

Notat

DEL II**FORSLAG TIL NY FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER**

1.	Bakgrunn for forslagene	3
2.	Ny struktur	4
3.	Heving av nasjonal terskelverdi	5
4.	Regler under nasjonal terskelverdi	6
4.1	De grunnleggende kravene	7
4.2	Utvidet protokollplikt	7
4.3	Spørsmålet om kunngjøringsplikt under nasjonal terskelverdi	8
5.	Deltakelse i konkurranser hvor det settes en grense for antall deltagere	8
5.1	Bakgrunn	8
5.2	Reduksjon av antall deltagere som oppfyller kvalifikasjonskravene	8
5.3	Krav om å sikre reell konkurranse	9
6.	Gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring	9
6.1	Bakgrunn	9
6.2	Konkurransereformen	10
6.3	Tilbudsrett og forhandlingsplikt	11
6.4	Kravet til prekvalifisering	13
7.	Avvisningsreglene	13
7.1	Bakgrunn	13
7.2	Avvik fra konkurransegrunnlaget	14
7.3	Avvisning der alternative tilbud ikke er angitt tillatt	14
7.4	Legaldefinisjon av alternative tilbud	14
7.5	Særlig om ufullstendige tilbud	14
7.6	Avvisning der tilbudet ikke oppgir prisen som forutsatt	15
7.7	Avvisning der leverandøren er brukt som rådgiver	15
7.8	Ettersendelse av ytterligere eller mangelfull informasjon	15
7.9	Avvisning på grunn av økonomisk kriminalitet	16
8.	Presisering av reglene om begrunnelsesplikt	16
9.	Forenkling av reglene om konkurransegrunnlaget	17
10.	Unntaket for finansielle tjenester	17
11.	Anbudsåpning i konkurranse om bygge- og anleggskontrakter	18
12.	Plan- og designkonkurranse	18
13.	Skatteattest	19
14.	Fjerning av enkeltbestemmelser	20
15.	Rammeavtaler	20

15.1	Innledning	20
15.2	Implementering av direktivets bestemmelser om rammeavtaler	21
15.3	Nye bestemmelser om rammeavtaler.....	21
15.3.1	Definisjon	21
15.3.2	Generelle bestemmelser om rammeavtaler.....	21
15.3.3	Tildeling av kontrakter til én leverandør	22
15.3.4	Tildeling av kontrakter til flere leverandører.....	22
15.4	Like regler over og under terskelverdiene?	23
16.	Elektroniske anskaffelser.....	23
16.1	Innledning	23
16.2	Nye bestemmelser om elektroniske anskaffelser.....	24
16.2.1	Generelle krav til elektronisk kommunikasjon.....	24
16.2.2	Elektronisk auksjon	24
16.2.3	Dynamisk innkjøpsordning.....	25
16.3	Utfordringer ved innføring av nye regler om elektroniske anskaffelser.....	26
16.4	Særlige spørsmål for reglene under EØS-terskelverdiene.....	26
17.	Konkurranspreget dialog.....	27
17.1	Bakgrunn.....	27
17.2	Anvendelsesområde	27
17.3	Utlysning.....	28
17.4	Dialogen.....	28
17.5	Endelig tilbud.....	29
17.6	Endringer etter avgivelse av endelig tilbud	29
17.7	Utvelgelse av leverandør og endring av tilbud etter valg av leverandør	29
17.8	Betaling.....	30
17.9	Innføring av konkurranspreget dialog under terskelverdien	30
18.	Prioritering/Vekting av tildelingskriteriene.....	30
18.1	Under EØS-terskelverdien.....	30
18.2	Over EØS-terskelverdien.....	31
19.	Nytt unntak for kjøp av varer fra varebørs	31
20.	Spesielle spørsmål knyttet til samfunnsmessige hensyn	31
20.1	Universell utforming.....	31
20.2	Særlige kontraktsbetingelser som angår sosiale vilkår.....	32
20.3	Unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner.....	32
20.4	Muligheten til å begrense konkurransen til utførelsesvirksomheter	33
21.	Økonomiske og administrative konsekvenser	34

VEDLEGG

- Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser

1. BAKGRUNN FOR FORSLAGENE

Departementet fremmer her forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser, som skal erstatte forskrift 15 juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser. Formålet med ny forskrift er å implementere et nytt EU-direktiv for klassisk sektor, forenkle deler av regelverket og få mer igjen for offentlige ressurser gjennom økt konkurranse om offentlige innkjøp.

Implementering av det nye EU-direktivet og forenkling av en rekke bestemmelser utgjør til sammen såpass mange endringer i gjeldende forskrift at det anses som uhensiktsmessig å gjøre endringer i denne. Departementet velger derfor å i stedet å lage en ny forskrift. Det må likevel presiseres at målet med arbeidet ikke har vært å foreta en fullstendig omlegging av hele regelverket. Utkastet til ny forskrift vil derfor i sin helhet være sammenlignbart med gjeldende forskrift.

Utgangspunktet for arbeidet har vært at EU publiserte et nytt innkjøpsdirektiv for klassisk sektor¹ 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 over EØS-terskelverdiene 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 mange 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.

Når det gjelder den nasjonale delen av regelverket, det vil hovedsakelig si reglene under EØS-terskelverdiene (del III i dagens forskrift), er det foretatt en gjennomgang av en rekke sentrale bestemmelser med tanke på forenkling og forbedring. Det har likevel ikke vært ønskelig å foreta en omfattende endring av hele forskriften på dette tidspunkt, da denne bare har vært gjeldende siden sommeren 2001. Departementet mener brukerne er best tjent med å bygge videre på den kompetanse og kunnskap som nå er etablert om gjeldende forskrift.

I november 2004 sendte departementet ut et brev til enkelte sentrale aktører, der det ble bedt om innspill på utvalgte temaer. I tillegg har brevet ligget tilgjengelig på

¹ Direktiv 2004/18 EF

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

departementets hjemmesider, slik at også andre berørte parter har hatt anledning til å komme med synspunkter. Det kom inn over 40 skriftlige innspill, som er lagt ut på departementets hjemmeside. Videre 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 av forslagene i utkastet. I tillegg har en rekke av de viktigste emnene vært behandlet i Kontaktutvalget for offentlige anskaffelser, som består av et bredt utvalg av offentlige og private aktører. Departementet har også hatt tett dialog med de øvrige nordiske land om rettsutviklingen både i EØS og deres nasjonale regelverk. I tillegg har rapporten fra Asplan Viak³, på bestilling fra Nærings- og handelsdepartementet våren 2004, vært med å danne et bilde av hvilke endringer som kan bidra til økt verdiskapning og bedre ressursutnyttelse i samfunnet.

På bakgrunn av overnevnte og departementets egne erfaringer, er det foreslått en rekke forenklinger. Departementet har i sitt arbeid lagt vekt på å redusere språklige og materielle uklarheter, gjøre regelverket mer pedagogisk og gjøre det enklere å foreta helhetlige anskaffelser. Det presiseres at forenkling på enkelte områder innebærer mer tekst, der det er med på å klargjøre eller øke fleksibiliteten i regelverket.

2. NY STRUKTUR

I dagens regelverk er forskriften bygd opp med del I (generell del), del II (for anskaffelser over EØS-terskelverdiene) og del III (for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester m.v.). Anvendelsesområdet til de ulike delene er i stor grad bygget opp rundt terskelverdiene (størrelsen på anskaffelsen), med strengere og mer omfattende saksbehandlingsregler jo større anskaffelsen er. For å få en mer logisk og pedagogisk oppbygging av forskriften, foreslås det derfor å bytte om del II og del III. Del I vil fortsatt gjelde alle anskaffelser. En rekke anskaffelser, blant annet anskaffelser under nasjonal terskelverdi, vil kun måtte forholde seg til del I. Del II vil så gjelde det neste nivået av anskaffelser, nemlig for anskaffelser over nasjonal terskelverdi/under EØS-terskelverdiene, samt uprioriterte tjenester. Del III vil så omfatte nivået over dette, nemlig anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Hvilke deler av forskriften den enkelte anskaffelse må forholde seg til, er forsøkt bedre synliggjort. På denne måten skal brukerne ikke behøve å bruke uforholdsmessig mye tid på å bla frem og tilbake i forskriften for å finne ut hvilke regelsett som gjelder for dem.

Del I er videre gjort mer oversiktlig ved at forskriftens mange definisjoner er skilt ut i et eget kapittel med underoverskrifter. Det nye EU-direktivet inneholder en rekke nye definisjoner, i tillegg til de vi allerede har. Dette har sammenheng med de nye prosedyrene som forelås innført. Departementet har vurdert hver eneste definisjon med tanke på om den strengt talt er nødvendig å ha i forskriften. Noen har vi valgt å ta ut eller ikke ta inn, men antallet er likevel stort. For å gjøre del I mer oversiktlig, har vi derfor valgt å skille ut

³ Rapporten kan leses på http://odin.dep.no/filarkiv/224515/rapport_asplan_viak.pdf.

definisjonene i et eget kapittel i slutten av del I. Videre er definisjonene delt inn i tre grupper med egne overskrifter, slik at det skal være lettere å finne frem til den aktuelle definisjonen.

3. HEVING AV NASJONAL TERSKELVERDI

Det finnes i utgangspunktet tre forskjellige regelnivåer i dagens forskrift. Hvilket regelnivå den enkelte anskaffelse må følge, avhenger av størrelsen på anskaffelsen. Det er følgende tre nivåer:

1. alle anskaffelser under 200 000 kroner eks. mva.
2. alle anskaffelser over 200 000 kroner eks. mva. og under den enkelte EØS-terskel, og for uprioriterte tjenester, jf. §§ 2-1 og 2-5 i gjeldende forskrift,
3. anskaffelser over den enkelte EØS-terskel.

Det finnes pr i dag syv ulike EØS-terskler⁴, som f.eks. 1,15 millioner for statlige vare- og tjenestekjøp, 1,8 millioner for kommunale vare- og tjenestekjøp og 38,55 millioner for statlige og kommunale bygg- og anleggsprosjekter. Disse beløpene justeres hvert annet år, hvor neste justeringer skjer ved årsskiftet 2005/2006. For anskaffelser over disse EØS-tersklene gjelder et omfattende sett med regler for hvordan slike anskaffelser skal foretas. Disse har sin opprinnelse i et EU-direktiv, som Norge har plikt til å implementere i henhold til EØS-avtalen.

Under EØS-tersklene og for uprioriterte tjenester må oppdragsgiver også følge et sett med regler, men de er noe mindre omfattende enn reglene over EØS-tersklene. Disse reglene må følges for alle anskaffelser over den nasjonale terskelverdien, som er på 200 000 kroner. Statlige vare og tjenestekjøp mellom 200 000 og 1,15 millioner kroner skal eksempelvis derfor følge disse forenklede reglene. For alle anskaffelser under 200 000 kroner gjelder i prinsippet kun de grunnleggende prinsippene i lovens § 5. Det er etter dagens ordning dermed ingen konkrete saksbehandlingsregler som stiller krav til hvordan anskaffelsen skal foretas for anskaffelser mellom én og 200 000 kroner.

En viktig del av forenklingsarbeidet har vært å vurdere nivået på den nasjonale terskelverdien på 200 000 kroner. Departementet har fått en rekke innspill på at grensen på 200 000 kroner er for lav i forhold til de reglene som gjelder for anskaffelser over denne grensen. Det har vært antydning at de administrative kostnadene forbundet med å følge regelverket på anskaffelser rundt 200 000 kroner, er større enn de besparelser oppdragsgiver får på å gjøre bedre kjøp som en følge av reglene. Dette vil i så fall ikke være samfunnsøkonomisk lønnsomt. Det er derfor vært stor enighet blant brukerne om at terskelen på 200 000 kroner må heves. Det har derimot vært uklart til hvilket nivå den bør heves, med utgangspunkt i at terskelen bør heves til det mest samfunnsøkonomisk lønnsomme nivået.

På bakgrunn av dette bestilte Nærings- og handelsdepartementet i 2004 en evaluering av regelverket for offentlige anskaffelser, med et spesielt fokus på hvor nasjonal terskelverdi

⁴ Eks. mva.

bør ligge. Rapporten, som ble levert av Asplan Viak, anbefaler å heve terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner. Begrunnelsen for forslaget var at dette ser ut til å være det mest samfunnsøkonomisk lønnsomme nivået, samt at det var stor enighet i undersøkelsen, både blant leverandører og innkjøpere, om at terskelverdien bør ligge rundt 500 000 kroner.

I brevet som departementet sendte enkelte eksterne aktører i november 2004, ble det blant annet også bedt om innspill på hvor nivået på terskelverdien bør ligge. Departementet nevnte bevisst ingen konkret verdi, for å unngå å virke førende i sin spørsmålstilling.

De innspill departementet har mottatt viser at flertallet av brukerne av regelverket ønsker en heving til 500 000 kroner. Et lite mindretall ønsker å gå enda lenger og fortrinnsvis ikke ha noen nasjonal terskelverdi i det hele tatt. Dette forslaget innebærer at regelsett nr. 2 overfor fjernes, og at det primært vil være de grunnleggende prinsippene som skal følges for alle anskaffelser under den enkelte EØS-terskel (regelsett nr. 1). Eksempelvis vil da bygg- og anleggsanskaffelser på 30 millioner kroner eller kommunale vare- og tjenestekjøp på 1,5 millioner kroner, ikke lenger behøve å følge detaljerte krav i regelverket, som f.eks. kunngjøring av konkurransen og om hvordan kontrakter skal tildeles. Hovedargumentet som anføres for en slik endring er forenkling. Departementet mener dette kun gir kortsiktige forenklingsgevinster, og tar oss tilbake til ordningen før 2001 som åpner for en rekke statlige og kommunale instruksjoner med ulike tilnærminger og særløsninger. Videre vil hensynet til konkurranse, spesielt for små- og mellomstore bedrifter ikke bli tilstrekkelig ivaretatt. Det er bred enighet om at en heving av den nasjonale terskelverdien er en viktig del av forenklingsprosessen, men departementet mener den ikke må heves mer enn at regelverket fortsatt ivaretar viktige hensyn regelverket bør fremme. Slike hensyn er effektiv ressursbruk, gjennomsiktighet, likebehandling av leverandører m.m. Skal disse hensynene ivaretas på en god måte, er det for så store anskaffelser ikke tilstrekkelig med henvisninger til de grunnleggende prinsippene. Flertallet av brukerne mener derfor det fortsatt bør være detaljerte krav i forskriften til fremgangsmåten for anskaffelser under EØS-tersklene, noe både Asplan Viak rapporten og departementet støtter seg til.

Den viktigste konsekvensen av en heving er at alle anskaffelser mellom 200 000 kroner og 500 000 kroner, som antas å ha et vesentlig omfang, ikke lenger må følge de detaljerte saksbehandlingsreglene i gjeldende forskrift om offentlige anskaffelser. En terskelverdi på 500 000 kroner gir etter departementets oppfatning en god balanse mellom forenkling/brukervennlighet og ivaretagelse av de viktige hensynene regelverket skal fremme. Departementet foreslår derfor å heve terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner.

4. REGLER UNDER NASJONAL TERSKELVERDI

Siden departementet foreslår å heve den nasjonale terskelverdien fra 200 000 til 500 000 kroner eks. mva, vil omfanget av offentlige anskaffelser under nasjonal terskelverdi øke betraktelig. Dagens regelverk stiller primært krav til at de grunnleggende prinsippene i lovens § 5 skal følges for disse anskaffelsene, uten at det er oppstilt konkrete saksbehandlingsregler for hvordan anskaffelsen skal foretas.

4.1 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, og har derfor levd i den villfarelse at det er ”fritt frem” ved anskaffelser under nasjonal terskelverdi. Viktige prinsipper, som kravet til konkurranse og etterprøvnbarhet, har ikke fått tilstrekkelig oppmerksomhet. Et viktig mål i forenklingsarbeidet 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 nasjonal terskelverdi. 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. Videre er det ytterligere fremhevet i § 2-1 at del I gjelder for alle anskaffelser. Det er også gjort mindre endringer for øvrig i forskriften som skal synliggjøre prinsippene bedre i tilknytning til konkrete saksbehandlingsregler.

4.2 Utvidet protokollplikt

Departementet foreslår å innføre et krav om protokollplikt for alle anskaffelser over 50 000 kroner eks. mva. Etter dagens ordning er det kun en plikt om protokollføring for alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi. Protokollplikten er videre noe mer omfattende for del II, enn for del III anskaffelser. Forslaget om å utvide protokollplikten er begrunnet i flere forhold. AUDA-rapporten fra 2003 viste til statistiske undersøkelser som tyder på at mange oppdragsgivere foretar ulovlige direkte anskaffelser. Gruppen foreslo på bakgrunn av dette at alle anskaffelser over en viss størrelse burde protokollføres. Riksrevisjonen har videre i sine rapporter avdekket grove brudd på anskaffelsesregelverket i store statlige etater. Innføring av en protokollplikt også under nasjonal terskelverdi vil sende viktige signaler og kan føre til skjerpede interne rutiner hos oppdragsgiverne. Protokollføring ivaretar først og fremst hensynet til etterprøvnbarhet, som er et grunnleggende krav i regelverket. Når den nasjonale terskelverdien nå forelås hevet til 500 000 kroner, vil det bli et desto større behov for etterprøvnbarhet av anskaffelser under nasjonal terskelverdi. Forutsatt at innholdet i plikten gjøres enkel og klar, vil dette være en kostnadseffektiv måte å ivareta hensynet til etterprøvnbarhet på. Det vil imidlertid ikke være hensiktsmessig å ha en protokollplikt ned til null kroner, og det foreslås derfor en nedre grense på 50 000 kroner. Denne beløpsgrensen har støtte fra Riksrevisjonen og flertallet i AUDA. Videre har en rekke av innspillene departementet har mottatt signalisert et ønske om protokollføring, særlig blant leverandørene.

I sammenheng med at kravet om protokollføring utvides til alle anskaffelser over 50 000 kroner, er det viktig at det legges til rette for at dette kan etterleves på en brukervennlig og kostnadseffektiv måte. Departementet foreslår derfor at protokollplikten kan gjennomføres ved å fylle ut et skjema. Dette legges som et nytt vedlegg i forskriften. På denne måten behøver ikke brukerne selv ta stilling til hvordan de skal gjøre dette, men kan fylle ut den malen departementet tilbyr i visshet om at denne tilfredstiller de kravene som stilles. Videre forenkles gjeldende forskrift ytterligere ved at det nå også tilbys et skjema for protokollplikt for anskaffelser etter del II og del III (hvor kravene i dag står som rettsregler i paragrafs form). Dette øker brukervennligheten gjennomgående på protokollplikt, og bør innebære at eventuelle motforestillinger mot protokollplikt som en økt, administrativ byrde, reduseres.

4.3 Spørsmålet om kunngjøringsplikt under nasjonal terskelverdi

Departementet har også vurdert i hvilken grad det vil være hensiktsmessig å innføre et krav om kunngjøringsplikt under nasjonal terskelverdi. Etter dagens ordning er det ingen slik kunngjøringsplikt. Når terskelverdien foreslås hevet, vil en vesentlig større del av anskaffelsene bli unntatt fra kunngjøringsplikten. Dette innebærer at leverandørene vil få dårligere oversikt over hvilke anskaffelser det offentlige foretar seg under 500 000 kroner. Dette kan få negativ betydning både for konkurransen og leverandørenes muligheter til å klage ved brudd på anskaffelsesregelverket, da de ikke i samme grad får kjennskap til alle anskaffelsene. Departementet foreslår likevel ikke å innføre en kunngjøringsplikt under nasjonal terskelverdi. Et av hovedargumentene er at departementet har forenkling som en viktig målsetting i utkast til nytt regelverk. Brukerne av regelverket har signalisert et sterkt ønske om forenkling. Det gjelder særlig brukerne i kommunesektoren. Forslaget til heving av nasjonal terskelverdi er et skritt i den retning. Å innføre en kunngjøringsplikt som en motvekt til heving av terskelverdien, vil vesentlig redusere den tiltenkte forenklingseffekten. Forslaget om å heve nasjonal terskelverdi til 500 000 kroner, samtidig som de grunnleggende krav synliggjøres bedre og det innføres en protokollplikt ned til 50 000 kroner, anses å forene målet om forenkling og ivaretagelse av de grunnleggende krav på en balansert måte.

5. DELTAKELSE I KONKURRANSER HVOR DET SETTES EN GRENSE FOR ANTALL DELTAGERE

5.1 Bakgrunn

Ved bruk av begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog, kan det være aktuelt for oppdragsgiver å begrense antall deltagere i konkurransen. Dette kan være hensiktsmessig både ved omfattende og mindre omfattende anskaffelser, men det typiske anvendelsesområdet vil være når det er kostnadskrevende for oppdragsgiver å håndtere mange tilbud eller at man vil unngå å binde opp unødvendig mange tilbydere i en lengre anskaffelsesprosess.

Gjeldende regelverk har bestemmelser som åpner for at oppdragsgiver kan sette ett øvre og nedre tak for antall deltagere i konkurransen. I enkelte tilfeller vil oppdragsgiver få flere kvalifiserte leverandører enn det taket som er satt, og må foreta en utvelgelse blant de som oppfyller kvalifikasjonskravene. Gjeldende direktiv og forskrift har imidlertid gitt lite veiledning i hvordan oppdragsgiver skal gå frem i denne fasen. I det nye direktivet og utkastet til nye forskriftebestemmelser, gis det regler for å avklare hvordan oppdragsgiver skal gå frem og hvilke rettigheter leverandørene har i denne fasen. Det foreslås like regler i del II og III, fordi det på dette området er formålstjenlig med like løsninger på like situasjoner og at det også er behov tilsvarende avklaring i del II.

5.2 Reduksjon av antall deltagere som oppfyller kvalifikasjonskravene

Første og andre ledd i forskriftsutkastet §§ 7-6 og 15-7, slår fast at oppdragsgiver har frihet til å begrense omfanget av antall deltagere. Oppdragsgiver vil ikke være forpliktet til å

sette en øvre grense på antall deltagere i forkant, men må minimum angi en nedre grense og *hovedtrekkene* i hvilken utvelgelsesmetode eller hvilke kriterier som skal legges til grunn for valg av de leverandører som skal være med videre i konkurransen.

Fremgangsmåten for utvelgelse skal angis i kunngjøringen. Kunngjøringsformatet setter, etter departementets mening, selv en grense for hvor detaljert beskrivelse som faktisk kan gis. Det er departementets oppfatning at reglen gir en rimelig og tilstrekkelig forutsigbarhet for leverandører, særlig i de tilfeller hvor kravene til kvalifikasjoner nær sagt kan oppfylles av de fleste leverandører. Regelen er klargjørende for hva som kreves av oppdragsgiver og for hva leverandørene kan forvente.

Hvilke typer kvalifikasjonskrav som oppdragsgiver kan stille følger av forskriftsutkastet §§ 7-5 og 15-5. Det er imidlertid i stor grad opp til oppdragsgiver å hvordan han skal velge blant de kvalifiserte og egnede leverandørene, så lenge den angitte fremgangsmåten er objektiv og ikke-diskriminerende. Det må kunne tillates at oppdragsgiver for eksempel velger kriterier basert på et ønske om å variere tilbyderkretsen. For eksempel kan oppdragsgiver signalisere at han vil velge ut både små, mellomstore og store bedrifter ved utvelgelsen. Dette er fordi en blanding av små, mellomstore og store virksomheter vil gi en forretningsmessig tjenlig konkurransedynamikk i tilbudsfasen. Oppdragsgiver kan likevel ikke begrense utvelgelseskriteriene av "overtallige" kvalifiserte virksomheter til kun små virksomheter, da en slik praksis har en innretning som i for stor grad utelukker virksomheter som kan levere over landegrensene. Videre antas det at oppdragsgiver også kan signalisere at han kommer til å gjennomføre utvelgelsen ved å velge ut både veletablerte og nyetablerte firmaer i den aktuelle bransjen. Loddtrekning som metode bør heller ikke utelukkes. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor leverandører anses å falle noenlunde likt ut etter de kriterier eller metoder som oppdragsgiver har valgt å anvende.

5.3 Krav om å sikre reell konkurranse

Når det gjelder regelen i forskriftsutkastet §§ 7-6 (3) og 15-7 (3), slår den fast at oppdragsgiver må invitere et antall leverandører som sikrer reell konkurranse. Bestemmelsen oppgir også en nedre grense for hvor mange deltagere oppdragsgivere må invitere, men oppdragsgiver skal likevel ikke være forhindret fra å forsette konkurransen om det blir færre egnede leverandører som leverer tilbud enn oppgitt minsteantall.

6. GJENNOMFØRING AV KONKURRANSE MED FORHANDLING ETTER FORUTGÅENDE KUNNGJØRING

6.1 Bakgrunn

Gjennomføring av prosedyren konkurranse med forhandling reguleres i hovedsak av gjeldende forskrift §§ 9-3 og 16-3, samt regelverkets grunnleggende prinsipper om likebehandling, etterprøvnbarhet og forutsigbarhet.

Erfaringer fra saker som har vært til behandling i KOFA og innspill departementet har mottatt i forbindelse med regelverksrevisjonen, tyder på at bestemmelsene er vanskelig

tilgjengelige med hensyn til hvor langt oppdragsgiver er forpliktet til å forhandle med alle som har levert tilbud og hvordan antall tilbud skal reduseres.

Det bemerkes at man vil være varsom med å detaljregulere prosedyren, da den skal kunne anvendes på anskaffelser som stiller store krav til fleksibilitet med hensyn til hvordan forhandlingene legges opp. Det vises i denne sammenheng til anskaffelser som for eksempel kjøp av intellektuelle tjenester, visse OPS-prosjekter, juridiske tjenester, helse og omsorgstjenester, m.v. Det må her være rom for ulik tilnærming. De grunnleggende prinsippene blir helt sentrale for omfanget av reguleringen. Det bør imidlertid være enkelte regler som gir visse føringer på hvordan prosedyren skal gjennomføres for å oppfylle leverandørens krav til forutberegnlighet, samt gir rimelig mulighet til etterprøve oppdragsgivers likebehandling av leverandører.

Regler som følger av det nye EØS-direktivet bidrar til en viss klargjøring om hva som forventes av oppdragsgivere med hensyn til deres plikt til å gi leverandører mulighet til å forbedre sine tilbud. Det foreslås like bestemmelser i del II og III for gjennomføring av konkurranse med forhandling som er kunngjøringspliktig.

6.2 Konkurransereformen

I forordet til det nye direktivet, sies det blant annet følgende:

”I den konkurrenceprægede dialog og i udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse bør de ordregivende myndigheder under hensyntagen til den smidighed, som kan være nødvendig, og til de store omkostninger, der er forbundet med sådanne former for udbud, kunne tilrettelægge udbudsproceduren i flere på hinanden følgende faser, så antallet af tilbud, som stadig drøftes eller forhandles, gradvis begrænses på grundlag af forud meddelte tildelingskriterier. En sådan begrænsning skal, hvor antallet af egnede løsninger eller kandidater tillader det, sikre en reel konkurrence.”

Som forordet i direktivet antyder, er denne konkurransereformen ofte en mer kostbar måte å gjennomføre anskaffelsen på enn for eksempel åpen og begrenset anbudsprosedyre. Den er også en konkurransereform som har enkelte begrensninger med hensyn til muligheten til å kontrollere likebehandling av leverandørene i prosessen.

På en annen side åpner den for en fleksibilitet som gjør konkurransereformen svært egnet for anskaffelser hvor oppdragsgiver har behov for dialog om forskjellige løsninger eller må trekke på leverandørens kompetanse for å identifisere risiko med prosjekter.

EØS-reglene tillater kun prosedyren under helt spesielle forhold, mens for den nasjonale delen av regelverket kan konkurransereformen benyttes på lik linje med anbudsprosedyren. Dette opprettholdes i det nye regelverket. Bakgrunnen for at departementet nasjonalt har valgt å gjøre konkurransereformen valgfri, uten at det knyttes spesielle vilkår for bruk av denne, har sin forklaring i at det nasjonale regelverket i utgangspunktet omfatter alle typer tjenester, i motsetning til EØS-delen av regelverket. Videre har det vært enighet om at

oppdragsgiver skal stå friere i valg av anskaffelsesformer under EØS-terskelverdiene. Det bemerkes likevel at det kan være et problem at prosedyren konkurransen med forhandling i et visst omfang velges der hvor anbudsprosedyren er den mest rasjonelle og effektive anskaffelsesform. Dette kan gjøre kostnadene med anskaffelsen større enn nødvendig, for både oppdragsgiver og leverandører.

6.3 Tilbudsrett og forhandlingsplikt

Som nevnt ovenfor kan prosedyren være kostbar og ineffektiv hvis oppdragsgiver skal være pliktig til å forhandle like omfattende med alle som er invitert eller har levert tilbud. I denne sammenheng skal det likevel nevnes at oppdragsgiver har betydelig innflytelse på hvor mange som skal delta i forhandlingene fra første stund. Oppdragsgiver kan for det første begrense antall deltagere. Dette følger av bestemmelsene som regulerer "*Deltagelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere*". Disse reglene supplerer kvalifikasjonsreglene, hvor oppdragsgiver står relativt fritt til hvilke krav som stilles til leverandørens faglige bakgrunn, kapasitet, økonomiske og finansielle tilstand. I tillegg har oppdragsgiver blant annet mulighet til å avvise tilbud som ikke er fullstendige eller har et innhold som ikke dekker det oppdragsgiver forespør. "Kan"-avvisningsreglene er vurderinger som oppdragsgiver skal gjennomføre i tråd med likebehandlingsprinsippet. Dette innebærer at leverandører som ikke leverer tilbud som er egnet, fra første stund løper risikoen for å bli avvist.

Uavhengig av om noen er blitt avvist eller om oppdragsgiver har satt begrensninger til antall deltagere, vil det ofte foreligge tilbud som faller forskjellig ut i henhold til oppgitte tildelingskriterier. Et sentralt poeng i direktivets forord, er at oppdragsgiver forholdsvis raskt skal kunne skille ut de mest aktuelle tilbudene og sitte igjen med de mest konkurransedyktige tilbudene. For leverandører som har tilbud som inneholder løsninger som står svakt i forhold til øvrige tilbud, er en automatisk rett til å levere fortløpende nye tilbud av liten verdi. I denne sammenheng vises det til at både oppdragsgivere og leverandører har gitt tilbakemeldinger om at uklarheter i dagens regler fører til at leverandører som ikke har tilbud som er konkurransedyktige, blir delaktige i forhandlingsprosessen lengre enn det som er ønskelig. Prosessen blir da unødig kostbar for både oppdragsgiver og leverandører, uten at dette fører til bedre anskaffelser eller at leverandøren har en rimelig mulighet til å nå frem med et nytt tilbud. Dette må sees i sammenheng med at oppdragsgiver ikke kan opplyse konkurrerende leverandører om innholdet i andres tilbud og må begrense informasjonen til generelle beskrivelser om de relative svakheter og styrker ved tilbudet.

Dagens regler i §§ 9-3 (3) og 16-3 (3) slår fast at det ikke skal forhandles med leverandører som ikke har en "*reell mulighet for å få tildelt kontrakten*". I så måte er det klart at gjeldende regler ikke pålegger oppdragsgiver å føre aktive forhandlinger med alle som har levert et gyldig tilbud. Formålet med reglen er at oppdragsgiver ikke skal pådra leverandører unødige kostnader i omfattende forhandlinger, uten at leverandøren har en reell mulighet til å vinne kontrakten. Denne reglens innhold har imidlertid et avveiningskriterium som kan være vanskelig tilgjengelig for ordinære innkjøpere og leverandører. Utfordringen med dette kriterium som eneste indikasjon på hvem

oppdragsgiver skal forhandle med og hvor omfattende forhandlinger som kreves, har muligens vært at leverandørens og oppdragsgivers oppfatning om retten til å levere et forbedret tilbud ofte ikke er samstemte. I tillegg kan det være vanskelig for oppdragsgiver å være sikker på at han gjennomfører prosessen riktig, når leverandører hevder at de gjennom forhandlinger vil kunne ha en reell mulighet til å vinne kontrakten.

Forslaget til endringer i tilsvarende ny bestemmelsen vil imidlertid innebære at vurderingstemaet blir noe annerledes. Bestemmelsene i forskriftsutkastet §§ 10-8 (1)/18-11 (1) åpner for at oppdragsgiver kan bestemme at prosedyren skal gjennomføres i flere faser for å begrense det antall tilbud som skal forhandles. Oppdragsgiver må imidlertid sørge for at det i avsluttende fase er igjen et tilstrekkelig antall som sikrer "reell konkurranse", forutsatt at det er igjen et tilstrekkelig antall egnede tilbydere. Direktivteksten slår med andre ord ikke fast noen regel om at alle som har levert tilbud, skal ha en rett til å levere nytt tilbud. Oppdragsgiver kan derfor frasortere tilbudene til han når en grense som sikrer reell konkurranse. I tråd med god forretningsskikk bør slike tilbydere orienteres om at de ikke er med i den avsluttende fasen. Både frasorteringen og forhandlingene skal skje i henhold til fastsatte tildelingskriterier. Departementet finner det ikke tvilsomt at regelen i direktivet pålegger oppdragsgiver å gi konkret tilbakemelding på avgitt tilbud til de tilbyderne som er med i neste "fase", samt at disse tilbyderne får mulighet til å forbedre tilbudet. Disse forhandlingene skal primært brukes til å tilpasse tilbudene til å gjøre de best mulig i henhold til tildelingskriteriene. Det bemerkes at en slik plikt til å forhandle med tilbyderne som er i "avsluttende fase" påvirker ikke det forhold at leverandørens tilbud er forpliktende slik de er fremsatt. I denne sammenheng vises det til alminnelig avtalerett.

Hvor mange som skal til for å sikre "reell konkurranse" i avsluttende fase, vil måtte vurderes i henhold til innkomne tilbud. Det vises likevel til at direktivet i beslektede tilfeller legger til grunn tre tilbydere som en nedre grense for å sikre "reell konkurranse", selv om det ikke kan utelukkes at også to tilbydere i visse tilfeller er tilstrekkelig.

Antall faser eller trinn prosessen skal bestå av er ikke nærmere regulert i selve direktivteksten. Det legges derfor til grunn at det kan overlates til oppdragsgiver å bestemme dette ut fra hva som er formålstjenlig for prosessen. Oppdragsgiver må også ha frihet til å velge kommunikasjonsformen i de ulike fasene, som for eksempel telefon, møte eller e-post. Endring av tilbud skal imidlertid gjøres skriftlig av hensyn til etterprøvbarhet.

Ovennevnte fremgangsmåte må gjøres kjent for leverandørene i forkant, noe som synes å være rimelig og påkrevd for å være i tråd med prinsippet om forutberegnlighet. Når det gjelder forholdet til etterprøvbarhet i denne prosessen, vises det til at tildelingskriteriene er kjente og ligger fast, samt at det ligger en rimelig mulighet for klageinstanser til å etterprøve oppdragsgivers fortløpende evaluering av de ulike tilbudene.

Forskriftsutkastet §§ 10-8 (3)/18-11 (3) omhandler de tilfeller hvor oppdragsgiver ikke gjør fremgangsmåten i første ledd kjent for leverandørene. I slike situasjoner bør alle kvalifiserte leverandører som har gitt inn tilbud som ikke er avvist, minimum få én mulighet til å bedre tilbudet før beslutning om tildeling av kontrakt. Direktivet regulerer

ikke uttrykkelig en slik situasjon, men som en følge av at prosedyren konkurranse med forhandling benyttes, skapes det et inntrykk av muligheten for å levere et forbedret tilbud når ikke annet er angitt og en slik minimumsregel vil være klargjørende. Selv om ordlyden ikke sier direkte at også disse forhandlingene skal skje i henhold til tildelingskriteriene, vil dette følge av forutberegnlighetsprinsippet.

Forskriftsutkastet §§ 10-8 (4) og (5)/18-11 (4) og (5) er generelle regler for selve forhandlingene. Reglene vil også følge av de grunnleggende kravene til anskaffelsesprosessen, samt kravet om god forretningsskikk. Dette innebærer at slike krav også vil gjelde for øvrige konkurranseformer som åpner for handlinger. Av pedagogiske grunner foreslås det likevel å ta reglene inn her.

6.4 Kravet til prekvalifisering

Bestemmelsene om gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, jf. ovenfor, er utformet likt. Det er imidlertid en vesentlig forskjell mellom forskriftsutkastet del II og del III, da inntreden til forhandlingsprosedyren for bestemmelsene i del III krever prekvalifiseringsrunde før invitasjon til å levere tilbud. Dette fremkommer ikke av de nevnte bestemmelsene, men følger av systematikken i kunngjøringsbestemmelsene i direktivet, som ikke tillater en "ett-trinnsmodell" hvor oppdragsgiver inviterer til å levere tilbud uten først å ha bli valgt ut. Tilsvarende følger dette av kunngjøringsbestemmelsene i forskriftsutkastet. Ved en endring i 2002 ble det imidlertid åpnet for "ett-trinnsmodellen" i det nasjonale regelverket, slik at oppdragsgiver ikke pålegges å gjennomføre kvalifisering og invitasjon til å levere tilbud i to separate omganger. Begrunnelsen var at prosessen var unødvendig omstendelig for kontraktsverdier som lå ned mot kr 200 000,-. I motsetning til direktivets innretning har det nasjonale regelverket ikke tilsvarende fristinnretning, og det følger derfor av dette at oppdragsgiver kan åpne for innsendelse av kvalifikasjonsdokumenter og tilbud på samme tid. Denne muligheten står fortsatt åpen i forslaget til nytt nasjonalt regelverk (ny del II).

Det bemerkes likevel at det vil være i tråd med god praksis, i tilfeller hvor utarbeidelse av tilbud er kostbart for leverandøren og det stilles høye kvalifikasjonskrav til leverandørens egnethet eller omfattende dokumentasjonskrav, at oppdragsgiver vurderer en prekvalifiseringsmodell også for anskaffelser etter ny del II, for å unngå at for mange som likevel ikke får delta i forhandlingene kaster bort tid og ressurser.

7. AVVISNINGSREGLENE

7.1 Bakgrunn

Reglene om avvisning har vært betraktet som uklare. Spesielt gjelder dette forholdet mellom de enkelte avvisningsgrunnene. Departementet har gått gjennom avvisningsreglene og revidert dem med sikte på å redusere tvil og uklarheter. Det har også vært nødvendig å foreta endringer for å gjennomføre direktivforpliktelsene. Ut fra et ønske om forenkling, hvor det her har vært lagt vekt på i størst mulig grad å ha like avvisningsregler over og

under EØS-terskelverdiene, er de nye direktivbestemmelsene også gjennomført under terskelverdiene.

Avvisningsbestemmelsene er i forslaget til ny forskrift samlet i to bestemmelser; avvisning på grunn av forhold ved tilbudet og avvisning på grunn av forhold ved leverandøren. I tillegg er det beholdt en særskilt avvisningsregel for unormalt lave tilbud.

7.2 Avvik fra konkurransegrunnlaget

Den absolutte avvisningsplikten ved avvik fra konkurransegrunnlaget etter gjeldende forskrift § 8-10 (1) bokstav c og § 15-10 (1) bokstav c, er foreslått fjernet. For konkurranse med forhandling anses bestemmelsen for uheldig ettersom det kan tenkes at avvik avklares i forhandlingene. For anbudskonkurranser anses problemstillingen dekket av nye §§ 10-11 (1) bokstav e og 18-13 (1) bokstav e, hvor avvisning skal skje dersom avvikene kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes.

7.3 Avvisning der alternative tilbud ikke er angitt tillatt

Basert på det nye direktivet innføres en plikt til å avvise tilbud der det er levert inn alternative tilbud uten at oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen at dette er tillatt, og der alternative tilbud ikke oppfyller oppstilte minstekrav.

7.4 Legaldefinisjon av alternative tilbud

For å avklare forskjellen mellom alternative tilbud og forbehold/deltilbud/avvik/ufullstendigheter, foreslås det en legaldefinisjon av alternative tilbud. Alternative tilbud foreslås definert som å inneholde alternative måter å oppfylle krav til ytelsens innhold og eventuelt utforming. Alternative tilbud er forbeholdt tilfelle der det gis tilbud på en ytelse som er like bra eller bedre enn den ytelse som er beskrevet i konkurransegrunnlaget. Tilbud som ikke er like gode som ytelsen beskrevet i konkurransegrunnlaget ("mindreverdige tilbud") vil anses som et avvik fra konkurransegrunnlaget, men ikke som et alternativt tilbud. Tilbud på mindreverdige ytelser vil i forhold til avvisningsreglene betraktes som tilbud som inneholder forbehold, uklarheter, ufullstendigheter eller lignende.

7.5 Særlig om ufullstendige tilbud

Etter gjeldende forskrift §§ 8-10 (1) d og 15-10 (1) d skal en avvise et tilbud der det foreligger ufullstendigheter som gjør at det i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Samtidig oppstiller annet ledd bokstav a at et tilbud kan avvises hvor det ikke inneholder alle de opplysninger, oppgaver, prøver mv. som er forlangt. Grensen mellom anvendelsesområdet for disse to bestemmelsene er uklar. Dette er foreslått løst ved at "ufullstendigheter" tas ut av første ledd bokstav e. Situasjonen vil da være regulert av annet ledd bokstav a. Tilsvarende er ufullstendigheter foreslått tatt ut av annet ledd bokstav c. Konsekvensen av dette er at vilkåret om relativ bedømmelsestvil ikke vil gjelde ved ufullstendige tilbud.

7.6 Avvisning der tilbudet ikke oppgir prisen som forutsatt

Det foreslås at bestemmelsen om avvisning av tilbud som ikke oppgir prisen som forutsatt, utgår i sin helhet. Det er ikke gitt bestemmelser i det nye direktivet som tilsier at det er nødvendig å ha en slik bestemmelse i det norske anskaffelsesregelverket. Dette er heller ikke nødvendig i lys av den ulovfestede anbudsretten. Dersom tilbudet ikke oppgir prisen slik som forutsatt i konkurransegrunnlaget, vil dette etter omstendighetene kunne falle inn under bestemmelsen om forbehold, feil, uklarheter eller lignende, jf. ovenfor om dette. Ved anbudskonkurranser vil det da oppstå plikt til avvisning, dersom det kan oppstå relativ bedømmelsestvil som følge av at prisen ikke er oppgitt slik som forutsatt. Ved konkurranse med forhandling vil det fortsatt "bare" oppstå avvisningsrett i slike tilfeller, men også her vil vilkåret om relativ bedømmelsestvil gjelde. Det vil kunne være fordelaktig at det ikke oppstår rett til avvisning før et vilkår om relativ bedømmelsestvil er oppfylt. I lys av dette anbefales det at bestemmelsen strykes i sin helhet.

Bestemmelsene i gjeldende § 9-1 (4) og § 16-1 (4) er identiske med bestemmelsene i § 8-6 (4) og § 15-6 (4), bortsett fra at de førstnevnte bare gjelder ved anbudskonkurranser. Dette er dermed en unødvendig gjentakelse. Bestemmelsene foreslås strøket.

7.7 Avvisning der leverandøren er brukt som rådgiver

Forskriftsutkastet § 3-6 oppstiller forbud mot bruk av rådgivere ved utarbeidelsen av spesifikasjoner under visse betingelser. Bestemmelsen gjennomfører det nye direktivets fortale punkt 8 og GPA-avtalen artikkel VI nr. 4. Etter gjeldende rett har en ikke nødvendigvis hjemmel til å avvise tilbud fra en rådgiver. Bestemmelsen er en pliktregel rettet mot oppdragsgiver, og ikke mot leverandøren. Det foreslås derfor en rett for oppdragsgiver til å avvise et tilbud der vilkårene i forskriftens § 3-6 er oppfylt.

Det foreslås at bestemmelsen gis som en "skal" avvisningsbestemmelse. Det innebærer at spørsmålet om en skal avvise vil bli overlatt til tolkningen av de ulike momentene i § 3-6 om bruk av rådgivere ved utarbeidelsen av spesifikasjoner. Dersom forbudet i § 3-6 er overtrådt skal oppdragsgiver avvise leverandøren.

7.8 Ettersendelse av ytterligere eller mangelfull informasjon

Det er i gjeldende forskrift en "skal" avvisningsregel for unnlatt innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring, jf. §§ 8-12 (1) bokstav c og 15-12 (1) bokstav c. Alle andre tilfeller av manglende dokumentasjon faller inn under "kan" avvisningsregelen i §§ 8-12 (2) bokstav g og 15-12 (2) bokstav g. Disse avvisningsreglene foreslås uendret.

Etter gjeldene forskrift §§ 5-15 (3), 5-16 (3), 12-9 (3) og 12-10 (3) er det gitt spesialregler om mulighet for ettersending ved unnlatt innlevering av skatteattest eller HMS-egenerklæring. Det er etter gjeldende rett ikke åpnet for ettersendelse av annen informasjon.

Dokumentasjon vedrørende leverandørens forhold vil i stor grad inneholde objektivt konstaterbar informasjon, og til dels også informasjon som kan innhentes hos tredjemann.

Det vil si at slik informasjon i de fleste tilfeller vil være enkelt å fremskaffe innen en kort tilleggsfrist. Det må legges til grunn at både leverandører og oppdragsgivere vil anse det som positivt at regelverket eventuelt åpner for ettersending av manglende dokumentasjon på generelt grunnlag, det vil si ikke bare ved unnlatt innlevering av skatteattest og HMS-egenerklæring. En slik mulighet er også ønskelig i lys av det overordnede krav om at enhver anskaffelse skal baseres på konkurranse så langt det er mulig.

Det foreslås derfor å innføre en rett til å innhente manglende dokumentasjon knyttet til forhold ved leverandøren. En slik rett må benyttes på en måte som ivaretar hensynene etter de generelle prinsippene om likebehandling og ikke-diskriminering. Forslaget til en generell bestemmelse innebærer at de spesielle reglene vedrørende ettersendelse av skatteattest og HMS-egenerklæring tas ut.

7.9 Avvisning på grunn av økonomisk kriminalitet

Det nye direktivet artikkel 45 første ledd innfører et krav om at leverandører skal avvises dersom oppdragsgiver har kjennskap til at leverandøren er rettskraftig dømt for visse handlinger. Direktivet henviser til to felles rådshandlinger, en konvensjon og hvitvaskingsdirektivet. Det uttrykkes spesielt at det overlates til medlemsstatene å gjennomføre denne direktivforpliktelsen.

Departementet foreslår en bestemmelse som på visse punkter går lenger enn direktivforpliktelsene. Det anses ønskelig at det offentlige ikke skal foreta innkjøp fra leverandører som er straffedømt for økonomisk kriminalitet. Samtidig er det uklart i hvilken utstrekning Norge er bundet av bestemmelsene i direktivets artikkel 45 første ledd bokstav a til c og om disse er gjennomført i norsk straffelovgivning. Forslaget til bestemmelse må imidlertid anses å omfatte disse handlingene også. Det er ikke foreslått en konkretisering av hvilke handlinger som rammes med henvisning til norsk lovgivning.

8. PREISERING AV REGLENE OM BEGRUNNELSESPLIKT

Departementet har fått tilbakemeldinger om at gjeldende regler om opplysningsplikt og begrunnelse er uklare, og enkelte har foreslått å presisere hva begrunnelsen skal inneholde. En del har også foreslått å regelfeste KOFA-praksis⁵ om begrunnelsesplikten. På denne bakgrunn har departementet foretatt enkelte presiseringer i forskriftsutkastet, samt at det foreslås mindre endringer og tillegg til gjeldende regler. De nye reglene om begrunnelse og karenstid før inngåelse av kontrakt fremgår i forskriftsutkastet §§ 10-14/18-16 og 12-3/20-3.

Departementet foreslår som generelt krav at begrunnelsen må inneholde tilstrekkelig informasjon til at leverandøren kan vurdere om oppdragsgivers valg har vært forsvarlig, og i samsvar med de aktuelle utvelgelses- og tildelingskriterier. Dette vil særlig være viktig ved begrunnelse som gis før tildeling av kontrakt.

⁵ Sak 2003/49 er særlig aktuell i forhold til begrunnelsesplikten.

I tillegg foreslås det en ny bestemmelse om at oppdragsgiver skal gi en kort begrunnelse når forespørsler om å delta i konkurranser blir forkastet, dersom oppdragsgiver har satt en øvre grense for antall deltagere i konkurransen.

I forskriftsutkastet § 18-16 (4) er det tatt inn en særskilt begrunnelsesplikt som er en implementering av direktivets artikkel 41. I utkastet § 15-4 (4) og (5) er det særskilte regler om avvisning. En oppdragsgiver kan ikke avvise tilbud med den begrunnelse:

- at et tilbud ikke oppfyller oppdragsgivers tekniske spesifikasjoner, dersom leverandøren kan påvise at de foreslåtte løsningene på tilsvarende måte oppfyller kravene i de tekniske spesifikasjonene, eller
- hvis oppdragsgiver har fastsatt ytelses- eller funksjonskrav og leverandørens tilbud samsvarer med standarder, tekniske spesifikasjoner mv, dersom disse spesifikasjonene er ment å dekke ytelses- eller funksjonskrave som oppdragsgiver har fastsatt.

Hvis oppdragsgiver i disse tilfellene likevel avviser tilbudet, skal oppdragsgiver begrunne hvorfor leverandørens tilbud ikke oppfyller kravene oppdragsgiver har satt på tilsvarende måte, eller hvorfor tilbudet ikke oppfyller kravene til ytelse eller funksjon.

9. FORENKLING AV REGLENE OM KONKURRANSEGRUNNLAGET

Gjeldende forskrift inneholder omfattende og til dels detaljerte regler om krav til konkurransegrunnlaget. For å gjøre tekstene mer brukervennlige foreslår departementet en forenkling av reglene om konkurransegrunnlag i forskriftsutkastet § 7-2 (del II). I utgangspunktet bør det utarbeides et konkurransegrunnlag for alle anskaffelser, men i enkelte tilfeller kan anskaffelsen være så ukomplisert at alle nødvendige opplysninger fremkommer av kunngjøringen.

I stedet for en opplisting av en rekke forhold som skal eller bør være med i et konkurransegrunnlag, er det presisert at oppdragsgiver kan utarbeide et konkurransegrunnlag som supplerer og utdyper opplysningene i kunngjøringen. Det foreslås generelle regler om at konkurransebetingelsene (ny samlebetegnelse på kunngjøringen og konkurransegrunnlaget) skal inneholde :

- beskrivelse av hva som skal anskaffes,
- informasjon om hvordan konkurransen skal gjennomføres, og
- informasjon om innleveringsfrist, kontraktsvilkår mv.

10. UNNTAKET FOR FINANSIELLE TJENESTER

I gjeldende forskrift § 1-3 (2) bokstav e er det et unntak for finansielle tjenester. Unntaket er gitt ved en opplisting av finansielle tjenester som faller utenfor anvendelsesområdet til forskriften. I forslaget til nytt regelverk er det gjort en konkretisering av de finansielle tjenestene som faller inn under unntaket, ved å si at bestemmelsen særlig gjelder for transaksjoner utført av offentlige oppdragsgivere for å skaffe til veie penger eller kapital. Tilføyelsen er gjort for å gjennomføre tillegget i det nye direktivets artikkel 16 bokstav d. Tillegget til direktivet innebærer en presisering, og ikke en utvidelse. Det har ved

tolkningen av den gjeldende forskriften hersket noe usikkerhet om vanlige låneopptak er omfattet av unntaket. Endringen i direktivet får ingen påvirkning for spørsmålet om vanlige låneopptak er unntatt fra direktivets anvendelsesområde. Vanlige låneopptak vil dermed fortsatt være omfattet av forskriftens anvendelsesområde.

11. ANBUDSÅPNING I KONKURRANSE OM BYGGE- OG ANLEGGSKONTRAKTER

I forbindelse med anbudskonkurranser for bygge- og anleggskontrakter er det ofte nødvendig med spesielt lange vedståelsesfrister. Entreprenører har pekt på at dette innebærer at en vesentlig del av kapasiteten bindes opp over lengre tid, uten at disse kan delta i konkurranser om andre oppdrag. I en del tilfeller har dette også trolig negativ effekt på den regionale konkurransen om kontrakter i det tidsrommet vedståelsesfristen varer. I denne sammenheng pekes det på at de midler og ressurser som bindes opp i entreprisesammenheng ofte er betydelige og at konkurransen preges av regionale aktører.

Gjeldende forskrift pålegger ikke oppdragsgiver noen plikt til å ha åpen anbudsåpning. Dette i motsetning til NS 3400, som legger til grunn en praksis som innebærer åpen anbudsåpning. Dette gjør det enklere for entreprenører som ligger langt etter i konkurransen om kontrakten å vurdere deltagelse i andre konkurranser.

Det kan argumenteres for at åpen anbudsåpning er leverandørvennlig og at den kan bidra til mindre klager i forbindelse med tildeling av kontrakt. Hensyn som taler mot, er oppdragsgivers behov for fleksibilitet og at denne står nærmest til å vurdere hensiktsmessigheten av åpen anbudsåpning. En avveining av disse hensynene tilsier etter departementets oppfatning at oppdragsgivere ikke bør pålegges obligatorisk åpen anbudsåpning. På grunn av de spesielle hensyn som gjør seg gjeldende ved bygge- og anleggskontrakter, herunder lange vedståelsesfrister, bør det likevel tilrettelegges for en praksis som innebærer tidligere informasjon om anbudets konkurransedyktighet. Dette markedet er spesielt gjennomslukt og det er få grunner som tilsier at leverandørene som har gitt tilbud ikke skal kunne bli gjort kjent med hvem som deltok i konkurransen og totalprisen på oppdraget på et tidlig stadium. Departementet foreslår derfor en regel om at ovennevnte opplysninger skal gjøres tilgjengelig for tilbydere på oppfordring kort tid etter anbudsåpning (innen syv dager).

12. PLAN- OG DESIGNKONKURRANSE

Gjeldende forskrift del IV regulerer plan- og designkonkurranse. I utkastet til ny forskrift § 21-1 om gjennomføring av plan- og designkonkurranse, er det kun foretatt mindre justeringer i gjeldende regler.

Terskelverdiene er justert i henhold til de gjeldende terskelverdier for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, samt den nye nasjonale terskelverdien. Det er også foretatt mindre justeringer i utkastet § 21-1 (9) for å implementere mindre endringer i EU-direktivet. For å harmonisere bestemmelsen om forhandlinger uten forutgående kunngjøring etter

gjennomført plan- og designkonkurranse (gjeldende forskrift § 4-2 bokstav g), med reglene under EØS-terskelverdiene, er det tatt inn et tilsvarende unntak fra plikten til å kunngjøre forhandlingene i forskriftsutkastet del II.

Departementet har mottatt forslag til endringer i forskriften fra arkitektbransjen. Et forhold som departementet har fått innspill om er tidspunktet for utsendelse av juryens protokoll til deltagerne i konkurransen. Dersom plan- og designkonkurransen arrangeres som et ledd i en anskaffelsesprosedyre er det i gjeldende forskrift § 18-1 og forskriftsutkastet § 21-1 (10) åpnet for at protokollen først sendes etter at kontrakt er tildelt. I innspill til departementet er det foreslått at protokollen alltid skal gjøres tilgjengelig fra det tidspunktet vinneren av plan- og designkonkurransen er kåret. Etter departementets vurdering vil dette sikre en åpnere prosess, og det vil være en fordel at deltagerne får faglige tilbakemeldinger fra juryen på et tidligere tidspunkt. Departementet er samtidig usikker på hvordan en utsendelse av protokollen på et tidligere tidspunkt vil kunne påvirke de etterfølgende forhandlingene. Dette er forhold departementet ber høringsinstansene vurdere.

13. SKATTEATTEST

Departementet har mottatt signaler om at dokumentasjonskravene i forskriften oppfattes som krevende. På bakgrunn av dette, ba vi om innspill fra brukerne i høst på dagens ordning med skatteattest.

Departementet har mottatt flere innspill som etterspør elektroniske registerløsninger. Dersom alle skatteforhold blir tilgjengelig elektronisk, kan leverandører bestille skatteattest på en langt enklere måte enn i dag via nettet. Det kan også tenkes utviklet en løsning som gir oppdragsgiver mulighet til å sjekke mot registeret om leverandørene har betalt sine skatter og avgifter. Elektronisk tilgang på skatteinformasjon kan også tenkes koblet mot annen informasjon om leverandørene. Dette kan gjelde forhold som økonomisk soliditet og annen foretaksinformasjon.

For å få til en elektronisk registerløsning, må samordningen mellom de ulike skattemyndighetene være på plass. Denne samordningen ligger noe frem i tid. I følge Skattedirektoratet skal kommunekemnernes data være samordnet i løpet av et par år.

Departementet mener at mulige løsninger på dette området fortjener en nærmere gjennomgang, og det bør også ses i sammenheng med utvikling av elektronisk handel. Det er likevel ikke realistisk å vurdere dette nå som et alternativ til gjeldende ordning med innlevering av skatteattester.

Departementet har også mottatt andre innspill om dagens ordning med skatteattest. Det er herunder vurdert å endre innholdet for at skatteattesten bedre kan oppfylle sitt formål og at det skal være enklere for oppdragsgiver å ta stilling til eventuelle restanser. Etter bl.a. dialog med Skattedirektoratet, konkluderes det likevel med at innholdet i skatteattesten ikke endres nå. Basert på innspill er det også sett på tidspunktet for innlevering av skatteattest.

Departementet foreslår derfor å videreføre dagens ordning med skatteattest.

14. FJERNING AV ENKELTBESTEMMELSER

Departementet har kun fått ett konkret forslag til bestemmelse som kan fjernes. Dette kan forstås dit hen at bestemmelsene i gjeldende regelverk anses å ha en nyttig funksjon blant brukerne. Departementet har derfor vært varsomme med å foreslå hele bestemmelser fjernet. Den eneste hele bestemmelsen som foreslås tatt ut, er gjeldende forskrift § 3-5. Bestemmelsen, som oppstiller et forbud mot at oppdragsgivers ansatte deltar i konkurransen, antas å være tilstrekkelig dekket opp av øvrige habilitetsbestemmelser. I tillegg har bestemmelsen tidvis vært tolket dit hen at det ikke er tillatt å gi tilbud i egenregi og har dermed vært ansett som et hinder for konkurranseutsetting. Dette har ikke vært intensjonen bak bestemmelsen.

Videre er en rekke ledd og setninger fjernet i forslaget, særlig gjelder dette opplister av eksempler. Disse endringene anses ikke å innebære vesentlige materielle endringer, og de blir derfor ikke begrunnet nærmere i høringsnotatet. Departementet ønsker likevel innspill på tekst som ønskes tatt inn igjen, hvis noen ser behov for det, fortrinnsvis med en begrunnelse.

15. RAMMEAFTALER

15.1 Innledning

Det nye EU-direktivet for klassisk sektor har bestemmelser om inngåelse av rammeavtaler, og om prosedyrer for tildeling av kontrakter som er basert på rammeavtalen. Det er frivillig for medlemstatene å implementere reglene om rammeavtaler.

Det foreligger pr. i dag ingen bestemmelser om rammeavtaler i direktivene eller den norske forskriften for klassisk sektor. Rammeavtaler har likevel vært anvendt, og bruken av enkelte typer rammeavtaler har vært omdiskutert.

Rammeavtaler kan ha ulike innretninger. Det kan blant annet variere om rammeavtalen inneholder en kjøpsplikt for oppdragsgiver eller ikke, og om oppdragsgiver inngår avtale med flere leverandører om samme type leveranse (parallele rammeavtaler).

Mange oppdragsgivere ønsker å inngå rammeavtaler med flere leverandører om samme type leveranse (parallele rammeavtaler). Anvendelsen av parallele rammeavtaler har vært omstridt. Ved parallele rammeavtaler har det vært usikkerhet knyttet til hvordan bestillinger/avrop skal kunne gjennomføres uten å komme i konflikt med de grunnleggende prinsippene i regelverket om krav til forutsigbarhet, likebehandling og gjennomsiktighet for leverandørene.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i flere saker ⁶ behandlet spørsmål om fordeling av bestillinger mellom leverandører i parallelle rammeavtaler. KOFA har konkludert med at rammeavtaler som ikke inneholder en fordelingsnøkkel eller mekanisme for tildeling av bestillinger på rammeavtalen, er i strid med kravene om gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i lov om offentlige anskaffelser § 5.

15.2 Implementering av direktivets bestemmelser om rammeavtaler

Bruk av rammeavtaler kan gi administrative besparelser både for oppdragsgivere og leverandører. Departementet har fått mange positive tilbakemeldinger på at bruken av rammeavtaler klargjøres gjennom egne regler. På denne bakgrunn foreslår departementet å implementere EU-direktivets bestemmelser om rammeavtaler.

15.3 Nye bestemmelser om rammeavtaler

De sentrale bestemmelsene i utkast til ny forskrift fremgår av § 4-1 (definisjoner) og §§ 6-1 til 6-3 (del II) og 14-1 til 14-3 (del III). Bestemmelsene er i all hovedsak en implementering av EU-direktivets artikkel 1 nr. 5 og artikkel 32.

15.3.1 Definisjon

En rammeavtale defineres i § 4-1 som en *”avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder”*.

15.3.2 Generelle bestemmelser om rammeavtaler

Forskriftsutkastet §§ 6-1/14-1 fastsetter en del generelle krav til rammeavtaler. Ved inngåelse av rammeavtaler skal oppdragsgiver følge de normale prosedyrene frem til tildeling av kontrakt. I forbindelse med rammeavtaler betyr tildeling av kontrakt når avrop/bestillinger som er basert på rammeavtalen foretas. Prosedyrene for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen reguleres etter §§ 6-2/14-2 og 6-3/14-3. Kontrakter som er basert på rammeavtalen kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, og det kan ikke gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene. Dette er en viktig begrensning for å hindre at nye oppdragsgivere eller leverandører bruker en allerede inngått rammeavtale, eller at partene tar inn nye leveranser i løpet av avtaleperioden, hvor det ellers skulle vært gjennomført ny konkurranse.

Rammeavtaler kan som en klar hovedregel ikke ha en lengre varighet enn fire år. Av hensyn til konkurransen stilles det videre krav om at oppdragsgivere ikke må misbruke eller anvende rammeavtaler på en måte som kan hindre, begrense eller fordreie konkurransen.

Rammeavtaler kan inngås med én eller flere leverandører. Dersom man inngår rammeavtale med flere leverandører, skal det inngås rammeavtale med minst tre leverandører, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud, jf.

⁶ Sak 2003/30, 2003/38 og 2003/51.

§§ 6-3/14-3.

15.3.3 Tildeling av kontrakter til én leverandør

Ved rammeavtaler som kun tildeles én leverandør inngås kontrakten i samsvar med de betingelsene som følger av rammeavtalen, jf. §§ 6-2/14-2. Oppdragsgiver kan i forbindelse med kontrakten skriftlig konsultere leverandøren, og om nødvendig be om at tilbudet suppleres. Bestemmelsen må imidlertid ses i sammenheng med de generelle kravene til rammeavtaler i §§ 6-1/14-1, som forbyr at partene gjør ”vesentlige endringer” i avtalevilkårene.

15.3.4 Tildeling av kontrakter til flere leverandører

Rammeavtaler som inngås med flere leverandører kan tildeles på to alternative måter, jf. §§ 6-3/14-3:

- Enten på grunnlag av de vilkår som er fastsatt i rammeavtalen, uten at det iverksettes ny konkurranse. Dette kan være hvor alle forhold som er relevante for tildeling av kontrakten fremgår av rammeavtalen. Et eksempel kan være hvor man har en klar fordeling av leveransene som fremgår av rammeavtalen.
- Eller, hvis ikke alle vilkårene fremgår av rammeavtalen, etter at det er gjennomført en fornyet konkurranse mellom partene. Konkurransen gjennomføres på vilkårene som fremgår av konkurransebetingelsene for rammeavtalen, som om nødvendig presiseres og i visse tilfeller suppleres, på følgende måte:
 - For hver kontrakt som tildeles skal oppdragsgiver skriftlig konsultere de leverandører som er i stand til å gjennomføre kontrakten.
 - Oppdragsgiver skal sette en tidsfrist som er tilstrekkelig (og som tar hensyn til kompleksiteten i kontrakten) for leverandøren til å gi inn tilbud.
 - Tilbudene sendes inn skriftlig og forblir konfidensielle inn til utløpet av svarfristen.
 - Oppdragsgiver skal tildele kontrakten til det tilbudet som er det beste i henhold til tildelingskriteriene i konkurransebetingelsene for rammeavtalen.

Vilkårene for en fornyet konkurranse må fremgå av betingelsene for konkurransen om rammeavtalen. I visse tilfeller kan det være aktuelt å presisere de betingelsene som er brukt for rammeavtalen. Det kan for eksempel vært stilt krav om leveringstid eller service innenfor et vist tidsrom, og når kontraktene skal tildeles er det behov for å presisere dette i forhold til den aktuelle leveransen.

På grunn av den uklarhet som har eksistert tidligere om bruken av rammeavtaler, er det etter departementets vurdering behov for å gjøre prosedyrene for gjennomføring av konkurranser i rammeavtaler så klare som mulig. Departementet ber høringsinstansene gi innspill på om det er forhold knyttet til gjennomføring av rammeavtaler og gjenåpning av konkurransen som bør klargjøres i forskriftsteksten, eventuelt i veiledningsmaterieill.

15.4 Like regler over og under terskelverdiene?

Et spørsmål departementet har vurdert er om reglene om rammeavtaler skal være like over og under EØS-terskelverdiene. Enkelte oppdragsgivere vil antagelig oppleve at prosedyrekravene som stilles for å inngå kontrakter ved parallelle rammeavtaler er en innstramning i forhold til hvordan rammeavtaler tidligere har vært benyttet. Departementet har også fått tilbakemelding om at det vil være svært vanskelig å praktisere et krav om en fordelingsnøkkel (som kan være en måte å tildele kontrakt på etter §§ 6-3 /14-3(2)) ved parallelle rammeavtaler.

En mulighet er å ikke regulere prosedyrene for tildeling av kontrakt så detaljert under terskelverdiene, ved for eksempel å kun stille krav om at oppdragsgiver tildeler kontrakt i samsvar med rammeavtalen, og eventuelt gjennomfører ny konkurranse (uten å regulere dette nærmere) der vilkårene ikke er regulert i rammeavtalen.

Det kan imidlertid være vanskelig å utarbeide andre regler for bruk av rammeavtaler under terskelverdiene som samtidig ivaretar de grunnleggende kravene til foruberegnelighet, gjennomsiktighet og likebehandling. Færre bestemmelser om hvordan tildeling av kontrakt skal gjennomføres vil etter departementets vurdering overlate en større usikkerhet (og risiko for klager) for oppdragsgivere med hensyn til rekkevidden av de grunnleggende prinsippene i regelverket.

Ulike regler om bruk av rammeavtaler over og under terskelverdiene kan også skape uklarhet, og innebærer ikke nødvendigvis forenkling for brukerne. For å skape størst mulig klarhet for brukerne, og for å få likest mulig praksis knyttet til bruken av rammeavtaler, er det utformet like regler om rammeavtaler over og under terskelverdiene. Dette er imidlertid forhold departementet ber høringsinstansene vurdere spesielt.

16. ELEKTRONISKE ANSKAFFELSER

16.1 Innledning

I de nye direktivene 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. Dette vil spesielt kunne være tidsbesparende ved gjennomføring av anskaffelser over EØS-terskelverdien. 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.

16.2 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 42, er det obligatorisk å implementere. Reglene om dynamiske innkjøpssystemer og elektroniske auksjoner er det frivillig å implementere.

16.2.1 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 h. Dette innebærer at det ved krav til skriftlighet i forskriften alltid vil kunne gjennomføres elektronisk kommunikasjon. Forskriftsutkastet §§ 7-1/15-1 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 § 21-2 fastsetter tilsvarende regler for plan- og designkonkurranser).

Forskriftsutkastet §§ 7-1/15-1 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)/15-1 (5) en del krav til systemene som benyttes for mottak av tilbud og forespørsel om å delta i konkurranser.

16.2.2 Elektronisk auksjon

I forskriftsutkastet § 4-2 bokstav h 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 §§12-4/20-4. Elektronisk auksjon er ingen fullstendig prosedyre, men kan brukes for å avslutte konkurransen i en åpen eller begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling, gjenåpning av konkurransen ved rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning. Forut for auksjonen må leverandørene være kvalifisert og tilbudene evaluert. 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.

16.2.3 Dynamisk innkjøpsordning

En dynamisk innkjøpsordning defineres i forskriftsutkastet § 4-2 bokstav e 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 kvalifikasjonsordningene i forsyningssektoren 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 §§ 6-4/14-4. Som det fremgår av definisjonen i § 4-2 bokstav e, vil ordningen kunne benyttes for standardiserte kjøp, og vil antagelig være mest praktisk i forbindelse med gjentakende 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 §§ 7-1/15-1.

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.

16.3 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 §§ 7-1/15-1 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 Kommisjonen, til å utarbeide veiledning i bruk av elektroniske anskaffelser, og eventuelt foreta justeringer i forskriftsteksten.

16.4 Særlige spørsmål for reglene under EØS-terskelverdiene

Departementet foreslår å innføre samtlige bestemmelser som er relevante for elektroniske anskaffelser både over og under EØS-terskelverdiene. Selv om det er sannsynlig at dynamiske innkjøpsordninger og elektroniske auksjoner først og fremst vil bli brukt over terskelverdiene, ønsker departementet at oppdragsgiverne skal ha fleksibilitet til å benytte ordningene også under terskelverdiene.

Reglene over og under terskelverdiene om dynamiske innkjøpsordninger er i all hovedsak likt utformet. I § 6-4 (7) er imidlertid tidsfristen på 15 dager, jf. § 14-4 (7), for å levere inn tilbud tatt ut, og erstattet med et krav om "rimelig frist". Oppdragsgiver har generelt i reglene under terskelverdiene anledning til å fastsette tidsfrister, og § 6-4 (7) er derfor tilpasset dette.

Et spørsmål som det bes om at høringsinstansene vurderer, er om det er ønskelig med mindre detaljerte regler for gjennomføring av dynamiske innkjøpsordninger under terskelverdien. Departementet er særlig interessert i synspunkter på kravet til gjennomføring av forenklet kunngjøring for hver kontrakt, jf. § 6-4 (5). Et alternativ kan være å stille krav om jevnlig kunngjøring av innkjøpsordningen, for eksempel hver 6. eller 12. måned, for å sikre at nye leverandører får kunnskap om systemet.

Også reglene om elektroniske auksjoner er likt utformet i del II og III. Teksten er relativt omfattende og skal ta høyde for at auksjon kan gjennomføres både der pris alene er

tidelingskriterium, og der kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. forskriftsutkastet §§ 12-4 (3)/20-4 (3).

Etter departementets vurdering vil det særlig for anskaffelser under EØS-terskelverdiene være mest aktuelt å basere auksjonen kun på pris. Dette er fordi en auksjon som inneholder flere elementer enn pris vil være en komplisert prosess som ofte vil være lite hensiktsmessig ved mindre anskaffelser. Departementet ber om at høringsinstansene vurderer om det bør være enklere regler for gjennomføring av elektroniske auksjoner i del II, og om de kun bør gi anledning til å basere auksjonen på pris. Bestemmelsene i forskriftsutkastet vil da kunne forenkles betydelig (særlig §12-4(6) og (7)).

17. KONKURRANSEPREGET DIALOG

17.1 Bakgrunn

Anskaffelsesprosedyren konkurransepreget dialog er en nyutviklet prosedyre som innføres med direktiv 2004/18 EC. Prosedyren vokste frem ut fra et behov for mer fleksibilitet, særlig for OPS-prosjekter (offentlig privat samarbeid) og teknisk kompliserte kontrakter.

Utgangspunktet er at åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke tillater flere runder eller dialog etter at anbudsrunderen er iverksatt – det er tvert i mot forbudt å forhandle etter at de endelige tilbud er mottatt. Ved visse komplekse anskaffelser, hvor det er svært vanskelig å beskrive det som skal anskaffes, er det imidlertid et behov for dialog med leverandørene. I tillegg kan antall deltagere være høyt også ved disse prosedyrene, hvilket medfører at kostnadene både på leverandør- og oppdragsgiversiden kan bli meget store. Samtidig er adgangen til å velge prosedyren konkurranse med forhandling over EØS-terskelverdiene veldig snever. Prosedyren konkurransepreget dialog er da et valgfritt alternativ.

Siden prosedyren konkurransepreget dialog er krevende, anses den spesielt egnet for store og kompliserte anskaffelser. Prosedyren vil kunne medføre økt kompetanse og erfaring hos oppdragsgiver ettersom leverandørene vil bruke dialogfasen til å selge inn sine løsninger.

17.2 Anvendelsesområde

Konkurransepreget dialog kan anvendes for særlig komplekse kontrakter, der oppdragsgiver anser at anvendelse av åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke gjør det mulig å tildele kontrakt. Særlig kompleks kontrakt kan foreligge i to tilfeller. Det ene tilfellet er hvor oppdragsgiver objektivt ikke er i stand til å presisere de tekniske vilkår i en kravspesifikasjon og det andre tilfellet er når oppdragsgiver ikke er i stand til å definere de rettslige eller finansielle vilkår i forbindelse med et prosjekt. Eksempler er komplekse IT-kontrakter, risikoplassering av terrorfare eller nye betalingsformer for OPS-kontrakter.

Ved lesing av direktivteksten kan konkurransepreget dialog fremstå som et unntak fra anbudskonkurranse i likhet med konkurranse med forhandlinger. Dersom en betrakter konkurransepreget dialog som et unntak vil dette tale for en snever tolkning.

Konkurranspreget dialog har imidlertid en struktur i tildelingen, som taler for en noe mer utvidende tolkning. Oppdragsgiver står ikke like fritt som ved konkurranse med forhandlinger. Ønsket om mest mulig transparent konkurranse gjør seg dermed ikke så gjeldende som argument mot konkurranspreget dialog.

Tolkningen vil også avhenge av hva som ligger i at ”oppdragsgiver ikke er i stand til...objektivt å presisere de tekniske vilkår” eller ”objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold” jf. forskriftsutkastet § 12-2 (2). Fortalen taler for at prosedyren ikke bare skal gjelde der det er umulig å fastsette noen form for spesifisering, men også der det ikke er mulig å fastsette en spesifisering som muliggjør å vurdere alle løsningene markedet kan tilby.

Det må være objektivt umulig å anvende åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Dette innebærer at subjektive forhold hos oppdragsgiver ikke er relevant. Bevisbyrden for umuligheten påligger oppdragsgiver.

Den nærmere tolkningen av konkurranspreget dialog må overlates til praksis.

17.3 Utlysning

Konkurransgrunnlaget for en konkurranspreget dialog vil måtte gi en svært god beskrivelse av oppdragsgivers behov og ønsker. Dette konkurransgrunnlaget må gjøre det mulig for potensielle leverandører å vurdere om de skal delta i dialogen. Dette forutsetter at oppdragsgiver har en klar visjon om hva en trenger fra begynnelsen av. Dialogfasen skal benyttes til å skape løsninger som dekker oppdragsgivers behov, ikke til å definere oppdragsgivers behov.

På grunn av valgfriheten ved prosedyren må det i konkurransgrunnlaget presiseres hvordan oppdragsgiver skal gå frem for å velge leverandør.

17.4 Dialogen

Proseduren konkurranspreget dialog innledes med en dialog der en skal diskutere mulige løsninger. Etter hvert vil en diskutere kontraktsvilkårene før dialogen avsluttes og en kommer til stadiet for endelig løsning. Oppdragsgiver har stor valgfrihet til å fastsette hvordan dialogen skal gjennomføres. Dette bør kommuniseres på forhånd.

Under dialogen er det ikke adgang til å dele informasjon mellom tilbyderne uten særskilt samtykke. Ved den endelige konkurransen vil derfor tilbyderne måtte komme med forslag som de selv har utviklet. Bestemmelsen må også sees i sammenheng med bestemmelsene om betaling. Betaling i dialogfasen gir imidlertid ikke i seg selv noe unntak fra regelen om forbud mot spredning av opplysninger. Regelen innebærer at det vil kunne bli en kobling mellom idéutvikling og utføring der oppdragsgiver kommer i en situasjon hvor en leverandør utvikler en mye bedre løsning enn de andre leverandørene.

Det er løsninger og ikke leverandører som kan reduseres i løpet av dialogen. Dersom en leverandør har flere løsninger er en dermed ikke ute av konkurransen før alle løsningene er utelukket.

Dersom en skal eliminere leverandører under dialogfasen må dette varsles i utlysningen eller konkurransegrunnlaget. Eliminering av leverandører må skje på grunnlag av tildelingskriteriene. Det er ikke adgang til å endre på tildelingskriteriene underveis.

Ettersom leverandøren skal velges på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må det trolig legges til grunn at oppdragsgiver må ha tilstrekkelig informasjon til å bedømme om foretakene som elimineres ikke har de økonomisk mest fordelaktige tilbudene.

Det er adgang til å diskutere alle trekk ved kontrakten under dialogen. Dette inkluderer også pris. Det er dermed også adgang til å velge bort løsninger underveis i dialogen basert på foreløpig prising.

17.5 Endelig tilbud

Etter avslutning av dialogen går en over i en fase hvor det leveres inn endelige tilbud. Oppdragsgiver har mulighet til å velge hvor mange løsninger man ønsker i endelige tilbud. Dette kan føre til at oppdragsgiver kun velger en løsning. Dette kan være tilfelle der leverandøren som har presentert den beste løsningen ikke ønsker å dele denne med andre tilbydere. Det foreligger da kun én mulig kandidat for oppdraget.

Der oppdragsgiver har åpnet for ulike løsninger, kan en leverandør levere inn et tilbud for hver av løsningene.

17.6 Endringer etter avgivelse av endelig tilbud

Slik direktivbestemmelsen er formulert, åpnes det for en større adgang til avklaringer enn det som er tilfellet ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Avklaring består i å forklare deler av tilbudet som er uklart. Presisering består i å gå i ytterligere detalj, herunder eksempelvis arbeidsmetoder. Tilpasning kan bli tolket som å gjelde endringer innenfor visse kvalitative og kvantitative grenser. Herunder kan det også tenkes endringer for at et tilbud skal komme innenfor tilbudsinnbydelsen. Det er uavklart hvordan begrepet tilpasninger skal tolkes.

17.7 Utvelgelse av leverandør og endring av tilbud etter valg av leverandør

Etter anmodning fra oppdragsgiver kan den leverandør som er blitt valgt, bli bedt om å presisere visse aspekter ved tilbudet eller bekrefte forpliktelser som er gitt i tilbudet. Forutsetningen er at dette ikke medfører en vesentlig endring av tilbudet eller konkurransegrunnlaget. Presiseringer eller bekreftelser må ikke føre til konkurransevidning eller forskjellsbehandling.

Fleksibiliteten i forhold til etterfølgende forhandlinger er mindre enn ved konkurranse ved forhandling. På den annen side taler hensynet til at konkurransepreget dialog skal kunne

anvendes på visse OPS-prosjekter og komplekse IT-kontrakter for at det må være et visst rom. Endringer bør ikke ha noen påvirkning på hvilken leverandør som ville blitt valgt. Den økonomiske balansen kan påvirkes dersom det skjer på grunn av berettigede endringer grunnet ytre faktorer. Endringer i prosjektets størrelse er trolig problematisk.

17.8 Betaling

Konkurransепreget dialog vil kunne benyttes der oppdragsgiver har et behov, men ikke er i stand til å definere løsninger. Dialogfasen vil benyttes til å komme frem til løsninger. Oppdragsgiver må vurdere i det enkelte tilfelle om en skal betale for utviklingen av løsninger.

Betaling til deltagerne i dialogen må sees i sammenheng med det immateriellrettslige vernet som leverandørene nyter for sine ideer og forbudet mot å avsløre løsninger og ideer for andre deltagere i konkurransen.

Dialogen i prosedyren er ikke et substitutt for å kjøpe inn konsulenthjelp.

17.9 Innføring av konkurransепreget dialog under terskelverdien

Konkurransепreget dialog foreslås ikke gjennomført i del II (under EØS-terskelverdien). I del II kan oppdragsgiver fritt benytte prosedyren konkurranse med forhandling. Dette er en friere prosedyre enn konkurransепreget dialog, og det forutsettes at prosedyren konkurranse med forhandling kan benyttes til å gjennomføre et innkjøp etter modellen for konkurransепreget dialog. Oppdragsgiver står følgelig fritt til å benytte konkurransепreget dialog under EØS-terskelverdiene.

18. PRIORITERING/VEKTING AV TILDELINGSKRITERIENE

18.1 Under EØS-terskelverdien

I gjeldende forskrift § 17-2 (2) heter det at tildelingskriteriene *om mulig* skal angis i prioritert rekkefølge. I forslaget til ny bestemmelse, jf. forskriftsutkastet § 12-2 (2), oppstilles et krav om at det skal opplyses om prioriteringen av tildelingskriteriene, dersom oppdragsgiver har fastsatt dette på forhånd. Dette innebærer en innskrenkning i forhold til gjeldende ordlyd, men anses å gi uttrykk for gjeldende praksis, slik det fremkommer av tolkningene fra EF-domstolen, KOFA og juridisk teori. Endringen i ordlyden utelukker heller ikke at det i en del tilfeller bør angis en vektning basert på de generelle prinsippene i lovens § 5 og forskriftsutkastet § 3-1.

For øvrig er eksemplifiseringen av tildelingskriteriene i gjeldende forskrift § 17-2 (2) fjernet i forslaget til ny forskrift. Departementet mener dette er bedre egnet som veiledermateriale.

18.2 Over EØS-terskelverdien

Direktivets artikkel 53 innebærer et tydeligere krav til å angi vektingen av tildelingskriteriene enn hva som følger av dagens regler. I gjeldende forskrift § 10-2 (2) oppstilles det et krav om at kriteriene *om mulig* skal angis i prioritert rekkefølge. Som følge av den nye direktivbestemmelsen heter det i forskriftsutkastet § 20-2 (2) 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.

19. NYTT UNNTAK FOR KJØP AV VARER FRA VAREBØRS

Gjeldende forskrift del III åpner for kjøp av varer eller tjenester direkte fra børs/råvarebørs eller lignende marked. Dette er et unntak fra de ordinære prosedyrereglene og er praktisk for blant annet kjøp av elektrisitet.

Tilsvarende unntak finnes ikke i gjeldende EØS-direktiv eller gjeldende forskrift del II. Det nye EU-direktivet artikkel 31 (2) bokstav c, åpner imidlertid for unntak for direkte kjøp av varer som noteres og kjøpes på varebørs. Dette innebærer for eksempel at kjøp av elektrisitet kan skje direkte fra børs. Dette unntaket foreslås gjennomført i forskriftsutkastet § 12-4 bokstav g.

20. SPESIELLE SPØRSMÅL KNYTTET TIL SAMFUNNSMESSIGE HENSYN

20.1 Universell utforming

Departementet foreslår en bestemmelse i forskriftens alminnelige del § 3-1 (6) om at oppdragsgiver i tillegg til miljøkonsekvenser og livssyklus kostnader, skal vurdere hensynet til universell utforming i planleggingsfasen. For å øke brukervennligheten er det også tatt inn en forklaring av hva universell utforming kan innebære i § 4-1 bokstav l. Denne bestemmelsen lyder:

”I denne forskrift menes med:

universell utforming: utforming av produkter og omgivelser på en slik måte at de kan brukes av alle mennesker, i så stor grad som mulig, uten behov for tilpasning og spesiell utforming.”

Forslaget sammenfaller med forslaget til endring av lovens § 6. For ytterligere omtale av bakgrunnen for bestemmelsen om universell utforming, vises det til høringsnotatets del I kap. 4.

20.2 Særlige kontraktsbetingelser som angår sosiale vilkår

Forskriftsutkastet § 3-8 (2) 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 kontrakt. Dette er spesielle forpliktelser som leverandøren må oppfylle i kontraktsperioden, 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 visst 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.

I bestemmelsens tredje og fjerde ledd er gjeldende bestemmelser om krav til lærlingordning og fast ansatte, og krav til lovlig innleid arbeidskraft, videreført. Da det foreslås en generell bestemmelse i forslagetets andre ledd om at det kan stilles betingelser knyttet til sosiale forhold, kan det diskuteres om det er nødvendig å videreføre de nevnte bestemmelsene om lærlingordning etc i selve forskriften. Departementet foreslår likevel at disse videreføres, som eksempler på aktuelle sosiale hensyn. Når det gjelder eksempler på miljøområdet vises det til veilederen "Miljø og regelverket for offentlige anskaffelser"⁷.

20.3 Unntaket for kjøp av helse- og sosialtjenester fra ideelle organisasjoner

Regjeringen besluttet den 30. januar 2004 at statlige og kommunale oppdragsgivere skal kunne velge mellom å gå i forhandlinger med ideelle organisasjoner eller følge det ordinære regelverket, ved kjøp av helse- og omsorgstjenester. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke trenger å følge kunngjøringsregler eller spesielle prosedyrer, men at det i den grad det er mulig skal det være en form for konkurranse mellom ideelle organisasjoner om kontrakten.

Den generelle bakgrunnen for unntaksbestemmelsen var risikoen for at kravet til åpen konkurranse ikke i tilstrekkelig grad ivaretok hensynet til et ønsket samfunnsmessig engasjement fra veldedige/ideelle organisasjoner.

Det vises også til Dokument nr 8:11 (2003-2004) og Innst.S. nr. 116 (2003-2004) fra næringskomiteen, hvor komiteen var enig med regjeringens foreslåtte ordning om

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

midlertidig unntak og at ordningen burde vurderes nærmere i lys av de erfaringer man får over en periode.

I forbindelse med departementets forespørsel om innspill til revisjon av regelverket, ble unntaket kommentert av interesseorganisasjoner og brukere av regelverket. I denne sammenheng ble det blant annet pekt på at unntaket ikke er innkjøpsfaglig begrunnet, samt at bestemmelsen ikke bidrar til fornyelse og god utvikling av leverandertilbudet i sektoren. Andre viste til at bestemmelsen bidrar til å styrke samarbeidet mellom det offentlige og ”den tredje sektor”, samt at bestemmelsen gir oppdragsgivere en valgfrihet som er fleksibel og gunstig for anskaffelser av helse- og omsorgstjenester.

Tilbakemeldingene har videre gitt et inntrykk av at få oppdragsgivere har anvendt unntaket, samt at ideelle organisasjoner ikke har mistet markedsposisjon i de tilfellene hvor oppdragsgivere gjennomfører ordinære konkurranser om oppdraget.

Departementet har i forslaget til ny forskrift fortsatt inne dagens midlertidige unntak. Departementet vil frem mot høsten innehente ytterligere erfaringer med sikte på å vurdere ordningen før ny forskrift trer i kraft. I denne sammenheng inviteres høringsinstansene til å gi innspill om erfaringer med og konsekvenser av unntaket.

20.4 Muligheten til å begrense konkurransen til utførelsesvirksomheter

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 værksteder eller beslutte, at de udføres i forbindelse med programmer for beskyttet beskæftigelse, når flertallet af de berørte arbejdstagere 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 utførelsesbedrifter.

Muligheten til å reservere kontrakter til denne typen virksomheter foreslås tatt inn i det norske regelverkets alminnelige del, jf. forskriftsutkastet § 3-9. Oppdragsgiver får da frihet til å bestemme om konkurransen om kontrakten skal reserveres slike virksomheter. Hvilke regler som gjelder for konkurransen for øvrig avhenger av verdien på kontrakten og hva som skal anskaffes. Dette innebærer at når anskaffelsen faller inn under regelverkets del II eller III, skal oppdragsgiver følge angitte prosedyreregler i den respektive del på vanlig måte. Oppdragsgiver skal imidlertid opplyse i kunngjøringen om at konkurransen er reservert ovennevnte virksomheter.

21. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

En heving av terskelverdien oppfattes hos de fleste brukerne som en forenkling av reglene. Det er et rimelig utgangspunkt å legge til grunn at de oppdragsgivere som gjennomfører konkurranse om oppdraget vil benytte en konkurranseform som er mer tilpasset anskaffelsens omfang, enn mange gjør i dag. I dag er det et problem at for mange oppdragsgivere ikke tilpasser konkurransen etter anskaffelsens omfang. Det vil si at de inviterer for mange til å levere tilbud, noe som øker transaksjonskostnadene. Gjeldende regelverk krever med andre ord at oppdragsgiveren har meget god kjennskap til detaljreglene, før de tør å avgrense konkurransen til for eksempel tre deltagere. Høyere terskelverdi kan derfor gi lavere transaksjonskostnader, fordi oppdragsgivere i dag bruker for mye tid på å evaluere unødvendig mange tilbud, samt at unødvendig mange leverandører bruker penger på å legge inn tilbud.

Samtidig vil det fortsatt stilles krav til konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet (lovens § 5) under nasjonal terskelverdi. Det er derfor først og fremst kunngjøringsplikten i Doffin oppdragsgiver slipper. Ved heving av nasjonal terskelverdi antas dette å øke kostnadene for små og mellomstore virksomheter, som må bruke mer ressurser for å identifisere kontraktsmuligheter med det offentlige. Videre må leverandører forholde seg til oppdragsgivers individuelle fremgangsmåte, de må med andre ord bruke ressurser på å bli kjent med andre prosedyreregler enn forskriftens, og dagens gevinster med at vi har standardisert prosedyrene ned til 200 000 kroner reduseres.

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.

Den utvidete protokollplikten vil innebære noe økte administrative kostnader, men skjer som en naturlig del av innkjøpsprosessen og på et ryddig skjema. Økningen i kostnader antas derfor å være beskjeden.

Generell forenkling og forbedring av reglene vil ha positive virkninger, da omfanget av administrative prosesser reduseres, samt at leverandører ikke bruker ressurser på unødvendige klager.

VEDLEGG

Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser