

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep.
0030 OSLO

(Referanse må oppgis)
Vår referanse: 200500973-2
Arkivkode: 601 &00
Saksbehandler: Yngvild Thue
Deres referanse: 200501600
Dato: 17.08.2005

Høring - Ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene

Det vises til Moderniseringsdepartementets høringsbrev av 8. juni 2005 vedrørende forslag til ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene (FF). Høringsfristen er satt til 17. august 2005.

1. *Endringer i lov om offentlige anskaffelser*

KS innga ved brev av 6. juli 2005 kommentarer til forslag om ny forskrift for offentlige anskaffelser på klassisk sektor (FOA). Vi viser til denne uttalelsen for så vidt gjelder synspunkter på endringer i Lov om offentlige anskaffelser (LOA) som også vil gjelde for forsyningssektorene.

2. *Generelle kommentarer til ny forsyningsforskrift – struktur med mer*

Bakgrunnen for at det gis en helt ny forskrift er i følge høringsnotatets punkt 2, å legge om strukturen i FF slik at den harmoniseres med FOA. Derved blir det enklere for aktører som må forholde seg til begge forskrifter, å finne frem.

KS støtter denne tanken, og mener dette er en helt nødvendig forenkling av regelverket. Etter KS' oppfatning bør imidlertid harmoniseringen mellom regelverket for klassisk sektor og forsyningssektorene ikke begrense seg til en harmonisering av struktur. Også bestemmelsenes utforming og ordlyd bør harmoniseres i de tilfeller hvor det ikke er meningen å ha forskjellige bestemmelser.

KS finner at departementet har kommet et stykke på vei i dette harmoniseringsarbeidet. Det gjenstår imidlertid fremdeles mye arbeid, både når det gjelder struktur og innhold. KS nevner noen eksempler på manglende harmonisering:

2.1 Struktur:

Som et eksempel på at regelverket ikke er tilstrekkelig gjennomarbeidet i forhold til struktur kan nevnes FF § 8-2 som i hovedsak omhandler kunngjøringsregler.

Bestemmelsens 3. ledd gir imidlertid gir hjemmel for når direkte anskaffelser kan foretas. Bestemmelsen er inntatt i FF del II (Anskaffelser over EØS-terskelverdiene).

Tilsvarende bestemmelse i FOA om direkte anskaffelse er foreslått flyttet til FOA del I (Alminnelige bestemmelser), § 2-1. Her er hjemmelen for direkte anskaffelse tatt inn i bestemmelsene knyttet til anvendelsesområdet av de ulike deler av FOA. KS kan ikke se noen klar begrunnelse for denne forskjellen.

2.2 Samme bestemmelse - ulik ordlyd:

FF og FOA inneholder i stor utstrekning regler som innholdsmessig skal være like. En systematisk gjennomgang av de to utkastene viser at det har skjedd en altfor dårlig samordning av bestemmelsene for så vidt gjelder ordlyd og oppbygning. Overnevnte bestemmelser kan også være illustrerende for disse manglene.

- Etter FOA § 2-1 (3) bokstav a) er det adgang til å foreta en direkteanskaffelse når:

"anskaffelsen kan bare foretas hos en leverandør i markedet, f.eks av tekniske eller kunstneriske årsaker, eller for å beskytte en enerett m.v."

- Etter FF § 8-2 (3) har denne bestemmelsen blitt inntatt i bokstav c) og er utformet slik:

"arbeidet av tekniske eller kunstneriske grunner, eller for å beskytte en enerett, bare kan utføres av en bestemt leverandør."

Et annet eksempel på at ordlyden og bestemmelsens oppbygning er forskjellig for tilsynelatende, og i alle fall i hovedsak, like regler, er regelen om beregning av anskaffelsens verdi inntatt i FF § 2-4 og FOA § 2-3.

2.3 Samme bestemmelse – ulik overskrift:

I noen tilfeller er det videre satt forskjellige overskrifter i de to forskriftene på bestemmelser som etter KS oppfatning i hovedsak omhandler det samme. Eksempelvis kan nevnes:

- FF § 10-2 *"Utvelgelsen ved begrenset anbuds konkurranse og konkurranse med forhandling"*
- FOA § 7-6 og 15-7 har overskriftene *"Deltagelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere"*

Selv om begge overskriftene isolert sett gir god veiledning, er det etter KS' oppfatning et poeng å ha identiske overskrifter der dette er mulig.

2.4 Oppsummering:

Dette er bare spredte eksempler på et gjennomgående problem. FF og FOA regulerer i stor utstrekning de samme forhold. En lik utforming av bestemmelsene når det er foreligger like regler vil redusere unødige tolkningsspørsmål, og vil øke tilgjengeligheten for brukeren. Det bør således bare være i de tilfellene hvor regelverket er forskjellig, at bestemmelsene bør få en ulik utforming.

Ett av hovedformålene med å gi en helt ny forskrift fremfor å endre den eksisterende forsyningsforskriften, var så langt som mulig å harmonisere med nytt forslag til forskrift innen klassisk sektor. KS ber derfor departementet om å foreta en ny grundig gjennomgang av de to regelverk for å gjennomføre harmoniseringsarbeidet på en tilfredsstillende måte.

3. Overføring av enkelte offentlige oppdragsgivere til klassisk sektor

FF gjelder i dag for offentlige og private oppdragsgiverer som driver virksomhet innenfor sektorene vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon. Sistnevnte sektor er nå foreslått erstattet av "posttjenester". Begrunnelsen for å ha et eget og mer fleksibelt regelverk for disse sektorene har blant annet vært at anskaffelsene her ofte er store og komplekse. Til tross for den harmonisering som nå foretas, inneholder FF fremdeles noe mer fleksible regler enn FOA, eksempelvis er konkurranseformen konkurranse med forhandling er likestilt med de øvrige konkurranseformer. FF har videre ingen nasjonale terskelverdier, hvilket innebærer at de særskilte prosedyrereglene først gjelder for anskaffelser over NOK 3,85 millioner (vare- og tjenestekontrakter) og NOK 48 millioner (bygg- og anleggskontrakter). Innenfor klassisk sektor inntreer det etter det nye forslaget en protokollplikt fra NOK 50.000, og nasjonale prosedyreregler fra NOK 500.000.

Et av de sentrale forslagene i departementets høringsnotat er forslaget om å overføre en rekke offentlige oppdragsgivere som er en del av samme rettssubjekt som stat, fylkeskommune og kommune fra FF til forskriften for klassisk sektor (FOA). Dette innebærer at en enhet som driver virksomhet innenfor en av forsyningssektorene, vil følge regelverket for klassisk sektor dersom enheten utgjør en del av kommunen som rettssubjekt, eksempelvis et kommunalt foretak. Dersom enheten derimot er skilt ut som et eget rettssubjekt, eksempelvis et kommunalt eid aksjeselskap, er det FFs regler som skal følges. Etter departementets forslag er det altså enhetens rettslige organisering som skal være avgjørende for hvilke rammebetingelser enheten skal ha. KS er av den oppfatning at dette er *svært* uheldig.

Forslaget til FF er basert på direktiv 2004/17/EF. Et av direktivets uttalte målsetninger er å sikre likebehandling av oppdragsgivere etter direktivet. Denne målsetning har kommet til uttrykk i direktivets fortale premiss 10:

"For at sikre reel åpning af markedet samt passende ligevægt i anvendelsen af udbudsreglerne inden for vand- og energiforsyning, transport og posttjenester må de pågældende virksomheders defineres på anden måde end ved henvisning til deres retlige form. Det bør derfor sikres, at princippet om ligebehandling af ordregivere i den offentlige og den private sektor ikke anfægtes. Det skal desuden i overensstemmelse med traktatens artikel 295 sikres, at medlemsstaternes ejendomsretlige ordning ikke berøres." (vår undertrekning)

Direktivets virkeområde defineres ut fra type oppdragsgiver og type virksomhet som enheten driver. Etter direktivets artikkel 2 nr. 1 omfattes:

"staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere sådanne offentligretlige organer."

Det norske forslaget som unntar offentlig myndigheter og enheter underlagt disse, fraviker således vesentlig fra direktivets anvendelsesområde.

Forslaget harmonerer dårlig med det foretaksbegrep som for øvrig benyttes innen konkurranseretten, og som omfatter alle enheter som driver privat eller offentlig ervervsvirksomhet – uavhengig av rettslig organisering. Et skille basert på hvordan enheten rettslig sett er organisert harmonerer også dårlig med begrunnelsen for å ha et eget regelverk for anskaffelser innenfor disse sektorene.

En viktig målsetning med å ha et forpliktende internasjonalt regelverk for offentlige anskaffelser, er å ha felles spilleregler på hele EØS-markedet for bedrifter som ønsker å konkurrere om offentlige kontrakter. Dersom forslaget til bestemmelse opprettholdes vil Norge ha en annen regulering av hvem som er oppdragsgivere etter FF enn eksempelvis Danmark og Sverige. Dette er neppe direktivets målsetning.

KS stiller således spørsmålsteget ved om forslaget til ny FF representerer en korrekt implementering av direktivet i norsk rett.

De prosedyreregler som er nedfelt i anskaffelsesregelverket er en administrativ belastning og svært kostnadskrevende for den aktuelle virksomhet. At det er forskjellige rammebetingelser for ulike enheter innen samme bransje vil i praksis være svært negativt.

Dersom forslaget blir opprettholdt innebærer det at eksempelvis et kommunalt foretak vil måtte følge de særskilte nasjonale prosedyrereglene for alle anskaffelser over NOK 500.000, og vil kun unntaksvis kunne velge konkurranseformen konkurranse med forhandling selv for store komplekse innkjøp. Et kommunalt eid aksjeselskap eller et interkommunalt selskap i samme bransje og på samme marked, vil imidlertid ikke måtte følge de særskilte prosedyrereglene før anskaffelsens verdi overstiger NOK 3, 85 millioner. I tillegg vil dette selskapet fritt kunne velge konkurranse med forhandling for ethvert innkjøp. En slik forskjell i rammevilkårene krever en særskilt god begrunnelse.

Departementet begrunner forslaget på følgende måte:

”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”

Etter KS' oppfatning er denne begrunnelsen feilslått. Et av hovedformålene med konkurransereglene, herunder regelverket for offentlige anskaffelser, er å sikre like konkurransevilkår for alle aktører i markedet. Sammenligningen må da i utgangspunktet skje mellom aktørene på samme marked, ikke i forhold til hvem som er eier av den aktuelle virksomhet. Forsyningssektorene preges av at markedet består av både private og offentlige oppdragsgivere. Private oppdragsgivere kan i henhold til LOA § 11 bare pålegges forpliktelsen som følger av internasjonale forpliktelser om offentlige anskaffelser. Det er et grunnleggende prinsipp innenfor dette området at offentlig og privat virksomhet likebehandles, jf. blant annet sitatet ovenfor. Målsetningen om like konkurransevilkår vil ikke kunne gjennomføres ved å innføre forskjellige regelregimer for aktører innen samme bransje.

Departementets forslag til endring vil få stor betydning for KS' medlemmer. På denne bakgrunn krever KS at departementet revurderer forslaget som er beskrevet i høringsnotatets punkt 4.

4. *Plikt til å vekte tildelingskriteriene*

Forslaget til ny forskrift innfører i § 11-1 en plikt til å angi den relative vektningen av tildelingskriteriene over EØS-terskelverdiene. Forslaget er basert på EU-direktivets artikkel 55.

KS mener at en plikt til å angi den relative vekt av tildelingskriteriene er uheldig, særlig i forhold til rammeavtaler. I disse tilfellene er behovet for fleksibilitet, og mulighet for å vurdere den relative vekt av tildelingskriteriene for det konkrete avrop av stor betydning. En plikt til på forhånd å angi hvordan de ulike kriteriene skal vektes, vil dermed redusere fordelene med rammeavtalene.

5. *Miljøhensyn og sosiale hensyn som kontraktsvilkår/tildelingskriterier*

Etter høringsnotatet slår utkastet § 3-5 fast gjeldende EF-rettspraksis om at det er tillatt å stille særlige betingelser om miljøhensyn og sosiale hensyn i forbindelse med oppfyllelsen av en kontrakt, såfremt dette er gjort kjent i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. KS forstår forslaget slik at det her er tale om kontraktsbetingelser og ikke tildelingskriterier.

Etter EU-direktivet som ligger til grunn for forskriftsforslaget, er det imidlertid et spørsmål i hvilken utstrekning sosiale hensyn skal kunne inntas som *tildelingskriterier*.

I henhold til direktiv (2004/17/EØF) fortale premiss 1 fremgår det blant annet:

”Det foreliggende direktiv er basert på Domstolens retspraksis, navnlig retspraksis vedrørende *tildelingskriterier*, som klarlegger de ordregivende myndigheters muligheter for at opfylle den relevante offentlighets behov, herunder på det miljømæssige og sosiale område, forutsatt at sådanne kriterier er knyttet til kontraktens genstand, ikke gir den ordregivende myndighet ubegrenset valgfrihet, uttrykkelig er omtalt og oppfyller de grunnleggende prinsipper i betraktning 9.”

Direktivets artikkel 55 om foretar en oppstilling av kriterier som det er adgang til å hensynta ved tildeling av kontrakt. Her nevnes eksempelvis ”*miljøegenskaper*”. Denne oppregningen er imidlertid ikke uttømmende. At det er adgang til å oppstille ikke-økonomiske kriterier for tildeling av kontrakter fremgår imidlertid av EF-domstolens avgjørelser i blant annet sak C-513/99 (Concordia) og sak C- 448/01 (Wienstrom).

Adgangen til å ta ikke-økonomiske hensyn i forbindelse med tildelingen av en kontrakt, bidrar til å øke den enkelte oppdragsgivers handlingsrom i forhold til regelverket. KS mener at slike hensyn bør kunne vektlegges også i forbindelse med kontraktstildeling. I den forbindelse er det ønskelig at forslaget foretar en ikke-uttømmende oppregning over tillatte tildelingskriterier, hvor også ikke-økonomiske kriterier fremkommer. Det er uansett ønskelig at grensen mellom kontraktsvilkår som omhandlet i forslagets § 3-5 og tildelingskriterier av ikke-økonomisk karakter klargjøres i det veiledningsmateriale som skal utarbeides.

6. *Egenregi*

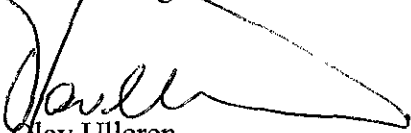
Spørsmålet om når en kontrakt kan tildeles i såkalt egenregi er av vesentlig betydning for kommunen og kommunalt eide virksomheter. Gjeldende FF inneholder en uttrykkelig bestemmelse om dette i § 10, 1. ledd litra L for så vidt gjelder tjenestekjøp.

Forslaget til ny forskrift inneholder en ny bestemmelse om egenregi. Denne representerer en utvidelse av bestemmelsens anvendelsesområde. Mens den tidligere bestemmelse var begrenset til tjenestekjøp, omfatter forslaget også varekjøp samt bygge- og anleggs kontrakter. KS ser positivt på en slik utvidelse. Forslaget er også utvidet i forhold til hvilke rettssubjekter som kan som kan tildele og få tildelt kontrakter i egenregi. KS ser positivt også på en slik utvidelse.

Det finnes ingen tilsvarende eksplisitt bestemmelse om egenregi i FOA. Forslaget til ny bestemmelse om egenregi i FF går videre langt utover det som følger av EF-domstolens rettspraksis knyttet til såkalt egenregi innenfor klassisk sektor, jf blant annet Teckaldommen (sak C-107/98).

I KS' høringsuttalelse til FOA, jf. brev av 6. juli 2005, tok KS til orde for at det også innenfor klassisk sektor bør gjøres et spesifikt unntak for anskaffelser fra heleide/tilknyttede selskaper. Med det utvidede unntaket for egenregi som nå foreslås i FF, er enda større grunn til innta et spesifikt unntak i FOA i tråd med forslaget i FF. Dersom departementets forslag om å overføre enkelte enheter innenfor forsyningssektorene til klassisk sektor opprettholdes, vil forskjellen i rammebetingelser for enheter i og utenfor kommunen som rettssubjekt bli svært stor. KS ber således om at dette forslaget trekkes tilbake.

Med vennlig hilsen


Olav Ulleren
administrerende direktør


Yngvild Thue
advokat