



DET KONGELIGE
UTENRIKSDEPARTEMENT

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8004 Dep
0030 Oslo

15/3386 - 8

15.06.2015

Høring – Forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter som ledd i gjennomføring av tre nye anskaffelsesdirektiver

Det vises til Nærings- og fiskeridepartementets brev av 17. mars d.å.

Innledningsvis vil Utenriksdepartementet (UD) gi honnør til Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) for ambisjonen og innsatsen med å gjøre regelverket mest mulig lettfattelig. En rendyrket og tydelig formålsbestemmelse er et godt eksempel på forenkling samtidig som den bidrar til en meningsfull tydelighet. I det store og hele synes UD at forslaget til nytt regelverk representerer en god implementering av EU-direktivene. Det er noen unntak og UD har valgt å begrense innspillene til de punktene som synes å ha særlig stor betydning og hvor forslaget synes uklart eller uegnet for UD's anskaffelsesvirksomhet.

I innspill til «NOU 2014:4 Enklere regler - bedre anskaffelser» tar UD til orde for færre detaljerte prosedyreregler nedfelt i lov og forskrift. Som en oppfølging av dette er det et generelt innspill fra UD at man i nytt anskaffelsesregelverk bør være svært nøktern med å regulere mer eller lage mer begrensende regler enn det som følger av direktivene.

Høringsnotat 1, Ny Lov om offentlige anskaffelser (LoA) §§2 og 3.

Ny Forskrift om offentlige anskaffelser (FoA) §§1-1 og 1-2.

UD med underliggende etater tildeler årlig mer enn 30 milliarder kroner i tilskudd til støttemottakere i Norge og EØS-området for øvrig, særlig til støttemottakere utenfor

EØS-området. En del av støttemidlene kan gjelde bygge- og anleggsarbeider med tilhørende tjenester.

For tilskudd på over 50% til støttemottakere i Norge eller EØS synes det uklart hvilket ansvar støttegiver i følge Nærings- og fiskeridepartementets tolkning skal ha for støttemottakers tildeling av kontrakten som støtten gjelder, når støttemottaker ikke anses som pliktsubjekt iht. LoA og FoA.

Hvordan skal bestemmelsene i FoA, herunder f.eks. §19 (meddelelse, karenperiode, suspensjon) kunne håndheves overfor en støttemottaker som ikke er pliktsubjekt iht anskaffelsesregelverket, men er den som tildeler kontrakten? Hvordan skal bestemmelsene i FoA kunne håndheves overfor støttegiver som er pliktsubjekt iht anskaffelsesregelverket, men som selv ikke foretar tildeling av kontrakt og ikke er part i kontrakten som tilskuddet gjelder?

For tilskudd til støttemottakere utenfor EØS-området må FoA presisere at anskaffelsesregelverket ikke omfatter støttemottakers tildeling av kontrakter.

Høringsnotat 2. Kap. 2.1. Ny FoA §§1-1 og 1-2. Ny LoA §§2 og 3.

Dette vil kunne berøre hvordan UD stiller krav til støttemottakere, herunder hvordan UD utformer tilskuddsavtalene. For tilskudd på over 50% til støttemottakere i Norge eller EØS synes det uklart hvilket ansvar støttegiver i følge NFDs tolkning skal ha for støttemottakers tildeling av kontrakten som støtten gjelder, når støttemottaker ikke anses som pliktsubjekt iht. LoA og FoA. Det er videre uklart hvordan Nærings- og fiskeridepartementet ser for seg at støttegivers ansvar skal følges opp og håndheves i praksis. Utformingen av UDs tilskuddsavtaler må derfor avvende konkrete føringer fra NFD.

Høringsnotat 2. Kap 2.2. Ny FoA §§2-1 til 2-7.

Her er det store endringer ved at man ikke lenger skiller mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Klarhet om unntaksbestemmelsene er relevant for UD og viktig generelt sett. UD mener det er en uvanlig regelverksutforming at unntak fra en lovtekst ikke står i selve loven, men i en tilhørende forskrift. UD mener at det vil lette oversikten over unntakshjemlene om disse ikke bare fremgår av forskriften, men også av den lovtekst som unntakshjemlene vedrører. UD mener derfor at de unntakshjemler i FoA som gir unntak fra LoA også må fremgå av LoA, og ikke bare av FoA. Norges utenriksstasjoner som er lokalisert utenfor EØS-området, er kun pålagt å følge LoA og ikke FoA. For disse vil det ha en praktisk betydning at loven fremstår «uttømmende».

Høringsnotat 2. Kap 2.3. Ny FoA §§2-8 til 2-11.

I § 2-8 fremgår det at hverken LoA eller FoA får anvendelse ved tildeling av kontrakter i egenregi til andre rettssubjekter, forutsatt at vilkårene for slik tildeling er oppfylt. To innspill til dette: (1) Ved at forslaget bruker begrepet «kontrakt», uten at det fremgår at

kontraktsbegrepet skal forstås annerledes her enn ellers i forskriften, kan oppdragsgivers ytelse kun bestå av vederlaget for leveransen, uten å bidra med egne realytelser. Ved at slike kontrakter helt unntas regelverket vil markedet vanskelig bli gjort kjent med tildelingene. Det følger av sakene C-26/03 (Stadt-Halle) premiss 36 og av C-231/03 (Coname) premiss 28 at beslutningen om å tildele i egenregi skal kunne etterprøves rettslig av berørte parter. (2) En tildeling av kontrakter i egenregi må derfor offentliggjøres (Dragsten). Forslaget har ingen bestemmelser om offentliggjøring/kunngjøring ved anvendelse av disse unntakene, noe som er uheldig.

§ 2-9 er en utvidelse av 2-8 (konserntankegangen), som styrker behovet for kunngjøringsplikt.

§ 2-10: det er behov for en forklaring/utdypning av hva som menes med «samarbeid».

UD vil derfor be NFD presisere bedre hva som kjennetegner samarbeid i offentlige sektor hvor partene bidrar med egne ressurser til en felles offentlig oppgave, kontra utveksling av ytelse mot betaling i kontraktsforhold for å dekke partenes egne behov.

Høringsnotat 2. Kap 2.6.1, siste avsnitt, kap 3.2.1 og kap 3.11. Ny FoA § 7-2, del III
Utenriksdepartementet viser her til sin generelle kommentar om at EU-direktivene ikke bør overopppfylles. UD mener derfor at direktivbestemmelsen bare bør inntas i FoA del III. UD vil likevel tilstrebe en praksis om rådgiverhabilitet i egne anskaffelser.

Høringsnotat 2. Kap 3.2.9, fjerde og niende avsnitt. Ny FoA § 12-4.
Kredittvurderinger foretatt av kredittvurderingsfirmaer er vanlig å bruke ved kvalifisering av leverandører. UD mener at oppregningen i nye FoA §12-4 av hvilken dokumentasjon som oppdragsgiver kan kreve av leverandørene også må omfatte attester fra kredittvurderingsfirmaer.

Høringsnotat 2. Kap 3.4.3. FoA §§ 18-2 til 18-7
UD mener at plikten til å avvise også må inntre der leverandøren har vedtatt et forelegg etter straffeprosesslovens § 255. UD legger da vekt på de ovenfor nevnte fordeler med hensyn til å fjerne usikkerhet for oppdragsgiver samt de positive samfunns effektene tiltaket antas å ha.

Høringsnotat 4. Kap 2. Generelt om forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter (FoK).

UD ser ikke noe behov for å innføre prosedyreregler som går utover det konsesjonsområdet som 2014/23/EU «konsesjonsdirektivet» dekker. Av dette følger at UD anbefaler å ikke innføre en nasjonal kunngjøringsplikt under EØS terskelverdi. Alle tildelinger av konsesjoner under EØS terskelen blir underlagt prinsippene i nye LoA om likebehandling, transparens mv., og dette er tilstrekkelig regulering i disse tilfellene. Her

må man benytte anledningen til å redusere regelmengden og gi oppdragsgiverne mer handlefrihet.

Med vennlig hilsen

Øyvind Hernes
underdirektør

Mette Kristin Ek
rådgiver

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ikke håndskrevet signatur.