



Nærings- og fiskeridepartementet
Att. Geir Fosby
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Vår dato: 17.06.2015
Deres dato: 17.03.2015

Vår referanse: 2012/1385-6
Deres referanse:

Vår saksbehandler:
Kristine Helland, tlf. 32808538

Høring – endring av lov og forskrifter om offentlige anskaffelser

Vi viser til deres brev av 17.03.2015 om høring av forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver. Nedenfor følger høringssvar fra BTV Innkjøp. BTV Innkjøp er innkjøpsenheten til Buskerud, Telemark og Vestfold fylkeskommuner, og er i tillegg sekretariat for et innkjøpssamarbeid bestående av alle kommunene i Buskerud, 12 kommuner i Telemark, fylkesmennene i Telemark og Buskerud, samt Høgskolen i Buskerud.

Generelle merknader:

Departementets uttalte mål; enklere og mer fleksible regler, å redusere administrative byrder og å skape større rettslig klarhet.

Departementet bemerker at et av EU's mål med revisjonen av anskaffelsesdirektivene har vært å legge forholdene til rette for å kunne ivareta andre samfunnshensyn, slik som miljø, sosiale hensyn, innovasjon og lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter, i forbindelse med offentlige anskaffelser. Departementet fast at offentlige anskaffelser må gjennomføres på en måte som ikke får samfunnsskadelige konsekvenser. BTV Innkjøp ser, og synes det er riktig, at departementet har strukket seg langt i å utnytte det nasjonale handlerommet som de nye endringene i EU direktivene gir i forbindelse med å etterstrebe økt fleksibilitet og redusere administrative byrder. Enkelte av endringene som foreslås ser vi imidlertid kan gi rom for rettslig uklarhet, og henstiller i disse tilfellene (under de aktuelle punkt) til at det må stilles krav til og utarbeides en god veileder på området.

BTV Innkjøp har valgt å fokusere på forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser, samt forslag til endringer i forskrift om offentlige anskaffelser for klassisk sektor.

Nedenfor følger våre kommentarer til utvalgte emner.

Merknader til forslag til endringer i lov:

1. Forslag til ny formålsparagraf

«Fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og sikre at det offentlige opptrer med integritet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser».

Vi mener det er viktig å presisere at anskaffelsesregelverket skal sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser.

I følge departementet er forslaget imidlertid ikke ment å innebære en realitetsendring. Denne uttalelsen fra departementet, sett i sammenheng med ny tekst, kan gi rom for tolkningstvil.

Ser vi ordlyd i gammel og ny tekst alene, kan ny tekst tolkes dithen at samfunnets interesser nå settes i fokus foran leverandørens forventninger til prosessene.

Merknader til forslag til endringer i forskrift om offentlige anskaffelser klassisk sektor:

1. Større rom for oppdragsgiver å velge konkurranse med forhandlinger, forslag til nye bestemmelser i forskriftens §§ 9-1 til 9-4

§ 9-2, bokstav a. Bruk av konkurranse med forhandling *etter forutgående kunngjøring*: Forslag til ny bestemmelse innebærer noe oppmykning i tekst i forhold til eksisterende bestemmelse. BTV Innkjøp ser det som (svært) positivt at oppdragsgivers behov er kommet inn som et kriterium for å kunne velge konkurranse med forhandlinger.

§ 9-3. Bruk av konkurranse med forhandling *uten forutgående kunngjøring*: BTV Innkjøp oppfatter denne endringen som en utvidelse av adgangen til å forhandle. Hva som kan være å anse som uakseptable tilbud bør imidlertid utdypes nærmere i veilederen.

BTV Innkjøp stiller seg positive til forslag om større adgang til forhandlinger i forskriftens del III, da dette vil gi oppdragsgiver større muligheter til å skreddersy anskaffelsen etter hvilket behov som faktisk foreligger. Dette vil igjen gi anledning til å gjøre bedre kjøp, på en mer effektiv måte uten at dette går på bekostning av likebehandling og leverandørens behov for forutsigbarhet.

BTV Innkjøp oppfatter at departementet ved endringen åpner for et videre bruk av skjønn. Dette stiller store krav til kompetanse, og krav til en god veileder er således avgjørende.

2. Dialog med markedet før konkurranse.

Formål: sikre likebehandling av leverandørene, samtidig som det ikke skal legge unødvendig begrensninger til mulighetene til dialog med markedet og innhenting av råd - § 7-2.

BTV Innkjøp har erfaring med at det i dag hersker stor usikkerhet rundt oppdragsgivers muligheter til å ha kontakt med markedet.

Markedsdialog er en forutsetning for gode anskaffelser, og usikkerheten rundt dette medfører ofte feilslåtte og mindre gode anskaffelser i forhold til det man kunne hatt ved bedre kontakt mellom oppdragsgiver og marked.

Vi ser det derfor som svært positivt at forslag til endringer i forskrift går mot en utvidet adgang til dialog mellom oppdragsgiver og leverandør, samt at bestemmelsen også fokuserer på likebehandling.

3. Utvidet adgang til ettersending av opplysninger og dokumentasjon. For oppdragsgiver og leverandør. § 17-9.

Departementets forslag til ny § 17-9 mener vi er en samfunnsøkonomisk fornuftig regel, idet oppdragsgiver får muligheten til å innhente supplerende informasjon/foreta avklaringer fremfor å måtte avvise kvalifiserte leverandører.

Det at bestemmelsen åpner for innsending av helt ny dokumentasjon, jf "eller dersom bestemte dokumenter mangler", kan imidlertid føre til vanskelige avgrensningsspørsmål.

4. Minimumsfrist § 10:

Minimumsfrister til gjennomføring av de ulike anskaffelsesprosedyrene er redusert for å sikre større fleksibilitet for oppdragsgiver. Dette stiller BTV Innkjøp seg positive til.

5. Kravspesifikasjonene skal vise til krav til universell utforming som er fastsatt i lov eller forskrift.

Konsekvenser av eventuelle brudd på denne bestemmelsen bør utdypes nærmere.

6. Kvalifikasjonskrav §§ 12-1 til 12-12

Forenklete krav til dokumentasjon – egenerklæringer, § 12-11

BTV Innkjøp stiller seg spørrende til om dette vil innebære en forenkling for oppdragsgiverne, eller om det i realiteten vil kunne medføre at en anskaffelse trekker ut i tid.

Forutsetningen for at endringen skal kunne medføre en forenkling vil være at egenerklæringskjemaet stemmer overens med faktisk dokumentasjon. Det vil alltid være en risiko for at dette ikke er tilfellet, og bekymringen vår er at leverandører på denne måten vil kunne kjøpe seg tid.

Videre stiller vi spørsmålet om hvilken prosedyre som skal benyttes ved dersom leverandør nr. 1 ikke leverer riktig støttedokumentasjon. Kan man da gå direkte på leverandør nr. to? Hvilken prosess skal man eventuelt ellers bruke? Dette krever utdyping i veileder.

7. Tildelingskriterier: tre nye parameter: laveste pris, laveste kostnad eller beste forhold mellom pris og kvalitet. § 13-1

Det nye direktivet og departementet tydeliggjør at den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer kan være et tildelingskriterium, forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten og de ansattes kvalifikasjoner og erfaring kan heve nivået gjennomføring av kontrakten betydelig. Dette er et forsøk på å avklare rettspraksis vedrørende erfaring som tildelingskriterium, i stedet for kvalifikasjonskrav (eller begge deler). Departementet legger i høringsbrevet opp til en fleksibel forståelse av grensen for når bemanning mv kan vektlegges og bemerker at terskelen ikke bør settes for høyt. Dette er etter vårt syn fornuftig.

8. Oppdeling av konkurranser, oppdragsgiver har plikt til å begrunne dersom oppdeling ikke skjer, § 14-1.

BTV Innkjøp er et innkjøpssamarbeid som har lang praksis med å dele opp kontrakter. En slik *adgang* har oppdragsgiver allerede i dag. Dette anser vi som helt nødvendig for at små og mellomstore bedrifter skal ha muligheter til å få tildelt kontrakt med offentlig oppdragsgiver. Offentlige oppdragsgivere står imidlertid ofte overfor kryssende hensyn, der hensynet til SMB må veies opp mot blant annet økonomiske og administrative hensyn. Det er derfor viktig at det ikke innføres en plikt å dele opp kontrakter. Vi stiller oss også tvilende til begrunnelsesplikten. Denne plikten vil ikke ha noen praktisk betydning, da oppdragsgivers begrunnelse ikke kan overprøves. Tvert imot kan en slik plikt påføre unødvendig merarbeid.

Gjennomføring av konkurransen:

9. Avvisning – ny systematikk: §§ 18-1 til 18-7

Avvisning på grunn av forhold ved leverandør – utvides.

Departementet ber om innspill på om rettskraftig dom og vedtatt forelegg skal likestilles i denne forskrift om offentlige anskaffelser.

Vi mener dette er et vanskelig spørsmål, men mener at hensynet til likebehandling av leverandører tilsier å likestille rettskraftig dom og vedtatt forelegg.

Spørsmål rundt «Self-cleaning»:

Her overlates det til oppdragsgiver å vurdere om eventuelle foretatte tiltak er tilstrekkelige. Dette synes vi er positivt. Vi er også positive til at det settes en maksimal utestengingsperiode.

10. Parallell rammeavtale kan nå inngås med to leverandører § 21-1 til § 21-3.

BTV Innkjøp mener dette er en god endring, da det vil gi større fleksibilitet ved inngåelse og bruk av rammeavtaler etter faktisk behov.

11. Endringer i kontrakt, §§ 23-1 til 23-3.

Nye bestemmelser om adgangen til å gjøre **endringer i inngåtte kontrakter**. Bestemmelsene er langt på vei en kodifisering av gjeldende praksis fra EU-domstolen hvor grunnvilkåret er at partene kan gjøre endringer som ikke er å anse som vesentlige. Samtidig går forslaget på noen punkter lengre enn rettspraksis, og er i så måte en viktig avklaring i forhold til hvilke endringer som kan foretas uten ny konkurranse.

12. Oppsigelse av kontrakt (for oppdragsgiver), § 23-4.

Forslag til ny bestemmelse om at oppdragsgiver har adgang til å si opp kontrakten ved vesentlige endringer i kontrakten eller dersom oppdragsgiver ikke har opptrådt i tråd med anskaffelsesreglene. Hvordan slik oppsigelse i praksis skal gjennomføres er usikkert. Bestemmelsen er uklar. Den fastsetter ingenting om på hvilke vilkår dette skal skje, hvordan evt. etteroppgjør skal gjennomføres eller hvordan slik oppsigelse forholder seg til partenes kontraktsvilkår. Bestemmelsen vil kunne gi opphav til en rekke tvister, om den noen gang brukes.

Med vennlig hilsen

Nina Helene Rørmark
innkjøpsjef

Kristine Helland
jur. rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk og sendes uten signatur