



Nærings- og fiskeridepartementet

Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref.
15/1514-1

Vår ref.
201501336-2

Arkivkode
008

Dato
16.06.2015

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

Vi viser til Nærings- og Fiskeridepartementets brev av 17.mars 2015 med høring av forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver.

Brønnøysundregistrene ser positivt på forslagene som generelt sett kan bidra til forenkling for næringslivet og legger til rette for verdiskaping i næringslivet. I tillegg ønsker vi å knytte noen kommentarer til enkelte av forslagene.

1. Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon

Vi støtter forslaget om at all informasjonsutveksling ved offentlige anskaffelser som hovedregel skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. I høringsnotatet på side 20 opplyses at *Departementet også tar sikte på å etablere en sentralisert løsning for elektronisk kommunikasjon ved offentlige anskaffelser som omfatter innlevering av søknader om deltakelse og tilbud. Oppdragsgiver kan også velge å benytte andre løsninger som oppfyller direktivets krav.* I denne sammenheng ønsker vi å nevne at Brønnøysundregistrene og Difi har innledet et samarbeid i eSENS-prosjektets arbeidspakke for offentlige anskaffelser. Formålet er å se på muligheten til å bruke Altinn i digitaliseringen av offentlige anskaffelser. Som næringslivets prioritert kontaktpunkt til offentlig sektor og som utviklingsverktøy for offentlige tjenester i Norge bør Altinn ha en sentral rolle i digitale prosesser for offentlige anskaffelser slik vi ser det. For Brønnøysundregistrene er det imidlertid viktig å sørge for at løsningsvalg ikke bare tilfredsstiller behov i begrenset sammenheng av en pilot i e-SENS. Infrastruktur som etableres som følge av e-SENS og i det videre løpet med støtte fra CEF må passe til veivalg som tas for å etablere digital infrastruktur ellers i Norge.

Vi ønsker i denne sammenheng også å gjøre oppmerksom på at tidsperspektivet å implementere en løsning innen april 2016 er utfordrende. Digitale løsninger for innlevering av tilbud er avhengige

Brønnøysundregistrene

Postadresse: Postboks 900, 8910 Brønnøysund
Telefoner: Opplysningstelefonen 75 00 75 00 Administrasjonen 75 00 75 09 Telefaks 75 00 75 05
E-post: firmapost@brreg.no Internett: www.brreg.no
Organisasjonsnummer: 974 760 673

av en rekke fellestjenester (elektronisk signatur, kryptering, elektronisk konvolutt) som ikke er tilgjengelig som fellestjenester for offentlige anskaffelser per i dag. Vi ønsker å nevne i denne sammenheng at Altinn har infrastruktur som kan være aktuell å benytte på området.

2. Dokumentasjonskrav

For å delta i konkurransen skal leverandører bruke en egenerklæring istedenfor dokumentasjon på at kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier er oppfylt. Oppdragsgiver validerer leverandørinformasjon først når leverandør er tildelt kontrakt.

a. Egenerklæring i European Single Procurement Document (ESPD)

Det nye direktivet innfører "the European Single Procurement Document" (ESPD) som består av en egenerklæring som foreløpig bevis for at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier og for fravær av avvisningsgrunner. Skjemaet skal foreligge i elektronisk versjon. Egenerklæringskjemaet vil bli fastsatt i form av en egen EU-forordning, men denne er ikke vedtatt ennå.

Som nevnt tidligere er det viktig at sektorspesifikke løsningsvalg passer inn i infrastruktur for øvrig i Norge. Dette gjelder også for den foreslåtte egenerklæringen. Når Altinn skal kunne brukes for innlevering av tilbud er det naturlig at også egenerklæring som innleveres samtidig formidles gjennom Altinn. Næringsdrivende, spesielt små og mellomstore bedrifter, ville ha nytte av å kunne bruke Altinn som kontaktflate mot det offentlige for innlevering av tilbud sammen med egenerklæringen.

Oppgaveregisteret ved Brønnøysundregistrene gir oversikt over oppgaveplikter som offentlige organer pålegger næringsdrivende. Vår erfaring på området kan brukes ved utforming a egenerklæringen. Vi mener at det kan være nyttig å bidra med denne kompetansen i den pågående aktiviteten rundt utformingen av egenerklæringskjemaet i Norge og på EU-nivå (eCertis). Spesielt på EU-nivå er slike bidrag med på å sikre at utviklingen i Norge er i takt med det som skjer utenfor Norge.

b. Validering av leverandørinformasjon

Når oppdragsgiver etter tildeling av kontrakt validerer leverandørinformasjon avgitt i egenerklæringen er det behov for tilgang til kilden av informasjonen. Brønnøysundregistrene forvalter en rekke av disse informasjonskildene (Foretaksregisteret, Regnskapsregisteret, Konkursregisteret) og har løsninger for at næringsdrivende kan gi oppdragsgiver tilgang til informasjon om seg selv (Altinn). Det er viktig i denne sammenheng å sørge for at validering av leverandørinformasjon skjer direkte mot autoritative informasjonskilder og ikke mot en kopi i en database som er kun opprettet for validering av leverandørinformasjon. På dette området har Brønnøysundregistrene samarbeidet med Difi i ulike sammenheng over flere år - sist i PEPOL-prosjektet. Vi støtter forslagene og ønsker å bidra til utviklingen av en løsning i samarbeid med andre myndigheter, helst også når overordnede valg tas.

3. Forskriftens struktur

Departementet har bedt om høringsinstansenes syn på om departementet har oppnådd målsetningen om at forskriften bør være lett å finne frem i, både for erfarne og ikke erfarne innkjøpere og leverandører.

Vi mener at strukturen er bygd opp på i en kronologisk og logisk rekkefølge i forhold til innkjøpsprosessene. Vi mener imidlertid at det er mer logisk at Kapittel 8 «Konkurranses grunnlag» flyttes bak kap. 10 «Frister». I tilfelle blir det slik:

Kap. 7 Dialog med markedet før konkurranse

Kap. 8 Valg av anskaffelsesprosedyre

Kap. 9 Frister

Kap. 10 Konkurranses grunnlag

Kap. 11 Kravspesifikasjoner

Kap. 12 Etc.

Inndeling i underoverskrifter gjør det enda mer oversiktlig.

4. §8-3 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget

I høringsnotatet er det angitt at konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet i alle konkurranser, også der oppdragsgiver benytter en totrinnsprosedyre.

Dette mener vi er uheldig av to grunner;

- a) Oppdragsgiver mister muligheten til å jobbe fram konkurransegrunnlaget i 30-dagers perioden hvor kvalifikasjonsgrunnlaget ligger ute på Doffin. Dette er pr. i dag en kjærkommen mulighet til å knipe inn på den interne saksbehandlingstiden i anbudskonkurranser, samt utnytte ressursene på en god måte.
- b) Enkelte konkurranser kjøres som to-trinns prosedyre for å unngå at fortrolig informasjon havner offentlig på Doffin til alle og enhver. Et eksempel på dette er kunngjøring av vaktholdstjenester. Her har vi i våre konkurranser vært nødt til å oppgi detaljerte opplysninger om tidspunkt for vaktrunder og hvilke tjenester som skal utføres.

§ 8-3, 3. ledd sier at vi i slike tilfeller skal gjøre oppmerksom i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse angi hvilke tiltak som er nødvendig for å sikre slike fortrolige opplysninger. Etter vår mening er ikke dette praktisk gjennomførbart. I eksemplet på anbudskonkurranse på vakttjenester er det nødvendig å frigi alle opplysningene for at leverandørene skal kunne levere tilbud/ vurdere om de skal gi tilbud. Og da er mulighetene for at disse opplysningene havner på avveie betydelig større enn hvis de bare blir tilgjengelige for de få utvalgte leverandørene.

5. § 9-2 og § 9-3 vedr. vilkår for bruk av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og uten forutgående kunngjøring

Her brukes begrepet «uakseptable tilbud», mens i nåværende forskrift brukes begrepene «ukorrekte» og «uakseptable». Vi mener det kan være behov for å presisere hva som ligger i begrepet «uakseptabelt». Et tilbud som ikke oppfyller alle må-kravene vil helt klart være uakseptabelt, men hva med et tilbud som scorer «uakseptabelt lavt» på tildelingskriteriene? Vi mener at begrepet kan misforståes og at «ukorrekt» er et bedre begrep.

Hva om alle unntatt ett tilbud i en forutgående anbudskonkurranse inneholder feil i tilknytning til oppfyllelse av minimumskrav eller tildelingskriterier som gjør at vi plikter å avvise dem (dvs. at de er uakseptable) - og vi ønsker å avlyse pga. manglende konkurranse? Avlysning i slike tilfeller er akseptert i KOFA.

Spørsmålet er da om vi plikter å kunngjøre på nytt, eller om vi kan vi påberope oss § 9-3 a). Her spriker avgjørelsene i KOFA, og vi mener det er behov for å presisere dette i forskriften.

I høringsnotatet står det angitt at det foreslås en egen bestemmelse for tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til kun en leverandør, i tillegg til en bestemmelse som gjelder situasjoner der oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Departementet ber om høringsinstansenes syn på om tilnærmingen er hensiktsmessig.

Vi mener at det bør gå fram av § 9-3 b) at det skal utføres en konkurranse med flere leverandører. Hvis oppdragsgiver ikke har mottatt tilbud i en forutgående konkurranse, kan det lett oppstå en situasjon hvor oppdragsgivere mener at de ta kan gå direkte til en leverandør. Hvis dette presiseres, unngår man rom for feiltolkning. Og det vil være hevet over enhver tvil at det kun er §9-4 som hjemler direkteanskaffelse.

6. §18-10 vedr. framgangsmåten ved avvisning

I § 18-10 (3) er det angitt at oppdragsgiver så snart som mulig skal gi leverandøren en skriftlig meddelelse om avvisningen og at denne skal inneholde en kort begrunnelse.

At avviste leverandører faktisk har klagerett, går fram av praksis i KOFA, blant annet sakene 2008/105 premiss (33) og 2008/32 premiss (43) og 2009/126 premiss (63). Det følger imidlertid ikke av disse sakene at oppdragsgiver plikter å informere den avviste leverandøren om klageretten, og heller ikke at det skal gis en klagefrist.

I sak 2012/132, premiss (52) og (53), konkluderer KOFA med at leverandører ikke bare har klagerett på meddelelse om avvisning, men at oppdragsgiver også plikter å informere klagefrist. Her er det henvist til tidligere praksis, jf. sakene som er nevnt i forrige avsnitt. De tidligere dommene blir altså sitert som om at oppdragsgiver også har plikt til å opplyse om klageretten, samt å gi klagefrist.

I sak 2013/13 premiss (47), konkluderer imidlertid KOFA med følgende:

(47) Dersom et tilbud blir avvist skal oppdragsgiver gi leverandøren skriftlig melding om dette, med en kort begrunnelse jf. forskriften § 20-13. Videre skal tildelingsmeddelelsen, med begrunnelse og opplysning om karenstid, gis til alle berørte leverandører, som etter § 4-1 bokstav p blant andre er "alle leverandører som har levert inn tilbud". Leverandører som har fått sitt tilbud avvist, vil altså få begrunnelse og opplysning om tildelingsbeslutning og karenstid. Leverandører står fritt til å klage til oppdragsgiver når som helst, og må for øvrig forholde seg til den samme karenstiden som andre tilbydere i konkurransen når det gjelder andre rettslige skritt. Interessene til en leverandør som har fått sitt tilbud avvist er dermed ivaretatt gjennom

reglene om begrunnelse og karenperiode. Oppdragsgiver har etter dette ikke plikt til gi en frist til å klage på et avvisningsvedtak. Klagers anførsel fører derfor ikke frem.

Her sier altså KOFA at det likevel ikke er noe krav om å sette egen klagefrist for avvisningsbeslutningen. Det er tilstrekkelig at den avviste leverandøren får informasjon om tildelingsbeslutningen og karenperioden (mottas oftest i et eget brev som kommer på et senere tidspunkt enn avvisningen). Dette fremgår av KOFA 2013/13 og 2014/55. Om oppdragsgiver har plikt til å opplyse den avviste leverandøren om at den har klagerett virker imidlertid uavklart. Avgjørelsen i KOFA 2012/132 ser ut til å sette opp en slik varslingsplikt for oppdragsgiver. Vi finner imidlertid ingen andre avgjørelser som sier dette. Og i de ovenfor nevnte avgjørelsene fra 2013 og 2014, som begge er veldig grundige på hvilke krav som stilles til begrunnelse og informasjon fra oppdragsgiver til tilbydere ved avvisning, sier ingenting om en eventuell plikt til å opplyse om klagerett. Etter vår mening ville det være naturlig at en slik plikt hadde blitt nevnt i disse avgjørelsene dersom den foreligger. Dette taler etter vårt syn for at avgjørelsen i KOFA 2012/132 kanskje ikke kan/bør tillegges så mye vekt på dette punktet.

I og med at dette ikke er helt avklart, mener vi at det bør presiseres i forskriften § 18-10 (3) om oppdragsgiver har plikt til å opplyse om klagerett ved avvisning av tilbud.

I tilfelle kan dette løses ved å opplyse i avvisningsbrevet om at en eventuell klage på avvisningsbeslutningen må være oppdragsgiver i hende innen utløpet av karenperioden – som de vil få nærmere informasjon om i forbindelse med beslutning om kontraktstildeling (som «berørt part»).

7. § 14-2 vedr. bruk av underleverandører

Å benytte underleverandører i kontraktperioden som ikke inngikk i det opprinnelige tilbudet, kan i enkelte tilfeller innebære en vesentlig endring av kontrakten. Et eksempel på dette kan være hvis en underleverandør er den direkte årsaken til at en leverandør får tildelt en kontrakt i en anbudskonkurranse, f.eks. pga. konsulentenes særegne egenskaper.

Jf. dom fra EF-domstolen (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0091:DA:HTML>), premiss 39.

Vi mener det kan være behov for å presisere hva slags praksis som er akseptabel i forhold til prinsippet om vesentlig endring av kontrakter og likebehandling av leverandører.

Eks:

- Bytte av underleverandør i tilfeller hvor underleverandøren har vært avgjørende for at leverandøren vant kontrakten

- En leverandør på en parallell rammeavtale som ikke hadde underleverandør(er) i opprinnelig tilbud knytter til seg en underleverandør for å hevde seg bedre i en minikonkurranse

Med hilsen

BRØNNØYSUNDREGISTRENE

Lars Peder Brekk
direktør

Håkon Olderbakk
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ikke håndskrevne signaturer.

Saksbehandler: Dörthe Koerner 75007942