

17.06.2015

Hørings svar – Forslag til ny konsesjonsforskrift

1. Oppsummering

KS Bedrift er arbeidsgiver og interesseorganisasjon for rundt 500 kommunalt eide bedrifter. Våre medlemmer leverer tjenester innenfor ulike bransjer; energi- og nettselskaper, avfallsselskaper, havner, brann og redning, revisjon, parkering med mer. Medlemmene er i all hovedsak oppdragsgivere og underlagt anskaffelsesregelverket. Noen oppttrer også som tilbydere.

KS Bedrifts hovedsynspunkter til forslaget:

- Konsesjoner har tidligere vært unntatt fra regelverket, men blir nå omfattet.
- Jevnt over er konsesjoner lite benyttet, også blant KS Bedrifts medlemmer.
- Departementets forslag innebærer på enkelte punkter, at man går lengre enn hva Norge er forpliktet til etter EØS-avtalen. KS Bedrift er kritisk til dette.
- Departementet har gjort et godt arbeid med sikre et godt pedagogisk regelverk

2. Bakgrunn

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

KS Bedrift vil med dette gi kommentarer og innspill til høringen om ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter.

Bakgrunnen for endring av lov og forskrift om offentlige anskaffelser er Norges plikt i henhold til EØS-avtalen til å implementere direktiv 2014/23/EU. I mange tilfeller vil Norge ha begrenset handlingsrom i implementeringen.

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

KS Bedrift 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 at de punktene som er kommentert konkret anses som viktigere.

Der bestemmelsene er en direkte følge av direktivet og departementet foreslår identiske bestemmelser i den klassiske forskriften og i forskriften om tildeling av konsesjonskontrakter, så vises det til våre kommentarer til endringene i klassisk forskrift.

Høringssvaret er bygd opp etter strukturen i høringsnotatet. Nummerhenvisningene i departementets høringsnotat er oppført i parentes i hver overskrift.

3. Gjennomføring av direktivet i norsk rett (høringsnotatets punkt 2)

Departementet ber om særlige innspill på om den foreslåtte reguleringen ivaretar de behov som i praksis oppstår i forbindelse med inngåelse av konsesjonskontrakter.

4. Konsesjonskontrakter mellom 6 millioner kroner og EØS-terskelverdi og konsesjonskontrakter om særlige tjenester (høringsnotatets punkt 4)

Departementet foreslår en plikt til å kunngjøre konkurranse om kontrakter med en verdi som er lik eller større enn 6 millioner kroner. KS Bedrift mener det ikke bør innføres en nasjonal terskelverdi og kunngjøringsplikt. Begrunnelsen for dette vil bli redegjort for i det følgende.

Departementet skriver i høringsnotatet at de har liten informasjon om i hvilke situasjoner konsesjonskontrakter benyttes i dag. Sannsynligvis er antallet begrenset. 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 at terskelverdiene er høye er et bevisst valg fra EUs side. Behovet for eksplisitte regler er mindre. Dersom det innføres en nasjonal kunngjøringsplikt for kontrakter mellom 6 millioner og EØS-terskelverdi så vil dette fjerne mye av fleksibiliteten som konsesjonsdirektivet legger opp til.

Tildeling av konsesjonskontrakter 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, også ved tildeling av konsesjonskontrakter under EØS-terskelverdi.

En «overimplementering» av direktivet på dette punkt kan ha utilsiktede virkninger og vil svekke handlefriheten til kommunesektoren. KS Bedrift er derfor ikke enig i forslaget om å innføre en nasjonal terskelverdi på konsesjonskontrakter mellom 6 millioner kroner og EØS-terskelverdi.

Departementet foreslår videre å innføre regler om karens, suspensjon og sanksjoner, bestemmelser om begrunnelse, samt plikt til å kunngjøre konkurranseresultatet, også for konsesjonskontrakter mellom 6 millioner kroner og EØS-terskelverdi. Innføring av slike bestemmelser vil snevre inn handlingsrommet i regelverket. Vi mener at slike prosedyreregler bare bør tas med i den grad dette er nødvendig for en korrekt implementering av direktivene. KS Bedrift mener derfor at det ikke bør innføres eksplisitte prosedyreregler for konsesjonskontrakter mellom 6 millioner kroner og EØS-terskelverdi.

Departementet foreslår også å innføre en nasjonal terskelverdi på 6 millioner kroner for kontrakter om sosiale og andre spesifikke tjenester. Det argumenteres her med at for å operere med færrest mulig terskelverdier så bør grensen være den samme som terskelverdien for særlige tjenester i klassisk direktiv, dvs. 6 millioner kroner.

Vi mener det er uproblematisk å operere med ulike terskelverdier for kontrakter i klassisk sektor og for konsesjonskontrakter. Anvendelsesområdet for konsesjonskontrakter om særlige tjenester er begrenset. Hvis man først omfattes av konsesjonsforskriften og ikke klassisk sektor så er det ikke her utfordringen ligger. KS Bedrift mener at det ikke bør innføres noen nasjonal terskelverdi for konsesjonskontrakter for særlige tjenester.

Dette betyr at (EØS-)terskelverdien for konsesjonskontrakter vil være lik, uavhengig av hvilke tjenester konsesjonskontrakten gjelder. KS mener at dette må være viktige enn at terskelverdien konsesjonskontrakter for særlige tjenester skal være den samme som for klassisk sektor.

Oppsummert mener KS Bedrift at det ikke bør innføres nasjonale terskelverdier, verken for alminnelige konsesjonskontrakter eller konsesjonskontrakter om særlige tjenester.

5. Konsesjonskontrakter over EØS-terskelverdien (høringsnotatets punkt 5)

5.1 Dokumentasjonsplikt (høringsnotatets punkt 5.2.11)

Direktivet artikkel 37 nr. 5 inneholder en bestemmelse om at oppdragsgiver skal dokumentere gjennomføringen av anskaffelsen. Direktivet inneholder imidlertid ingen plikt til å føre anskaffelsesprotokoll. Departementet foreslår på denne bakgrunn å ikke innføre noen protokollplikt eller å ta inn mer detaljerte regler enn det som følger av direktivet.

KS Bedrift støtter departementets vurdering. Det avgjørende må være at anskaffelsesprosessen er etterprøvbart, ikke i hvilken form opplysningen er nedfelt i. Å gjennomføre direktivets bestemmelse om dokumentasjonsplikt må derfor være tilstrekkelig. KS Bedrift ønsker ikke at det innføres noen protokollplikt.

5.2 Avvisning (høringsnotatets punkt 5.3)

Direktivet inneholder ingen eksplisitte bestemmelser om avvisning på grunn av formalfeil og på grunn av forhold ved tilbudet. Departementet foreslår likevel å innføre tilsvarende avvisningsregler som Forenklingsutvalget har foreslått til forskrift om offentlige anskaffelser del II. Departementet ber om særlige innspill på om dette er hensiktsmessig.

Vi 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 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) utvikler seg forskjellig. Også på denne bakgrunn mener vi at Norge ikke bør ha bestemmelser om avvisning ut over det som følger av direktivet.

5.3 Sanksjoner (høringsnotatet punkt 6)

Departementet foreslår å innføre sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser under EØS-terskelverdi, altså for konsesjonskontrakter fra 6 millioner kroner.

KS Bedrift er uenig i et slikt forslag. Norge bør ikke innføre strengere og mer vidtrekkende regler enn det vi er forpliktet til i henhold til direktivet.

Nå som konsesjonskontrakter vil være omfattet av virkeområdet til lov om offentlige anskaffelser så vil KOFA få kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser ved brudd på de grunnleggende prinsippene i loven. Dette vil sikre god håndhevelse av konsesjonskontrakter, også for konsesjonskontrakter under EØS-terskelverdi. Vi mener derfor at det ikke bør innføres sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser under EØS-terskelverdien, dvs. for konsesjonskontrakter fra 6 millioner kroner.

5.4 Øvrige forhold som ikke er regulert i konsesjonskontraktdirektivet (høringsnotatet punkt 8)

Departementet ber om særlige innspill fra høringsinstansene på om det kan være hensiktsmessig å ta inn enkelte bestemmelser som gjelder forhold som ikke er regulert i konsesjonskontraktdirektivet.

Vi mener det er viktig å holde fast ved at Norge ikke bør innføre mer vidtrekkende og strengere regler enn det direktivet gjør.

At direktivet ikke inneholder eksplisitte regler om for eksempel bruken av kontraktsvilkår, alternative tilbud, vedståelsesfrist etc. er ingen «forglemmelse» fra EUs side, men et bevisst valg. Hvilke plikter som kan utledes fra de grunnleggende prinsippene vil være opp til EU-domstolen å fastlegge. Det er på ingen måte sikkert at EU-domstolen vil mene at det skal gjelde tilsvarende prosedyreregler for konsesjoner som for klassisk sektor. Norge bør derfor ikke innføre de samme prosedyrereglene for konsesjonskontrakter som for klassisk sektor.

Endelig bør man også fra et forenklingperspektiv unngå å gjøre forskriften mer omfangsrik og komplisert enn det den trenger å være.

Med vennlig hilsen


Bjørn Ravlo Rydsaa
administrerende direktør


Tone Molvær Berset
advokat