

Nærings- og fiskeridepartementet  
Postboks 8004 Dep  
0030 OSLO

[postmottak@nfd.dep.no](mailto:postmottak@nfd.dep.no)

Vår ref.: ASB

Oslo, 27. okt. 2014

## **Høring – NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser, Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.**

Det vises til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet av 20.06.2014, og utsendelse av NOU 2014:4 som inneholder forslag til nytt og forenklet norsk anskaffelsesregelverk.

*Arkitektbedriftene i Norge* er ikke høringsinstans iht. høringslisten, men ønsker å inngi høringssvar ettersom våre medlemmer berøres av disse reglene daglig.

*Arkitektbedriftene i Norge* er bransjeorganisasjonen for kontorer med praktiserende arkitekter, landskaps- og interiørarkitekter i Norge. Vår medlemsmasse omfatter ca. 560 bedrifter som totalt har ca. 4500 ansatte, hvilket utgjør ca. 90 % av arkitektbransjen. Arkitektene er en del av bygg- og anleggsnæringen som utgjør en vesentlig andel av leverandørmarkedet til offentlige anskaffelser.

*Arkitektbedriftene i Norge* er i utgangspunktet positive til en forenkling av regelverket, da deler av dette i dag oppleves som tungt, vanskelig og ressurskrevende både for bestillere og leverandører. Vi imøtekommer særlig muligheten for egenerklæring av kvalifikasjonskrav.

*Arkitektbedriftene i Norge* er likevel mot flere av de forslag som fremmes av Forenklingsutvalget fordi de:

- Ikke innebærer reell forenkling
- Svekker forutberegnelighet
- Fører til mindre konkurranse
- Øker transaksjonskostnader og konfliktnivå
- Svekker seriøsitetsarbeidet

På enkelte områder går man i helt motsatt retning av det som foreslås i EU for anskaffelser over EU/EØS-terskelverdiene. Både for leverandører og bestillere blir bildet mer komplisert når man innfører forskjellige regimer over og under EU/EØS-terskelverdi.

Vi savner en vurdering av de markedsmessige konsekvenser av de forslagene som er fremmet.

Forenklingsutvalgets rapport bærer preg av mange dissenser og *Arkitektbedriftene i Norge* støtter i hovedsak mindretallets synspunkter, noe vi vil utdype i det følgende:

### **Formålsbestemmelsen**

- Utvalget ønsker å reddyke formålsbestemmelsen til å være effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse.

Dette innebærer at ideelle mål som tas ut av dagens formålsbestemmelse er:

- «økt verdiskapning i samfunnet»,
- «forretningsmessighet og likebehandling»,
- «at det offentlige opptrer med stor integritet» og
- «at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».

Regelverket om offentlige anskaffelse skal ikke bare ivareta det offentliges interesser. Etter vår mening er det sentralt at allmennheten har tillit til at anskaffelser foregår på en ryddig og samfunnstjenlig måte og dette bør derfor ikke tas ut av formålsbestemmelsen. Det stilles også spørsmål til om konkurranse kan sies å være et mål eller et middel, men vi er enige i at konkurranse skal være et av de bærende hensyn bak regelverket.

### **Ikke-anskaffelsesfaglige hensyn**

- Alle ikke-anskaffelsesfaglige hensyn foreslås tatt ut av regelverket.

Hvilke hensyn regelverket skal ivareta må ses i en større samfunnsmessig sammenheng og er etter vår mening en politisk beslutning. Forenklingsutvalget har her etter vår vurdering gått utover sitt mandat ved å foreslå at disse hensynene tas ut av regelverket.

Selv om brudd på disse hensynene ikke vil kunne håndheves er de likevel viktige påminnelser til bestiller om å ivareta hensyn som samfunnet anses tjent med. *Arkitektbedriftene i Norge* mener det er uforståelig at disse foreslås tatt, sett i lys av den manglende bestillerkompetanse vi opplever spesielt i mange kommuner.

Her er man også kollisjonskurs med det nye EU-direktivet som går i totalt motsatt retning. Over terskelverdiene styrkes hensynene som skal ivareta samfunnsansvar og man får regler som skal sikre overholdelse av miljøkrav, sosiale krav og arbeidsrettigheter. Det innføres en ny prosedyre som skal oppfordre til innovasjon og det blir tydeligere hvordan man kan trekke inn livssyklus-kostnader ved tildeling.

At livssyklus-kostnader tas inn som en del av tildelingsvurderingen er etter vår mening et helt nødvendig virkemiddel for å bruke samfunnets ressurser mest effektivt.

### **Grunnleggende prinsipper**

- Forenklingsutvalget ønsker å rendyrke de grunnleggende prinsippene og mener at forutberegnelighet og etterprøvnbarhet dekkes av de andre prinsippene. Forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er derfor foreslått tatt ut av regelverket.

*Arkitektbedriftene i Norge* støtter her mindretallet som ønsker at disse hensynene skal beholdes. Leverandørsfæren bruker store ressurser på å utarbeide tilbud og delta i konkurranser. Forutberegnelighet og etterprøvnbarhet er ofte avgjørende for om leverandører overhodet er interessert i å gi tilbud. Dette er også sentrale begreper som er godt innarbeidet i praksis fra KOFA og domstolene.

Forutberegnelighet skal etter utvalgets forslag innfortolkes i begrepet gjennomsiktighet. Vi er ikke enig i at det er dekkende og mener gjennomsiktighet ligger nærmere åpenhet enn forutsigbarhet.

Vi mener det er betenkelig og svært uheldig dersom dette begrepet tas ut og merker oss at ikke bare er begrepet foreslått fjernet, men at forutberegneligheten også svekkes vesentlig gjennom mange av de endringene som utvalget foreslår.

Når det gjelder begrepet etterprøvnbarhet er det også et sentralt og innarbeidet prinsipp som har fått økt praktisk betydning etter at kravet til begrunnelse for valg av leverandør ble svakere ved innføringen av Håndhevelsesdirektivet.

En ideell konkurranse er etter vårt syn en konkurranse som i det minste ivaretar leverandørenes behov for forutberegnelighet og at ressursbruk både for bestiller og leverandør står i sammenheng med hva som skal anskaffes. I det videre har vi derfor drøftet forslag som etter vår mening bidrar til svekket forutberegnelighet og økt ressursbruk.

### **Kontraktsvilkår og kontraktsstandarder**

- Oppfordringen til bruk av balanserte og fremforhandlede kontraktsstandarder foreslås tatt ut av regelverket.

Innenfor bygg- og anleggsnæringen har man lang og god tradisjon for å fremforhandle omforente og balanserte kontrakter. Næringen er bredt representert i forhandlingene, bestillersiden ikke minst. Det nedlegges mye arbeid i disse standardene og ved komplekse prosjekter har de særlig verdi da dette gir balanse og skaper forenkling. Å ta oppfordring om bruk av dette ut av regelverket er kontraproduktivt for næringen og Standard Norge.

Selv om det ikke er knyttet noen rettsvirkning til at oppfordringen ikke følges opp, mener *Arkitektbedriftene i Norge* at det har en stor verdi i seg selv å fastholde oppfordringen om bruk av balanserte kontrakter, og mener at den må beholdes i regelverket.

Vi finner å måtte påpeke at levering av «ferdige» produkter, f. eks. en kopimaskin, er vesentlig enklere å kontraktsfeste enn en leveranse av planlegging og oppfølging av et

skolebygg, en prosess som vil måtte strekke seg over lang tid og oftest med nye aktører og betydelige endringer underveis. For tilbydere av tjenester er balanserte kontrakter svært viktige fordi de ivaretar begge parters plikter og ansvar på en rettferdig måte, og har omforente prosedyrer knyttet til håndtering av endringer som en alltid må regne med at finner sted. For tilbydere som allerede i tilbudsfasen må gjøre krevende vurderinger, vil ulike, ikke-balanserte kontrakter innebære merarbeid og økt usikkerhet. For mindre, ikke-profesjonelle kjøpere er byggenæringens etablerte standarder til stor hjelp.

Anskaffelsesreglene griper inn i kontraktsretten ved at de kontraktene som skapes i anskaffelsesprosessen bestemmer det fremtidige handlingsrommet og hvilke muligheter man har for god kontraktsoppfølging. Det er vesentlig for en god anskaffelse at man forstår kontraktene som anvendes på området. Vi ser stadig at bestillere skyver risiko de selv burde bære over på leverandørene og at de betinger seg rettigheter de egentlig ikke har bruk for, noe som er fordyrende.

Bruk av balanserte kontraktsbestemmelser som gir en fornuftig, forutsigbar fordeling av risiko og rettigheter gir bedre konkurranse og større trygghet for at kontrakten senere etterleveres etter sin intensjon. Man reduserer også risikoen for feilprising og kostbare konflikter i etterkant. Bruk av kontraktsstandarder ER forenkling.

#### **Ny prosedyre – tilbudskonkurranse**

- Fjerner anbudskonkurransen

Under EU/EØS-terskelverdiene blir det ikke lenger mulig å velge tradisjonell anbudskonkurranse.

Over EU/EØS-terskelverdiene vil anbudskonkurranse fremdeles være hovedregelen selv om det blir noe større rom for å bruke konkurranse med forhandling.

*Arkitektbedriftene i Norge* er bekymret over at det nå blir totalt forskjellige regler over og under EU/EØS-terskelverdi. Fjerning av gamle begreper, og innføring av nye, vil være svært uheldig for både leverandør- og bestillersiden.

Under EU/EØS-terskelverdiene er det i dag valgfritt hvorvidt man ønsker å bruke anbudskonkurranse eller forhandlet prosedyre. Dette i motsetning til over EU/EØS-terskelverdiene hvor anbudskonkurranse er hovedregelen og det oppstilles relativt snevre unntak for når man kan benytte konkurranse med forhandling. Selv med denne valgfriheten ser vi at svært mange av de nasjonale anskaffelsene gjennomføres som anbudskonkurranse, faktisk i like stor grad som over EU/EØS-terskelverdiene når anskaffelsens verdi er over NOK 500.000. I mange tilfeller anses anbudskonkurransen som den mest ressurseffektive måten å få inn tilbud på.

- Fjerner forhandlet prosedyre

Dagens forhandlede prosedyre forsvinner også ved innføring av tilbudskonkurranse. Selv om det legges opp til forhandlinger både ved gammel og foreslått, ny prosedyre skiller de seg fundamentalt fra hverandre ved at den nye prosedyren ikke lenger pålegger bestiller forhandlingsplikt, men i stedet en forhandlingsrett.

- Ny prosedyre; tilbudskonkurranse med rett til å forhandle. Bestiller vil stå fritt til å velge om han skal forhandle eller ikke, og avgjørelsen kan tas først etter at tilbudene er kjent for bestiller. Bestiller behøver derfor ikke å signalisere i konkurransegrunlaget hvorvidt han vil forhandle eller ikke.

Dette innebærer en vesentlig svekkelse av leverandørens forutsigbarhet og er etter vår mening uholdbart. Det er avgjørende for deltakelse i konkurranser å vite hvor mye ressurser som må avsettes; både hva slags ressurser, og tidspunkt for innsats. Vi kan heller ikke se at bestiller kan være tjent med at det nesten uansett vil kunne hvile en mistenksomhet rundt om han har gjennomført anskaffelsen på en riktig og ryddig måte. Den nye tilbudskonkurransen vil etter vår mening ikke bidra til å redusere antallet konflikter, heller det motsatte.

Optimal samfunnsøkonomi omfatter ikke kun bestillers økonomi. Merarbeid, kostnader og økt prosessuell usikkerhet føres nå i økt grad over på leverandørene, som bruker store ressurser på å gi tilbud til det offentlige.

*Arkitektbedriftene i Norge* er av den oppfatning at de tradisjonelle konkurranseformene bør bestå, og kan ikke gi sin tilslutning til at den nye tilbudskonkurransen innføres slik det er foreslått. Selv om bestiller kan få klarlagt flere elementer gjennom forhandlinger, må bestiller ha god kunnskap om tjenesten han skal anskaffe for at det ikke skal bli en ren prisforhandling. Majoriteten av bestillere er nok ikke rustet for slike forhandlinger. Vi er redd at dette kan bli enkle og uniformerte forhandlinger med ensidig fokus på pris. Vi anser heller ikke den nye tilbudsprosedyren som ressurseffektiv verken for bestiller eller leverandør.

Vi er klar over at dagens anbudskonkurranse har noen utfordringer, f.eks. knyttet til avvisningsreglene. Vi mener at en tilsvarende bestemmelse som det foreslås i art. 56 nr. 3 i det nye EU-direktivet om ettersending og supplering av dokumenter vil kunne løse dette langt på vei.

En annen side av anbudskonkurransene er knyttet til den etter hvert strenge praktiseringen av forhandlingsforbudet. Vi har tro på en moderat oppmykning av dette forhandlingsforbudet slik at det kan være mulig å avklare noe mer der tilbudene synes å inneholde feil, uklarheter eller forbehold. Det kan tenkes innført en adgang for bestiller til å rette en nøytral forespørsel til leverandøren. I så fall må tilbudsprisen være ukjent og det må ikke gå over i rene forhandlinger.

Vi ser at flere av de andre endringene som foreslås i NOU'en er betinget av at den nye tilbudskonkurransen blir innført og departementet må ta hensyn til dette ved å tilpasse disse bestemmelsene ved videreføring av dagens prosedyrer.

### **Tildelingskriterier**

- Ikke plikt til å velge nærmere tildelingsmodell og heller ikke plikt til å oppgi tildelingskriterienes vekt.

Også dette forslaget innebærer en vesentlig svekkelse av leverandørens forutsigbarhet. Å ikke vite om det er lavest pris, lavest kostnad eller beste forhold mellom pris og kvalitet som er avgjørende for tildeling, vil gjøre det vanskelig for leverandørene å tilpasse tilbudene best mulig til bestillers behov og kan føre til at tilbudene blir vanskelige å sammenlikne.

Forslaget kan også leses som at det heller ikke for bestiller er en plikt til å oppgi tildelingskriteriene som skal brukes, da formuleringen fra dagens forskrift § 13-2 (2) om at «Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget» har falt ut i det nye forslaget til bestemmelse, § 5-10. Denne formuleringen må tas inn igjen.

Den nye bestemmelsen har heller ikke med seg dagens formulering om at tildelingskriterienes vekt evt. prioritering skal angis. Når tildelingskriterier og vekt er kunngjort får leverandøren betydelig bedre grunnlag for å gi "riktig" tilbud, samt større forutsigbarhet for eget arbeid knyttet til prosessen. For oppdragsgiver vil arbeidet med å sammenlikne tilbudene bli svært krevende og vi kan dermed ikke se at dette forslaget bidrar til noen forenkling.

Forslaget innebærer en ikke uvesentlig fare for at bestiller kan gjøre dårligere forarbeid som vil føre til mindre vellykkede konkurranser og et dårligere sluttprodukt. Regelverket bør ikke bidra til at bestillerkompetanse blir dårligere.

Forslaget har også som konsekvens at det for leverandørene vil være nærmest umulig å etterprøve at anskaffelsen har foregått på en riktig måte.

*Arkitektbedriftene i Norge* mener at oppdragsgivers plikt til å oppgi tildelingskriterier samt vekt eller prioritering må videreføres.

### **Endring av konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriene**

- Forenklingutvalget foreslår at bestiller til enhver tid skal kunne gjøre endringer i konkurransegrunnlaget så fremt endringen ikke er vesentlig. I praksis betyr dette både før og etter at tilbudsfristen er utløpt. For tildelingskriterier innføres den samme regelen, men her vil man ikke kunne gjøre endringene etter utløpet av tilbudsfristen.

Igjen er dette en regelendring som får store konsekvenser for tjenesteleverandører. Sondringen mellom "vesentlige" og "uvesentlige" endringer vil være vanskelig i forbindelse med kompliserte/komplekse tjenester. Utarbeidelse av tjenestetilbudet vil kunne bli uryddig, sprangvis og kostbart for tilbyder. Endring av tildelingskriterier kort tid før tilbudsfristens utløp vil kunne skape stor uro, og i verste fall gjøre et nærmest ferdig utarbeidet tilbud uaktuelt. De foreslåtte endringene er ensidig og nærsynt opptatt av bestillers forhold. For leverandørsiden vil de medføre økt uforutsigbarhet, fare for dårligere kvalitet i sluttproduktet og økte kostnader.

Det er tatt til orde for at vurderingen av hva som er «vesentlig» ikke nødvendigvis behøver å være den samme vurderingen over og under EU/EØS-terskelverdiene. Etter vår mening er det svært uheldig å innføre ulike regler. Over terskelverdiene har man også i det nye EU-direktivet forsøkt å klarlegge mer hva som ligger i en vesentlig endring og vi ønsker også at dette skal være gjeldende for nasjonale anskaffelser.

### **Rammeavtaler**

- Det foreslås å ikke lenger detaljregulere prosedyrer for avrop.

Med begrunnelsen at reglene under EU/EØS-terskelverdiene skal være mer fleksible enn over foreslås det å ikke detaljregulere hvordan det skal gjøres avrop på rammeavtaler. Dette er igjen et forslag som svekker leverandørenes forutberegnelighet. *Arkitektbedriftene i Norge* er bekymret for at dette kan føre til at det reelt sett blir forhandling om pris i to omganger. Vi ønsker derfor å videreføre dagens regler.

### **Protokollplikten oppheves**

- Bestillers plikt til å føre protokoll oppheves og erstattes med et generelt krav om skriftlighet.

Selv om det innføres et krav om skriftlighet tror vi ikke det vil bidra til noen forenkling og det vil ikke ivareta fullt ut at protokollplikten bortfaller. Det er mer rasjonelt at det som har betydning for anskaffelsen blir nedtegnet i en protokoll enn at det må skaffes frem fra forskjellige steder i etterkant. Det vil også kunne oppstå problemer når det begjæres innsyn etter offentlighetsloven at dokumenter o.l. der de relevante opplysninger fremgår også kan inneholde andre opplysninger som må sladdes. Dette er etter vår mening det motsatte av forenkling. *Arkitektbedriftene i Norge* ønsker derfor å opprettholde plikten til å føre protokoll.

### **Minimumsregelverk**

- Utvalget har utredet et alternativt forslag til regler som baserer seg på grunnleggende prinsipper, skriftlighetskrav og kunngjøringsplikt.

*Arkitektbedriftene i Norge* støtter ikke forslaget om at regelverket under EU/EØS-terskelverdi kan baseres på et minimumsregelverk. Vi tror at dette kun vil føre til økt usikkerhet, uforutsigbarhet og etterfølgende konflikter. Vi viser i den forbindelse til utvalgets

omtale av mulige ulemper med et slikt regelverk på s. 264; usikkerhet, fare for overregulering og nedfallsproblematikk. Utvalget påpeker også på s. 266 at norske oppdragsgivere nok generelt ikke er kompetanse- og ressursmessig beredt til å håndtere et slikt minimumsregelverk. Selv om utvalgte og «godkjente» bestillere kan klare å etterleve dette under veiledning og kontroll er det svært mange små bestillere uten en «profesjonell organisering internt» som står for innkjøpene under EØS/EU-terskelverdi. Videre er det også slik at jo mer som blir overlatt til bestillers skjønn, jo vanskeligere er det for leverandøren å få beslutningen etterprøvd.

De foreslåtte forenklingene skal gi bestiller økt fleksibilitet og lettere arbeidsbyrde. Kostnaden bærer leverandørsiden gjennom mindre forutsigbarhet og redusert mulighet for å etterprøve at anskaffelsesprosessen har gått riktig for seg. Vi frykter her at også dette bidrar til mindre interesse for det offentlige marked og anser det ikke som samfunnstjenlig.

Med vennlig hilsen



Egil Skavang  
adm.dir



Anette Sjøby Bakker  
jur.rådg.