

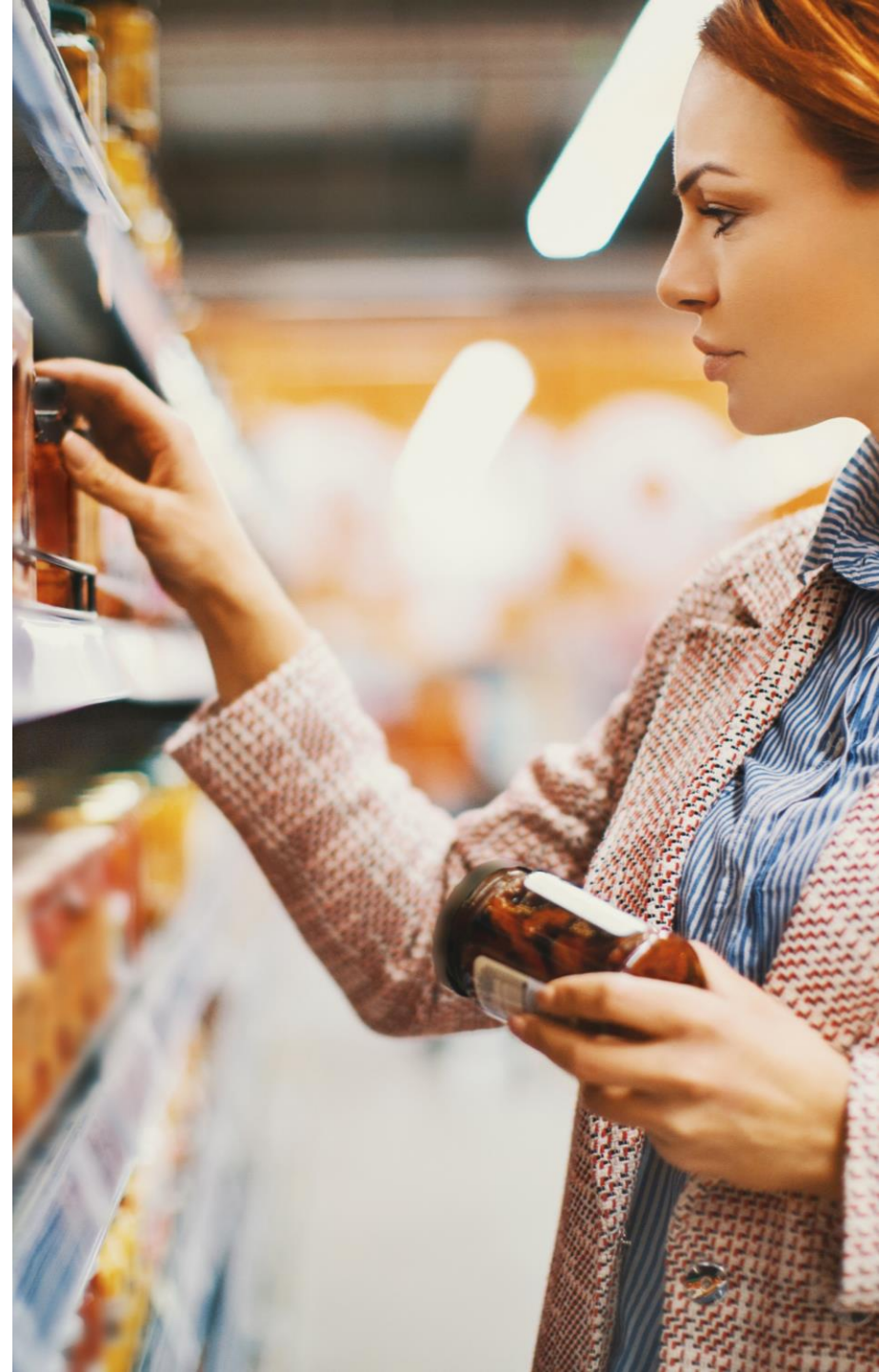
ERFARINGER MED OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

Innlegg for Drosjeutvalget 19. desember 2023

Tone Bergh-Christensen og Bente Hagelien

Agenda

- Generelle erfaringer med anskaffelser
- Tjenestekontrakter og konsesjonskontrakter
- Samarbeid mellom offentlige oppdragsgivere
 - Avgrensning; vi er ikke eksperter på generell konkurranserett som konkurranseregulering og statsstøtte
 - Vi tar gjerne spørsmål underveis!



Noen fakta

- Verdien av offentlige anskaffelser var ca. 650 milliarder i 2022
 - Staten sto for 43%, kommuner og fylkeskommuner for 39% og offentlige foretak for 18% av verdien. Bygg- og anleggsanskaffelser er den største kategorien
 - Det ble gjennomført 86 kunngjøringer etter konsesjonskontraktforskriften i 2022
 - Transaksjonskostnadene ved offentlige anskaffelser er usikre, men et generelt funn er at små anskaffelser har store transaksjonskostnader sett i forhold til kontraktsverdi
- Kilde: Oslo Economics og Inventura - Rapport til anskaffelsesutvalget: Offentlige anskaffelser i 2022

Generelle erfaringer med anskaffelser

- Norge har en desentralisert innkjøpsorganisering, med mange små kommuner og enheter
- Mange oppdragsgivere opplever regelverket som komplisert, og er redde for å gjøre feil
- Anskaffelsesområdet er et av de viktigste risikoområdene for korrupsjon. God regeletterlevelse og åpenhet kan bidra til å få bukt med korrupsjon og korrupsjonsliknende tilstander
- Konkurransen om anskaffelsene bidrar til god behovsdekning
- Det er et stadig økende fokus på at anskaffelser også skal fremme samfunnsmessige hensyn i tillegg til effektiv behovsdekning

Generelle erfaringer med anskaffelser forts.

- DFØ gjennomfører en anskaffelsesundersøkelse hvert andre år, sist i 2022, som gir et godt kunnskapsgrunnlag
- Utvalgte funn fra undersøkelsen presenteres her, hele undersøkelsen kan ses på anskaffelser.no



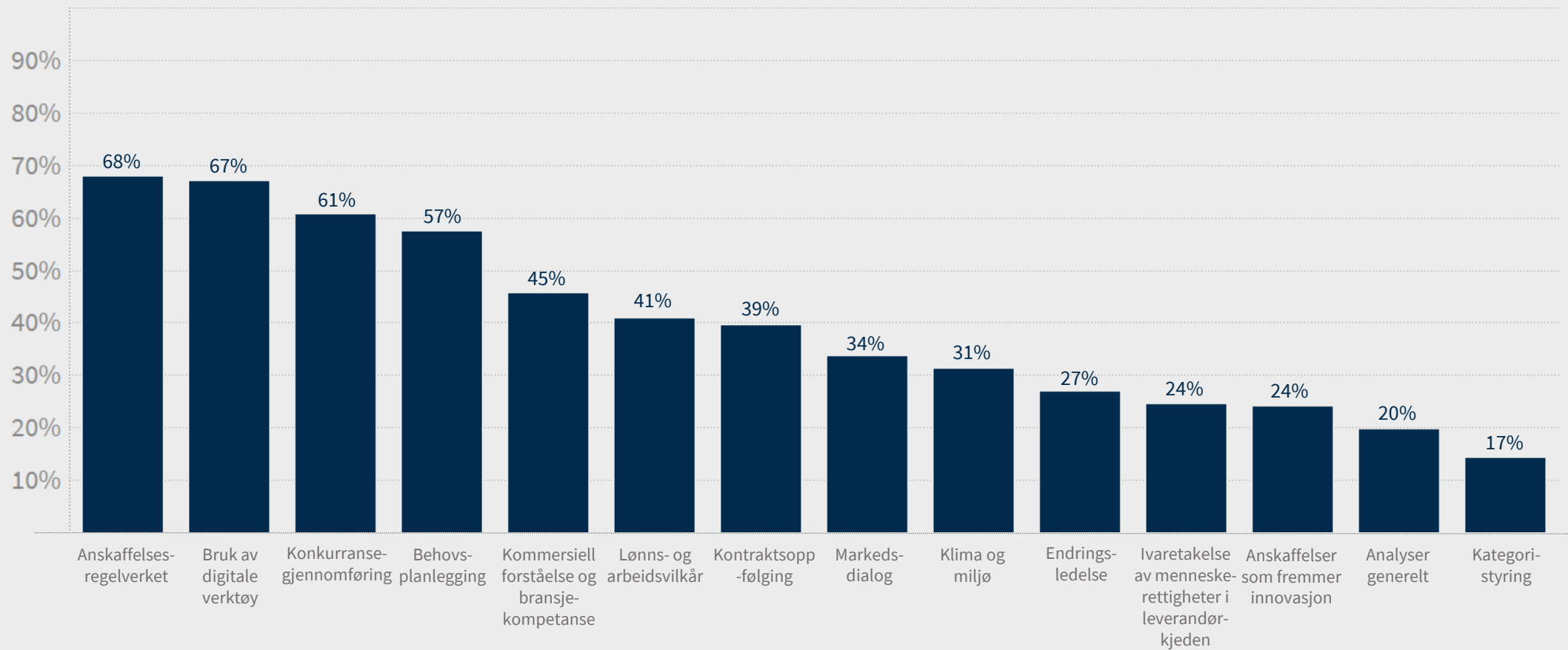
Funn i anskaffelsesundersøkelsen

- De færreste virksomhetene har et strategisk fokus på anskaffelser
- Det er også et entydig funn at virksomhetene opplever å ikke ha tilstrekkelig med tid og ressurser
- Det brukes mye tid på gjennomføringen av en anskaffelse, ideelt sett burde det brukes mer tid på planleggingen og oppfølgingen av en anskaffelse
- Kontraktsoppfølging er et område hvor «alle» ønsker å bli bedre

Figur 41

Tilstrekkelig kompetanse

● Andel som i svært stor grad eller i stor grad oppgir å ha tilstrekkelig kompetanse innenfor ulike områder (n = 528)



Prioriterte kompetanseområder

I undersøkelsen kommer det frem at kontraktsoppfølging, klima og miljø, analyser og anskaffelsesregelverket er de fire fagområdene som virksomhetene synes er viktigst å styrke de neste to årene. Særlig interessant er det å se at få prioriterer å heve kompetansen på ivaretagelse av menneskerettigheter, selv om dette er et område få rapporterer å ha tilstrekkelig kompetanse. Av områdene med lavest rapportert tilstrekkelig kompetanse, peker analyser seg ut, der hele 40 prosent ønsker å styrke kompetansen på dette de neste årene.

FIGUR 44: Prioriterte kompetanseområder, sammenlignet med opplevd tilstrekkelig kompetanse



● andel av respondentene som har valgt de fire kompetanseområdene det er viktigst for dem å styrke de neste to årene

● andel av respondentene som har sagt at de i stor grad eller i svært stor grad har tilstrekkelig kompetanse på de ulike fagområdene.

Spørsmål 1: «I hvilken grad opplever du at virksomheten har tilstrekkelig kompetanse på følgende områder ved arbeid med anskaffelser»

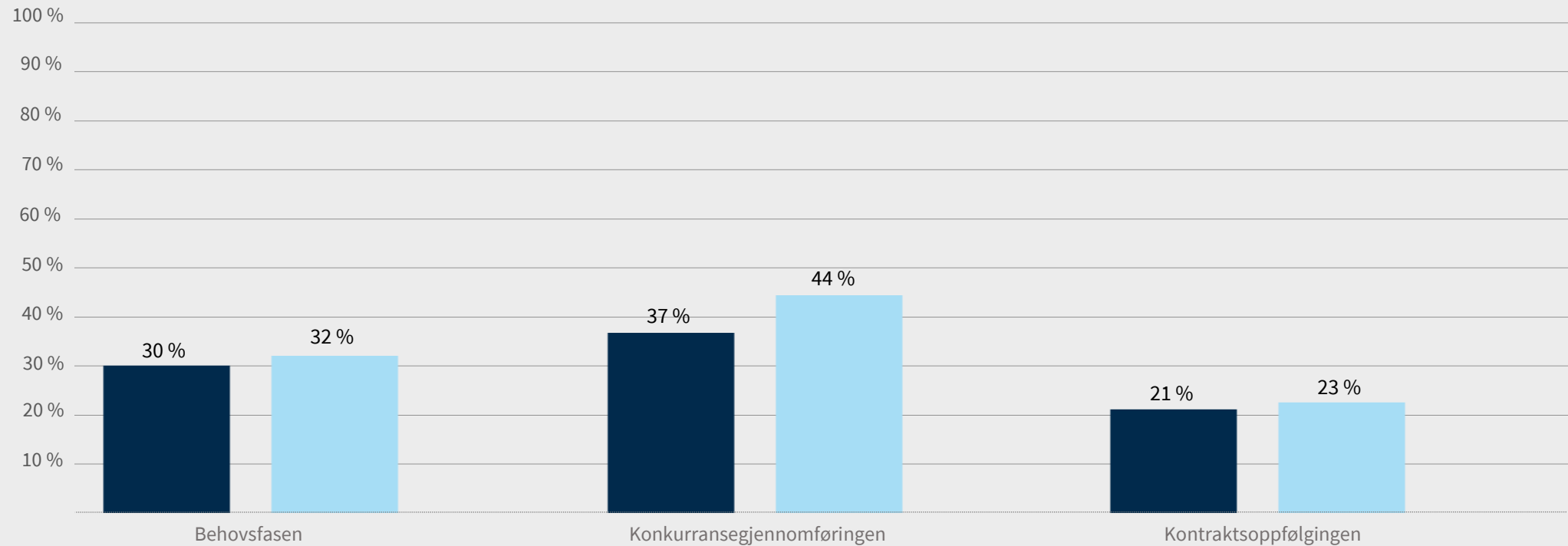
Spørsmål 2: «Hvilke fire kompetanseområder er det viktigst for dere å styrke de to neste årene?»

(n = 528)

Figur 49b

Tilstrekkelig kapasitet i anskaffelsesprosessen

● 2020 (n = 403) ● 2022 (n = 528)



Figur 49b: Andel virksomheter som i stor grad eller svært stor grad oppgir at de har tilstrekkelig med tid og ressurser til å gjennomføre de ulike delene av anskaffelsesprosessen på en god måte.

TJENESTEKONTRAKTER OG KONSESJONSKONTRAKTER



Tjenestekontrakter

- Offentlig kontrakt: gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører, jf. forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1.
- Eksempel: Rammeavtale om drosjetjenester (bestillingstrafikk), for eksempel skoleskyss. Priser og andre betingelser er fastsatt i avtale mellom leverandør og oppdragsgiver.

Konsesjonskontrakt

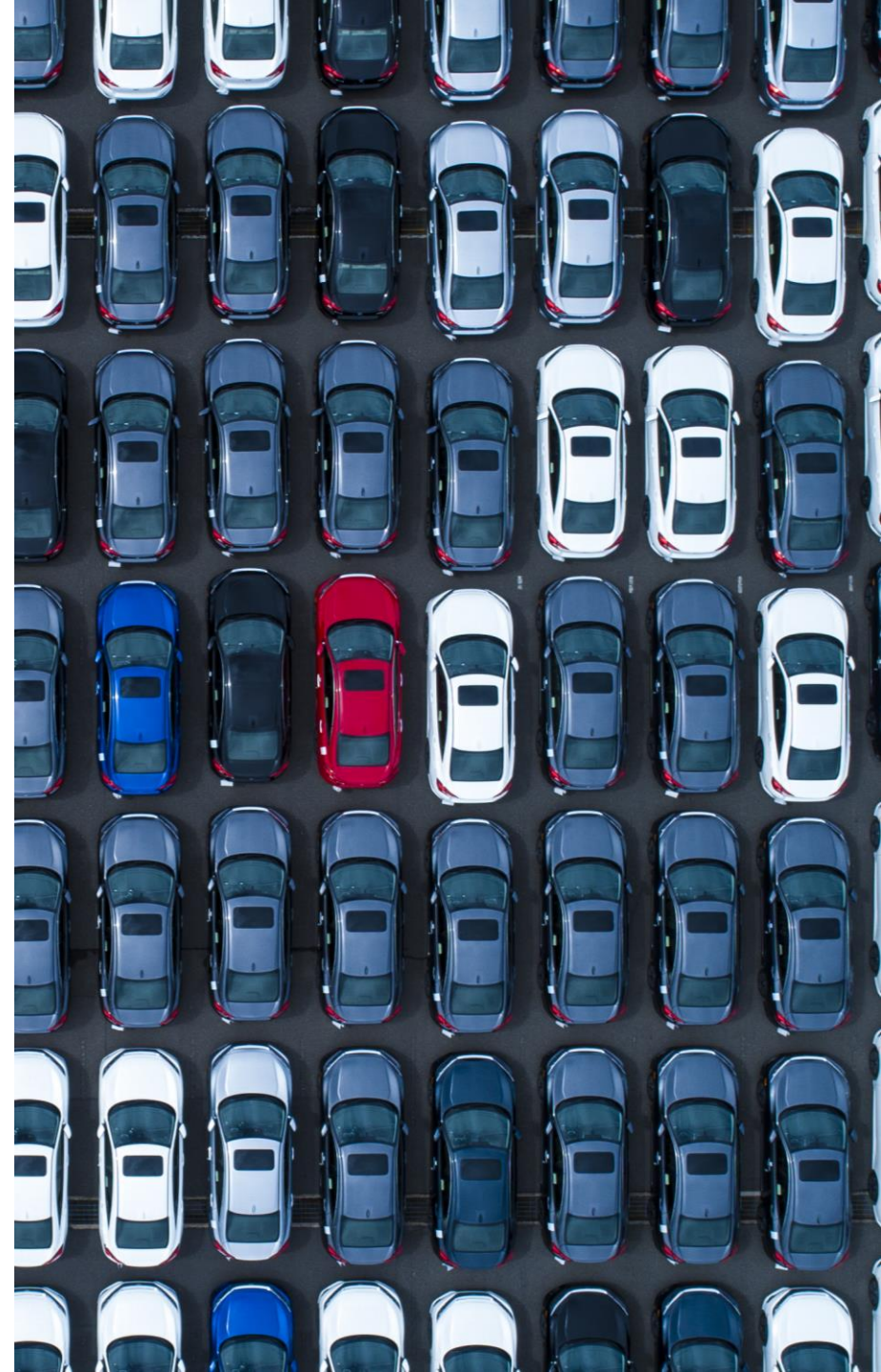
§ 1-2 i forskrift om konsesjonskontrakter:

(1) En konsesjonskontrakt er en tjenestekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt der vederlaget består enten utelukkende av **retten til å utnytte tjenestene** eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling, og **der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren.**

(2) Driftsrisikoen knyttet til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene kan enten gjelde **etterspørsels- eller leveringsrisikoen eller begge deler.** Driftsrisikoen anses overført når leverandøren under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften. Risikoen som overføres til leverandøren, skal innebære en reell eksponering for svingningene i markedet, slik at det anslåtte potensielle tapet for leverandøren ikke skal være ubetydelig

Eksempler

- Drift av kommunal parkeringsplass
- Opprettelse og drift av bildelingsordning



Hva er tjenestekonsesjoner

- Noen unntak og avgrensninger:
 - Finansering av en aktivitet gjennom tilskudd (fortalen premiss 12)
 - Ordninger hvor alle som oppfyller visse betingelser har rett til å utføre en oppgave, uten noen form for utvelgelse (fortalen premiss 13)
 - Godkjenninger og lisenser, som normalt gis på forespørsel fra en leverandør, anses normalt ikke som konsesjon (fortalen premiss 14)
 - Konsesjonskontrakter som oppdragsgiveren inngår som er omfattet av [forskrift 17. desember 2010 nr. 1673](#) om offentlig persontransport er ikke omfattet av konsesjonskontraktforskriften.

Overføring av risiko

Sak fra EU-domstolen C-274/09 og Kofa-sak 2022/1582

- I følge disse sakene kan risikoen bestå i
 - konkurranse fra andre virksomheter,
 - at tilbudet av tjenester ikke oppfyller etterspørselen,
 - at debitorerne ikke vil være i stand til å betale for ytelsene
 - at alle utgifter i forbindelse med driften ikke vil bli dekket ved inntektene, eller
 - erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrekkelig prestasjon av tjenesten.

Vederlaget

- Vederlag er enten retten til å utnytte tjenesten eller denne retten i kombinasjon med betaling.
 - Betalingen må ikke være så høy at den fjerner leverandørens risiko for å få dekket kostnadene ved driften.

EU-domstolen sak C-274/09

- Kontrakt om redningstjenester. Vederlaget ble fastsatt gjennom årlige forhandlinger med en annen part (egen institusjon) enn oppdragsgiver. Lovbestemte forpliktelser og et mål om å holde kostnadene lavest mulig innebar risiko for at leverandøren ikke fikk dekket driftsomkostningene.
- Kontrakten kan være konsesjon selv om overføring av risiko er begrenset.
- Leverandør hadde begrenset mulighet til å endre driften. Domstolen la vekt på at redningstjenester er spesialiserte tjenester med begrensede muligheter til å gjøre endringer.

Eksempel på tjenestekonsesjon- Kofa sak 2021/369

- Avtale om skoleskyss og bestillingstrafikk og opsjon for enerett for drosjetransport.

Klagenemnda:

- Tildeling av enerett for drosjetransport
- Leverandøren har driftsrisikoen. Oppdragsgiver betaler ikke vederlag for tjenestene. «Driftsrisikoen var således reell.»



Grensen mellom anskaffelse og konsesjon

Kofa-sak 2022/1522

- Anskaffelse av skoleskyss
 - Kommunen innhentet tilbud fra fem leverandører og gjennomførte anskaffelsen etter reglene om tjenestekonsesjoner
 - Opplysninger om at behovet kan variere og endres ved nytt skoleår
- Klagenemnda:
 - «For at kontraktene skal være tjenestekonsesjonskontrakter, må vederlaget helt eller delvis bestå av en rett til å utnytte tjenesten.»
 - I denne saken faktureres det for hver tur som gjennomføres i henhold til priser i prisskjema.
 - Ingen mulighet for ytterligere inntjening utover det kommunen betaler for.
 - Det er ikke overført driftsrisiko til leverandørene – at behovet for drosjetjenester kan variere endrer ikke dette –varsel om endringer og ikke risiko for at kostnadene ikke blir dekket
 - Kontrakten er ikke en tjenestekonsesjon og skal følge reglene i anskaffelsesforskriften

Blandede anskaffelser

- FOA § 6-4 regulerer anskaffelser som delvis omfattes av anskaffelsesforskriften og delvis omfattes av konsesjonskontraktforskriften
- Hvis ytelsene kan skilles fra hverandre
 - kan inngå separate kontrakter og følge reglene som gjelder for hver enkelt kontrakt
 - kan inngå en blandet kontrakt og følge reglene etter anskaffelsesforskriften, med mindre «konsesjonskontraktdelen» overstiger EØS-terskelverdien og den andre ytelsen ikke gjør det. Dvs – følge den «strengeste» reguleringen.

Blandede anskaffelser – forts.

- Hvis ytelsene ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte skal det inngås en blandet kontrakt etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedelement

Eksklusivitet som kompensasjon

- I utgangspunktet tillatt når prosedyrene i anskaffelsesregelverket er fulgt
- Problemstillinger knyttet til reglene om statsstøtte og konkurranse?
- Negative konsekvenser for konkurransen i markedet?
- Effekt på kvalitet og tilgjengelighet? Viktig med oppfølging av avtalen og betingelsene for eneretten

SAMARBEID MELLOM OFFENTLIGE OPPDRAGSGIVERE



Innkjøpssamarbeid

- Undersøkelser viser at det er et utstrakt samarbeid mellom kommuner, og kommuner og fylkeskommuner. Det er i noe mindre grad samarbeid i statlig sektor og mellom staten og andre.
- Ca. 70 prosent av landets kommuner deltar i formaliserte, helhetlige innkjøpssamarbeid.

Kilde: Kartlegging av innkjøpssamarbeid, KPMG, 2018

Innkjøpssamarbeid i kommunesektoren, Oslo Economics, 2021

Samarbeid om felles anskaffelser

- Flere oppdragsgivere kan gjennomføre anskaffelser i felleskap, jf. FOA § 29-1.
- Flere oppdragsgivere kan også tildele kontrakt til et felles kontrollert selskap, eller utføre oppgaver i felleskap, såkalt utvidet egenregi og offentlig-offentlig samarbeid, jf. FOA §§ 3-2 og 3-3.
- Flere oppdragsgivere kan samarbeide og foreta anskaffelser gjennom en innkjøpssentral, jf. FOA § 7-8. Man kan drive vanlig virksomhet ved siden av å være en innkjøpssentral for andre – men da samarbeider man om innkjøp på fast basis.

Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap – FOA § 29-1

- FOA § 29-1 gir regler om felles innkjøp som ikke gjennomføres via en innkjøpssentral
- Regulerer hvem som har ansvar for overholde anskaffelsesregelverket
- Regulerer ikke hvem som har ansvaret for oppfyllelsen av den kontrakten som inngås

(1) Flere oppdragsgivere kan gjennomføre anskaffelser i fellesskap.

(2) Når flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelser i fellesskap i alle oppdragsgivernes navn, er de felles ansvarlige for å overholde forskriften. Dette gjelder også når en av oppdragsgiverne gjennomfører anskaffelsen på vegne av de andre oppdragsgiverne.

(3) Når flere oppdragsgivere gjennomfører deler av anskaffelsen i fellesskap, er de felles ansvarlige for å overholde forskriften bare for de delene som de gjennomfører i fellesskap. Hver av oppdragsgiverne er ansvarlige for å overholde reglene for de delene som de gjennomfører på egne vegne.

Anskaffelser som gjennomføres i felleskap forts.

- Anskaffelsesregelverket er ikke til hinder for at ulike myndigheter gjennomfører anskaffelser sammen, for eksempel et statlig foretak og en fylkeskommune
- Alle oppdragsgiverne må fremgå av kunngjøringen
- Kan være naturlig å inngå separate avtaler med leverandøren pga. mulig ulik styringslinje?
- Avtale ansvarsfordeling internt
- Annet regelverk kan innebære praktiske hindre – for eksempel mva.

Utvidet egenregi forts.

- Flere offentlige oppdragsgivere kan tildele kontrakter til et selskap de utøver felles kontroll over – FOA § 3-1 jf. § 3-2. Selskapet må utføre mer enn 80 % av sin virksomhet for oppdragsgiverne, og det må ikke være noe privat eierandel i selskapet.
- Detaljerte vilkår – går ikke inn på disse
- Eksempel: Flere kommuner eier et selskap sammen som håndterer husholdningsavfall for kommunene
- Eksempel: Kofa 2015/47 flg. (Lyse Elnett). Drift og vedlikehold av veilys utført av Lyse Elnett, som var eid av 11 kommuner – OK.

Utvidet egenregi – FOA kapittel 3

- Egentlig egenregi – å utføre noe med egne ansatte og ressurser. Et sykehus har sine egne ansatte renholdere f.eks., mens et annet sykehus velger å kjøpe disse tjenestene i markedet.
- I utgangspunktet må anskaffelsesregelverket følges hvis en offentlig oppdragsgiver ønsker å kjøpe noe fra en annen offentlig oppdragsgiver
- EU-domstolen utviklet gjennom rettspraksis unntak fra denne hovedregelen for såkalt utvidet egenregi. Bakgrunnen er at det offentlige skal stå fritt til å organisere hvordan de gjennomfører sine oppgaver.
- Detaljerte regler og mye rettspraksis fra EU-domstolen
- Mange hensyn utover de rent anskaffelsesrettslige (arbeidsgiveransvar, organisering, mva., styringslinjer mm.)

Samarbeidsavtaler – FOA § 3-3

- Flere oppdragsgivere kan samarbeide for å oppnå et felles mål, såkalt offentlig-offentlig samarbeid
- Kan inngå kontrakter uten å følge anskaffelsesregelverket hvis samarbeidet
 - har til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål
 - blir utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser
 - og mindre enn 20 % av aktivitetene blir utført for andre enn oppdragsgiverne
- Eksempel: Flere oppdragsgivere samarbeider om å utvikle en ny IT-løsning
- Kofa 2019/382 – eksempel på et samarbeid som ikke oppfylte kravene. Ren kostnadsdekning er ikke nok.

Innkjøpssentraler – FOA § 7-8

- Innkjøpssentral er en offentlig oppdragsgiver som gjennomfører anskaffelser for, eller på vegne av, andre oppdragsgivere jf. FOA § 4-3
- Oppdragsgiver kan kjøpe varer og tjenester direkte fra innkjøpssentralen (som grossist), eller innkjøpssentralen kan inngå avtaler om kjøp av varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeid på vegne av oppdragsgiver.
- I praksis inngås det ofte rammeavtaler
- Oppdragsgiver anses å ha overholdt anskaffelsesregelverket når det kjøpes fra eller gjennom en innkjøpssentral
- Oppdragsgiver er likevel ansvarlig for de delene av en anskaffelse han selv gjennomfører, typisk avrop eller minikonkurranse på en rammeavtale

Unntak for enerett – FOA § 2-3

- Anskaffelsesreglene gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten.
 - Den som tildeles kontrakten, må selv være en offentlig oppdragsgiver
 - Det må gjelde en tjenestekontrakt
 - Enerett må være tildelt i henhold til lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenelig med EØS-avtalen
 - Eneretten må foreligge før tildeling av kontrakten
- Eksempel: Kommuner kan tildele enerett til å samle inn husholdningsavfall

Spørsmål?

