

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet  
Postboks 8004 Dep  
0030 OSLO

(Referanse må oppgis)  
Vår referanse: 11/00727-1  
Arkivkode:  
Saksbehandler: Nina Ramstad Aatlo  
Deres referanse:  
Dato: 4.4.2011

## Åpen høring om anskaffelsesregelverket i EU/EØS - innspill fra KS

### 1. Innledning

Vi viser til EUs åpne høring om regelverket for offentlige anskaffelser og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets oppfordring til å komme med innspill innen 4. april.

KS ønsker med dette å gi innspill til høringen.

KS behandlet i januar overordnede spørsmål knyttet til anskaffelsesområdet i hovedstyret. Saken er ikke direkte knyttet til denne høringen, men vedlegges likevel til orientering.

I forbindelse med oppfølgingen av hovedstyresaken og arbeidet med grønnboken har KS gjennomført en spørreundersøkelse blant innkjøpere i kommunene. I tillegg er anskaffelser og anskaffelsesregelverket satt på dagsorden i KS' fylkesstyrrer. En kort oppsummering av spørreundersøkelsen og tilbakemeldingene etter behandlingen i fylkesstyrene gis i punkt 4 i dette brevet.

KS understreker innledningsvis viktigheten av både å vurdere EØS-reglene og de særlige norske reglene. Selv om høringen kun gjelder EØS-reglene, ønsker vi i forlengelsen av denne høringen også en diskusjon om hvilke regler som skal gjelder der EØS-reglene ikke gjelder.

### 2. Overordnede kommentarer

KS ønsker det arbeidet Kommisjonen nå gjør for å vurdere betydningen og hensiktsmessigheten av regelverket for offentlige anskaffelser velkommen.

KS ønsker et regelverk for offentlige anskaffelser som sikrer gode innkjøp og riktig bruk av offentlige ressurser. Regelverket må ivareta tilbyderne, herunder ivareta kravet til likbehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet, men denne ivaretagelsen må ikke gå for langt, slik at det går på bekostning av det offentliges mulighet til å kunne foreta de gode innkjøp på en ressurseffektiv måte.

Dagens regelverk er blitt et regelverk for jurister, der regeloverholdelse er blitt et mål i seg selv, uten at det stilles spørsmål ved de økonomiske konsekvensene av de ulike reglene. KS ønsker at man ved regelrevisjonen skal ta utgangspunkt i regelverkets formål og deretter

vurdere hvilke regler som på en hensiktsmessig måte ivaretar formålet. Vi viser her også til flertallets uttalelser om regelverkets formål i NOU 2010:2, punkt 5.

Det er et behov for en regelforenkling som sikrer at innkjøperne kan gjøre et godt profesjonelt arbeid, samtidig som mindre feil fra oppdragsgiver eller tilbyder ikke skal medføre uforholdsmessige konsekvenser. Regelverket må bygges opp for å ivareta behovet for det gode innkjøp. Herunder ønsker KS å gi oppdragsgiverne større mulighet til å velge hensiktsmessige anskaffelsesprosedyrer og til å foreta mindre rettelsler både av konkurransegrunnlaget og av tilbudene. Regelverket må også baseres på en tillit til innkjøper, dog slik at innkjøpene fortsatt må skje basert på likebehandling, forutsigbarhet og gjennomsiktighet.

I tillegg til en regelrevisjon er det behov for at oppmerksomheten utvides fra regler til prosess. Den store oppmerksomhet som har vært rettet mot anskaffelsesregelverket har vært viktig for å få opp bevisstheten om dette viktige fagfeltet. Samtidig har oppmerksomheten ensidig vært rettet mot overholdelse av lov og forskrift. Fokuset på selve regelverket har i mindre grad fått frem at anskaffelser er en prosess, der aktivitetene i alle fasene er avgjørende for det resultatet som til slutt oppnås. Særlig ser vi at det er for lite oppmerksomhet rundt den forberedende fasen med behovsverifisering og markedsundersøkelser. Vi viser her til at oppdragsgivers mulighet til innovasjon og til å påvirke innkjøpet og tilpasse innkjøpet til fremtidens behov ligger i et godt arbeide i den forberedende fasen. Det arbeides også for lite med oppfølging av de enkelte kontraktene etter at disse er inngått.

I forbindelse med arbeidet med revisjon av regelverket vil KS fremheve betydningen av at revisjonen må gi et regelverk som støtter opp om innkjøpernes arbeid i hele anskaffelsesprosessen. I dette ligger at regelverket må åpne for valg av ulike løsninger avhengig av hvilket behov oppdragsgiver skal dekke, herunder må det legges til rette for at oppdragsgiver kan gjennomføre anskaffelser der det søkes etter innovative løsninger på en enklere måte enn med dagens regelverk.

Nedenfor kommenterer vi enkelte av de spørsmål som er stilt i grønnboken. Unnlattelse av å kommentere enkelte spørsmål, betyr ikke at vi ikke anser disse spørsmålene viktige, men snarere at de spørsmålene som er konkret kommentert anses viktigere.

### **3. Kommentarer til de enkelte spørsmål**

#### **3.1 Regelverkets anvendelse, inndeling og terskelverdier**

*Spørsmål 1* gjelder anvendelsen av regelverket.

KS mener at anskaffelsesregelverket må begrenses til rene innkjøpsaktiviteter. Vi viser her også til kommentaren til spørsmål 30 – 33.

*Spørsmål 3 – 5* gjelder regelverkets oppbygging og hvilke tjenester som omfattes. KS ønsker å opprettholde skillet mellom A- og B-tjenester, samtidig som vi ønsker en gjennomgang for å se om det er tjenester som bør overføres fra A- til B-listen. Gjennomgangen bør ta utgangspunkt i hvilke tjenester som faktisk tilbys over landegrensene og hvilke tjenester der grensekryssende tilbud er lite aktuelle.

Det er også viktig å opprettholde skillet mellom A- og B-tjenester, fordi det er særlige behov for å se på hvordan anskaffelser av enkelte av de nåværende B-tjenestene skal skje. Dette

gjelder særlig helse- og sosialtjenester. I denne forbindelse gjør vi også oppmerksom på at KS har startet et FoU-prosjekt som skal se på rammene for anskaffelser av ”myke”-tjenester til enkeltbrukere. Departementet vil senere få en særskilt orientering om dette prosjektet.

KS ønsker å vurdere en heving av EØS-terskelverdiene, slik at handlingsrommet for de nasjonale reglene blir større. De nasjonale terskelverdiene kan på denne måten beholdes, forutsatt at det tas en grundig gjennomgang for å sikre et hensiktsmessig regelverk for de nasjonale anskaffelsene. En slik heving av EØS-terskelverdiene sammenholdt med endringer i nasjonale regler vil kunne sikre at regelverket blir tilpasset anskaffelsenens størrelse og dermed formålet med regelverket.

### **3.2 Bedre verktøy for oppdragsgivere**

I *spørsmål 14* stilles det spørsmål om detaljnivået i regelverket er hensiktsmessig.

I *spørsmålene 15 – 18* stilles det så spørsmål om prosedyrene i gjeldende regelverk gir oppdragsgivere tilstrekkelig handlingsrom til å gjennomføre gode innkjøp.

I tillegg til de overordnede kommentarene ønsker KS her å fremheve følgende:

Kommune-Norge består av innkjøpsenheter med svært ulik størrelse. I noen enheter er kompetansen meget høy, mens det andre steder klart er behov for kompetanseheving. Norske kommuner skiller seg i så måte verken fra situasjonen i statlige enheter eller fra situasjonen i Europa.

Erfaringer viser at tross høy kompetanse i innkjøperenheten, må det brukes betydelige ressurser på advokatbistand. Dette skyldes detaljnivået i regelverket sammenholdt med EU-domstolens og KOFAs fortolkning av dette. De kravene som er stilt i fortolkningen av regelverket innebærer at handlingsrommet oppdragsgiver må forholde seg innenfor blir stadig smalere og risikoen for feiltolkning av regelverket øker.

I tillegg etterlater særlig EU-dommene usikkerhet knyttet til tolkingen av regelverket.

De mange kravene har på denne måten medført at avtaleinngåelser har blitt alt annet enn kostnadseffektivt, men er blitt mer leverandørbeskyttende og tilpasset for jurister av jurister. I dag er terskelen for å gjøre feil, som derigjennom medfører avlysning og nykunjingering alt for lav. Utarbeidelse av konkurransedokumenter har nå blitt mer en konkurranse i rettskrivning, da en liten feil kan få uante konsekvenser. Videre erfarer det at terskelen for å klage er lav, noe som igjen medfører mange klager. Regelverket har gjennom dette medført mer byråkrati istedenfor effektiv ressursbruk.

De ovennevnte forhold har, etter KS oppfatning, medført at respekten og forståelsen for regelverket undergraves. Dette er uheldig når det klare målet er riktig bruk av offentlige ressurser sammenholdt med profesjonell behandling av leverandørmarkedet.

I behovet for forenkling ligger et ønske om at mindre feil må kunne rettes opp uten at dette medfører at hele konkurransen må starte om igjen og uten at leverandører har krav på erstatning. Dette gjelder både mindre feil gjort av oppdragsgiver og mindre feil gjort av leverandørene.

*Spørsmål 19 – 21* gjelder muligheten til å bruke forhandlet konkurranse. Her mener KS at det er ønskelig å åpne likestilling av konkurranseformer, slik at konkurranse med forhandlinger

kan brukes når oppdragsgiver mener det er hensiktsmessig. Det må også gis anledning til å gjennomføre forhandlede konkurranser i ett trinn der oppdragsgiver anser dette hensiktsmessig.

*Spørsmål 23 – 25* retter seg mot kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to uavhengige faser i en anskaffelse. Formålet med kvalifikasjonsvurderingen er å avgjøre om leverandørens kvalifikasjoner er tilstrekkelig til å oppfylle kontraktsoppfyllelsen, mens ved tildelingsvurderingen skal man avgjøre hvilken tilbyder som har det beste tilbudet ut fra et sett av kriterier.

Kriteriene som brukes i kvalifikasjonsvurderingen kan ikke brukes ved tildelingsvurderingen. I praksis er det vanskelig å forstå logikken i hvorfor man ikke kan vektlegge forhold ved leverandøren når man skal vurdere hvilket tilbud som er best. I det praktiske liv vil forhold ved en leverandør kunne ha betydning for gjennomføringen av kontrakten, og det er kan dermed også være et viktig kriterium ved tildelingsvurderingen. KS mener at det er lite brukervennlig og lite hensiktsmessig å ha et absolutt skille mellom kriterier som kan brukes i kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen.

I Grønnboken understrekes det at skillet mellom kvalifikasjons- og tildelingsvurderingen garanterer rettferdighet og objektiv vurdering av alle leverandører. Det blir videre hevdet at det å dra inn erfaring med leverandører som et tildelingskriterium kan medføre en forfordeling av leverandører, og følgelig brudd på prinsippet om likebehandling. KS mener at det er viktig at prinsippet om likebehandling av leverandører blir ivaretatt. Men samtidig mener KS at det er helt relevant og viktig å kunne vektlegge erfaringer med en leverandør ved vurderingen av tildelingen. I meddelelsen for tildeling av kontrakt vil det komme klart frem hva som er selve begrunnelsen for tildelingen, herunder ev. erfaring med leverandøren.

Forutsatt at det fortsatt skal skilles klart mellom kvalifikasjons- og tildelingskriterier mener KS at det vil være fornuftig om man kan ha en mer fleksibel mulighet til å undersøke om kvalifikasjons- og tildelingskriteriene er oppfylt, slik at man for eksempel kun kan undersøke om kvalifikasjonskriteriene er oppfylt for den som har det beste tilbudet.

Når det gjelder *spørsmål 25*, mener KS det må være mulig å vektlegge egne erfaringer med leverandører, forutsatt at de erfaringer som vektlegges er etterprøvbare.

### **3.3 Særlige regler for små oppdragsgivere**

I *spørsmål 27 – 28* omtales spørsmål om særlige regler for små oppdragsgivere.

KS vurderer det slik at det ikke bør innføres regelverk basert på virksomhetens størrelse.

Utgangspunktet må være at offentlige oppdragsgivere må gjennomføre sine anskaffelser på en profesjonell måte, uavhengig av hvor store de er. Utfordringen knyttet til dagens regelverk knytter seg til utformingen av selve regelverket, og disse utfordringene er for det alt vesentlige de samme både for store og små oppdragsgivere.

En differensiering av regelverket basert på størrelsen på oppdragsgivers enhet, vil videre føre til utfordringer knyttet til å sette en grense for hva som er en stor/liten oppdragsgiver. Her kan man naturligvis se på budsjettstørrelse, antall ansatte, antall kunngjøringer, oppgavene som

skal løses eller andre metoder for inndeling, men det vil alltid være usikkerhet i forhold til hvilken kategori man faller inn under.

En slik differensiering vil også kunne føre til uheldig forvirring i leverandørmarkedet. Det vil ikke være i tråd med målet om likebehandling og god ressursutnyttelse.

Det må etter KS' vurdering være viktigere å se nærmere på hvilke regler som skal gjelde for anskaffelser av ulik størrelse. Mange små oppdragsgivere vil oppleve at de fleste anskaffelser uansett ligger under EØS-terskelverdi. Det viktige er derfor større fleksibilitet og mindre rigide regler for anskaffelser som kun reguleres av nasjonale regler. I så måte er heving av EØS-terskelverdiene viktigere for å sikre større nasjonale handlingsmuligheter. Herunder mener KS at kravene til gjennomføringsprosedyre må øke med kontraktens verdi.

### **3.4 Samarbeid mellom offentlige organisasjoner**

*Spørsmål 30 – 33* gjelder anskaffelsesregelverkets betydning for samarbeid mellom offentlige organisasjoner.

Ulike typer interkommunalt samarbeid og samarbeid mellom statlige og kommunale etater er viktig for å kunne drifte offentlige tjenester så hensiktsmessige som mulig til innbyggernes beste.

Regelverket for offentlige anskaffelser griper inn i mulighetene til å etablere slike samarbeid. Dette er uheldig både fordi en slik inngripen i seg selv fører til lite fleksible løsninger for nødvendig og hensiktsmessig samarbeid mellom offentlige etater og fordi de mulighetene som er skissert for slikt samarbeid gjennom praksis i EU-domstolen er uklare.

KS ønsker derfor at regelverket for offentlige anskaffelser ikke skal gis anvendelse på samarbeid mellom offentlige etater. Dette gjelder både formaliserte samarbeid der det etableres egne rettssubjekter, formaliserte samarbeid basert på avtaler om utførelse av oppgaver (vertskommuneordninger) og mer enkeltstående tjenestekjøp mellom kommuner/fylkeskommuner eller mellom kommuner og statlig myndighet.

KS mener det også er grunn til å se på mulighetene til å utvide eksisterende kontrakter i forbindelse med etableringen av interkommunale samarbeid og eller kommunesammenslåing. Særlig gjelder dette på IKT-området. Dagens regler er til hindre for etablering av interkommunale samarbeid, der kommunene har ulike datasystemer og et samarbeid krever at det inngås avtale med samme systemleverandør. I mange slike tilfeller har en av kommunene for kort tid siden inngått systemavtale som man ikke ønsker eller kan komme ut av. Regelverket åpner da i liten grad for at den samarbeidende kommunen kan kjøpe tilsvarende system uten at konkurranse utlyses.

### **3.5 Håndtering av problemer i forhold til kontraktens utførelse**

I Grønnboken *spørsmål 39 – 43* reises det spørsmål om regelverket for offentlige anskaffelser skal regulere hva som skal skje med en kontrakt, dersom det inntreffer vesenlige endringer i en kontrakts innhold i kontraktstiden, og om det som følge av det også må gjennomføres en ny anskaffelse.

Hva partene kan gjøre, dersom det inntreffer endringer i en kontrakts innhold i løpet av kontraktstiden, bør kun reguleres av kontrakten og nasjonal kontraktsrett. Det at regelverket for offentlige anskaffelser skal medføre at en kommune ved vesentlige endringer i en kontrakts innhold må avslutte en kontrakt med en leverandør, for så å starte en ny anskaffelsesprosess, er svært arbeidskrevende og lite effektivt. Kontrakten mellom partene vil stort sett være tidsbegrenset, og det vil dermed være mest effektivt for partene at de kan fortsette kontrakten med et endret innhold ut kontraktstiden, forutsatt at kontrakten åpner for dette.

I Grønnboken stilles det også spørsmål om offentlige myndigheter må ha regler om hvordan man skal håndtere en kontrakt, dersom det inntreffer endringer på leverandørsiden mens kontrakten løper. I Grønnboken nevnes tiltak som at den offentlige myndigheten kan oppheve kontrakten, eller gjennom en forenklet innkjøpsprosedyre kan skifte leverandør.

Dersom det skjer endringer på leverandørsiden i løpet av kontraktstiden, bør partenes handlingsalternativer være regulert av selve kontrakten. Et leverandørbytte vil innebære at en leverandør, som ikke var vurdert i anskaffelsesprosessen, vil kunne tre inn i en kontrakt med en offentlig oppdragsgiver. Dette vil etter dagens regelverk ikke være lovlig.

KS mener primært at et leverandørskifte ikke skal anses som en vesentlig endring som medfører en plikt til å foreta en ny anskaffelse i henhold til anskaffelsesregelverket. Subsidiært mener KS at det må åpnes for unntak i regelverket som medfører en forenklet prosedyre, der en kun undersøker om den nye leverandøren er kvalifisert på lik linje som de andre leverandørene som leverte inn tilbud opprinnelig.

Vi viser her også til det som er skrevet i punkt 3.4 foran om behov for å kunne utvide kontrakter i forbindelse med etablering av interkommunale samarbeid eller kommunesammenslåing.

KS mener videre at det i EUs regelverk ikke bør stilles krav om nasjonale regler som åpner for at kontrakter som er inngått i strid med anskaffelsesregelverket skal kunne kjennes uten virkning.

### **3.6 Bedre adgang for SMV'er og nystartede virksomheter**

*Spørsmål 46 – 52* gjelder varetakelse av små og mellomstore virksomheter.

KS er opptatt av at anskaffelsesregelverket skal legge til rette til at små og mellomstore virksomheter kan delta i konkurranse om oppdrag fra det offentlige. Dagens detaljerte regelverk medfører i mange tilfeller at små leverandører ikke ser seg i stand til å delta i konkurranser eller at tilbud avvises på grunn av mindre feil/mangler. Også av hensyn til disse bedriftene er en forenkling av regelverket derfor viktig.

### **3.7 Anskaffelser i tilfelle av manglende konkurranse/eksklusive rettigheter**

*Spørsmål 60 – 61* gjelder tildeling av eksklusive rettigheter.

Det er avgjørende at kommuner og fylkeskommuner har tilstrekkelig fleksibilitet mht. valg av modell for organisering av tjenester. Bare slik kan man finne den mest mulig hensiktsmessig løsningen som passer den realitet den enkelte lokale myndighet operer i. Særlig viktig er dette

i et langstrakt og gravgrendt land som Norge. Muligheten til å tildele eksklusive rettigheter er én slik modell. I Norge har den vist seg avgjørende for å gjennomføre nødvendige investeringer i avfallsbehandlingsanlegg i visse deler av landet. Etablering av biogassanlegg basert på matavfall og kloakkslam, eller forbrenningsanlegg har på sin side vært en forutsetning for å kunne nå målsetningene i miljø- og energipolitikken (forbud mot deponi, material- og varmegjenvinning, oppbygging av fjernvarmekapasitet, redusere transport over lange avstander), samt å oppfylle beredskapshensyn.

På bakgrunn av disse realitetene, har KS følgende innspill til de konkrete spørsmålene rundt eksklusive rettigheter.

KS er enig i at dersom en tjeneste skal gjennomføres som en OPS-modell, gjennom tjenstekonsesjon til private aktører som skal ha en økonomisk fordel (profitt) og som også tar en økonomisk risiko (kjennetegn ved OPS), så skal eventuelle eneretter ut på anbud. Det er ikke nødvendig å utforme direktiver som fastsetter krav til formelle innkjøpsprosedyrer utover det som allerede er nedfelt i EU-domstolens praksis. Derimot, dersom man oppretter et ikke-kommersielt selskap som tilfredsstillter kravene til offentligrettslig organ, med hovedformål å løse en offentlig oppgave, blir det meningsløst å kreve at eneretten skal ut på anbud. Enerett til et offentligrettslig organ som skal utføre en offentlig oppgave er en del av kommunens handlefrihet (jf. Stadtreinigung Hamburg dommen (C480/06) premiss 47), og skal ikke omfattes av anbudsregelverket

Unntaket for eneretter som er tildelt et offentligrettslig organ i ”anskaffelsesdirektivet” må derfor videreføres. Konkurransereglene gir regler for atferden, herunder forbud mot kryssubsidiering, når den offentlige aktøren som er tildelt eksklusive rettigheter går ut i et marked. Et absolutt forbud mot at offentlige aktører kan tilby kommunal infrastruktur og tjenester også til næringslivet gjennom et ekstremt begrensende regelverk som gjennom krav til egenregi vil kunne føre til samfunnsøkonomisk tap, og må unngås.

### **3.8 Strategisk bruk av offentlige innkjøp til håndtering av nye utfordringer**

I **punkt 4** i Grønnboken omtales strategisk bruk av offentlige innkjøp til håndtering av nye utfordringer.

KS understreker betydningen av at anskaffelsesregelverket må utarbeides slik at regelverkets hovedformål om effektiv ressursutnyttelse kan ivaretas. I det ligger det blant annet at de krav regelverket stiller må være formulert slik at oppdragsgiver selv kan vurdere hvilke krav som bør stilles i hver enkelt konkurranse.

Utgangspunktet er også at føringene for hvilke krav som skal kunne stilles i forbindelse med offentlige innkjøp må være fundert i forretningsmessige og økonomiske hensyn. Krav som ikke relaterer seg til dette vil etter KS sitt syn være i strid med regelverkets hovedformål som er kosteffektivitet. Krav som ikke relaterer seg til forretningsmessige og økonomiske hensyn medfører også en begrensning av det lokale demokratiske handlingsrom, som er uheldig.

Økt bruk av regelverket til ivaretagelse av andre gode formål vil, etter vår vurdering, medføre en vanskeligere håndtering av innkjøp både rettslig og administrativt. Utstrakt bruk av slike krav vil også åpne for større muligheter til å spisse konkurransen inn mot en foretrukket leverandør. Dette kan medføre økt forskjellsbehandling/brudd på likebehandling og undergrave hele regelverkets formål om konkurranse på like vilkår. En innføring av plikt til å

vektlegge andre politiske forhold vil antakelig også medføre økt klageomfang med påfølgende økt byrde for offentlig sektor.

KS mener gjeldende regelverk i tilstrekkelig grad ivaretar muligheten for å kunne stille slike krav, dersom oppdragsgiver ønsker dette og kontraktens gjenstand tillater det. Bruk av andre kriterier må baseres på frivillighet og hensiktsmessighet også i fremtiden.

KS mener at utvikling av gode retningslinjer/veiledere/verktøy er viktig i arbeidet med å nå overordnede mål, som bærekraftig utvikling og innovasjon. Med klare retningslinjer for hvilke krav som kan stilles i de ulike faser i anskaffelsesprosessen vil antakelig flere på frivillig basis benytte andre krav når dette er formålstjenlig i det konkrete kjøpet. Vi mener dette kan sikre likebehandling og lette innkjøperens administrative arbeid.

KS mener at kravet til tilknytning til kontraktens gjenstand ikke må fravikes. Tildeling av kontrakt må også i fremtiden forankres i kriterier som har til formål å identifisere det mest økonomisk fordelaktige tilbudet for den aktuelle kontrakt.

Når det gjelder behovet for innovasjon i forbindelse med offentlige anskaffelser, mener KS at anskaffelsesprosedurene i større grad må legge til rette for innovative løsninger. Dette kan skje med større mulighet for å gjennomføre forhandlede konkurranser, større mulighet til å gjøre endringer underveis i konkurransen og ved større fleksibilitet ved fastsetting av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier. Vi viser her til det som er skrevet foran. Det er også betydelig innovasjonspotensialet gjennom såkalt "leverandørutvikling", der offentlig anskaffer går i tidlig dialog med leverandørmarkedet i fasen der skisse til forprosjekt og prosjektering foregår. Dog presiseres det at tilrettelegging for innovasjon ikke må stilles som krav i alle anskaffelser, men at oppdragsgiver må kunne tilrettelegge for dette i de konkurranser der det er ønskelig. Videre understrekes det at hensynet til innovasjon naturligvis må tas inn i konkurransen på en måte som ivaretar kravene til likebehandling og forutberegnelighet.

**4. Oppsummering av spørreundersøkelse og tilbakemeldinger fra fylkesstyrene i KS** i forbindelse med arbeidet med Grønnbokhøringen har KS gjennomført en spørreundersøkelse til alle kommuner og fylkeskommuner som er medlem av KS Innkjøpsforum. I tillegg er anskaffelser satt på dagsorden i KS fylkesstyrene.

På grunn av den knappe fristen for tilbakemelding på Grønnboken, er spørreundersøkelsen gjennomført med meget kort svarfrist, noe som har hatt betydning for svarprosenten. Sammenholdt med tilbakemeldingene fra de fylkesstyrene som har fått tid til å behandle saken om anskaffelser og fra flere enkeltkommuner og innkjøpssamarbeid, har vi likevel et godt innblikk i hvordan anskaffelsesregelverket oppfattes i kommuner og fylkeskommuner.

Både spørreundersøkelsen og tilbakemeldingene fra fylkesstyrene og kommunene viser at kommunene jevnt over er positive til anskaffelsesregelverket, dog fremheves det fra alle hold at regelverket er for detaljert og at det er behov for forenkling.

De tilbakemeldingene vi har fått viser videre at anskaffelsesregelverket har ført til økt konkurranse blant tilbyderne og økt profesjonalisering av innkjøpsleddet i kommuner og fylkeskommuner. Tilbakemeldingene på spørreundersøkelsen viser likevel at priser og kvalitet ikke har bedret seg tilsvarende.



Fylkesstyrene og kommunene understreker betydningen av at offentlig virksomhet må kunne organisere sine tjenester uten hinder av anskaffelsesregelverket. Dette gjelder både muligheten til fritt valg av organisasjonsform for egen virksomhet og for interkommunale samarbeid og mulighet til å kjøpe tjenester av andre offentlige enheter uten at disse kjøp må utlyses i henhold til regelverket.



Tor Allstrin  
Leder KS Advokatene



Nina Ramstad Aatlo  
Advokat





## Notat

Arkivsaknr./arkivkode: 11/00045-2/

Saksbehandler: Nina Ramstad Aatlo

Dato: 6.1.2011

Sak nr.	Behandles av:	Møtedato:
	Rådmannsutvalget	19.01.2011
	Hovedstyret	26.01.2011

## INTERESSEPOLITISKE PROBLEMSTILLINGER PÅ FELTET OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

---

### Forslag til vedtak

Notatet ble drøftet.

### Notatets fakta

KS har hatt et høyt aktivitetsnivå på området offentlige anskaffelser de siste årene. Arbeidet har, i tråd med nasjonale og europeiske målsetninger, i stor grad vært konsentrert om bistand til kompetansebygging i kommunene og deltakelse i det nasjonalt og europeisk arbeid med utvikling av regelverket for disse anskaffelsene. Vi ønsker nå å sette enkelt problemstillinger knyttet til offentlige anskaffelser på den interessepolitiske dagsorden i KS.

Det er særlig tre forhold knyttet til regelverket for offentlige anskaffelser vi ønske å trekke frem; implementeringsgrad, behov for regelforenkling og anskaffelsesregelverkets betydning for interkommunalt samarbeid. Områdene trekkes frem fordi disse er særlig aktuelle for kommuner og fylkeskommuner, og fordi de også debatteres i andre EU/EØS-land. Problemstillingene presenteres fortløpende i det følgende:

### **\* Implementeringsgrad**

Problemstillingen relaterer seg her til om Norge skal nøye seg med å ta inn i norsk lovverk de reglene EØS-avtalen krever eller om vi skal innføre ytterligere regler (overimplementere EU/EØS-regelverket).

Dagens norske regler overimplementerer EU/EØS-anskaffelsesreglene på to områder. For det første er det satt strengere terskelverdier for når regelverket kommer til anvendelse enn det som følger av EØS-reglene. For det andre er reglene gitt anvendelse på flere området (for flere typer anskaffelser) enn det reglene krever.

Når det gjelder terskelverdiene, har disse vært evaluert for kort tid siden, og regjeringen har i melding til Stortinget fastholdt den norske terskelverdien til kr. 500.000,-. I forbindelse med evalueringen har de samfunnsøkonomiske konsekvensene av terskelverdien vært vurdert og det er konkludert med at den samfunnsøkonomisk riktige terskelverdien ligger rundt 500.000,-. På bakgrunn av den evaluering som er gjort, virker det lite formålstjenelig å ta debatten om terskelverdier opp igjen, uten at i har nye argumenter å bringe til torgs. Her er det uansett ikke er noe argument at enkelte kommuner er så små at de ikke klarer å følge regelverket. Uavhengig av kommunenes størrelse, må det kunne forventes at de kan håndtere sine anskaffelser på en profesjonell og økonomisk hensiktsmessig måte. Derimot kan det være

et argument at regelverket er unødig omfattende og detaljert og at overholdelse av dette derfor ikke oppfyller lovens formål. I så fall er vi over i de to neste problemstillingene.

Når det gjelder overimplementering ved at regelverket er gitt anvendelse utover de områdene som omfattes av EU/EØS-reglene, er situasjonen en annen. Dette spørsmålet er i liten grad diskutert og ei heller evaluert. Det dreier seg her først og fremst om at anskaffelsesreglene er gitt anvendelse også for de såkalte uprioriterte tjenestene (bl.a. helse- og sosialtjenester, undervisning og yrkesutdanning, utvelgelse og rekruttering av personell, transport på vannvei, jernbanetransport og juridiske tjenester). I EU/EØS gjelder kun de grunnleggende prinsippene for anskaffelser av disse tjenestene, men regelverket i Norge er gitt tilnærmet full anvendelse. Dette har konsekvenser blant annet for anskaffelser av helse- og sosialtjenester. Anskaffelse av denne type tjenester er i seg selv kompliserte, særlig når tjenestene skal anskaffes til enkeltbrukere. Det hjelper da ikke at regelverket oppleves som detaljert og stivbent. I denne forbindelse kan det nevnes at vi planlegger et FoU-prosjekt om hvordan gjennomføre anskaffelser av helse- og sosialtjenester til enkeltbrukere.

Et ytterligere element knyttet til overimplementering er den praksis Klagenemnda for offentlige anskaffelser (Kofa) har lagt seg på. Selv om Kofa kun er et rådgivende organ, har klagenemnda fått stor betydning for tolkingen av regelverket. Dette kan i seg selv være greit, men når lov- og forskriftstolkingene trekkes så langt som vi har sett i enkelte tilfeller, bidrar dette til en ytterligere overimplementering av regelverket.

Vi mener KS bør sette fokus på de to siste delene av overimplementeringen av anskaffelsesregelverket. På dette området har norske myndigheter frihet til å fastsette egne regler og påvirkningsmulighetene er dermed større/enklere. Vi viser i denne forbindelse også til Lokaldemokratikommisjonens anbefalinger i NOU 2005:6.

#### \* **Behov for forenkling**

Som allerede nevnt under forrige punkt, er det grunn til å stille spørsmål ved omfanget og kompleksiteten i regelverket. I henhold til lov om offentlige anskaffelser § 1 er lovens formål "å bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling".

Detaljgraden i regelverket og den praksis som er trukket opp, gjør at mange anskaffelser blir vanskelig å gjennomføre uten klager og i noen tilfeller avlysninger og nye utlysninger. Dette gjelder også for store innkjøpere med god kompetanse om regelverket. Vi kan nevne at antallet innkomne klager til Kofa har økt fra 285 i 2009 til 346 i 2010. Antallet saker som avvises av Kofa har samtidig økt fra 50 til 70 og antall saker der Kofa har funnet at regelverket er brutt har kun økt med to saker i samme periode. Regelverket medfører dermed ytterligere byråkrati istedenfor effektiv ressursbruk.

Dette bildet kompliseres ytterligere ved at anskaffelsesregelverket er blitt "alle gode formåls regelverk". Med det menes at regelverket benyttes til å gjennomføre en rekke andre politiske formål enn det regelverket primært er etablert for. Dette gjelder for eksempel krav om ivaretagelse av innovasjon, etiske, sosiale og miljømessige formål. Disse formålene er viktige, men kommunene må gis mulighet til selv å vurdere hvilke formål som skal ivaretas i de enkelte anskaffelsene. Det er mao viktig å arbeide for at denne type krav i anskaffelsesregelverket etableres som frivillige ordninger, ikke som pålagte krav.

På grunn av detalj- og vanskelighetsgraden i regelverket sammenholdt med meget tilgjengelige og rimelige klageordninger, er kravene til offentlige innkjøp langt flere og strengere enn kravene til privates innkjøp. Dette er både problematisk sett i et

samfunnsøkonomisk lys og det kan faktisk føre til at det offentlige vegrer seg mot å gjennomføre anskaffelsesprosesser, herunder vegrer seg mot ønskelige moderniseringstiltak.

Fordi endringsmulighetene er så snevre inngås kontrakter, selv om man ser at man kunne oppnådd bedre løsninger. Alternativet er i mange tilfeller å avlyse konkurransen og starte på nytt. En slik omstart medfører risiko for erstatningskrav og er ressurskrevende. Reell og sund konkurranse hemmes dermed ved at kommunene blir mer opptatt av å overholde regelverket enn å gjennomføre en konkurranse som medfører at de dekker det behov de har på en god måte. Sagt på en annen måte: Detaljgraden i regelverket har ført til at juristene har inntatt en arena som tradisjonelt og i henhold til lovens formålsbestemmelse burde tilhøre økonomene. Konkurransen hemmes også ved at mindre leverandører ikke har ressurser og kompetanse til å delta i konkurranse om offentlige kontrakter og ved at kommuner vil vegre seg mot å konkurranseutsette tjenester på grunn av risikoen knyttet til gjennomføringen av anskaffelsesprosessen og risiko for at de på grunn av rigide regler faktisk ikke får den beste løsningen.

Disse problemstillingene er også tatt opp på europeisk nivå. Blant annet har CEMR etterlyst større forståelse i EU-kommisjonen for den samlede effekten av de ulike kravene i regelverket på innkjøperenhetene. KS deltar i CEMRs arbeid på dette området. Disse spørsmålene ble også tatt opp på møte i november 2010 mellom Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet, CEMR og KS.

For ytterligere å få nasjonale fokus på spørsmålet om anskaffelsesregelverket virkelig gir samfunnsøkonomisk gevinst, herunder om regelverket faktisk gagnar sund konkurranse om oppdragene, bør KS ta dette opp på politisk nivå.

#### \* **Anskaffelsesregelverkets betydning for interkommunalt samarbeid**

Ulike former for interkommunalt samarbeid er stadig mer aktuelt. Anskaffelsesregelverket griper inn og setter begrensninger på enkelte former for slikt samarbeid. Dette skyldes at kjøp av tjenester fra en annen kommune, i en del tilfeller vil være omfattet av regelverket, og dermed ikke kan gjennomføres uten at kjøpet legges ut på anbud. EU/EØS-regelverket er her uklart på flere punkter, noe som skaper ytterligere utfordringer for kommuner/fylkeskommuner. Dette er særlig problematisk når kommunene risikerer gebyr for ulovlige direkte anskaffelser, dersom regelverket ikke overholdes.

Interkommunalt samarbeid er et viktig element i samhandlingsreformen og uklarhet og nødig strenge regler på dette området kan skape ytterligere utfordringer.

CEMR har i lengre tid arbeidet for å sikre handlingsrom, slik at regionale myndigheter kan finne hensiktsmessige måter å løse sine oppgaver på. En dom i EU-domstolen (Hamburger Stadreinigung), gir etter CEMRs oppfatning støtte til CEMRs syn, men det er fortsatt uklart hva Kommisjonen legger i dommen og hvilke rammer kommunene har å forholde seg til.

Både Kommisjonens opprinnelige oppfatning av disse samarbeidene og foreløpig manglende forsøk på klargjøring av rettstilstanden, gjør politisk påtrykk viktig. Vi ønsker derfor at KS skal løfte disse problemstillingene opp på den politiske dagsorden i Norge, for på den måten å sikre så stort handlingsrom som mulig.

Avslutningsvis vil vi fremheve at både spørsmål om overimplementering, forenkling og ivaretagelse av lovens formål vil bli debattert i Stortinget i forbindelse med behandling av den

proposisjonen som skal utarbeides som følge av anbefalingene i NOU 2010:2 (Ilåndhevelse av anskaffelsesregelverket). Proposisjonen sendes fra regjeringen våren 2011.

Sigrun Vågeng

Helge Eide