

Vår dato Vår referanse
15.6.2015 15/00313-2

Deres dato Deres referanse

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Saksbehandler:
Bente Hagelien

Høringsbrev - Forslag om endring av lov om offentlig anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsers direktiver

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) viser til mottatt høringsbrev av 17.03.2015.

Difi har som en av sine overordnede oppgaver å effektivisere og videreutvikle offentlig sektor innenfor fagområdet offentlige anskaffelser. En viktig del av dette arbeidet innebærer å gi veiledning om praktiseringen av regelverket av offentlige anskaffelser og utvikle maler og sjekklister hvor regelverket er innarbeidet. Flere av Difis innspill er knyttet til problemstillinger hvor vi har erfaring med at mange offentlige virksomheter ofte har mange spørsmål, og hvor det kan være ønskelig med klargjøring, enten i forskriften eller i departementets veiledning til regelverket.

Vi gir i denne omgang innspill til høringsnotat 1 og 2, vedrørende lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Flere av innspillene har gyldighet også i forhold til høringsnotat 3 og 4 om innkjøpsregler i forsyningssektorene og om tildeling av konsesjonskontrakter.

Samfunnsansvar

En av målsetningene med EUs revisjon av anskaffelsesdirektivene har vært å legge forholdene bedre til rette for å kunne ivareta samfunnshensyn. Det nye anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor inneholder i artikkel 18 nr. 2 en overordnet bestemmelse for å sikre at medlemsstatene skal ta passende forholdsregler for å sikre at miljøkrav, arbeidsrettslige og sosiale krav ivaretas ved gjennomføring av offentlige kontrakter. Denne bestemmelsen er foreslått implementert i §6 i lov om offentlige anskaffelser hvor det blant annet fremgår at oppdragsgivere skal ha: *«etablert egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er risiko for brudd på slike rettigheter.»*

Det er viktig at departementet klargjør innholdet i begrepet «grunnleggende menneskerettigheter». Begrepets innhold avgrenser lovbestemmelsens virkeområde. Det skal bemerkes at vi er positive til en vid avgrensning av begrepet fordi dette vil gjøre lovbestemmelsen mer fleksibel og anvendbar.

Lovbestemmelsen oppstiller en plikt til å ha «egne rutiner» for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter. I departementets høringsnotat bemerkes det at lovbestemmelsen bør reflektere betydningen av at offentlige oppdragsgivere bidrar til ansvarlige produksjonsforhold. I denne sammenhengen vises det til FN's veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter fra 2011. Det materielle innholdet i bestemmelsen klargjøres ikke utover dette.

Kravet til å oppstille «egne rutiner» fordrer at det er risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter i anskaffelsen. Kravet innebærer at oppdragsgiver gjennomfører en risikovurdering av anskaffelsen, og dette må knyttes opp til det generelle kravet til proporsjonalitet i anskaffelsesretten.

Det vil være krevende for oppdragsgiverne å følge opp slike krav i sine kontrakter. Dette innebærer at det etableres systemer og rutiner for oppfølging som også omfatter leverandørkjedene. I departementets høringsnotat fremheves at det forventes at særlig store, profesjonelle innkjøpere som foretar et stort antall anskaffelser i året tar et særlig ansvar. Vi er enig i at det kan forventes en mer profesjonell tilnærming fra slike store innkjøpsorganisasjoner. Dette kan imidlertid skape ulike oppfatninger om innholdet i regelverkets krav. Det vil ha stor betydning for næringslivet at offentlige oppdragsgivere praktiserer bestemmelsen på en måte som gjør konkurranseforholdene forutsigbare.

For offentlige oppdragsgivere kan dette innebære et økt ressursbehov ved oppfølging av kontraktene. Det vil eksempelvis kunne oppstå spørsmål om det er nødvendig å gjennomføre revisjon ved produksjonssteder i Asia eller andre verdensdeler. Difi vil bemerke at dette medfører et stort behov for veiledning både med tanke på klargjøring av bestemmelsens innhold og for gjennomføring av de plikter som offentlige oppdragsgivere blir pålagt.

Universell utforming

Vi noterer oss med tilfredshet at kravet om at det skal tas hensyn til universell utforming videreføres i forskriftsutkastet. I § 11-2 fremgår det at kravspesifikasjonene skal ta hensyn til universell utforming i visse anskaffelser ved å vise til eventuelle bestemmelser i lov eller forskrift som stiller krav til universell utforming. Vi har merket oss at det vil bli utarbeidet veiledning knyttet til oppfyllelsen av kravet.

Som kjent er Difi tilsynsmyndighet på området universell utforming av IKT. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 14 og forskrift om universell utforming av IKT-løsninger oppstiller en plikt til at nye IKT-løsninger som er kjøpt etter 1. juli 2014 skal være universelt utformet. Forskriften begrenserplikten til å gjelde for «nettløsninger» og «automater». Dette er IKT-løsninger med svært mange brukere, og tilgjengelighet er derfor avgjørende for å sikre likeverdig samfunnsdeltakelse. Plikten gjelder både for offentlige og private virksomheter. I forbindelse med vedtakelsen av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven la imidlertid lovgiver til grunn at arbeidsliv og utdanningssektoren ikke skulle være omfattet avplikten til universell utforming av IKT, jf Ot. prp (2007 – 2008) side 263. Disse sektorene er derfor unntattplikten som sådan. Plikten til å ta hensyn til universell utforming, vil derfor bare gjelde for noen av de datasystemene som anskaffes for bruk internt i offentlige virksomheter. Vi vil derfor gjøre oppmerksom på at forslaget til ordlyd i § 11-2 kan gi inntrykk av atplikten til universell utforming gjelder generelt, noe som ikke vil være tilfellet innenfor IKT.

Ettersending av opplysninger

Vi har merket oss at den nye bestemmelsen i § 17-9 om adgang til å ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle mottatte opplysninger og dokumentasjon går lenger enn i dag, men at grensen fortsatt går ved forbudet mot å endre tilbudene slik dette er presisert i den nye

bestemmelse i §§ 17-10 og 17-11. Vi mener at dette i hvert fall et stykke på vei vil imøtekomme kritikken mot forhandlingsforbudet slik dette har blitt forstått og praktisert. Selv om vi mener at det er positivt med en utvidet mulighet til å ettersende opplysninger, er vår erfaring at dette er et området hvor mange innkjøpere vil ha spørsmål og bruke mye tid på å vurdere grensene mellom retten til å ettersende opplysninger og forbudet mot endring. Vi håper derfor dette klargjøres og at det kan gis noen eksempler i veiledningen fra departementet.

Livssyklus kostnader

Med det nye regelverket vil livssyklus kostnader utvilsomt få en større betydning og by på større utfordringer både for offentlige oppdragsgivere og tilbydere. Det blir viktig å sikre at norsk forståelse og praksis er i overensstemmelse med praksis innenfor EØS-området. Samtidig befinner vi oss på et område hvor de ulike aktørene utfordres til å delta i utviklingen av metoder og verktøy som kan bidra til å utvikle nye standarder. Her vil det være et stort behov for veiledning.

Forskriftsutkastets bestemmelse i § 3-5 d nevner «*anskaffelse* av råvarer» som en av fasene som omfattes av livssyklusbegrepet, mens engelsk og dansk versjon av direktivet i art 2(20) benytter formuleringene «*raw material acquisition*» og «*erhvervelse af råvaren*», dvs andre begreper enn *procurement* og *indkøb*. Med mindre gode grunner tilsier noe annet, bør begrepsbruken ligge så nært som mulig direktivets, blant annet for å sikre enhetlig forståelse og praktisering. Uansett bør man unngå formuleringer som assosieres med offentlige anskaffelser dersom aktiviteten (f.eks privatrettslige transaksjoner) faller utenfor anskaffelsesreglenes virkeområde. Videre kan det vurderes om det er behov for å klargjøre nærmere hva fasen omfatter (utvinning, transaksjon osv).

Det kan reises spørsmål om det er ulike faktorer i en livssyklus som kan eller skal hensyntas, avhengig av om valg av tilbud skjer § iht 13-1(3) på grunnlag av beste forhold mellom pris og kvalitet, eller iht § 13-1(2) på grunnlag av laveste kostnad basert på en beregning av livssyklus kostnader etter § 13-2. Man bør vurdere om dette kan klargjøres.

Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

Vi ser et behov for å gjennomgå forskriftsutkastets bestemmelser i § 12-6(1) d og f om dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, sammenholdt med bestemmelsen i § 13-1(4) b om tildelingskriterier. Vi mener det er viktig å klargjøre at vurderingstemaet under evalueringen av tilbudene i henhold til tildelingskriteriene, ikke skal være det samme som de krav leverandøren må oppfylle i kvalifikasjonsfasen.

Tildelingskriterier

Som høringsnotatet påpeker fører det nye anskaffelsesdirektivet til en rekke endringer i bestemmelsene om tildelingskriterier, i hovedsak inntatt i art 67. Det nye direktivet benytter begrepet «det økonomisk mest fordelaktige tilbud» som overordnet kriterium for tildeling av kontrakt. Det er videre presisert at dette vurderes sett ut fra oppdragsgivers synspunkt. Til tross for dette inngår hverken begrepet eller presiseringen i forskriftsutkastet § 13-1 om tildelingskriterier. Både fordi det er grunn til å anta at begrepet fortsatt vil bli benyttet, og fordi det, med mindre gode grunner tilsier noe annet, er behov for en begrepsbruk som ligger så nær direktivet som mulig. For å sikre enhetlig forståelse og praktisering, bør man vurdere å innarbeide både begrep og presisering i bestemmelsen.

Forskriftsutkastets bestemmelse i § 13-1(3) om tildelingskriterienes tilknytning til kontrakten synes bare å gjelde ved valg av tilbud på grunnlag av beste forhold mellom pris og kvalitet. Den tilsvarende bestemmelsen i engelsk og dansk versjon av direktivet i art 67(3) synes å

gjelde alle ulike grunnlag for tildeling. For øvrig bør det vurderes om bestemmelsen kan formuleres slik at den blir lettere tilgjengelig.

Merkeordninger

Bestemmelsen i § 11-3 om merkeordninger innebærer en betydelig forenkling for både oppdragsgivere og tilbydere. Samtidig byr bestemmelsen på en rekke praktiske utfordringer som krever veiledning.

Av forskriftsutkastet § 11-3(2) følger at oppdragsgiver også skal godta annen dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt, f.eks teknisk dokumentasjon fra produsenten. Den engelske og danske versjon av direktivets art 43(1) har et vilkår om at tilbyderen «proves» eller «godtgør» at ytelsene oppfyller det spesifikke merke eller de spesifikke kravene. Vi forstår dette som at tilbyderen har bevisbyrden og ikke kan nøye seg med å fremlegge dokumentasjon, men på en eller annen måte må påvise (f.eks med et samsvarssertifikat e.l) at kravene er oppfylt. Begrunnelsen er at oppdragsgiver ellers ville måtte forestå en ofte ressurskrevende gjennomgang og kontroll. Man bør vurdere om det er behov for å presisere bestemmelsen på dette punkt.

Kravspesifikasjoner

Departementet har valgt å bruke samlebetegnelsen kravspesifikasjoner, bl.a i forskriftsutkastets §§ 11-1 og 11-2 som gjennomfører direktivets bestemmelser i art 42 om tekniske spesifikasjoner. Vi foreslår å endre overskriften til «Spesifikasjoner», fordi dette oppfattes som et overordnet begrep for ytelsesspesifikasjoner, funksjonsspesifikasjoner og tekniske spesifikasjoner. I tillegg foreslår vi at «Ytelseskrav» endres til «ytelsesspesifikasjon» og «funksjonskrav» til «funksjonsspesifikasjon». Difi har nylig publisert en veileder om bruk av ytelses- og funksjonsspesifikasjoner og har i denne forbindelse fått flere tilbakemeldinger om at ordet «krav» henleder oppmerksomheten til «detaljerte krav» og ikke «åpne spesifikasjoner». Spesifikasjoner er måten behovet beskrives på og det er nødvendigvis ikke ved krav, men heller hvilke resultater og formål som skal oppfylles.

Innovasjonspartnerskap

Vi er positive til det nye direktivets regler om innovasjonspartnerskap, og tror dette kan bidra til bedre samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandører i prosesser hvor man søker etter helt nye løsninger og til økt innovasjonskraft i Norge og øvrige Europa.

Som departementet påpeker, løftes innovasjonspartnerskap frem som en ny prosedyre i direktivets art 31. Etter departementets oppfatning er det i realiteten snakk om en kontraktsform og derfor foreslår departementet å gjennomføre bestemmelsen slik at innovasjonspartnerskapet ikke anses som en ny prosedyre, men en ny kontraktsform. Videre foreslår man at konkurransegjennomføring skal skje etter reglene for konkurranse med forhandlinger.

Vi er her på et område som vil være i rask utvikling i Europa, og for å sikre formålet om innovasjon er det særlig viktig å legge til rette for utenlandske tilbydere. Følgelig bør man søke å unngå hindringer i form av avvikende regler som potensielle tilbydere må bruke tid og ressurser på å sette seg inn i. Med mindre gode grunner tilsier noe annet, bør regelverket derfor utformes mest mulig i overensstemmelse med direktivet, blant annet for å sikre enhetlig forståelse og praktisering og lettest mulig deltakelse i konkurranser, også over landegrensene. På denne bakgrunn bør det vurderes om den foreslåtte gjennomføring kan få utilsiktede konsekvenser for deltakelsen i slike konkurranser. Vi har merket oss at Sverige og Danmark gjennomfører innovasjonspartnerskap som en separat prosedyre.

Vi peker for øvrig på utfordringen som ligger i å balansere forskriftsutkastets § 12-5(3) om at oppdragsgiver ved inngåelse av innovasjonspartnerskap særlig skal stille krav til leverandørens kvalifikasjoner innenfor forskning og utvikling, inkludert utvikling og gjennomføring av innovative løsninger, mot hensynet til SMB'er og gründervirksomheter som typisk baserer seg på kompetanse og høy grad av innovasjon. Det vil være uheldig om de nye reglene skulle fungere som hinder for SMB'er. Her vil det være et særlig behov for veiledning og for å følge praksis i våre naboland og Europa for øvrig.

Vennlig hilsen
for Difi

Ingelin Killengreen
direktør

Dag Strømsnes
avdelingsdirektør

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen håndskrevne signaturer.