

Spørsmål fra Anskaffelsesutvalget til referansegruppen – andre delutredning - tilbakemelding fra Nye Veier AS, 15.12.2023

1 Land-til-land rapportering

Utvalget ber om innspill på om anskaffelsesregelverket bør endres for å skjerpe kravene til åpenhet om eierskap og skatt i offentlige anskaffelser? I så fall hvordan? Kan eller bør anskaffelsesregelverket pålegge eller oppfordre offentlige innkjøpere til å sette offentlig land-til-land rapportering som vilkår i større anskaffelsesprosesser?

Svar:

Krav om utfylling av Det europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD) gir oppdragsgiver tidlig oppdatert informasjon og sikrer større grad av åpenhet om tilbydernes betaling av skatter, avgifter og trygdeavgifter, som et supplement til kravet om ordinær skatteattest, jf. FOA § 7-2. Skjemaet er etter gjeldende rett kun obligatorisk ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene, og en skjerpelse kan derfor være å innføre ESPD-skjemaet, eventuelt et tilpasset nasjonalt skjema, som et krav også for anskaffelser under EØS-terskelverdi, og da særlig ved anskaffelser fra bransjer som Skatteetaten har vurdert som risikoutsatte, som bygg, anlegg og renhold. Jeg er kjent med at denne løsningen ikke er lagt til grunn i NOU 2023:26, men det nevnes likevel. Nye Veiers erfaring er at tilbydere i større bygg- og anleggsanskaffelser generelt er godt kjent med ESPD-skjemaet som et krav i offentlige anskaffelser.

Nye Veier har for øvrig, i likhet med flere andre store offentlige og private innkjøpere, inngått en samarbeidsavtale med Skatteetaten som muliggjør innhenting av utvidede opplysninger om skatte- og avgiftsforhold, i henhold til særskilt fullmakt fra leverandør. Samarbeidsavtalen ble inngått i 2017, og omfatter alle anskaffelser innen bransjene bygg, anlegg og renhold. Gjennom samarbeidsavtalen gis tilgang til oppdatert skatte- og avgiftsinformasjon mv. fra Skatteetatens registre, og fullmakt innhentes både fra vinnende tilbyder i anskaffelsesprosessen, og fra relevante kontraktsmedhjelpere i kontraktsutførelsen. Opplysningene gir en oppdatert oversikt over eventuelle skatte- og avgiftsrestanser og andre regelverksavvik som er registrert hos Skatteetaten, og gir etter Nye Veiers erfaring god mulighet til å avdekke useriøse aktører i kontraktkjeden før de gis tilgang til anleggsområdet. Hvorvidt det er mulig og ønskelig å implementere en slik løsning i nytt anskaffelsesregelverk er uklart, men det kan eventuelt vurderes, særlig for større anskaffelser.

Når det gjelder om anskaffelsesregelverket kan eller bør «sette offentlig land-til-land rapportering som vilkår i større anskaffelsesprosesser» så er dette spørsmålet noe uklart. Det legges til grunn at utvalget sikter til opplysningsplikten som påhviler flernasjonale konsern etter skatteforvaltningsloven § 8-12 med forskrifter, hvoretter en land-for-land-rapport skal leveres årlig for å sikre skattemyndigheter et bedre grunnlag for kontroll av konsernets fordeling av skattepliktig overskudd mellom ulike jurisdiksjoner, jf. også lovens § 8-11. Ettersom krav til og vilkår for slik rapportering allerede er hjemlet i skatteforvaltningsloven, antas at det ikke er selve rapporteringen som foreslås som «vilkår i større anskaffelsesprosesser», men at spørsmålet gjelder nytten av et krav om dokumentasjon av tidligere innsendt land-for-land-rapport, som del av kvalifikasjonssøknader i større anskaffelser.

Sett hen til at land-for-land-rapportering gjelder flernasjonale konsern med samlet årlig inntekt som overstiger NOK 6,5 milliarder, antas at et krav om innsyn i slike rapporter vil være relevant for større anskaffelser, for eksempel bygge- og anleggskontrakter, slik også utvalget viser til. Siden fristen for innlevering av land-for-land-rapporten er 12 måneder etter utløpet av siste regnskapsår, legges det videre til grunn at selve skatteopplysningene har begrenset aktualitet, sammenlignet for eksempel med en utvidet skatteattest som vist til over, men rapporten vil kunne gi god oversikt over flernasjonale tilbyderes samlede aktivitet, konsernstruktur og eierskap. En slik oversikt kan være nyttig som et tillegg eller alternativ til selskapsopplysninger som innhentes fra tilbyderne selv i form av selskaps- og organisasjonskart mv., eller ved søk i åpne kilder, og kan ha relevans for identifikasjonsbestemmelsene i FOA § 24-3. Det er likevel et spørsmål om nytteverdien for anskaffelsesprosessen er stor nok til å begrunne en slik regelverksendring.

2 Lokale og regionale leverandører

Er det nødvendig med endringer i anskaffelsesregelverket som gjør at offentlige anskaffelser har en størrelse og utforming som gjør at lokale og regionale leverandører kan delta i konkurransen om offentlige kontrakter? Hvilke endringer er i så fall mest aktuelle?

Når det gjelder spørsmålet om adgangen til å velge lokale og regionale aktører innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet, er det først og fremst en rettslig vurdering som utvalget vil utrede nærmere og som det i utgangspunktet ikke er nødvendig med innspill til.

Svar:

I forbindelse med anskaffelser som blant annet krever lokal kunnskap og oppfølging, for eksempel av grunnervervstjenester, har Nye Veier ved flere anledninger benyttet dynamisk innkjøpsordning, jf. FOA § 26-4.

En dynamisk innkjøpsordning har likhetstrekk med en rammeavtale, men er et åpent system med dynamikk på leverandørsiden. Når oppdragsgiver har kunngjort en ordning for en bestemt type ytelse, kan kvalifiserte leverandører når som helst søke opptak i denne. Det innebærer at leverandørkretsen kan vokse over tid, og herunder ivareta ulike geografiske forhold, i motsetning til ved en rammeavtale som er et lukket system.

Nye Veier har gjennomført en juridisk vurdering av om dynamisk innkjøpsordning lovlig kan benyttes ved anskaffelse av grunnervervstjenester, og fått dette bekreftet. En slik vurdering ble ansett nødvendig på grunn av ordlyden i FOA § 26-4 første ledd, som stiller krav til en viss standardisering av det som anskaffes for at ordningen kan anvendes. Bestemmelsen krever at ytelsen ikke skal trenge «særlige tilpasninger» for å oppfylle oppdragsgivers krav, og «hyllevarer» gis som eksempel. Ut fra sin ordlyd er ordningen derfor ikke direkte treffende for anskaffelser av tjenester, men Nye Veier har vurdert det slik at grunnervervstjenester er en type konsulentoppdrag som er kjent for markedet, og som løses på mer eller mindre samme måte ved bruk av samme type kompetanse og arbeidsoperasjoner, uavhengig av geografiske forhold som vil variere.

Utvalget kan følgelig vurdere om reguleringen av dynamisk innkjøpsordning i ny anskaffelseslov kan tilpasses slik at tjenesteanskaffelser som ivaretar geografiske forhold tydeligere kan omfattes av regelverket, og dermed gi oppdragsgiver økt fleksibilitet ved behov for anskaffelser av ulike standardiserte tjenester med lokal eller regional tilknytning.

3 Innretningen av erstatningsreglene

Hva er, etter ditt syn, problematisk eller velfungerende med erstatningsreglene i anskaffelsesretten? Her er det fint om dere bidrar til å belyse positive og negative sider ved dagens erstatningsbestemmelse, herunder hvilke elementer av erstatningsbestemmelsen som bør klargjøres. Det nevnes for ordens skyld at utvalget vil innhente et oppdatert kunnskapsgrunnlag som gjelder håndhevelsesdirektivene, og i denne rapporten vil EU-rettens krav til nasjonal rett kartlegges.

Svar:

Dette er en vid spørsmålsstilling, og Nye Veier knytter kun kommentarer til mulig lovregulert avgrensning av tilbyderes krav på erstatning for negativ eller positiv kontraktsinteresse.

Anskaffelsesprosesser for bygg- og entrprisekontrakter er som regel ressurskrevende for tilbyderne. I konkurransereglene oppgis derfor ofte et erstatningsbeløp som tilbyder som leverer et gyldig tilbud uten å vinne kontrakten, gis rett til å kreve utbetalt som

kompensasjon for sin deltakelse i konkurransen. Kompensasjonen utgjør en normert erstatning til dekning av kostnadene tilbyder har pådratt seg ved deltakelsen.

Dersom en tilbyder har blitt forbigått ved brudd på anskaffelsesregelverket, foreslås at utvalget vurderer å regulere at et eventuelt krav om erstatning kan avgrenses til den kunngjorte kompensasjonen for deltakelse i konkurransen. Argumentet er at det er en større risiko for en tilbyder ikke å bli tildelt kontrakt ved sin deltakelse i konkurransen enn at en ulovlig feil begås, og at tilbyder er villig til å akseptere denne risikoen på grunn av oppdragsgivers kompensasjon for deltakelsen. Det er derfor lite rimelig og anses å kunne virke prosessdrivende at en tilbyder kan oppnå et større erstatningsbeløp til dekning av negativ kontraktinteresse enn den aksepterte normerte kompensasjonen, ved å argumentere for feil ved oppdragsgivers gjennomføring av konkurransen. En avgrensning av erstatningsutmålingen sikrer en akseptert kompensasjon for negativ kontraktsinteresse, og gir forutsigbare økonomiske konsekvenser for oppdragsgiver.

Nye Veier er videre av den oppfatning at også utmåling av et eventuelt erstatningsbeløp for positiv kontraktsinteresse bør vurderes regulert og avgrenset. Utmåling av erstatning som skal beregnes individuelt for den aktuelle forbigåtte tilbyderen, ut fra en vurdering av hypotetisk nettofortjeneste ved gjennomføring av kontrakten, er uforutsigbart og kan potensielt påføre offentlige oppdragsgivere og samfunnet som sådan, store økonomiske byrder. Som et alternativ kan det vurderes at erstatning i stedet utmåles basert på tilbyderens dokumenterte gjennomsnittlige overskudd fra virksomheten de siste tre regnskapsårene, eventuelt ut fra gjennomsnittlig treårig overskuddsmargin for relevant bransje. Dette vil sikre en forbigått leverandør rimelig og markedsmessig erstatning for bortfalt kontraktsarbeid, samtidig som de økonomiske konsekvensene for offentlige innkjøpere som følge av feil ved anvendelsen av anskaffelsesregelverket, begrenses.

4 Innretningen av avvisningsreglene

Utvalget ber om innspill til ønskede avklaringer, endringer, presiseringer og annet. Også her er det fint om dere bidrar til å belyse eventuelle problemer og utfordringer med avvisningsreglene. Dere kan også peke på hvilke elementer av dagens avvisningsbestemmelser som dere opplever som velfungerende eller hensiktsmessige.

Svar:

Det vises til Nye Veiers svar datert 26.04.2023 på spørsmål som Anskaffelsesutvalget stilte før første delutredning, hvor følgende fremgår:

- 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 forenklende å regulere med større tydelighet hva som skal til for at et konkurransefortrinn skal anses utjevnet.*

Nye Veier har ingen supplerende merknader til avvisningsreglene på det nåværende tidspunkt.

5 Geografisk virkeområde

Foruten om å vurdere og kodifisere elementer fra Scanteam-saken (referanse), er det andre elementer av det geografiske virkeområdet i anskaffelsesregelverket som bør avklares?

Svar:

Ved vurdering av om en tilbyder kan påberope å være rettighetshaver etter regelverket om offentlige anskaffelser, kan det særlig være utfordrende for oppdragsgiver å avklare rekkevidden av LOA § 3 annet punktum, altså hvilke «*virksomheter som er gitt rettigheter etter WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av slike avtaler*». Bestemmelsen fordrer at en oppdragsgiver både undersøker hvilke internasjonale avtaler som er inngått mellom Norge og den staten som en aktuell tilbyder har sitt sete i (multi- og bilaterale), og om en slik avtale etter sitt innhold omfatter samarbeid og rettigheter knyttet til relevante offentlige anskaffelser.

Det hadde vært en fordel om internasjonale handelsavtaler som gir rettigheter etter dagens LOA § 3 annet punktum, fremgikk av en oppdatert oversikt som eventuelt kan lenkes til fra bestemmelse om rettighetshavere i ny anskaffelseslov. Utvalget bes vurdere en slik løsning.