

Notat

Høringsnotat – forslag til ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)

INNHOLDSFORTEGNELSE

1.	Bakgrunn for forslagene	3
2.	Ny struktur.....	4
3.	Endring i hvilke sektorer som omfattes.....	4
3.1	Telekommunikasjon.....	4
3.2	Posttjenester	5
4.	Overføring av visse oppdragsgivere til klassisk sektor	5
5.	De grunnleggende kravene	6
6.	Terskelverdier.....	6
7.	Elektroniske anskaffelser	7
7.1	Innledning	7
7.2	Nye bestemmelser om elektroniske anskaffelser.....	7
7.2.1	Generelle krav til elektronisk kommunikasjon.....	7
7.2.2	Elektronisk auksjon	8
7.2.3	Dynamisk innkjøpsordning	8
7.3	Utfordringer ved innføring av nye regler om elektroniske anskaffelser.....	9
8.	Prioritering/vektning av tildelingskriteriene	10
9.	Adgang til å søke fritak fra regelverket.....	10
10.	Alternativ prosedyre for olje- og gassektoren	11
11.	Universell utforming	11
12.	Bruk av spesielle kontraktsvilkår	11
13.	Muligheten til å begrense konkurransen til utførelsesvirksomheter.....	12
14.	Kommentar til forholdet mellom konkurranse med forhandling og prosedyren konkurranspreget dialog.....	13
15.	Økonomiske og administrative konsekvenser	13

1. BAKGRUNN FOR FORSLAGENE

Departementet fremmer her forslag til ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester), som skal erstatte forskrift 5. desember 2003 nr. 1424 om innkjøpsregler for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Formålet med ny forskrift er å implementere et nytt EU-direktiv for forsyningssektorene og få mer igjen for offentlige ressurser gjennom økt konkurranse om offentlige anskaffelser.

Utgangspunktet for arbeidet har vært at EU publiserte et nytt innkjøpsdirektiv for forsyningssektorene¹ den 30. april 2004. EU-landene har 21 måneder på å gjennomføre disse i sin nasjonale rett, det vil si innen 31. januar 2006. Hvilken frist Norge og de øvrige EØS/EFTA-landene har til implementering er foreløpig ikke avklart, men fristen blir tidligst sammenfallende med EU-landenes frist. Departementet tar uansett sikte på at det nye regelverket skal tre i kraft 1. januar 2006².

Norges forpliktelse til å gjennomføre de nye EU-direktivene innebærer at regelverksarbeidet primært har bestått av en vurdering av hvordan de ulike materielle bestemmelsene skal implementeres. Få bestemmelser er fjernet i det nye direktivet, sammenlignet med det gamle, samtidig som det nye direktivet innfører en del nye bestemmelser. I den grad det er valgfritt å implementere enkelte bestemmelser, er det foretatt en vurdering av om de skal gjennomføres i norsk rett. En implementering av direktivet fører derfor totalt sett til en økning i antall bestemmelser i forskriften. Hensikten med de nye bestemmelsene er imidlertid å øke fleksibiliteten i regelverket, slik at det legges bedre til rette for moderne innkjøpsprosesser.

På bakgrunn av innspill departementet har mottatt, foreslås det å legge om strukturen i forsyningsforskriften, slik at den harmoniserer mer med forskrift om offentlige anskaffelser. Hensikten er å gjøre det lettere for aktører som må forholde seg til begge forskriftene å finne frem i dem. På bakgrunn av dette har departementet funnet det mest hensiktsmessig å fastsette en ny forskrift, fremfor å gjøre endringer i den gjeldende forskriften.

For å oppnå økt konkurranse om oppdrag i stat, fylkeskommune og kommune, foreslås det å overføre en rekke offentlige oppdragsgivere som er en del av samme rettssubjekt som stat, fylkeskommune eller kommune, fra forsyningsforskriften til forskrift om offentlige anskaffelser.

I forbindelse med den generelle revisjonen av regelverket for offentlige anskaffelser, opprettet departementet en referansegruppe bestående av et utvalg av nasjonale eksperter med ulik erfaring på området offentlige anskaffelser. Gruppen har bistått departementet i å drøfte og kvalitetssikre en rekke forslag. Her ble også enkelte spørsmål knyttet til

¹ Direktiv 2004/17 EF

² Dette forutsetter at direktivene er vedtatt i EØS-komiteen.

forsyningsforskriften drøftet, som endring av struktur og utformingen av reglene om elektroniske anskaffelser. Likeledes har enkelte spørsmål vært behandlet i Kontaktutvalget for offentlige anskaffelser, som består av et bredt utvalg av offentlige og private aktører. Departementet har også hatt tett kontakt med de øvrige nordiske land om rettsutviklingen både i EØS og deres nasjonale regelverk.

Det vises for øvrig til departementets høringsnotat av 6. april 2005³ med forslag til endringer i lov om offentlige anskaffelser. Disse forslagene berører også forsyningssektorene. Spesielt vil vi rette oppmerksomheten mot forslaget om å innføre en sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser, som også vil gjelde for forsyningssektorene.

2. NY STRUKTUR

Gjeldende forsyningsforskrift har en struktur som er helt annerledes enn forskrift om offentlige anskaffelser. For å lette tilnærmingen til regelverket for de aktørene som må forholde seg til begge forskriftene, foreslås det å legge om strukturen i forsyningsforskriften, slik at den så langt som mulig harmonerer med forslaget til ny forskrift om offentlige anskaffelser, som ble sendt på høring 6. april 2005.

I praksis innebærer dette at forskriften får en del I som er en generell del med regler som gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens verdi. Del II vil gjelde for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Videre er plan- og designkonkurranse skilt ut i en egen del, tilsvarende som i klassisk forskrift.

Det nye EU-direktivet inneholder flere nye definisjoner, i tillegg til de vi allerede har. Dette har blant annet sammenheng med innføring av elektroniske innkjøpsprosesser. For å gjøre del I mer oversiktlig er derfor forskriftens mange definisjoner skilt ut i et eget kapittel i slutten av del I. Videre er definisjonene delt inn i tre grupper med egne overskrifter, på samme måte som i forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser, slik at det skal være lettere å finne frem til den aktuelle definisjonen.

3. ENDRING I HVILKE SEKTORER SOM OMFATTES

3.1 Telekommunikasjon

Gjeldende forsyningsforskrift omfatter kontrakter som inngås av oppdragsgivere i telekommunikasjonssektoren. EU har besluttet at denne sektoren ikke lenger skal omfattes av anskaffelsesregelverket, da det her anses å være oppnådd effektiv konkurranse, både faktisk og rettslig.

I Norge ble ordningen med eneretter i telesektoren gradvis avvirket i perioden 1988 til 1. januar 1998. Fra sistnevnte dato har det vært lagt til rette for full konkurranse i telesektoren i Norge, noe som har gitt en positiv utvikling i form av etablering av nye aktører. Denne

³ Høringsnotatet kan leses på <http://odin.dep.no/mod/norsk/dok/hoeringer/bn.html>.

liberaliseringen gjør at det heller ikke i Norge anses å være behov for ytterligere regulering av innkjøp som foretas av aktører som leverer teletjenester. I tråd med det nye EU-direktivet foreslås det derfor at innkjøp i denne sektoren ikke lenger skal reguleres av lov om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften.

3.2 Posttjenester

Oppdragsgivere som yter posttjenester er i dag omfattet av direktivet for klassisk sektor. På bakgrunn av den pågående liberaliseringen av dette markedet, og at disse tjenestene tilbys av både offentlige og private virksomheter, har EU besluttet at oppdragsgivere som yter disse tjenestene i stedet skal omfattes av forsyningsdirektivet.

I St.prp. nr. 34 (2004-2005) Om å avvikle eneretten til Posten Norge AS foreslås det å avvikle Postens enerett til å formidle postsendinger fra 1. januar 2007. Dette har sammenheng med den økte konkurransen på posttjenester. På bakgrunn av endringen i EU-direktivet og den pågående liberaliseringen av det norske markedet for posttjenester, foreslås det at posttjenester overføres fra forskrift om offentlige anskaffelser til forsyningsforskriften.

4. OVERFØRING AV VISSE OPPDRAGSGIVERE TIL KLASSISK SEKTOR

De sektorene som omfattes av det nye forsyningsdirektivet, er som nevnt vann- og energiforsyning, transport og posttjenester. I den grad det drives virksomhet innenfor en av disse sektorene, omfatter gjeldende forsyningsforskrift følgende fire grupper av oppdragsgivere: 1) offentlige myndigheter (stat, fylkeskommune og kommune), 2) offentligrettslige organer (foretak/stiftelser osv. som er kontrollert av offentlige myndigheter og som ikke er markedsekspontert), 3) offentlige foretak (foretak som er kontrollert av offentlige myndigheter og som er markedsekspontert) og 4) private foretak som opererer på en særrett/konsesjon fra offentlige myndigheter.

De anskaffelsene som foretas av offentlige myndigheter og offentligrettslige organer (gruppe 1 og 2), som ikke er et ledd i utøvelsen av en virksomhet som omfattes av forsyningsforskriften, må følge reglene i forskrift om offentlige anskaffelser. I praksis innebærer dette for eksempel at vann- og avløpsetaten i en kommune følger forsyningsforskriften når de skal gjøre innkjøp (kunnngjøringsplikt inntreer først ved kjøp godt over kr 3 mill.), mens de øvrige delene av kommunen følger forskrift om offentlige anskaffelser (kunnngjøringsplikt inntreer ved kjøp over kr 200 000 – er foreslått hevet til kr 500 000 jf. høringsnotat av 6. april 2005). Etter departementets oppfatning bør ikke regelverket være slik at en del av kommunen skal ha svakere krav til å sikre konkurranse om innkjøpene enn en annen del av kommunen. Hensynet til å sikre konkurransen om oppdrag, en effektiv ressursbruk og å forhindre korrupsjon og lignende atferd, gjør seg gjeldende i samme grad for alle deler av stat, fylkeskommune og kommune. Departementet foreslår derfor at alle offentlige oppdragsgiverne som ikke er skilt ut som selvstendige rettssubjekter fra stat, fylkeskommune eller kommune, for fremtiden skal følge forskrift om offentlige anskaffelser i stedet for forsyningsforskriften, slik de gjør i dag.

Det er få statlige etater som blir berørt av forslaget. Så langt departementet har klart å kartlegge, gjelder dette Jernbaneverket.

Kommunale virksomheter som vil bli berørt av dette, er typisk vann- og avløpsetatene, som i stor utstrekning fortsatt er en del av kommunen (ca 63 prosent av virksomhetene som driver drikkevannforsyning, er en del av kommunen og disse står for ca 72 prosent av forsyningen, ett foretak er interkommunalt og står for ca 22 prosent av forsyningen, mens ca 36 prosent er private og disse står for ca 5 prosent av forsyningen). Ca 17-18 kommuner har kun privat vannforsyning. Kommunale foretak etablert etter kommuneloven kap. 11 vil også bli berørt av forslaget, da de ikke regnes som selvstendige juridiske personer. Interkommunale samarbeidsenheter må vurderes konkret ut fra sin organisering. Interkommunale selskaper etablert i henhold til lov om interkommunale selskaper vil fortsatt følge forsyningsforskriften, da de regnes som egne rettssubjekter som rettslig er utskilt fra deltakerkommunene.

Innenfor elektrisitetssektoren er ca 73 prosent av alle selskapene organisert som aksjeselskaper, og disse vil fortsatt følge forsyningsforskriften. Øvrige 27 prosent er fortsatt en del av kommunen, og vil derfor måtte følge forskrift om offentlige anskaffelser.⁴

I havnesektoren er det fleste havner organisert som kommunale foretak og vil bli overført til forskrift om offentlige anskaffelser.

5. DE GRUNNLEGGENDE KRAVENE

En utfordring har vært at ikke alle brukerne av regelverket har vært klar over at de må følge de grunnleggende prinsippene i loven ved alle anskaffelser fra null kroner, og har derfor levd i den villfarelse at det er "fritt frem" ved anskaffelser under EØS-terskelverdi. Viktige prinsipper, som kravet til konkurranse og etterprøvnbarhet, har ikke fått tilstrekkelig oppmerksomhet. Et viktig mål har derfor vært å prøve å synliggjøre de grunnleggende kravene bedre i forskriften, slik at det går klarere frem at disse kravene også gjelder ved anskaffelser under terskelverdiene. Som en følge av dette har både lovens formålsparagraf og viktige deler av lovens § 5 om grunnleggende krav, nå blitt en del av forskriftens del I, på tilsvarende måte som i forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser.

6. TERSKELVERDIER

Gjeldende forsyningsforskrift har ulike terskelverdier avhengig av sektor. Det nye forsyningsdirektivet innfører en felles terskelverdi for alle sektorene, hvilket er en vesentlig forenkling. Terskelverdien er satt til EUR 499 000 for vare- og tjenestekontrakter og EUR 6 242 000 for bygge- og anleggskontrakter. Verdiene som er satt inn i forslaget til

⁴ Eierskap i kraftsektoren pr. 1. januar 2004: Av totalt 320 selskaper med omsetningskonsesjon i Norge har kommunene eierandel i 231 selskaper (140 er heleid), fylkeskommunene har eierandel i 40 selskaper (11 av dem er heleid), staten har eierandel i 25 selskaper (4 er heleid) og private har eierandel i 136 selskaper (67 er helprivatisterte).

ny forsyningsforskrift er basert på nåværende omregningsfaktor fra EUR til NOK. Disse verdiene vil bli justert før forskriften trer i kraft.

7. ELEKTRONISKE ANSKAFFELSER

7.1 Innledning

I det nye direktivet er elektronisk kommunikasjon sidestilt med tradisjonell kommunikasjon. Samtlige anskaffelser vil etter de nye reglene kunne gjennomføres ved bruk av elektroniske midler. Ved bruk av elektroniske midler som samsvarer med kravene i regelverket, vil oppdragsgiver kunne redusere tidsfristene for mottak av tilbud. I tillegg til bruk av elektroniske midler ved gjennomføring av ordinære anskaffelsesprosedyrer, gir det nye EU-direktivet Norge muligheten til å innføre nye regler om opprettelse av dynamiske innkjøpsordninger og elektroniske auksjoner.

De nye reglene om elektroniske anskaffelser har som formål å legge til rette for moderne og effektive innkjøpsprosesser. Som et ledd i regjeringens satsing på elektronisk handel, og i arbeidet med å modernisere offentlig sektor, ønsker departementet å implementere samtlige av de nye bestemmelsene.

7.2 Nye bestemmelser om elektroniske anskaffelser

De nye bestemmelsene om elektroniske anskaffelser omfatter generelle krav til kommunikasjon, samt regulering av enkelte særskilte anskaffelsesformer som dynamiske innkjøpsordninger og elektroniske auksjoner.

Likestillingen av elektronisk kommunikasjon med tradisjonell kommunikasjon, samt de generelle kravene til kommunikasjon i direktivets artikkel 48, er obligatoriske å implementere. Reglene om dynamiske innkjøpssystemer og elektroniske auksjoner er det frivillig å implementere.

7.2.1 Generelle krav til elektronisk kommunikasjon

Skriftlighet defineres i forskriftsforslaget som ”*ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres. Det kan omfatte informasjon som overføres og lagres elektronisk*” i § 4-1 bokstav n. Dette innebærer at det ved krav til skriftlighet i forskriften alltid vil kunne gjennomføres elektronisk kommunikasjon. Forskriftsutkastet § 7-1 gir oppdragsgiver valg mellom ordinær post, telefaks, og elektroniske midler ved anmodning om deltagelse i konkurranser og ved innlevering av tilbud. Bestemmelsen inneholder en del generelle krav til kommunikasjon, samt krav til systemer for mottak av anmodning om å delta i konkurranser eller innlevering av tilbud (forskriftsutkastet § 13-2 fastsetter tilsvarende regler for plan- og designkonkurranser).

Forskriftsutkastet § 7-1 oppstiller krav til kommunikasjonsmidlene og kommunikasjonsprosessen som gjelder generelt for elektronisk kommunikasjon:

- Valgte kommunikasjonsmidler skal være allment tilgjengelige, og ikke begrense leverandørenes adgang til konkurransen.

- Dataintegritet: At informasjonen ikke er endret under lagring eller transport.
- Konfidensialitet/fortrolighet: Innebærer at informasjon ikke er tilgjengelig for uautoriserte personer eller ikke-godkjente systemer.
- Kompatibilitet: De teknologiske systemene må ha evne til å virke sammen med alminnelige anvendte produkter innenfor informasjons- og kommunikasjonsteknologi.
- Kommunikasjonsmidlene skal være ikke-diskriminerende.

I tillegg til de generelle kravene presiseres det i § 7-1 (5) en del krav til systemene som benyttes for mottak av tilbud og forespørsel om å delta i konkurranser.

7.2.2 Elektronisk auksjon

I forskriftsutkastet § 4-2 bokstav g er elektronisk auksjon definert som :

”en elektronisk prosess hvor det etter en første fullstendig vurdering av tilbudene, slik at de kan rangeres med metoder for automatisk vurdering, gjennomføres en gjentakende prosess hvor priser og/eller nye verdier for visse elementer i tilbud kan justeres”.

Reglene om gjennomføring av elektroniske auksjoner fremgår av § 11-4. Elektronisk auksjon er ingen fullstendig prosedyre, men kan brukes for å avslutte konkurransen i en åpen eller begrenset anbuds konkurranse, konkurranse med forhandling, og ved inngåelse av kontrakter innenfor en dynamisk innkjøpsordning. Forut for auksjonen må leverandørene være kvalifisert og det må være foretatt en evaluering av tilbudene. Kunngjøringen må opplyse om at elektronisk auksjon skal brukes.

En elektronisk auksjon vil antagelig være mest aktuelt ved en ren priskonkurranse. Bruken av elektroniske auksjoner er imidlertid ikke begrenset til priskonkurranser, det er også mulig å ta inn andre tildelingskriterier. En forutsetning er at kriteriene kan kvantifiseres.

7.2.3 Dynamisk innkjøpsordning

En dynamisk innkjøpsordning defineres i forskriftsutkastet § 4-2 bokstav d som :

”en fullstendig elektronisk prosess for å foreta ordinære anskaffelser, hvis karakteristikk, slik de foreligger på markedet, oppfyller den offentlige oppdragsgiverens krav. Ordningen er begrenset i varighet og er åpen i gyldighetsperioden for alle leverandører som oppfyller utvelgelseskriteriene, og som har levert et veiledende tilbud som er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget”.

Dynamisk innkjøpsordning er en helt ny form for innkjøp som ligner kvalifikasjonsordningen i forsyningsforskriften og den nye formen for rammeavtaler i klassisk sektor. En viktig forskjell fra rammeavtaler er at en dynamisk innkjøpsordning er åpen for opptak av nye leverandører i hele ordningens varighet. Opprettelsen av en dynamisk innkjøpsordning er regulert i § 6-2. Som det fremgår av definisjonen i § 4-2

bokstav d, vil ordningen kunne benyttes for standardiserte kjøp, og vil antagelig være mest praktisk i forbindelse med gjentagende kjøp (for eksempel kontorrekvisita). Ordningen vil spesielt kunne være aktuell å benytte hvis oppdragsgiver kontinuerlig ønsker å få tilbud fra et stort antall leverandører, og løpende teste markedet.

Alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskriteriene og som har levert et veiledende tilbud i samsvar med betingelsene for konkurransen, skal tas opp i ordningen.

Anskaffelsene skal gjennomføres utelukkende ved bruk av elektroniske midler i samsvar med kravene i § 7-1.

Både selve etableringen av innkjøpsordningen og hver enkelt kontrakt skal kunngjøres på forhånd. Ved inngåelse av den enkelte kontrakt skal oppdragsgiver sende en forenklet kunngjøring hvor alle leverandører, innen en frist på 15 dager, oppfordres til å avgi et veiledende tilbud. Etter at oppdragsgiver har avsluttet vurderingen av de veiledende tilbudene, inviteres alle leverandører som er tatt opp i ordningen til å levere inn tilbud, innen en tilstrekkelig frist som fastsettes av oppdragsgiver. Det dynamiske innkjøpssystemet kan ikke inngås for mer enn fire år, med unntak av i særlige tilfeller.

Det foreligger ingen praktisk erfaring med prosedyren.

Som nevnt innledningsvis har ordningen mange likhetstrekk ved kvalifikasjonsordningen som allerede eksisterer innenfor forsyningssektoren. Departementet er derfor usikre på om det er behov for å implementere reglene om dynamisk innkjøpsordning i forsyningsforskriften, og ber høringsinstansene spesielt kommentere dette spørsmålet.

7.3 utfordringer ved innføring av nye regler om elektroniske anskaffelser

Det er få som har erfaring med de nye prosedyrene, og særlig gjelder dette for dynamiske innkjøpsordninger, som er helt nytt. En utfordring er også å tilfredstille kravene i § 7-1 til sikkerhet, ikke-diskriminering, kompatibilitet, osv., og samtidig legge til rette for at elektronisk handel kan benyttes i størst mulig grad. Det er derfor knyttet usikkerhet til den faktiske gjennomføring av anskaffelser etter disse reglene. Departementet har likevel valgt å innføre reglene for å legge til rette for elektroniske anskaffelser i fremtiden. På denne bakgrunn har departementet også valgt å implementere direktivtekstene gjennom en direkte oversettelse av direktivene, kun med mindre språklige justeringer. Det bes likevel om at høringsinstansene kommentere uklarheter som bør justeres i teksten, eventuelt utdypes i veiledningsmateriell.

For å få praktisk erfaring i gjennomføringen av de nye mulighetene for elektroniske anskaffelser, har Ehandelssekretariatet fått dispensasjon fra gjeldende anskaffelsesregelverk for å gjennomføre et pilotprosjekt som har som mål å kunne tilby noen av disse elektroniske løsningene før regelverket trer i kraft 1. januar 2006. EU-kommisjonen arbeider også med et tolkningsdokument til de nye bestemmelsene. Departementet planlegger å bruke erfaringene fra pilotprosjektet, samt

tolkningsdokumentet fra Kommissjonen, til å utarbeide veiledning i bruk av elektroniske anskaffelser, og eventuelt foreta justeringer i forskriftsteksten.

8. PRIORITERING/VEKTING AV TILDELINGSKRITERIENE

Direktivets artikkel 55 innebærer et tydeligere krav til å angi vektingen av tildelingskriteriene, sammenlignet med hva som følger av dagens regler. I gjeldende forskrift § 30 oppstilles det et krav om at kriteriene *om mulig* skal angis i prioritert rekkefølge. Som følge av den nye direktivbestemmelsen heter det i forskriftsutkastet § 11-1 at oppdragsgiver *skal* angi vektingen av de ulike kriteriene. Vektingen kan angis ved fastsettelse av en ramme med et passende maksimalt utslag. Dette innebærer at vektingen av et kriterium ikke må angis nøyaktig, men at oppdragsgiver har frihet til å fastsette omtrent hvilken vekting han vil gi de ulike kriteriene. Det er gjort unntak fra kravet om vekting der oppdragsgiver kan påvise at dette ikke er mulig. Dersom dette vilkåret er oppfylt, skal kriteriene prioriteres ved å angis i rekkefølge etter deres viktighet.

9. ADGANG TIL Å SØKE FRITAK FRA REGELVERKET

Forsyningsdirektivet artikkel 30 inneholder en ny prosedyre som innebærer at en virksomhet kan søke om å unntas fra forsyningsdirektivet, dersom virksomheten rettslig og faktisk er utsatt for konkurranse. Dersom dette er tilfelle anses det ikke lenger å være behov for å pålegge oppdragsgiver å følge prosedyrereglene i direktivet.

Siden de forskjellige markedene liberaliseres i ulik takt i EØS-området, ønsket man en noe mer fleksibel unntaksmulighet enn slik det ble gjort for telekommunikasjonssektoren, som ved det nye direktivet er helt unntatt fra regelverkets virkeområde for hele EØS-området.

Den nye prosedyren kan i følge direktivet initieres av tre mulige aktører: EFTAs overvåkingsorgan (ESA), nasjonalstaten eller en oppdragsgiver, dersom nasjonalstaten åpner for dette.

Moderniseringsdepartementet mener at det er hensiktsmessig å åpne for at oppdragsgivere selv kan søke direkte til ESA. For å sikre god saksbehandling og at konkurransemessige hensyn ivaretas, foreslås det å pålegge oppdragsgiver å innhente en uttalelse fra Konkurransetilsynet, som skal vedlegges søknaden. Det foreslås at Konkurransetilsynet får en frist på 60 dager til å komme med en uttalelse.

Søknader om fritak avgjøres av ESA. Der hvor Norge har gjennomført EØS-direktivene som er opplistet i forsyningsdirektivets bilag XI⁵, antas det aktuelle markedet å være

⁵ 98/30/EF om felles regler for det indre marked for naturgass (gassmarkedsdirektivet), 96/92/EF om felles regler for det indre marked for elektrisitet (elektrisitetsdirektivet), 97/67/EF om felles regler for utviklingen av et indre marked for posttjenester i Fellesskapet og forbedring av tjenestenes kvalitet (postdirektivet), 94/22/EF om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner (oljedirektivet).

rettslig og faktisk åpnet. I andre tilfeller må det foretas en konkret analyse. I forhold til krav om gjennomføring av EØS-forpliktelser om liberalisering av ulike sektorer er bestemmelsen i første omgang særlig aktuell for olje- og gassektoren.

10. ALTERNATIV PROSEDYRE FOR OLJE- OG GASSEKTOREN

I gjeldende forsyningsforskrift kapittel VI er det åpnet for at olje- og gassektoren kan følge en alternativ prosedyre. Denne prosedyren inneholder færre prosedyreregler enn forsyningsforskriften for øvrig. I det nye forsyningsdirektivet er denne alternative prosedyren fjernet. Dette har sammenheng med den nye unntaksprosedyren beskrevet i kapittel 9 ovenfor. Dersom ESA ikke har fattet vedtak om å unnta olje- og gassektoren ved forskriftens ikrafttredelse, vil departementet videreføre den alternative prosedyren inntil vedtak i henhold til artikkel 30 er fattet.

11. UNIVERSELL UTFORMING

I forskriftsutkastet § 3-1 (6) er det inntatt en bestemmelse om at offentligrettslige organer skal ta hensyn til livssyklus kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen, under planleggingen av den enkelte anskaffelse. Når det gjelder livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser, følger dette allerede av gjeldende lov om offentlige anskaffelser § 6. I høringsnotatet av 6. april 2005 foreslås denne lovbestemmelsen utvidet til også å omfatte universell utforming. Forskriftsutkastet § 3-1 (6) tilsvarer med andre ord regelen som er foreslått i lov og forskrift om offentlige anskaffelser. For ytterligere omtale av bakgrunnen for bestemmelsen om universell utforming, vises det til høringsnotatet av 6. april 2005 del I⁶.

For å øke brukervennligheten er det tatt inn en definisjon av hva universell utforming kan innebære i § 4-1 bokstav q.

Bestemmelsen omfatter ikke andre virksomheter som er underlagt forsyningsforskriften. Disse vil imidlertid være omfattet av bestemmelsen i forslaget § 7-6 (2) om at oppdragsgivere ved utformingen av tekniske spesifikasjoner bør ivareta hensynet til universell utforming, når dette er mulig. Bakgrunnen for ulik regulering for offentligrettslige organer og private oppdragsgivere, er at private oppdragsgivere i henhold til lov om offentlige anskaffelser § 11 bare kan gis pålegg som er nødvendige for å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser. Kravet overfor offentligrettslige organer om å ta hensyn til universell utforming under planleggingen av den enkelte anskaffelse, antas å gå noe lengre enn direktivets formulering.

12. BRUK AV SPESIELLE KONTRAKTSVILKÅR

Forskriftsutkastet § 3-5 slår fast gjeldende EF-rettspraksis om at det er tillatt å stille særlige betingelser om miljøhensyn og sosiale hensyn i forbindelse med oppfyllelsen av en

⁶ <http://odin.dep.no/mod/norsk/dok/hoeringer/bn.html>

kontrakt. Dette er spesielle forpliktelser som leverandøren må oppfylle i kontraktperioden, men som ikke er nødvendig for oppfylle kravet til selve kontraktsgjenstanden. Dette er med andre ord ikke krav til selve ytelsen, leverandørens virksomhet eller forhold som får betydning for tildeling av kontrakten. Kontraktsbetingelsene skal være av en slik art at alle har en faktisk mulighet til å oppfylle dem.

Bakgrunnen for bestemmelsen er at anskaffelsesregelverket, herunder EØS- forpliktelsene, tar utgangspunkt i at de krav som stilles skal være relevante for selve anskaffelsen. Det har derfor vært usikkert i hvilken grad oppdragsgiver kan stille krav som ikke direkte har betydning for det behovet som oppdragsgiver søker dekket. EF-domstolen har imidlertid slått fast at slike krav kan stilles under forutsetning av at de ikke har en effekt som er i strid med traktatens bestemmelser. Tilsvarende vil gjelde for EØS-avtalen. Hvorvidt en kontraktsbetingelse kan ha en slik effekt, er imidlertid et omfattende og problematisk vurderingstema. For eksempel har rettspraksis vist at terskelen er lav før noe anses å ha en handelshindrende effekt. Dette gjelder også krav som har lik effekt for norske og utenlandske leverandører.

Når det gjelder betingelser om miljøhensyn vises det til veilederen ”Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser”⁷.

13. MULIGHETEN TIL Å BEGRENSE KONKURRANSEN TIL ATTFØRINGSVIRKSOMHETER

Det nye direktivet åpner for at medlemsstatene kan gi oppdragsgiverne frihet til å begrense konkurransen til virksomheter hvor flertallet av de sysselsettesatte er yrkeshemmede:

”Medlemsstaterne kan lade kontrakter være forbeholdt beskyttede verksteder eller beslutte, at de udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse, når flertallet af de berørte arbeidstagere er handicappede, som på grund af arten eller omfanget af deres handicap ikke kan udøve erhvervsmæssig beskæftigelse på normale vilkår.

Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysning herom.”

Omfattede virksomheter har i Norge ulik betegnelse ettersom hvilken funksjon de har. En samlebetegnelse som ofte benyttes er attføringsbedrifter.

Muligheten til å reservere kontrakter til denne typen virksomheter foreslås tatt inn i det norske regelverkets alminnelige del, jf. forskriftsutkastet § 3-6. Oppdragsgiver får da frihet til å bestemme om konkurransen om kontrakten skal reserveres slike virksomheter. De angitt prosedyrereglene i forskriften skal følges på vanlig måte, men oppdragsgiver må opplyse i kunngjøringen at konkurransen er reservert ovennevnte virksomheter.

⁷ Veilederen kan leses på http://odin.dep.no/filarkiv/197434/ferdig_miljoveileder.pdf.

14. KOMMENTAR TIL FORHOLDET MELLOM KONKURRANSE MED FORHANDLING OG PROSEDYREN KONKURRANSEPREGET DIALOG

Departementet har mottatt spørsmål om prosedyren konkurransepreget dialog, som er en ny prosedyre som er foreslått innført i forskrift om offentlige anskaffelser, også skal innføres i forsyningsforskriften. Denne prosedyren er ikke tatt inn i forsyningsdirektivet og foreslås heller ikke innført i forsyningsforskriften. Bakgrunnen er at det for oppdragsgivere i forsyningssektoren, i motsetning til i klassisk sektor, er valgfritt å benytte konkurranse med forhandling. Reglene om konkurranse med forhandling er fleksible med hensyn til hvordan en vil gjennomføre forhandlingene, slik at denne prosedyren kan tenkes anvendt til å gjennomføre en prosedyre som ligner på konkurransepreget dialog. Det anses derfor å være overflødig og uhensiktsmessig å innføre denne prosedyren i forsyningsforskriften.

15. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

En overføring av oppdragsgivere som er en del av stat, fylkeskommune og kommune, fra forsyningsforskriften til forskrift om offentlige anskaffelser, antas å stimulere til ytterligere konkurranse ved offentlige innkjøp. Blant annet får oppdragsgiverne plikt til å kunngjøre alle kjøp over nasjonal terskelverdi (pr i dag kr 200 000, er foreslått hevet til kr 500 000 jf. høringsnotat av 6. april 2005). I dag er de berørte oppdragsgiverne kun pliktige til å kunngjøre kjøp over EØS-terskelverdiene (fra 3,05 mill til 3,65 mill avhengig av hvilken sektor man opererer i). Som følge av at de må følge et strengere prosedyreregulverk, kan det forventes noe økte transaksjonskostnader ved innkjøpene. Samtidig vil de berørte oppdragsgiverne bare få ett regelverk for offentlige innkjøp å forholde seg til, noe som må antas å bidra til reduserte transaksjonskostnader. For øvrig bør reglene om offentlige anskaffelser være godt kjent i kommunene og det antas derfor å være enkelt å overføre praksis internt.

Gjennom implementeringen av EU-direktivet åpnes det for bruk av mer moderne og fleksible innkjøpsprosedyrer. Det vil imidlertid ta tid før gevinstene kan hentes ut. Bruk av prosedyrene vil i enkelte tilfeller kreve oppgradering og utvikling av teknisk utstyr/programvare, samt økt kompetanseheving både hos oppdragsgivere og leverandører. Det kan også reises spørsmål om små innkjøpere vil dra nytte av disse reglene. I visse tilfeller vil oppdragsgivers krav til elektroniske prosesser kunne innebære at leverandører ikke kan delta i konkurransen. Muligens vil også bestemmelsene om elektroniske prosedyrer (særlig ved auksjoner), innebære at det blir enklere for utenlandske leverandører å gi tilbud.