

Nærings- og fiskeridepartementet
Sendes elektronisk til postmottak@nfd.dep.no

Oslo, 17. juni 2015

HØRINGSUTTALELSE - FORSLAG OM ENDRING AV LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG TILHØRENDE FORSKRIFTER FOR Å GJENNOMFØRE FORSYNINGSDIREKTIVET

Innhold

1. Innledning	2
1.1 Om Posten Norge AS og logistikkmarkedet	2
1.2 Anskaffelsesregelverkets anvendelse på selskaper i forsyningssektoren	2
1.3 Forholdet til forenklingsutvalgets forslag	4
Høringsnotat 1 Endringer i lov om offentlige anskaffelser	4
Forslag til § 7a:	4
Forslag til § 16 og § 16 a	4
Høringsnotat 3: Ny forskrift om innkjøpsreglene i forsyningssektoren	6
Til høringsnotatet pkt 3.1.6	6
Til høringsnotatet kapittel 4. Forskriftens del II Anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider under EØS- terskelverdien og særlige tjenester	6
Til høringsnotatet pkt 5.1.9 Kvalifikasjonskrav	7
Til høringsnotatet pkt 5.1.25 Avvisning	7
Til høringsnotatets pkt 5.1.27 Protokollplikt	8
Til høringsnotatet pkt 5.1.29 Rammeavtaler	8
Til høringsnotatet kapittel 8 Overgangsregler	8
§ 14-1 - Tildelingskriterier	9
Kapittel 18 – Prosedyre – konkurranse med forhandling	9

1. Innledning

1.1 Om Posten Norge AS og logistikkmarkedet

Posten Norge AS (heretter kalt Posten) er et selskap heleid av den norske stat ved Samferdselsdepartementet. Posten er å anse som et "offentlig foretak" og utøver de aktiviteter som er omhandlet i gjeldende forsyningsdirektiv artikkel 6, jf gjeldende forsyningsforskrift § 1-3 bokstav d. Posten anskaffer varer og tjenester for ca NOK 10 mrd pr år, og har en egen innkjøpsavdeling med 22 profesjonelle innkjøpere.

Posten er et post- og logistikkonsern, som nå opererer i full konkurranse mot kommersielle aktører av både nasjonal og internasjonal karakter. Når Stortinget nå har vedtatt ny postlov, og med det implementerer EUs tredje post-direktiv, faller siste rest av Postens enerett bort, og Posten vil være underlagt konkurranse på alle sine tjenesteområder, også nasjonalt. Noen av våre hovedkonkurrenter er post- og logistikkelskaper, eid av andre EU-stater. Post- og logistikkbransjen er en internasjonal bransje. Posten-konsernet leverer tjenester i store deler av EU-området.

Det er en trend i bransjen at kundene ønsker å forholde seg til færrest mulig leverandører innen de relevante, logistiske tjenesteområdene. For å kunne være konkurransedyktig og tilfredsstillende kundebehov, er det derfor nødvendig å kunne tilby de fleste relevante logistikk-tjenestene, primært med Norden som nedslagsfelt, men i økende grad også utenfor Norden. Det er også en trend at internasjonale selskaper etablerer seg i Norge. Alle de store norske aktørene er nå kjøpt av utenlandske selskaper eller utgjør en del av internasjonale nettverk.

Ingen av Postens konkurrenter som opererer i Norge er underlagt anskaffelsesregelverket. Noen av Postens konkurrenter på internasjonalt nivå, de utenlandske postselskapene, er underlagt forsyningsdirektivet ved utførelse av posttjenester i sitt hjemland, i den grad det ikke er gitt fritak. Ingen av de internasjonale private aktørene er underlagt regelverket.

Posten Norge AS driver en integrert produksjon av post- og logistikk-tjenester. 20. mars 2015 søkte Posten derfor fritak fra anskaffelsesregelverket for anskaffelser relatert til de logistikk-tjenester som er eksponert for konkurranse, i tråd med direktivets krav. Det er ventet at avgjørelse vil foreligge i løpet av sommeren inneværende år. Søknaden omfatter imidlertid ikke alle logistikk-tjenester. Dette innebærer at forsyningsforskriften har stor relevans for Postens konkurransesituasjon.

1.2 Anskaffelsesregelverkets anvendelse på selskaper i forsyningssektoren

Det er én vesentlig forskjell mellom klassisk sektor og forsyningssektoren, og det er konkurranseaspektet. Konkurransesituasjonen er i seg selv et grunnleggende incitament for de aktuelle selskapene til å foreta effektive anskaffelser, fordi dårlige anskaffelser medfører svak konkurransekraft. Som det også illustreres ovenfor er de relevante sektorene preget av sterk industrialisering. Postens grunnholdning er at for å sikre konkurransekraft, bør lovgiver sikre så stor fleksibilitet som overhode mulig for de relevante selskaperes anskaffelsesvirksomhet.

Dette er i stor grad også det grunnleggende utgangspunktet ved utforming av forsyningsdirektivet. Forsyningsdirektivet er på en rekke områder vesentlig friere og mer fleksibelt enn direktivet for klassisk sektor.

Som det fremkommer av våre kommentarer til revidert forsyningsforskrift (se nedenfor), opplever Posten forslaget til ny forsyningsforskrift som en vesentlig innskrenkning av handlefriheten sammenlignet med forsyningsdirektivets krav og rammer. Dersom forslagene vedtas, vil oppdragsgiveres handlefrihet bli betydelig innskrenket, i forhold til det EU-direktivet legger opp til. Posten er av den oppfatning at departementet i høringsnotatene legger opp til en helt unødvendig utvisking av forskjellene mellom klassisk sektor og forsyningssektorene, ved nå å foreslå pålegg og plikter til oppdragsgivere innen forsyningssektorene som innebærer langt strengere rammevilkår enn det forsyningsdirektivet legger opp til. Posten mener at det dermed legges opp til ytterligere byråkratisering av anskaffelsesprosesser, og innskrenkninger av den handlefriheten selskaper i forsyningssektoren har behov for. Skranker eller unødige detaljregulering knyttet til anskaffelsene er hemmende for Postens konkurransekraft. I tillegg vil mer omfattende regelverk innebære økte administrasjonskostnader i form av tyngre prosesser, mindre effektive konkurranser og mindre muligheter for leverandørutvikling.

Etter Postens oppfatning legges det nå også opp til en unødvendig regulering av såkalte lovtomme rom. Dette skaper i realiteten mindre fleksibilitet. Departementets forslag oppleves ikke som en forenkling eller effektivisering av anskaffelsesregelverket, snarere tvert imot. Vi viser i denne sammenheng til Forenklingsutvalgets klare anbefaling om å redusere detaljreguleringen. Vi vil anta at Forenklingsutvalgets generelle anbefaling er minst like relevant for forsyningssektorene.

Det er viktig at et norsk regelverk for forsyningssektorene tillater så mye fleksibilitet i anskaffelsesprosessene som mulig, og regelverket må ikke gå lenger enn absolutt nødvendig. Det understrekes her at Posten selvfølgelig erkjenner at lovens grunnleggende prinsipper gjelder, uavhengig av anskaffelsens verdi. De grunnleggende prinsippene om blant annet konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet vil derfor alltid måtte følges.

Posten støtter derfor ingen forslag i høringsnotatet som innebærer en innskrenkning av Postens handlefrihet til selv å utforme gode anskaffelsesprosedyrer passende for den konkrete anskaffelse, sammenlignet med det som følger av forsyningsdirektivet.

Som det fremkommer av merknadene til forslaget til lovendring under, mener Posten dermed at departementets adgang til å gi forskrifter for forsyningssektoren må begrenses til å omfatte det som er nødvendig for å implementere forsyningsdirektivet i norsk rett. Departementet bør ikke gis adgang til å gi strengere regler enn det som følger av EU-direktivene for forsyningssektoren.

Posten er av den oppfatning at det er viktig at regler som er mer inngripende enn EU-direktivets krav kun bør innføres ved bruk av alminnelige demokratiske prinsipper som godkjenning av lovgivende myndighet. Dersom departementet gis en utvidet forskriftshjemmel, vil det kunne innebære at departementet står fritt til å lage forskrifter som kan virke sterkt innskrenkende for virksomhetene, uten at Stortinget får mulighet til å ta stilling til innholdet. Posten er derfor kritisk til å innføre begrensninger som Norge ikke er folkerettslig forpliktet til. Uansett bør dette vurderes bedre før en slik bestemmelse innføres.

Innledningsvis pekte vi på at Posten-konsernet opererer i et svært konkurranseutsatt marked. Vi påpekte også at ingen av de andre aktørene i bransjen er underlagt anskaffelsesregelverket. Det er et faktum at med et forslag om å utvide anvendelsesområde for forsyningsforskriften, også med utfyllende regler, følger det

med et tilsvarende håndhevelsesregime. Posten har ingen innvendinger til et håndhevelsesregime som sådan, så lenge det er tale om EØS-anskaffelser. Å utvide håndhevelsesregimet utover dette, ved å innføre strengere regler enn nødvendig for forsyningssektoren, anses imidlertid som klart uheldig og innebærer en ikke ubetydelig risiko. Vi vil påpeke en klar risiko for at våre konkurrenter, i egenskap av å være leverandører (hvilket ofte forekommer), misbruker håndhevelsesregimet, som ledd i et forsøk på å begrense konkurransen eller i alle fall for å oppnå et konkurransefortrinn.

1.3 Forholdet til forenklingsutvalgets forslag

Departementet opplyser flere steder i høringsnotatet at bestemmelsene skal vurderes som ledd i gjennomføringen av Forenklingsutvalgets forslag, og at departementet foreløpig ikke har tatt stilling til dette. Siden implementering av direktivene og Forenklingsutvalgets forslag kjøres som to forskjellige prosesser, blir det vanskelig å se helheten i forslagene. Vi vil derfor be departementet om å vurdere involvering av de berørte aktørene videre i prosessen, for å sikre en demokratisk prosess rundt helheten i forslagene, f eks gjennom muntlige høringer/møter etc.

Høringsnotat 1 Endringer i lov om offentlige anskaffelser

Forslag til § 7a:

Posten er enig i at bestemmelsen kun bør omfatte offentlige oppdragsgivere som er underlagt offentlighetslovens virkeområde. Ved avgrensningen av offentlighetslovens virkeområde er det tatt et bevisst valg om hvilke selskaper som skal omfattes og hvilke som ikke skal omfattes. Denne bør opprettholdes. I tillegg har flere av de selskapene som ikke er omfattet av offentlighetsloven ikke arkivsystemer eller journalføringsrutiner som støtter opp om offentlighetslovens krav. Selv om nødvendige dokumenter i en anskaffelse blir arkivert for å kunne brukes til etterfølgende dokumentasjon, vil innføring av offentlighetslovens prinsipper i anskaffelsesloven kunne få store økonomiske og administrative konsekvenser for disse selskapene.

Forslag til § 16 og § 16 a

Som det fremgår ovenfor, kan Posten ikke støtte forslaget om å gi departementet adgang til å gi forskrifter for forsyningssektoren som går lenger enn det som er nødvendig for gjennomføring av Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner.

Som nevnt i pkt 1.2 kan en innskrenkning av handlefriheten utover det som er absolutt nødvendig for å gjennomføre Norges internasjonale forpliktelser få store konsekvenser for aktørene og kan være sterkt skadelig for konkurransekraften. Dersom dette skal reguleres, bør det uansett belyses og vurderes av lovgivende myndigheter. Som sagt er det viktig for Posten at reguleringen av innkjøpsvirksomheten ikke går lenger enn absolutt nødvendig.

Departementet begrunner i høringsnotatet forslaget om å utvide forskriftshjemmelen i to hensyn;

- 1) lovteknikk og
- 2) harmonisering av regelverket.

Ingen av disse hensynene er gode begrunnelser for å pålegge en hel sektor regler som er strengere enn EU-regelverket, og henger uansett ikke sammen med departementets klare uttalelse om at «*Departementet er opptatt av å beholde fleksibiliteten i forsyningsdirektivet.*»

Hensynet til lovteknikk kan ikke gå foran hensynet til demokratiske prinsipper. Posten kan heller ikke se at det er særlig lovteknisk vanskelig å opprettholde skillet mellom klassisk sektor og forsyningssektor i loven, slik vi har i dag.

Videre er harmonisering av regelverket kun et pedagogisk virkemiddel med begrenset effekt. Det er viktig at pedagogiske virkemidler ikke blir det overordnede målet, uten at man også vurderer hvilke konsekvenser harmoniseringen får for aktørene. Få, om noen, oppdragsgivere forholder seg til begge regelverk. Og når det gjelder leverandørene, vil gjeldende bestemmelser som oftest fremkomme sammen med god veiledning i konkurransegrunnlagene. Det minnes om at man innen forsyningssektorene i all hovedsak har å gjøre med svært profesjonelle anskaffelsesmiljøer. Også her vises det til Forenklingsutvalgets arbeid, som med rette har påpekt hvilken «pris» harmoniseringstankegangen har fått i Norge. Harmoniseringshensynet må ikke gå så langt at det medfører at en aktør blir underlagt langt strengere regler enn nødvendig utelukkende fordi det er et ønske om at forskriftene skal se like ut.

Nok en gang minner vi om at det er en grunn til at EU-direktivene for klassisk sektor og forsyningssektoren er forskjellige; nemlig at aktørene er underlagt forskjellige rammebetingelser. En for stor grad av harmonisering vil utviske dette skillet, som opprinnelig ble trukket helt bevisst. Det vises her til fortalen til forsyningsdirektivet premiss 6:

«Begrepet udbud bør ligge så tætt som mulig på det begrep, der gælder i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/Eu, idet der tages behørigt hensyn til de særlige forhold i de sektorer, der er omhandlet i nærværende direktiv» (vår utheving)

Posten vil dermed advare mot at hensynet til lovteknikk og harmonisering skal gi departementet hjemmel til å undergrave dette skillet mellom klassisk sektor og forsyningssektoren. Det gjentas derfor at Posten er uenig i at forskriftshjemmelen skal utvides for forsyningssektoren. For denne sektoren bør både forskriftshjemmelen (§16) og hjemmelen for å gi pålegg (§16 a) begrenses til å omfatte det som er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner.

Høringsnotat 3: Ny forskrift om innkjøpsreglene i forsyningssektoren

Til høringsnotatet pkt 3.1.6

På bakgrunn av etterspørsel etter innspill vil Posten klart markere at vi ikke støtter forslaget om å innføre bestemmelser om skatteattest, HMS-egenerklæring og bruk av kontraktsstandarder i forsyningsforskriften. Dette er temaer som forsyningsoppdragsgivere, som profesjonelle anskaffere, i stor grad ivaretar på andre måter allerede. Unødvendig byråkrati og uforholdsmessige avvisninger som følge av for strenge dokumentasjonskrav må unngås. Det er unødvendig å innskrenke fleksibiliteten til forsyningsoppdragsgivere, jf merknader i pkt 1.2 over.

Til høringsnotatet kapittel 4. Forskriftens del II Anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdien og særlige tjenester

Departementets forslag om endringer i forskriftens anvendelseområder og terskelverdier er begrunnet med at noen offentlige myndigheter flyttes til forsyningsforskriften fra foa, der de berørte virksomhetene i dag har lavere terskelverdier enn det som nå ligger i forslaget.

I forslaget får dette betydning for bygge- og anleggskontrakter og for kontrakter om særlige tjenester.

Selv om det kun foreslås minimumsregler etter modell av det som gjelder for særlige tjenester over EØS-terskelverdiene, er det viktig å fremheve at det foreslås absolutte og konkrete plikter knyttet til prosedyre, eksempelvis en kunngjøringsplikt. I tillegg kommer håndhevelsesregler, med konsekvenser som f eks suspensjon av mulighet til å inngå kontrakt og overtredelsesgebyr.

For Posten vil forslagene om innføring av nasjonale prosedyrekrav for de refererte kontraktstypene, utover det som følger av EØS-regelverket, medføre en betydelig innskrenkning av handlefriheten sammenlignet med dagens regelverk og de rammer som er lagt i forsyningsdirektivet. Posten vil i denne sammenheng særlig framheve behovet for fleksibilitet knyttet til mindre bygge- og anleggsarbeider. Gjeldende terskelverdier gir Posten frihet til å benytte anskaffelsesprosedyrer som er kostnadseffektive og støttende i et svært dynamisk og krevende marked, som stadig forutsetter endringer av Postens infrastruktur. Å senke terskelverdiene for bygge- og anleggskontrakter, slik det foreslås, vil hemme Postens konkurransekraft.

Posten ser ingen grunn å måtte bli påført denne kostnadsdriveren og fraråder at det innføres lavere terskelverdier for bygge- og anleggskontrakter og kontrakter om særlige tjenester. Det anmodes om at forslaget endres slik at den nye forsyningsforskriften sikrer den fleksibilitet som følger av forsyningsdirektivet.

Det vises også her til at det i kraft av loven gjelder grunnleggende, generelle krav til alle anskaffelser. Det bør være opp til oppdragsgiverne selv å etablere rutiner for å sikre at lovens grunnleggende krav blir overholdt, slik EU-direktivet legger opp til, jf også Forenklingsutvalgets uttalelse. Posten lever for øvrig godt med disse overordnede kravene knyttet til enhver anskaffelse og mener at dette bør være tilstrekkelig for de anskaffelser som nå foreslås regulert i utkastet del II.

Det kan synes som departementets hovedbegrunnelse for sitt forslag er å finne en «mellomløsning» for selskaper som tilbakeføres til forsyningssektoren (statlige, kommunale, fylkeskommunale osv.). Posten vil

påpeke at departementet bør unngå å innføre vesentlige regelendringer som har som konsekvens at betydelige samfunnsaktører som i dag er underlagt forsyningssektorregelverket unødvendig hemmes i et konkurranseutsatt marked, for å regulere noen andre oppdragsgivere. Det kan ikke være lovteknisk vanskelig å ha to forskjellige regelsett dersom departementet virkelig ønsker å opprettholde dagens rammer for de oppdragsgivere som «flyttes til forsyningssektoren». Utsagnet om at «Begrunnelsen for å samle alle oppdragsgivere innen forsyningssektorene i én forskrift er nettopp at disse skal være underlagt lik regulering» er i realiteten det samme som å si at hensynet til lovteknikk skal veie tyngre enn reelle konsekvensanalyser og vilje til å sørge for god konkurransekraft.

For øvrig opplyser departementet at det skal utlyses en konkurranse for å utrede hvilket terskelnivå som «er det samfunnsøkonomiske optimale». Et slikt utsagn og eventuelt oppdrag hviler på en forutsetning om at det er påkrevet og positivt med et regelverk under EØS-terskelverdiene, hvilket i seg selv er mangelfullt belyst av departementet. Posten kan imidlertid ikke være uenig i at det er bra at departementet skaffer til veie empirisk grunnlag.

Posten foreslår derfor at forslagene i forskriftens del II trekkes nå og eventuelt fremmes pånytt når bedre grunnlagsdokumentasjon er innhentet og kvalifiserte konsekvensanalyser er gjennomført.

Når det gjelder departementets forslag knyttet til særlige tjenester over EØS-terskelverdiene, har Posten ingen kommentarer til dette.

Til høringsnotatet pkt 5.1.9 Kvalifikasjonskrav

Oppdragsgivere i forsyningssektoren har i dagens regelverk en større fleksibilitet enn oppdragsgivere i klassisk sektor ved bruk av kvalifikasjonskrav og fastsettelse av dokumentasjonskrav. Dette gjør at vi som oppdragsgiver kan skreddersy og optimalisere kvalifikasjonsfasen for hver enkelt anskaffelse.

Posten ønsker å opprettholde dagens fleksibilitet, og anbefaler sterkt at at § 12-1 (2) i departementets forslag utgår.

Til høringsnotatet pkt 5.1.25 Avvisning

Departementet foreslår tilsvarende avvisningsregler som for klassisk sektor og uttaler at forslag til bestemmelse om avvisning er kodifisering av gjeldende rett. Posten er ikke ubetinget enig i dette og mener uansett at det ikke bør innføres eksplisitte bestemmelser om avvisning såfremt dette ikke følger direkte av direktivet.

Forskriftsfesting av eksplisitte avvisningsregler vil kunne svekke den fleksibiliteten og handlefriheten som direktivet legger opp til ved at avvisningsreglene blir mer omfattende enn de er ment å være. Etter Postens mening er det ikke grunn til å innskrenke aktørenes fleksibilitet på dette området. Vi foretrekker dagens løsning, fremfor et forsøk på å fylle et lovtomt rom.

Dersom Norge innfører eksplisitte avvisningsregler som ikke følger av direktivet, risikerer man at EU-praksis og norsk praksis vil utvikle seg forskjellig og avvike fra hverandre, med den konkurranseulempen det vil innebære for en virksomhet som konkurrerer med andre selskaper i EU.

Utkastet til forskrift § 19-8 sier at oppdragsgiver skal avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Det fremkommer ikke når denne vurderingen skal tas. For kjøp etter forhandlinger, vil avvik være en del av forhandlingsprosessen, og vi legger til grunn at dette påbudet om avvisning ikke gjelder allerede ved første tilbud. Det vesentlige her er ikke hvordan tilbudene er formulert,

men at det skal gjennomføres forhandlinger som sikrer at oppdragsgiver ikke inngår kontrakter som avviker vesentlig fra konkurransegrunnlaget.

Til høringsnotatets pkt 5.1.27 Protokollplikt

Posten støtter ikke forslaget om å innføre bestemmelser som tillegger oppdragsgiver en protokollplikt i forsyningssektoren. Forslaget innebærer en unødvendig formalisme, uten at dette er regulert i forsyningsdirektivet eller bakgrunnsretten.

Posten bruker i stor grad eksterne IT-løsninger som gir mulighet for å kommunisere med tilbyderne (digitale konkurransegjennomføringsverktøy). Oppdragsgiver kan f.eks. legge ut prekvalifiseringsdokumenter, konkurransegrunnlag etc, og all korrespondanse/kommunikasjon med leverandørene blir lagret i løsningen. Posten ser ikke behov for å måtte dobbelt-dokumentere med protokoller i tillegg.

I og med at brudd på formalfeil er sanksjonsbelagt, innebærer dette en klar innskrenking av oppdragsgivers handlingsfrihet. Også anskaffelser i forsyningsforskriften er underlagt krav om dokumentasjon av prosessen, men det må være opp til hver enkelt aktør å vurdere hvordan denne dokumentasjonen skal sikres, gjennom protokoll eller andre virkemidler. Posten ser ingen grunn til å innskrenke den fleksibiliteten forsyningsdirektivet gir.

Til høringsnotatet pkt 5.1.29 Rammeavtaler

Forsyningsdirektivets krav til rammeavtaler er mindre omfattende enn anskaffelsesdirektivets krav. Likevel har departementet foreslått bestemmelser som i stor grad følger anskaffelsesdirektivets krav. Prosedyrekravene i § 22-1 (3) finnes ikke i forsyningsdirektivet. Det bør være opp til oppdragsgiver å fastsette disse prosedyrene, f.eks. i konkurransegrunnlaget. Videre er begrunnelsesplikten ved kontrakter utover 8 år strengere i forslaget til forskrift enn i forsyningsdirektivet art 51. Etter direktivsteksten kan kontrakter overstige åtte år «i ekstraordinære tilfælde, som er behørigt begrunnet navnlig i rammeaftalens formål». Ordlyden i forskriftsutkastet er ikke treffende i forhold til dette vurderingstemaet. Posten støtter ikke forslaget om at forsyningssektorene i Norge skal være underlagt strengere regler enn resten av EU når det gjelder rammeavtaler, jf pkt 1.2 over.

Til høringsnotatet kapittel 8 Overgangsregler

Overgangsreglene er noe uklare for anskaffelser som er underlagt kunngjøringsplikt etter nytt regelverk, men som ikke var det etter gammelt regelverk. Dersom slike anskaffelser er igangsatt etter gammelt regelverk uten kunngjøring, men ikke gjennomført før ny forskrift trer i kraft, må man stoppe anskaffelsen og kunngjøre midt i anskaffelsen slik overgangsreglene er formulert i departementets forslag. Anskaffelser tar tid, så det er ikke usannsynlig at dette vil kunne inntreffe. Dette kan medføre usikkerhet, lite forutberegnelighet, kostnader og forsinkelser for begge parter.

Posten foreslår derfor at den nye forskriften kun skal gjelde for de anskaffelser som igangsettes etter forskriftens ikrafttredelsesdato. Med igangsettes menes da kunngjort eller sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å inngi tilbud i forbindelse med en planlagt konkurranse, jf regelverket for forsvarsanskaffelser § 15-2.

§ 14-1 - Tildelingskriterier

I utkastet til § 14-1 er det viktigste poenget ved tildeling av kontrakter forsvunnet, nemlig at kontrakt skal tildeles «det økonomisk mest fordelaktige tilbudet». Det bør fremkomme tydelig av forskriftsteksten at dette er det overordnede formålet med tildelingen.

Forslaget til tekst i § 14-1 er trolig basert på den danske direktivteksten, som er noe uklart formulert. Den engelske direktivteksten er tydeligere (vår understrekning):

The most economically advantageous tender from the point of view of the contracting entity shall be identified on the basis of the price or cost, using a cost-effectiveness approach, such as life-cycle costing in accordance with Article 83, and may include the best price-quality ratio, which shall be assessed on the basis of criteria, including qualitative, environmental and/or social aspects, linked to the subject-matter of the contract in question.

Det er ikke rettslig tvilsomt at det er tre elementer som kan inngå i vurderingen av hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktige, nemlig pris, kostnader og kvalitet, og at disse elementene kan kombineres i forskjellige varianter.

Slik departementet har formulert forskriftsteksten, kan det se ut som om man ikke kan ta hensyn til kostnadselementer hvis man skal evaluere kvalitet:

«c) beste forhold mellom pris og kvalitet».

Dette vil i så fall være en omfattende reduksjon i oppdragsgiveres fleksibilitet knyttet til evaluering av «det økonomisk mest fordelaktige tilbud».

Posten vil derfor foreslå at teksten omformuleres slik at det er helt tydelig at man står fritt til å kombinere alle tre elementene som man ønsker i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige, som f eks:

«c) beste forhold mellom pris *eller kostnad* og kvalitet».

Kapittel 18 – Prosedyre – konkurranse med forhandling

Forsyningsdirektivet artikkel 47 inneholder langt færre krav til gjennomføring av en konkurranse med forhandling enn direktiv for klassisk sektor artikkel 29. Forsyningsdirektivet overlater stor fleksibilitet til aktørene, i motsetning til anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor. Departementet foreslår likevel nå omfattende prosedyreregler, tilsvarende som for klassisk sektor, uten å forklare hvorfor dette er nødvendig. Det vises til merknadene over om at hensynet til harmonisering ikke i seg selv er et argument for å innføre strengere regler, og ikke må gå foran hensynet til aktørene. Dette innebærer en unødvendig reduksjon i forsyningssektoraktørenes behov for fleksibilitet. Posten er uenig i at det skal innføres strengere og mer detaljerte regler for konkurranse med forhandling enn forsyningsdirektivet.

Med vennlig hilsen

Inger Roll-Matthiesen

Juridisk direktør

