

Moderniseringsdepartementet
Postboks 8004 Dep.

0030 OSLO

(Referanse må oppgis)
Vår referanse: 200500557-7
Arkivkode: 601
Saksbehandler: Gerd Buflod/Yngvild Thue
Deres referanse:
Dato: 06.07.2005

Høring - Endringer i regelverket for offentlige anskaffelser

Det vises til Moderniseringsdepartementets høringsbrev av 6. april 2005 vedrørende endringer i regelverket for offentlige anskaffelser. Høringsfristen er satt til 6. juli 2005. Høringsuttalelsen ble behandlet i KS sentralstyre den 24. juni 2005 og vi har følgende merknader til høringsbrevet.

1. Generelt:

Et av hovedformålene med å gi nye regler har vært å forenkle regelverket og gjøre dette mer brukervennlig. KS mener primært at nasjonale prosedyreregler under EØS-terskelverdiene bør forkastes, slik at det kun er anskaffelser over EØS-terskelverdiene som er omfattet av regelverket.

I den utstrekning det likevel skal gis nasjonale regler under terskelverdiene, er KS av den oppfatning at departementet har valgt en feilaktig strategi i dette arbeidet ved å ta utgangspunkt i gjeldende regelverk, og forsøkt å forenkle dette. Riktignok kan en del problemstillinger knyttet til uklarheter, motsetninger med mer, i gjeldende forskrifter avhjelpes på denne måten, men forenklingen burde etter KS' syn gå mye lenger.

Videre mener KS at en forenkling av regelverket burde ha som utgangspunkt å klargjøre de generelle prinsipper som er nedfelt i dagens lov om offentlige anskaffelser. Dette er generelle og kjente prinsipper i forvaltningen, og behøver ikke ytterligere pålegg for å overholdes.

På enkelte områder eller trinn i anskaffelsesprosessen vil en kunne komme langt i å sikre tilfredsstillende etterlevelse av disse prinsippene ved å tilby brukervennlige skjemaer eller andre praktiske hjelpemidler – eventuelt etter en viss bearbeidelse tilpasset den enkelte kommune.

Et eksempel på dette er de foreslåtte protokollskjemaene. Disse fremstår som praktiske og brukervennlige. Det er imidlertid ikke behov for å innføre noen rettslig plikt til å benytte disse, jf nedenfor punkt 4.1.

Først etter en gjennomgang av disse forhold burde man gjennomgå hvilke krav som det er absolutt nødvendig å pålegge i en forskrift, for å sikre overholdelse av de generelle prinsippene og rettssikkerheten til leverandørene. KS antar at dette i betydelig grad ville redusere omfanget av de prosedyreregler som i dag gjelder. Det antas at gjeldende regler under EØS-terskelverdiene ville være redusert til en plikt til utlysning, krav til begrunnelse og tid til å klage ved tildeling, samt noen generelle krav knyttet til tildelingskriteriene.

Det er beklagelig at et slikt alternativt regelverk ble forkastet som et alternativ allerede før arbeidet startet. KS har i det videre konsentrert seg om å bidra til forenklingen slik departementet ser det for seg, med hovedfokus på de nasjonale regler.

2. Kommentarer til høringsnotates del I – Endringer i LOA

2.1 Lovforslagets § 7 b - Overtredelsesgebyr

2.1.1 Innføring av overtredelsesgebyr og skyldkravene

Departementet har fremmet forslag om en ny bestemmelse om overtredelsesgebyr i lovens § 7 b. Etter forslaget skal en oppdragsgiver som forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kunne ilegges et overtredelsesgebyr.

KS er enig i at det er ønskelig med sanksjoner for *bevisste* ulovlige direkte anskaffelser, og er enig i at det bare er i de tilfeller hvor slike direkte anskaffelser foretas forsettlig eller grovt uaktsomt at det bør være adgang til å ilegge et slikt overtredelsesgebyr. Det er bare i disse tilfellene at innføring av et overtredelsesgebyr har en preventiv effekt.

2.1.2 Kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr

Departementet har videre foreslått at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) skal gis kompetanse til å ilegge og utmåle overtredelsesgebyret, jf lovforslagets § 7a siste punktum.

KOFA er et *rådgivende* organ for å løsning av tvister knyttet til regelverket for offentlige anskaffelser. KOFAs uttalelser i den konkrete sak er av rådgivende karakter, og således ikke bindende for partene i saken. Dette er etter lovforslaget uendret. Ved å gi KOFA vedtakskompetanse kun i forbindelse med ulovlige direkte anskaffelser gir en dårlig sammenheng i regelverket. Eksempelvis vil KOFA ved brudd på regelverket ved anskaffelser som er kunngjort kun avgi en rådgivende uttalelse, og vil ikke kunne fatte vedtak om erstatning eller lignende. Dersom den samme oppdragsgiver ikke kunngjør en anskaffelse, får altså KOFA dersom lovforslaget vedtas, en vedtakskompetanse til å ilegge et overtredelsesgebyr mot samme oppdragsgiver.

KS stiller spørsmålsteget ved hensiktsmessigheten i at KOFA skal være det organ som kan avgjøre om slikt overtredelsesgebyr skal i legges, og eventuelt overtredelsesgebyrets størrelse.

KS er av den oppfatning at kompetansen til å fatte slike vedtak ved ulovlige direkte anskaffelser bør legges til Konkurransetilsynet i tråd med AUDA-utvalgets anbefaling.

3. Kommentarer til høringsnotatets del II – utkast til ny

3.1 Innføring av protokollplikt – høringsnotatets punkt 4.2

Et av hovedformålene med å fremme forslag om en helt ny forskrift har vært å forenkle dagens regelverk, og gjøre det mer brukervennlig.

Dagens regelverk har tre ulike regelnivåer avhengig av anskaffelsens anslåtte verdi, jf høringsnotatets Del II punkt 3. I forbindelse med forslaget om å heve den nasjonale terskelverdien fra NOK 200.000 til NOK 500.000 eks. mva. fremmes det forslag om å innføre en protokollplikt for alle anskaffelser over NOK 50.000 eks. mva. Protokollføring av anskaffelser over NOK 50.000 ivaretar først og fremst kravet til etterprøvbarehet som er et grunnleggende krav etter lovens § 5, samt utkast til ny forskrift § 3-1 (5).

Innføringen av en slik protokollplikt medfører at de som er undergitt regelverket, må forholde seg til enda et regelnivå – til sammen fire regelnivåer - avhengig av anskaffelsens anslåtte verdi:

NOK 0 – NOK 50.000	Forskriftens del I
NOK 50.000- NOK 500.000	Protokollplikt for alle anskaffelser samt øvrige regler i forskriftens del I
NOK 500.000 – Terskelverdiene	Forskriftens del I og del II
Over terskelverdiene	Forskriftens del I og del III

KS stiller spørsmålsteget ved hensiktsmessigheten ved å innføre en *rettslig* plikt til slik protokollføring i tillegg til grunnleggende prinsipper som gjelder for alle anskaffelser. Det representerer ingen forenkling av regelverket å innføre nye nivåer med ulike regler. Hertil kommer at alle kommuner og andre offentlige oppdragsgivere i praksis vil sikre dokumentasjon – og dermed etterprøvbareheten - for bruk av et beløp i denne størrelsesorden. Innføring av en rettslig plikt synes på denne bakgrunn overflødig.

Dersom departementet likevel velger å fremme forslag om å innføre en slik plikt, er det viktig at denne kan etterleves på en brukervennlig og kostnadseffektiv måte. Departementet har utarbeidet forslag til skjemaer som kan utfylles for å oppfylle protokollplikten. KS anser dette som en enkel og kostnadseffektiv måte å gjøre dette på.

3.2 Gjennomføring av konkurranse med forhandling – høringsnotatets punkt 6

Forskriftsforslaget åpner for at oppdragsgiver kan bestemme at prosedyren skal gjennomføres i flere faser, og at det er adgang til å redusere antall tilbud som det skal forhandles med på bakgrunn av oppgitte tildelingskriterier.

KS er enig i at det bør gis adgang til ”avskalling” av tilbud, dersom dette varsles i konkurransebetingelsene. I forslaget § 10-8/§ 18-11 (1) og (2) gis forståelige regler om dette, som synes å begrense varslingen til at en slik avskalling kan komme til å skje.

En nærmere angivelse av fremgangsmåten; eksempelvis hvor mange runder osv. oppdragsgiver trenger for en tilfredsstillende prosess med ”avskalling”, er naturlig nok vanskelig å vite før tilbudene er kommet inn.

Ordlyden i bestemmelsenes nr (3) synes imidlertid å oppstille et strengere krav til fremgangsmåten. I henhold til denne bestemmelsen skal oppdragsgiver ha opplyst tilbyderne om ”fremgangsmåten for reduksjon”, for å unngå at alle tilbydere har rett til å inngi nytt tilbud. Dette er etter KS’ oppfatning en uheldig formulering.

Uttrykket ”fremgangsmåten” må forstås som beskrevet i bestemmelsenes nr (1). Innkjøper velger ut tilbudene som skal få en runde med forhandlinger, og adgang til å revidere tilbudet sitt, etter en vurdering av det foreliggende tilbud sett opp mot tildelingskriteriene. For å avhjelpe eventuelle misforståelser foreslås at ordet ”fremgangsmåten” i (2) og (3) i bestemmelsene byttes ut med ”adgangen”.

3.3 *Rammeavtaler – høringsnotatets punkt 15*

3.3.1 Generelt

Dagens regelverk for klassisk sektor inneholder ingen bestemmelser om inngåelse av rammeavtaler. Slike rammeavtaler har likevel vært anvendt, og kommuner og fylkeskommuner har i økende grad sett seg tjent med bruken av rammeavtaler. Dels skyldes dette at det nasjonale regelverket har pålagt konkurranse for løpende avtaler på til sammen over NOK 200.000,- p.a., og dels fordi ulike innkjøpssamarbeid har sett det som en av sine viktigste oppgaver for å kunne foreta kostnadseffektive kjøp. Utviklingen i retning av økt bruk av rammeavtaler vil fortsette, selv om den nasjonale terskelverdi økes. KS stiller seg positiv til at EU-direktivets frivillige bestemmelser om rammeavtaler foreslås implementert.

Regelverket for bruk av rammeavtaler vil ha betydning både over og under EØS-terskelverdi, og også for uprioriterte tjenester. Når man først har valgt å ha nasjonale prosedyreregler, jf punkt 1, er KS enig i at reglene for rammeavtaler implementeres som en mulighet både i forskriftens Del I og Del II. At reglene er like over og under EØS-terskelverdiene er en fordel, så lenge fleksibiliteten er stor nok, jf. de tema som tas opp nedenfor og som ikke synes tilfredsstillende klarlagt.

3.3.2 Rammeavtale med én leverandør - forslaget § 6-2/§ 14-2

Den foreslåtte bestemmelse for rammeavtale med en leverandør (forslaget § 6-2/ § 14-2), vil i praksis tilsvare dagens praksis med ”rammekontrakter” med én leverandør. Bestemmelsen gir imidlertid det viktige signal at det er mulig å detaljspesifisere for både innkjøper og leverandør forut for avropet. For innkjøp der sortimentet til leverandøren skiftes ut jevnlig er dette en kodifisering av dagens praksis. Forholdet mellom kravene til hva en avtale skal inneholde, hva som ligger i adgangen til å konsultere og supplere og grensen mot ”vesentlige endringer” bør omtales nærmere i en veileder. Det bør legges vekt på å belyse at man har et betydelig handlingsrom.

3.3.3 Rammeavtale med flere leverandører – direkte tildeling - forslaget § 6-3(2)/ § 14- 3 (2)

Det er positivt at det åpnes for parallelle rammeavtaler. Dette er praktisk både for enkeltkommuner, men ikke minst for ulike innkjøpssamarbeid.

En av fordelene med parallelle rammekontrakter er at oppdragsgiver kan velge den leverandør som best kan tilfredsstillere oppdragsgivers behov ved det konkrete avrop.

Eksempelvis kan det løpende være behov for en vare, som bestilles etter en pris/kvalitetsvurdering. Tidvis kan det imidlertid være behov for umiddelbar levering som den rimeligste leverandør ikke kan tilfredsstillere. Det synes noe uklart om man ved det konkrete avrop må foreta en ny vurdering av tildelingskriteriene, eller om man står fritt til å velge blant leverandørene ut fra sine konkrete behov. KS mener at oppdragsgiver her bør stå fritt til å velge ut fra det konkrete behov. Dersom oppdragsgiver må vurdere tildelingskriteriene på nytt, vil kravet om forhåndsvektning av disse ødelegge fordelene med parallelle rammeavtaler. Et vesentlig poeng vil ofte kunne være å vekte tildelingskriteriene forskjellig avhengig av konkret behov ved den enkelte konkurranse.

KOFA har gjennom sin praksis knyttet til parallelle rammeavtaler konkludert med at rammeavtaler som ikke inneholder noen fordelingsnøkkel eller mekanisme for tildeling av bestillinger under rammeavtalen, er i strid med de grunnleggende krav til gjennomsiktighet og forutsigbarhet.

Forslaget til nye bestemmelser oppstiller ingen krav til en slik fordelingsnøkkel, og endrer forhåpentligvis denne praksis. KS stiller seg positiv til en slik endring. En annen løsning ville være ødeleggende for regelen, særlig i forhold til innkjøpssamarbeid. Disse tilbyr inngåelse av avtaler, og har ingen styringsrett som tilsier at man kan be en kommune om å velge noe annet enn den leverandøren som slår ut best for vedkommende avrop. Det bør i en veileder presiseres at det ikke er noe krav om fordelingsnøkkel eller lignende ordninger.

3.3.4 Rammeavtale med flere leverandører – minikonkurranse - § 6-3 (3)/ § 14-3 (3)

Det bør videre tydeliggjøres i en veileder at man ikke må velge om man skal foreta direkte tildeling eller minikonkurranse ved inngåelse av en rammeavtale. Det må være lov å foreta denne vurderingen ved det konkrete avrop, slik at samme rammeavtale både kan brukes til direkte tildeling og minikonkurranser. For eksempel kan man ha rammeavtale på timespris for snekkerarbeid ved løpende vedlikeholdsarbeider, mens man kjører en minikonkurranse blant de samme leverandører der man skal ha noe større byggeprosjekter. For anskaffelser av varer kan tilsvarende ordninger være praktisk der oppdragsgiver enkelte ganger skal ha engangslieferanser som overstiger det man anskaffer mer løpende.

Ved fortolkningen av reglene om minikonkurranser er det viktig å ha for øye at reglene bør være både fleksible og klare. Dette for at minikonkurransene skal kunne utføres av den enkelte virksomhet/kommune, i motsetning til selve rammeavtalen hvor prosessen som regel kjøres av profesjonelle innkjøpere.

Dersom reglene forvanskes gjennom fortolkning vil innkjøpsamarbeidet neppe kunne overlate avrop til de enkelte virksomheter, noe som vil fordyre anskaffelsene og undergrave bruken av rammeavtaler. For å fremme bruken av dette systemet bør departementet være i forkant med veiledning og gode eksempler på hvordan rammeavtalen kan regulere en slik minikonkurranse.

KS understreker at kravet om vektning av tildelingskriteriene ved inngåelsen av rammeavtalen kan være ødeleggende for gode konkrete vurderinger av disse på tidspunktet for avrop. Det er svært uheldig at disse to regelendringene kommer samtidig og på mange måte undergraver hverandre.

3.4 *Plikt til å vekte tildelingskriteriene – høringsnotatets punkt 18*

Forslaget til ny forskrift innfører i § 20-2 (2) en plikt til å angi den relative vektningen av tildelingskriteriene over EØS-terskelverdiene. Forslaget er basert på EU-direktivets artikkel 53. Under EØS-terskelverdiene skal slik relativ vektning angis der oppdragsgiver på forhånd har bestemt denne. KS støtter forslaget om at en absolutt plikt til å angi den relative vekt av tildelingskriteriene ikke innføres på nasjonalt nivå.

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

Forslaget til ny forskrift har videre fjernet eksemplifiseringen av tildelingskriteriene som fremgår av gjeldende forskrift, og ønsker å ta dette inn i veiledningsmaterieell til forskriften.

Forslaget til nye bestemmelser om tildelingskriteriene over og under terskelverdiene har imidlertid en noe ulik utforming, og hvor den nasjonale bestemmelse etter ordlyden fremstår som mer restriktiv enn tilsvarende bestemmelse over EØS-terskelverdiene:

§ 20-2 (2) ”Dersom tildelingen skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn oppgis i konkurransebetingelsene”

§ 12-2 (2) ”Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes økonomiske og kvalitative kriterier som har tilknytning til kontraktsjenstanden.”

KS mener at de ovenstående bestemmelsene over og under terskelverdiene bør utformes likt.

3.5 *Kontraktsbetingelser / Tildelingskriterier – sosiale hensyn*

Etter forskriftsforslagets § 3-8 (2) kan oppdragsgiver fastsette særskilte betingelser til kontraktens utførelse, herunder knyttet til sosial forhold og miljøhensyn, såfremt dette er gjort kjent i konkurransebetingelsene. KS forstår forslaget slik at det her er tale om kontraktsbetingelser og ikke tildelingskriterier.

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

I henhold til EU-direktiv (2004/18/EØF) fortale premiss 1 fremgår det blant annet:

”Det foreliggende direktiv er basert på Domstolens rettspraksis, navnlig rettspraksis vedrørende tildelingskriterier, som klarlegger de ordregivende myndigheters muligheter for at opfylle den relevante offentlighets behov, herunder på det miljømæssige og sociale område, forudsat at sådanne kriterier er knyttet til kontraktens genstand, ikke giver den ordregivende myndighet ubegrenset valgfrihet, uttrykkelig er omtalt og oppfyller de grunnleggende prinsipper i betraktning 2.”

Direktivets artikkel 53 om foretar en opplisting av kriterier som det er adgang til å hensynta ved tildeling av kontrakt. Her nevnes eksempelvis ”*miljøegenskaper*”. Denne oppregningen er imidlertid ikke uttømmende. At det er adgang til å oppstille ikke-økonomiske kriterier for tildeling av kontrakter fremgår imidlertid av EF-domstolens avgjørelser i blant annet sak C-513/99 (Concordia) og sak C- 448/01 (Wienstrom).

Adgangen til å ta ikke-økonomiske hensyn i forbindelse med tildelingen av en kontrakt, bidrar til å øke den enkelte oppdragsgivers handlingsrom i forhold til regelverket. KS mener at slike hensyn bør kunne vektlegges også i forbindelse med kontraktstildeling. I den forbindelse er det ønskelig at forslaget foretar en ikke uttømmende oppregning av tillatte tildelingskriterier, hvor også ikke-økonomiske kriterier fremkommer. Det er uansett ønskelig at grensen mellom kontraktsvilkår som omhandlet i forslagets § 3-8 (2) og tildelingskriterier av ikke-økonomisk karakter klargjøres i det veiledningsmateriale som skal utarbeides.

4. Øvrige kommentarer

4.1 Egenregi – heleide selskaper, interkommunalt samarbeid og interkommunale selskaper

En rekke kommuner og fylkeskommuner organiserer sine tjenester i egne rettssubjekter, alene eller i samarbeid med andre. Spørsmålet om når en tjeneste utføres i egenregi, og dermed er unntatt fra regelverket om offentlige anskaffelser, er dermed av vesentlig betydning for kommunene.

KS mener at det bør gjøres et spesifikt unntak i forskriften for eiernes ”anskaffelser” fra heleide selskaper, interkommunale samarbeid etter kommuneloven § 27 og selskaper som direkte eller indirekte fullt ut eid av flere forvaltningsorganer. Det kan enten rent faktisk forutsettes at disse leverer sine tjenester til kommunen eller til innbyggerne på vegne av kommunen, eller det kan settes et slikt vilkår i forskriftsteksten.

Mange oppdragsgivere føler seg usikre på dette, og et unntak nedfelt i forskriften for de klare tilfeller slik man har i flere andre land, vil kunne bidra til at Regjeringens mål om økt satsing på interkommunalt samarbeid oppfylles.”

Med vennlig hilsen

Olav Ulleren

