

Nærings- og fiskeridepartementet  
Postboks 8090 Dep,  
0032 OSLO

[postmottak@nfd.dep.no](mailto:postmottak@nfd.dep.no)

Deres ref. 15/1514-1

Oslo, 17.06.2015

## **HØRING - IMPLEMENTERING AV EU DIREKTIVER - FORSLAG OM ENDRING AV LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG TILHØRENDE FORSKRIFTER SOM LEDD I GJENNOMFØRINGEN AV TRE NYE ANSKAFFELSESDIREKTIVER**

### **Innledende merknader**

Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg (EBA) viser til Deres høring datert 17. mars med høringsfrist 17. juni i år. Vi vil begrense oss til å kommentere de endringer som har størst betydning for vår bransje. Vi mener det særlig er viktig at regelverket:

- Har en formålsbestemmelse i loven som fremhever regelverkets betydning for verdiskapning og allmenhetens tillit til at det offentlige gjennomfører samfunnstjenlige anskaffelser
- Har bestemmelser som har til hensikt å bekjempe arbeidsmarkeds kriminalitet
- Har robuste prosedyreregler som sikrer oppdragsgivers behov og leverandørenes interesser, herunder forutsigbarhet
- Har bestemmelser som sikrer balanserte kontrakter
- Har en lærlingeklausul som sikrer muligheten til å ha lærling på prosjekt og likebehandler utenlandske og norske leverandører

Vi vil i det vesentligste kommentere lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser for klassisk sektor. I tillegg vil vi på enkelte punkter kommentere forholdet til NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser, da endringene som er innført i EU-direktivene bør få konsekvenser for hvordan de særnorske reglene blir gjennomført.

### **Del I – Lov om offentlige anskaffelser**

#### **1. Formålsbestemmelsen i loven**

Formålsparagrafen skal både dekke det særnorske regelverket under EU-terskelverdi og anskaffelser over EU-terskelverdi. EBA mener derfor det er på sin plass å kommentere denne selv om departementet ikke har lagt opp til at formålsbestemmelsen er en del av denne høringen ettersom den ble behandlet av forenklingsutvalget.

EBA mener i likhet med NHO at det er særlig viktig at formålsbestemmelsen fremhever det samfunnsmessige behovet i at regelverket skal "... sikre allmenhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte" slik mindretallet i forenklingsutvalget foreslo. Etter vår oppfatning bør dette fremheves særskilt.

EBA mener derfor at formålsbestemmelsen bør formuleres slik:

"Loven skal bidra til at offentlige anskaffelser gir størst mulig samlet verdiskapning gjennom effektiv ressursbruk, basert på konkurranse. I tillegg skal loven bidra til å sikre allmennhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte." (våre understrekninger)

En slik formulering mener EBA vil bidra til å sikre etisk adferd hos offentlige tjenestemenn og forhindre korrupsjon og kameraderi. EBA mener dette er viktige hensyn å fremheve særskilt for å sikre åpenhet og kontroll i anskaffelsesprosessen og mener dette bør fremkomme av formålsbestemmelsen.

## 1. Samfunnsansvar

### 2.1 De ikke-anskaffelsesfaglige hensynene i regelverket må videreføres

EBA mener at de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene i regelverket må videreføres.

Regjeringen arbeider for tiden med en rekke tiltak for å motvirke de økende utfordringene med arbeidsmarkeds kriminalitet innen en rekke sektorer, herunder bygg- og anleggsbransjen. Det samme gjelder EBA som i samarbeid med Byggenæringens Landsforening, NHO, og en rekke andre aktører mer enn noen gang arbeider med å motvirke utviklingen som er ødeleggende for den seriøse delen av næringslivet, det seriøse arbeidslivet og samfunnet for øvrig. Bestemmelsen om de ikke-anskaffelsesfaglige hensynene er en viktig støtte for dette arbeidet. Denne delen av regelverket ivaretar viktige sosiale – og miljødimensjoner som er viktige for å bidra til at anskaffelsene skjer på en samfunnstjenlig måte og for å fremme samfunnsmessige målsettinger.

Både nasjonalt og internasjonalt er retningen at hensynet til miljø, livssyklus kostnader, universell utforming, innovasjon, lønns- og arbeidsvilkår mv. er så viktige at de i større grad også må fremmes gjennom de offentlige anskaffelsene.

Vi viser eksempelvis til fortalen til nytt EU-direktiv art. 95:

"Det er yderst viktig at utnytte potentialet ved at offentlige udbud fuldt ut for at nå målene for Europa 2020-strategien for intelligent, bæredyktig og inklusiv vekst. I den forbindelse bør det erindres, at offentlige udbud er en avgjørende drivende kraft bag innovation, hvilket er af stor betydning for den fremtidige vekst i Europa".

Videre er EBA av den oppfatning at livssyklus kostnader er en viktig del av den økonomiske vurderingen av en anskaffelse. Det er en integrert del av formålet med regelverket og bør ikke oppfattes som et ikke-anskaffelsesfaglig hensyn. Oppdragsgivere har i dag et alt for stort fokus kun på anskaffelseskostnaden, og ikke på de etterfølgende driftskostnadene og innovasjon. Tilsvarende ivaretar regelverkets henvisning til at det skal tas hensyn til universell utforming og miljømessige konsekvenser viktige samfunnshensyn som må videreføres i regelverket.

### 2.2 Krav om lærlinger ved offentlige anskaffelser

EBA støtter formålet som er å skaffe flere lære plasser. Vi mener den foreslåtte lovbestemmelsen i § 6 a) bør justeres noe for å sikre mest mulig fleksibilitet for bedriftene og samtidig bidra til at det etableres flere lære plasser. Dersom det stilles krav om lærlinger på prosjektet vil det være automatikk i at bedriften som har ansatte lærlinger som utfører arbeid på prosjektet er tilknyttet en lærlingeordning.

Erfaringen fra praksis med dagens lærlingeregulering - som nettopp gir oppdragsgiver adgang til å kreve at leverandøren er tilknyttet en lærlingeordning - har vist seg å gi liten effekt. Fafos

rapport om lærlingeordningen fra høsten 2014 viser dette [Fafø - rapport 2014:36 – Bruk av lærlingeklausuler ved offentlige anskaffelser]. EBA støtter derfor kravet om lærlinger på prosjektet.

EBA har drøftet utforming av krav til lærlinger med våre medlemmer. Vi har fått tilbakemelding på at fleksibilitet for leverandøren til å velge hvordan kravet til lærlinger på prosjektet skal oppfylles er avgjørende for å sikre en mest mulig effektiv oppfyllelse av kravet.

Leverandøren må altså gis frihet til selv å organisere om det er de selv eller noen av deres kontraktsmedhjelpere som skal sørge for at det er lærlinger på prosjektet. Dette fordi det på bygge- og anleggsplasser er en rekke leverandører innenfor ulike fag. Ut i fra dette bør kravet være innrettet slik at ordet "leverandøren" omfatter leverandøren og/eller dennes kontraktsmedhjelpere.

Endelig mener vi det bør presiseres i lovteksten at dersom det stilles krav om at lærlinger skal utføre arbeid i utførelsen av kontrakten, så skal kravet også omfatte utenlandske bedrifter. Lærlingen(e) kan komme fra ethvert EU/EØS-land så lenge lærlingen er omfattet av en yrkesopplæring som faller innenfor lærlingeklausulens hensikt, hvor den utenlandske ordningen ivaretar et utdanningsmessig formål eller det utenlandske foretaket kan ansette en lærling i Norge når de utfører arbeid i Norge.

Næringen er opptatt av at lærlingekravet ikke må bidra til en konkurransevridning mellom norske og utenlandske foretak. Vi ønsker en nærmere dialog med myndighetene om hvordan dette skal gjennomføres i praksis ettersom det er mange ulike opplæringsmodeller i EØS-området.

EBA foreslår følgende bestemmelse:

### **§ 6 a. Krav til læreplasser**

*Departementet kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om at leverandøren eller en eller flere av dennes kontraktsmedhjelpere plikter å la en eller flere lærlinger delta i arbeidet med utførelsen av kontrakten. I den enkelte anskaffelsen må kravet utformes slik at det står i forhold til kontraktens art og størrelse.*

*Kravet skal gjelde både utenlandske og norske foretak på områder hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for læreplasser. Departementet kan bestemme at kravet bare gjelder for kontrakter over en bestemt verdi og varighet.*

EBA mener at det raskt må utarbeides en forskrift og egen veiledning slik at oppdragsgiverne får verktøy til å gjennomføre krav om at lærlinger deltar i utførelsen av kontrakten enhetlig og i overensstemmelse med regelverket. Dette arbeidet ønsker EBA å bidra til i samarbeid med myndighetene.

## **Del II Forskrift om offentlige anskaffelser**

### **1. Plikten til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring**

EBA mener i likhet med NHO at krav til innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring ikke må tas ut av regelverket. Ordningen med skatteattest og HMS-egenerklæring ble etablert for å sikre at det offentlige ikke inngår kontrakter med leverandører som mangler evne eller vilje til å betale sine forpliktelser til fellesskapet eller overholde grunnleggende HMS-regler. Tilsvarende ble det lagt vekt på den uheldige signaleffekten som ligger i at slike virksomheter blir tildelt offentlige anskaffelser.

Argumentet om at dagens skatteattester er mangelfulle da oppdragsgiver ikke har anledning til å sjekke de bakenforliggende forhold, forsvinner langt på vei når den nye forordningen om egenerklæringer (ESPD) innføres. Med den nye egenerklæringsattesten som EU nå utarbeider, vil alle oppdragsgivere få anledning til å gå inn i attestene ved etterspørsel etter samtykkeerklæring.

## **2. Balanserte kontrakter**

Etter gjeldende forskrift § 3-11 skal oppdragsgiver som hovedregel bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der slike finnes. Denne er foreslått opphevet.

EBA er sterkt imot dette. Denne bestemmelsen er svært viktig. Både oppdragsgivere og leverandører er tjent med at balanserte og standardiserte kontraktsvilkår benyttes, både av hensyn til deltakelse, effektivitet og en hensiktsmessig risikofordeling. Før bestemmelsen ble innført hadde bygg- og anleggsnæringen store utfordringer med bruk av ubalanserte kontraktsbestemmelser.

Bestemmelsen har bidratt til økt fokus på behovet for balanserte kontrakter, og tilrettelagt for dialog mellom næringen og politiske myndigheter og offentlige oppdragsgivere om dette problemet. For eksempel gikk Statsråd Monica Mæland i 2014 ut med en oppfordring til offentlige oppdragsgivere om å benytte standardiserte kontrakter med henvisning til forskriften § 3-11.

For å redusere problemet med ubalanserte kontraktsvilkår og mangelfull benyttelse av standardkontrakter, kreves det et kontinuerlig arbeid både fra næringen, politiske myndigheter og offentlige oppdragsgivere selv. EBA anser det på denne bakgrunnen meget viktig at bestemmelsen i forskriften § 3-11 videreføres.

## **3. Forhandlet prosedyre**

EBA mener at bestemmelsen må inneholde en nærmere beskrivelse av prosedyren for forhandlingene. EBA mener at følgende må inn i teksten:

Beskrivelse av minstekrav, tottrinnsprosedyre, beskrivelse av informasjon gitt i konkurransegrunnlaget, hvordan forhandlinger skal gjennomføres, hvilke krav som ikke er gjenstand for forhandlinger og avskalling av leverandører i ulike faser. Da dette er en ny prosedyre, er det særlig viktig at beskrivelsen av prosedyren gir så stor gjennomsiktighet som det er mulig for leverandørene.

## **4. Bruk av forhandlet prosedyre ved uakseptable tilbud**

I utkastet til ny § 9-3 1) a er det åpnet for at oppdragsgiver kan benytte seg av forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring dersom tilbudene er "uakseptable". I utkast til § 3-5 med definisjoner er uakseptabelt tilbud definert i bokstav h) til "tilbud som inneholder avvik [...] eller overstiger oppdragsgivers budsjett som fastsatt og dokumentert før iverksettelse av konkurransen".

For leverandører er det en utfordring at oppdragsgiver har foreldede eller urealistiske budsjetter som ikke i tilstrekkelig grad hensyntar hva som skal leveres. Det må være et krav at oppdragsgivers budsjett er kunngjort på forhånd og forsvarlig og ikke bare "dokumentert" dersom budsjettoverskridende tilbud skal kunne anses som "uakseptable". Dette må innarbeides i bestemmelsen.

Videre må det være en forutsetning for at § 9-3 1) skal kunne benyttes at det har vært en lukket tilbudsåpning, dvs. at leverandørens priser ikke er kjent før forhandlingene tar til. Dette må innarbeides i bestemmelsen.

## 5. Bruk av underleverandører

I høringsnotatet vises det til NOU 2014:4 hvor mindretallet har stilt forslag om å innføre en regel om begrensninger i antall ledd i leverandørkjeden. Regjeringen har besluttet at det skal innføres en forskriftsbestemmelse som gir oppdragsgiver adgang til å sette et tak for maksimalt antall ledd i leverandørkjeden. EBA støtter dette. Vi mener det er fornuftig at reguleringen ikke går lenger og for eksempel sier noe konkret om antall ledd. Det er gunstigere om den konkrete begrensningen kan utformes av oppdragsgiver med en tilpasning til det aktuelle marked og hva som praktisk er mulig.

I forhold til § 14 -2 (1) hvor oppdragsgiver ikke bare gis adgang til å be entreprenøren angi i tilbudet hvilke deler av kontrakten han planlegger at underentreprenører skal utføre, men også *hvilke underentreprenører han planlegger å bruke* har vi følgende kommentar: Det er uheldig at det kan stilles krav om å angi hvilke underentreprenører som er planlagt benyttet da dette sjelden er avklart på anbudsstadiet. I praksis leder dette ofte til misforståelser og til og med avvisinger fordi det ikke er oppført underentreprenører når dette er krevet.

## 6. Avklaringsadgang, ettersending av opplysninger og dokumentasjon

Departementet foreslår i § 17-9 en bestemmelse om ettersending av opplysninger og dokumentasjon en regel som er basert på artikkel 56 nr. 3. Denne bestemmelsen skal gjelde både for anbudsprosedyren og prosedyre med forhandling.

EBA mener at denne nye EU-regelen som åpner for avklaringsadgang også ved anbudskonkurranser er et godt argument for å ikke innføre Forenklingsutvalgets forslag til ny tilbudskonkurranse. Begrunnelsen for Forenklingsutvalgets forslag til ny prosedyreregel var at forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser ledet til at alt for mange leverandører blir avvist og at en ny tilbudsprosedyre hvor oppdragsgiver først etter at tilbudene er innkommet skal bestemme seg for om det blir forhandlinger.

Forslaget i § 17-9 gir oppdragsgiver muligheten til å anmode leverandørene om å ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle relevante opplysninger og dokumentasjon innen en rimelig tilleggsfrist. Oppdragsgivers rett til å be leverandøren om å ettersende opplysninger er ikke begrenset til kun å gjelde dokumentasjon på at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. Bestemmelsen gir også oppdragsgiver muligheten til å ettersende dokumentasjon som mangler i selve tilbudsdokumentasjonen. Departementet sier også på s. 24 i høringsnotat 2 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. Forutsetningen er selvfølgelig at avklaringen ikke medfører forskjellsbehandling.

EBA støtter departementet i denne fortolkningen, herunder muligheten til avklaring. Dette kan gjøres ved at oppdragsgiver gis en anledning til å sende en nøytral forespørsel til leverandøren for å få avklare innholdet i tilbudet.

Vi mener også at denne regelen må gjennomføres også for de særnorske anskaffelsene. Dette vil føre til at regjeringen slipper å innføre Forenklingsutvalgets forslag til ny tilbudskonkurranse. Den nye regelen i forslaget § 17-9 oppfyller nettopp det som flertallet i Forenklingsutvalget etterlyser, og medfører at det rigide forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser bortfaller.

Ved innføring av denne regelen for alle anskaffelser, får vi et likt regelverk over og under terskelverdi. Det er i seg selv forenkling. Samtidig får vi et balansert regelverk med utvidet mulighet til å reparere feil ved tilbudet. Vi får et balansert regelverk som vil redusere antall avvisinger og avvisinger betydelig. Vi får et balansert regelverk som sikrer forutsigbarhet for leverandørene. En slik regel sikrer balanserte prosedyrer til det beste for både oppdragsgiver og leverandør.

## 7. Mangelfull prisutfylling i bygge- og anleggsarbeid

I gjeldende forskrift § 21-1 er det en regel om mangelfull prising av bygge- og anleggsarbeid. Denne er tatt ut. EBA er uenig i forslaget og mener at bestemmelsen må opprettholdes i likhet med hva vi tidligere har ment for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dette er en bestemmelse med lange tradisjoner og som innebærer forenkling både for oppdragsgivere og leverandører. Samme regel er for øvrig inntatt i både NS 8400 pkt. 5.1.2 (anbudskonkurranse) og NS 8410 pkt. 5.1.2 (forhandlet prosedyre), noe som viser at dette er en innarbeidet bestemmelse i bransjen. Vi kan ikke se at det er noe enklere for offentlig oppdragsgivere isteden å prise poster som ikke er priset ut fra en "worst case"- betraktning.

Vennlig hilsen

**ENTREPRENØRFORENINGEN – BYGG OG ANLEGG**



**Kari Sandberg**

Administrerende direktør