

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres referanse Vår referanse Saksbehandler Dato
 15/04138-3 Roar Pedersen 17.06.2015

Høringsuttalelse - forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver

1. Innledning

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

Nord-Trøndelag fylkeskommune gir med dette sine kommentarer og innspill til høringen om endringer av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver. Dette hørings svaret bygger på og må leses i sammenheng med fylkeskommunens hørings svar på høringen av forslagene til Forenkling utvalget i NOU 2014: 4 *Enklere regler, bedre anskaffelser*. Det vises til vår oversendelse ref. 14/04575-5 med vedlegg.

Bakgrunnen for endring av lov og forskrift om offentlige anskaffelser er Norges plikt i henhold til EØS-avtalen til å implementere direktivene. Fylkeskommunen legger derfor til grunn at det vil være noe begrenset handlingsrom knyttet til å gjennomføre direktivene i norsk rett. I de tilfeller hvor Norge har et nasjonalt handlingsrom understreker fylkeskommunen viktigheten av at Norge ikke innfører mer vidtrekkende og strengere regler enn det direktivene legger opp til. Fylkeskommunen mener også at norske myndigheter i sterkere grad bør velge å legge en «romslig» tolkning av direktiver til grunn der flere ulike tolkningsalternativer kan være mulige.

Fylkeskommunen har prioritert å kommentere problemstillinger der norske myndigheter har et nasjonalt handlingsrom til endringer og tilpasninger. Fylkeskommunen har her innvendinger til deler av forslagene. Unnlattelse av å kommentere enkelte punkter betyr ikke at punktene anses som uviktige, men at punktene som er kommentert anses viktigere. Kommentarer til forslag som er identiske for forskrift om offentlige anskaffelser og andre forskrifter, er bare gitt under kommentarene til forskrift om offentlige anskaffelser.

Nord-Trøndelag fylkeskommune

Orgenhet:
Administrasjonsavdelingen
Postadresse:
Postboks 2560
7735 STEINKJER

Besøksadresse:
Seilmakergata 2
7735 STEINKJER
Org.nr.:
938 967 091

Telefon:
+47 74 11 36 00
Bankkonto:
4410.06.00290

E-postadresse:
postmottak@ntfk.no
Internet:
www.ntfk.no

Fylkeskommunen vil ellers berømme departementet for et solid arbeid. Hovedinntrykket er at høringsforslagene har en hensiktsmessig systematikk og inndeling. Høringssvaret er bygd opp etter strukturen i høringsnotatene med nummerhenvisninger til departementets notat.

2. Endringer i lov om offentlige anskaffelser (Høringsnotat 1)

2.1 Lovens formålsbestemmelse § 1 (høringsnotatets punkt 3.2)

Fylkeskommunen er positiv til departementets forslag til ny formålsbestemmelse. En formålsbestemmelse bør peke på målene med regelverket fremfor å vise til virkemidlene. Forslaget er mer konkret og rendyrket sammenlignet med dagens bestemmelse.

2.2 Virkeområde § 2 (høringsnotatets punkt 2)

Fylkeskommunen oppfatter 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. Ved at det vil være oppdragsgiveren som tildeler støtten som må sørge for at anskaffelsesregelverket overholdes, vil det i praksis legges nye oppgaver på kommunesektoren. Dette vil skape flere nye utfordringer, for eksempel der det oppstår uenighet om hvordan anskaffelsen skal gjennomføres. Det er også høyst uklart hvilke virkemidler oppdragsgiver har til rådighet for å utøve sørge-for-ansvaret som foreslås innført, jfr forslaget til § 1-1 i forskriften.

Fylkeskommunen ber departementet se nærmere på om disse endringene i lov og forskrift er påkrevet. Hvis ikke bør de utgå. Hvis forslaget må gjennomføres, må det utdypes løsninger for gjennomføring.

2.3 Lovens § 7 og forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, (høringsnotatet punkt 3.3)

Nord-Trøndelag fylkeskommune er enig i at man bør avvente en evaluering av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter før det vurderes om forskriften bør utvides til også å gjelde for konsesjonskontrakter.

2.4 Lovens § 6 om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold (høringsnotatets punkt 3.4)

Fylkeskommunen mener at ulike samfunnshensyn fremmes best gjennom informasjon og konkret veiledning fremfor pålegg og «skal-krav» i anskaffelsesregelverket. Fylkeskommunen skal ha mulighet til å fremme de samfunnsmessige hensyn som er viktig i den enkelte sak og må da selv kunne bestemme hvilke formål som skal ivaretas.

Fylkeskommunen har ikke innvendinger mot at regelverket stiller opp et begrenset antall «kan-bestemmelser» som tydeliggjør mulighetene til å stille vilkår som støtter opp om sentrale samfunnsmål. Forslaget til endring av § 6 går imidlertid lengre enn dette. Det pålegger plikter som vi ikke ser behov for, for eksempel om rutiner. Forslag til § 6 første ledd annen setning bør derfor utgå fra bestemmelsen. Det nevnes eksempler i høringsnotatet på oppfølging av kontraktskrav som ikke ligger innenfor kjerneområdet av det som er realistisk at mindre kommuner er i stand til å gjennomføre, jfr eksemplet om inspeksjon i produksjonslokaler.

Fylkeskommunen ber departementet se nærmere på om forannevnte kan ivaretas på en bedre måte enn forslaget legger opp til.

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

Å øke antall lære plasser er viktig for Nord-Trøndelag fylkeskommune. Fylkeskommunen ser at mangelen på lære plasser i flere bransjer og fag er prekær, og mener at det kreves et bredt sett av virkemidler og tiltak tilpasset regionale og lokale forhold for å bedre situasjonen.

Fylkeskommunen er enig i at det innføres en lovbestemmelse om lærlinger ved offentlige anskaffelser. Det er viktig at bestemmelsen sikrer fleksible muligheter for å stille krav ut fra det som er hensiktsmessig for den enkelte kontrakt, og at anskaffelsesregelverket ikke stiller eksplisitte, innsnevrende krav om hvilke løsninger som skal brukes. Det er ikke gitt at bruk av lærlinger er egnet for alle typer kontrakter, og det er ikke gitt at det her kan trekkes generelle skiller mellom for eksempel varekontrakter og andre kontrakter. Det kan videre være kontrakter der det er behov for en særskilt type kompetanse som lærlinger ikke besitter. Det er heller ikke gitt at å jobbe på akkurat den aktuelle kontrakten vil gi best læringsutbytte for lærlinger. Andre mer generelle krav kan være mer effektive i slike tilfeller, f.eks. krav om at bedriften er godkjent lærebedrift og har en eller flere lærlinger.

Fylkeskommunen ber departementet se nærmere på om forannevnte kan ivaretas på en bedre måte enn forslaget legger opp til.

3. Ny forskrift om offentlige anskaffelser (høringsnotat 2)

3.1 Virkeområde (høringsnotatet punkt 2.1)

Det vises til forannevnte pkt 2.2 med kommentarer til lovens virkeområde i lovens § 2.

3.2 Unntak for samarbeid i offentlig sektor (høringsnotatet punkt 2.3)

Nord-Trøndelag fylkeskommune anser presiseringene og klargjøringen av unntakene som positive. Ulike typer interkommunalt samarbeid og samarbeid mellom statlige og kommunale virksomheter er viktig for å kunne drifte offentlige tjenester så hensiktsmessig som mulig til innbyggernes beste. Fylkeskommunen understreker 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. Fylkeskommunen ber departementet om å klargjøre rammene for unntakene gjennom veiledning.

REGLER SOM GJELDER FOR ALLE ANSKAFFELSER

3.3 Generelt (høringsnotatet punkt 2.6.1)

Departementet foreslår at bestemmelsene om fristberegning plasseres i forskriften del I. Dette bryter med forslaget fra Forenklingutvalget. Del I har i dag ingen regler om frister, og vi mener at det ikke er nødvendig med en henvisning til fristberegningens forskriften her. Fylkeskommunen er redd for at det kan lede til misforståelser blant brukerne av regelverket

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.

3.4 Kontraktsvilkår (høringsnotatet punkt 2.6.2)

Direktivbestemmelsen i artikkel 70 forstås som at Norge kun er forpliktet til å angi *spesielle kontraktsvilkår* i kunngjøringen/konkurransesgrunnlaget, ikke *standard kontraktsvilkår*. Nord-Trøndelag fylkeskommune mener at Norge må utnytte handlingsrommet i direktivet og skape handlefrihet for kommunesektoren. Av den grunn ber fylkeskommunen om at bestemmelsen om kontraktsvilkår ikke utvides til også å omfatte plikt til å legge frem standard kontraktsvilkår.

Subsidiært mener fylkeskommunen at dersom forskriften skal oppstille en plikt til å angi standard kontraktsvilkår, så må denne plikten være tilstrekkelig ivarettatt ved å henvise til en aktuell standard som er allment tilgjengelig (slik som Statens standardavtaler og NS-kontraktene).

3.5 Lærlinger (høringsnotatet punkt 2.6.3)

Fylkeskommunen støtter at lærlingeklausulen skal gjelde allment, og således ikke lenger være begrenset til norske leverandører. Det vises for øvrig til våre kommentarer til forslaget til ny § 6 a i loven med hensyn til plikt til å ha lærlingeklausul og omfanget av denne.

3.6 Reserverte kontrakter (høringsnotatet punkt 2.6.4)

Nord-Trøndelag fylkeskommune støtter muligheten for å reservere en kontrakt til virksomheter med funksjonshemmede eller vanskeligstilte personer. Utvidelsen vil gi kommunene økt handlefrihet sammenlignet med i dag. Fylkeskommunen støtter også forslaget om 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

3.7 Konkurransesgrunnlag (høringsnotatets punkt 3.2.2)

Nord-Trøndelag fylkeskommune er positive til forslaget om at oppdragsgiver plikter å utarbeide et konkurransegrunnlag med mindre han angir samtlige opplysninger som er av betydning for deltakelse og tilbud i kunngjøringen. Dette er også i samsvar med forslaget fra Forenklingsutvalget.

Fylkeskommunen foreslår videre 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.

Fylkeskommunen registrerer at det nye direktivet medfører at hele konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet, også ved tottrinnsprosedyrer. Dette gir fylkeskommunen redusert handlefrihet i anskaffelsesprosessen. Fylkeskommunen ønsker ellers å vite hvordan plikten til å gjøre konkurransegrunnlaget tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet skal kunne gjennomføres ved konkurransepreget dialog. Ved denne prosedyren skal kravspesifikasjonen utvikles under dialogen.

3.8 Valg av anskaffelsesprosedyre (høringsnotatets punkt 3.2.4)

Utvidet adgang til bruk av konkurranse med forhandling er et viktig forenklingstiltak i det nye direktivet. Fylkeskommunen støtter departementets vurdering om at vilkårene for bruk av denne prosedyren vil omfatte de aller fleste anskaffelser der oppdragsgiver vil ha et legitimt behov for å gjennomføre forhandlinger. Fylkeskommunen er også enig i at hensynet til effektiv ressursbruk tilsier at bestemmelsen om bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring bør videreføres.

Dagens bestemmelse i § 14-4 skaper unødvendig forvirring. Det skal tilsynelatende avholdes konkurranse med forhandling selv om flere av alternativene i bestemmelsen gjelder tilfeller der det kun vil være en leverandør som reelt kan utføre anskaffelsen. Forslaget om å opprette en egen bestemmelse for tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til kun én leverandør (uten konkurranse) for å gjennomføre anskaffelsen, er klargjørende.

3.9 Frister (høringsnotatets punkt 3.2.6)

Nord-Trøndelag fylkeskommune er i hovedsak positiv til endringene med kortere frister. Fylkeskommunen er også positiv til forslaget om å innføre en bestemmelse med mulighet for at partene selv kan avtale tilbudsfristen i begrensede anbudskonkurranser og konkurranse med forhandling.

3.10 Kravspesifikasjoner (høringsnotatets punkt 3.2.7)

En nyvinning i direktivet og forslaget til forskriftstekst 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. Fylkeskommunen er samtidig kjent med at KS-advokatene er usikre på om disse forhold er tilstrekkelig entydig hensyntatt i de nye forskriftsbestemmelsene, og støtter på generelt grunnlag uttalelsen fra KS om behov for nærmere gjennomgang på dette punkt.

3.11 Tildelingskriterier (høringsnotatets punkt 3.2.10)

Det nye anskaffelsesdirektivet åpner for at medlemslandene kan nekte oppdragsgiver å benytte laveste pris eller laveste kostand som evalueringsmodell i visse tilfeller. Nord-Trøndelag fylkeskommune støtter departementets syn på at det er oppdragsgiver som er nærmest til å vurdere hvilken tildelingsmodell som er mest effektiv og som gir det beste resultatet, og at det derfor ikke bør legges noen begrensninger i oppdragsgivers adgang til å benytte laveste pris eller laveste kostand som evalueringsmodell.

3.12 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. Nord-Trøndelag fylkeskommune er kritisk til denne endringen. Fylkeskommunen mener at vurderingen av om en kontrakt skal deles opp eller ikke, bør ligge innenfor oppdragsgivers skjønn, og oppdragsgiver bør ikke være forpliktet til å begrunne et eventuelt valg om ikke å dele opp kontrakten.

3.13 Bruk av underleverandører (høringsnotatets punkt 3.2.13)

Nord-Trøndelag fylkeskommune mener det er uheldig dersom solidaransvaret for utbetaling av allmenngjort lønn fra arbeidsgiver i leverandørkjeden kan gjøres gjeldende slik at det

også rammer oppdragsgiver. En ber om at departementet undersøker gjeldende rett nærmere.

For øvrig støtter fylkeskommunen departementets forslag om at plikten 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.

3.14 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon (høringsnotatets punkt 3.2.14)

Nord-Trøndelag fylkeskommune er positive til kravet om at all informasjonsutveksling som hovedregel nå skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Fylkeskommunen understreker imidlertid pånytt at det er staten som må bære ansvaret og kostnadene med å få en fellesskapsløsning for elektronisk kommunikasjon på plass. Brukervennlighet (for både leverandører og oppdragsgiver) må være et sentralt hensyn når løsningen etableres.

3.15 Kunngjøring (høringsnotatets punkt 3.2.16)

Nord-Trøndelag fylkeskommune støtter departementets forslag om å innføre bestemmelser om forhåndskunngjøring for å utnytte fleksibiliteten i det nye direktivet. Fylkeskommunen er videre positiv til departementets forslag om å skille mellom veiledende kunngjøring og forhåndskunngjøring, og fylkeskommunen støtter departementets forslag om at unntak fra plikten til å kunngjøre inngåtte kontrakter utvides til å gjelde alle kontrakter under en rammeavtale.

GJENNOMFØRING AV KONKURRANSEN

3.16 Ettersending av opplysninger og dokumentasjon (notatets punkt 3.3.5)

Utvidelsen av oppdragsgivers rett til å be om ettersending av dokumentasjon er et av de viktigste grep som tas i de nye direktivene. Bestemmelsen vil redusere tvister, bidra til forenkling og bedre konkurranse. Nord-Trøndelag fylkeskommune er enig i at retten til å be om supplerende informasjon også må gjelde gjelder tilbudsdokumentasjonen.

Grensen mellom lovlige avklaringer og ulovlige forhandlinger vil likevel fortsatt være en problemstilling. Departementet oppfordres til å utdype dette i veiledning til bestemmelsen.

3.17 Bestemmelser om avvisning (høringsnotatets punkt 3.4)

Departementets forslag til bestemmelser oppfattes delvis som foreløpig på grunn av den pågående prosessen om Forenklingsutvalget forslag. En regner med at bestemmelser som ikke er en direkte følge av direktivet også skal behandles i en ny høring.

Nord-Trøndelag fylkeskommune mener det er viktig at unntaket fra avvisningsplikten når allmenne hensyn nødvendiggjør det, videreføres. Når det gjelder de nye reglene om «self-cleaning», mener fylkeskommunen at det er stort behov for veiledning ettersom det er oppdragsgiver som skal vurdere om leverandørene har iverksatt tilstrekkelige tiltak. Dette er vanskelige vurderinger som skal foretas lokalt.

3.18 Anskaffelsesprotokoll, dokumentasjonsplikt og innsyn i kontrakten (høringsnotatets punkt 3.6)

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. Fylkeskommunen mener departementets forslag til § 20-1 innebærer strengere regulering enn det som kan leses ut av direktivteksten. Det vises også til forslaget fra flertallet i Forenklingsutvalget om at protokollplikten bør erstattes av en plikt til å skriftliggjøre anskaffelsesprosessen i del II. Det avgjørende må være at informasjonen er tilgjengelig og at prosessen kan etterprøves, ikke hvilken form opplysningen er nedfelt i.

3.19 Innovasjonspartnerskap (høringsnotatets punkt 3.7.2)

I direktivets artikkel 31 er det gitt regler om en ny anskaffelsesprosedyre kalt Innovasjonspartnerskap. 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 i konkurranser med forhandling. Vi oppfatter at dette gir handlingsrom, og mener at implementeringen må skje på den måte som gir størst fleksibilitet og handlingsrom i forhold til formålet.

Fylkeskommunen er usikker på om dette blir ivaretatt på beste måte gjennom departementets forslag, hvor man mener at ordningen ikke er en ny anskaffelsesprosedyre, men en kontraktsform som skal følge prosedyren konkurranse med forhandling. Fylkeskommunen ber om at departementet vurderer dette på nytt, i forhold til hvilke konsekvenser det kan få dersom man fraviker løsninger som EU velger, og i forhold til om foreliggende EU-praksis for konkurranse med forhandling legger skranker på handlefriheten i forhold til å fremme innovasjon.

3.20 Elektroniske verktøy (høringsnotatets punkt 3.8)

Nord-Trøndelag fylkeskommune er enig i at tiden ikke er moden for obligatoriske krav, men det er viktig at regelverket gir muligheter for at det kan stilles krav om at tilbud kan leveres i form av elektroniske kataloger.

3.21 Endringer i kontrakt (høringsnotatets punkt 3.9)

Etter Nord-Trøndelag fylkeskommune sin vurdering er bestemmelsen og praktiseringen av denne av stor betydning for den pågående kommunereformen og mulige strukturendringer for fylkeskommunene og den regionale statsforvaltningen.

For kommende konkurranser er det av stor betydning at kommuner og fylkeskommuner gjennom en endringsklausul i konkurransedokumentene, både kan sikre mulighet for at kontrakter kan bortfalle, at nye rettssubjekter kan tre inn i kontrakten, og at kontraktvolumet kan utvides iht. det nye rettssubjektets behov/størrelse, uavhengig av den opprinnelige størrelsen på den kunngjorte kontrakten. En rigid fortolking av anskaffelsesregelverket og bestemmelsene om endringer i kontrakt vil på den annen side gjøre sammenslåingsprosesser unødvendig byrdefulle og kostnadskrevende.

Fylkeskommunen mener at anvendelsesmulighetene for endringsklausuler ikke er klart nok ivaretatt i forslaget, og anmoder om at departementet ser nærmere på hvordan dette kan sikres på en bedre måte innenfor rammen av direktivet.

Fylkeskommunen ber også departementet om å avklare hvordan omstruktureringer på oppdragsgiversiden kan gjennomføres uten å komme i konflikt med anskaffelsesregelverket, for kontrakter hvor dette ikke er varslet gjennom en endringsklausul.

4. Ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (høringsnotat 3)

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

Fylkeskommunen stiller seg positiv til at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter tilbakeføres til forsyningssektoren. Bestemmelsene i forsyningsforskriften er gjennomgående mer fleksible enn for klassisk sektor, og det er ikke like omfattende prosedyreregler. Virksomhetene innenfor forsyningssektoren driver i stor grad i konkurranse med private virksomheter. Av hensyn til konkurransesituasjonen bør tilbakeføringen gjennomføres.

Fylkeskommunen støtter også forslaget om å harmonisere bestemmelsenes ordlyd mot ordlyden i klassisk sektor der reglens materielle innhold er det samme.

4.2 Nasjonal terskelverdi for bygg- og anleggsanskaffelser i forsyningssektoren

Nord-Trøndelag fylkeskommune er uenig i departementets forslag om å innføre en nasjonal terskelverdi med påfølgende sanksjonsregime for bygg og anleggskontrakter i forsyningssektoren. Fylkeskommunen er generelt kritisk til å innføre begrensninger som Norge ikke er folkerettslig forpliktet til.

Virksomheter i forsyningssektoren er ellers eksponert for konkurranse på en helt annen måte enn hva tilfellet er i klassisk sektor. Departementet har selv påpekt dette i høringsnotatet som begrunnelse for hvorfor man tilbakefører enkelte myndigheter. Konkurransen i forsyningssektoren var også en av grunnene til at nasjonale terskelverdier i forsyningssektoren ikke har blitt innført tidligere, jfr NOU 1997:21 *Offentlige anskaffelser*. Departementet har ikke innhentet noen ny samfunnsøkonomisk analyse som gir et beslutningsgrunnlag for hva som evt kunne være et optimalt nivå for en eventuell nasjonal terskelverdi. Det er derfor ingen empirisk kilde til grunn for forslaget.

Etter vårt syn er konkurransen i dag skjerpet sammenlignet med hva som var tilfellet i 1997. Det foregår større privatisering av offentlige og «halvoffentlige» virksomheter. Denne konkurransen foregår også internasjonalt. Om norske virksomheter da må forholde seg til et mer kostnadskrevede regelverk enn europeiske konkurrenter, får det betydning for konkurranseevnen.

Kravet til hurtig respons er jevnt over høyere i forsyningssektoren enn andre steder. Forsyningssektoren omfatter samfunnskritiske leveranser, hvor konsekvensene av forsinket levering vil få store konsekvenser. Manglende fleksibilitet utgjør da en tilleggsrisiko når alt annet haster. At det er færre prosedyreregler og høyere terskelverdier for forsyningssektoren er derfor et bevisst valg fra EUs side.

4.3 Avvisning (høringsnotatets pkt 5.1.25)

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

Praksis fra EU-domstolen vil legge føringer for hvordan avvisningsreglene skal tolkes; både avvisningsreglene som følger direkte av direktivet, og avvisningsregler som må utledes fra de grunnleggende prinsippene. Dersom Norge (i motsetning til majoriteten av de øvrige EU/EØS-landene) innfører eksplisitte avvisningsregler som ikke følger av direktivet risikerer man at praksis fra EU-domstolen og praksis fra norske domstoler og KOFA utvikler seg forskjellig.

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

5. Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter (høringsnotat 4)

5.1 Gjennomføring av direktivet i norsk rett (høringsnotatets punkt 2)

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

Etter fylkeskommunens oppfatning har kommunesektoren svært begrenset erfaring med konsesjonskontrakter og det er derfor behov for særlige oppfølgingstiltak fra statens side.

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

Departementet foreslår å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt for konsesjonskontrakter mellom 6 millioner og EØS-terskelverdi. Det foreslås videre å innføre nasjonale regler om karens, suspensjon, sanksjoner, bestemmelser om begrunnelse, samt plikt til å kunngjøre konkurranseresultatet for slike kontrakter.

Nord-Trøndelag fylkeskommune er uenig i dette. Prosedyreregler bare bør tas med i den grad dette er nødvendig for en korrekt implementering av direktivene. At det er færre prosedyreregler, og at terskelverdiene er høye, er et bevisst valg fra EUs side. Behovet for eksplisitte regler er mindre. Forslaget om nasjonale tilleggsbestemmelser for kontrakter mellom 6 millioner og EØS-terskelverdi vil fjerne mye av fleksibiliteten som konsesjonsdirektivet legger opp til.

Tildeling av konsesjonskontrakter vil uansett være omfattet av anvendelsesområdet til lov om offentlige anskaffelser. De grunnleggende prinsippene om blant annet konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet vil derfor måtte følges. En «overimplementering» av direktivet på dette punkt kan ha utilsiktede virkninger og vil svekke handlefriheten til kommunesektoren.

Departementet skriver ellers i høringsnotatet at de har liten informasjon om i hvilke situasjoner konsesjonskontrakter benyttes i dag. Sannsynligvis er antallet begrenset. Departementet har heller ikke innhentet noen samfunnsøkonomisk analyse som kunne bidratt til å gi et bedre beslutningsgrunnlag for hva som evt kunne være et optimalt nivå for en eventuell nasjonal terskelverdi. Det er derfor ingen empirisk kilde til grunn for forslaget om nasjonal terskelverdi.

Departementet foreslår også å innføre en nasjonal terskelverdi på 6 millioner kroner for kontrakter om sosiale og andre spesifikke tjenester. Argumentet synes å være at verdien bør være den samme som terskelverdien for særlige tjenester i klassisk direktiv, dvs. 6 millioner kroner. Nord-Trøndelag fylkeskommune er uenig i dette, og mener det er uproblematisk å operere med ulike terskelverdier for kontrakter i klassisk sektor og for konsesjonskontrakter.

Av samme grunn som for alminnelige konsesjonskontrakter, mener fylkeskommunen at det ikke bør innføres noen nasjonal terskelverdi for konsesjonskontrakter for særlige tjenester. Anvendelsesområdet for konsesjonskontrakter om særlige tjenester er dessuten begrenset. Hvis man først omfattes av konsesjonsforskriften og ikke klassisk sektor, så er det ikke her utfordringen ligger.

Oppsummert så mener Nord-Trøndelag fylkeskommune at det ikke bør innføres nasjonale terskelverdier, verken for alminnelige konsesjonskontrakter eller konsesjonskontrakter om særlige tjenester.

5.3 Dokumentasjonsplikt - kontrakter over EØS-terskelverdi (notatets punkt 5.2.11)

Direktivet inneholder en bestemmelse om at oppdragsgiver skal dokumentere gjennomføringen av anskaffelsen. Direktivet inneholder imidlertid ingen plikt til å føre anskaffelsesprotokoll. Departementet foreslår på denne bakgrunn å ikke innføre noen protokollplikt eller å ta inn mer detaljerte regler enn det som følger av direktivet. Fylkeskommunen støtter departementets vurdering. Det avgjørende må være at anskaffelsesprosessen er etterprøvable, ikke i hvilken form opplysningene er nedfelt i.

5.4 Bestemmelser om avvisning - kontrakter over EØS-terskelverdi (notatets punkt 5.3)

Direktivet inneholder ingen eksplisitte bestemmelser om avvisning på grunn av formalfeil og på grunn av forhold ved tilbudet. Departementet foreslår likevel å innføre avvisningsregler tilsvarende Forenklingsutvalgets forslag for forskrift om offentlige anskaffelser del II (nasjonal del). Departementet ber om særlige innspill på om dette er hensiktsmessig.

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

Praksis fra EU-domstolen vil legge føringer for hvordan avvisningsreglene skal tolkes; både avvisningsreglene som følger direkte av direktivet og avvisningsregler som må utledes fra de grunnleggende prinsippene. Dersom Norge (i motsetning til majoriteten av de øvrige EU/EØS-landene) innfører eksplisitte avvisningsregler som ikke følger av direktivet risikerer

man at praksis fra EU-domstolen og praksis fra norske domstoler og KOFA utvikler seg forskjellig.

5.5 Sanksjoner (høringsnotatet punkt 6)

Departementet foreslår å innføre sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser for konsesjonskontrakter mellom 6 millioner kroner og EØS-terskelverdi. Nord-Trøndelag fylkeskommune er uenig i et slikt forslag. Norge bør ikke innføre strengere og mer vidtrekkende regler enn det vi er forpliktet til i henhold til direktivet.

Hvis konsesjonskontrakter blir omfattet av virkeområdet til lov om offentlige anskaffelser, vil Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) få kompetanse til å gi rådgivende uttalelser om evt brudd på de grunnleggende prinsippene i loven. Dette vil sikre god nok håndhevelse for konsesjonskontrakter under EØS-terskelverdi.

5.6 Øvrige forhold (høringsnotatet punkt 8)

Departementet ber om særlige innspill på om det kan være hensiktsmessig å ta inn enkelte bestemmelser som gjelder forhold som ikke er regulert i konsesjonskontraktdirektivet. Fylkeskommunen mener det er viktig å holde fast ved at Norge ikke bør innføre mer vidtrekkende og strengere regler enn det direktivet gjør.

At direktivet ikke inneholder eksplisitte regler om for eksempel bruken av kontraktsvilkår, alternative tilbud etc. er et bevisst valg fra EUs side. Hvilke plikter som kan utledes fra de grunnleggende prinsippene vil være opp til EU-domstolen å fastlegge. Det er på ingen måte sikkert at EU-domstolen vil mene at det skal gjelde tilsvarende prosedyreregler for konsesjoner som for klassisk sektor. Norge bør derfor ikke innføre de samme prosedyrereglene for konsesjonskontrakter som for klassisk sektor. Man bør også fra et forenklingperspektiv unngå å gjøre forskriften mer omfangsrik enn den trenger å være.

Vennlig hilsen

Ole Tronstad
Stabssjef

Roar Pedersen
Innkjøpssjef

Vedlegg: Ingen