



Nærings- og fiskeridepartementet (NFD)
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Vår referanse: 15/00665-7
Arkivkode: 0
Saksbehandler: Kristine Vigander
Deres referanse: 15/1514-1
Dato: 05.06.2015

Høringsuttalelse fra KS – Ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene

1. Innledning og oppsummering

Det vises til høringsbrev av 17. mars 2015 med frist for å inngi hørings svar 17. juni 2015.

KS vil med dette avgi sine kommentarer og innspill til høringen om forsyningsforskriften.

Bakgrunnen for endring av forsyningsforskriften er Norges plikt i henhold til EØS-avtalen til å implementere direktiv 2014/24/EU. KS legger derfor til grunn at det vil være noe begrenset handlingsrom knyttet til å gjennomføre direktivet i norsk rett.

I de tilfeller hvor Norge har et nasjonalt handlingsrom understreker KS viktigheten av at Norge ikke innfører mer vidtrekkende og strengere regler enn det direktivet gjør. KS mener også at norske myndigheter i sterkere grad bør tørre å legge en «romsligere» tolkning av direktivet til grunn der flere ulike tolkningsalternativer kan være mulige.

KS har i denne høringsuttalelsen prioritert å kommentere problemstillinger der norske myndigheter har et nasjonalt handlingsrom til å gjøre endringer og tilpasninger. Unnlattelse av å kommentere enkelte punkter betyr ikke at punktene ikke anses som viktige, men snarere at de punktene som er kommentert konkret anses som viktigere. Hørings svaret er utarbeidet i samarbeid med KS Bedrift.

KS er uenig i departementets forslag om å innføre en nasjonal terskelverdi med påfølgende sanksjonsregime for bygg og anleggskontrakter i forsyningssektoren (se pkt 2.2).

Der bestemmelsene er en direkte følge av direktivet og departementet foreslår identiske bestemmelser i forsyningsforskriften og i forskriften for klassisk sektor, henvises det til vårt hørings svar for klassisk sektor. Dette gjelder for store deler av denne høringen, og kun forhold som er spesifikke for forsyningssektoren vil bli omtalt i det følgende.

Det legges til grunn at ESAs unntak for elektrisitetsforsyning (vedtak av 30. april 2013) også gjelder for det nye direktivet, og at det ikke er nødvendig å søke nytt unntak, jf utkastets § 2-9.

2. Merknader

2.1 Gjennomføringen av direktivet i norsk rett (høringsnotatets pkt 2)

KS stiller seg positive til at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter tilbakeføres til forsyningssektoren. Bestemmelsene i forsyningsforskriften er gjennomgående mer fleksible enn for klassisk sektor, og det er ikke gitt like omfattende prosedyreregler. De virksomhetene som i dag driver innenfor forsyningssektoren driver i stor grad i konkurranse med private virksomheter. Av hensyn til konkurransesituasjonen bør tilbakeføringen gjennomføres. Det er også uheldig at virksomheter innen samme sektor blir underlagt ulikt regelverk avhengig av organiseringen. Valg av organisasjonsform bør styres av andre hensyn enn oppdelingen av anskaffelsesregelverket. Det vises ellers til departementets begrunnelse i høringsnotatets pkt 2.

KS støtter forslaget om å harmonisere bestemmelsene ordlyd mot ordlyden i klassisk sektor der reglens materielle innhold er det samme.

2.2 Nasjonal terskelverdi for bygg- og anleggsanskaffelser i forsyningssektoren

Det foreslås å innføre en nasjonal terskelverdi for bygg- og anleggsanskaffelser i forsyningssektoren (høringsnotatets pkt 4). KS er uenig i dette forslaget.

For det første er virksomheter i forsyningssektoren eksponert for konkurranse på en helt annen måte enn hva tilfellet er i klassisk sektor. Departementet har selv påpekt dette i høringsnotatet som begrunnelse for hvorfor man tilbakefører enkelte myndigheter, jf pkt 2.1 ovenfor og høringsnotatets pkt 2. Konkurransen i forsyningssektoren var også en av grunnene til at nasjonale terskelverdier i forsyningssektoren ikke har blitt innført tidligere. Det vises her til NOU 1997:21 *Offentlige anskaffelser* (side 100). Etter vårt syn er konkurransen i dag skjerpet sammenlignet med hva som var tilfellet i 1997. Det foregår større privatisering av offentlige og «halvoffentlige» virksomheter. Denne konkurransen foregår også internasjonalt. Om norske virksomheter da må forholde seg til et mer kostnadskrevenne regelverk enn europeiske konkurrenter, får det betydning for konkurranseevnen. Både med tanke på økte kostnader, men også som følge av begrenset fleksibilitet og evne til hurtig anskaffelser i konkurransesituasjoner.

Slik departementet formulerer seg øverst på side 3, kan det virke som om det inngås et kompromiss hvor tilbakeføringen (se pkt 2.1 ovenfor) kompenseres med en egen nasjonal terskelverdi. Om så er tilfellet ønsker KS heller at nasjonal terskelverdi forkastes og at tilbakeføringen ikke gjennomføres.

Kravet til hurtig respons er jevnt over høyere i forsyningssektoren enn andre steder. Forsyningssektoren omfatter samfunnskritiske leveranser, hvor konsekvensene av forsinket levering vil få store konsekvenser. Manglende fleksibilitet utgjør da en tilleggsrisiko når alt annet haster.

For det tredje er KS generelt kritisk til å innføre begrensninger som Norge ikke er folkerettslig forpliktet til.

Departementet har heller ikke innhentet noen samfunnsøkonomisk analyse som kunne bidratt til å gi et bedre beslutningsgrunnlag for hva som er det optimale nivået for en eventuell nasjonal terskelverdi. Det er derfor ingen empirisk kilde for å slå fast akkurat hvilket nivå som er det samfunnsøkonomisk optimale.

At det er færre prosedyreregler og høyere terskelverdiene for forsyningssektoren er et bevisst valg fra EUs side. Dersom det innføres en nasjonal kunngjøringsplikt for kontrakter mellom 3.1 millioner og EØS-terskelverdi vil dette fjerne mye av fleksibiliteten som forsyningsdirektivet legger opp til.

Tildeling av kontrakter under EØS- terskelverdi vil uansett være omfattet av anvendelsesområdet til lov om offentlige anskaffelser. De grunnleggende prinsippene om blant annet konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet vil derfor måtte følges for slike kontrakter. Når slike kontrakter er omfattet av virkeområdet til lov om offentlige anskaffelser har Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser ved brudd på de grunnleggende prinsippene i loven.

En «overimplementering» av direktivet på dette punkt kan ha utilsiktede virkninger og vil svekke handlefriheten til oppdragsgivere innen forsyningssektoren og medføre at leverandører fra andre medlemsland møter andre regler når de deltar i norske konkurranser. KS er derfor mot forslaget om å innføre en nasjonal terskelverdi for bygg og anleggskontrakter innen forsyningssektoren.

2.3 Avvisning (høringsnotatets pkt 5.1.25)

KS mener at det ikke bør innføres eksplisitte bestemmelser om avvisning såfremt dette ikke følger direkte av direktivet. Forskriftsfesting av eksplisitte avvisningsregler vil kunne svekke den fleksibilitet og handlefrihet som direktivet legger opp til ved at avvisningsreglene blir mer omfattende enn det de trenger å være.

Praksis fra EU-domstolen vil legge føringer for hvordan avvisningsreglene skal tolkes; både avvisningsreglene som følger direkte av direktivet og avvisningsregler som må utledes fra de grunnleggende prinsippene.

Dersom Norge (i motsetning til majoriteten av de øvrige EU/EØS-landene) innfører eksplisitte avvisningsregler som ikke følger av direktivet risikerer man at praksis fra EU-domstolen og praksis fra norske domstoler og KOFA utvikler seg forskjellig. Også på denne bakgrunn mener KS at Norge ikke bør eksplisitte bestemmelser om avvisning ut over det som følger av direktivet.

I forsyningssektoren benyttes for øvrig som den store hovedregel konkurranse med forhandling. Da vil uklarheter forhandles bort. Mange avvisningsregler knyttet til avvisning av tilbud er da ikke praktiske.

Skal avvisningsregler tas med, bør dette begrenses til obligatoriske grunner knyttet til leverandøren inntatt i høringsutkastets §§ 19-1 og 19-2.

Etter KS sin vurdering det å være inkonsekvens mellom hvordan reglene om kvalifikasjon og avvisning er foreslått gjennomført. For avvisning har man kopiert store deler av forslaget til klassisk forskrift, men for kvalifikasjon har man kun henvist til klassisk forskrift. At disse to sentrale regelsettene skal behandles såpass forskjellig, er lovteknisk uheldig.

2.4 Overgangsordning

Planleggingen og gjennomføringen av anskaffelser tar ofte lang tid. Da oppstår det problemer i forhold til hvilket regelverk oppdragsgiver skal forholde seg til, ved innføringen av nytt regelverk. Dette er forsøkt hensyntatt i utkastets § 28-3. Skjæringstidspunktet er her kunngjøringstidspunktet, eller tidspunktet for kontraktsignering, avhengig av kunngjøringsplikt.

Disse skjæringstidspunktene er lite egnet for langvarige og kompliserte anskaffelser. Om man ikke rekker å kunngjøre (evt signere kontrakt) før nytt regelverk trår i kraft, risikerer man å måtte starte på nytt, ettersom regelverket stiller krav som må inntas i planleggingsfasen.

KS anbefaler at man i stedet benytter samme løsning som i regelverket for forsvarsanskaffelser (FOSA) § 15-2. Skjæringstidspunktet er her når anskaffelser blir «iverksatt». Bestemmelsen lyder:

"Forskriften gjelder anskaffelser iverksatt etter forskriftens ikrafttredelse. En anskaffelse iverksatt når den er kunngjort eller oppdragsgiver har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å tilkjennegi interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse. For anskaffelser som ikke er iverksatt før ikrafttredelse, gjelder forskriften der kontrakt inngås etter ikrafttredelse."

Direktivets art 106 stenger, etter KS sitt syn, ikke for en slik fremgangsmåte.

2.5 «Utvidet egenregi» vs. «tilknyttede foretak»

Begrepet «tilknyttede foretak» er også mye brukt innen andre rettsområdet. Blant annet selskaps- og regnskapsrettslig. Departementet bør vurdere å finne en annen betegnelse.

Med vennlig hilsen

Helge Eide
Områdedirektør

Tor Allstrin
Avdelingsdirektør