



Nærings- og fiskeridepartementet  
postmottak@nfd.dep.no

Vår dato 17.06.2015  
Deres dato 17.03.15  
Vår referanse 273-24490  
Deres referanse 15/1514-1

## Høring - forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføringen av tre nye anskaffelsesdirektiver

### *NHOs hovedbudskap og oppsummering*

De moderniserte EU-reglene for offentlige anskaffelser som NHO gjennom arbeidet i BusinessEurope har deltatt i utformingen av, vil bidra til forenkling, nye innovative prosedyrer og ikke minst et balansert regelverk for offentlige innkjøp. Dette er vesentlig på et felt hvor det er vesentlig at både innkjøpere og leverandører opplever regelverket som balansert, er tilstrekkelig fleksibelt for oppdragsgiver og er forutsigbart og transparent for leverandørene. Slik vi vurderer det har EU lyktes med en modernisering og forenkling av regelverket som også bidrar til reduksjon av administrative byrder og mer rettslig klarhet. Implementeringen av direktivene vil kunne medføre store forbedringer og forenklinger for både oppdragsgivere og leverandører dersom det store handlingsrommet som regelverket legger opp til utnyttes.

NHO mener at regelverket må inneholde følgende for at det skal være godt og balansert;

- en formålsbestemmelse i loven som fremhever regelverkets betydning for konkurranse, verdiskapning og allmenhetens tillit til at det offentlige gjennomfører samfunnstjenlige anskaffelser
- bestemmelser som tillater ikke-anskaffelsesfaglige hensyn
- bestemmelser som gir oppdragsgiver handlingsrom til å forenkle anskaffelsesprosessen, herunder bestemmelser om egenerklæringsskjema
- robuste prosedyreregler som sikrer oppdragsgivers behov og leverandørens forutsigbarhet
- bestemmelser som sikrer innovasjon, herunder innovasjonspartnerskap
- bestemmelser som sikrer balanserte kontrakter
- bestemmelser om digitale anskaffelser

Vi vil nedenfor kommentere endringer i loven, ny forskrift om offentlige anskaffelser, ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene og ny forskrift om tildeling av

konsesjonskontrakter. I tillegg vil vi berøre forholdet til NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser, da endringene som er innført i EU-direktivene bør få konsekvenser for hvordan de særnorske reglene blir gjennomført.

## ***Endringer i lov om offentlige anskaffelser***

### ***Ny formålsbestemmelse***

NHO ser at departementet ikke legger opp til høring av ny formålsbestemmelse i lov om offentlige anskaffelser, selv om ordlyden foreslås endret. Departementet uttrykker at forslaget ikke er ment å innebære en realitetsendring fra dagens rettstilstand. NHO mener likevel at det er viktig at formålsparagrafen uttrykkelig inneholder en regel som skal sikre konkurranse om offentlige kontrakter. Dette vil sikre at det ikke blir noen unødig diskusjon om hvorvidt konkurranse er en del av formålsbestemmelsen.

Det vises også til at Forenklingsutvalget gikk inn for en løsning hvor konkurranse skulle være ett av formålene med det norske anskaffelsesregelverket.

Da formålsparagrafen både skal dekke det særnorske regelverket under EU-terskelverdi og anskaffelser over EU-terskelverdi, mener NHO at formålsparagrafen må inneholde en regel som gir uttrykk for at konkurranse er en del av formålet. På s. 66 i Forenklingsutvalgets forslag peker utvalget på at EU-domstolen i sin praksis har fremhevet at det bærende formålet med anskaffelsesregelverket er realiseringen av det indre marked. Ofte viser den til de to aspektene som til sammen fyller formålet: fri flyt av (særlig) varer og tjenester og fri konkurranse. EU-domstolen viser også regelmessig til at de to aspektene er reflektert i anskaffelsesdirektivene, først og fremst i deres fortaler. NHO mener derfor at både effektivitetsformålet, konkurranseformålet og samfunnsformålet må komme tydelig frem i formålsparagrafen.

### ***Lovens virkeområde***

NHO støtter departementets forslag om å legge unntakene inn i forskrifter.

### ***Samfunnsansvar***

NHO mener som uttalt i høringssvar til Forenklingsutvalgets forslag at det er viktig at oppdragsgiver kan stille og stiller krav om enkelte ikke-anskaffelsesfaglige forhold.

NHO vil understreke at det er viktig at oppdragsgiver ikke bare stiller krav til ikke-anskaffelsesfaglige forhold, men at kravene følges opp i praksis. Det er viktig at slike forhold følges opp med veiledere som rettleder oppdragsgivere i forbindelse med bruk av krav knyttet til samfunnsansvar, og at Difi tar denne rollen.

### **Miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold**

NHO er tilfreds med departementets forslag til gjennomføring av hensyn til miljø, arbeidsforhold og samfunnsansvar i ny LOA § 6. (Bestemmelsen implementerer klassisk direktiv artikkel 18.nr 2, forsyningsforskriftens artikkel 36 nr.2 og konsesjonskontraktsdirektivet.)

### **Sosiale forhold**

NHO støtter forslaget om at lovbestemmelsen § 6 må reflektere betydningen av at oppdragsgivere tar ansvar for å bidra til ansvarlige produksjonsforhold. Mange leverandører som anskaffer varer som produseres i u-land, stiller selv krav til at produktene produseres under ansvarlige produksjonsforhold og at grunnleggende menneskerettigheter respekteres. Disse bedriftene krever ofte at oppdragsgivere stiller de samme kravene og følger dem opp på en effektiv måte.

Vi mener at det også er viktig at antikontraktørklausulen blir opprettholdt. Det er i dag i flere næringer utfordringer med at en lovlig organisasjonsform som enkeltpersonforetak brukes for å omgå krav til lønns- og arbeidsvilkår. Bestemmelsen må følgelig opprettholdes for å forebygge økte utfordringer med sosial dumping på grunn av rene omgåelser av regelverket.

Vi støtter departementet i at livssyklus kostnader er et anskaffelsesfaglig hensyn. Kravet om å ha fokus på livssyklus kostnader bidrar både til å påvirke miljø i riktig retning og til å fremme samfunnsansvar. Livssyklus kostnader blir løftet frem som et tildelingskriterium i det nye direktivet, noe som betyr at sosiale hensyn og miljø kan benyttes som konkurranseparametere ved en tildeling av kontrakt, hvilket NHO støtter.

Når det gjelder forskrift om lønns- og arbeidsforhold i offentlige kontrakter vil det bli foretatt en evaluering av forskriften. NHO vil derfor vente med innspill til den foreligger. Det må da vurderes om også forskriften skal få anvendelse for konsesjonskontrakter.

### **Miljø**

Regjeringen vil styrke klimaforliket og starte omstilling til lavutslippssamfunnet og det "grønne skiftet". Offentlige anskaffelser er et viktig virkemiddel i denne omstillingen. Regjeringen forventer at det offentliges bruk og investeringer støtter opp om denne miljø- og klimapolitiske målsettingen, jf Høringsnotat 1. Norske bedrifter møter ofte særnorske miljøkrav, og som medfører ekstrakostnader for en rekke bedrifter. Dette kan føre til at produksjonen hos slike bedrifter er blant de reneste og mest energi- og miljøeffektive i verden. NHO mener derfor at der hvor det blir stilt miljøkrav til produksjonen i norsk industri, bør det også stilles miljøkrav til anskaffelsen når det offentlige kjøper inn. NHO mener det er god industripolitikk.

### ***Krav om lærlinger ved offentlige anskaffelser***

NHO støtter formålet som er å skaffe flere læreplasser.

Erfaringen fra praksis med dagens lærlingeregulering som nettopp gir oppdragsgiver adgang til å kreve at leverandøren er tilknyttet en *lærlingeordning, og ikke prosjektet*, har vist seg å gi liten effekt. Fafos rapport om lærlingeordningen fra høsten 2014 viser dette [Fafos - rapport 2014:36 – Bruk av lærlingeklausuler ved offentlige anskaffelser].

NHO støtter derfor hovedregelen om at leverandørene ikke bare er tilknyttet en lærlingeordning, men at en eller flere lærlinger må delta i arbeidet med utførelsen av den aktuelle kontrakten. Bruk av lærlingeklausul må gjelde i de næringene og områdene hvor det er behov. Her må myndighetene ha tett kontakt med næringslivet i den endelige utformingen av bestemmelsene.

Når det gjelder ordet *leverandøren* i lovforslagets § 6a, fremkommer det tolkningsmuligheter:

- En tolkning kan være at leverandøren er alle leverandører i kontraktskjeden,
- En annen tolkning kan være at leverandøren er leverandøren og/eller leverandørens kontaktsmedhjelpere.

Departementet må avklare dette.

Videre bør det innføres et *følg og forklar prinsipp* i offentlige anskaffelseskontrakter. Dette innebærer at dersom offentlige oppdragsgivere ikke benytter lærlingeklausulen i kontrakter, skal oppdragsgiverens begrunnelse dokumenteres skriftlig som del av kurransesgrunnlaget.

Dersom leverandøren(e) ikke har lærling i produksjon, men kan dokumentere at det er gjennomført hensiktsmessige tiltak for å fremskaffe lærlinger som ikke har ført frem, herunder blant annet spurt om bistand fra det offentlige til å fremskaffe lærlinger, bortfaller lærlingekravet for den aktuelle leverandøren, i det aktuelle tiltaket.

Departementets forslag tar sikte på å avgrense kravet til lærlinger til de større kontraktene. NHO mener likevel at det skal stilles krav om lærlinger i kontrakter hvis oppdraget/kontrakten har behov for faglært arbeidskraft, egner seg for et lærlingekrav og er av en viss varighet. Erfaringer viser at mange mindre oppdrag er svært egnet for lærlinger, herunder rammeavtaler osv. NHO mener derfor det er viktig at forskriften ikke stenger ute kontrakter og arbeidsoppdrag gjennom kun å begrense bruk av klausulen til større kontrakter. For å få oppdatert tallmateriale vil Fafo i løpet av høsten gjennomføre en analyse for Byggenæringens landsforening (BNL). Samtidig er det viktig at det etableres et godt statistikkgrunnlag slik at både regjeringen og partene kan sørge for at formålet i forslaget oppfylles, det vil si flere lærlinger og fagarbeidere i bygge- og anleggsnæringen.

### **Evaluerings**

Det er viktig at klausulen følges tett og evalueres, slik at myndighetene og næringen når målet om flere læreplasser og flere fagarbeidere. NHO ber om at det etableres en møteplass hvor myndighetene og næringen jevnlig drøfter gjennomføring og måloppnåelse. I denne sammenheng er det viktig at departementet fremskaffer nødvendig statistikk fra Utdanningsdirektoratet og SSB. Dersom det viser seg at klausulen ikke gir effekt for enkelte fag, må det vurderes å iverksettes andre tiltak.

### **Utarbeidelse av forskrift og veiledning**

NHO støtter at det raskt utarbeides en forskrift og veileder slik at oppdragsgiverne får verktøy til å gjennomføre dette enhetlig og i overensstemmelse med regelverket. Det er viktig for å sikre en mest mulig forutsigbar og konsekvent forvaltning av regelverket. NHO ønsker å bidra i dette arbeidet sammen med myndighetene.

Endelig mener vi det bør presiseres i lovteksten at dersom det stilles krav om at lærlinger skal utføre arbeid i utførelsen av kontrakten, så skal kravet også omfatte utenlandske bedrifter. Lærlingekravet må ikke bidra til en konkurransevridning mellom norske og utenlandske foretak. Vi ønsker en nærmere dialog med myndighetene om hvordan dette skal gjennomføres i praksis ettersom det er mange ulike opplæringsmodeller i EØS-området.

## *Nye forskriftshjemler*

### **Kunngjøringsplikt**

NHO er positiv til å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt i forsyningsforskriften for bygge- og anleggskontrakter og for kontrakter om sosiale og andre spesifikke tjenester over 3,1 millioner kroner med tilhørende sanksjonsregler.

Kunngjøringsplikten skal sikre at oppdrag blir eksponert for konkurranse, slik at markedet blir gjort oppmerksom på kontraktene og at leverandørene får konkurranse om disse. Kunngjøringsplikten sikrer konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling

### **Elektronisk faktura**

For å gjennomføre en helelektronisk anskaffelse, er det viktig at det gjennomføres elektronisk faktura i offentlige anskaffelser. NHO støtter en forskriftshjemmel om dette.

## *Forskrift om offentlige anskaffelser*

### **Elektroniske anskaffelser**

Gjennomføring av digitale anskaffelser er den største moderniseringsprosessen i regelverket for offentlige anskaffelser. NHO støtter helhjertet en slik gjennomføring av anskaffelser. NHO har tett dialog med Difi for å kunne forberede våre medlemmer på en slik endring.

Departementet legger opp til at reglene om elektronisk kommunikasjon, herunder elektronisk innlevering av tilbud, skal tre i kraft samtidig med det øvrige regelverket. NHO er positive til at elektronisk kommunikasjon blir en hovedregel mellom leverandører og oppdragsgivere, og ser at kravene langt på vei vil bli ivarettatt gjennom bruk av Doffin.

Kravet om elektronisk innlevering av tilbud vil imidlertid kreve mer tid til omstilling og tilrettelegging både for leverandører og oppdragsgivere, og NHO anbefaler derfor at departementet benytter seg av den frihetsgraden direktivet gir med frist til april 2017 for innkjøpsentraler og oktober 2018 for oppdragsgivere generelt. NHO forventer at løsninger for elektronisk innlevering er tilgjengelig allerede når regelverket trår i kraft, men anbefaler departementet å bruke tiden fram til direktivfristene på å følge opp at alle offentlige oppdragsgivere faktisk er i stand til å motta tilbud elektronisk. Per i dag gjennomføres mindre enn 1/4 av konkurransene som kunngjøres på Doffin elektronisk, og det må stilles realistiske krav til omstilling både overfor leverandører og oppdragsgivere for å nå et mål om tilnærmet 100% konkurransegjennomføring.

### **Unntak for samarbeid i offentlig sektor**

Direkte privat kapital i det kontrollerende selskapet, utelukker å bruke unntaket for egenregi. I den nye direktivbestemmelsen er det tatt inn et forbehold hvor det er lovpålagt privat eierskap. NHO kjenner ikke til praktiske anvendelsesområder for et slikt forbehold. Da det er usikkert om en slik regel får anvendelse i Norge, kan departementet lage en forskriftshjemmel som kan tas i bruk dersom behovet skulle oppstå.

### **Anskaffelsesprotokoll, dokumentasjonsplikt og innsyn i kontrakten**

Direktivet viderefører bestemmelser om protokollplikt og dokumentasjonsplikt i artikkel 84. Som nytt presiseres det at dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år. For kontrakter over visse verdier skal kontrakten oppbevares gjennom hele kontraktperioden.

Begrunnelsen for dette er notoritet og transparens. Det skal være mulig å sjekke at oppdragsgiver har fulgt regelverket og tildelt kontrakt til den beste tilbyderen.

NHO har i forbindelse med høringen om Forenklingsutvalgets forslag understreket at det er viktig at protokollplikten opprettholdes. Karvet om skriftlighet vil ikke alene sikre at oppdragsgiver oppbevarer all dokumentasjon på et lett tilgjengelig sted, dersom leverandører etterspør den. Dersom protokollplikten forsvinner, kan ikke vi som medlemsorganisasjon anbefale noe annet, enn at leverandørene ber om "alt", dersom det er behov for å kvalitetssikre tildelingen. En slik ordning undergraver formålet med forenkling for både oppdragsgiver og leverandør. Når det med tiden blir innført elektroniske anskaffelser, har vi tro på at det blir utviklet egne lettbrukelige protokoller/skuffer for den type materiale.

### **Kontraktsvilkår**

Dagens bestemmelse gjelder "særlige" vilkår for gjennomføring av kontrakten. NHO er enig med departementet i at det kan skape usikkerhet med hvilke kontraktsvilkår dette omfatter. NHO støtter derfor departementets forslag om å utvide bestemmelsen til å gjelde alle kontraktsvilkår, både standardvilkår og spesielle kontraktsvilkår. En slik presisering vil sikre større forutsigbarhet for leverandørene.

### **Balanserte kontrakter**

Etter gjeldende forskrift § 3-11 skal oppdragsgiver som hovedregel bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder der slike finnes.

Etter NHOs vurdering har forskriften § 3-11 en svært viktig funksjon og signaleffekt. Før bestemmelsen ble innført hadde både tjenestesektorene og bygg- og anleggsnæringen enda større utfordringer enn i dag med bruk av ubalanserte kontraktsbestemmelser.

Bestemmelsen har bidratt til økt fokus på behovet for balanserte kontrakter, og tilrettelagt for dialog mellom næringen og politiske myndigheter og offentlige oppdragsgivere om dette problemet. Statsråd Monica Mæland har tidligere gått ut med en oppfordring til offentlige oppdragsgivere om å bruke balanserte kontrakter, med henvisning til forskriften § 3-11.

For å redusere problemet med ubalanserte kontrakter kreves det et kontinuerlig arbeid både fra næringen, politiske myndigheter og offentlige oppdragsgivere selv. NHO anser det på denne bakgrunn meget viktig at bestemmelsen i forskriften § 3-11 videreføres

## ***Anskaffelser over EØS-terskelverdi***

### **Strukturen til forskriftens del III**

NHO støtter departementets forslag om at rekkefølgen på kapitlene og bestemmelsene følger anskaffelsesprosessens løp. Dette vil gi en god oversikt over bestemmelsene til nytte for oppdragsgivere og de som skal anvende forskriften.

### **Dialog med markedet**

NHO mener at den nye bestemmelsene i artikkel 40 og 41 om dialog med markedet før konkurranse og rådgiverhabilitet, vil gi oppdragsgivere som ennå er usikre om mulighetene for dialog, en sikkerhet for at dette er tillatt. Dialog med markedet vil særlig ha en positiv effekt ved kompliserte kontrakter og innovasjonskontrakter. Dialog med markedet sikrer at oppdragsgivere lettere kan gjøre seg kjent med hva markedet kan tilby før det utarbeides en kravspesifikasjon. Regelen om rådgiverhabilitet gir oppdragsgiver informasjon om hvilke tiltak som oppdragsgiver skal gjennomføre for å unngå konkurransevridning.

NHO mener at dette er en regel som kommer til anvendelse uavhengig av kontraktens størrelse. Derfor bør regelen flyttes til del I.

### **Valg av anskaffelsesprosedyrer**

#### Konkurranse med forhandling

Adgangen til bruk av prosedyre konkurranse med forhandlinger er blitt betydelig utvidet. NHO er enig med departementet om at vilkårene i bestemmelsen vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiver har et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger, dvs hvor forhandlinger er nødvendig for å sikre at oppdragsgivers behov blir oppfylt. Det betyr som departementet skriver i sitt høringsbrev at prosedyren ikke kan benyttes ved anskaffelser av standardvarer eller tjenester som er generelt tilgjengelig på markedet og som tilbys av mange leverandører.

I forbindelse med utarbeidelse av direktivet, var det et krav fra et samlet næringsliv i BusinessEurope at direktivteksten om konkurranse med forhandling skulle inneholde fremgangsmåten for hvordan anskaffelsen skulle foretas. Vi kan ikke se at det gjenspeiles i forskriftsteksten. NHO mener at følgende må inn i teksten: bekrivelse av minstekrav, to-trinnsprosedyre, beskrivelse av informasjon gitt i konkurransegrunlaget, hvordan forhandlinger skal gjennomføres, hvilke krav som ikke er gjenstand for forhandlinger og avskalling av leverandører i ulike faser. Da dette er en ny prosedyre, er det særlig viktig at beskrivelsen av prosedyren gir så stor gjennomsiktighet som det er mulig for leverandørene.

#### Bruk av forhandlet prosedyre ved uakseptable tilbud

I utkastet til ny § 9-3 1) a er det åpnet for at oppdragsgiver kan benytte seg av forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring dersom tilbudene er "uakseptable". I utkast til § 3-5 med definisjoner er uakseptabelt tilbud definert i bokstav h) til "tilbud som inneholder avvik [...] eller overstiger oppdragsgivers budsjett som fastsatt og dokumentert før iverksettelse av konkurransen".

For leverandører er det ofte en utfordring at oppdragsgiver har foreldede budsjetter, og markedsutviklingen har innhentet budsjettet. Definisjonen bør presisere at oppdragsgivers budsjett må være "kunngjort på forhånd eller forsvarlig" og ikke bare "dokumentert" dersom budsjettoverskridende tilbud skal kunne anses som "uakseptable". Dette vil være i tråd med flere av avgjørelsene i Klagenemnda for offentlige anskaffelser, eksempelvis KOFAs sak 2013/65.

Videre bør det være en forutsetning for at § 9-3 skal kunne benyttes at det har vært en lukket tilbudsåpning, dvs at leverandørenes priser ikke er kjent før forhandlingene starter.

#### Vilkår for anskaffelse uten konkurranse

Oppdragsgiver kan etter bestemmelsen i forslag til § 9-4 gjennomføre en anskaffelse uten konkurranse dersom formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik

kunstnerisk fremføring. Denne bestemmelsen kommer bare til anvendelse når det ikke foreligger rimeligere alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset konkurransegrunnlaget til en bestemt leverandør.

Det synes for NHO som at land praktiserer anskaffelser av orgler på ulike måter og at noen har unntatt det helt fra regelverket. Dette kan være på grunn av at orgler blir sett på som en kunstnerisk anskaffelse. Det kan synes som de nordiske land benytter egne lands orgelbyggere, at orgelbygging blir ansett som en gammel håndverkstradisjon, og det derfor er egne veiledere på dette bl.a. i Danmark. Vi ber departementet klargjøre reglene rundt disse anskaffelser i Norge.

#### Innovasjonspartnerskap

Oppdragsgivere og leverandører har etterspurt mere fleksible anskaffelsesprosedyrer som kan fremme innovasjon i offentlige anskaffelser. EU-direktivets artikkel 31 er en helt ny anskaffelsesprosedyre som skal lette inngåelsen av kontrakter om utvikling av nye, innovative løsninger og etterfølgende anskaffelse av de utviklede løsningene. Når oppdragsgiver gjennom innovasjonspartnerskap kombinerer utvikling av en ny, innovativ løsning med den etterfølgende anskaffelse av løsningen i en og samlet kontrakt, er den største fordel at det øker insitamentet vesentlig for flere private leverandører til å delta i utviklingen av nye løsninger. Det skyldes først og fremst muligheten for salg av løsningen til oppdragsgiver, men også at en samlet anskaffelse av både utvikling og kjøp av løsning eliminerer leverandørenes frykt for at de etter å ha deltatt i et utviklingsarbeid blir avskåret fra å delta i en etterfølgende konkurranse om løsningen på grunn av anbudsrettslig inhabilitet.

EU-kommisjonen har vært særlig opptatt av at innovasjonspartnerskap ikke bare er en ny vri med forhandlinger, men en ny prosedyre hvor man ikke bare utvikler en prototyp, men hvor det kommersielle kjøpet kan gjøres. For å understreke hvor viktig det er med innovasjon, mener NHO at prosedyren i sin helhet må tas inn i det norske regelverket som en egen prosedyre. Etter vår oppfatning er dette en ny prosedyre og ikke bare en kontraktsform.

#### **Merkeordninger**

Oppdragsgivers adgang til å kunne peke på en bestemt merkeordning, som dokumentasjon for miljøegenskaper for varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, begrenser muligheten for åpen konkurranse om beste miljøprestasjon. Merker er mest anvendelig som veiledning i forbrukermarkedet (business to consumer). Det er en tendens til å forenkle debatten om hva som er "den riktige merkeordningen" for den spesifikke tjeneste og dermed favorisere visse merker fremfor andre.

NHO mener at verifiserte internasjonale miljødeklarasjoner (EPD), som i hovedsak anvendes i «business til business» sammenheng, i større grad bør synliggjøres som et likeverdig krav til dokumentasjon.

Miljødeklarasjoner er tredjeparts verifisert og oppsummerer miljøprofilen til et produkt eller en tjeneste gjennom hele livssyklusen på en objektiv og transparent måte. Metoden for utarbeidelse av denne form for deklarasjon er standardisert gjennom europeiske og internasjonale CEN-ISO-standarder.

Miljødeklarasjon gir verifiserbar dokumentasjon for bruk i beregning av livssyklus-kostnader med hensyn til miljøbelastninger inkludert klimagassutslipp og andre forurensende utslipp. Velger oppdragsgiver å fastsette tildelingskriteriene basert på beste forhold mellom pris og



kvalitet for leveransen, er det behov for en god dokumentasjon av miljøegenskapene i alle ledd av leveransens livssyklus. Tallfesting av miljøprestasjonen gjennom verifiserte deklarasjoner, muliggjør dokumentasjon av innovasjoner med hensyn til miljø.

I den nye forskriften bør oppdragsgiver oppfordres til å likestille deklarasjon på lik linje med merker som dokumentasjon for at varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeidene har miljømessige, sosiale eller andre egenskaper som angitt i kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene. Deklarasjoner må således defineres nærmere i forskriften.

### **Egenerklæringsskjema**

NHO har stor tro på at egenerklæringsskjemaet kan gi store forenklinger for oppdragsgiver og leverandør, særlig når innholdet i skjemaet kan dokumenteres elektronisk. Det er derfor viktig at arbeidet med utvikling av en dokumentasjonsdatabase utvikles så raskt som mulig.

Vi har også tro på at man gjennom etterspørsel av samtykkeerklæring kan få større nytte av skatteattester.

### **Avvisning og self-cleaning**

Departementet ber om særlig innspill på sidestille vedtak av forelegg etter straffeprosessloven § 255 med endelig dom. Det er argumenter både for og imot en slik sidestillelse.

#### Forelegg/dom

Når det gjelder spørsmålet om sidestilling av forelegg og dom i det norske regelverket, er det er gode argumenter for og imot en slik presisering. Det er i utgangspunktet ulogisk å behandle ulike leverandører, som har utført helt tilsvarende handlinger, ulikt, bare på grunnlag av hvorvidt man har fått et forelegg eller en dom. Det er også riktig, som departementet skriver i sitt høringsnotat, at det ikke er slik at forelegg bare ilegges for mindre alvorlige forhold.

NHO vil likevel foreslå en modifisering av den foreslåtte sidestillingen, særlig av hensyn til fleksibiliteten i regelverket. Forslaget går ut på å forbeholde plikten til å avvise til leverandører som har akseptert et forelegg for *grov korrupsjon*, *grovt bedrageri* og muligens også *grov hvitvasking* etter straffeloven. Overtredelser av de øvrige alternativer, herunder barnearbeid, menneskehandel, terror, finansiering av terror og deltakelse i kriminell organisasjon kan, på grunnlag av forbrytelsenes spesielt alvorlige karakter, fortsatt medføre obligatorisk utestengning selv ved "mindre alvorlige" overtredelser.

NHO mener ikke at simpel korrupsjon ikke er alvorlig, men sett i lys av at norsk påtalemyndighet i det siste har ansett middager selv med beskjedne verdi som korrupsjon (ref. Ruter-saken), mener vi det i relasjon til den obligatoriske utestengningsregelen vil kunne være betydelig forskjell på en korrupsjonshandling i nedre sjikt av skalaen og mer omfattende systematisk korrupsjon av grovere karakter. Det samme vil kunne være tilfellet ved mindre alvorlige tilfeller av for eksempel overfakturering, som av påtalemyndigheten kan anses som bedrageri.

Vi antar at de fleste selskaper som ilegges forelegg for mindre alvorlige tilfeller av for eksempel korrupsjon og bedrageri, primært vil ønske å gjøre seg ferdig med slike saker ved å akseptere et forelegg. Dersom dette innebærer obligatorisk utestengning, vil dette trolig være

et umulig valg for de fleste bedrifter, noe som igjen vil føre til unødvendig ressursbruk til retts sak i etterkant. Et forelegg selv for simpel korrupsjon kan av mange selskaper nærmest oppfattes som et næringsforbud.

Med en slik nyansering vil man fortsatt kunne ivareta hensynet til allmennhetens tillitt, særlig ved at de mer alvorlige tilfellene uansett vil medføre obligatorisk utestengning, også ved forelegg. Forelegg for simpel korrupsjon/bedrageri/hvitvasking vil naturlig nok fortsatt kunne innebære fakultativ avvisning etter en konkret vurdering.

I spørsmålet om hvilke forhold som bør innebære obligatorisk utestengning vil det være naturlig også å sammenligne forelegg med bøter ilagt av konkurransetilsynet for f.eks. prissamarbeid. Slike bøter regnes som administrative avgjørelser og ikke som forelegg i forskriftens forstand, og slike bøter innebærer med andre ord ikke obligatorisk utestengning. For en offentlig oppdragsgiver vil det kunne være vel så naturlig å utestenge leverandører som har samarbeidet om pris, som leverandører som har fått forelegg for korrupsjon/bedrageri i nedre sjikt av skalaen for hva som er straffbart. Sammenhengen i regelverket tilsier etter vår oppfatning at man bør ha et tilsvarende fleksibelt system også for forelegg for mindre grove forbrytelser.

Et annet svært viktig argument som taler mot å sidestille forelegg og dom er at bøter som ilegges selskaper i andre land, herunder Tyskland, ofte ikke regnes som straff/dom, og da vil det kunne oppstå konkurransevridende effekter ved at norske leverandører må utestenges, mens tyske tillates å delta. Dette gjelder på tross av at den tyske leverandøren kan ha utført handlinger som er langt mer straffverdige enn handlingene den norske leverandøren har fått et forelegg for. NHO har ikke oversikt over situasjonen i andre land i EU, men vi mener dette bør utredes nærmere.

#### Self-cleaning

Når det gjelder den foreslåtte bestemmelsen om "self cleaning" i utkastet § 18-5, oppfatter vi at denne i stor grad kan bidra til den fleksibiliteten vi etterlyser i regelverket. Etter denne bestemmelsen legges det tilsynelatende opp til oppdragsgivers skjønn å vurdere om leverandøren har iverksatt tilstrekkelige tiltak for å slippes inn i varmen igjen. NHO mener at de tiltak som må iverksettes bør reformuleres, da de trolig åpner for omfattende tolkningstvil i de enkelte tilfeller. For eksempel vil det i forbindelse med korrupsjon være vanskelig å avgjøre når man har oppfylt forpliktelsen til "betaling av eller tilsagn om å betale erstatning for eventuelle skader som følge av forholdet", jf. § 18-5 (1) a). Hvilken skade vil man her måtte erstatte? Det vil også kunne herske ulike oppfatninger av hvorvidt man har oppfylt forpliktelsen om samarbeid med myndighetene i samme bestemmelse punkt b). Punkt c) derimot, fremstår etter vår oppfatning som et fleksibelt og fornuftig kriterium i denne sammenhengen.

NHO mener det må tas hensyn til hvordan dette fungerer i andre sammenlignbare land for å unngå konkurransevridning. Ikke minst mener vi at vilkårene for "self cleaning" i § 18-5 bør klargjøres ytterligere i en egen veileder.

#### **Bruk av underleverandører**

I forhold til bruk av underleverandører støtter vi departementet i forslaget om innføringen av regelen om at oppdragsgivere gis *adgang* til å sette et tak på maksimalt antall ledd i leverandørkjeden. Vi mener det er fornuftig at reguleringen ikke pålegger dette eller angir

konkret antall ledd. Den konkrete begrensningen kan utformes av oppdragsgiver med en tilpasning til det aktuelle marked og hva som praktisk er mulig.

I forhold til § 14 -2 (1) hvor oppdragsgiver ikke bare gis adgang til å be entreprenøren angi i tilbudet hvilke deler av kontrakten han planlegger at underentreprenører skal utføre, men også *hvilke underentreprenører han planlegger å bruke* mener vi dette er uheldig, da det på anbudsstadiet sjelden er avklart hvilke underleverandører som vil bli benyttet. I praksis leder dette ofte til misforståelser og til og med avvísninger fordi det ikke er oppført planlagte underentreprenører (fordi det foreløpig ikke er planlagt konkret) når dette er krevet.

#### **Avklaringsadgang, ettersending av opplysninger og dokumentasjon .**

Departementet foreslår i § 17-9 en bestemmelse om ettersending av opplysninger og dokumentasjon basert på Artikkel 56 nr 3. Denne bestemmelsen skal gjelde for alle prosedyrer, både for anbudsprosedyrer og prosedyrer med forhandlinger.

NHO mener at dette, som åpner for avklaringsadgang også ved anbudskonkurranser, er et godt argument for *ikke* å innføre Forenklingsutvalgets forslag til ny tilbuds konkurranse. Begrunnelsen for Forenklingsutvalgets forslag til ny prosedyreregulering var at forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser ledet til at alt for mange leverandører blir avvist og at en ny tilbudsprosedyre hvor oppdragsgiver først etter at tilbudene er innkommet skal bestemme seg for om det blir forhandlinger.

Forslaget i § 17-9 gir oppdragsgiver muligheten til å anmode leverandørene om å ettersende, supplere, klargjøre eller utfylle relevante opplysninger og dokumentasjon innen en rimelig tilleggsfrist. Oppdragsgivers rett til å be leverandøren om å ettersende opplysninger er ikke begrenset til kun å gjelde dokumentasjon av at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. Bestemmelsen gir også oppdragsgiver muligheten til å ettersende dokumentasjon som mangler i selve tilbuds dokumentasjonen. Departementet sier også på s. 24 i høringsnotat 2 at avklaringsadgangen bør utvides slik at oppdragsgiver kan ha dialog med leverandørene om uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet, uten å stå i fare for å bryte forhandlingsforbudet. Forutsetningen er selvfølgelig at avklaringen ikke medfører forskjellsbehandling.

NHO støtter departementet i denne fortolkningen, herunder muligheten til avklaring. Dette kan gjøres ved at oppdragsgiver gis anledning til å sende en nøytral forespørsel til leverandøren for å få avklare innholdet i tilbudet.

Etter dagens regelverk kan dette ikke gjøres ved anbudskonkurranser. Som departementet selv sier i høringsdokumentet vil dette kunne føre til færre avvísninger på grunn av manglende innlevert dokumentasjon og uklarheter i tilbudet.

Dette er NHO enig i. Vi mener at denne regelen må gjennomføres også for de særnorske anskaffelsene. Den nye regelen i forslaget § 17-9 oppfyller nettopp det som flertallet i Forenklingsutvalget etterlyser, og det rigide forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser vil da bortfalle.

Ved innføring av en slik regel for alle anskaffelser, får vi et likt regelverk over og under terskelverdi. Det er i seg selv forenkling. Samtidig får vi et balansert regelverk med utvidet og nødvendig mulighet til å reparere feil ved tilbudet. Vi får et balansert regelverk som vil

redusere antall avlysninger og avvísninger betydelig. Vi får et balansert regelverk som sikrer forutsigbarhet for leverandørene.

### ***Ny forskrift om innkjøpsregler i Forsyningssektorene.***

Mange av reglene i direktivet for forsyningssektorene er sammenfallende med reglene for klassisk sektor, og vi viser derfor til våre bemerkninger over.

#### **Offentlige myndigheter forsyningssektorene**

I 2005 valgte Norge å pålegge offentlige myndigheter som ikke er skilt ut i egne virksomheter men som er en del av statlig, - fylkeskommunal- eller kommunal sektor, å være omfattet av regelverket for klassisk sektor. Oppdragsgivere som utøver forsyningsaktiviteter skal følge prosedyrereglene for kontrakter hvor den anslåtte verdi overstiger terskelverdien på 500.000 kr eks mva., med unntak av at disse oppdragsgivere kan benytte forhandlet konkurranse. Departementet foreslår nå å underlegge disse etater prosedyrereglene som følger av forsyningsforskriften. Det betyr at disse vil forholde seg til en mye høyere terskelverdi.

Når departementet foreslår å føre de offentlige myndighetene som utøver forsyningsaktiviteter tilbake til forsyningsforskriften, er det naturlig å vurdere om det skal innføres en nasjonal kunngjøringsplikt og prosedyreregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene. Departementet foreslår å innføre en kunngjøringsplikt for kontrakter over 3,1 millioner kroner.


NHO støtter dette forslaget.


### ***Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter***

NHO støtter departementets forslag om ikke å innføre mange bestemmelser ut over de bestemmelser som Norge er pålagt å innføre etter direktivet, da dette er en ny regulering. NHO mener likevel at regelverket bør evalueres etter en tid, for å se om det fungerer etter sin hensikt.

NHO støtter forslaget om at konsesjonskontrakter over 6 millioner skal konkurranseutsettes.

Med vennlig hilsen  
NÆRINGS- og HOVEDORGANISASJON  
Område næringspolitikk

  
Petter Haas Brubakk  
Direktør

  
Ingebjørg Harto  
Avdelingsdirektør næringsjus