

17.06.2015

## Høringsvar – forslag til endring i lov og forskrift om offentlige anskaffelser

### 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 opptrer også som tilbydere.

KS Bedrifts hovedsynspunkter til forslaget:

- Vi er fornøyd med at endringene i forslaget i all hovedsak innebærer forenklinger for våre medlemsbedrifter.
- Det blir lettere å velge innkjøpsprosedyren som innebærer at man kan forhandle. Dette er en stor fordel, både for oppdragsgiver og tilbyder.
- Kravene til dokumentasjon skal reduseres, noe som vil bidra til en forenkling.
- Lovfesting av enkelte regler representerer viktige avklaringer. Herunder reglene for utvidet egenregi, offentlig/offentlig samarbeid og reglene knyttet til endring av kontrakt.

### 2. Bakgrunn

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

KS Bedrift gir med dette innspill til høringen om endringer i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Vi gir samtidig høringsvar til endringene i forsyningsforskriften og den nye forskriften om konsesjonskontrakter.

Bakgrunnen for endring av lov og forskrift om offentlige anskaffelser er Norges plikt i henhold til EØS-avtalen til å implementere direktiv 2014/24/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. Vi mener også at norske myndigheter bør legge en liberal tolkning av direktivet til grunn, i de tilfeller der ulike tolkningsalternativer kan være mulige.

KS Bedrift vil berømme departementet for et solid arbeid med implementeringen av det nye anskaffelsesdirektivet. Hovedinntrykket er at forskriftsutkastet gjennomgående er pedagogisk og har en hensiktsmessig systematikk og inndeling av kapitler.

Vi har prioritert å kommentere problemstillinger der norske myndigheter har et nasjonalt handlingsrom til å gjøre endringer og tilpasninger.

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

### **3. Endringer i loven**

#### **3.1 Lovens formålsbestemmelse § 1 (høringsnotatets punkt 3.2)**

KS Bedrift er positiv til departementets forslag til ny formålsbestemmelse. En formålsbestemmelse bør peke på målene med regelverket fremfor å henvide til virkemidlene. I så måte er forslaget til ny lovtekst mer konkret.

#### **3.2 Virkeområde § 2 (høringsnotatets punkt 2)**

I visse situasjoner hvor oppdragsgiver gir tilskudd for å gjennomføre et innkjøp, vil den som mottar tilskuddet kunne være omfattet av regelverket.

KS Bedrift leser høringsnotatet slik at det legges til grunn en endret forståelse av hvem som er pliktsubjektet i situasjoner der et rettssubjekt i en bygg- og anleggskontrakt får tilskudd på mer enn 50 prosent. Nå vil det være oppdragsgiveren som tildeler støtten, som må sørge for at anskaffelsesregelverket overholdes. Det vil i praksis legges nye oppgaver på oppdragsgiver. Vi ser for oss at dette kan skape flere nye utfordringer, for eksempel i tilfeller der det oppstår uenighet om hvordan anskaffelsen skal gjennomføres for å være i tråd med regelverket.

I forslaget til bestemmelse om virkeområde i forskriften § 1-1 heter det i annet ledd siste setning at *«[o]ppdragsgiver skal sørge for at støttemottakeren overholder reglene i forskriften»*. Hva som ligger i begrepet *«sørge for»* er uklart. Det bes om at dette utdypes i veiledning til bestemmelsen.

KS Bedrift stiller videre spørsmål ved i hvilken grad endringene i lov og forskrift på dette området er påkrevde og ber departementet vurdere dette nærmere.

#### **3.3 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, inkl. lovens § 7 (høringsnotatet punkt 3.3)**

KS Bedrift mener det er fornuftig å avvente en evaluering av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter før man vurderer om forskriften bør utvides til også å gjelde for konsesjonskontrakter.

#### **3.4 Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold § 6 (høringsnotatets punkt 3.4)**

KS Bedrift mener som hovedregel at ulike samfunnshensyn fremmes best gjennom informasjon og konkret veiledning fremfor pålegg og «skal-krav» i regelverket.

KS Bedrift mener videre at oppdragsgiver selv må få bestemme hvilke formål som skal ivaretas i de enkelte anskaffelsene. Oppdragsgiverne skal gis mulighet, men ingen plikt til å fremme ulike samfunnsmessige hensyn i offentlige anskaffelser.

KS Bedrift har imidlertid ikke innvendinger mot at regelverket gjennom et begrenset antall «kan-bestemmelser» tydeliggjør mulighetene til å stille vilkår som støtter opp om sentrale samfunnsmål. I så måte er vi positive til § 6 annet ledd som viser handlingsrommet for å trekke inn ulike samfunnshensyn i anskaffelsesprosessen.

Når det gjelder det konkrete tillegget i loven § 6 første ledd annet punktum så er KS Bedrift generelt positive til at oppdragsgiverne bidrar til ansvarlige produksjonsforhold. Krav knyttet til ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter vil ikke være relevante for alle anskaffelser. Krav knyttet til menneskerettigheter kan også være svært ressurskrevende å gjennomføre og følge opp. Departementet oppgir som eksempel på oppfølging av kontraktskrav i høringsnotatet at det bør foretas inspeksjoner i produksjonslokalene. Det kan være spesielt utfordrende for mindre oppdragsgivere med begrenset kompetanse og ressurser til å foreta slik oppfølging.

Forslaget i § 6 første ledd annen setning er formulert som et krav om at oppdragsgiver «skal» ha etablert egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Ut fra prinsippet om at anskaffelsesregelverket bør gi *mulighet*, men ingen *plikt* til å ta samfunnsmessige hensyn, så mener KS Bedrift at departementets forslag til § 6 første ledd annen setning bør utgå fra bestemmelsen.

### **3.5 Krav til lærlinger ved offentlige anskaffelser – ny § 6 a (høringsnotatets punkt 3.5)**

På generelt grunnlag er KS Bedrift kritisk til å bruke anskaffelsesregelverket til å stille eksplisitte krav for å fremme ulike samfunnshensyn. Disse hensynene bør nås på andre måte enn å pålegge oppdragsgivere økte administrative kostnader.

Mer konkret er KS Bedrift kritiske til lovforslaget som *pålegger* oppdragsgivere å stille krav om bruk av lærlinger. Både fordi kontraktsoppfølgingen vil medføre økt administrasjon, men også fordi kravet vil kunne ekskludere mange dyktige leverandører. Vi mener oppdragsgiver bør ha frihet til å velge *om*, og eventuelt hvordan, slike krav skal stilles. Hver anskaffelse er unik, og krever spesifikk kunnskap om lærlingsituasjonen og leverandørmarkedet. Lovens løsning tar ikke hensyn til disse nyansene. KS Bedrift ser at behovet for lærlingeplasser er stort. Flere av våre medlemmer har lærlinger i egen virksomhet. Vi mener likevel at et påbud om konkret bruk av lærlinger i anskaffelsesregelverket ikke er veien å gå.

Flere av KS Bedrifts medlemsbedrifter er i direkte konkurranse med private aktører. Blant annet innenfor renovasjon. Et pålegg om å følge opp lærlingeklausuler vil være kostnadsdrivende og konkurransevridende for disse.

Vi har også vanskelig for å se at en slik regel vil være forenelige med diskrimineringsforbudet i direktivet. Et påbud om bruk av lærlinger, må nødvendigvis være lettere å oppfylle for norske bedrifter enn for leverandører fra EU/EØS-området.

Påbudet vil også etter vårt syn, kunne begrense små- og mellomstore bedrifters adgang til å konkurrere om oppdrag, da disse kanskje ikke har tilstrekkelig ressurser og oppdragstilfang til å engasjere lærlinger.

Departementet anfører i høringsnotatets pkt 3.4 annet avsnitt, at et pålegg om bruk av lærlinger vil «*støtte opp om seriøse leverandører*», og at det derfor er en del av kampen mot arbeidslivskriminalitet. Kampen mot arbeidslivskriminalitet bør etter vårt syn, kjempes med andre midler.

Om departementet likevel ønsker å lovregulere dette mener KS Bedrift det er fornuftig å formulere ordlyden i § 6 a om at «*en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med utførelsen av kontrakten*», litt videre slik at lovteksten ikke gir for snevre føringer for de løsninger som kan gis i den etterfølgende forskriften. Det er ikke gitt at bruk av lærlinger er egnet for utføring av alle typer kontrakter. Det kan videre være kontrakter der det er behov for en særskilt type kompetanse, sikkerhetskurs etc. som lærlingene i bedriften ikke besitter. Endelig er det heller ikke gitt at å jobbe på akkurat den aktuelle kontrakten vil gi mest mulig læringsutbytte for de aktuelle lærlingene. På denne bakgrunn mener KS Bedrift at det bør åpnes opp for en alternativ løsning der det stilles krav om at leverandøren har en eller flere lærlinger som *arbeider i bedriften*, dersom den konkrete kontrakten er uegnet for lærlinger.

### **3.6 Offentlighet, taushetsplikt og habilitet (høringsnotatets punkt 4)**

KS Bedrift mener det er fornuftig å flytte bestemmelsene om offentlighet, taushetsplikt og habilitet over til loven.

Når det gjelder reglene om offentlighet i offentlige anskaffelser så vil KS Bedrift minne om uttalelsene knyttet til denne tematikken i KS sitt høringssvar på NOU 2014: 4. At leverandører kan få innsyn i hverandres tilbud før kontrakten er endelig signert er uheldig, særlig hvor oppdragsgiver må avlyse konkurransen og utlyse på nytt. Dagens innsynsregler er også svært ressurskrevende.

KS Bedrift mener at leverandørene ikke bør få innsyn i hverandres tilbud før kontrakt er inngått.

## **4. Endringer i forskriften**

### **4.1 Innledning (høringsnotatet punkt 1)**

Generelt mener vi at departementet har lyktes godt i arbeidet med å finne en struktur for implementering av direktivbestemmelsene i ny forskrift om offentlige anskaffelser. Bruken av kapitteloverskrifter, gruppering av paragrafer og formuleringen av de enkelte bestemmelser er gjennomgående pedagogisk og oversiktlig.

### **4.2 Virkeområde (høringsnotatet punkt 2.1)**

KS Bedrift viser her til kommentarer til lovens virkeområde i loven § 2.

### **4.3 Unntak (høringsnotatet punkt 2.2)**

Departementet foreslår at samtlige unntaksbestemmelser plasseres i forskriften istedenfor i loven. Dette til tross for at noen av unntaksbestemmelsene også gir unntak fra loven. Departementets forslag bryter her med forslaget fra Forenklingsutvalget som foreslår at kontrakter som fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket, plasseres i loven, ikke i forskriften.

På bakgrunn av Lex superior prinsippet så bør bestemmelser som gir unntak fra loven plasseres i loven og ikke i forskriften. KS Bedrift støtter derfor forslaget fra Forenklingsutvalget og er uenig i departementets forslag om å plassere unntaksbestemmelser for kontrakter som fullt ut skal unntas fra anskaffelsesregelverket, i forskriften fremfor i loven.

#### **4.4 Unntak for samarbeid i offentlig sektor (høringsnotatet punkt 2.3)**

Unntakene for vertikalt og horisontalt samarbeid er langt på vei en kodifisering av gjeldende rett. KS Bedrift mener at en slik presisering og klargjøring av unntakene er positivt.

Ulike samarbeid mellom oppdragsgiver er viktig for å kunne drifte offentlige tjenester så hensiktsmessig som mulig til innbyggernes beste. KS Bedrift understreker derfor viktigheten av at det legges til grunn en romslig tolkning av unntakene. Dette gjelder spesielt unntaket for horisontalt samarbeid og kravet om at det må foreligge et reelt samarbeid. Kravet til et reelt samarbeid har av noen blitt tolket slik at det mest sannsynlig stenger for at vertskommunesamarbeid etter kommuneloven vil oppfylle vilkårene for unntaket for horisontalt samarbeid.<sup>1</sup> Etter KS Bedrifts oppfatning er dette mer usikkert. KS Bedrift mener derfor at forståelsen av kravet til et «reelt samarbeid» trolig er for streng. Hvor grensen går, vil først bli avklart gjennom praksis fra EU-domstolen.

KS Bedrift ber departementet legge seg dette på minne når det utarbeides veiledning til bestemmelsene.

Departementet ber om tilbakemelding på om det kan tenkes et praktisk anvendelsesområde for den nye unntaksbestemmelsen om privat lovpålagt eierskap i tilknytning til unntakene for «utvidet egenregi». KS Bedrift er ikke kjent med at det foreligger noen bestemmelser om privat lovpålagt eierskap og kan derfor ikke se at en bestemmelse om dette, på nåværende tidspunkt, vil være relevant for mulig bruk av bestemmelsene om vertikalt og horisontalt samarbeid. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en slik problemstilling kan bli aktuell i fremtiden. KS Bedrift mener derfor at forskriften bør ta høyde for dette.

#### **4.5 Blandede kontrakter (høringsnotatet punkt 2.5)**

Departementets forslag til bestemmelser om blandede kontrakter er oppklarende og gir en pedagogisk kodifisering av rettspraksis.

### **REGLER SOM GJELDER FOR ALLE ANSKAFFELSER**

#### **4.6 Generelt (høringsnotatet punkt 2.6.1)**

Departementet foreslår at bestemmelsene om fristberegning plasseres i forskriften del I. Dette bryter med forslaget fra Forenklingsutvalget. Del I har ingen regler om frister, og KS Bedrift mener da at det heller ikke er nødvendig med en henvisning til fristberegningens forskriften her. KS Bedrift er også redd for at det kan lede til misforståelser dersom det står en bestemmelse om fristberegning i forskriften del I når det ikke gjelder noen regler om frister for anskaffelser som kun følger forskriften del I.

Vi støtter departementets forslag om å flytte bestemmelsene om offentlighet, taushetsplikt, habilitet og pålegg til loven.

#### **4.7 Kontraktsvilkår (høringsnotatet punkt 2.6.2)**

Departementet skriver i høringsnotatet punkt 2.6.2 at de foreslår å utvide direktivbestemmelsen i artikkel 70 til å gjelde alle kontraktsvilkår, både standardvilkår og spesielle kontraktsvilkår. KS

---

<sup>1</sup> Jf. rapporten «Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid, forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger», Advokatfirmaet Hjort DA (2014).

Bedrift tolker både departementet og direktivet slik at Norge kun er forpliktet til å angi spesielle kontraktsvilkår i kunngjøringen/ konkurransegrunnlaget, ikke standard kontraktsvilkår.

KS Bedrift mener at Norge må utnytte handlingsrommet i direktivet. Av den grunn mener KS Bedrift at bestemmelsen om kontraktsvilkår ikke bør utvides til også å omfatte plikt til å legge frem standard kontraktsvilkår.

Subsidiært mener KS Bedrift at dersom forskriftsteksten skal oppstille en plikt til å angi standard kontraktsvilkår, så må denneplikten tolkes dit hen at dersom kontraktsvilkårene er allment tilgjengelig (slik som Statens standardavtaler og NS-kontraktene) så er det tilstrekkelig å henvise til den aktuelle standarden.

#### **4.8 Lærlinger (høringsnotatet punkt 2.6.3)**

Vi støtter den foreslåtte endringen om at begrensningen til norske leverandører fjernes. For spørsmålet om det skal stilles krav til at lærling(er) deltar i oppfyllelsen av kontrakten viser vi til våre kommentarer til forslaget til ny § 6 a i lov om offentlige anskaffelser.

#### **4.9 Reserverte kontrakter (høringsnotatet punkt 2.6.4)**

KS Bedrift er positive til muligheten for å reservere en kontrakt til virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer. Utvidelsen vil gi oppdragsgivere økt handlefrihet sammenlignet med i dag.

KS Bedrift er også enig med departementet i at det er uklart hvordan begrepet «*vanskeligstilte personer*» skal forstås. KS Bedrift oppfordrer derfor departementet til å komme med veiledning om dette.

KS Bedrift støtter videre at oppdragsgiver skal ha mulighet til å reservere en kontrakt til visse særlige organisasjoner når det gjelder kontrakter om helse-, sosial- og kulturtjenester.

## **ANSKAFFELSER OVER EØS-TERSKELVERDIENE**

#### **4.10 Strukturen til forskriftens del III (høringsnotatets punkt 3.1)**

KS Bedrift mener det er oversiktlig og fornuftig å la kapitlene og bestemmelsene i forskriftens del III følge anskaffelsesprosessens løp.

Kapittel 21 om rammeavtaler kommer imidlertid etter kapitlene om for eksempel avvisning og avslutning av konkurransen. Dersom systematikken er at kapitlene og bestemmelsene skal følge anskaffelsesprosessens løp, mener KS Bedrift at departementet bør vurdere om kapitlet om rammeavtaler, og muligens også kapitlet om elektroniske verktøy i kapittel 22, bør flyttes bakover i forskriften. Valg av rammeavtale og eventuelt bruk av elektroniske verktøy må gjøres tidlig i anskaffelsesprosessen. Videre er systematikken i direktivet at bestemmelsene om rammeavtaler og elektroniske verktøy er plassert forholdsvis tidlig. KS Bedrift foreslår at bestemmelsene flyttes til mellom kapittel 9 om valg av anskaffelsesprosedyre og kapittel 10 om frister.

#### **4.11 Konkurransgrunnlag (høringsnotatets punkt 3.2.2)**

KS Bedrift er positiv til forslaget om at oppdragsgiver plikter å utarbeide et konkurransegrunnlag, med mindre han angir samtlige opplysninger som er av betydning for

utarbeidelsen av forespørselen om deltakelse eller tilbudet i kunngjøringen. Dette er også i samsvar med forslaget fra Forenklingsutvalget.

KS Bedrift foreslår imidlertid at kunngjøringsformatet, spesielt når det legges til rette for elektronisk konkurransegjennomføring, utformes slik at kunngjøringen kan inneholde all informasjon fra konkurransegrunnlaget, i tillegg til dagens innhold i kunngjøringen.

Når det gjelder det konkrete forslaget til § 8-1 nr. 2 bokstav b, henviser vi til bestemmelsen om kontraktsvilkår i § 5-7, som omfatter både generelle og spesielle vilkår. KS Bedrift mener at Norge ikke bør gå lenger enn direktivet krever og viser til kommentarene til forslaget om ny forskrift § 5-7.

KS Bedrift konstaterer at det følger av det nye direktivet at hele konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet, også ved totrinnsprosedyrer. En oppdragsgiver kan i dag vente med å gjøre konkurransegrunnlaget tilgjengelig til etter prekvalifiseringen. Det nye direktivet representerer i så måte en innstramning av gjeldende rett. Dette er beklagelig, men en følge av direktivet.

KS Bedrift stiller likevel spørsmål ved hvordan plikten til å gjøre konkurransegrunnlaget tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet vil kunne gjennomføres ved konkurransepreget dialog. Ved denne prosedyren skal kravspesifikasjonen utvikles under dialogen. KS Bedrift ber derfor departementet utdype denne problematikken i veiledning til bestemmelsene.

#### **4.12 Elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget (høringsnotatets punkt 3.2.4)**

Forslagets § 8-3 tredje ledd oppstiller et unntak dersom konkurransegrunnlaget inneholder forretningshemmeligheter. KS Bedrift går ut fra at det også kan tenkes situasjoner der oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset tilgang til deler av konkurransegrunnlaget fordi det inneholder andre opplysninger som er underlagt taushetsplikt, som for eksempel personopplysninger. Vi foreslår derfor at ordet «forretningshemmeligheter» i tredje ledd erstattes med ordene «opplysninger underlagt taushetsplikt».

#### **4.13 Valg av anskaffelsesprosedyre (høringsnotatets punkt 3.2.4)**

Utvidelsen av adgangen til bruk av konkurranse med forhandling er et viktig forenklingstiltak i det nye direktivet. Dette vil medføre bedre og riktigere anskaffelser og kunne redusere tvister i kontrakt. KS Bedrift støtter departementets vurdering om at prosedyren vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiver har et legitimt behov for å forhandle.

Departementet mener at innføringen av innovasjonspartnerskap må anses som en ny kontraktstype og ikke en ny prosedyre. KS Bedrift er usikker på om dette er et hensiktsmessig valg. Det vises til punkt 3.27 (om innovativt partnerskap) senere i dette høringsbrev.

Bestemmelsen om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er en bestemmelse som medlemslandene ikke er pålagt å gjennomføre. KS Bedrift er enig med departementet i at hensynet til effektiv ressursbruk tilsier at bestemmelsen om bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring bør videreføres.

KS Bedrift deler departementets oppfatning om at dagens bestemmelse i § 14-4 skaper unødvendig forvirring, da det skal forhandles selv om det foreligger en monopolsituasjon.

Forslaget om å opprette en egen bestemmelse for tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til kun én leverandør (uten konkurranse) er klargjørende.

#### **4.14 Frister (høringsnotatets punkt 3.2.6)**

KS Bedrift er positiv til endringene i direktivet med kortere frister. Det er imidlertid oppstilt en ny minimumsfrist på minimum 25 dager for innlevering av tilbud ved konkurranse med forhandling. Dette er en innstramning sammenlignet med i dag og vil gi redusert handlefrihet for oppdragsgivere. Kravet følger imidlertid direkte av direktivet, og må innføres.

KS Bedrift er positiv til forslaget om å innføre en bestemmelse hvor partene (der oppdragsgiver er ikke-statlig) selv kan avtale tilbudsfristen, i begrensede anbudskonkurranser og konkurranse med forhandling.

#### **4.15 Kravspesifikasjoner (høringsnotatets punkt 3.2.7)**

En nyvinning er at kravspesifikasjonene kan omfatte alle faser av et produkts livssyklus, slik som produksjonsprosessen, leveransen m.m. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke påvirker produktets egenskaper.

I forslag til forskriftsbestemmelse § 11-1 annet ledd første setning heter det at «*kravspesifikasjonene skal ha tilknytning til leveransen*». Videre i § 11-1 annet ledd annen setning heter det at: «*De kan vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringingen av eller handelen med dem, eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker deres egenskaper.*»

Ut fra en språklig fortolkning kan det være nærliggende å tolke annet ledd dit hen at det er motstrid mellom første og annen setning. Ut fra tradisjonell lære så har oppdragsgiver begrensede muligheter til å legge vekt på for eksempel produksjonsprosessen da dette mangler nødvendig tilknytning til leveransen.

Forskriftsbestemmelsen synes å forutsette at det fortsatt skal gjelde et krav om at kravspesifikasjonene skal ha tilknytning til leveransen, men at det likevel skal være tillatt å vise til faktorer som ikke påvirker leveransens egenskaper. Vi er imidlertid usikre på om departementets forslag til ordlyden i § 11-1 annet ledd får frem endringen. KS Bedrift ber departementet se nærmere på om bestemmelsen kan formuleres tydeligere. Bestemmelsen bør utdypes gjennom veiledning.

Forslag til forskrift § 11-2 oppstiller en plikt om at oppdragsgiver skal benytte kravspesifikasjoner som tar hensyn til universell utforming ved anskaffelser som skal benyttes av personer, enten av offentligheten eller ansatte hos oppdragsgiver. Universell utforming er et krevende tema for dem som ikke har spesiell kjennskap til lover, regler, retningslinjer og muligheter på området. Det er derfor svært viktig at veiledningen, som departementet varsler kommer, blir så omfattende og konkret at den kan tjene som et sentralt verktøy for oppdragsgivernes anvendelse av denne bestemmelsen.

#### **4.16 Kvalifikasjonskrav (høringsnotatets punkt 3.2.9)**

Overskriften på departementets forslag til bestemmelse i § 12-8 er «*[k]rav til leverandørens organisering*». § 12-8 annet ledd omhandler imidlertid oppdragsgivers mulighet for å kreve navn på og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. KS Bedrift har vanskelig for å se hva annet ledd har med organisering å gjøre og



stiller derfor spørsmål ved om annet ledd isteden bør flyttes til § 12-6 som omhandler dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Under punktet om elektroniske egenerklæringsskjema skriver departementet at egenerklæringsskjemaet skal kunne gjenbrukes i etterfølgende anskaffelsesprosedyrer. Dette vil trolig kreve at oppdragsgiver har et eget system for oppbevaring av egenerklæringsskjemaer. I denne forbindelse ser KS Bedrift flere problemstillinger som kan oppstå; hvem anses som oppdragsgiver og er det noen tidsbegrensning i hvor lenge egenerklæringsskjemaet skal kunne gjenbrukes. Vi ber departementet utdype disse problemstillingene nærmere i veiledning til bestemmelsen.

For øvrig bemerker vi at det vanskelig å kommentere egenerklæringsskjemaet når innholdet i dokumentet ennå ikke er vedtatt.

#### **4.17 Tildelingskriterier (høringsnotatets punkt 3.2.10)**

Det nye anskaffelsesdirektivet åpner for at medlemslandene kan nekte oppdragsgiver å benytte laveste pris som tildelingskriterium. KS Bedrift støtter departementets syn på at det er oppdragsgiver som er nærmest til å vurdere hvilken tildelingsmodell som gir det beste resultatet. Det bør derfor ikke legges noen begrensninger i oppdragsgivers adgang til å benytte laveste pris som eneste tildelingskriterium.

#### **4.18 Oppdeling av kontrakt (høringsnotatets punkt 3.2.12)**

I henhold til direktivet og forslag til ny forskrift § 14-1 vil oppdragsgiver få en plikt til vurdere oppdeling av kontrakt, og det må gis begrunnelse dersom oppdragsgiver ikke velger å dele opp kontrakten. Vi er kritisk til denne endringen. KS Bedrift mener at vurderingen bør ligge innenfor oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

#### **4.19 Bruk av underleverandører (høringsnotatets punkt 3.2.13)**

I høringsnotatet skriver departementet i tredje avsnitt på side 18 at:

*«Solidaransvar innebærer at den som setter ut et oppdrag (oppdragsgiver), skal være ansvarlig for de forpliktelsene oppdragstakerne nedover i en kontraktskjede har til å betale lønn etter allmenngjøringsforskrifter. Dette innebærer at alle oppdragsgivere i en kontraktskjede (dvs. både oppdragsgiver i henhold til anskaffelsesregelverket, hovedleverandøren og underleverandører i kjeden) hefter "en for alle og alle for en" overfor arbeidstaker lengst ned i kjeden som ikke får utbetalt allmenngjort lønn fra sin arbeidsgiver.»*

KS Bedrift mener at departementets gjengivelse av gjeldende rett på dette punkt, ikke er korrekt. Slik KS Bedrift ser det vil ikke solidaransvaret kunne omfatte byggherren, det stanser ved hovedleverandøren, jf. bl.a. allmenngjøringsloven § 13.

For øvrig støtter KS Bedrift departementets forslag om atplikten for oppdragsgiver til å etterspørre visse opplysninger fra underleverandører, begrenses til å gjelde underleverandører som skal medvirke ved utførelsen av bygge- og anleggsarbeider og tjenester som skal leveres på steder som er under direkte tilsyn. Plikten bør ikke utvides til også å gjelde underleverandører lengre ned i kjeden eller underleverandører av varer og eller andre tjenester.

#### **4.20 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon (høringsnotatets punkt 3.2.14)**

KS Bedrift er positiv til kravet om at all informasjonsutveksling som hovedregel nå skal skje elektronisk.

KS Bedrift understreker imidlertid at det er staten som må bære ansvar og kostnadene knyttet til dette. Brukervennlighet (for både leverandører og oppdragsgiver) må være sentral når løsningen etableres.

#### **4.21 Kunngjøring (høringsnotatets punkt 3.2.16)**

KS Bedrift støtter departementets forslag om å innføre bestemmelser om forhåndskunngjøring for å utnytte fleksibiliteten i det nye direktivet.

KS Bedrift er videre positiv til departementets forslag om å skille mellom veiledende kunngjøring og forhåndskunngjøring, selv om dette skillet ikke fremgår direkte av direktivteksten.

Endelig støtter vi departementets forslag om at unntak fra plikten til å kunngjøre inngåtte kontrakter utvides til å gjelde alle kontrakter under en rammeavtale.

## **GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEN**

#### **4.22 Innledning**

KS Bedrift har ingen kommentarer til punktene 3.3.1.og 3.3.2. Bestemmelsene i forslagets § 17-1 og 17-2 uttrykker direktivets regler på en forståelig måte.

Vi er enig i at reglene om tilbudet omtalt i punkt 3.3.3, bør ha samme løsning i forskriftens del II og del III.

I høringsnotatets punkt 3.3.4 behandles reglene om alternative tilbud. KS Bedrift mener at de endringer departementet her foreslår vil være oppklarende, jf. gjeldende regler om alternative tilbud. Reglene har vært vanskelig tilgjengelige, og fleksibiliteten dette gir, har av den grunn trolig ikke vært benyttet.

Det følger av ordlyden i § 17-5 første ledd at alternative tilbud skal ha «tilknytning til leveransen». Det fremstår som litt uklart hva som menes med dette. Dette vilkåret bør derfor eksemplifiseres i veiledning fra departementet.

#### **4.23 Ettersending av opplysninger og dokumentasjon (høringsnotatets punkt 3.3.5)**

Det er KS Bedrift sin vurdering at utvidelsen av oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes i artikkel 56 nr. 3 er et av de viktigste forenklingstiltak som tas i de nye direktivene. Bestemmelsen vil redusere tvister knyttet til avvísninger spesielt i anbudskonkurranser og bidra til forenkling og bedre konkurranse.

KS Bedrift er enig med departementets forståelse om at retten til å be om supplerende informasjon også gjelder tilbudsdokumentasjonen.

Grensen mellom lovlige avklaringer og ulovlige forhandlinger vil også være en problemstilling med den nye forskriften. Dette er tema som volder mange spørsmål fra brukerne av regelverket. KS Bedrift oppfordrer derfor departementet om å utdype grensdragningen i veiledning til bestemmelsen.

#### **4.24 Avvisning (høringsnotatets punkt 3.4)**

Departementets forslag til bestemmelser i kapittel 18 er delvis kun foreløpige forslag grunnet den pågående prosessen om Forenklingsutvalget forslag. KS Bedrift sine innspill til punkt 3.4 er derfor av overordnet karakter.

KS Bedrift tiltrer departementets forslag om å ha samme systematikk/inndeling av avvisningsbestemmelser i del II og i del III, jf. bestemmelsen i forslaget §§ 18-1,18-2 og 18-8. Vi mener tredelingen er pedagogisk.

KS Bedrift støtter departementets forslag om å sidestille straff og forelegg. Fordelen med å fjerne den gjeldende rettsusikkerhet er etter KS Bedrift sin vurdering større enn ulempene som kan oppstå ved en sidestillelse.

Det kreves i dag særskilt hjemmel for å få utskrevet politiattest. Det er derfor behov for en enklere måte for oppdragsgiverne til å gjøre seg kjent med informasjon om hvilke leverandører som har vedtatt forelegg eller er rettskraftig dømt for de straffbare forhold som § 18-2 annet ledd lister opp. KS Bedrift henstiller derfor departementet om å se nærmere på dette.

KS Bedrift er enig i at det er viktig at unntaket fra avvisningsplikten, når allmenne hensyn nødvendiggjør det, videreføres.

Når det gjelder de nye reglene om self-cleaning, mener vi at det er stort behov for at det utarbeides veiledning. Det er oppdragsgiver, jf. forslaget § 18-5, som skal vurdere om leverandørene har iverksatt tilstrekkelige tiltak. Dette er vanskelige vurderinger som skal foretas lokalt. Uten solid veiledning vil det kunne utvikle seg svært ulik praksis.

Bestemmelsene om avvisning av tilbud beror på hvilke rettslige grep som gjøres om prosedyrevalg i den nasjonale delen av regelverket. Dersom forenklingsutvalgets forslag om ny prosedyre vedtas, må avvisningsbestemmelsene i del II og del III, bli ulike.

Bestemmelsen i del III må tilpasses anbudskonkurranser og forhandlingsforbudet. Avvisningsbestemmelsene i forslaget § 18-8 er i all hovedsak særnorske regler. KS Bedrift ser at det er hensiktsmessig å ha klare regler om avvisning av tilbud. Regler om avvisning må avveies mellom brukerens ønsker om klarhet i vanskelige rettslige avveininger opp mot den risiko som foreligger for at de regler som gis, blir en overimplementering av de plikter som reelt ligger i direktivet.

Flere av både de absolutte og fakultative avvisningsbestemmelsene er nye og det er derfor behov for veiledning fra departementet om bruken av bestemmelsene.

---

#### **4.25 Meddelelse og begrunnelse, karens og suspensjon (høringsnotatets punkt 3.5)**

KS Bedrift har som utgangspunkt ingen kommentarer til dette. Det ligger slik vi ser det ingen materielle endringer i de kommende reglene her.

På side 30 siste setning i første avsnitt skriver departementet:

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

KS Bedrift gjør departementet oppmerksom på at dette ikke lenger er uttrykk for gjeldende rett. Det vises til NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* punkt 7.3.2. Karensfristen løper uavhengig av om begrunnelsen er tilfredsstillende. Det vises også til teori uttrykt i «Offentlige anskaffelser, regelverk, praksis og løsninger» Marianne Dragsten 2013, side 681.

#### **4.26 Anskaffelsesprotokoll, dokumentasjonsplikt og innsyn i kontrakten (høringsnotatets punkt 3.6)**

Vi er enig med flertallet i forenklingsutvalget sitt forslag om at protokollplikten erstattet av en plikt til å skriftliggjøre anskaffelsesprosessen i del II. Det avgjørende må være at prosessen kan etterprøves, ikke hvilken form opplysningen er nedfelt i.

Direktivets krav om «*skriftlig rapport*» jf artikkel 84 art 1, er i høringsutkastets § 20-1 blitt til en regel om plikt til å føre anskaffelsesprotokoll og at protokollen skal føres fortløpende. KS Bedrift mener departementets forslag innebærer strengere regulering enn det som kan leses ut av direktivteksten. Det kan etter vår vurdering ikke leses at den skriftlige rapporten skal ha en spesiell form og heller ikke at protokollen skal føres fortløpende. Sett i lys av overgangen til hel elektroniske anskaffelser og den økte bruken av konkurransegjennomføringsverktøy, fremstår bruken av tradisjonelle dokumenter og protokoller noe gammeldags. Det avgjørende må være at nødvendig informasjonen er tilgjengelig, ihht kravet om etterprøvbarehet.

KS Bedrift mener at dokumentasjonsplikten i forslaget § 20-2 første ledd, er den overordnede regel ang kravet til gjennomsiktighet. Bestemmelsen i § 20-1 angir en nærmere beskrivelse hvordan dokumentasjonsplikten skal gjennomføres. Vi mener at rekkefølgen på bestemmelsene §20-1 og § 20-2 byttes om, slik at hovedregelen kommer først og at direktivets begrep «*skriftlig rapport*» benyttes.

Dersom Forenklingsutvalgets flertall vedtas, vil reglene i del II og del III bli forskjellige ift dokumentasjonsplikten. Krav til proporsjonalitet tilsier at det kan være strengere regler i del III enn etter del II.

#### **4.27 Innovasjonspartnerskap (høringsnotatets punkt 3.7.2)**

I direktivets artikkel 31 er det gitt regler om en ny anskaffelsesprosedyre kalt Innovasjonspartnerskap. Ordningen er omtalt i fortalens punkt 47 og 49. Departementet mener ordningen ikke er en ny anskaffelsesprosedyre, men en kontraktsform som skal følge prosedyren konkurranse med forhandling, jf. artikkel 29.

Reglene i artikkel 31 og 29 er til dels veldig like og KS Bedrift er usikker på om det har noen rettslig betydning om innovasjonspartnerskapet anses som en egen prosedyre eller en kontrakt som inngås etter prosedyren konkurranse med forhandling.

Departementet viser til fortalens punkt 49 og konkluderer med at konkurranse med forhandling skal benyttes når kontrakt om innovasjonspartnerskap skal etableres.

KS Bedrift er uenig i at uttalelsene i fortalen kan tolkes så strengt. Vi mener uttalelsene gir større handlingsrom og forankrer dette i at fortalen påpeker at offentlige oppdragsgivere bør ha

tilgang på en særlig prosedyre for å ivareta innovasjon og at denne prosedyren bør baseres på de prosedyreregler som benyttes på konkurranser med forhandling. Ordlyden «*Bør baseres på*» gir etter vår vurdering rom for at andre løsninger enn de som ligger fast i art 29.

Det er KS Bedrift sin vurdering at det av praktiske årsaker kan være betenkelig å avvike fra den terminologi/løsning som EU har valgt. Kunngjørings skjemaene vil være tilpasset de nye direktivene og den norske løsningen vil da muligens ikke være kompatibel med de avkrysningsmuligheter som kommer.

Ordnningen er ny og det vil kunne utvikle seg praksis, veiledning etc., som kanskje ikke er direkte overførbart til den norske «kontraktsløsningsmodellen», når Norge låser nyvinningen til den etablerte prosedyren konkurranse med forhandling. Om foreliggende EU-praksis om konkurranse med forhandling legger skranker på handlefriheten i forhold til å fremme innovasjon, bør ordningen anses å være en prosedyre slik at kan få utviklet rettspraksis i tråd med de behov som kreves for gjennomføring av et innovasjonskjøp vs. et «vanlige» kjøp etter forhandlinger.

KS Bedrift reiser spørsmål om det kan oppstå unødvendig rettsusikkerhet om hva ordningen innebærer dersom Norge velger en annen løsning enn de øvrige medlemslandene. For at innovasjonspartnerskap skal bli et nyttig verktøy for å øke innovative løsninger så er det svært viktig at det utarbeides god veiledning for bruken av ordningen, slik at offentlige oppdragsgiver tør å ta dette i bruk. Her bør en lære av erfaringen etter innføring av prosedyren konkurransepreget dialog.

KS Bedrift er av den oppfatning at implementeringen må skje på den måte som gir størst fleksibilitet i forhold til formålet som er å innføre verktøy som «*skal bidra til at lette offentlige udbud inden for innovation og hjelpe medlemstaterne til at nå målene for Innovation i EU*»

For våre medlemmer det veldig viktig at en beholder fleksibiliteten og ikke innfortolker flere plikter/skranker inn i den nye ordningen enn det som følger av direktivet.

#### **4.28 Elektroniske verktøy (høringsnotatets punkt 3.8)**

KS Bedrift er enig i at tiden ikke er moden for obligatoriske krav, men mener det er viktig at regelverket gir muligheter for at det kan stilles krav om at tilbud kan leveres i form av elektroniske kataloger.

#### **4.29 Endringer i kontrakt (høringsnotatets punkt 3.9)**

KS Bedrift mener departementet har implementert artikkel 72 på en pedagogisk måte. En oppdeling i flere bestemmelser med tydelige overskrifter skaper klarhet og det blir lett å finne frem til relevant problemstilling.

At en kontrakt kan endres vesentlig/betydelig gjennom en klar endringsklausul fremgår av direktivets artikkel 72 nr. 1, bokstav a «*uanset deres pængemæssige værdi*». Denne presiseringen er ikke inntatt i ordlyden i forslagets § 23-1.

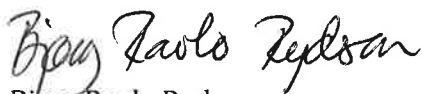
At en endring gjort med forankring i en endringsklausul ikke underlegges begrensingen, jf. 23-2 annet ledd b, følger etter KS Bedrift sin vurdering av en tolkning av § 23-2 første ledd, jf. § 23-3 første ledd bokstav a, i sammenheng. Vi antar at departementet ved unnlatsen av å innta ovennevnte passus fra direktivet, ikke har ment å foreta en innsnevring av anvendelsesområdet for bruk av endringsklausuler. KS Bedrift mener dette må komme klarere frem for brukerne av

regelverket og anmoder departementet om at direktivpassusen nevnt over, innarbeides i de norske forskriftstekstene.

I en kommunesammenslåing oppstår et nytt rettssubjekt. Dette vil være et annet enn det rettssubjektet som i sin tid kunngjorde anskaffelsen/fremgikk av kunngjøringen. I så måte kan det stilles spørsmål ved om en slik endring på oppdragsgiversiden vil være en lovlig endring etter analogi fra reglene om leverandørskifte i § 23-3 første ledd bokstav d? Det følger av EU-domstolens avgjørelse i C-454/06 premiss 45-54 (*Pressetext*) at interne omstruktureringer hos tilbyder normalt ikke er å anse som «vesentlige endringer». KS Bedrift mener at det er gode grunner for at tilsvarende også bør gjelde ved omorganiseringer hos oppdragsgiver. KS Bedrift mener også at mange av de samme hensynene som ligger bak regelen om leverandørskifte i § 23-1 første ledd bokstav d også gjør seg gjeldene ved endringer i rettssubjekt på oppdragsgiversiden.

KS Bedrift ber departementet om en avklaring av hvordan omstruktureringer på oppdragsgiversiden kan gjennomføres uten å komme i konflikt med anskaffelsesregelverket, spesielt for kontrakter hvor en slik inntreden ikke er varslet gjennom en endringsklausul.

Med vennlig hilsen



Bjørg Ravlo Rydsaa  
administrerende direktør



Tone Molvær Berset  
advokat