

Gjennomgang av den særnorske delen av regelverket om offentlige anskaffelser – mandat for offentlig utredningsutvalg

1. Innledning

Det oppnevnes et offentlig utredningsutvalg som skal foreta en gjennomgang av den særnorske delen av regelverket om offentlige anskaffelser. Med den særnorske delen av anskaffelsesregelverket menes her den delen av anskaffelsesregelverket som ikke innebærer en implementering av det EØS-relevante anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EC).¹ Erfaringer med det særnorske anskaffelsesregelverket, samt pågående lovgivningsarbeid i EU på anskaffelsesområdet, innebærer at det er behov for en gjennomgang.

2. Gjeldende anskaffelsesregelverk

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å regulere offentlige anskaffelser (varer, prioriterte tjenester og bygg- og anleggsarbeider) over angitte EØS-terskelverdier.² Bestemmelsene i direktivet er gjennomført i norsk rett ved lov om offentlige anskaffelser (loa) og forskrift om offentlige anskaffelser (foa).³ I tillegg har Norge valgt å oppstille et forholdsvis detaljert regelverk om offentlige anskaffelser under de ovennevnte terskelverdiene, samt for såkalte uprioriterte tjenester (for eksempel helse- og sosialtjenester, juridiske tjenester, utdanningstjenester, visse transport-tjenester mv.). Dette særnorske anskaffelsesregelverket er også inntatt i nevnte lov og forskrift.

I lov om offentlige anskaffelser er det nedfelt grunnleggende krav som gjelder for alle offentlige anskaffelser, som likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet. Også i forskrift om offentlige anskaffelser er det nedfelt en rekke grunnleggende krav, samt mer detaljerte prosedyrekrav. Enkelte anskaffelser er etter sin art unntatt fra forskriften, uten at det er gitt tilsvarende unntak fra loven.⁴ Slike anskaffelser vil i utgangspunktet være omfattet av loven.⁵

Forskriften består av fire deler:

1. Foa del I inneholder en rekke grunnleggende bestemmelser, blant annet en presisering av de grunnleggende kravene i loven, definisjoner og bestemmelser

¹ Norge er forpliktet til å implementere EU-rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen gjennom vedtak i EØS-komiteen. Gjeldende EU direktiv 2004/18/EC om offentlige anskaffelser er foreslått endret i COM (2011) 896 final.

² EØS-terskelverdiene for vare- og tjeneste kontrakter er p.t. hhv. 1 millioner kroner eks. mva. for statlige oppdragsgivere og 1,6 mill kroner eks. mva. for andre oppdragsgivere. For bygge- og anleggskontakter er EØS-terskelverdien 40,5 millioner kroner eks. mva.

³ Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser.

⁴ Jf. forskriftens § 1-3 (2).

⁵ KOFA har imidlertid fastslått at enkelte av disse typer av anskaffelser heller ikke vil være omfattet av lovens bestemmelser. Det gjelder for eksempel tjenestekonsesjonskontrakter.

om terskelverdiregning. Denne delen gjelder for alle anskaffelser, også anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, samt for anskaffelser som er unntatt fra forskriftens del II og III. For anskaffelser over 100 000 kroner stilles det krav om føring av protokoll og innhenting av skatteattest og HMS-erklæring.

2. Foa del II inneholder et nasjonalt prosedyreregelsett for anskaffelser som overstiger 500 000 kroner, men som verdimessig ligger under EØS-terskelverdiene. Del II regulerer også kjøp av såkalte uprioriterte tjenester. Dette er tjenester som i all hovedsak ikke er underlagt EØS-direktivenes prosedyrebestemmelser. Det er kun tre av direktivbestemmelsene som gjelder for anskaffelser av denne type tjenester over EØS-terskelverdi: bestemmelsene om likebehandling, nøytrale tekniske spesifikasjoner og bestemmelsene om etterfølgende kunngjøring av kontrakttildelingen. Konkurranser om kontraktene som faller inn under del II, skal kunngjøres i den nasjonale databasen *Doffin*. Reglene i forskriftens del II er langt på vei identiske med reglene som følger av anskaffelsesdirektivet, men er mer fleksible. Blant annet har oppdragsgiver alltid adgang til å velge prosedyreformen konkurranse med forhandling, og det er ikke oppstilt minimumsfrister.
3. Foa del III gjennomfører det EØS-relevante anskaffelsesdirektivet.
4. Foa del IV oppstiller særlige prosedyreregler for plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål. Disse er en blanding av EØS- og nasjonale prosedyreregler.

Norge er ikke EØS-rettslig forpliktet til å ha detaljerte bestemmelser for anskaffelser som ikke omfattes av anskaffelsesdirektivet. Begrunnelsen for det særnorske anskaffelsesregelverket er et ønske om å sikre effektiv ressursbruk, forretningsmessige anskaffelser og likebehandling, samt å forebygge korrupsjon og uetisk atferd. Det er gjennomført en rekke utredninger av det særnorske anskaffelsesregelverket, som analyserer de samfunnsøkonomiske gevinstene og kostnadene ved å ha det særnorske anskaffelsesregelverket.⁶

De generelle prinsippene som er nedfelt i EØS-avtalen (og EU-traktatene) som ligger til grunn for anskaffelsesregelverket, kan etter forholdene også gjøres gjeldende for anskaffelser som faller utenfor direktivets virkeområde. Dette innebærer at oppdragsgivere uansett må overholde prinsippene om blant annet likebehandling og gjennomsiktighet for anskaffelser som ikke er omfattet av direktivet, når anskaffelsene har grenseoverskridende interesse.⁷ Det særnorske prosedyreregelverket nedfelt i foa del II tar sikte på å sikre at oppdragsgiverne

⁶ Det kan i denne sammenheng vises til Asplan Viak sine utredninger fra henholdsvis 2004 og 2008 utarbeidet på oppdrag fra henholdsvis Nærings- og handelsdepartementet og Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

⁷ Se for eksempel EU domstolens sak C-324/98 *Teleaustria*

oppfyller slike forpliktelser etter EØS-avtalen. Uten et slikt nasjonalt regelverk måtte oppdragsgiver selv vurdere om den enkelte kontrakten har grenseoverskridende interesse, og i så fall hva som må til for å oppfylle EØS-avtalens forpliktelser.

3. Nærmere om behovet for gjennomgangen

EU er nå i ferd med å revidere anskaffelsesdirektivet. Hensikten med revisjonen, som er forventet ferdigstilt tidligst i slutten av 2012, er blant annet å forenkle regelverket og å gjøre det mer fleksibelt. Forenklingen av regelverket innebærer blant annet å lette de administrative byrdene (transaksjonskostnadene) ved anvendelse av anskaffelsesdirektivet, både for oppdragsgivere og leverandører. Endringer i anskaffelsesdirektivet vil medføre at det må foretas endringer i det eksisterende nasjonale regelverket som gjennomfører gjeldende anskaffelsesdirektiv i norsk rett.⁸ Siden den særnorske delen av anskaffelsesregelverket også bygger på direktivet, er det behov for en gjennomgang også av denne delen av regelverket.

Videre kan det nevnes at det i utredningen: "Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU" (NOU 2012:2) vises til at det i de senere år har vært økende kritikk av at anskaffelsesregelverket har blitt for detaljert, komplisert og formalistisk. Kritikken har særlig kommet fra kommunesektoren. Siden mye av kritikken er knyttet til at selv relativt små kontrakter må lyses ut, må kritikken forstås som rettet først og fremst mot den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.⁹ I samme dokument pekes det på at oppmerksomhet i den senere tid i økende grad er blitt rettet mot de kostnadene som anskaffelsesregelverket medfører. Det vises i den sammenheng til at anskaffelsesreglene er ressurskrevende å forvalte, og at det kan føre til at anskaffelsesprosessene trekker ut i tid. Videre har det vært en vekst i klage- og rettssaker. Dette fører igjen til at oppdragsgiver og leverandør i økende grad ser et behov for å knytte til seg anskaffelsesrettslig kompetanse.¹⁰

Som følge av denne utviklingen kan det i mange tilfeller se ut som om fokuset på de prosessrettslige sidene ved offentlige anskaffelser er i ferd med å overskygge de anskaffelsesfaglige. Som nevnt ovenfor er det gjennomført en rekke utredninger av det gjeldende særnorske anskaffelsesregelverket der anskaffelsesregelverkets samfunnsøkonomiske gevinster og kostnader blir drøftet.

Alternativet til den særnorske delen av anskaffelsesregelverk er ikke regelløshet. De generelle anskaffelsesrettslige prinsipper vil som nevnt uansett gjelde for en lang rekke anskaffelser som ikke er omfattet av EØS-direktivet. Spørsmålet er dermed om et detaljert særnorsk regelverk er mer samfunnsøkonomisk gunstig enn et regelverk som er basert på generelle anskaffelsesrettslige prinsipper, som likebe-

⁸ Dette vil for eksempel være tilfellet dersom skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester oppheves – noe som kommisjonens forslag til nytt direktiv legger opp til.

⁹ NOU 2012:2 s. 417.

¹⁰ NOU 2012 :2 s. 418.

handling, forutsigbarhet, gjennomsiktighet, osv. I det siste tilfellet åpnes det i større grad opp for skjønnsmessige avgjørelser. Skjønnsmessige bestemmelser kan minske forutsigbarheten. I tillegg kan de virke prosessdrivende ved at behovet for avklaringer gjennom behandling i Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og domstolene øker.

En gjennomgang av det særnorske anskaffelsesregelverket skal omfatte den delen av regelverket som ikke innebærer en implementering av EUs nye anskaffelsesdirektiv. Hensikten med gjennomgangen er å avdekke et eventuelt behov for å endre det eksisterende regelverket med sikte på forenkling og økt fleksibilitet. Med forenkling siktes det til økt brukervennlighet, men også til senking av kostnader ved gjennomføring av offentlige anskaffelser. Til grunn for en vurdering av om, og eventuelt hvilke endringer som skal foretas, må det tas utgangspunkt i samfunnsøkonomiske kost/nytte betraktninger. Med dette menes typisk at de samfunnsøkonomiske gevinstene i form av mer effektiv ressursutnyttelse ved økt konkurranse og mindre korrupsjon blir drøftet opp mot de samfunnsøkonomiske kostnadene ved anvendelse av anskaffelsesregelverket. Videre må forslag om endringer ta sikte på å oppnå formålet med regelverket slik dette er nedfelt i anskaffelsesloven. Det vil si at forslagene skal sikre effektiv offentlig ressursbruk gjennom effektiv konkurranse, sikre likebehandling og forutberegnelighet for markedsaktørene, forhindre korrupsjon og sikre at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenelig måte.

Dersom utvalget foreslår endringer i den særnorske delen av anskaffelsesregelverket, kan det innebære at forutsetningene for den eksisterende nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner endres. Dersom det blir færre detaljerte prosedyreregler og det stilles færre krav til oppdragsgiverne, vil dette kunne begrunne en lavere nasjonal terskelverdi, enn hvis det stilles mange krav og foreslås detaljerte prosedyreregler. Eventuelle forslag til endring av terskelverdien må underbygges av grundige utredninger der blant annet de samfunnsøkonomiske konsekvensene av forslagene tas i betraktning.¹¹

4. Mandatet

Utvalget skal vurdere behovet for endring av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder innenfor klassisk sektor. Dette omfatter anskaffelser som i dag omfattes:

- kun av lov om offentlige anskaffelser (loa).
- av loa og forskrift om offentlige anskaffelser (foa) del I.

¹¹ Før utvalget ev. bestiller nye utredninger, ev. sammenstillinger av eksisterende utredninger, er det viktig at de har satt seg godt inn i det materialet som allerede finnes. Det foreligger flere utredninger om de samfunnsøkonomiske konsekvensene av den norske terskelverdien, jf fotnote 6 ovenfor. Videre bør utvalget sette seg inn i vurderinger om terskelverdi foretatt på EU nivå og i andre EU/EØS land, se: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm Det kommer for eksempel en omfattende utredning høsten 2012 om det nasjonale anskaffelsesregelverket i Sverige, der det også utredes hva nivået på nasjonal terskelverdi bør være.

- av loa og foa del I og II.
- Av loa og foa del I og IV – forutsatt at anskaffelsene ikke overstiger EØS-terskelverdiene, dvs. plan- og designkonkurranser og bygge- og anleggskontrakter til sosiale formål under EØS-terskelverdiene.

Det presiseres at et viktig mål for arbeidet er å forenkle regelverket.

Utvalget skal:

1. Vurdere behovet for eventuelle grunnleggende lovbestemmelser som skal gjelde for alle anskaffelser. Dette kan for eksempel være grunnleggende krav til konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling mv.¹²
2. Vurdere behovet for eventuelle grunnleggende forskriftsbestemmelser som skal gjelde for alle anskaffelser omfattet av forskriften. Dette kan for eksempel være grunnleggende krav til konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling, samt bestemmelser om protokollplikt, innhentning av skatteattest og HMS-erklæring.¹³
3. Vurdere behovet for, eventuelt omfang av og innhold i særnorske prosedyre-regler for offentlige anskaffelser.¹⁴
4. Dersom det foreslås at vi fortsatt skal ha et særnorsk prosedyreregulverk, vurdere hva som vil være en passende nasjonal terskelverdi. En slik terskelverdi må vurderes opp mot omfanget og innholdet av det foreslåtte særnorske anskaffelsesregelverket.
5. Vurdere hvilke særlige regler som skal gjelde for tjenester som helse- og sosialtjenester og utdanningstjenester mv, som i EU-kommisjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv foreslås omfattet av et særlig anskaffelsesregime.¹⁵ For anskaffelser av slike tjenester over en viss EØS-terskelverdi foreslår Kommisjonen en kunngjøringsplikt, samtidig som medlemsstatene selv må fastsette passende nasjonale prosedyreregler. Her må utvalget også vurdere om det er behov for nasjonale prosedyreregler for slike anskaffelser under denne EØS-terskelverdien. Utvalgets vurderinger må ta hensyn til de særegne forholdene ved helse- og sosialtjenester, og viktigheten av at kompetente tjenesteleverandører finner det attraktivt å levere sine tjenester til det offentlige.

¹² jf. gjeldende loa § 5.

¹³ Det vil altså si en videreføring av "del I", men slik at utvalget selv kan fastsette hvilke krav som skal gjelde etter del I.

¹⁴ Det vil altså si en videreføring av "del II", men slik at utvalget selv kan fastsette hvilke prosedyreregler og krav som skal gjelde etter del II.

¹⁵ Se forslag til nytt anskaffelsesdirektiv, tittel III, artikler 74-76.

6. Vurdere i hvilket omfang det er behov for helt å unnta visse anskaffelser fra henholdsvis lov og/eller forskrift. Dette gjelder særlig de anskaffelser som i dag unntas etter foa § 1-3 (2). Etter dagens regelverk er det en viss usikkerhet knyttet til spørsmålet om i hvilket omfang et unntak fra foa også medfører et unntak fra loa.

Utvalget skal ikke:

- Vurdere anskaffelser for forsyningssektorene.
- Vurdere prosedyreregler for konsesjonskontrakter. Det gjelder både bygge- og anleggskonsesjoner og tjenestekonsesjoner.
- Vurdere håndhevelsesbestemmelsene. Dette omfatter bestemmelser om søksmål, midlertidig forføyning, suspensjon, sanksjoner, erstatning og tvisteløsningsorgan.
- Vurdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregelverket skal benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn.

5. Lov/forskriftsforslag

Utvalget skal fremme et fullstendig forslag til lov- og forskriftsbestemmelser som gjennomfører utvalgets prinsipale forslag til endringer av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket.

Utvalget skal også skissere rammene for et særnorsk regelverk som innebærer henholdsvis:

1. En videreføring av dagens særnorske regelverk med detaljerte prosedyreregler, men med de justeringer som foreslås i revidert anskaffelsesdirektiv og eventuelle forslag til forenklinger innenfor disse rammene.
2. En minimums variant som innholdsmessig er begrenset til de krav og prosedyreregler som er nødvendige for å oppfylle kravene etter EØS-avtalen og formålet med regelverket slik dette i dag er nedfelt i anskaffelsesloven.

Utvalget må i sitt arbeid ta høyde for generelle EØS-rettslige rammebetingelser, samt det regelverksarbeidet som pågår på anskaffelsesområdet i EU, nærmere bestemt direktivforslaget fra Kommisjonen: KOM(2011)896 av 20.12.2011. Direktivet ventes ferdigstilt ved utgangen av 2012.¹⁶ Det er i denne sammenhengen særlig verdt å merke seg at Kommisjonen foreslår å oppheve skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester.

6. Arbeidsform

Fornyings, administrasjons- og kirkedepartementet og Direktorat for forvaltning og IKT (Difi) vil fungere som sekretariat for utvalget.

7. Offentlighet

¹⁶ Det er noe usikkert når direktivet blir ferdigstilt og det kan tenkes at dette ikke skjer før våren 2013.

Utvalgets rapport skal offentliggjøres i skriftserien for Norges offentlige utredninger (NOU).

8. Tidsramme

Utvalget skal levere sin rapport til Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet innen 1. november 2013. Dersom nytt anskaffelsesdirektiv ikke er vedtatt innen 1.1.2013 vil departementet forlenge fristen.

9. Endring av mandatet

Utvalgets mandat og sammensetning kan endres av Fornyings- administrasjons- og kirke departementet. Eventuelle forslag til avvik fra mandatet som fremsettes av utvalget, skal godkjennes av Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

10. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget må utrede de økonomiske og administrative konsekvensene av sine forslag.