

Nytt regelverk for offentlige anskaffelser

Ved årsskiftet trådte nytt regelverk for offentlige anskaffelser i kraft. Artikkelen redegjør for enkelte sentrale hovedtrekk med det nye regelverket.



Advokat
Espen Lyngmo
BDO Advokater

Offentlig sektor bruker opp mot 500 milliarder kroner årlig på kjøp av varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider, samt andre tjenester. Anskaffelsesreglene skal sikre at disse midlene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive og samfunnstjenlige innkjøp, samt at offentlig sektor gjennom sine innkjøp bidrar til å utvikle et konkurransedyktig næringsliv.

Regelverket som styrer prosessene, er samtidig komplisert, og 1. januar i år trådte et revidert regelverk for offentlige anskaffelser i kraft. Både loven og forskriftene er revidert.

Formålet med endringene er forenkling for oppdragsgivere og leverandører, økt fleksibilitet og reduksjon av administrative byrder. Spørsmålet er om dette oppnås, og hvorvidt dette går på bekostning av leverandørenes forutberegnelighet, samt små og mellomstore bedrifters muligheter for å vinne offentlige anbud.

Det er mange endringer i regelverket. I det følgende vil jeg redegjøre for noen av de mest sentrale endringene i anskaffelsesforskriften (FOA) – med størst fokus på økt nasjonal terskelverdi og ny prosedyreform i del II. Først vil jeg imidlertid redegjøre kort for den rettslige bakgrunnen for det reviderte regelverket.

Rettslig bakgrunn og regelverkets oppbygning

Bakgrunnen for det nye regelverket er tre nye EU-direktiver om offentlige anskaffel-

ser som ble vedtatt 26. februar 2014. Dette resulterte i NOU 2014:4 «Enklere regler – bedre anskaffelser». Ny lov ble vedtatt 17. juni 2016 og nye forskrifter ble vedtatt 18. august 2016. I tillegg trådte flere endringer i kraft fra 1. juli 2015, herunder blant annet:

- Anskaffelser under 100 000 kroner ekskl. mva. ble helt unntatt fra regelverket
- Kravet til skatteattest ble hevet fra 100 000 kroner til 500 000 kroner
- Kravet til HMS-egenerklæring ble opphevet i del II og III

Anskaffelsesforskriften (FOA) er sentral. Det er denne som angir de nærmere reglene for gjennomføringen av en offentlig anskaffelse i klassisk sektor. Klassisk sektor omfatter de fleste anskaffelsene av varer, tjenester og bygg- og anlegg. Rent praktisk må derfor mange oppdragsgivere og leverandører følge reglene i FOA i seks deler. De alminnelige bestemmelsene fremgår av del I, mens anskaffelser under EØS-terskelverdiene («nasjonale anskaffelser») reguleres av del II og anskaffelser over EØS-terskelverdiene reguleres av del III.

Del II har gjennomgått en relativt kraftig forenkling. Til illustrasjon hadde gammel FOA del II 41 paragrafer. Ny FOA har 34. Gammel del II hadde ca. 6500 ord, mens ny har ca. 3100 ord.

Økning av nasjonal terskelverdi

Anskaffelsesregelverket gjelder som nevnt ikke for anskaffelser med verdi under 100 000 kroner ekskl. mva., jf. anskaffelseslovens § 2. Dermed er det heller ikke kunngjøringsplikt for slike anskaffelser.

Fra 1. januar i år har den nasjonale terskelverdien økt fra 500 000 kroner ekskl. mva. til 1 100 000 kroner ekskl. mva. Dette betyr at offentlige anskaffelser under 1 100 000 kroner ekskl. mva. ikke trenger å kunngjøres i Doffin, som er den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser. Økningen er stor og medfører



Næringsminister Monica Mæland har fremhevet det økte handlingsrommet og den økte fleksibiliteten det nye regelverket gir.

at en betydelig del av enkeltanskaffelsene berøres av endringen.

Loven og FOA del I gjelder fortsatt

Selv om det ikke er krav til kunngjøring for anskaffelser under 1 100 000 kroner ekskl. mva., gjelder reglene i loven og FOA del I fortsatt. Det er krav om at oppdragsgiver følger de grunnleggende prinsippene i loven § 4, som lyder:

«Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet».

Oppdragsgivers skjønn

Det er imidlertid overlatt til oppdragsgivers skjønn å vurdere hva som må til for å oppfylle disse prinsippene i den enkelte anskaffelsen. Det skal gjøres en konkret helhetsvurdering av hver anskaffelse. Loven og FOA del I inneholder ingen prosedyreregler og oppdragsgiver gis et stort handlingsrom til å organisere konkurransen på den måten han selv mener er best. Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) har på sine nettsider (regjeringen.no/no/dep/nfd) skrevet en veiledning med hensyn til hva som gjelder ved såkalte «Del I-anskaffelser».

Hva gjelder kravet til konkurranse, fremgår det av NFD sin veileder at oppdragsgiver må gjøre oppdraget kjent for et rimelig antall leverandører, for på denne måten å oppnå best mulig pris og kvalitet i det relevante markedet. Det er videre ansett som en god *tommelfingerregel* å spørre om tilbud fra minst tre leverandører.

Det er etter min vurdering et betimelig spørsmål om dette *de facto* er forenkling. Enkelte vil hevde at det er enklere for det store antallet innkjøpere å forholde seg til standardiserte prosedyrer enn skjønn. For leverandørene kan oppdragsgivers utvelgelse av aktuelle kandidater til konkurransen oppleves vilkårlig og dermed ikke rettfærdig. Det gjenstår derfor å se hvordan dette slår ut etter at terskelverdien har fått virke en stund til.

Bransjeorganisasjonene, særlig NHO og Bedriftsforbundet, har vært kritiske. De frykter at de små og mellomstore bedriftene blir taperne, fordi de ikke lenger får offentlig kunnskap om konkurransene og dermed ikke slipper til i konkurransene før kontrakt inngås.

Kunngjør konkurranser under 1 100 000?

Det er sannsynlig at mange oppdragsgivere likevel vil kunngjøre konkurranser under 1 100 000 kroner ekskl. mva. i Doffin, blant annet av frykt for å gjøre feil som kan angripes av leverandører som mener regelverket er overtrådt. Alternativt kan egen nettside benyttes som kunngjøringsarena. Oppdragsgivere bør uansett fremgangsmåte ha en helhetlig plan og gode rutiner med hensyn til hvordan anskaffelser under ny terskelverdi skal håndteres. Det er krav om at oppdragsgivere skal sikre dokumentasjon av anskaffelsesprosessen ved å føre protokoll.

Barne- og likestillingsdepartementet var på årets første arbeidsdag først ute med å kunngjøre en konkurranse etter det nye regelverket. De skulle anskaffe konsulentbistand til en juridisk vurdering. Anskaffelsen var estimert til ca. 500 000 kroner ekskl. mva. Til tross for at anskaffelsen hadde en verdi på under halvparten av den nye nasjonale terskelverdien, valgte oppdragsgiver likevel en frivillig kunngjøring i Doffin.

Om dette blir regelen for offentlige aktører, vil tiden vise. Denne måten å kunngjøre anskaffelser på gjør i alle fall at alle potensielle leverandører får alle nødvendige opplysninger om konkurransen. Oppdragsgiver er derfor nærmere å sikre seg det beste tilbudet.

Mitt råd til leverandører som ønsker kontrakter med det offentlige er, særlig på bakgrunn av endringen i terskelverdi, å oppsøke oppdragsgivere oftere og mer direkte for å få opplysninger om aktuelle konkurranser.

Fjerning av forhandlingsforbudet i FOA del II

Tidligere har det ikke vært adgang til å forhandle på inngitte tilbud. Det er nå innført en ny prosedyreform i del II kalt *tilbudskonkurranse*. De nærmere reglene fremgår av FOA §§ 9–2 og 9–3. Hovedregelen blir nå at oppdragsgiver – *etter* at tilbudene er inngitt og gjennomgått – kan bestemme seg for om han vil forhandle (ha dialog med leverandører). Det er en klar fordel for oppdragsgiver at han kan vente til dette tidspunktet all den tid han først da kjenner tilbudenes innhold og dermed har det nødvendige grunnlaget for å avgjøre om det er behov for å forhandle.

Oppdragsgiver kan velge om han vil ha dialog med en eller flere leverandører og dialogen kan omhandle alle sider ved tilbudet, både når det gjelder avklaringer og reelle forhandlinger.

Flertallet i forenklingsutvalget poengterte i NOU 2014:4 at forslaget om å fjerne forhandlingsforbudet i del II var det mest radikale, både hva gjelder materiell endring av gjeldende rett og muligheter for forenkling og økt fleksibilitet.

Den klare fordelten med denne endringen er at det vanskelige skillet mellom oppdragsgivers *avklaringer* om klarheter mv. og *forhandlinger*, viskes bort.

Oppdragsgiver kan nå gjøre de avklaringene han ønsker uten å risikere å bli møtt med innsigelser om at det er utført ulovlige forhandlinger. Dette gir oppdragsgiver fleksibilitet. På den annen side svekkes leverandørens forutberegnelighet all den tid de ikke med sikkerhet vet om det vil bli forhandlinger eller ikke. Det er gode grunner til at leverandører finner en slik usikkerhet uheldig. Frykten for å bli utsatt for et forhandlingspress, samt manglende ressurser eller kompetanse til å forhandle er eksempler på grunner.

Ordlyden i den nye forskriften åpner for flere tolkningsmuligheter. Departementet har videre gitt en veiledning til bestemmelsene. På samme måte som ved endringen av nasjonal terskelverdi blir det derfor interessant å følge utviklingen med hensyn til hvordan dette slår ut i praksis.

Oppdeling av anskaffelser – delkontrakter

Et av formålene med det nye regelverket er å legge til rette for at mindre leverandører skal kunne levere tilbud til det offentlige. Det har vært en utfordring når anskaffelsene er store og komplekse. Et av virkemidlene er FOA § 19–4. Jeg siterer fra bestemmelsens første og andre ledd:

«(1) Oppdragsgiveren kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. Oppdragsgiveren bestemmer selv størrelsen på og innholdet i delkontraktene.

(2) Dersom oppdragsgiveren ikke deler opp anskaffelsen i delkontrakter, skal han gi en kort begrunnelse for dette i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen. Begrunnelsen kan ikke overprøves.»

Lovgiver har begrunnet bestemmelsen med at oppdeling av anskaffelser kan gi økt konkurranse om oppdraget. Mindre delkontrakter er for eksempel bedre tilpasset små og mellomstore bedrifters kapasitet, fagområde eller geografiske plassering.

Et illustrerende eksempel er ved kjøp av bygge- og anleggsarbeider. Her kan det være aktuelt for oppdragsgiver å dele opp anskaffelsen ved å inngå flere mindre entreprisekontrakter fordelt på fag, for eksempel VVS, elektro, tømmer mv. som alternativ til å inngå en stor totalentrepri-sekontrakt.

Oppdragsgiver kan imidlertid ikke dele opp en anskaffelse for å unnta kontrakten fra forskriftene. Det er den samlede verdien av alle delkontraktene som skal legges til grunn ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi, jf. FOA § 5–4.

Begrensning i antall ledd i leverandørkjeden

Det er innført regler om å begrense antallet ledd i kontraktskjeden i bransjer der det er særlige utfordringer med arbeidslivskriminalitet. En begrensning i antall ledd vil kunne gjøre det lettere å føre kontroll og ha kommunikasjon med de enkelte leddene i kjeden. Formålet med bestemmelsen er at det skal være et nyttig virkemiddel i arbeidet med å motvirke arbeidslivskriminalitet. Reglene fremgår i FOA §§ 8–13, 19–2 og 19–3.

Det sentrale er at oppdragsgiver skal stille krav om at leverandørene maksimalt kan ha to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider eller i kontrakter om renholdstjenester. Bestemmelsen åpner imidlertid for at det kan være flere ledd i kjeden dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse eller for å få gjennomført en kontrakt.

Elektronisk egenerklæringskjema (ESPD)

Et sentralt forenklingstiltak i det nye regelverket er krav om bruk av elektronisk egenerklæringskjema (ESPD). Egenerklæringen er en foreløpig dokumentasjon om at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, eventuelle utvelgelseskriterier og at det ikke foreligger grunner for avvisning.



Offentlig sektor bruker opp mot 500 milliarder kroner årlig på kjøp av varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider, samt andre ytelser.

Formålet med egenerklæringen er å redusere administrasjonsbyrden for alle involverte parter. Leverandørene behøver kun å levere egenerklæringen, og oppdragsgiver slipper å kontrollere andre leverandører enn valgt leverandør.

Skjemaet er obligatorisk for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. For anskaffelser under EØS-terskelverdiene vil det være frivillig å benytte skjemaet.

Digitalisering av anskaffelsesprosessen

Regelverket forutsetter også at oppdragsgivere og leverandører benytter løsninger for elektronisk konkurranse gjennomføring for innlevering av tilbud. Oppdragsgiver og hver enkelt leverandør skal ha sitt eget system (KGV), og disse systemene skal snakke sammen.

Kravene til elektronisk kommunikasjon og informasjonsutveksling trer gradvis i kraft:

- 1. april 2017 for innkjøpsentraler
- 1. januar 2018 for statlige myndigheter
- 1. juli 2018 for andre oppdragsgivere (fylkeskommuner og kommuner)

Forberedende markedsdialog før konkurransen kunngjøres

Å ha dialog med markedet har ikke vært ulovlig, men under det gamle regelverket var det en tendens til at oppdragsgivere ikke ville ha kontakt med potensielle leverandører i planleggingsfasen av en konkurranse. Årsaken var frykt for at dette ville

skape støy og potensielt diskvalifisere leverandøren fra konkurransen.

FOA inneholder nå klare bestemmelser som regulerer oppdragsgivers mulighet til å gjennomføre undersøkelser for på best mulig vis forberede anskaffelsen og ha dialog med leverandører før konkurransen. Dette fremgår av FOA §§ 8–1 og 12–1, samt §§ 8–2 og 12–2.

For oppdragsgiver er det svært nyttig å ha en konstruktiv dialog med de som kjenner markedet best før en konkurranse kunngjøres. På denne måten kan konkurransen og kravspesifikasjonene tilpasses det oppdragsgiver ønsker å anskaffe. Oppdragsgiver må imidlertid passe på at dialogen ikke bidrar til konkurransevridende effekt eller strider mot prinsippet om likebehandling. Opplysninger som blir utvekslet før konkurransen kunngjøres, må ikke føre til at noen leverandører får konkurransefortrinn.

Avsluttende bemerkninger

Næringsminister Monica Mæland sendte 14. februar i år ut et brev til oppdragsgivere hvor hun særlig trakk frem det økte handlingsrommet og den økte fleksibiliteten det nye regelverket gir. Regelverket har nå vært i kraft i om lag fem måneder, men det er for tidlig å trekke noen konklusjoner med hensyn til om regelverkets formål oppnås. Praksis fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) vil kunne gi noen indikasjoner når regelverket har fått virke i noe lengre tid.