

Vår saksbehandler  
Thomas Bones 99223867

Vår dato  
14.06.2015

Tidligere dato  
15.05.2015

Vår referanse  
2015/2304-3/310

Tidligere referanse  
2015/01026-  
3/ART

Til  
Forsvarsdepartementet

Postboks 8126 Dep  
0032 OSLO

FORSVARSDEPARTEMENTET	
SAKNR. 15101026-4	
16 JUN 2015	
ARKBET:	05/1
KASSERES 5 ÅR	
KASSERES 30 ÅR	
BEVARES	

## Høringsuttalelse til forslag om endringer i lov og forskrifter om offentlige anskaffelser

### 1. Innledning

Forsvarsbygg viser til departementets brev datert 15.5.2015 hvor det bes om Forsvarsbyggs uttalelser knyttet til endringer i lov om offentlige anskaffelser og tre forskrifter med hjemmel i denne loven. Fristen for å inngi merknader var opprinnelig satt til 12. juni 2015, men ble bekreftet forlenget til 15. juni 2015, ref e-post fra Are Thengs den 10. juni 2015.

Forsvarsbyggs høringsuttalelse knytter seg til foreslåtte endringene i loven samt endringene i anskaffelsesforskriften for klassisk sektor.

Som en bakgrunn til vår høringsuttalelse vil Forsvarsbygg innledningsvis kort redegjøre for vår anskaffelsesvirksomhet. De senere årene har våre totale innkjøp ligget på i overkant av 4 milliarder per år. Våre primæroppgaver som etat knytter seg i hovedsak til investeringer, drift og avhending av forsvarssektorens faste eiendom. Anskaffelsene fordeler seg med om lag halvparten til investeringer og halvparten til drift og vedlikehold av eiendommene. En liten andel knytter seg til innkjøp av administrative varer og tjenester.

Forsvarsbygg er antagelig den oppdragsgiveren i Norge som benytter forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) i flest tilfeller. FOSA er på samme måte som øvrige anskaffelsesforskrifter underlagt lov om offentlige anskaffelser. Vi har forstått fra Forsvarsdepartementet at EU ikke har til hensikt å revidere direktivet som FOSA bygger på, og at det dermed også er vanskelig for norske myndigheter å oppdatere FOSA i tråd med tilsvarende endringer i det øvrige regelverket. Vi ønsker likevel å påpeke at flere av endringene som foreslås i denne høringen knytter seg til endringer som ikke direkte følger av EØS-rettslige forplikter, og ber derfor om at man ser på mulighetene for å gjøre tilsvarende endringer i FOSA også. Spesielt forslaget om utvidelse av avklarings- og suppleringsadgangen er det viktig å få inn i FOSA også.

Forsvarsbygg vil i det følgende gi kommentarer til utvalgte deler av høringsforslagene. Noen deler anses ikke som spesielt relevante for vår virksomhet, mens andre deler er utelatt da vi er enige i høringsforslagets bakgrunn og endelige utforming.

Postadresse	Fakturaadresse	Telefon	E-postadresse	Org. nr.
Postboks 405	Fakturaserteret	815 70 400	post@forsvarsbygg.no	975 950 662
Sentrum	Postboks 4394	Telefaks	internett	Bankkonto
0103 Oslo	2308 Hamar	23 09 78 03	www.forsvarsbygg.no	4714 10 00280

På noen punkter inneholder høringen forslag til bestemmelser på tema som var gjenstand for høring etter NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Forsvarsbygg opprettholder våre synspunkter fremmet i nevnte høringsrunde.

## 2. Kommentarer til endringer i loven

### **§1 Formålsbestemmelsen**

Det fremgår av høringsbrevet at det gjøres endringer i formålsbestemmelsen, men selve forslaget er utelatt i lovutkastet. Vi er imidlertid enig i forslaget om å forkorte bestemmelsen. Dette bidrar til å understreke de mest betydningsfulle og sentrale aspektene ved regelverket.

### **§ 6a Lærlingeordning**

Forslaget støttes, da det anses som et fornuftig virkemiddel både for å sikre rekruttering av fagarbeidere i de aktuelle bransjene, og at det bidrar til vanskeligere kår for de useriøse delene leverandørmarkedet. Forsvarsbygg imøteser forslag til konkrete forskriftsbestemmelser om hvordan denne ordningen skal gjennomføres.

### **§ 7 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår**

Forsvarsbygg avventer å kommentere dette temaet til forslaget fra Arbeids – og sosialdepartementet foreligger.

### **§ 7a Offentlighet, § 7 b Taushetsplikt og § 7c Habilitet**

Forslaget om å flytte bestemmelsene over fra de ulike forskriftene over til loven virker fornuftig, og sikrer en ensartet regulering av samme forhold. Men vi påpeker at man ikke oppnår full effekt av disse endringene før man foretar tilsvarende endring i FOSA også. FOSA har noe ulike (mer begrensede) formuleringer av bestemmelsene om offentlighet og taushetsplikt enn hva det nye forslaget opererer med.

## 3. Kommentarer til endringer i anskaffelsesforskriften

### **3.1 Kommentarer til generell oppbygging av forskriften**

I høringsbrevet bes det om kommentarer til hvor enkelt man føler det er å finne frem i høringsutkastet. Systematikken på overordnet nivå gjenspeiler kronologien i en anskaffelsesprosess. Dette virker fornuftig, og vi synes forslaget er bra. Forskriften er lang, og vi støtter derfor også forslaget om å ta inn deloverskrifter under hvert kapittel.

### **3.2 Kommentarer til del I Alminnelige bestemmelser**

#### **Unntaksbestemmelser**

Unntaket for kjøp av advokattjenester i utkastets § 2-3 d nr 2 kan være noe problematisk å forholde seg til. Departementet har valgt formuleringen «*klar sannsynlighetsovervekt*», og formuleringen oppfattes som noe strengere og mindre fleksibel enn direktivteksten. På dansk benytter direktivet formuleringen «*konkret indikation af høj sandsynlighed*» og på svensk «*påtaglig indikation om och en stor sannolikehet för*». Erfaringsvis vil mange tvister løse seg ved hjelp av advokat uten at saken kommer for domstolene. Det vil være en svært uheldig effekt av regelverket om

---

---

oppdragsgiverne unnlater å inngå fornuftige forlik fordi man ikke oppfyller vilkårene for direkte anskaffelse i anskaffelsesforskriften.

### **§ 3-5 Andre definisjoner**

§3-5 h inneholder forslag til definisjon av «uakseptabelt tilbud». Definisjonen lister opp en rekke ulike eksempler på hvilke tilbud som faller inn under begrepet uakseptabelt, herunder «*tilbud som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene*». Det er ikke krav om at avvikene skal ha noen spesiell virkning eller betydning for oppdragsgiver eller for sammenligningen av tilbudene. Dersom et tilbud anses som uakseptabelt vil dette kunne ha betydning for adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf § 9-3 a, og mulighetene for avvisning av tilbud, jf § 18-8 (2) d. Mindre avvik fra konkurransegrunnlaget forekommer svært ofte, og i mange tilfeller vil man enkelt kunne prissette slike avvik uten at det skaper vanskeligheter for gjennomføringen av konkurransen.

Forsvarsbygg stiller spørsmål om denne delen av definisjonen er for vid.

### **Blandede kontrakter**

Bestemmelsene om blandede kontrakter har etter Forsvarsbyggs oppfatning blitt utformet på en vanskelig og utilgjengelig måte. Dette er uheldig, da feiltolkning av bestemmelsen vil kunne føre til ulovlige direkte anskaffelser.

Bestemmelsene i § 4-5 til § 4-8 handler om kontrakter som inneholder ulike ytelser som hver for seg kunne vært gjennomført etter ulike regelsett. Bestemmelsene har regler som fastsetter når de ulike regelsettene får anvendelse dersom ytelsene kan/ikke kan «*skilles fra hverandre på en objektiv måte*». Rent språklig mener vi det gir liten veiledning å snakke om at ytelser kan/ikke kan skilles fra hverandre på en *objektiv* måte. Stort sett alle kontrakter består av ytelser som *teoretisk sett* kan splittes opp i mange ulike deler.

Vi ser at mye av utformingen kommer fra direktivteksten, men vil likevel oppfordre departementet om å se nærmere på utformingen av disse bestemmelsene.

I alle tilfeller kunne Forsvarsbygg ønsket seg ny veileder tar opp hvilke konsekvenser det skal ha om man gjennomfører en anskaffelse etter feil forskrift. Om feilen kun består i at man benytter vanlig anskaffelsesforskrift fremfor FOSA eller forsyningsforskriften bør dette etter vår vurdering ikke anses som et regelbrudd. Vanlig anskaffelsesforskrift må på generelt grunnlag anses å oppfylle samtlige grunnleggende hensyn som følger av de andre forskriftene. En slik valgfrihet er EU selv inne på, jf uttalelsene avslutningsvis i fortalens nr 13 til klassisk direktiv.

Men heller ikke den motsatte veien – at oppdragsgiver har kunngjort en anskaffelse over EØS terskelverdien i forsyningsforskriften eller FOSA, mens den skulle vært kunngjort etter klassisk sektor – bør kunne klassifiseres som ulovlig direkte anskaffelse. Konkurransen har i slike tilfeller blitt kunngjort i det korrekte markedet, og medfører således at hensynet bak de strenge sanksjonsreglene for ulovlige direkte anskaffelser ikke bør slår til.

### **Plassering av generelle bestemmelser**

Forsvarsbygg støtter plassering av fristregelen i forskriftens del I. Vi støtter også flyttingen av bestemmelser fra forskriften til loven.

---

#### **Kontraktsvilkår**

Forsvarsbygg oppfatter høringsutkastets § 5-7 som en helt riktig og nødvendig utvidelse av direktivbestemmelsen. Manglende angivelse av komplette kontraktsvilkår i konkurransegrunnlaget vil i praksis være svært vanskelig å få inn i kontrakten etter at tilbudene har kommet inn. Dette vil etter omstendighetene kunne innebære vesentlig endring av konkurransegrunnlaget, og representerer et brudd på forhandlingsforbudet i anbudskonkurranser om man tillater tilbud på slike nye forutsetninger.

### **3.3 Kommentarer til del III – Anskaffelser over EØS-terskelverdiene**

#### **Markedsdialog**

Forsvarsbygg synes kap 7 presenterer denne viktige fasen av anskaffelsene på en god måte. Det er viktig å fremheve at det ikke er noe forbud mot å involvere leverandører i tidlig fase, så lenge man i etterkant foretar de nødvendige grep for å forhindre konkurransevriddning. Vi synes bestemmelsene forklarer dette på en god måte.

Selv om slike markedsundersøkelser mv kanskje er mest relevant for anskaffelser etter forskriftens del III, mener vi at slike bestemmelser kan være relevant for alle anskaffelser. Forsvarsbygg foreslår derfor at bestemmelsene flyttes til del I av forskriften.

#### **Valg av anskaffelsesprosedyre**

Vi deler departementets vurdering om å videreføre reglene om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Reglene i bokstav a og b representerer et viktig «sikkerhetsnett» i de få tilfellene hvor opprinnelig anbudskonkurranse er mislykket.

Forsvarsbygg ser det som en klar forbedring at man nå fremhever de bestemmelsene som i realiteten innebærer en rett til å anskaffe uten konkurranse, jf forslaget § 9-4.

#### **Tildelingskriterier**

Forsvarsbygg mener at det er viktig at kriteriet lavest pris eller lavest kostnad fortsatt skal kunne benyttes. Vi støtter derfor departementets forslag om ikke å innføre begrensninger i denne valgfriheten, slik direktivet åpner for.

#### **Oppdeling av kontrakt**

Direktivet åpner for at medlemsstatene kan innføre plikt til å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. Departementet har foreslått at man ikke innfører en slik plikt. Forsvarsbygg er enig departementets vurdering. Slike vurderinger utgjør en meget sentral del av anskaffelses- og kontraktsstrategien i prosjektene, og det vil være svært uheldig om det innføres en plikt for oppdragsgiver til å dele opp kontraktene sine. Forsvarsbygg har byggeprosjekter i deler av landet hvor leverandørmarkedet er begrenset. I disse tilfellene er vi ofte avhengig av å sette sammen store kontrakter for å fange interessen hos det regionale eller nasjonale leverandørmarkedet.

Vi støtter også forslaget om å innføre bestemmelsen som gir oppdragsgiver rett til å tildele en samlet kontrakt til en leverandør, selv om anskaffelsen er delt opp i delkontrakter.

---

**Bruk av underleverandører**

Forsvarsbygg er enig i at man bør begrense plikten til å etterspørre opplysningene kun for første ledd i underleverandørkjeden. Hensiktsmessigheten av innhenting av opplysninger lenger ned i kjeden bør vurderes av den enkelte oppdragsgiver.

**Kunngjøring av inngått kontrakt**

Forsvarsbygg støtter utkastets forslag om å ha unntak fra kunngjøringsplikten for kontrakter som er inngått i kraft av en allerede inngått rammeavtale.

**Gjennomføring av konkurransen - utkastet § 17-1**

Forsvarsbygg støtter forslaget om å tillate evaluering av tilbudene før man vurderer kvalifikasjonskravene. Vi oppfatter at bestemmelsen dermed anerkjenner retten til kun å evaluere kvalifikasjonene til vinneren, og i så fall vil bestemmelsen være meget ressursbesparende og bidra til forenkling av regelverket. Bestemmelsen vil føre til kortere saksbehandlingstid, raskere oppstart av kontraktene og vil i praksis være en fordel for alle aktører. Også de tapende leverandørene tjener på at konkurransen avsluttes så raskt som mulig, slik at de får frigjort ressursene sine og kan søke etter nye oppdrag.

**Alternative tilbud**

Forsvarsbygg støtter de endringene som gjøres knyttet til definisjonen av alternative tilbud. Vi tror det hersker forvirring rundt hvilke avvikssituasjoner som faller i kategorien alternative tilbud (og som skal behandles deretter) og hvilke situasjoner som skal behandles etter de ordinære avvisningsbestemmelser om avvik fra konkurransegrunnlaget. I tillegg til endringene som foreslås i ny forskrift ønsker Forsvarsbygg at den nye veilederen omtaler de ulike situasjonene noe mer utførlig enn dagens veileder gjør.

I utkastets § 17-5 (2) fremgår det at oppdragsgiver kan kreve at det kun er anledning til å inngi alternative tilbud dersom leverandøren samtidig også leverer tilbud på beskrevet løsning. Forsvarsbygg oppfatter at leverandører som i slike tilfeller kun leverer alternativt tilbud skal avvises fra konkurransen, selv om det alternative tilbudet i seg selv oppfyller samtlige krav i konkurransegrunnlaget, og det lar seg evaluere opp mot tildelingskriteriene, jf § 17-5 (4). Eneste avvik er altså at leverandøren ikke har levert tilbud på beskrevet løsning.

Forsvarsbygg kan ikke helt se bakgrunnen for at det skal foreligge avvisningsplikt i slike tilfeller. Skal dette gi mening, må det etter vårt syn også innebære at oppdragsgiver alltid fritt kan velge å se bort fra alternative tilbud, selv om slike tilbud oppfyller tildelingskriteriene best.

**Ettersending av opplysninger og dokumentasjon**

Forsvarsbygg er meget tilfreds med at departementet i høringsbrevet gir uttrykk for at oppdragsgiver skal ha en mer omfattende avklaringsadgang enn tidligere, og at denne skal kunne benyttes uten at man står i fare for å bryte forhandlingsforbudet. Dette er et svært viktig forenklingstiltak og vil etter vårt skjønn bidra til færre avvisninger og vanskelige evalueringsprosesser.

---

Vi frykter imidlertid at ren ordlydsfortolkning av de to motstående bestemmelsene (§17-9 om ettersending-/avklaringsadgangen og §17-10 (2) om forhandlingsforbudet) i seg selv ikke vil løse så mye mer enn hva tilfellet er i dag. En rekke vanskelige situasjoner kan oppstå, som f. eks.:

- Kan man kun avklare om noe er et avvik eller forbehold, eller kan man også avklare konsekvensene av et eventuelt avvik eller forbehold?
- Om CV for tilbudt person mangler – kan denne ettersendes, når man vet at CV'en med sikkerhet vil påvirke hvem som scorer best på tildelingskriteriene?
- Hvis et tilbud inneholder en åpenbar feilprising (for eks  $10 \times 20 = 2000$ ), kan man tillate avklaring av hvilket element i prisingen som er feil selv om svaret fra leverandøren kan påvirke rangeringen?

Forsvarsbygg erkjenner at det er vanskelig å løse alle tenkelige situasjoner inn i forskriftstekst, men vi ser et klart behov for en ny veileder påpeker og gir anvisning på løsning av de mest sentrale situasjoner som oppstår i praksis.

#### **Avvisning pga forhold ved leverandøren**

Høringsutkastet foreslår å innføre maksimal utestengelsesperiode på fem år. Forsvarsbygg er enig i at forskriften bør implementere maksimal tillatt varighet, og at det er den enkelte oppdragsgiver som innenfor dette tidspennet kan velge å ikke avvise.

#### **Meddelelse og begrunnelse, karens og suspensjon**

I høringsnotatets punkt 3.5 omtaler departementet rettstilstanden omkring hvilken begrunnelse som må gis for at karensperioden skal starte å løpe:

*«...Det passer best med regelen om oppdragsgivers karensperiode som først begynner å løpe når den utfyllende begrunnelsen er gitt.»*

Forsvarsbygg er litt usikre på om departementet her har gjengitt rettstilstanden feil, eller om formuleringen bare er lett å misforstå. Vi mener i alle fall at en ny veileder må omtale dette spørsmålet uttrykkelig slik at misforståelser om en slik sentral regel unngås.

#### **Anskaffelsesprotokoll, innsyn mv**

Regelen i utkastets § 20-3 har klare grensesnitt mot bestemmelsene i offentleglova og forslaget til ny § 7a i anskaffelsesloven. Forsvarsbygg ser det som en mulig fare ved utformingen av § 20-3 at noen oppdragsgivere som er omfattet av offentleglova vil hevde at plikten til å gi innsyn er uttømmende regulert av anskaffelsesforskriftens § 20-3. En måte å unngå dette på kunne f.eks. være en utforming som følger:

#### **§20-3 Innsyn i kontrakten**

- (1) For oppdragsgivere som er omfattet av offentleglova, følger plikten til å gi innsyn av nevnte lov.
  - (2) Også oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentleglova plikter å gi innsyn i vare- og tjenestekontrakter med en verdi på minst xxxx ekskl. mva. og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst yyyy ekskl. mva. Unntak fra innsyn kan gjøres i samme omfang og på samme vilkår som om loven hadde kommet direkte til anvendelse.
-

**Innovasjonspartnerskap**

Forsvarsbygg er enig med departementets klassifisering av denne ordningen som en kontraktstype og ikke som en selvstendig anskaffelsesprosedyre.

**Endringer i kontrakt**

Forsvarsbygg synes høringsutkastets oppbygging av bestemmelsene om endringer i inngåtte kontrakter virker bra. Men når dette er sagt - reglene er fortsatt kompliserte og det vil være en stor fordel om departementet utarbeider en utførlig veiledning knyttet til disse svært praktiske reglene, ettersom feiltolkning av disse reglene normalt leder til ulovlige direkte anskaffelser.

En stor andel av Forsvarsbyggs kontrakter baserer seg på norske standardkontrakter innenfor bygge- og anleggssektoren, f. eks. NS 8401, NS 8405 og NS 8407. Samtlige av disse standardkontraktene inneholder enten eksplisitte endringsbestemmelser, eller bygger på en forutsetning om at oppdragene kan endres både i omfang og tid. Bestemmelsene i de ulike standardkontraktene inneholder imidlertid svært ulik regulering av hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og hvilke direkte konsekvenser endringene medfører. Det kan derfor stilles spørsmål om disse svært utbredte standardkontraktene anses å oppfylle forslagetets krav at det skal *«fremgå klart av klausulen hvilke endringer som kan foretas, i hvilket omfang og på hvilke vilkår»*. Etter Forsvarsbyggs syn bør en ny veileder redegjør konkret for hvordan de vanligste standardkontraktene står seg i forhold til forskriftens krav til utforming av slike endringsklausuler, og spesielt for rådgivningskontraktene er det viktig at kravene ikke formuleres for strengt. Dette gjelder ytelser om utvikling av et prosjekt – gjerne i tidlig fase – noe som medfører at prosjektet både kan bli mye større og annerledes enn opprinnelig planlagt.

Thomas Bones

Forsvarsbygg futura advokatene

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og derfor ikke signert.

---