

Fafo Østforum-artikkel:

Offentlig innkjøp som regulator

Hvordan kan det offentlig bidra til likeverdig konkurranse og ryddige arbeidsforhold i et stadig åpnere marked? Med kjøp for nesten 260 milliarder kroner i året har det offentlige mulighet til å være pådriver på disse områdene gjennom en aktiv bruk av regelverket.

Et annet virkemiddel som det offentlige kan ta i bruk er ILO-konvensjon nr 94, som pålegger norske lønns- og arbeidsvilkår i forbindelse med offentlige kontrakter. Denne gjelder nå for oppdrag fra statlige etater og vil bli innført for kommuner og fylkeskommuner i løpet av neste år.

I denne Fafo Østforum-artikkelen vil vi i korte trekk oppsummere bakgrunn og endringer i regelverket. Artikkelen vil bli oppdatert etter hvert som det skjer noe nytt (Fafo Østforum, 20.10.06).

Av Anne Mette Odegård, forsker ved Fafo

Regelverket for offentlige innkjøp har vært til revisjon og de nye reglene skal etter planen gjøres gjeldende fra 1. januar 2007. Offentlig innkjøp utgjør i Norge om lag 15 prosent av brutto nasjonalprodukt, noe som tilsvarer nær 260 milliarder kroner i 2004. Det er med andre ord et marked av svært stor betydning, både for skattebetalerne og næringslivet. Omfanget tilsier også at regelverket kan ha betydning for reguleringen av konkurranse- og arbeidsforhold mer generelt. Samtidig er det et juridisk vanskelig område, der oppdragsgivere lett kan trå feil. Man har så langt manglet effektive sanksjonsmidler ved brudd på regelverket for offentlige anskaffelser og sanksjoner er derfor ett av de viktigste områdene i det nye regelverket.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet har i 2005 og 2006 arbeidet med revisjon av regelverket, blant annet for å implementere nye EU-bestemmelser. En ny lov om offentlig innkjøp ble vedtatt i juni 2006 men er altså ennå ikke trådt i kraft. Arbeidet ble først forsinket på grunn av regjeringsskiftet høsten 2005 og siden er det blitt forsinkelser med innlemming av de nye innkjøpsdirektivene i EØS-avtalen.

I forbindelse med revisjonen av regelverket og EU-utvidelsen i 2004, kom blant annet spørsmålet om implementering av ILO-konvensjon nr 94 opp (http://www.fn.no/ilo_informasjon/konvensjoner/loenn/konvensjon_nr_94_arbeidsklausuler_i_offentlige_arbeidskontrakter).

Denne konvensjonen dreier seg om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter. Det vil si at når det offentlige setter bort arbeid skal kontraktene inneholde krav til at arbeidstakerne får samme lønns- og arbeidsvilkår som for samme type arbeid innen det samme geografiske området. Konvensjonen gjelder nå for statlige kontrakter. I regjeringens handlingsplan mot sosial dumping heter det at: «ILO-konvensjon nr 94 med

krav til norske lønns- og arbeidsvilkår gjennomføres i 2007 også for kommuner og fylkeskommuner».

EØS-avtalen setter ramme for offentlige anskaffelser

EØS-avtalen setter strenge rammer for offentlig sektor, både når det gjelder organisering og drift. Med EØS-avtalen er Norge en del av EUs indre marked for varer, tjenester, kapital og personer. Avtalen fører dermed til at Norge må følge EUs anbudsregler for offentlige innkjøp. Vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter er underlagt ulike terskelverdier og regler. Ved tildelingen av kontrakter er hovedregelen at det billigste og mest fordelaktige tilbudet velges. Grunnleggende krav er konkurranse, ikke-diskriminering, forutberegnlighet, etterprøvbarhet og god forretningsskikk. Formålet med regelverket er at offentlige midler skal brukes på en best mulig måte og at næringslivet skal få fullverdige konkurransevilkår. En effektiv håndhevelse vil blant annet kunne forebygge kameraderi og korrupsjon.

Etter at EU-regelverket var gjennomført i 1995, startet det norske revisjonsarbeidet for å få et mer enhetlig lovverk. Stortinget vedtok den nye loven om offentlige anskaffelser i 1999. Loven gjelder i første rekke for statlige, kommunale og fylkeskommunale organer og i lovens formål (§1) heter det:

«Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling.»

I 2004 ble EUs regelverk om offentlige anskaffelser revidert. Samme år ble EU utvidet med 10 nye medlemsland (hvorav åtte østeuropeiske) og dette skapte ny debatt rundt offentlige anskaffelser, først og fremst om hva slags krav og reguleringsmekanismer som kan settes i anbudsrundene. Regelverket åpner for at man kan stille krav til leverandørene og det pålegges for eksempel å kreve skatteattest og HMS-erklæring (helse, miljø og sikkerhet).

For det europeiske felleskap (EF) var offentlige anskaffelser et viktig område for utvikling av et felles marked. Reglene ble laget fordi medlemslandene ikke frivillig åpnet for konkurranse fra andre land. I 1971 ble det første direktivet om regler om offentlige bygge- og anleggskontraheringer vedtatt. I 1977 fulgte det første direktivet om offentlige varekjøp. På slutten av 1980-tallet startet arbeidet med å fullføre det indre markedet, og en rekke direktiver ble vedtatt. Samtidig var det forhandlinger om en ny GATT-avtale (GATT var foreløperen til WTO, Verdens Handelsorganisasjon). I løpet av 1992 og 1993 ble nye direktiver vedtatt i EF, i tillegg til at noen tidligere bestemmelser ble endret og erstattet (NOU 1997:21). Her kan du lese mer om Norges forpliktelser i forhold til internasjonalt regelverk:

http://www.dep.no/nhd/norsk/dok/andre_dok/nou/024005-020001/hov010-bn.html).

Utviklingen i det norske regelverket

Allerede i 1899 innførte Norge de første forskriftene for statlige kjøp av varer og tjenester. For å sikre konkurranse, ble anbudsinnbydelse gjort til en hovedregel. Men det var samtidig klare regler for å verne norsk industri mot konkurranse fra utlandet. I 1927

kom det nytt regelverk, bygget over samme lest. Her ble utenlandske anbud ilagt toll. Disse reglene gjaldt i hovedsak fram til Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet (REFSA) ble fastsatt i 1978. Reglene for diskriminering av utenlandske virksomheter ble gradvis begrenset i takt med økningen i det internasjonale samarbeidet.

I 1992 fikk vi lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter. I utgangspunktet var vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon holdt utenfor regelverket for offentlige anskaffelser (forsyningssektoren).

EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og i avtalens artikkel 65 omhandles offentlige anskaffelser. I Norge er EØS-avtalens bestemmelser gjennomført ved lov om offentlige anskaffelser fra 1992, samt forskrifter som gjennomfører de ulike direktivene. I forbindelse med EØS-avtalen ble også forsyningssektoren omfattet av dette regelverket gjennom forsyningsforskriften (NOU 1997:21). Den norske loven om offentlige anskaffelser måtte endres i 1996 for å følge opp WTO-avtalen om offentlige innkjøp. Gjeldende regelverk er Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 og forskrift om offentlige anskaffelser av 15. juni 2001 (anskaffelsesforskriften).

Her finner du lov og forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften:

<http://www.lovdata.no/all/hl-19990716-069.html>

<http://www.lovdata.no/for/sf/fa/fa-20010615-0616.html>

<http://www.lovdata.no/for/sf/fa/fa-20010615-0616.html>

Hvem og hva regelverket omfatter

Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer og sammenslutninger er oppdragsgivere som omfattes av lovverket. Reglene gjelder for virksomheter som er kontrollert av det offentlige (dekker størsteparten av virksomheten, har bestemmende innflytelse over virksomheten eller oppnevner mer enn halvparten medlemmene i styrende organer). Bygge- og anleggskontrakter der det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent er også omfattet av regelverket. Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygg- og anleggsarbeider. Det er gjort visse unntak for forsvaret og for anskaffelser som angår sikkerhetsinteresser. Bakgrunnen er at det er en grunnleggende forutsetning om åpenhet i regelverket, noe som vil være uheldig i en del av disse tilfellene (Amdal og Roll-Mathisen 2004).

Hva slags krav kan stilles?

En vedvarende diskusjon gjennom historien har vært om hva slags hensyn anbudene skulle ta: Spørsmålet om billigste anbud kontra beste anbuds-prinsippet. I 1927 gikk man bort fra billigste anbud til fordel for beste anbud, mens man i 1978 gikk tilbake til «billigste-anbudsprinsippet», med muligheter for fravik. Samfunnsmessige krav kan komme i konflikt med forretningsmessige krav og skape uklarheter for oppdragsgiver om hva som er retningslinjene. I praksis kan det føre til at det blir vanskelig for oppdragsgiver å ta andre hensyn enn pris. Historisk har det vært knyttet vekslende grad av interesse til å benytte offentlige anskaffelser som et politisk virkemiddel, særlig i distrikts- og næringspolitikken. Den klassiske problemstillingen er her favorisering av lokale leverandører for å hjelpe næringslivet i eget distrikt.

Ved tildeling av kontrakter er hovedregelen at det billigste eller mest fordelaktige tilbudet skal velges. Men det er også lov å stille krav til leverandørene. Betingelsen for å stille krav er at vilkårene er spesifisert i anbudspapirene og at de ikke virker diskriminerende. Kravet til likebehandling er grunnleggende. Dette framheves regelmessig i EF-domstolens avgjørelser og er også understreket i norsk rettspraksis (Amdal og Roll-Mathisen 2004).

De grunnleggende kravene er at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, det skal være høy forretningsetisk standard i saksbehandlingen, en anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse. Det er ikke lov å diskriminere på grunnlag av nasjonalitet, bruke standarder som et virkemiddel for å hindre konkurranse eller dele opp et oppdrag for å unngå at bestemmelsen kommer til anvendelse.

I den nye loven er det kommet en tilføyelse i formålsparagrafen. Den går ut på at *«regelverket skal bidra til at det offentlige opptre med stor integritet slik at allmennheten får tillit til at offentlige anskaffelser skjer på samfunnstjenelig måte»*.

Ikke minst på grunn av de store verdiene som offentlige anskaffelser representerer, er det viktig at dette skjer på en måte som hindrer kameraderi og korrupsjon, bekjemper svart arbeid, skaffer flere lærlingplasser og så videre. Statlige myndigheter anses å ha et særskilt ansvar for at lover og regler blir fulgt og tillegge i formålsparagrafen understreker dette poenget.

Oppdragsgiver skal blant annet ha anledning til å avvise en leverandør som ikke har levert skatteattest og HMS-egenerklæring, eller som er dømt for deltakelse i kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger. I tillegg kan oppdragsgiver avslå tilbudet dersom det virker unormalt lavt. Årsaken til den lave prisen kan være at leverandøren er i økonomiske problemer, eller at ytelsen ikke har den kvaliteten som er forutsatt.

I den gjeldende loven skal det tas hensyn til miljømessige konsekvenser. Den nye loven stiller også krav om såkalt universell utforming. Det vil i korthet si at det skal tas hensyn til tilgjengelighet for funksjonshemmede ved en offentlig anskaffelse. Den nye forskriften åpner også for at innkjøperne kan avgrense en konkurranse til bedrifter der flertallet av de ansatte har en funksjonshemming. Innkjøperne kan dessuten stille sosiale betingelser til leverandørene, som for eksempel krav om integrering av langtidsledige (Pressemelding fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet, 03.05.06, <http://www.odin.dep.no/fad/norsk/aktuelt/pressesenter/pressem/071001-070016/dok-bn.html>).

Terskelverdier

Norge er forpliktet gjennom EØS-avtalen til å oppdatere terskelverdiene – det vil si den nedre beløpsgrensen for hva som må legges ut på anbud – hvert andre år. Den nye EØS-terskelverdien for sentrale statlige etaters vare- og tjenestekjøp er på 1,1 million kroner. For bygg og anlegg er den nye terskelverdien for de samme oppdragsgiverne 41,25 millioner kroner. De tilsvarende terskelverdiene for oppdragsgivere innenfor forsyningssektorene transport (sporveier og buss), drikkevanns- og elektrisitetsforsyning og

terminalanlegg (sjø, elv og luft) er heretter henholdsvis 3,45 millioner kroner og 43,5 millioner kroner. Det finnes sju ulike EØS-terskler for ulike områder (f. eks statlige vare- og tjenestekjøp og statlige og kommunale bygg- og anleggsprosjekter). For anskaffelser over EØS-tersklene gjelder et omfattende sett med regler for hvordan anskaffelsen skal foretas. På den andre siden er det ingen forpliktelse i forhold til EØS-avtalen å ha regler for offentlige anskaffelser *under* EU/EØS-terskelverdiene. Dette er minstekrav, noe som betyr at medlemslandene står fritt til å innføre strengere krav.

Inntil i fjor høst var Norges terskelverdi for varer og tjenester på 200 000 kroner - altså langt lavere enn kravet i EØS-regelverket. I september 2005 ble den hevet til 500 000 kroner for å redusere administrative kostnader ved mindre innkjøp. Debatten rundt terskelverdiene har dreid seg om balansen mellom å sikre likeverdig konkurranse og å unngå for mye byråkrati. De grunnleggende kravene i loven, som konkurranse og etterprøvnbarhet, gjelder uansett terskelverdi. For anskaffelser til over 100 000 kroner innføres det en protokollplikt som skal gjennomføres ved å fylle ut et skjema. Alle tilbydere ved kontrakter over 100 000 kroner må også levere skatteattest. I tillegg må den som får kontrakten levere HMS-erklæring. Kunngjøringsplikt ses på som et virkemiddel for å sikre konkurranse og hindre ulovlige anskaffelser. Ved anskaffelser til under 500 000 kroner kan oppdragsgiverne nå levere inn en frivillig og forenklet kunngjøring for å sikre konkurransen (Doffins nettsider – Database for offentlige innkjøp, <http://www.doffin.no/>)

I forbindelse med endringen av terskelverdiene ble en rekke nye virksomheter omfattet av forskriften om offentlige anskaffelser. Det dreier seg om oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon – områder underlagt forsyningsforskriften. Bakgrunnen for endringer er et EU-direktiv (2004/17/EF) om samordning av innkjøpsreglene for forsyningssektoren. Overføringen gjelder alle offentlige oppdragsgivere som ikke er skilt ut som selvstendige rettssubjekter. Bakgrunnen for overføringen er at forsyningssektoren ikke hadde plikt til å gjennomføre offentlig konkurranse før man kom over EØS-terskelverdiene på over tre millioner kroner.

Strengere sanksjoner

Regelverket om offentlige anskaffelser har vist seg å være både vanskelig og detaljert. For en liten norsk kommune som ikke har egne jurister kan det vært lett å trå feil. Hvis man har brutt regelverket – kanskje uten å være klar over det – kan man komme i ansvar i forhold til leverandører som føler seg snytt for en kontrakt eller leveranse. Samtidig har det vært få sanksjoner mot dem som enten bevisst eller ubevisst har brutt loven og forskriftene. Ifølge advokat Gro Amdals innledning på Fafo Østforums konferanse i mai 2005, (<http://www.faf.no/Oestforum/050303/amdal.pdf>) er det lett å bryte regelverket og antakelig store mørketall på omfanget av ulovlige anskaffelser.

Riksrevisjonen har avdekket at det er dårlig etterlevelse av regelverket for offentlige anskaffelser. Eksempler på ulovlige direkteanskaffelser kan være:

- Oppdragsgiver tildeler en ny kontrakt uten å kunngjøre den i Doffin med etterfølgende konkurranse
- Oppdragsgiver forlenger, utvider eller endrer avtaler med opprinnelig leverandør slik at en i realiteten har en ny avtale som skal tildeles etter regelverket

- Oppdragsgiver splitter opp anskaffelsen for å komme under terskelverdien.

For å gjøre det lettere å klage ble Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA, <http://www.kofa.no/>) opprettet fra 1. januar 2003. Målet med nemnda var også å øke kompetansen om regelverket. Ved etableringen var det budsjettert med ca 70 klagesaker første år, men beregningene var fullstendig feil. Det kom inn 268 saker det første året, noe nemnda tolket som at det var et stort udekket behov for å sikre like spilleregler på dette område. Kontraksverdien på klagesakene ble anslått til nærmere sju milliarder kroner. Nemndas konklusjon er at regelverket har vært for lite kjent og vanskelig tilgjengelig, og det er særlig små og mellomstore bedrifter som har hatt nytte av den nye klageordningen.

Det koster imidlertid svært lite å bryte bestemmelsene. Ut fra gjeldende lovverk er det ikke mulig å tilsidesette beslutninger og heller ikke mulig å gi mulkt ved brudd på forskriften om offentlig anskaffelser. I den nye loven kan man gi gebyr på inntil 15 prosent av innkjøpets verdi ved brudd på regelverket, for eksempel manglende kunngjøring (<http://www.odin.dep.no/fad/norsk/aktuelt/pressesenter/pressem/071001-070014/dok-bn.html>).

ILO-konvensjon 94 som hinder for lavlønnskonkurranse

EU-utvidelsen i 2004 har ført til en økt oppmerksomhet og debatt om lavlønnskonkurranse og sosial dumping. De nye medlemslandene kom inn omtrent samtidig som revisjonen av regelverket for offentlig anskaffelser startet, noe som fikk fagbevegelsen til å kreve at ILO-konvensjon nr 94 skulle inkluderes i det nye regelverket. Denne ILO-konvensjonen er et virkemiddel for å sikre norske lønns- og arbeidsvilkår i forbindelse med offentlige kontrakter. Det vil si at oppdragene har en klausul i kontrakten om at arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår ikke er dårligere enn det som gjelder for samme type arbeid i samme geografiske område. Det vil si vilkår etter gjeldende tariffavtale, regulativ eller hva som er normalt for vedkommende sted og yrke.

ILO-konvensjonen er ikke blitt en del av lov om offentlige anskaffelser, men er gjort gjeldende for oppdrag gitt av statlige myndigheter. Norge ratifiserte (godkjente) konvensjonen i 1995 og satte den ut i livet (implementerte) sommeren 2005. Det ble gjort via et rundskriv fra Moderniseringsdepartementet (nåværende Fornyings- og administrasjonsdepartementet) som påla statlige styresmakter å følge bestemmelsene i konvensjonen. Dette gjelder statlige styresmakter som regjeringen har instruksjonsmyndighet over og for kontrakter om alle tjenester og bygg- og anleggsarbeid som overstiger EØS' terskelverdier. Moderniseringsdepartementet anbefalte at kontraktsklausulene gir leverandørene en plikt til å legge fram opplysninger om lønns- og arbeidsvilkår ved tilsyn. Ved brudd på bestemmelsen kan oppdragsgiver holde tilbake vederlaget eller på annen måte sikre at arbeidstakerne får den lønna de har krav på.

Kravene gjelder også for underleverandører og underentreprenører. At Norge innførte konvensjonen på dette tidspunktet hadde direkte sammenheng med utvidelsen av EU og de store lønnsforskjellene som dermed oppstod i det indre markedet. Kommuner og fylkeskommuner er foreløpig ikke omfattet av bestemmelsen. I regjeringens

handlingsplan mot sosial dumping står det imidlertid at kommuner og fylkeskommuner blir omfattet av bestemmelsen i løpet av 2007. Ifølge Fornyings- og administrasjonsdepartementet skal oppdragsgiver stille krav om at leverandøren kan dokumentere arbeidstid og lønnsutbetalinger til arbeidstakerne som utfører oppdraget (<http://odin.dep.no/fad/norsk/dok/regelverk/rundskriv/050001-250004/dok-bn.html>)

.

Kilder:

Amdal, G. og Roll-Mathisen I. (2004): Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave. 2. utgave. Kommuneforlaget.
Arbeidsgruppen mot ulovlig direkte anskaffelser (AUDA) (2003): Rapport. Nærings- og Handelsdepartementet
Dølvik, J.E. og Ødegård A.M.(2004): 10 år med EØS-avtalen. Konsekvenser for norsk arbeidsliv og fagbevegelse. Fafo-rapport nr 455.
Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA): Årsrapport 2003 og 2004.
Kommunenes Sentralforbund (KS) (2003): Høring: rapport fra AUDA, Arbeidsgruppen mot ulovlig direkte anskaffelser.
Moderniseringsdepartementet (2005): Rundskriv 2/2005: Løns- og arbeidsvilkår for arbeidrarar som utfører tenestekontraktar for byggje- og anleggskontraktar for staten. 16.06.05
Pressemeldinger fra Fornyings- og administrasjonsdepartementet.
Nærings- og Handelsdepartementet (1997): NOU 1997:21, Offentlige anskaffelser

Endringer i lovverket:

Ot.prp.nr.62 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 16.juli 1999 nr.69 om offentlige anskaffelser:

<http://www.odin.dep.no/fad/norsk/dok/regpubl/otprp/071001-050003/dok-bn.html>

Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene:

[http://www.odin.dep.no/filarkiv/278060/Forskrift offentlige anskaffelser forsyningssektorene.pdf](http://www.odin.dep.no/filarkiv/278060/Forskrift%20offentlige%20anskaffelser%20forsyningssektorene.pdf)

EU-direktiv 2004/17/EF:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numpdoc=32004L0017&model=guichett&lg=da

Direktiv 2004/18/EF:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numpdoc=32004L0018&model=guichett&lg=da