

Besøksadresse:

Schweigaards gate 23, Oslo

Postadresse:

NSB AS, Postboks 1800 Sentrum, N-0048 Oslo

T: (+47) 23 15 00 00

nsbkonsernet.no

Org.nr: 984 661 177

Dato: 12. februar 2014

Saksnummer:

Deres referanse: 15/1514-1

Henvendelse til:

Det kongelige norske Nærings- og fiskeridepartement
Postboks 8004 Dep
N-0030 OSLO

Att.: Monica Auberg

KOMMENTARER TIL UTKAST TIL NY FORSYNINGSFORSKRIFT FRA NSB AS

INNLEDNING

NSB gir med dette sine innspill til departementets utkast til ny forsyningsforskrift.

Vi har valgt å konsentrere oss om forsyningsforskriften (FOR), som regulerer de deler av NSBs virksomhet som faller inn under forsyningsvirksomhetsområdet.

Vi gjør imidlertid oppmerksom på at en del av våre kommentarer gjelder regulering som også er foreslått inntatt i den nye anskaffelsesforskriften (klassisk sektor), og kommentarene er selvsagt da også relevante for anskaffelsesforskriften.

NSB vil i det følgende komme med noen generelle betraktninger om utkastet. Deretter vil vi konkret kommentere enkelte av bestemmelsene i utkastet.

GENERELT

Generelt om implementeringen av forsyningsdirektivet

NSB mener at utkastet på mange områder er et klart fremskritt fra gjeldende forskrift. Departementet har med utkastet i langt større grad lyktes med å lage en forskrift som følger en naturlig anskaffelsesprosess. Regler som er relevante i flere sammenhenger behandles der de er aller mest aktuelle. Dette gjør at man ved å lese forskriften kan få en oversikt og forståelse av en normal anskaffelsesprosess og de regler som vil være særlig relevante i de forskjellige fasene av denne.

I all hovedsak synes vi også at utkastet har et språk som er hensiktsmessig ut fra både hensynet til presisjon og lesbarhet. Departementet har lyktes svært godt med å lage en

pedagogisk og språklig fornuftig fremstilling av et tema som, ut fra direktivteksten, kan være til dels vanskelig tilgjengelig. Implementeringen av direktivteksten til norsk rett må derfor i all hovedsak sies å være vellykket.

Generelt om særnorske regler

For NSB er det avgjørende for å kunne utføre vårt oppdrag at det er mulighet til å gjøre dette i en hverdag. Hensynet til kundene og en komplisert virksomhet med blant annet en rekke uforutsette hendelser tilsier at det må kunne finnes løsninger raskt og smidig på problemer som oppstår.

Vi ser derfor med tilfredshet at også kommisjonen fremdeles har lagt vekt på en større fleksibilitet sammenlignet med regelverket for offentlige anskaffelser, selv om reglene i de to direktivene på en del områder har nærmet seg hverandre. Vi noterer oss at departementet følger opp dette ved å understreke at prinsippet om fleksibilitet må være helt grunnleggende for implementeringen innenfor forsyningssektoren også i Norge.

NSB mener at man ut fra dette kunne forventet at departementet gjennomfører et prinsipp om ikke å gå lenger enn EU hva gjelder regler anskaffelser innenfor forsyningssektoren. Vi ser derfor med bekymring at departementet har lagt opp til en hel del særnorske regler som innskrenker denne fleksibiliteten, på områder der EU bevisst har latt denne fleksibiliteten råde.

Derfor er det grunn til å være varsom med særnorske tilpasninger. Dette blir desto viktigere nå som direktivene er blitt mer detaljerte på en rekke områder. Når EU, tross tilnærmingen mellom de to direktivene på en rekke områder, likevel unnlater å regulere en del områder ut over de alminnelige anskaffelsesrettslige prinsipper, er det nettopp av en grunn. EU vektlegger behovet for fleksibilitet. Dette hensyn må etter vår oppfatning, også i Norge, veie klart tyngre enn det lovtekniske ønske om mest mulig likhet – bakgrunnsretten fra EU er nå engang ikke lik.

Dette innebærer at NSB er uenig i deler av utkastet. Det gjelder i særdeleshet anvendelsesområdet av utkastets forslag til Del II, samt en del særnorske tilpasninger i Del III. Det er disse tilpasningene, som går ut over de materielle krav i direktivet, vi i det følgende betegner som «særnorske regler».

Vi vil kommentere Del II nedenfor. Hva angår forslaget til særnorske regler i Del III, vil de dels kommenteres gjennom de generelle betraktninger i dette kapittel, dels i våre kommentarer til enkelte av utkastets konkrete bestemmelser.

Hva angår anvendelsesområdet i del II har vi følgende kommentarer:

For det første mener vi det er unødvendig at reglene i Del II også utvides til å gjelde bygg og- anlegg under terskelverdi. Dels fordi dette er en regulering som ikke er påkrevet i EU, selv etter en prosess der man detaljert har gått gjennom hvilke krav som bør og ikke bør gjelde for anskaffelser i forsyningssektoren Dels fordi reglene omhandler forhold som langt på vei dekkes av de grunnleggende krav til konkurranse, likebehandling etc. i direktiv og anskaffelseslov. Vi mener dette er tilstrekkelig regulering for å sikre at det offentlige innenfor forsyningssektoren er underlagt krav til anskaffelser på en måte som både sikrer gode anskaffelser og tillit fra allmennheten, men med ivaretagelse av fleksibilitet. Her er reglene i lov om offentlige anskaffelser etter vårt syn tilstrekkelige.

For det annet mener vi at reglene i en del sammenhenger er direkte uheldige, både med hensynet til fleksibilitet og likebehandling.

Hva angår fleksibilitet er det en rekke tilfeller der den økte fleksibiliteten i forsyningssektoren, er nødvendig. Det kan eksempelvis være hensiktsmessig å gjennomføre konkurranser uten kunngjøring. Et eksempel er der et offentlig foretak konkurrerer med et privat foretak om oppgaver innenfor forsyningssektoren, og der det er ønskelig at relaterte anskaffelser i forkant av dette kan gjennomføres uten den offentlighet som en kunngjøring innebærer, uten at man av den grunn behøver å gi slipp på de grunnleggende krav. Et annet eksempel er karenstiden. I en del tilfeller kan den skape problemer for nødvendig rask implementering av eksempelvis alternative transportmåter i en situasjon der forsyningstjenestene er beheftet med avvik, noe som oppstår med ujevne mellomrom. NSB mener det er uheldig og unødvendig at man tvinges over i unntaksbestemmelsene i slike tilfeller, og peker på at det kan uthule den snevre karakter unntaksbestemmelsene er ment å ha.

Hva angår likebehandling, peker vi på at forslaget kan ha uheldige konsekvenser for offentlige foretak som deltar i konkurranser med private foretak om oppdrag innenfor forsyningssektoren. Det er etter NSBs oppfatning uheldig at det er en forskjellsbehandling av offentlige og private foretak innenfor denne sektor i direktivet, spesielt ettersom offentlige foretak innenfor forsyningssektoren også reguleres strengere enn offentlige foretak utenfor denne sektor, noen som synes som et paradoks. Denne forskjellsbehandling fra EUs side forsterkes ytterligere dersom norske offentlige foretak også skal være underlagt særnorske bestemmelser som går lenger enn direktivet. Norske offentlige foretak vil da kunne måtte forholde seg til flere regler på anskaffelsesområdet enn offentlige foretak fra andre land som også kan tenkes å delta i konkurranser i Norge innenfor forsyningssektoren. Vi vil derfor, også av den grunn, råde departementet til å sløyfe den særnorske reguleringen som ligger i Del II. Denne harmonerer dårlig med en situasjon der en del av oppgavene innenfor forsyningssektoren gjøres til gjenstand for konkurranse.

Om flytting av offentlige organer tilbake til forsyningssektoren

NSB mener det er naturlig at alle aktører innenfor forsyningssektoren i utgangspunktet er underlagt det samme regelverket. Dette er også i tråd med EU-direktivene. NSB peker på at det er virksomhetens art, og ikke hvordan den er organisert, som er avgjørende for at man har ansett det hensiktsmessig med egne regler på dette området. Dette gjelder også slik direktivet er formulert, med andre ord uten at den særregulering som er foreslått i de norske reglene. I så måte understreker NSB at en tilbakeføring av de offentlige organer til forsyningssektoren i utgangspunktet er positivt. Imidlertid påpeker vi at vi ikke ser noen grunn til å innta regler på dette området utover dem som følger av forsyningsdirektivet, selv om man foretar en slik tilbakeføring.

KOMMENTARER TIL ENKELTE AV BESTEMMELSENE

Til §§ 2-10 – 2-14: Reglene om egenregi og tilknyttede selskap

Generelt

Slik utkastet er, mener vi det er blitt noe vanskelig tilgjengelig på forsyningsområdet, ettersom det materielt er en viss overlapp mellom reglene om utvidet egenregi og de særlige reglene om tildeling til tilknyttet selskap. Vi har forståelse for at departementet ønsker likelydende bestemmelser i anskaffelses- og forsyningsforskriften vedrørende utvidet egenregi, men ber departementet likevel vurdere om dette kan struktureres på en annen måte i forsyningssektoren slik at dette kommer klarere frem.

Begrepet «utvidet egenregi»

I praksis benyttes begrepet «egenregi» etter vår erfaring både om den situasjon som er beskrevet i § 2-10 og den som er beskrevet i § 2-14. Bruken av begrepet kan derfor være noe forvirrende, og tilsynelatende kan man omfattes av begge regelsett, som tross mange likheter også er materielt forskjellige. Vi foreslår derfor at § 2-10 endres til eksempelvis «tildeling til kontrollert selskap».

Privat eierandel

For øvrig bemerker vi at forskriftens § 2-10 tilsynelatende er snevrere enn direktivet hva angår utvidet egenregi. Der forskriften helt utelukker direkte private eierandeler, gjelder det samme forbudet i artikkel 28 «med undtagelse af ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele krævet i henhold til nationale lovbestemmelser, jf. traktaterne, som ikke udøver en afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske person». Vi mener dette er en uheldig utelatelse, som vi ikke kan se er motivert i kommentarene.

Begrepet «tilknyttet» selskap

NSB peker på at det er uheldig at begrepet «tilknyttet selskap» videreføres i anskaffelsessammenheng, selv om dette begrepet benyttes i den danske oversettelsen av direktivet.

I regnskapsmessig henseende (regnskapslovens § 1-4) betyr begrepet «tilknyttet selskap» et selskap som den regnskapspliktige har betydelig, men *ikke* avgjørende, innflytelse over, typisk der det foreligger en over 20 % eierandel. Et tilknyttet selskap i regnskapslovens forstand vil dermed *ikke* være et tilknyttet selskap etter forsyningsforskriften, og et tilknyttet selskap i regnskapslovens forstand vil *aldri* være konsolidert med oppdragsgiver som et konsern. NSB foreslår derfor at man kaller dette «tildeling til selskap i samme gruppe».

Formuleringene av kravene til innflytelse i hhv §§ 2-10 og 2-14.

Det uklart for NSB hva som er den reelle forskjellen mellom begrepene «bestemmende innflytelse» i utkastets § 2-10, og «avgjørende innflytelse» i utkastets § 2-14.

Vi noterer oss i den sammenheng at i direktivets danske utgave brukes begrepene «bestemmende» innflytelse i begge relasjoner, selv om det engelske benytter hhv. Begrepene «decisive» og «dominant» i de to respektive artikler.

Ettersom vi ikke ser realitetsforskjellen på de to vurderingene, anbefaler vi departementet å gjøre det samme som i den danske direktivteksten, slik at § 2-14 (2) bokstav c. formuleres som «kan utgjøre bestemmende innflytelse».

Til §§ 3-1 – 3-3: Definisjoner

Utkastets kapittel 3 inneholder i §§ 3-1 – 3-3 definisjoner. I tillegg er det imidlertid definisjoner også en rekke andre steder. Vi er enige i at der definisjonen kun er relevant i den spesifikke konteksten den står i, er det naturlig å ta den i sammenheng med det.

Derimot er slik at noen definisjoner, eksempelvis av «offentligrettslig organ», ikke finnes i definisjonskapitlene, men i § 1-2 (2), selv om dette begrepet brukes en

rekke andre steder. Vi mener det er uhensiktsmessig strukturering. Vi foreslår derfor at alle definisjoner samles i et kapittel. Dersom begrepene benyttes i bestemmelser som strukturelt kommer før kapittel 3 med definisjonene i forskriften, kan man henvise til definisjonslisten. Det beste, etter NSBs oppfatning, er imidlertid å ta definisjonene enda tidligere i forskriften, før de materielle reglene, jf. direktivets løsning i artikkel 2.

Til § 10-4 Vedståelsesfrist

Det har inntil nå ikke vært noe krav om vedståelsesfrist i forsyningsforskriften. På bakgrunn av at reglene fremstår som både overdrevet formalistiske og unødvendige for å sikre god gjennomføring av regelverket, mener NSB at det heller ikke er noen grunn til å innta dem i forsyningsforskriften.

Til §§ 12-1 til 12-3: Kvalifikasjonskrav

NSB mener at departementet her er inne på en fornuftig måte å gjennomføre en implementering av forsyningsdirektivet på, nemlig å understreke de grunnleggende krav (som riktignok uansett følger av loven), og å peke på at man i den sammenheng har *anledning til* å benytte de regler som ligger i anskaffelsesforskriften, men uten at det er et *krav* om dette. Vi mener at denne måten å implementere direktivet på er god og hensiktsmessig og også bør gjennomføres på andre områder, jf. blant annet våre kommentarer til kapittel 19 om avvisning.

Til §§ 18-8: Gjennomføring av forhandlinger

Forsyningssektorens frie adgang til bruk av forhandlinger er etter vårt skjønn en av kjernebestemmelsene i forsyningsdirektivet.

NSB mener prinsipielt at det er uheldig at man med departementets forslag nå synes å begrense måten disse forhandlingene kan gjennomføres på, ved å foreslå regler om dette.

Vi mener også at innholdet i bestemmelsene er uheldig. Eksempelvis kan bestemmelsen oppfattes som et forbud mot å «forhandle om absolutte krav». Ut fra situasjonen, mener vi imidlertid at det ikke bør være noe forbud mot det, så lenge ikke resultatet innebærer en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen. Et absolutt krav er ofte ikke et spørsmål om enten/eller, men om tolkningen av hva som ligger i kravet, og dette er ofte noe som avklares gjennom forhandlingene. Ved å innføre denne type stivbente regler fjerner man en del av fleksibiliteten i forhandlingene. Dette synes NSB er bekymringsfullt.

Videre er mener vi at bestemmelsens 4. ledd, om at det skal være utelukket å forhandle etter inngivelse av «endelige» tilbud, er uheldig. Det kan være situasjoner der også de såkalt endelige tilbudene kan inneholde elementer som det viser seg må diskuteres videre. Det kan man ikke vite på forhånd. Vi synes departementet her utelukkende synes å ha tenkt på rene pristilbud, der det bes om «beste pris». Men det er en rekke andre forhold man også forhandler om i en normal prosess, tekniske avklaringer, grensesnitt etc.. Det er derfor ikke alltid enkelt å vite når tilbudene er tilstrekkelig detaljerte og avklarte til å danne grunnlaget for en evaluering. Vi mener dette må dekkes ved at oppdragsgiver for det første ber om tilbud og sier at dette «kan» være endelig tilbud, men at man har mulighet for ytterligere runder dersom det er behov for det. I et slikt tilfelle følger det av de anskaffelsesrettslige grunnprinsippene at man selvsagt må sørge for likebehandling, slik at også andre skal ha anledning til å gjøre de eventuelle justeringer som skal til i en ytterligere runde.

De generelle kravene i anskaffelsesloven sikrer både likebehandling i ovennevnte situasjon og at det stilles krav knyttet til informasjon om hvordan forhandlinger skal gjennomføres, herunder hvorvidt det kan tildeles uten forhandling etc.

Til kapittel 19: Avvisning av leverandører og tilbud

NSB mener det er uheldig at man tvingende inkorporerer reglene om avvisning av tilbud fra anskaffelsesforskriften i forsyningsforskriften slik man gjør, særlig på bakgrunn av at det er gitt stor frihet rundt dette i forsyningsdirektivet. Som vi indikerer i innledningen av dette høringsbrevet, er vi uenig i at det skal innføres strengere regler i Norge enn det som følger av direktivet.

Vi anbefaler derfor en tilsvarende formulering som departementet allerede har foreslått for kvalifikasjonskrav: Oppdragsgiver kan fastsette vilkår for avvisning i henhold til de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper som følger av anskaffelsesloven, men at man innenfor dette kan velge å anvende bestemmelsene i anskaffelsesforskriftens §§ 18-2 ff og 18-8 ff. Dette kan også løses ved at man påpeker at «dersom ikke annet er bestemt, kan en leverandør og et tilbud avvises på tilsvarende grunnlag som dem som angis i forskrift om offentlige anskaffelser § ...».

§ 21-1: Plikt til anskaffelsesprotokoll

Kravet til dokumentasjon er en grunnleggende forutsetning i forskriften. NSB er derfor enig i at dette kravet har vært litt indirekte uttrykt i gjeldende forskrift gjennom § 11-3 og de generelle krav til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet.

Så lenge det ikke er stilt et slikt krav i direktivet, er NSB prinsipielt uenig i at dette skal settes som et krav i alle anskaffelser (over terskelverdi) i forsyningsforskriften. Det finnes andre tilstrekkelig gode, eller bedre, måter å oppfylle de grunnleggende krav på.

NSB er i den sammenheng også bekymret for at denne bestemmelse kan virke mot sin hensikt når det gjelder implementering av elektroniske verktøy for konkurransegjennomføring. I slike systemer har man ikke noen protokoll som sådan, men alle krav til etterprøvbarehet og gjennomsiktighet ivaretas gjennom systemet og man kan enkelt skrive ut eller gi tilgang til relevant informasjon når spørsmålet oppstår. Kravet om anskaffelsesprotokoll synes i den sammenheng å være basert på en lite dynamisk og fremtidsrettet forståelse av utviklingen innenfor anskaffelsesområdet.

Til § 24-1: Endringer i kontrakten

I forsyningsdirektivets artikkel 89 er det understreket at man kan innta bestemmelser om «endringer» uansett beløp. Dette mener vi også bør understrekes i forslaget § 24-1, slik at det tydeliggjøres at en beløpsmessig endring av kontraktens rammer som er hjemlet i en kontraktsklausul, ikke er å anse som noe som endrer anskaffelsens «overordnede karakter».

Til § 28-3: Overgangsregler

§ 28-3 fastsetter om overgangsregler at «For kontrakter som skal kunngjøres så gjelder reglene umiddelbart dersom ikke kunngjort etter de gamle reglene».

Utfordringen vil være hvordan man håndterer anskaffelser påbegynt før ikrafttredelse som ikke tidligere var underlagt kunngjøringsplikt. Av hensyn til disse, mener NSB at når anskaffelsen er *iverksatt*, bør være avgjørende for hvilke regler som gjelder. Her peker vi på bestemmelsen i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 15-2. Med iverksettelse kan eksempelvis menes en henvendelse til markedet eller leverandører om tilbud, når det gjelder en anskaffelse som ikke etter de gamle reglene må kunngjøres.

Med vennlig hilsen



Lars Borchgrevink Grindal

Advokat NSB AS

larsg@nsb.no

T: (+47) 90607526