

OSLO KOMMUNES HØRINGSUTTALELSE - FORSLAG OM ENDRING AV LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG TILHØRENDE FORSKRIFTER SOM LEDD I GJENNOMFØRING AV TRE NYE ANSKAFFESEDIREKTIVER

1. Endringer i loven

a. Formålsbestemmelsen

I dag er formålsbestemmelsene i lov og tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser nesten likelydende:

Loven og tilhørende forskrifter «skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

Formålsbestemmelsen er tidligere blitt vurdert av Forenklingsutvalget. Forenklingsutvalgets flertall ønsket en mer rendyrket økonomisk formålsbestemmelse, mens mindretallet ønsket å beholde de såkalte «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn» i formålsbestemmelsen. Departementet har i sitt høringsnotat foreslått en mellomløsning for å tydeliggjøre formålet med regelverket, men uttaler samtidig at det ikke er ment å innebære noen realitetsendringer fra dagens rettstilstand: «Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og sikre at det offentlige opptrer med integritet ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.»

Oslo kommune har i sin høringsuttalelse til NOU 2014:4 uttalt at det er viktig å beholde de «ikke-anskaffelsesfaglige» hensynene i formålsbestemmelsen. En rendyrking av formålsbestemmelsen samtidig som den inneholder viktige samfunnsmessige hensyn bør fremgå klart. Oslo kommune viser i denne forbindelse til oversendt høringsuttalelse til NOU 2014:4 punkt 1.

Konklusjon:

Oslo kommune støtter en formålsbestemmelse som synliggjør at samfunnsansvar er en viktig del av formålet med anskaffelsesregelverket.

b. Samfunnsansvar, herunder forholdet til skatteattest og HMS-egenerklæring

Departementet uttaler at et av EUs mål med revisjonen av anskaffelsesdirektivene har vært å legge forholdene bedre til rette for å kunne ivareta samfunnsansvar i offentlige anskaffelser. Dette inkluderer blant annet miljø- og sosiale hensyn, innovasjon og lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter. Det er opp til nasjonale myndigheter hvordan de mener egnede tiltak kan skje, og medlemslandene har stort handlingsrom.

Oslo kommune ønsker å presisere viktigheten av at departementet benytter det handlingsrom man har fått. Det er viktig å stille konkrete krav og plikter til både oppdragsgivere og leverandører, og at anskaffelsesregelverket benyttes aktivt for å ivareta samfunnshensyn.

Departementet har foreløpig ikke vurdert endring i skatteattest, HMS-egenerklæring og antikontraktørklausulen i FOA § 3-11 fjerde ledd. Oslo kommune mener at krav til

skatteattester bør brukes aktivt som del av handlingsrommet Norge er gitt fra anskaffelsesdirektivene.

Oslo kommune viser til sin høringsuttalelse til NOU 2014:4 punkt 3 hvor det fremgår at Oslo kommune ønsker at ordningen med skatteattest innskjerpes, slik at offentlige oppdragsgivere får elektronisk tilgang til informasjon, herunder skatterestanser, i sanntid. Erfaringsmessig gir ikke papirbaserte attester tilstrekkelig verdi, og det norske regelverket bør utnytte mulighetene til å kunne gi offentlige oppdragsgivere elektronisk tilgang. Et slikt tiltak vil gjøre det vanskeligere for leverandører med skatte- og avgiftsrestanser å bli tildelt offentlige kontrakter, noe som vil kunne bidra til å motvirke og bekjempe økonomisk kriminalitet.

Videre er Oslo kommune av den oppfatning at handlingsrommet i større grad bør benyttes til å legge til rette for høyere grad av informasjonsdeling mellom ulike tilsynsmyndigheter og offentlige oppdragsgivere. Det er tidligere avdekket at useriøse leverandører har store offentlige kontrakter. Dersom offentlige oppdragsgivere kunne få tilstrekkelig informasjon fra andre tilsynsmyndigheter om straffbare eller kritikkverdige forhold kunne man enklere få fjernet useriøse leverandører fra et stort og lønnsomt marked.

Oslo kommune har erfaring fra at skatteattester kan forfalskes ved enkle grep fra useriøse leverandørers side. Elektronisk tilgang til skatteattest for oppdragsgiver vil kunne forhindre slike forfalskninger.

Konklusjon:

Oslo kommune mener høringsutkastet kunne vist en enda mer offensiv holdning i arbeidet mot svart arbeid og arbeidskriminalitet. Det anbefales at man utnytter handlingsrommet i anskaffelsesdirektivene for å bidra til å motvirke og bekjempe økonomisk kriminalitet. Dette omfatter blant annet å utfordre dagens taushetspliktsregler hos øvrige departementer og gi offentlige oppdragsgivere tilgang til informasjon og registre, se nærmere om dette i punkt 4.5 nedenfor. Videre omfatter det å innskjerpe skatteattestordningen til å gi offentlige oppdragsgivere elektronisk tilgang til skatteinformasjon i sanntid.

c. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Gjeldende lov om offentlige anskaffelser § 7 inneholder en hjemmelsbestemmelse for forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Arbeids- og sosialdepartementet er ansvarlig for denne forskriften. Av høringsnotatet følger at Arbeids- og sosialdepartementet har varslet at det skal foretas en evaluering av forskriften. På denne bakgrunn uttaler Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) i sitt høringsnotat at NFD «som utgangspunkt ikke vil foreslå endringer i lovens hjemmelsbestemmelse (§ 7) eller i selve forskriften i denne omgangen, men overlater til Arbeids- og sosialdepartementet å vurdere dette i forbindelse med den varslede evalueringen.»

Videre fremgår det at departementet har vurdert men ikke finner grunnlag for å foreslå at forskriften også skal omfatte konsesjonskontrakter. Dette er begrunnet i at det er «lite naturlig å utvide forskriftens anvendelsesområde i forkant av en slik evaluering» og at departementet har «begrenset oversikt over utbredelsen av konsesjonskontrakter i bransjer der sosial dumping er et omfattende problem».

Oslo kommune er av den oppfatning at forskriften også må omfatte konsesjonskontrakter. Oppfølging av leverandører og bekjempelse av sosial dumping og useriøse leverandører er

viktig uansett kontraktstype. Oslo kommune benytter slike krav i alle sine anskaffelser uavhengig av kontraktstype. Erfaringen tilsier at arbeidskriminalitet også er et problem i bransjer der det offentlige benytter konsesjonskontrakter. Det vil som oftest være de samme leverandørene som konkurrerer om en ordinær anskaffelseskontakt som vil konkurrere om en eventuell konsesjonskontrakt innen samme anskaffelsesområde. Det er derfor uheldig hvis man lager et kunstig skille mellom «vanlige» kontrakter og konsesjonskontrakter.

Oslo kommune har tidligere avdekket omfattende brudd på lønns- og arbeidsvilkår for ansatte også ved tjenestekonsesjoner. Effektiv oppfølging av slike leverandører kan bli vanskeligere dersom man ikke har noen direkte hjemmel å vise til.

Etter Oslo kommunes oppfatning er det viktig at loven med tilhørende forskrifter ikke er til hinder for å kunne ha ovennevnte forpliktelser også i sine konsesjonskontrakter. Dette gjelder også for kontrakter med lavere verdi enn EØS-terskelverdi.

Konklusjon:

Oslo kommune er av den oppfatning at loven § 7 og selve forskriften om lønns- og arbeidsvilkår bør utvides til også å omfatte konsesjonskontrakter.

Vi mener det uansett bør presiseres at loven og forskriften ikke er til hinder for at oppdragsgiver kan stille krav om lønns- og arbeidsvilkår for leverandørens, herunder eventuelle underleverandørers, ansatte utover de i forskriften nevnte kontrakter.

d. Hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold

§ 6 i dagens lov uttaler at oppdragsgivere skal ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen ved planlegging av en anskaffelse. Forenklingsutvalget har foreslått å fjerne bestemmelsen.

Departementet har i sitt høringsnotat foreslått videreføring av bestemmelsen, dog med visse endringer:

«Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger. Disse oppdragsgiverne skal også ha etablert egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter.

Oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen slik at offentlige kontrakter inngås og gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at disse kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen.»

Departementet foreslår å fjerne livssyklus-kostnader fra lovbestemmelsen fordi *forskriften* får mer presise bestemmelser om livssyklus-kostnader. Universell utforming blir også foreslått

fjernet fra loven § 6 fordi nye forskriftsbestemmelser om kravspesifikasjoner regulerer krav til universell utforming særskilt.

Den nye bestemmelsen reflekterer oppdragsgiveres ansvar for å bidra til å redusere miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger. Oslo kommune ser det som meget positivt at handlingsrommet for å stille miljøkrav nå blir regulert, og ikke minst noe utvidet.

Oslo kommune har vedtatt å tilslutte seg FNs Global Compact og Earth Charter. I Oslo kommunes anskaffelsesstrategi for 2013-2016 gis det strategiske føringer og tiltak for kommunens arbeid med samfunnsansvar. Der fremgår det at kommunen skal *« redusere miljøbelastningen som følge av anskaffelsesaktiviteten ved å stille relevante miljøkrav til leverandører og leveranser i anskaffelser der dette er mulig. »* Dette er i stor grad fulgt opp i kommunens anskaffelser, der miljøkrav benyttes som kvalifikasjonskrav, minstekrav eller tildelingskriterier der dette anses for å være relevant. De nye utvidede bestemmelsene underbygger dette.

Videre skal oppdragsgivere ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Særlig nevnes de nye direktivenes klargjøring av muligheter for å stille krav til forholdene under produksjonsprosessen på ulike trinn i anskaffelsen og det foreslås f.eks. inspeksjoner i produksjonslokaler.

Oslo kommune støtter dette, og mener det er en videreføring av slik Oslo kommune allerede følger opp sine anskaffelser på risikoutsatte områder. Oslo kommunes har tidligere gjennomført revisjoner av en leverandørs etterlevelse av etiske krav på området, og har flere pågående prosesser. Dette inkluderer stedlig kontroll på fabrikker i produsentland.

Videre foreslår departementet et nytt annet ledd i bestemmelsen som viser det utvidede handlingsrommet i de nye direktivene når det gjelder å kunne trekke inn ulike samfunnshensyn i offentlige anskaffelser innen miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold.

Bestemmelsen vil gjelde alle typer anskaffelser uavhengig av hvilken forskrift anskaffelsen gjelder. Oslo kommune er enig i at handlingsrommet innen samfunnshensyn skal reflekteres i regelverket. Dette gir ikke bare offentlige oppdragsgivere trygghet på at det er lov til å stille krav om samfunnshensyn til leverandørene; det vil også gjøre det enklere å sikre mer effektiv kontroll av leverandørene, slik at de overholder de krav man har satt til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i anskaffelsene.

Konklusjon:

Oslo kommune støtter en ny bestemmelse som klargjør betydningen av miljøkrav og grunnleggende menneskerettigheter. Videre støtter kommunen adgangen til å stille krav og sette kriterier som fremmer hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i ulike trinn i anskaffelsesprosessen.

e. Krav til lærlinger

Av departementets høringsnotat punkt 3.5 følger forslag til en videreføring av dagens bestemmelse om krav til lærlinger, i en endret form og flyttet til anskaffelsesloven. Det foreslås at loven får «hjemmel til å fastsette forskrift om at oppdragsgivere skal stille krav om lærlinger ved anskaffelser innenfor fastsatte fag, bransjer eller områder.» Videre uttales at «kravet om bruk av lærlinger vil bare komme til anvendelse hvor arbeidet skal utføres av fagarbeidere». Departementet tar «*sikte* på å avgrense kravet til de større *kontraktene*.»

Oslo kommune er fornøyd med at det nå blir en plikt for oppdragsgivere til å kreve lærlinger i anskaffelseskontrakter av en viss varighet og verdi, som omfatter bransjer med et definert behov for lærlinger. Dette vil bidra til at det utdannes flere fagarbeidere som samfunnet har behov for og at personer som ønsker en yrkesrettet fagutdanning kan få nødvendig praksis. Lærlingekrav vil også kunne bidra til å fremme seriøsitet i leverandørmarkedet.

Oslo kommune har allerede innskjerpet bruk av lærlinge klausuler i sine anskaffelseskontrakter. Det skal nå stilles krav om et konkret antall lærlinger i alle kommunens relevante anskaffelseskontrakter. Kravet skal stilles til både norske og utenlandske leverandører, og kravene skal være uavhengige av om det er hovedleverandør eller underleverandører som arbeider for å oppfylle kontrakten. Oslo kommune imøteser forskriftsendringen sommeren 2015, som bekrefter Oslo kommunes praksis av dagens lærlingebestemmelse.

Selv om ny forskrift om krav til lærlinger blir sendt på høring ønsker Oslo kommune likevel å knytte noen kommentarer til innholdet av en slik forskrift.

Det må åpnes for mulighet til å sette krav til lærlinger uavhengig av kontraktstype. Muligheten må gjelde både tjeneste-, bygg- og anleggs- og konsesjonskontrakter. Det bør presiseres at kravene også kan stilles i tilknytning til rammeavtaler. Kravene til lærlinger må gjelde uavhengig av om det er hovedleverandør eller underleverandører som skal utføre arbeidet.

Oslo kommune mener det ikke bør stilles for høye krav til verdien av en kontrakt før kravet til lærlinger kommer til anvendelse. Departementet viser til at i Danmark gjelder kravet for kontrakter på minst 10 millioner danske kroner og av minst 6 måneders varighet. Etter vår oppfatning er kravet til omsetning unødig høyt, og kravet til kontraktens varighet også noe lang. Omfattende erfaring fra anskaffelser i Oslo kommune viser at en leverandør normalt må ha en omsetning på 2-3 millioner kroner for å dekke inn en lærling. En kontrakt av 4-5 måneders varighet må også kunne anses tilstrekkelig for å kunne stille lærlingekrav. Videre mener Oslo kommune at det bør fremgå tydelig at det kan stilles krav om at andel lærlinger kan utgjøre minimum 10 % av fagarbeidere som trengs for å oppfylle kontrakten. Ovennevnte bør gjenspeiles i forskriftsbestemmelsene.

Etter Oslo kommunes oppfatning er det viktig at nye anskaffelsesregler ikke er til hinder for å kunne kreve bruk av lærlinger der kontraktsverdien er lavere eller kontraktens varighet kortere enn de terskler som knyttes til en plikt for oppdragsgiver til å kreve til lærlinger.

Konklusjon:

Oslo kommune imøteser nye regler knyttet til bruk av lærlinger ved oppdrag på områder der det er et klart behov for lærlinger. Oslo kommune støtter departementets forslag om å innføre bestemmelser som forplikter offentlige myndigheter til å stille konkrete lærlingekrav i relevante anskaffelseskontrakter. Det er viktig at alle kontraktstyper omfattes av reglene, og at det ikke stilles for høye krav til kontraktsverdi eller kontraktens varighet før forskriften kommer til anvendelse, forutsatt at kravet som stilles er forholdsmessig.

Oslo kommune mener at det er viktig at nye regler knyttet til lærlinger også åpner for muligheter til å stille strengere lærlingekrav hvis man ønsker det. Under EØS-terskelverdi bør man i størst mulig grad åpne for at oppdragsgiver både kan stille skjerpede lærlingekrav til leverandøren som sådan og til oppfyllelsen av kontrakt.

For anskaffelser over EØS- terskelverdi er det viktig at norske regler åpner for å utnytte hele det juridiske handlingsrommet til å stille lærlingekrav som nye EU- direktiver gir.

f. Tilretteleggelse for bruk av ideelle organisasjoner

Det vises til høringsnotatets omtale av dagens uprioriterte tjenester på helse- og sosialområdet, og at hoveddelen av helse- og sosialtjenester og kultur- og utdanningstjenester blir omfattet av egne og mer fleksible regler fremover. Det fremgår at departementet ikke har tatt stilling til hvordan dette forslaget skal følges opp. Oslo kommune benytter seg i dag av private, herunder ideelle, tilbydere innenfor helse- og omsorgssektoren. Gode velferdstjenester er velferdstjenester med stort mangfold av aktører, tiltak og tilbud. Private tilbydere kan bidra til en bredde og variasjon i tilbudet. Oslo kommune anmoder om at regjeringen i arbeidet med nye anskaffelsesregler i størst mulig grad hensyntar det offentliges interesse i å kunne benytte seg av ideelle leverandører også i fremtiden.

2. Anskaffelsesforskriften

2.1 Forhold departementet spesielt ønsker innspill på

a. Kontraktsvilkår, herunder økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn.

Departementet foreslår en ny bestemmelse om kontraktsvilkår:

«Oppdragsgiver kan fastsette kontraktsvilkår, inkludert kontraktsvilkår som vedrører økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn. Kontraktsvilkårene skal ha tilknytning til leveransen og angis i anskaffelsesdokumentene.»

Rent faktisk innebærer bestemmelsen en utvidelse av dagens bestemmelse om kontraktsvilkår, da oppdragsgivere blir forpliktet til å angi både eventuelle standardvilkår og spesielle kontraktsvilkår i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Dette for å sikre

gjennomsiktighet om vilkårene og større forutsigbarhet for leverandørene. Departementet ønsker særlig innspill på denne utvidelsen.

Slik Oslo kommune ser det, er det naturlig at kontraktsvilkårene gjøres kjent så tidlig som mulig i en anskaffelsesprosess. Dette vil kunne medføre bedre og mer reell konkurranse da kun leverandører som kan oppfylle kontraktskravene vil delta i konkurransen. Oslo kommune har allerede lenge praktisert dette, slik at for Oslo kommune vil dette ikke innebære reelle endringer fra dagens praksis. En kodifisering er imidlertid positivt, særlig fordi bestemmelsen også viser til ikke-anskaffelsesfaglige hensyn og klargjør muligheten for å stille slike kontraktskrav.

b. Ny struktur på rekkefølgen

Departementet ber særskilt om en tilbakemelding på forskriftens struktur slik den fremgår av utkastet. Målsetningen er å utarbeide en forskrift som er lett å finne frem i både for erfarne og uerfarne innkjøpere og leverandører.

Ny struktur på bestemmelsene er foreslått i en rekkefølge som naturlig følger anskaffelsesprosessen:

- Planlegging av anskaffelsen (frem til konkurransen er kunngjort)
- Gjennomføringen av konkurransen
- Gjennomføring av kontrakten
- Sanksjoner

Oslo kommune er positiv til denne strukturen, og mener det er en naturlig oppbygging av forskriften å følge anskaffelsesprosessens naturlige gang så langt det lar seg gjøre.

c. Prosedyrer

Adgangen til å bruke prosedyrene konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog er utvidet og harmonisert. Oppdragsgiver skal nå fritt kunne velge mellom disse to prosedyrene dersom de angitte vilkårene er oppfylt.

I ny § 9-3 reguleres muligheten til å gå i direkte forhandlinger uten forutgående kunngjøring. Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er en bestemmelse medlemsstatene ikke er pålagt å gjennomføre. Det er foretatt mindre endringer i bestemmelsen fra EUs side. Departementet mener hensynet til effektiv ressursbruk tilsier at prosedyren bør innføres. Dette støttes av Oslo kommune.

Det er videre foretatt en større teknisk endring i forskriftens bestemmelser om prosedyrer. Det er skilt ut en egen bestemmelse for de tilfeller der oppdragsgiver kan gå direkte til én leverandør, jf utkastets forslag til ny § 9-4. Bakgrunnen for dette angis å være et forsøk på å hindre forvirring, da forskriftsteksten henviser til konkurranse med forhandlinger også i de tilfeller det kun er én leverandør som vil være aktuell. Det vil i slike tilfeller ikke avholdes noen konkurranse, og ny bestemmelse i § 9-4 har fått overskriften «Vilkår for anskaffelse uten konkurranse».

Oslo kommune støtter departementets syn på dagens bestemmelse og mener det i utkastet er foretatt grep som klargjør forskriftens bruksområde.

d. Kravspesifikasjon - særlig om universell utforming (lov/forskrift)

Departementet presiserer at direktivets bestemmelser om kravspesifikasjoner/tekniske spesifikasjoner i all hovedsak er en videreføring av dagens rettsstilstand, men at kravspesifikasjonene nå kan omfatte krav til alle faser av et produkts livssyklus. Videre skal oppdragsgiver i utgangspunktet benytte kravspesifikasjoner som tar hensyn til universell utforming ved anskaffelser som skal brukes av personer. Departementet uttaler at det kan være krevende for oppdragsgiver å ta stilling til når og hvordan krav til universell utforming skal stilles, og at forskriften derfor skal gi mest mulig konkret informasjon om hva som ligger i kravene til universell utforming innen ulike sektorer. Departementet foreslår at kravspesifikasjonene skal vise til krav til universell utforming som er fastsatt i lov eller forskrift, og ber om innspill på denne listen.

Oslo kommune vektleggersamfunnsansvar i sine anskaffelser, og er således svært positiv til at de nye direktivene i større grad åpner for å vektlegge miljøhensyn ved anskaffelsen, herunder alle fasene i livssyklusen til det som anskaffes.

Oslo kommune er positiv til at det i forskriften gis konkret informasjon om hva som ligger i kravene til universell utforming i ulike sektorer. Når det gjelder innspill til listen i forslag til ny forskrift § 11-2 over sektorer hvor kravene til universell utforming særlig gjør seg gjeldende, er Oslo kommune av den oppfatning at den er dekkende, og legger til grunn at listen heller ikke er ment å være uttømmende, jf. uttrykket «*Dette gjelder særlig*» (Oslo kommunes uthevelse...), som er foreslått i forskriftsteksten.

Vedrørende forslag til ny forskrift § 11-3 første ledd bokstav d, som omhandler merkeordninger, ønsker Oslo kommune å påpeke at uttrykket «*alle interesserte leverandører*» (Oslo kommunes uthevelse) ikke nødvendigvis innebærer det samme som ordlyden i direktiv 2014/25/EU artikkel 43 nr.1 bokstav d. Direktivbestemmelsen bruker begrepet «*alle interessenter*» i den danske oversettelsen, og begrepet «*all interested parties*» i den engelske. Det stilles spørsmål ved om ikke den norske forskriftsbestemmelsen således får et noe snevrere anvendelsesområde.

Videre bemerker Oslo kommune at forslag til ny forskrift § 11-4 første ledd viser til at oppdragsgiver kan kreve at "leverandørene" fremlegger testrapporter, attester og annen dokumentasjon. Direktiv 2014/24/EU artikkel 44 bruker uttrykket "*økonomiske aktører*" og "*economic operators*" i den danske og engelske versjonen. Det stilles spørsmål ved om direktivbestemmelsen således har et noe annet innhold enn forslag til ny forskriftsbestemmelse.

Konklusjon:

Oslo kommune imøteser muligheter til i større grad å kunne stille relevante miljøkrav, herunder hensynene til livssyklus kostnader, samt at det foretas en større klarlegging av når og hvordan man kan benytte krav til universell utforming i anskaffelser.

2.2 Bruk av underleverandører – plikt til å etterspørre dokumentasjon

Departementet uttaler at det er innført en rekke tiltak for å sikre at underleverandører overholder miljø-, sosiale- og arbeidsrettslige krav. Videre ønsker departementet som ledd i regjeringens strategi mot arbeidskriminalitet å innføre ytterligere tiltak for å sikre underleverandørers overholdelse av kravene.

Oslo kommune har i 2014 innført en rekke krav og tiltak i sin anskaffelsesvirksomhet for å sikre at leverandører og deres underleverandører overholder krav til lønns- og arbeidsforhold. Disse inkluderer blant annet en begrensning i antall ledd underleverandører til to ledd i vertikal kjede, krav om skriftlig forhåndsgodkjenning ved bruk av underleverandører, skjerpede sanksjonsmuligheter ved at leverandør ikke kan kreve å få rette manglede oppfyllelse av krav til lønns- og arbeidsforhold før kommunen kan heve kontrakten, samt krav til spesifisering av bruken av underleverandører på fakturaer fra risikoutsatte bransjer.

Det er viktig at departementet bruker det handlingsrommet som finnes til å gi offentlige oppdragsgivere ytterligere muligheter for å sikre et seriøst arbeidsliv. Oslo kommune imøteser departementets forslag om mulighet til å hindre bruk av underleverandører ved bestemte kritiske oppgaver, og mulighet for å etterspørre opplysninger om underleverandørene.

Oslo kommunes erfaring tilsier at risikoen for useriøse aktører øker ved lange leverandørkjeder.

Uansett er det viktig at nye bestemmelser for å fremme et seriøst arbeidsliv ikke utformes på en slik måte at det hindrer oppdragsgivere å gå enda lenger i sine krav til leverandører og underleverandører.

Konklusjon:

Oslo kommune imøteser departementets forslag til krav til underleverandører. Nye bestemmelser må ikke være til hinder for at oppdragsgivere kan stille strengere krav til leverandører og underleverandører.

2.3 Innovasjonspartnerskap

I nytt direktiv er det tatt inn en ny bestemmelse om innovasjonspartnerskap. Om innovasjonspartnerskap uttaler departementet at «*Formålet med prosedyren er å legge til rette for at oppdragsgiver skal kunne utvikle et innovativt produkt, tjeneste eller bygge- og anleggsarbeid sammen med en eller flere utvalgte partnere, og deretter eventuelt kjøpe de utviklede varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene*».

Av direktivets artikkel 2 (1) (22) er innovasjon definert som «*indførelse af en ny eller betydeligt forbedret vare, tjenesteydelse eller proces*». Departementet har ikke foreslått en egen definisjon av innovasjon eller innovasjonspartnerskap i utkast til ny forskrift. Oslo kommune imøteser en slik definisjon.

I direktivet er innovasjonspartnerskap inntatt som en ny prosedyre. Departementet uttaler at de der anser dette for å være en ny kontraktsform og ikke en prosedyre. Departementet uttaler videre at bestemmelsen i det nye direktivet i all hovedsak regulerer hvordan kontrakten med partneren(e) skal gjennomføres, og ikke hvordan konkurransen skal gjennomføres. Dette synet støttes blant annet av Sue Arrowsmith, som også mener at det er fullt mulig å benytte dagens konkurranse med forhandling for å gjennomføre før-kommersielle anskaffelser.

Oslo kommune har gjennomført landets første før-kommersielle konkurranse i den såkalte «No dig-prosessen». Her benyttet kommunen prosedyren konkurranse med forhandling, men i en tilpasset form. «NoDig» er en prosess hvor målet er å benytte teknologi fra offshore-bransjen til såkalte «gravefri» rørlegging i Oslos gater. Oslo kommune er positiv til at de nye direktivene innfører en ny prosedyre for innovasjonspartnerskap, og er generelt opptatt av at det legges til rette for at innkjøpere både kan hensynta og fremme innovasjon gjennom sine anskaffelser. I den forbindelse påpekes det også at det av fortalet i direktiv 2014/24/EU premiss (47), er fremhevet at forskning og innovasjon er blant de viktigste drivkreftene for fremtidig vekst, samt at prioritering av dette under anskaffelsene er avgjørende for å oppnå større effektivitet og kvalitet innen bygg- og anleggssektoren, samtidig med håndteringen av samfunnsmessige utfordringer.

Konklusjon:

Oslo kommune imøteser innovasjonspartnerskap som en ny og forbedret mulighet til å foreta innovative anskaffelser, som også kan gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter å slippe til. Oslo kommune mener begrepet innovasjon bør defineres i forskriften.

2.4 Utvidet adgang til avklaringer og ettersending av dokumentasjon

Direktivet innfører en ny bestemmelse som betraktelig utvider oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes. Bestemmelsen gir nå også leverandører mulighet til å ettersende dokumentasjon som mangler i selve tilbudsdokumentasjonen; og ikke kun dokumentasjon på at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. Departementet presiserer at dette vil kunne føre til færre avvísninger på grunn av manglende innlevert dokumentasjon og uklarheter i tilbudet, og viser til at avklaringsadgangen bør utvides slik at oppdragsgiver kan ha dialog med leverandørene om uklarheter og ufullstendigheter i tilbudet. Forutsetningen er at avklaringen ikke kan medføre forskjellsbehandling av leverandørene. Departementet foreslår som en konsekvens av den nye bestemmelsen å oppheve forhandlingsforbudet i dagens § 21-1, samt presisere forbudet mot å endre, eller forsøke å endre tilbudene i forslag til ny §§ 17-10 og 17-11.

Som departementet påpeker, utvider regelen oppdragsgivers adgang til å be leverandørene ettersende, supplere eller klargjøre dokumentasjon betraktelig. Slik Oslo kommune ser det er bestemmelsen både praktisk og nyttig, og vil kunne føre til færre avvísninger.

2.5 Avvisningsreglene

a. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

Departementet foreslår å videreføre en bred avvisningsplikt som omfatter direktivets utvidete adgang til avvisning for korrupsjon, bedrageri mv. Oslo kommune støtter dette.

I henhold til dagens avvisningsregler må en leverandør være rettskraftig dømt for at det skal oppstå en plikt til å avvise leverandøren. Det har lenge vært diskutert i teorien hva som ligger i begrepet «rettskraftig dømt». Departementet foreslår å sidestille vedtatt forelegg etter straffeprosesslovens § 255 og rettskraftig dømt for straffbare forhold for å klargjøre begrepet. Departementet fremhever at bestemmelsen om avvisning av leverandørene i slike tilfeller er et *«viktig redskap for å motvirke kriminalitet, bidra til allmennhetens tillit og skape like konkurransevilkår»*.

Videre har departementet også tatt inn en bestemmelse om avvisningsplikt der leverandører ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter.

Departementet har også tatt inn bestemmelser fra nytt direktiv om at det i noen tilfeller kan skje identifikasjon mellom leverandør og tilknyttede fysiske personer, samt at oppdragsgiver skal kunne kontrollere om det foreligger forhold ved underleverandør som gjør dem uegnet til å medvirke ved kontraktsoppfyllelsen. Det er foreslått en utskiftningsplikt av underleverandører der oppdragsgiver blir kjent med at underleverandør er i en situasjon som ville medført avvisningsplikt av leverandør.

Oslo kommuner støtter presiseringen av uttrykket «rettskraftig dømt». Det er uheldig at samme straffbare forhold kan føre til ulike konsekvenser. Videre støtter Oslo kommune avvisningsplikt for leverandører som ikke har oppfylt forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter. Å ha en plikt til å avvise slike leverandører vil også på sikt medføre et mer seriøst leverandørmarked innen risikoutsatte bransjer. Endelig støtter Oslo kommune forslag til ny bestemmelse om utskiftning av underleverandører hvor underleverandøren er i en situasjon som ville medført avvisningsplikt av leverandør.

Oslo kommune savner imidlertid en vurdering rundt mulighetene for å bli kjent med forhold hos en leverandør som medfører avvisningsplikt. Taushetsplikt hos ulike etater, anonymisering av rettsavgjørelser på lovdata, samt anonymisering og taushet rundt forvaltningsvedtak gjør det nærmest umulig for oppdragsgivere å oppdage at en leverandør har brutt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter, er dømt for nevnte straffbare forhold mv. Oslo kommune oppfordrer derfor departementet til å sørge for et «åpen bok-prinsipp» for forhold om leverandørene. Dette vil være et viktig grep i arbeidet med å bekjempe arbeidslivskriminalitet og å unngå useriøse leverandører i offentlige kontrakter.

Byråden for finans har i anmodning til statsministeren av 3.10.2014 redegjort for konkrete utfordringer som vanskeliggjør innsatsen mot arbeidslivskriminalitet. Der vises det til at

manglende tilgang til informasjon om hvordan leverandører i risikoutsatte bransjer ivaretar sine lovmessige forpliktelser, øker mulighetene for at kommunenes virksomheter uforvarende kan komme til å inngå kontrakter med kriminelle og useriøse leverandører. Dersom offentlige virksomheter i større grad gis mulighet til å dele relevant informasjon for å forebygge og bekjempe arbeidslivskriminalitet, vil det bli lettere å sette inn effektive tiltak både på generelt nivå og ved den enkelte anskaffelse. På denne bakgrunn har Oslo kommune anmodet om endring av ligningsloven § 3-13, endringer i taushetspliktsbestemmelsene i politiloven, endringer i informasjon tilgjengelig på internett av offentlige opplysninger, og endringer i byggherreforskriften § 15 bokstav e om innhold i mannskapslistene på byggeplasser.

Departementet innfører en bestemmelse om konsekvenser av «self cleaning» tiltak med bakgrunn fra nytt direktiv. For å ivareta fleksibiliteten i oppdragsgivers vurdering av «self-cleaning tiltak» overlates beslutningen om hvorvidt iverksatte tiltak er tilstrekkelige, til oppdragsgiver. Dog har departementet foreslått maksimalgrensene for avvisning av leverandører til henholdsvis fem og tre år avhengig av forhold. Oslo kommune støtter dette.

Konklusjon:

Oslo kommune er opptatt av et seriøst leverandørmarked og er derfor positiv til innføring av nye bestemmelser som nevnt over. Imidlertid savner Oslo kommune en vurdering av tilliggende regelverk for effektiv deling av informasjon, som gjør at oppdragsgivere kan tilegne seg nødvendig kunnskap til å kunne avvise de useriøse leverandørene.

b. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

Departementet har foreslått en ny bestemmelse om avvisning der oppdragsgiver kan avvise dersom det slås fast at tilbudet *«ikke oppfyller regler om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonalt regelverk, EØS-regelverk, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som nevnt i vedlegg 6, uten å være unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 18-9»*.

Oslo kommune mener en slik avvisningsmulighet er viktig i bekjempelse av arbeidskriminalitet. Det finnes eksempler på at leverandører i risikoutsatte bransjer tilbyr timepriser på sine tjenester som de facto betyr at de selger sine tjenester med tap. Ofte vil dette skyldes enten sosial dumping, som f.eks. brudd på lønns- og arbeidsvilkår overfor sine ansatte, eller en eller annen form for økonomisk kriminalitet. En spesiell regulering av avvisning i slike tilfeller er et skritt i riktig retning for oppdragsgivere som ønsker å forholde seg til den seriøse delen av leverandørmarkedet. Det er også viktig overfor de seriøse leverandørene som slik sett får en mulighet til å konkurrere på like og rettferdige vilkår.

Konklusjon:

Oslo kommune legger stor vekt på å forhindre arbeidskriminalitet, og er derfor positiv til at denne avvisningsadgangen inntas i regelverket.

2.6 Konkurransesgrunnlagets krav til informasjon

I utkast til ny forskrift foreslås det at dagens bestemmelse i § 17- 5, som regulerer kvalifikasjonsgrunnlag, fjernes. Begrunnelsen fra departementet er at opplysningene i kvalifikasjonsgrunnlaget er de samme som i konkurransegrunnlaget.

Videre er det i det nye direktivet stilt krav om at konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet, noe som vil være til hinder for at oppdragsgiver kun lager kvalifikasjonsgrunnlaget i første omgang, slik det er mulighet for i dag.

Oslo kommune har ingen innsigelser mot å fjerne bestemmelsen som omhandler kvalifikasjonsgrunnlaget. Dette mener vi vil redusere sjansene for at konkurransegrunnlagets utforming blir påvirket av hvem som leverer inn forespørsel om deltakelse. Oslo kommune er imidlertid opptatt av at sensitive opplysninger i for eksempel anskaffelse av pleie og omsorgstjenester til enkeltpersoner og i større IKT-anskaffelser, kan behandles forsvarlig.

Når det gjelder IKT er det i flere av de store anskaffelsene en betydelig mengde informasjon oppdragsgiver ikke ønsker å spre ukritisk. Slik det fungerer i dag er det kun de prekvalifiserte leverandørene i en totrinnsprosess som får tilsendt detaljert informasjon vedrørende for eksempel en IKT-plattform, dersom informasjonen er nødvendig for at leverandøren skal kunne utarbeide tilbud.

Slik den nye bestemmelsen om konkurransegrunnlag er utformet skal anskaffelsesdokumentene legges på Doffin ved kunngjøringen av konkurransen, og med tilgang for alle interessenter umiddelbart, med enkelte modifikasjoner. Det vises i denne sammenheng til bestemmelsen i utkast til forskriftens § 8-3 og elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget:

«(1) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konkurransegrunnlaget fra den dagen konkurransen er kunngjort i TED-databasen eller oppdragsgiver sender invitasjon til å bekrefte interesse. (...)

(3) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset tilgang til deler av konkurransegrunnlaget fordi det inneholder forretningshemmeligheter, jf. anskaffelsesloven § 7 b, skal han i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse angi hvilke tiltak som er nødvendige for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene. (...)»

I anskaffelseslovens § 7b fremgår følgende bestemmelse i annet ledd:

«Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte informasjon av fortrolig karakter som gjøres tilgjengelig i forbindelse med en anskaffelse.»

Endringen vil medføre at en større gruppe leverandører får tilgang til informasjon som tidligere kun ble gjort tilgjengelig for de kvalifiserte leverandørene i en konkurranse. Dette

mener Oslo kommune er uheldig, til tross for de ovennevnte mulighetene oppdragsgiver har til å begrense informasjonsflyten. Slik Oslo kommune oppfatter det vil en oppdragsgiver måtte gi ut sensitiv informasjon til for eksempel 20 leverandører som melder sin interesse ved først å be dem signere en taushetserklæring, og så stille krav til hvordan de beskytter informasjon. Dersom kun fire leverandører velges ut til videre deltakelse i konkurransen, er det 16 leverandører som unødig har fått tilgang til sensitiv informasjon. Det bes om at departementet skisserer løsninger som kan redusere de skadevirkningene som kan oppstå ved spredning av sensitiv informasjon.

3 Forsyningsforskriften

Departementet har - der det har vært mulig og hensiktsmessig – innstilt på samme regler i både forslag til anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Oslo kommunes kommentarer knyttet til anskaffelsesforskriften gjør seg således i stor grad gjeldende også for forslag til forsyningsforskriften.

Oslo kommune begrenser derfor sin høringsuttalelse til å omhandle utvidelse av oppdragsgivere omfattet av forskriften, samt forslaget til terskelverdi.

Departementet foreslår å utvide forskriftens virkeområde ved å tilbakeføre offentlige myndigheter til forsyningsforskriften når det gjelder anskaffelser innen forsyningsforskriftens virkeområde. Regelverkets virkeområde vil da bli slik det var før 2005. Bakgrunnen for innsnevringen av virkeområdet i 2005 var særlig at en ønsket å stille samme krav til konkurranse, uavhengig av aktivitet, for å sikre kunngjøring av anskaffelser som oversteg nasjonale terskelverdier.

Når departementet nå foreslår en tilbakeføring av offentlige myndigheter til forsyningsforskriften, er det fordi man foreslår ny nasjonal kunngjøringsplikt for bygg- og anleggsarbeider og særlige tjenester over 3,1 millioner kroner. Departementet ønsker ikke å fjerne fleksibiliteten forsyningsforskriften har ved å innføre samme kunngjøringsplikt som for klassisk sektor, dvs. 500.000 kr.

Oslo kommune støtter under tvil tilbakeføringen av offentlige myndigheter til forsyningsforskriften ved anskaffelser innen forsyningsområdet. Endringen innebærer at terskelverdien ved anskaffelser fra offentlige myndigheter innen forsyningsområdet heves fra 500.000 kroner til 3,1 millioner. Det vil øke bruken av direkteanskaffelser og kan redusere konkurransen om slike offentlige oppdrag. Samtidig bør den foreslåtte nasjonale terskelverdien vurderes opp mot utfordringer med useriøse aktører ved direkte anskaffelser. En økt adgang til å foreta direkte anskaffelser kan forsterke utfordringene med useriøse aktører. Like anskaffelsesregler innenfor forsyningsområdet taler imidlertid for departementets forslag da det vil styrke forutberegneligheten for leverandørene.

Konklusjon:

Oslo kommune støtter endringene foreslått i forsyningsforskriftens virkeområde, men ber departementet vurdere de foreslåtte nasjonale terskelverdiene nøye slik at terskelverdiene blir så like som mulig.

4 Konesjonsforskriften

Departementet har - der det har vært mulig og hensiktsmessig - innstilt på samme regler i både forslag til anskaffelsesforskriften og konsesjonsforskriften. Oslo kommunes kommentarer knyttet til anskaffelsesforskriften gjør seg således i stor grad gjeldende også for forslag til konsesjonsforskriften.

På generell basis ønsker Oslo kommune å presisere at det er viktig at en del bestemmelser bør gjelde for alle kontrakter uavhengig av hvilken forskrift konkurransen reguleres etter. Dette gjelder særlig bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår, krav til lærlinger, miljø, sosiale forhold, grunnleggende menneskerettigheter mv.

Det foreslås innført en nasjonal kunngjøringsplikt for kontrakter med en kontraktsverdi over 6 millioner kroner. Departementet ønsker innspill på om kunngjøringsplikten istedenfor bør gjelde fra en annen kontraktsverdi. Terskelverdien på 6 millioner kroner er den samme som for spesielle kontrakter i anskaffelsesforskriften, som f.eks helse- og sosialtjenester. Som det fremgår av Oslo kommunes høringsuttalelse til nasjonale regler, ønsker Oslo kommune så like nasjonale terskelverdier for ulike typer anskaffelseskontrakter som mulig. Dette fordi en økt adgang til å foreta «direkte anskaffelser/konesjoner» kan forsterke utfordringene med useriøse aktører.

Departementet foreslår at oppdragsgiver skal meddele alle leverandører som har vært med i konkurransen, hvem som er tildelt kontrakten, samtidig som oppdragsgiver skal gi en kort begrunnelse for sitt valg. Departementet foreslår også bestemmelser om karen, suspensjon og sanksjoner, og ber særlig om innspill på dette. Oslo kommune støtter at slike bestemmelser innføres i konsesjonsforskriften.

Videre ber departementet om innspill på sitt forslag om ikke å innføre protokollplikt i forskriften. Oslo kommune er av den oppfatning at det bør innføres protokollplikt på samme måte som det er innført i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Direktivet regulerer ikke unormalt lave tilbud, men departementet mener det likevel bør være mulig å avvise en leverandør som tilbyr unormalt lavt vederlag. På denne bakgrunn foreslås en rett til å avvise unormalt lave tilbud.

Konesjonsdirektivet inneholder heller ingen eksplisitt bestemmelse om avvising av tilbud som ikke oppfyller regler om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonalt regelverk, EØS-regelverk, tariffavtaler eller bestemte internasjonale avtaler. Departementet mener det er naturlig å innføre en slik avvisingbestemmelse i konsesjonsforskriften idet direktivet inneholder en generell bestemmelse om at medlemsstatene skal treffe passende tiltak som sikrer at slike krav blir oppfylt. Oslo kommune anser det som viktig å presisere slik avvising i konsesjonsforskriften. Avvisningsmulighetene ved arbeidskriminalitet bør være de samme uavhengig av typen kontrakt man står overfor. For øvrig vises det til tidligere kommentarer når det gjelder selve bestemmelsen.