



Moderniseringdepartementet
v/ KPA/NOK
Postboks 8004, Dep.
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar) JHB

Dato 14. august 2005

Høring: Revidering av forsyningsforskriften

Det vises til utkast til nye anskaffelsesregler for forsyningssektorene (vann- energiforsyning, transport og posttjenester).

Servicebedriftenes Landsforening (SBL) er en tradisjonell arbeidsgiverforening og serviceorganisasjon for ca 400 virksomheter innen et bredt spekter av servicenæringer. Virksomhetene har til sammen ca 37 000 ansatte.

SBL mener utkastet til regelverk er bedre strukturert enn gjeldende regelverk, samt kan bidra til et mer oversiktlig og modernisert anskaffelsesregime blant omfattede forsyningsvirksomheter. Spesielt viktig og positivt er forslagene om tydeliggjøring av de generelle krav til enhver anskaffelse (uavhengig av terskelverdi), åpning for bruk av komplette elektroniske prosedyrer, samt en eliminering av gjeldende regelverksskilte mellom anskaffelser til forsyningsaktiviteter og andre aktiviteter innen samme offentlige juridiske person og myndighet. SBL har likevel enkelte kommentarer til forskriftens materielle innhold. Disse utdypes nedenfor. Det vises også til overordnede kommentarer fra NHO.

Generelle kommentarer

Oppdragsgiveres opptreden - en viktig påvirkningsaktør for fremtidens marked

Mange av våre medlemmer har et betydelig omfang av kunder som omfattes av anskaffelsesreglene. For disse, er omfattede oppdragsgivere noe mer enn bare en kjøper. Måten oppdragsgiverne samlet sett opptrer i markedet er med å prege verdiene i markedet, samt kvaliteten og konkurransedyktigheten til leverandørene.

Ovennevnte er ikke bare viktig for virksomheter som leverer nasjonalt, men også for virksomheter som vil drive virksomhet utover landets grenser. Målsettingen må være at "hjemmearenaen" preges av oppdragsgivere som gjennomfører anskaffelsene med moderne og leverandørutviklende anskaffelsesprosesser, hvor krav til skikkelighet, innovasjon og kvaliteten i tjenesteinnholdet må være ledende forsyningsprinsipper. I dette ligger det

utfordringer og ansvar for offentlige foretak som en bevisst ”bestiller” og markedsutviklende kunde.

Fleksible anskaffelsesmetoder samtidig som hensynet til likebehandling ivaretas

Utkastet til regelverk og endringer i loven, er et godt utgangspunkt for rettslige rammer som skal sikre likebehandling og forretningsmessig opptreden. Utkastet har spesiell styrke med forslaget til

- struktur
- nasjonal beløpsgrense på kroner 500 000 ekskl. mva for offentlige myndigheter som utøver forsyningsaktiviteter, samt krav til skatteattester, HMS egenerklæring og protokoll for disse oppdragsgiverne
- elektroniske og alternative konkurranseprosedyrer
- tydeliggjøring av grunnleggende krav til alle anskaffelser i § 3-1,

Behov for pedagogisk ”konkurranseveiledning”

Regelverket fremstår som mer oversiktlig, men behovet for pedagogisk og ”bestepsaksis” veiledning er fortsatt til stede. Dette, ikke bare for å sikre hensynet til etterlevelse av regelverkets minimumskrav, men også for at oppdragsgivere benytter de mulighetene de har i regelverket til å gjennomføre effektive anskaffelsesprosesser og for å unngå at oppdragsgiver utilsiktet eller ubevisst legger til grunn anskaffelsesmodeller som i alt for stor grad bygger på lavest pris uten at kvalitetsgraden på tjenesten ivaretas. Sistnevnte er et problem fordi for mange oppdragsgivere er ikke bevisste nok på bruken eller den manglende bruk av relevante kvalitetskriterier i konkurranse om kontrakten og hvor avgjørende dette er for resultatet av anskaffelsen. Feil bruk av slike tildelingskriterier eller anskaffelsesmodeller ”tvinger” leverandører til å konkurrere om leveranse av tjenester i henhold til for lave kvalitetsnivåer. Problemet blir først merkbart ved gjennomføring av kontrakten. Mange oppdragsgivere får da ikke et tjenesteinnhold som tilfredsstillende forventinger de har og for lave priser gjør det umulig for leverandører å levere høyere kvalitet enn det som har vært premissene for konkurransen. Denne utfordringen kan bli enda mer markant ved feil bruk av elektronisk auksjoner. En veiledning bør derfor spesielt inkludere bruk og eksemplifisering av kvalitetskriterier, samt fremheve viktigheten av å definere rett kvalitetsnivået i konkurransegrunlaget. SBL bidrar gjerne med innspill og en omtale av dette i en veileder.

Kommentarer til enkelte endringer eller bestemmelser

SBL har også gjennomgått forslaget med målsetning om å komme med innspill som kan styrke formålet med regelverket og de målsetninger man har hatt med revideringen av regelverket. SBL har i denne sammenheng enkelte kommentarer til:

- *Offentlige myndigheter som utøver forsyningsaktiviteter*
Det vises til forslaget om å eliminere gjeldende regelverksskilte mellom forsyningsaktiviteter og andre aktiviteter innen samme offentlige myndighets juridiske person ved å la samtlige anskaffelser omfattes av det alminnelige anskaffelsesregelverket.

Forslagets åpenbare styrke er en logisk harmonisering av nasjonal beløpsgrense, krav til skatteattester og HMS erklæring for anskaffelser som gjennomføres av samme offentlig myndighets juridiske enhet uavhengig av om denne også utfører virksomhet som i dag faller innenfor forsyningsforskriften. Når det gjelder terskelen for kunngjøring, er det i dag ubegrunnet store forskjeller for offentlige myndigheter som

har slik aktivitet innen samme juridiske person og anskaffelser som er til andre formål. Betydningen av forsyningsforskriftens manglende krav til protokoll, skatteattester og HMS -erklæring må heller ikke undervurderes og forslaget ”reparerer” en betydelig logisk brist på dette området i forhold til gjeldende regelverk. I denne sammenheng vises det til SBLs høringsuttalelse til det klassiske regelverket om viktigheten av at offentlige oppdragsgivere bidrar til å hindre ”useriøse” virksomheters adgang til det offentlige markedet. SBL støtter derfor forslaget slik det foreligger.

En praktisk konsekvens for de oppdragsgivere som berøres av forslaget, er imidlertid at disse avskjæres for å benytte forsyningsforskriftens regler om kvalifikasjonsordning, samt at muligheten for bruk av prosedyren ”konkurranse med forhandling” blir begrenset. Førstnevnte avhjelpes noe med forslaget om innføringen av dynamisk innkjøpssystem i den klassiske forskriften, selv om dette trolig ikke vil bli oppfattet som et fullverdig og et like praktisk substitutt av de berørte oppdragsgiverne.

Når det gjelder bruk av konkurranse med forhandlinger, har ikke SBL innsigelser mot en eventuell hjemmel i den klassiske forskriften i § 13-1 for at offentlige myndigheter valgfritt kan benytte prosedyren (dvs. uten hinder av 13-1 tredje ledd), når denne skal anskaffe til en type virksomhet som omfattes av forsyningsforskriften. Dette fordi vareanskaffelser på forsyningsvirksomhetsområdet ofte er teknisk kompliserte, og at det er relativt problematisk for brukere å være sikre på når prosedyren tillates etter § 13-3.

Det bemerkes også at for de offentlige myndigheter som utøver vann- og energivirksomhet, kan det by på unødvendige praktiske problemer at de etter forslaget ikke lenger har anledning til direktekjøp etter 1-7 c og d i utkastet til forsyningsforskrift. Behovet for energi og vann til denne typen virksomhet, vil kunne svinge kraftig. Problemet er likevel mindre for de som anskaffer dette over råvarebørs, da dette unntaket nå er foreslått tatt inn i den klassiske forskriften. Konsekvensene av manglende unntakshjemmel bør likevel vurderes grundig og den beste løsningen er trolig å overføre unntakshjemlene til den klassiske forskriften.

- *Utkastets § 1-7*

- bokstav g. Utkastet bruker begrepet ”meglingstjenester”, som kan forveksles med tjenester fra eiendomsmeglere, kraftmeglere etc. Bestemmelsen bør få samme ordlyd som i den klassiske forskriften (”meklingstjenester”).
- bokstav h. Departementet bør vurdere å stryke begrepet ”finansielle”, selv om begrepet følger direkte av direktivet. I denne sammenheng vises det til ESA klagesak Oslo kommune og kjøp av tjenester i forbindelse med forestående salg av aksjer i et bestemt selskap. Erik Eidem fra ESA opplyste under et seminar i KSI regi, at ESAs tolkning av bestemmelsen var nå at begrepet ”finansielle” virker ”overflødig” og er enig i departementets tolkning av bestemmelsen i den konkrete saken. Selv om uttalelsen er uformell og uten rettslig virkning, gir en endret ordlyd bedre uttrykk for bestemmelsens innhold og den forståelse som norske, svenske og danske myndigheter har uttalt at de legger til grunn. Dersom bestemmelsen endres, bør tilsvarende endring gjennomføres i den klassiske forskriften.

- bokstav j. Unntaket for forsknings- og utviklingskontrakter bør ha samme ordlyd i den klassiske forskriften og i forskriften for forsyningssektorene. Selv om ordlyden i den klassiske forskriften ikke er enkel å forstå ved førstegangslesning (noe som også kan forklares ut fra direktivets vanskelige formulering), er det likevel vår oppfatning er at ordlyden i den klassiske forskriften er lettere tilgjengelig enn den foreslåtte ordlyden i forsyningsforskriften. Slik SBL forstår bestemmelsen vil mange forsknings- og utviklingskontrakter være unntatt prosedyreregulverket, selv om en oppdragsgiver er kontraktspart. Dette betyr ikke at tildeling av forsknings- og utviklingskontrakter er uten regulering, da regelverket for offentlig støtte også har regler om omfang og fremgangsmåte ved økonomisk støtte. De tjenestene som ikke er unntatt anskaffelsesreglene er der hvor oppdragsgiver betaler for hele tjenesten og nytten av anskaffelsen er tiltenkt eksklusiv bruk i oppdragsgivers virksomhet. For oppdragsgiver bør det være forholdsvis kurant å slå fast hva som er oppdragsgivers virksomhet, men det praktiske ”nåløyet” for å komme inn under unntaket er om mer enn halvparten av verdien på anskaffelsen relaterer seg til ”reell” forsknings- og utvikling. I den grad oppdragsgivere feilaktig benytter seg av unntaket, så er det en mulig forklaring at oppdragsgiver ikke er klar over omfanget av de vitenskaplige og nyskapende elementene som må være til stede før man kan anse at tjenesten er en reell forskning eller utviklingstjeneste. Det er derfor grunn til å tro at oppdragsgivere feilaktig påberoper seg bestemmelsen ved kjøp av analyser eller utredninger, eller andre tjenester hvor forsknings- og/eller utviklingselementet kun representerer en mindre del av tjenesten. Dette er forhold som bør kommenteres i kommende veileder, da dette øker mulighetene for at oppdragsgivere etterlever intensjonen med reglen.
- bokstav l/m. Det legges til grunn at utkastets bokstav ”m” egentlig er knyttet til bestemmelsen ”l”.

- *Innføring av dynamisk innkjøpssystem i forsyningsforskriften*

Departementet reiser i spørsmål i høringsbrevet om hensiktsmessigheten av å ta inn bestemmelser om dynamisk innkjøpssystem i forskriften når oppdragsgivere har muligheten til å benytte seg av kvalifikasjonsordninger. I tråd med den praksis som virker utbredt i forsyningssektoren, vil det trolig være få oppdragsgivere som rent umiddelbart skifter system. SBL mener likevel at det er ønskelig med bestemmelser om dynamisk innkjøpssystem, fordi denne ordningen legger opp til separate kontraktskunnføringer. Dette gjør kontraktsmulighetene enda mer tilgjengelig for leverandørene og oppdragsgivere bør derfor ha muligheten til å benytte begge ordningene.

Med vennlig hilsen

Johan Henrik Bjørge
Konkurransopolitisk rådgiver/advokatfullmektig
Servicebedriftenes Landsforening