

Nærings- og fiskeridepartementets
Att: Liv Lunde, seniorrådgiver

Sendes pr. e-post: postmottak@nfd.dep.no.

Dato: 17.06.2015
Deres ref: 15/1514-1
Vår ref: 2/21/2015

Hørings svar - Endringer i lov om offentlige anskaffelser

Maskinentreprenørenes Forbund (MEF) ønsker å gi høringsuttalelse til departementets forslag i notatene (1) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser*, (2) *Ny forskrift om offentlige anskaffelser* og (3) *Forsyningsforskriften*.

INNLEDNING

MEF er generelt positive til endringene som foreslås ved innføring av direktiv 2014/24/EU. Det offentlige er en svært viktig oppdragsgiver for våre om lag 2 000 medlemsbedrifter, som konkurrerer om offentlige kontrakter i anleggssektoren og innen avfall og gjenvinning.

MEF har bistått medlemsbedriftene i en rekke saker knyttet til offentlige anskaffelser, både med klagebehandling og rettslige prosesser. Et gjentakende problem er avvisningsaker som skyldes formalfeil, uklarheter og mangler ved tilbudene. Tiltak som kan redusere antallet slike saker er svært kjærkomment. Vi er videre opptatte av at regelverket inneholder bestemmelser som bidrar til arbeidet med å bekjempe arbeidslivskriminalitet.

Vi vil også innledningsvis presisere at likest mulig regler over og under terskel er en klar fordel. Det er krevende å skulle holde styr på to regelsett, både for leverandører og oppdragsgivere. Det er av den grunn også viktig å ha forenklingsarbeider for regelverket under terskel i mente når nye bestemmelser skal vedtas for de såkalte EØS-anskaffelsene. Vi vil i vårt hørings svar av den grunn også peke på regelverket «under terskel» i en del sammenhenger.

ENDRINGER I LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Til pkt. 3.2 lovens formålsbestemmelse (§ 1)

Departementet har i forslaget av ny formålsbestemmelse i lov om offentlige anskaffelser valgt en løsning som ligger mellom det Forenklingsutvalgets flertall og mindretall foreslo i *NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser*. Selv om denne bestemmelsen ikke er på høring, ønsker vi å knytte noen betraktninger til forslaget.

MEF mener det er uheldig at departementets forslag til formålsbestemmelse ikke går lengre i å påpeke nødvendigheten av at offentlige anskaffelser også skjer på en samfunnstjenlig måte. Det offentlige er en svært viktig oppdragsgiver, og har i kraft av sitt innkjøpsvolum et særlig ansvar for at anskaffelsene ivaretar samfunnsmessige behov. Vi støtter derfor forslaget til formålsbestemmelse fra mindretallet i forenklingsutvalgets.

Til pkt 3.4 Lovens § 6 - Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold

I forlengelsen av pkt. 3.2. er MEF positiv til at miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold fremheves i lov om offentlige anskaffelser. Det bør tilstrebes at offentlige oppdragsgivere bruker sin leverandørmakt til å legge til rette for en positiv utvikling i næringslivet. Det er et

viktig signal til offentlige innkjøpere at regelverket inneholder bestemmelser om at ikke-anskaffelsesfaglige hensyn også skal kunne tas. Dette vil kunne bidra positivt i arbeidet med å bekjempe arbeidslivskriminalitet.

Til pkt. 3.5 Ny § 6 om krav til lærlinger ved offentlige anskaffelser

MEF er positiv til at bestemmelsen om krav til læreplasser ved offentlige anskaffelser (foa § 3-11 tredje ledd) videreføres og flyttes til lov om offentlige anskaffelser. Vi er imidlertid opptatt av at krav til læreplasser formuleres og gjennomføres på en måte som sikrer at formålet bak bestemmelsen oppnås, uten å bidra til uheldig konkurransevridning.

Til det videre arbeidet med en forskrift om krav til læreplasser vil vi påpeke følgende:

MEF er av den oppfatning at forskriftskrav knyttet til bruk av lærlinger bør knyttes til alle næringer som har det offentlige som oppdragsgiver, hvor det eksisterer en relevant fagutdanning. Slike krav bør etter vårt syn ikke knyttes til bestemte bransjer eller geografiske områder. Av erfaring vet vi at det tar tid å få endret forskrifter. Dette gjør at spesifikt formulerte forskriftskrav ofte vil bli statiske og lite tilpasset utviklingen i næringslivet og skolesystemet.

Vi ønsker i den sammenheng å påpeke at det i anleggsbransjen er en utfordring at det i mange regioner mangler lærlinger, sett opp i mot etterspørselen fra bedriftene. Det er her verdt å legge til at anleggsbransjen har økt inntaket av lærlinger jevnt de siste årene. Svingninger i aktivitetsnivå forekommer i alle bransjer og inntreffer ofte uventet for myndigheter og bransjeaktørene selv. De samme svingninger forekommer også når det gjelder tilgangen til lærlinger innen ulike fag.

Videre, i forslaget til § 6a står det at «*Departementet kan ved forskrift pålegge statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingeordning*» (vår understrekning). MEF mener at et krav om kun å være tilknyttet en lærlingeordning er lite forpliktende hvis målet er å øke antall læreplasser i offentlige kontrakter. Det at en bedrift er tilknyttet en lærlingeordning er ingen god indikasjon på inntaket av lærlinger, da bedrifter kan være oppført i lærlingeordningen over flere år uten å faktisk ha tatt inn lærlinger.

Det bør i stedet stilles krav om at bedriften er lærebedrift; dette innebærer at det ikke er lengre enn to år siden bedriften avsluttet kontrakt med lærling. I tillegg til å stimulere de faktiske lærebedriftene, vil dette kravet sørge for at bedrifter som tidligere har tatt samfunnsansvar ved å ta inn lærlinger ikke kan avvises i anskaffelsesprosessen grunnet en midlertidig mangel på lærlinger innen relevant fagområde i det tidsrommet anbudskonkurransen avholdes.

Avslutningsvis støtter vi departementets vurdering av at krav til læreplasser kun bør stilles i offentlige kontrakter av en viss størrelse og varighet. Bedriftene påtar seg et stort ansvar ved å ta inn lærlinger, og den daglige oppfølgingen krever betydelige administrative ressurser. Våre medlemsundersøkelser viser at de mindre MEF-bedriftene veksler mellom å ta inn lærlinger det ene året, for så å gå en periode uten lærlinger, avhengig av oppdragsmengde og egen økonomi. Det vil være lite hensiktsmessig, både i et konkurranse- og samfunnsperspektiv at et krav til lærlinger omfatter de minste kontraktene og slik bidrar til å vanskeliggjøre deltakelse fra de mindre bedriftene i offentlige konkurranser.

NY FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Til pkt. 2.3 Unntak for samarbeid i offentlig sektor

MEF representerer en rekke bransjer som er negative til at såkalt utvidet egenregi forskriftsfestes. MEF vil arbeide videre for å redusere adgangen til offentlig samarbeid om oppgaver som kunne vært konkurranseutsatt.

Til pkt. 2.6 Regler som gjelder for alle anskaffelser

Til pkt. 2.6.1 Generelt

MEF mener de grunnleggende kravene i dagens kap. 3 gir uttrykk for en rekke viktige forhold.

MEF ønsker at det stilles krav om at leverandører til offentlige oppdragsgivere kan dokumentere at bedriften arbeider med HMS og er ajour med betaling av skatter og avgifter. MEF ser behov for at muligheten til å kontrollere attester på dette området blir utvidet, gjennom større åpenhet og tilgang til ulike registre. Inntil slik løsning foreligger bør krav til attester i sin nåværende form videreføres.

MEF er videre sterkt imot forslaget til forenklingsutvalget om å fjerne bestemmelsen § 3-11 om balanserte kontraktsvilkår. Bruk av kontraktstandarder er innarbeidet i bygg og anleggsbransjen. Ved riktig bruk, gir kontraktstandardene god og forutsigbar fordeling av risiko og rettigheter mellom leverandør – og oppdragsgiversiden. Den nye bestemmelsen som foreslås i pkt. 2.6.2 ivaretar ikke i tilstrekkelig grad behovet for å sikre bruk av balanserte kontrakter. Det er positivt at det i forslaget til § ny § 5-7 angis at kontraktsvilkår skal angis i anskaffelsesdokumentene, men bestemmelsen om å legge standardvilkår til grunn der de finnes må etter MEF sitt syn videreføres for anskaffelser både over og under terskel.

Direktivet viderefører krav om føring av protokoll. Det er etter MEF sitt syn svært viktig at protokollplikten videreføres også under terskelverdiene. Det er svært uheldig med ulike regelsett, og protokollen er et innarbeidet og viktig dokument som på en enkel og standardisert måte bidrar til etterprøvnbarhet og åpenhet om beslutninger i prosessen.

Til pkt. 3 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

Til pkt. 3.1

MEF støtter en omorganisering av kapittelet slik at bestemmelsene i større grad enn tidligere følger gangen i anskaffelsesprosessen.

Til pkt. 3.2.5 Valg av anskaffelsesprosedyre

Direktivet viderefører anskaffelsesprosedurene åpen og begrenset anbuds konkurranse, og utvider samtidig adgangen til å velge konkurranse med forhandlinger. MEF deler departementets oppfatning om at forhandlingsadgangen med dette utvides til å omfatte de fleste anskaffelser der oppdragsgiver vil ha et legitimt behov for å forhandle. MEF anbefaler på det sterkeste at samme modell med åpen, begrenset og forhandlet prosedyre også velges for del II («under terskel»). Det vil innebære stor grad av forenkling at konkurranseformene er så like som mulig og at det ikke gjøres endringer i en svært innarbeidet praksis.

MEF er videre kritiske til forslaget i § 9-3 1) a som åpner for bruk av forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring dersom tilbudene er «uakseptable».

Til pkt. 3.2.9 Kvalifikasjonskrav

MEF er positive til at direktivet presiserer at kvalifikasjonskravene som stilles ikke skal være høyere enn nødvendig.

Det er utvilsomt et stort potensiale for forenkling og tidsbesparelser hva gjelder å skulle dokumentere kravene som er satt til leverandørenes kvalifikasjoner. MEF er svært positive til innføring av egenerklæringsskjema og andre elektroniske gjenbrukbare dokumenter, kombinert med utvidet rett til å ettersende nødvendig dokumentasjon/informasjon som kan klargjøre innholdet i tilbudet. Det er viktig at departementet holder god framdrift i dette forenklingsarbeidet.

Til pkt. 3.2.10 Tildelingskriterier

Som tidligere påpekt er MEF opptatt av at offentlige oppdragsgivere i utarbeidelsen av kontrakter og gjennomføringen av konkurranser sørger for at såkalt ikke-anskaffelsesfaglige hensyn blir ivaretatt. Vi deler imidlertid departementets oppfatning av at det ikke er hensiktsmessig å begrense oppdragsgivers valgfrihet ved å nekte bruk av laveste pris som evalueringsmodell. I mange sammenhenger er «laveste pris» som eneste tildelingskriterium et fornuftig og forutsigbart valg.

Mange offentlige innkjøp er av en slik karakter at laveste pris er det optimale tildelingskriteriet. Forskrift om offentlige anskaffelser må gi offentlige innkjøpere fleksibilitet til selv å velge/velge bort laveste pris som tildelingskriterium.

Til pkt. 3.2.12 Oppdeling av kontrakt

MEF støtter i utgangspunktet alle former for tiltak som bidrar til å fremme konkurranseevnen for små og mellomstore bedrifter. Vi mener derfor direktives bestemmelser om oppdeling av kontrakt er nyttige virkemidler for å bedre markedet, og støtter innføringen av plikt til å vurdere oppdeling av kontrakt, og at det skal gis en begrunnelse dersom oppdeling ikke foretas.

Til pkt. 3.2.13 Bruk av underleverandører

Svært mange av MEFs medlemmer arbeider utelukkende som UE (underentreprenører) for større bedrifter. Også MEF er opptatt av at kontraktskjeden skal være åpen og etterprøvable, men minner om at det i enkelte prosjekter kan være behov for spesialistfirma «lenger ned i kjeden». Vi mener derfor det må være opp til oppdragsgiver å sette «tak» for antall tillatte ledd i kjeden. Dersom det fastsettes et fast antall ledd i forskriften, kan dette føre til dårlig og ikke hensiktsmessig organisering av en del prosjekter.

MEF er videre at den oppfatning at tilsyn og kontroll med underleverandører (og UEs UE) er positivt. § 14-2 er likevel utformet noe upresist med tanke på når slik kontroll skal foregå. Å opplyse om planlagte underleverandører er lite forpliktende, og kan også være vanskelig da flere UE kan være kontaktet i tilbudsfasen. Det er etter kontraktsinngåelse og underveis i prosjektet slik oppfølging primært må foregå, særlig ved å kontrollere hvem som faktisk er på stedet og utfører de aktuelle arbeidene. Hovedentreprenør må selvsagt også underlegges samme kontrollregime.

Hva gjelder spørsmålet om innføring av regler om direktebetaling til UE er MEF i utgangspunktet positive til slike bestemmelser. Det vil åpne for at UE er sikret betaling for utført arbeid uavhengig av ev. konflikter eller manglende betalingsvilje/evne hos HE.

Til pkt. 3.2.16 Forhåndskunngjøring

MEF er negative til å innføre en mulighet for forhåndskunngjøring av konkurranser, både for anskaffelser over og under EØS-terskelverdiene. Leverandørens mulighet til å planlegge og styre ordreservene vil bli vesentlig vanskeliggjort ved at det i mye større grad blir usikkerhet når en konkurranse er tenkt gjennomført, og dermed også usikkerhet omkring forventet oppstart på arbeidene. Når man ikke vet om en konkurranse vil bli gjennomført den neste måneden eller om 11 måneder, tror MEF resultatet vil bli at «alle» må melde interesse for alle forhåndskunngjøring, selv om det er lite sannsynlighet at man vil ha kapasitet og/eller interesse av å regne på jobben.

Til pkt. 3.3.3 Krav til tilbudet

Hva gjelder de særnorske reglene som både er inntatt i del II og III mener MEF departementet her må se regelverket i sammenheng og opp mot de øvrige endringene som foretas i del II. Generelt vil vi si at formkrav som retter seg mot behovet for notoritet og etterprøvnbarhet, som registrering av innkomne tilbud § 20-6 og tilbudsåpning § 20-7, bør beholdes både over og under terskel.

Til pkt. 3.3.5 Ettersending av opplysninger og dokumentasjon

MEF er svært positive til endringer på området. Vi erfarer at en stor andel av klagesakene knytter seg til avvisning pga. manglende eller uklar dokumentasjon, både av kvalifikasjonskrav og relatert til tildelingskriteriene. MEF mener også at adgangen til å ettersende eller utdype opplysninger eller dokumentasjon innen en kort tidsfrist burde være en rett for leverandørene. Dersom avvisning vil kunne avverges, bør oppdragsgiver være forpliktet til å søke og avklare forholdet ved å sette en kort tilleggsfrist for ettersending/utdyping/avklaring av uklare forhold. MEF foreslår derfor at oppdragsgiver «skal» gi leverandørene kort frist for å ettersende dokumentasjon rundt oppfyllelse av krav. Hensynet til likebehandling samt behovet for forutberegnelighet for leverandørene, taler for at det bør være lik adgangen til ettersending/avklaring i alle konkurranser.

En utvidet avklaringsadgang er etter MEF sin oppfatning et av de viktigste virkemidlene som vil bidra til å unngå avvisninger pga feil, mangler og uklarheter ved tilbudene. MEF mener videre at det bør være like regler over og under terskelverdi på dette området. En vid adgang til avklaringer vil også føre til at behovet for å innføre «tilbudskonkurranse» under terskel bortfaller.

Til pkt. 3.4.3 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

MEF er bekymret for at det innføres fakultative avvisningsregler med nokså uklar rekkevidde § 18-2 2. ledd. Særlig gjelder dette formuleringen «klare holdepunkter» i bokstav e) og formuleringen i bokstav f) om alvorlige eller gjentatte kontraktsbrudd. For sistnevnte forhold vil det sjelden være objektivt konstaterbart om kontraktsbrudd har skjedd i andre tilfeller enn der det foreligger rettskraftig dom. En rekke entreprisekontrakter heves som en følge av uenighet om tilleggsarbeider eller oppgjør, og det er svært uheldig om slike uenigheter i tidligere kontrakter kan føre til en form for «svartelisting» og avvisning fra senere konkurranser kun ut fra oppdragsgiver subjektive oppfatning av forholdet.

Hva gjelder de obligatoriske avvisningsbestemmelsene støtter MEF innholdet i disse, herunder å gjøre inhabilitet til en pliktig avvisningsgrunn.

NY FORSKRIFT OM INNKJØPSREGLER I FORSYNINGSSEKTOREN

MEF støtter forslagene som innebærer en harmonisering av regelverkene. Det er svært vanskelig for leverandørene å skulle forholde seg til ulike regler for ulike sektorer. Arbeidene som skal utføres kan i mange tilfeller være svært like, men håndteres svært ulikt. MEF er opptatte av at bygge- og anleggsanskaffelser i så stor grad som mulig skal kunngjøres, at prosessen med tildeling av kontrakt skjer på en måte som er forutsigbar og etterprøvbar. Svært mange av de oppdragene som kommunale og fylkeskommunale oppdragsgivere anskaffer varer og tjenester som ikke dreier seg om klassisk «forsyningsaktivitet». MEF er derfor motstander av «tilbakeføringen» av «forsyningsoppdragsgiverne», og ønsker derfor at offentlige oppdragsgivere innen forsyningssektoren fortsatt skal være underlagt reglene i FOA.

MEF støtter enhver avklaring og presisering som kan bidra til å klargjøre hvilke oppdragsgiver og hvilke typer kontrakter som er omfattet av forsyningsforskriften, og har for øvrig ingen merknader til forslaget.

Med vennlig hilsen

Maskinentreprenørenes Forbund



Trond Johannesen
Administrerende direktør
Tlf: 900 28 825
E-post: trond.johannesen@mef.no

(sign)
Tone C. Gulliksen
Advokat
Tlf: 982 68 930
E-post: tone.gulliksen@mef.no

MEF er en frittstående bransje- og arbeidsgiverorganisasjon som representerer ca. 2000 små, mellomstore og store bedrifter. Hovedtyngden av medlemsbedriftene driver maskinell anleggsvirksomhet, men forbundet organiserer også skogsentreprenører, brønnborere og gjenvinnings- og avfallsbedrifter. Samlet omsetter medlemsbedriftene for rundt 65 milliarder kroner i året og sysselsetter nesten 28.000 arbeidstakere.