

Nærings- og fiskeridepartementet

Levert elektronisk på www.regjeringen.no

Vår ref.: ASB

Oslo, 10. februar 2024

Innspill til høring – Ny lov om offentlige anskaffelser – første delutredning

Arkitektbedriftene i Norge (AiN) er bransjeorganisasjonen for bedrifter med praktiserende arkitekter, landskaps- og interiørarkitekter i Norge. Vår medlemsmasse omfatter rundt 550 bedrifter som totalt har ca. 6000 ansatte, hvilket utgjør ca. 90 % av arkitektbransjen. Arkitektene er en del av bygg- og anleggsnæringen som utgjør en vesentlig andel av leverandørmarkedet til offentlige anskaffelser.

Nærings- og fiskeridepartementet har sendt på høring NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser – første delutredning. *Arkitektbedriftene i Norge* har følgende innspill:

1. Generelt

Innledningsvis ønsker vi å uttrykke at det er et omfattende materiale som har vært på høring, samtidig som det har vært utfordrende å se fullstendig rekkevidde av enkelte av forslagene i og med at neste delutredning omhandler forhold av stor betydning, bl.a. hensynet til lokale og regionale leverandører og hele sanksjonssystemet. Våre innspill kan dermed bære preg av at hele skissen til regelverk ikke har foreligget.

AiN støtter at reglene om offentlige anskaffelser i hovedsak flyttes til lov, men ser enkelte ulemper ved at regelverket blir delt opp gjennom at vedleggene skal ligge i forskrift. Se pkt. 5.3 nedenfor.

2. Formålsbestemmelsen

Formålsbestemmelsen er foreslått utvidet til også å omfatte «bærekraftig bruk» av samfunnets ressurser. Det er positivt at bærekraft kommer inn i formålsbestemmelsen og spesielt at alle de tre dimensjonene av bærekraft er omfattet og eksemplifisert i oppstillingen.

AiN kunne ønsket seg at det kom tydeligere frem i regelverket at også de ressurser som leverandørene legger ned i tilbudsfasen er omfattet når man vurderer hva som er «effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser».

Det er et overordnet mål at ressursene som brukes på en anskaffelse må stå i et rimelig forhold til anskaffelsens verdi. Innkjøper har gjerne mest fokus på egne transaksjonskostnader ved gjennomføringen av en anskaffelse. For leverandørsiden, som legger ned svært mye ressurser i

konkurransfasen, er det problematisk at det ofte settes krav til dokumentasjon eller leveranser som er unødvendig omfattende eller som krever store investeringer uten å gi merverdi til anskaffelsen. Det er også en utfordring at prosessen frem til kåring av en vinner ofte er uforutsigbar og dermed umulig å prise inn, f.eks. at forhandlinger trekker ut i lang tid eller at mer og mer skal leveres eller omarbeides. Spesielt krevende er det der det kreves løsningsforslag i tilbudet og disse skal tegnes om eller utdypes i forhandlingsfasen.

Det er også samfunnstjenlig å begrense leverandørenes ressursbruk i tilbudsfasen slik at investeringen de har ifm. deltakelsen ikke i seg selv skaper konflikter og høyere ressursbruk for begge sider gjennom flere innsynskrav, klager osv.

3. Miljøbestemmelsen

AiN støtter utvalgets forslag til bestemmelse om grønn omstilling. Forslaget er godt i tråd med våre innspill i høringen til den miljøbestemmelse som tredde i kraft 1. januar 2024. Det er viktig at innkjøper gjør en vurdering og stiller tilpassede kriterier på det nivået eller stadiet de vil gi mest effekt på miljøet.

Det er vesentlig for å lykkes med å påvirke miljøet gjennom innkjøp at kompetansen på innkjøpersiden er høy. Det påpekes derimot i rapport fra Riksrevisjonen at manglende kompetanse er en av de største hindringene for mer miljøvennlige anskaffelser og at der det stilles absolutte krav eller kontraktsvilkår knyttet til miljø, er disse sjeldent ambisiøse.

Arkitektbransjen har lenge hatt høyt fokus på bærekraftige løsninger, fremtidig miljøbelastning og driftskostnader for bygg. For en innkjøper er det likevel ikke lett å definere gode krav til miljøkompetanse. Ofte glemmes det at også andre forhold enn rent energiforbruk har stor påvirkning på miljøet. F.eks. byggets plassering, orientering, form, fasadeutforming, detaljer, hvilke materialer, energikilder og installasjoner som brukes, hvor fleksibelt bygget er (flerfunksjonalitet og sambruk), hvor arealeffektivt bygget er osv. Det er viktig at innkjøper beskriver hva de faktisk legger i krav til miljø.

Kunnskap om både bransje og miljø er vesentlig for å stille effektive miljøkrav i den enkelte anskaffelse og for å sikre at miljøkravene følges opp. Miljøambisjoner fastlegges gjerne i planleggingsfasen av en anskaffelse. Der innkjøpersiden ikke har kompetanse bør denne kjøpes inn.

4. Forenkling av reglene for vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-verdi

For de nasjonale anskaffelsene foreslår utvalget vesentlig forenkling og legger opp til stor grad av fleksibilitet for innkjøper. AiN støtter at det gjøres forenklinger under EØS-terskelverdi, men behovet for forenkling må samtidig veies opp mot leverandørenes behov for gjennomsiktighet og forutsigbarhet.

Det er en god forenkling at reglene i dagens Foa del II forsvinner, slik at vi ikke har flere regimer for nasjonale anskaffelser, men at nær 80 % av alle anskaffelser i Norge ikke skal måtte kunngjøres og tilnærmet kan gjøres som direktekjøp etter en rask markedsundersøkelse synes vi er å dra forenklingen for langt. Det bør være kunngjøringsplikt for anskaffelser over en viss verdi, f.eks. 1 mill. NOK.

Vi er også skeptiske til at de EØS-rettslige prinsippene ikke skal ha anvendelse for denne store delen av anskaffelser som gjøres i Norge. Disse prinsippene har hatt stor betydning for tolkningen av andre bestemmelser i regelverket og vi er redd at det både blir stor usikkerhet hos innkjøpere og

leverandører om betydningen av rettspraksis og at konfliktnivået kan øke. De forvaltningsrettslige prinsippene som skal gjelde i stedet har ikke samme innhold som de EØS-rettslige prinsippene. Som eksempel kan nevnes at det forvaltningsrettslige likebehandlingsprinsippet kun gjelder ift. innkomne tilbud, mens det EØS-rettslige likebehandlingsprinsippet gjelder både innkomne tilbud og potensielle tilbud.

Det er heller ikke lagt opp til at innkjøpers vurderinger i denne sammenheng skal måtte dokumenteres. I Danmark, hvor mye av inspirasjonen til forenklingene er hentet er regelen at:

«Ordregiveren skal imidlertid sikre sig, at indkøbsprocessen dels er gennemført på et sagligt grundlag og i overensstemmelse med de øvrige grundlæggende forvaltningsretlige principper, dels at dette i fornødent omfang kan dokumenteres».

Det er videre foreslått at leverandører som ikke får oppdraget skal få meddelelse om dette, men at en begrunnelse for hvorfor de ikke vant må etterspørres spesifikt. En begrunnelse bør etter AiNs mening alltid gis, både under og over EØS-terskelverdi. Der konkurransen innebærer en prekvalifisering må begrunnelse for utvelgelse gis ved beslutning om hvem som prekvalifiseres. I konkurranser hvor man prekvalifiseres til en fase som innebærer utarbeidelse av løsningsforslag, f.eks. i en begrenset plan- og designkonkurranse eller en begrenset anbuds konkurranse for totalentreprise med løsningsforslag, arbeider man gjerne flere måneder med løsningen før en vinner kåres. I slike tilfeller vil det være for sent å få medhold i at man skulle ha vært prekvalifisert når arbeidet i konkurransens fase to allerede er gjennomført. Vi har erfart flere ganger at innkjøpere ikke gir begrunnelse for utvelgelse eller innsyn og begrunner dette med at tildelingsbeslutning ikke er truffet.

Vi registrerer at det for anskaffelser under EØS-terskelverdi ikke foreslås en regulering av hvor innkjøper skal offentliggjøre at kontrakt er inngått. AiN mener at dette for alle praktiske formål må kunngjøres på Doffin.

Forenklingene på disse punktene er for omfattende og vi tror de på sikt er egnet til å svekke tilliten til det offentlige. Når det ikke er kunngjøringsplikt, ikke automatisk må gis en begrunnelse og publisering av en inngått kontrakt kan gjøres på egne hjemmesider e.l. svekker dette leverandørens behov for gjennomsiktighet og kontroll vesentlig. I ytterste konsekvens legger det til rette for tilstander vi ikke ønsker i Norge, som kameraderi og korrupsjon.

Over EØS-terskelverdi er behovet for begrunnelse beskrevet slik (s. 339):

«Begrunnelsen sikrer etterprøvnbarhet, og gjør leverandøren i stand til å vurdere om utvelgelsen har skjedd i tråd med de objektive og ikke-diskriminerende reglene som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse.»

Bakgrunnen for kunngjøring av inngått kontrakt er beskrevet slik (s. 315):

«Gjennomsiktighet om hvem som har vunnet konkurransen vil sette andre leverandører eller markedet i stand til å vurdere om konkurransen har gått riktig for seg, og om det eventuelt er grunnlag for å klage til oppdragsgiver eller ta rettslige skritt.»

Vi kan ikke se at de samme hensynene ikke gjør seg gjeldende for innkjøp under EØS-terskelverdi.

Når det gjelder reglene for bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdiene støtter AiN mindretallets forslag. Flertallets forslag innebærer delvis forenkling, men innføringen av flere ulike regimer vil være utfordrende å forholde seg til, både for innkjøpere og leverandører.

Vi støtter også mindretallets forslag om at vesentlige forhold og viktige beslutninger dokumenteres i en anskaffelsesprotokoll, og at fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder skal brukes som hovedregel også under EØS-terskelverdi. I de mindre oppdragene vil det være enda større grunn til å benytte standardkontrakter for å holde transaksjonskostnadene nede, se også pkt. 5.2 nedenfor.

5. Anskaffelser over EØS-terskelverdi

5.1. Generelt

AiN støtter ikke at tolkningsprinsippene om at innkjøper har risikoen for uklarheter i anskaffelsesdokumentene og at leverandør har risikoen for uklarheter i tilbudet tas ut av regelverket. Dette er oppdragende og nyttige påminnelser til begge parter og det er på langt nær alle som er kjent med bakgrunnsretten.

5.2. Bruk av standardkontrakter

Utvalget foreslår en regel som oppfordrer til at fremforhandlede og balanserte standardkontrakter skal brukes og at avvik fra disse skal begrunnes.

Vi finner ordlyden i § 19-1 (2) noe uklar og er usikre på om «avvik» skal forstås som at man ikke vil benytte standardkontrakt i det hele tatt eller at man gjør enkelte «avvik» fra en standardkontrakt man vil benytte.

AiN mener uansett det bør innføres en plikt til å anvende standardkontrakter, og at der man gjør avvik fra de enkelte bestemmelsene skal de begrunnes som foreslått.

Ved utarbeidelse av de juridiske standardene som utvikles i regi av Standard Norge legges det ned enormt med ressurser fra bransjen, leverandørsiden som innkjøpersiden. Bruk av fremforhandlede og balanserte standardkontrakter innebærer i seg selv forenkling og reduserer risiko for utilsiktede virkninger både i gjennomføringen av oppdraget og i resultatet.

AiN kan heller ikke se noen grunn til at denne bestemmelse kun skal gjelde over EØS-terskelverdi. Tvert imot vil det være enda større grunn til å holde transaksjonskostnadene nede i mindre oppdrag, og dermed enda større grunn til å benytte standardkontrakter.

5.3. Dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, særlig kvalitetssikring og miljøledelse

For strenge kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav hindrer små- og mellomstore bedrifter i å kunne gi tilbud til det offentlige.

Krav om tredjepartssertifisering av systemer for kvalitetssikring eller miljøledelse utelukker i prinsippet de fleste SMBer og bør ikke kreves uten at det også tillates at slike systemer kan dokumenteres på annen måte, f.eks. ved beskrivelse av systemet.

I arkitektbransjen finnes det kun en håndfull arkitektfirmaer som innehar sertifisering på ISO-nivå og det er i hovedsak større firmaer som eksporterer sine tjenester utenfor Norge. Fokus på kvalitet og

miljø er vi absolutt tilhengere av. Arkitekter er allerede underlagt krav til kvalitetssikring etter plan- og bygningslovgivningen, SAK kap. 10. Arkitektbransjen har også lenge jobbet målrettet for bedre miljøløsninger. Å stille krav om ISO-sertifisering bidrar etter vår mening kun til større administrative byrder uten at vi kan se at det vil få nevneverdig innvirkning på verken kvalitet eller miljø. Det bidrar kanskje tvert imot til mindre tid til faktisk kvalitetssikring og forskning rundt de gode, miljøvennlige løsningene.

Hvis vi forstår det riktig, vil innholdet i det som i dag er hovedregelen i nåværende FoA § 16-6 bli plassert i ny forskrift, mens dagens regel i FoA § 16-7 blir plassert i ny lov § 17-8.

Vi tror at denne oppdelingen vil medføre at det i flere konkurranser ubevisst blir stilt krav om tredjepartssertifisering, noe som er svært uheldig og antakelig heller ikke tilsiktet fra utvalget. Om ikke hovedregelen plasseres i lov, må veiledning som utarbeides være tydelig på hva som fremdeles er hovedregelen.

Vi stiller også spørsmål til om det er tilsiktet at teksten i § 17-8 ikke er like direktivnær som andre bestemmelser som er implementert.

I EU-direktiv art. 62 står det at:

«Såfremt de ordregivende myndigheter kræver fremlæggelse af certifikater udstedt af uafhængige organer til bekræftelse af, at den økonomiske aktør opfylder bestemte kvalitetssikringsstandarder, herunder adgang for handicappede, henviser disse myndigheder til kvalitetssikringssystemer, som bygger på de relevante europæiske standardserier, der er certificeret af godkendte organer.»

Vi stiller spørsmål til om det tilsiktet at § 17-8 ikke skiller mellom kvalitetssikringssystemer og kvalitetssikringsstandarder, slik som i direktivteksten.

5.4. Rammeavtaler, s. 282 flg. §§ 11-1 til 11-5

Bruken av rammeavtaler har eskalert de senere årene. I mange tilfeller kan inngåelse av rammeavtaler være fornuftig, men vi ser også noen uheldige konsekvenser av bruken av rammeavtaler. I flere tilfeller erfarer vi at det knapt nok tilflyter leverandører oppdrag under rammeavtalen. I andre tilfeller ser vi at rammeavtaler benyttes på store oppdrag, som burde ha vært lyst ut i egen konkurranse. Vi savner veiledning på hva rammeavtaler er ment brukt til og egnet for.

Arkitektbransjen opplever et stort prispress i offentlige innkjøp generelt, og på rammeavtaler spesielt. Det henger gjerne sammen med at pris benyttes som kriterium både ved inngåelsen av rammeavtalen og i minikonkurranser under rammeavtalen. I tillegg blir man gjerne hengende med timerater som ikke skal justeres i avtaleperioden og dermed blir mindre og mindre lønnsomme, i verste fall medfører tap for leverandørene for hver time som leveres.

AiN mener det bør være regulert at samme kriterier som man har konkurrert på ved inngåelsen av rammeavtalen ikke kan konkurreres om på nytt i minikonkurranser.

I noen tilfeller har vi dessuten erfart at innkjøper krever at leverandørene skal betale proveny for det de får av oppdrag under en rammeavtale. Dette er svært uforutsigbart og umulig å ta høyde for under tilbudsgivning. Det er dessuten ofte vanskelig å oppdage når det ligger gjemt langt nede i en kontraktsbestemmelse.

Av erfaring vet vi at ikke alle tilbydere overskuer konsekvensene av proveny og at det derfor ikke tas høyde for i tilbudet. I et slikt tilfelle risikerer tilbyder å ende opp med å finansiere innkjøpers forvaltning av rammeavtalen med egen fortjeneste.

Det bør presiseres at leverandør ikke kan pålegges noe administrasjonsgebyr ved bruk av rammeavtaler på samme måte som det er gjort i § 11-6 (5) for dynamisk innkjøpsordning.

5.5. Dynamisk innkjøpsordning

En dynamisk innkjøpsordning er en ordning som er ment brukt ved anskaffelse av «standardiserte varer og tjenester» eller såkalte «hyllevare». Etter AiNs oppfatning misbrukes denne ordningen i dag av enkelte innkjøpere som oppfatter henvisningen til «hyllevare» kun som informativ art. AiN har registrert enkelte tilfeller der denne ordningen er benyttet ved kjøp av arkitekttjenester.

Arkitekttjenester er svært langt fra å være «hyllevare» og det finnes heller ingen standardiserte ytelser. Arkitektytelser varierer mye i omfang og innhold og kan omfatte alt fra plan- og reguleringsarbeid, prosjektering av små og store bygg, landskap og interiør, bistand i byggesøknadsprosessen, utredninger m.m. Ytelsene må tilpasset hvert enkelt oppdrag.

Når ordningen brukes på tjenester den ikke er egnet for er risikoen stor for at innkjøper får en mislykket anskaffelse ettersom prosessen er fullelektronisk og det ikke er tillatt med kommunikasjon verken ved kvalifisering inn i ordningen og ved tilbudsgivning. Det øker også sjansen for at det må gjøres til dels store endringer i anskaffelsen etter at kontrakt er inngått.

Det bør presiseres nærmere hva ordningen passer å brukes til og ikke. Det bør fremgå at ordningen ikke passer for intellektuelle tjenester som f.eks. prosjektering og teknisk rådgivning.

6. Plan- og designkonkurranser

Plan- og designkonkurranser er omtalt som en prosedyre som åpner for innovasjon og som «kan brukes til å utvikle et innovativt løsningsdesign». Det støttes av AiN.

Det er viktig at dette også verdsettes og at premienivået eller honorar i en fase etter prekvalifisering står i forhold til det materialet som kreves innlevert eller utarbeidet i konkurransen.

Det er også viktig at evt. forhandlinger i etterkant begrenses i omfang og ikke omfatter det å tegne om løsningsforslag. Vi ønsker at dette tydeliggjøres.

Med vennlig hilsen



Steinar Skjerdingstad

adm.dir



Anette Sjøby Bakker

jur. sjefsrådg.