

Spørsmål fra Anskaffelsesutvalget til referansegruppen - tilbakemelding fra Nye Veier AS, 26.04.2023

1 Hva oppfattes som komplisert og vanskelig i dagens regelverk?

Utvalget ønsker tilbakemeldinger på hva som oppfattes som vanskelig eller tungvint i dagens regelverk. Gjerne også forslag til løsninger. Oppfatter dere regelverket som komplisert – eller er det anvendelsen av regelverket som skaper problemer?

Hvilke andre faktorer kompliserer det gode innkjøp? For eksempel ressurser (personell eller økonomisk), kompetanse, ledelsesforankring eller en kombinasjon av disse.

Utvalget ønsker også gjerne tilbakemelding på hva som oppleves som bra i dagens regelverk, og som bør videreføres.

Svar:

En innledende og overordnet tilbakemelding fra Nye Veiers avdeling for Kontrahering er at gjeldende anskaffelsesregelverk fungerer etter sin hensikt. Dette gjelder særlig del I og III, som er de delene av regelverket som i hovedsak benyttes av Nye Veier, med unntak av enkeltstående entrepriseanskaffelser etter del II. Vår tilbakemelding beror på at innkjøperne kjenner de relevante delene av regelverket godt, det gjennomføres stor grad av kvalitetssikring og bistand søkes fra Juridisk avdeling ved behov for avklaringer av særskilte prosessuelle eller materielle spørsmål. Det er derfor også fremhevet at regelverksendringer har en kostnad, og bør være godt begrunnet.

Samtidig som de relevante delene av regelverket fungerer godt i det daglige, fremheves likevel at regelverket har en struktur og en detaljeringsgrad som medfører komplekse vurderinger hvis en innkjøpsprosess ikke går helt som planlagt. Det kan være særlig krevende for innkjøperne å ha oversikt over innholdet i og betydningen av de generelle prinsippene i anskaffelsesloven, samt å sikre at forskriftsreglene anvendes i overensstemmelse med både norsk og europeisk praksis og rettsutvikling. Strukturen i regelverket gjør det derfor nødvendig med juridisk kompetanse eller tilgang på slik kompetanse for å sikre lovlige anskaffelser, som kan medføre både kostnader og forsinkelser.

For å håndtere utfordringer ved anvendelsen av regelverket er Nye Veiers innkjøpsfunksjon søkt sentralisert, spesialisert og forankret hos øverste ledelse i

selskapet. Innkjøperne i Kontrahering har i stor grad juristutdanning, og det er etablert rutiner og prosedyrer for samarbeid med Juridisk avdeling dersom en anskaffelsesprosess møter en uventet utfordring. Det nevnes i denne sammenheng at Nye Veier hovedsakelig gjennomfører del III-anskaffelser av stor verdi, i form av totalentreprisekontrakter om prosjektering og utbygging av, samt garantiansvar for, lengre riksveistrekninger, og rammeavtaler om leveranser av spesialiserte tjenester (planarbeid, teknisk, strategisk og juridisk rådgivning mv.) med ulike tildelingsmekanismer. Nye Veier ser jevnlig også behov for å kunne gjennomføre tids- og kostnadseffektive del I-anskaffelser og del II-anskaffelser av mindre entreprisearbeider, men ser sjelden behov for å gjennomføre del II-anskaffelser av tjenestekontrakter. I sistnevnte tilfelle vil usikkerhet knyttet til verdsettelse gjerne medføre at anskaffelsesforskriften del III legges til grunn for anskaffelsesprosessen.

Elementer ved gjeldende regelverk hvor forbedringspotensialet er stort kan etter Nye Veiers vurdering oppsummeres i følgende punkter, som eventuelt kan utdypes ved behov:

- 1) Det er en komplisert struktur i dagens regelverk, ved at forskriftsbestemmelser brukes som lovregler, men uten utfyllende forarbeider som sentral tolkningskilde.
 - Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesloven stiller krav til god regelverksforståelse ved tolkning og anvendelse av forskriftsbestemmelsene, som det må legges til grunn kan være krevende for innkjøpere uten juridisk bakgrunn.
 - Det fremkommer uklare grensesnitt mellom de ulike delene av anskaffelsesforskriften, gjentakelser og krysshenvisninger som bør ryddes opp i, og lag på lag-strukturen mellom del I, II og III kan bidra til forvirring i forhold til hva som faktisk gjelder i det enkelte tilfellet.
- 2) Pliktbestemmelser knyttet til avvisning og avlysning og frykt for konsekvenser ved feil fra innkjøpers side kan gi dårlig ressursutnyttelse.
 - Det er fortsatt uklart hva som kan avklares og suppleres i kvalifikasjonssøknader og tilbud i en åpen prosedyre, og det bør vurderes om dette kan klargjøres ytterligere.
 - Adgangen til å avklare eller forhandle bort vesentlige avvik/ forbehold bør reguleres – det legges til grunn at dette nå er avklart som tillatt i henhold til praksis.
 - Spørsmål om rådgiverhabilitet er tidkrevende og svært praktisk, særlig knyttet til større entrepriseanskaffelser, og det vil være fordelaktig og forenkende å regulere med større tydelighet hva som skal til for at et konkurransefortrinn skal anses utjevnet.

- 3) Offentlighet og innsynskrav legger tidvis beslag på store ressurser for å avklare om tilbud er sladdet i samsvar med regelverket.
- Det er et spørsmål om det kan reguleres mer presist hva som kan sladdes i et tilbud i en offentlig anskaffelse, og hva som skal være tilgjengelig for allmenheten etter tildeling av kontrakt, for å sikre en mer ensartet praksis ved sladding.
- 4) Regelverket om endringer i en inngått kontrakt etter anskaffelsesforskriften kapittel 28 er sentrale og tidvis vanskelig å praktisere, og det bør vurderes hvordan kontraktseiere kan oppnå tilstrekkelig kunnskap om at anskaffelsesregelverket har anvendelse også etter en gjennomført konkurranse.
- Det bør vurderes innledende bestemmelse som klargjør anvendelsesområdet for endringsbestemmelsene.
 - Det bør vurderes en norskspråklig gjennomgang og mulig oppdatering av de ulike hjemmelsgrunnlagene for tillatte endringer i dagens § 28-1, og beskrivelsen av hvilke endringer som vil være vesentlige og ulovlige i en offentlig kontrakt etter § 28-1.
 - I entreprisekontrakter som inngås av offentlige byggherrer står NS 8407 (og 8406) punkt 31 om endringer svært sentralt, og det vil være en fordel om regelverket kan tydeliggjøre at endringsadgangen i NS-standardene kvalifiserer som en lovlig endringsklausul etter anskaffelsesregelverket.
 - Konsekvensene av en vesentlig og ulovlig endring i en kontrakt som omfattes av anskaffelsesregelverket bør klargjøres og/ eller vurderes regulert i tilknytning til bestemmelsene om endringer.
 - Plikten til endringskunngjøring etter dagens § 28-1 tredje ledd og endringsskjema som er utformet for dette formål, er lite kjent og brukes i liten grad i praksis, og konsekvensene av dette er ikke regulert.

2 Terskelverdier

Hvordan fungerer del I og del II av regelverket? Vil det være en forenkling om del I gjelder for alle anskaffelser under EØS-terskelverdier, eventuelt i kombinasjon med en egen kunngjøringsplikt for bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdi?

Hvilke regler i del II oppleves som greit å forholde seg til, og bør vurderes videreført i en forenklet del II av regelverket? F.eks. kunngjøring, bruk av protokoll?

Er dagens nasjonale terskelverdier hensiktsmessige eller bør de forhøyes eller senkes?

Svar:

Nye Veier har innledningsvis vurdert hvorvidt terskelen for anskaffelsesregelverkets virkeområde bør heves. Nye Veier er som et klart utgangspunkt av den oppfatning at all bruk av samfunnets felles ressurser bør være regulert for å sikre tillit til det offentlige som innkjøper, at det stilles tilstrekkelige krav til seriøse leverandører og gjennomføres bærekraftige anskaffelser som i nødvendig grad hensyntar klima og miljø. Nye Veier viser i denne sammenheng til at selskapet har utarbeidet en intern prosedyre med retningslinjer for kjøp av varer og tjenester med anslått verdi under 100 000 kr ekskl. mva., som skal sikre at slike direkte kjøp gjennomføres på en måte som underbygger at Nye Veier opptrer med integritet og sikrer allmennhetens tillit til at alle Nye Veiers anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Prosedyren skal sikre at vilkårene for direkte kjøp er oppfylt, det fremgår av prosedyren at en bestilling uansett skal være basert på konkurranse, forutberegnelighet og etterprøvbarehet så langt det er mulig, og at dokumentasjon for anskaffelsen skal sikres. Nye Veier ser på denne bakgrunn ikke behov for å heve dagens terskel på 100 000 kr.

Når det gjelder anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del I og II, så vektlegger Nye Veier som tidligere nevnt at det jevnlig oppstår behov for å kunne gjennomføre effektive og fleksible anskaffelser uten kunngjøring, men som likevel sikrer overordnede hensyn til tillit, seriøsitet og bærekraft. Samtidig vektlegges også at Nye Veier sjelden ser behov for å gjennomføre del II-anskaffelser av tjenestekontrakter. På denne bakgrunn er det vår vurdering at et forslag om at del I skal regulere alle anskaffelser under EØS-terskelverdi, unntatt bygg- og anleggskontrakter over viss terskel, kan være en hensiktsmessig løsning, gitt enkelte forutsetninger som søkes oppsummert i følgende punkter:

- Bortfall av generell kunngjøringsplikt under EØS-terskelverdi forutsetter etablering av form- og prosedyreregler i del I og minimumskrav til innhold i offentlig protokoll.
- Kunngjøringsplikt bør videreføres for bygg- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdi, men det er et spørsmål om prosedyreregler kan forsøkes standardisert ytterligere opp mot del III for å unngå for mange varianter.
- Terskelverdi for nasjonal kunngjøring av bygg- og anleggskontrakter bør ikke settes for høyt, av hensyn til lokale og regionale leverandørselskaper.

Nye Veier legger til grunn at handlingsrommet for å gjennomføre endringer i regler som i dag fremgår av anskaffelsesforskriften del III, er mer begrenset enn for del I og II, men vi tenker det likevel bør vurderes justeringer, jf. punkt 1 over.

3 Samfunnshensyn i offentlige anskaffelser

3a Seriøsitet

Dagens regelverk har bestemmelser som skal motvirke sosial dumping og arbeidslivskriminalitet. Disse er "skal-krav" over fastsatte terskelverdier. Det er imidlertid mulig å bruke bestemmelsene også under terskelverdi. Brukes denne muligheten?

Svar:

Nye Veier anvender tilpassede seriøsitetsskrav i alle anskaffelser, og viser særskilt til kontraktssmal for bygg- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdi, hvor følgende krav kan stilles:

- Krav til lønns- og arbeidsvilkår
- Krav til faglærte (tilpasses)
- Krav til lærlinger (tilpasses)
- Forhåndsgodkjenning ved bruk av ENK
- Krav til utvidet skatteattest etter samarbeidsavtale med skatteetaten
- Registrering i Startbank
- Bruk av HMSREG
- Begrensning av antall ledd i leverandørkjeden

3b Klima- og miljøhensyn

Nærings- og fiskeridepartementet har sendt tre forslag til skjerpede miljøkrav på offentlig høring. Høringsfristen gikk ut 8. mars 2023. Også Anskaffelsesutvalget er bedt om å se på hvordan klima- og miljø kan styrkes i offentlige anskaffelser. Hva er etter din vurdering de tre viktigste poengene som utvalget bør ta hensyn til i utformingen av nye bestemmelser om klima- og miljø? Hvordan kan bestemmelsene gjøres enklere og mer operative og effektive? Hva bør utvalget unngå?

Svar:

Nye Veier mener følgende tre poenger særlig bør vektlegges av utvalget ved utforming av nye bestemmelser om klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser:

- 1) Unngå lite hensiktsmessig begrensning av innkjøpsfaglig skjønn ved valg av krav og tiltak som skal sikre klima- og miljøhensyn i anskaffelsen.
- 2) Det bør stilles klare krav til dokumentasjon av hvilke vurderinger som er utført for å sikre klima- og miljøhensyn i alle offentlige anskaffelser, uansett verdi.
- 3) Det bør inntas regulering og/ eller henvisning til standardiserte verktøy som kan bidra til korrekt evaluering av klima- og miljøkrav i tilbudsfasen, samt for å måle etterlevelsen av slike krav i utførelsesfasen, for å redusere risikoen for klager.

Nye Veier viser også til nye og kommende miljøkrav og rapporteringsforpliktelser innenfor EU/EØS-området (herunder EU-taksonomien), som i økende grad vil omfatte leverandører som er tilbydere i offentlige anskaffelser i Norge. Særnorske krav bør etter vår vurdering unngås, og en samordning med felleseuropeisk regelverk på området bør tilstrebes.

For øvrig viser Nye Veier til avgitt høringsuttalelse til Nærings- og fiskeridepartementet om forslaget til ny regulering av skjerpede miljøkrav.

3c Grønn innovasjon

Hvordan kan regelverket endres for å fremme grønn innovasjon?

Svar:

Nye Veier har en strategisk prioritering om å innta en lederrolle for ivaretagelse av miljø- og klimahensyn innenfor samferdselssektoren, og setter av tid og ressurser på å søke å avklare og utvikle innovative løsninger som kan bidra til det grønne skiftet. Dette gis prioritet både ved planlegging og utførelsen av selskapets ordinære virksomhet, og som egne utviklings- og innovasjonsprosjekter med tredjeparter, herunder andre offentlige byggherrer.

Ved gjennomføring av entrepriseanskaffelser vurderer Nye Veier på denne bakgrunn hvilke konkrete klima-, miljø- og naturreisikoer som må håndteres i et prosjekt, og ber tilbyderne foreslå løsninger for håndtering av slike risikoer, som evalueres som del av tilbudet. Dersom nye, innovative løsninger materialiserer seg etter at kontrakt er tildelt, er det sentralt at anskaffelsesregelverket ikke er til hinder for endringer i kontrakt for å ivareta slike løsninger.

Nye Veier viser videre til betydningen av samarbeid om grønn innovasjon innenfor offentlig sektor, samt gjennom innovasjonspartnerskap, og ber utvalget vurdere om anskaffelsesregelverket i tilstrekkelig grad åpner for dette, eller om det bør justeres for å lette gjennomføringen av slike prosjekter.

4 Vil det gi bedre tilgjengelighet å samle regelverket i én ny lov om offentlige anskaffelser?

Dagens regelverk er som kjent gitt i lov om offentlige anskaffelser og en rekke forskrifter. Vil det gi bedre tilgjengelighet å samle regelverket i en ny felles lov? Hva vil være fordeler og ulemper eller andre momenter som utvalget bør ta i betraktning i vurderingen av å samle regelverket? Er det for eksempel mer avgrensede tema som fortsatt bør reguleres i forskrift?

Svar:

Nye Veier mener utvalget bør vurdere muligheten for å samle dagens anskaffelseslov og flere/ samtlige av de ulike forskriftene i et nytt felles rammeregelverk for offentlige anskaffelser i Norge.

- En samlet oversikt over bestemmelser som regulerer offentlige anskaffelser i Norge vil gi enklere tilgang til og økt kunnskap om regelverket. Det vil også virke forenklerende dersom overlappende regulering i forskrifter og i lov/ forskrift kan samles i felles innledende/ generelle bestemmelser.
- Nye Veier ser at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan medføre et fortsatt behov for særregulering, men antar det kan vurderes om slike særlige behov kan i en tilhørende forskrift til en ny, felles anskaffelseslov.

Nye Veier anbefaler at anskaffelsesutvalget vurderer om samme regelverksteknikk som for andre sentrale offentligrettslige regelverk kan være hensiktsmessig å benytte for en ny, felles anskaffelseslov.

- Det vises i denne sammenheng til nyere regelverk som skatteloven, skatteforvaltningsloven og merverdiavgiftsloven med tilhørende samleforskrifter, som har en pedagogisk oppbygging og sammenheng i nummerering mellom lovbestemmelser og tilhørende forskriftsregulering.
- Nye Veier er av den oppfatning at et nytt anskaffelsesregelverk bør utformes med et tydelig mål om å bidra til enklere regelverksanvendelse også for innkjøpere som ikke har juridisk fagutdanning.