



Transportbedriftenes
Landsforening

www.transport.no

Moderniseringsdepartementet

Adr: postmottak@mod.dep.no

Oslo, 17. august 2005

KOMMENTARER TIL NY FORSKRIFT OM INNKJØPSREGLER FOR FORSYNINGSSEKTORENE

1. Innledning.

Vi viser til høringsbrev av 08.06.05 om forslag til ny forskrift om innkjøpsregler for forsyningssektorene. Synspunkter og merknader fra Transportbedriftenes Landsforening fremgår nedenfor.

Vi har konsentrert oss om en del punkter som er vesentlige for persontransportsektoren, der det kan være behov for endringer, presiseringer eller forklaringer. For øvrig har vi regnet med at departementets forslag er i samsvar med det underliggende EU-direktiv 2004/17. Vi holder oss stort sett til reglene for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, idet disse regler er mest aktuelle i transportbransjen.

2. Direktivers tilpasning til nasjonale regelverk.

Direktiver er som kjent bare bindende for medlemsstatene og EFTAs EØS-medlemmer med hensyn til de mål som skal nås, og statene kan selv velge formen for nasjonale regler. Reglene skal imidlertid omsettes til nasjonal rett i overensstemmelse med EUs kriterier. Det skal skapes en rettsstilstand som er sammenlignbar mellom de ulike land og som allmennheten kan kjenne igjen. Formålet med å lage et eget regelverk for forsyningssektorene må være at dette anses bedre tilpasset de aktuelle sektorer enn det generelle anskaffelsesregelverket er.

Etter vår oppfatning tilsier dette at hovedtrekkene i EUs opplegg for forsyningssektorene må følges i nasjonal rett. Vi mener derfor at forslaget til ny forsyningsforskrift bryter med EUs retningslinjer for overføring til nasjonal rett på et vesentlig punkt. Det gjelder forslaget om at offentlige myndigheter som oppdragsgivere skal følge forskrift om offentlige anskaffelser i stedet for forsyningsforskriften, også når det gjelder virksomhet som ligger innenfor forsyningssektorene. Dette mener vi er et avvik som ligger utenfor rammen av den adgang man har til å tilpasse direktiver til nasjonal rett.

Vi ber om at departementet revurderer sitt forslag om overføring, og viser til våre merknader under punkt 3 om de uheldige praktiske konsekvenser overføringen vil ha for transportsektoren.

3. Overføring av offentlige oppdragsgivere til klassisk sektor.

Oppdragsgivere som inngår kontrakter med transportører om drift av personruter med buss er av følgende kategorier:

- ✓ Kommuner, fylkekommuner og staten
- ✓ Administrasjonsselskaper opprettet av fylkeskommuner for å administrere rutene i fylket (Yrkestransportloven, § 21.).
- ✓ Virksomheter som ikke er offentlige myndigheter, men som driver virksomheten på grunnlag av en enerett eller særrett (gjeldende forsyningsforskrift § b) og som driver rutenett innenfor persontransport.

Det bør være kjent at en del fylker har opprettet administrasjonsselskaper, andre har det ikke.

Både i disse to varianter og i den tredje, bedrifter med eneretter/særretter settes tjenestekontrakter som er av svært lik karakter ut på anbud. I hovedsak brukes i dag forsyningsforskriften, men i enkelte tilfelle brukes de særnorske anbudsforskrifter som er knyttet opp til yrkestransportloven. Disse forskrifter er imidlertid svært uhensiktsmessige, de tillater for eksempel bare åpne anbud, som i en del tilfelle fungerer uhensiktsmessig ved bruk av anbud i kollektivtrafikken.

Vi kan ikke se noen rimelig grunn til at departementet nå vil innføre en tredje konkurranseprosedyre, som innebærer at offentlige organer skal bruke anskaffelsesforskriften. Det vil bli svært upraktisk og tjener neppe noe reelt formål at man skal måtte operere med ulike forskrifter fra fylke til fylke, alt etter hvilken måte fylkeskommunene har valgt å organisere kollektivtrafikken. En transportør som driver for eksempel på Østlandet, må forholde seg til forsyningsforskriften i Akershus, anskaffelsesforskriften i Buskerud, forsyningsforskriften i forhold til AS Oslo Sporveier, men anskaffelsesforskriften når Oslo kommune legger ut annen trafikk på anbud Dette blir rot og unødvendig plunder i stedet for forenkling. Reelt sett dreier det seg jo om sammenlignbare transportopplegg som bør underlegges den *samme* lovgivning.

Det er også slik at det er forsyningsforskriften som er best tilpasset forholdene i kollektivtrafikken. Blant annet gis det full åpning for bruk av kjøp etter forhandling, noe som brukes mye fordi oppdragene kan være vanskelige å definere og det blir behov for dialog mellom oppdragsgiver og anbyder.

I sitt høringsnotat har departementet overhodet ikke nevnt forholdene i transportsektoren i forbindelse med sitt forslag om å overføre offentlige oppdragsgivere til anskaffelsesforskriften. Det virker ikke som man er tilstrekkelig klar over forholdene i denne sektor. Det er etter vårt syn behov for å redusere antall ulike anskaffelsesprosedyrer, ikke øke dem.

Vi ber departementet av ovennevnte prinsipielle og praktiske grunner nevnt under foregående og dette punkt om *ikke* å overføre de offentlige oppdragsgivere til anskaffelsesforskriften, i alle fall når det gjelder transportsektoren.

4. Hva er en ” oppdragsgiver” i transportsektoren?

Vi forutsetter i det følgende at gruppen ”offentlige oppdragsgivere” blir ført tilbake til forsyningsforskriften når det gjelder transportsektoren.

Definisjonen av oppdragsgiver i gjeldende anskaffelsesforskrift forutsetter at oppdragsgiveren ”utøver” en virksomhet, for eksempel persontrafikk.

Når en utøver som i kraft av særrett eller enerett legger ut en del av sin virksomhet på anbud, skaper dette ikke noen problemer. Dette er imidlertid et forholdsvis sjeldent tilfelle. Mange problemer har imidlertid oppstått når et offentlig eller offentligrettslig organ, for eksempel en fylkeskommune eller et administrasjonsselskap konkurransesetter trafikk. Det har i mange tilfelle vært sterk tvil om disse to typer av organer kan sies å ”utøve” kollektivtrafikk. Det kan nevnes at generaladvokat Mischo i saken Concordia Bus Finland v. Helsingin kaupunki (2000)REG1-7213 hevdet at Helsinki by ikke kunne sies å utøve transportvirksomhet, og at det aktuelle oppdrag derfor kom inn under direktiv 92/50. Saken kom aldri til doms, men det nevnes at også den svenske ”Rikstrafiken”, som legger ut på anbud og betaler støtte til driften av en del sekundære jernbaner bruker anskaffelsesdirektivet. Rikstrafiken er ikke engasjert i ”utøvelse” av trafikken selv. Den nevnte uklarhet er så vidt vi har forstått en hovedgrunn til at nevnte bestemmelse om å ”utøve”, i direktiv 2004/17 og i forslaget til anskaffelsesforskrift er endret til ”stille til rådighet eller drive rutenett... (§1-4.c). Formuleringen ”å stille til rådighet” slik vi forstår den, må være ment å dekke flere og andre oppgaver enn rene driftsoppgaver, således de oppgaver som en oppdragsgiver (f.eks. fylkeskommune eller administrasjonsselskap) vanligvis har i forhold til kollektivtrafikken. Utstedelse av ruteløyve, definisjon av rutenett, frekvenser, kapasitet og lignende samt betaling for tjenestene ut over det trafikken kan innbringe er oppgaver som vi mener ligger innenfor rådighetsbegrepet. Drøftelser vi har hatt med DG TREN gjennom internasjonale organisasjoner bekrefter at den nye formulering er valgt for å unngå problemer av den art vi har nevnt ovenfor. Er vår forståelse riktig eliminerer det en uheldig usikkerhet når man skal bedømme om anskaffelsesforskriften skal anvendes.

Det ville etter vår mening være svært nyttig om det i tillegg til forskriften blir utarbeidet et fortolkningsnotat som i klartekst sier at §1-4.3 skal forstås slik at oppgavene til de organer som er oppført som oppdragsgivere klart kommer inn under beskrivelsen ”stille til rådighet”.

En fortsatt usikkerhet på nevnte felt vil gjøre det vanskelig å praktisere anskaffelsesregelverket både for oppdragsgivere og operatører innen persontransport.

5. Tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner.

Under § 4-1 er begrepet tjenestekontrakt definert under pkt. h) og tjenestekonsesjon under pkt i).

Definisjonene er greie nok, en tjenestekontrakt kalles ofte bruttokontrakt, som sluttes etter reglene i forsyningsforskriften eller annen relevant forskrift. Bruttokontrakter er karakterisert ved at operatørene bare har kostnadsansvar, evt. med noen insitamenter lagt inn, mens oppdragsgiver har inntektsansvaret og hva som dermed hører til (informasjon, ruteplanlegging, etc.)

En tjenestekonsesjon, som ofte kalles en nettokontrakt er, slik det står i definisjonen, en kontrakt der operatøren bærer hele eller en vesentlig del av det samlede

resultatansvar, eventuelt supplert med offentlige midler i form av såkalt "kompensasjon".

Det står imidlertid ikke noe om hvorvidt begge disse kontraktstyper skal behandles i henhold til anskaffelsesforskriften, og dette kan skape en unødvendig uklarhet.

Tjenestekonsesjoner kan ha ulik form i ulike land, det er foreløpig ikke trukket opp felles retningslinjer fra EU om hvilke prosedyrer som skal følges ved inngåelse av kontrakter basert på tjenestekonsesjon. Visse retningslinjer har imidlertid kommet fra EU, viktigst er de såkalte Altmark-kriterier (Europadomstolens sak C-280/00).

I de siste år har også Kommisjonen og Rådet arbeidet med et forslag om kontraktsforhold m.v. for kollektivtrafikken: "Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on action by Member States concerning public service requirements and the award of public service contracts in passenger transport by rail, road and inland waterway", COM(2002)107.

Kommisjonen la i slutten av juli i år frem et endret forslag til dette. Det avviker ikke nevneverdig fra det refererte på det området vi behandler.

Forordningsforslaget skiller klart mellom tjenestekontrakter, som skal inngås i henhold til forsynings- eller anskaffelsesdirektivene, og tjenestekonsesjonskontrakter som skal inngås etter regler som trekkes opp i forordningen, og som er i samsvar med Altmark-kriteriene.

Grunnen til at vi omtaler dette problemkompleks såpass utførlig er at det leder oss til den konklusjon at det klart bør fremgå at tjenestekonsesjoner ikke skal omfattes av forsyningsforskriften, tilsvarende forslaget til anskaffelsesforskrift, § 1-4.j. *Vi ber derfor om at tjenestekonsesjoner blir ekskludert fra forsyningsforskriftens virkeområde.*

Inntil nye behandlingsregler for tjenestekonsesjoner kommer fra EU, vil vi i Norge kunne benytte yrkestransportlovens regler for utstedelse og vilkår for ruteløyve, selv om disse heller ikke er helt tilfredsstillende.

6. Unntak for visse aktiviteter.

Etter gjeldende forskrifts § 6.(1) er busstjenester som opereres der det er fri markedsadgang unntatt fra forskriften. I forslaget opprettholdes unntaket for oppdragsgivere som før 1. januar 2006 drev slik aktivitet. Senere kan bare ESA innvilge slike unntak etter søknad (forslagets § 14-1).

Vi finner den nye prosedyre unødvendig komplisert. Dersom våre samferdselsmyndigheter etter en politisk vurdering vil innføre fri markedsadgang for visse busstransporter, bør man kunne gjøre det på grunnlag av den gamle bestemmelse. Dette ble gjort for noen år siden med ekspressbusstrafikk som krysser fylkesgrenser. Det er selvsagt at man må holde seg innenfor de generelle regler for konkurranse i transportsektoren som finnes i forordning 1017/68. Dertil vil det jo fortsatt være mulig å klage til ESA.

Bruken av ordet "oppdragsgiver" i forslaget § 1-5 synes oss meningsløs. Når det er konkurranse med fri markedsadgang finnes jo ingen "oppdragsgiver", heller ingen "kontraktør"

Derfor bør man i paragrafen benytte begrepet "foretak", det gir den riktige mening.

6. Kvalifikasjonsordning.

Kvalifikasjonsordninger (prekvalifisering) er mye anvendt i persontransportsektoren. De gir et praktisk grunnlag for utvelgelse av aktuelle anbydere/tilbydere, spesielt ved kjøp etter forhandling. Selv om det egentlig fremgår, mener vi det bør presiseres at slike ordninger er *frivillige*. Vi har inntrykk av at man lett oppfatter prekvalifisering som påbudt ved begrenset konkurranse eller kjøp etter forhandling.

7. Anskaffelsesprosedyrer.

Vi har noen korte kommentarer til de enkelte konkurranseformer:

- ✓ Åpent anbud er svært uaktuelt for kollektivtrafikken, idet oppdragene er såpass kompliserte at denne formen er uegnet (til tross for at den angis som eneste tillatte form hvis man anvender yrkestransportlovens anbudsforskrifter). Det brukes neste bare begrenset anbud eller kjøp ved forhandling.
- ✓ Dynamiske innkjøpsordninger har vi naturlig nok ingen erfaring med, og kan ikke si om disse kan være praktiske for transportsektoren.

8. Underleverandører.

Etter § 7.-2 skal anbyder/tilbyder opplyse om det skal benyttes underleverandør(er). Bestemmelsen er i og for seg grei nok, men vi er kjent med at oppdragsgivere har ønsket å unngå bruk av underleverandør, enten ved å si nei eller begrense den del av oppdraget som kan settes bort. Hensikten kan ha vært å hindre at man får kontraktsparter som det av saklige grunner ikke er ønskelig å ha.

Vi ser gjerne at departementet på en eller annen måte klargjør om det kan være adgang til å nekte eller begrense bruken av underleverandør.

9. Bruk av ukjente uttrykk og forkortelser.

Vi har lagt merke til at det i forslaget er brukt uttrykk og forkortelser som man ikke kan regne med at alle er kjent med. Vi kan nevne uttrykket "oppdragsgivers kjøperprofil" samt forkortelsene EMAS, CPV, DOFFIN og TED. De to siste er vel kjent av mange, men vi mener at alle uttrykk og forkortelser der betydningen ikke er umiddelbart innlysende bør forklares første gang de opptrer.

10. Avslutning.

I punktene foran har vi dels tatt opp forslag om endringer, dels bedt om klargjøring av enkelte punkter som i praksis kan volde vanskeligheter for partene. Slik klargjøring kan nok i mange tilfelle ikke direkte innarbeides i forsyningsforskriften, men det ville være nyttig med en form for "fortolkningsnotat" som kunne legges ved forskriften. EU gjør selv utstrakt bruk av slike notater ("interpretative communications"), dessuten har man ofte fortalene (premissene) i originallovgivningen til støtte.

Med vennlig hilsen

TRANSPORTBEDRIFTENES LANDSFORENING

Christian Aubert (sign)
Adm. direktør