil ikke innføre noen protokollplikt og vil heller ikke ta inn mer detaljerte regler enn det som følger av konsesjonsdirektivet.

Bergen kommune mener at den foreslåtte bestemmelsen i forskriften § 7-14 er for knapp til å skape noenlunde klarhet om hva som kreves. Bestemmelsen bør si noe mer. Det vises NOU 2014:4 og flertallets forslag om å fjerne protokollplikten, men ha krav om skriftlighet. Bestemmelsen om skriftlighet gir noen slike enkle holdepunkter for hva som kreves i forhold til den bestemmelsen og en lignende tilnærming kunne kanskje benyttes for å utfylle § 7-14. Det bør også innføres en tilsvarende bestemmelse under EØS-terskelverdi.

5.3 Avvisning

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke eksplisitte bestemmelser om avvisning på grunn av formalfeil og på grunn av forhold ved tilbudet. Departementet mener imidlertid at det uansett vil følge av de generelle prinsippene, særlig prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, at det i visse tilfeller uansett vil foreligge en plikt til å avvise. Disse prinsippene vil også sette grenser for i hvilke tilfeller oppdragsgiver har rett til å avvise. Da oppstår det også her spørsmålet om det likevel kunne være hensiktsmessig å innføre tilsvarende avvisningsregler som Forenklingsutvalget har foreslått til forskrift om offentlige anskaffelser del II, jf. NOU 2014: 4 kapittel 25. Departementet foreslår dette, men ønsker særlig innspill på om det er hensiktsmessig.

Bergen kommune er enig i argumentasjonen, men sett hen til at nytt direktiv fortsatt legger opp til relativt stor fleksibilitet og handlefrihet er vi litt usikre på om reglene blir mer omfattende enn de strengt tatt må være.

Departementet foreslår videre en rett til å avvise unormalt lave tilbud og ønsker særlig innspill på om det også bør innføres en regulering av fremgangsmåten ved avvisning av unormalt lave tilbud som svarer til forslaget til forskrift om offentlige anskaffelser § 18-9.

Bergen kommune er enig i at det bør innføres en slik avvisningsrett som departementet foreslår..

Bergen kommune mener videre at det er like greit å få en regulering av fremgangsmåten inn i forskriften. Har man ikke en slik regulering vil man kunne få en «sidefallsproblematikk», der man helt eller delvis ser hen til reglene i forskrift om offentlige anskaffelser. Da fremstår det som mer ryddig å ta med regler om fremgangsmåten i forskriften. Vi heller mot at bestemmelsen da bør svare til den bestemmelsen som er i forskrift om offentlige anskaffelser.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke som anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet en eksplisitt bestemmelse om avvisning av tilbud som ikke oppfyller regler om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonalt regelverk, EØS-regelverk, tariffavtaler eller bestemte internasjonale avtaler. Direktivet inneholder imidlertid en generell bestemmelse om at medlemsstatene skal treffe passende tiltak som sikrer at slike krav blir oppfylt, jf. artikkel 30 nr. 3. Departementet mener derfor at det også er naturlig å innføre en slik avvisningsbestemmelse i konsesjonskontraktforskriften. Bestemmelsen kan imidlertid være vanskelig å håndtere i praksis fordi det er noe uklart i hvilke situasjoner den kommer til anvendelse. Departementet ber derfor særlig om innspill på om det er ønskelig med en slik eksplisitt avvisningsbestemmelse i konsesjonskontraktforskriften.

Bergen kommune mener en slik avvisningsbestemmelse bør inn i forskriften. Det er hensiktsmessig at den fremgår av forskriften, selv om den kan være vanskelig å håndtere. Skal en avvisning kun utledes av de generelle prinsippene vil det, for de aller fleste oppdragsgivere, fremstå som enda vanskeligere å håndtere enn om en har en avvisningsbestemmelse å forholde seg til.

5.5 Kommunikasjon

Departementet foreslår å gjøre elektronisk kommunikasjon obligatorisk. Bruk av elektronisk kommunikasjon er et viktig forenklingstiltak, og det synes ikke å være noen grunn til å ha en annen ordning for konsesjonskontrakter enn for andre anskaffelser.

Bergen kommune er enig i departementets standpunkt og begrunnelse.

8. Øvrige forhold som ikke er regulert i konsesjonskontraktdirektivet

Departementet ønsker særlig innspill på om det er forhold som er regulert i anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet og som også bør tas inn i konsesjonskontraktdirektivet.

Vi har ikke innspill her og nå, men bidrar gjerne med innspill når vi får et bredere erfaringsgrunnlag fra praktisering av alle de tre forskriftene.

Det at de fleste høringsinstansene trolig har begrenset eller tilnærmet ingen erfaring knyttet til konsesjonskontrakter tilsier at departementet evaluerer den nye forskriften forholdsvis raskt, men på et tidspunkt der erfaringsgrunnlaget er noe bredere.

Avsluttende merknader

Det nye regelverket introduserer mange ny regler. Det vil derfor være viktig at både oppdragsgivere og leverandører får tilstrekkelig tid til å sette seg inn i det nye regelverket før det trer i kraft.

Videre vil det være behov for at departementet stiller opp med god veiledning som løpende reflekterer beste praksis og gjeldende rett i lys av nye avgjørelser i KOFA og i nasjonale og internasjonale domstoler. Dette gjelder generelt for hele regelverket, men vil være særlig viktig i forhold til de helt nye temaene som introduseres i forskriftene og for den helt nye konsesjonskontraktforskriften.

I de senere årene har departementet etter vårt syn ikke fulgt opp sitt ansvar for veiledning til regelverket slik som vi må kunne forvente. Som departementet selv anfører i Høringsnotat 2 – Ny forskrift om offentlige anskaffelser, er det nå gitt nye direktivbestemmelser om forvaltning av anskaffelsesregelverket. Det skal tilbys gratis informasjon og veiledning om tolkning og anvendelse av regelverket, og oppdragsgivere skal få støtte til planlegging og gjennomføring av anskaffelsesprosessene. Vi har en forventning om at departementet ikke undervurderer det ressursbehovet som en god oppfølging av disse kravene innebærer.

Ett tema som ikke fremgår av høringsnotatene, men som har tilknytning til temaet «endring i kontrakt», jfr. bl.a. Høringsnotat 2, pkt. 3.9, er hvordan det i regelverket og veiledningen til det kan tas høyde for de endringer i kommunestrukturen som regjeringen arbeider for å få gjennomført. Når to eller flere kommuner slår seg sammen, vil de ta med seg inn i det nye fellesskapet de avtalene som de selv har etablert. Det kan da oppstå en rekke ulike situasjoner i tilknytning til anvendelsen av disse avtalene. Noen av de problemene som kan oppstå, kan trolig unngås dersom oppdragsgiver allerede ved inngåelse av kontrakt tar høyde for den mulige fremtidige situasjonen. Departementet bør her gi veiledning til kommunene om hvordan de best kan innrette seg i sitt løpende arbeid med inngåelse av avtaler.

Departementet bør allerede nå også planlegge en evaluering av regelverket når det har fått virke noen år. Særlig for det nye konsesjonskontraktdirektivet må departementet være åpen for justeringer så snart en har fått en viss erfaring med bruken av regelverket.

Bergen kommune har betydelig erfaring med bruken av det eksisterende regelverket. Det er i alles interesse at det nye regelverket etableres på grunnlag av praktisk erfaring med gjeldende regelverk. Dersom departementet skulle ønske å drøfte enkeltheter i de foreliggende forslagene, stiller vi gjerne vår kompetanse til disposisjon.

*****	<i>Ikke skriv eller endre det som står</i>	*****
*****	<i>på de 4 linjene.</i>	*****
*****	<i>Elektronisk godkjenning</i>	*****
*****	<i>flettes inn her</i>	*****