

Vår referanse

24/06

Deres referanse

24/3624

Anskaffelsesutvalget,
Nærings- og fiskeridepartementet,
2303 Hamar

Oslo, 31. august 2024

Høringsuttalelse - NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser – andre delutredning

1. Innledning

Vi viser til høringsbrev 16. mai 2024 hvor Nærings- og fiskeridepartementet ber om innspill til NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser.

Overordnet vil vi berømme Anskaffelsesutvalgets grundig og gode arbeid, som etter vårt syn har ledet frem til forslag om mange forbedringer av dagens regelverk.

For delutredning 2 har vi innspill til to av utvalgets forslag:

1. Forslag om å gi Konkurransetilsynet en tilsynsrolle i håndhevingssystemet (oppsummert under punkt 2.1.2)
2. Forslag om økt åpenhet i offentlige anskaffelser, jf. punkt 21.13

Vi kommer også til å ta opp et tredje punkt vi savner i diskusjonen om rammeavtalers varighet under utvalgets diskusjon av gjeldende rett (punkt 4.5):

3. Tidsubegrensede kontrakter inngått gjennom rammeavtale

Diffia AS er en vekstbedrift som leverer digitale løsninger til sykehussektoren, der vi vektlegger brukeropplevelse og sømløs samhandling med andre systemer, slik at helsepersonell opplever systemer som snakker sammen. Våre innspill må tolkes i kontekst av våre erfaringer fra denne delen av sektoren, men innenfor denne rammen har vi til gjengjeld mange års erfaring og kunnskap om gjeldende innkjøpspraksis. Der vi benytter eksempler har vi valgt å ikke oppgi detaljer fordi det ikke er viktig hvem¹, men hvordan lovverket og håndhevelsen kan gjøres bedre.

På departementets nettsider² står det status «På høring» og høringsfrist «31.08.2024», men i høringsbrevet skrives «Fristen for å sende inn høringsuttalelse er 16. august 2024». Vi har forhold oss til det som stod som høringsfrist på nettsidene, og håper ikke 31. august er for sent for at våre innspill skal komme til nytte.

2. Oppsummering

Oppsummert er våre innspill følgende:

- Vi støtter utvalgets forslag om å gi Konkurransetilsynet en rolle i håndhevingssystemet
- Vi støtter forslagene om at departementet vurderer styrket kunngjøringsplikt og plikt til å offentliggjøre alle kjøp fra leverandører årlig
- Vi savner en drøfting av hvorvidt den maksimale varigheten av en rammeavtale setter begrensninger for en offentlig virksomhets rett til å inngå tidsubegrensede kontrakter som avrop med hjemmel i rammeavtalen

3. Forslaget om å gi Konkurransetilsynet en rolle i håndhevingssystemet

Utvalget foreslår å gi en sterkere rolle til Konkurransetilsynet i håndhevingssystemet, med hovedpunkter i forslagene oppsummert under utredningens punkt 2.1.2. Vi ønsker å uttrykke støtte til samtlige av forslagene.

¹ Skulle dette være veldig viktig for departementet heller kontakte oss, da vi kan underbygge alle eksemplene med skriftlig dokumentasjon, men for vår del er vi mest interessert i spørsmålene om hvordan det bør være snarere enn hvordan det har vært

² <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-20249-ny-lov-om-offentlige-anskaffelser/id3039354>

Anskaffelsesregelverket vil ikke oppfylle sine formål uten et effektivt håndhevingsystem. Vårt inntrykk, basert på egen erfaring og samtaler med andre leverandører til det offentlige, er at regelverket fungerer vesentlig bedre i noen deler av samfunnet enn i andre. Mange mindre offentlige innkjøpere gjør etter vår erfaring en grundigere jobb med å følge anskaffelsesregelverket enn enkelte større innkjøpere, slik at dette ikke bare den vanlige forklaringen om at regelverket er vanskelig for små enheter. Etter vårt syn er det andre faktorer som er vel så viktig for hvor godt regelverket etterleves, og vi tror grad av mono- eller oligopsoni er en av dem.

I den situasjon der det offentlige opptre som eneste kjøper av tjenesten (monopsoni) eller der antallet offentlige innkjøpere er lavt (oligopsoni) vil det være vanskelig å basere håndhevingsystemet på at leverandørmarkedet selv skal reagere på overtredelser. Norge er et lite land, der miljøene kan være små både på offentlig og privat side. En leverandør som mistenker at regelverket er brutt kan kvie seg for å be om innsyn eller klage, fordi at selv en seier i KOFA eller rettssystemet fort kan bety at man blir så upopulær blant én eller et fåtall offentlige innkjøpere at man frykter det vil bli umulig å vinne fremtidige konkurranser.

Selv om vi har erfaring for at mange på offentlig side opptre profesjonelt i møte med innsynsbejæring eller klage har vi også tilstrekkelig erfaring til å vite at ikke alle gjør det. Å ettergå offentlige anskaffelser blir krevende for en leverandør dersom man får tilbakemeldinger på at man blir upopulær eller det fremstilles som svært arbeidskrevende å gi innsyn i konkurransegrunnlag eller begrunnelse for å ikke gjennomføre konkurranse, kontrakt eller verdiberegning for inngått anskaffelser, eller hvor mye av kunngjort beløp som er benyttet.

Dersom man ønsker å ivareta lovens formål om å fremme konkurranse tror vi det er avgjørende at oppfølging av og tilsyn med etterlevelsen ligger hos det offentlige selv, og ikke hos private leverandører som kan måtte veie hvorvidt å ettergå eller klage på en anskaffelse kan lede til at man ikke vinner nye anskaffelser i fremtiden. Denne problemstillingen mener vi utvalget har adressert godt gjennom de foreslåtte tiltakene til utvidet rolle for Konkurransetilsynet. For oss virker dette også som om utvalget har funnet frem til et fornuftig valg av eksisterende organ for å ivareta denne tilsynsfunksjonen på offentlig side.

4. Åpenhet om offentlige anskaffelser

Utvalget drøfter under utredningens punkt 21.13 åpenhet om offentlige anskaffelser. Vi vil gi støtte til at departementet vurderer lovfesting av sterkere kunngjøringsplikt, også for anskaffelser under EØS-terskel, og en plikt til at oppdragsgivere som er omfattet av anskaffelsesregelverket å offentliggjøre årlig oversikt over den totale størrelse på kjøp fra eksterne enheter.

Åpenhet om anskaffelser i det offentlige er avgjørende for at loven skal kunne oppfylle sitt formål om å fremme konkurranse og likebehandle markedsaktørene. Vår erfaring er at de kontraktstildelingene som ikke kunngjøres, som er de vi har mest spørsmål til når vi hører om de gjennom andre kanaler i etterkant. Dette gjelder ikke bare inngåelsen av selve kontrakten, men vel så ofte endringer i form av økt virkeområde (for eksempel når en kontrakt utvides til å gjelde flere offentlige enheter eller ny funksjonalitet). Uten kunngjøringer blir det umulig for andre i leverandørmarkedet, som kanskje arbeider med produktutvikling den offentlige innkjøperen ikke er kjent med, å vurdere om vilkårene for å ikke gjennomføre konkurranse er oppfylt.

Vi har forståelse at det vil være merarbeid å kunngjøre også anskaffelser under EØS-terskelen, men vi mener dette er viktig for departementet å vurdere. For effektiv håndhevelse av lovverket må leverandørmarkedet kunne ettergå hvorvidt det offentliges beregning av kontraktens verdi er i samsvar med regelverket.

Et reelt eksempel fra vår egen erfaring dreier seg om en av landets største offentlige innkjøpere. I forbindelse med et forsknings- og utviklingssamarbeid for å løse et klinisk behov der vi under implementering møtte mye intern motstand fra et annet miljø hos den offentlige virksomheten ble vi ved en tilfeldighet kjent med at (andre i) virksomheten hadde anskaffet en tilsvarende løsning uten konkurranse eller kunngjøring. Med hjemmel i offentlighetsloven forespurte vi innsyn i kontrakten og begrunnelsen for at anskaffelsen ikke var blitt gjort til gjenstand for konkurranse. Etter innvilget innsyn merket vi oss at beregningen var gjort slik at anskaffelsen kom under terskelverdi, selv om det med den metode som er angitt under «*Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*» tilsa en mange ganger høyere totalverdi for kontrakten som klart lå over EØS-terskelen. Vi fulgte opp med henvisning til veilederen og spørsmål om hvorfor det var valgt annen beregningsmetode, men henvendelsen ble aldri besvart. Samtidig avsluttet den offentlige virksomheten sin avtale med den andre leverandøren, hvilket gjorde at vi ikke fulgte opp saken videre. Etter vårt syn illustrerer eksempelet hvorvidt det er viktig at også anskaffelser under EØS-

terskelen omfattes, fordi loven ellers kan omgås ved å velge alternative beregningsmåter av verdi med visshet om at sannsynligheten for at andre i leverandørmarkedet blir kjent med det er lav dersom det ikke kunngjøres.

Vi er selv tilhengere av at anskaffelser av vårt eget produkt kunngjøres, fordi vi er opptatt av at de kontrakter vi inngår skal stå seg rettslig om andre leverandører ettergår dem. Ved flere anledninger har vi selv anbefalt den offentlige innkjøperen å kunngjøre anskaffelser av våre produkter, og bistått dem i dette, slik at vi har erfaring med de praktiske oppgavene involvert. Vår erfaring med å kunngjøre tilsier for oss at dette i liten grad kan sies å utgjøre en stor belastning på offentlige ressurser, ettersom arbeidsoppgavene involvert i en kunngjøring for oss ikke fremstår som veldig tidkrevende.

Vi støtter videre at departementet utreder hvorvidt alle offentlige oppdragsgivere som er underlagt regelverket, bør pålegges å offentliggjøre etterskuddsvis informasjon over totale kjøp fra alle sine leverandører.

Ettersom vår erfaring stammer fra et anskaffelsesområde der tidsubegrensede kontrakter og direktetildelinger historisk har utgjort en stor andel av tildelingene har vi ved flere anledninger med hjemmel i offentlighetsloven forespurt hvor mye som benyttes på disse anskaffelsene, siden verdien av anskaffelsen ikke nødvendigvis er angitt i kunngjøringen. Her har vi ved mer enn én anledning endt opp med å frafalle innsynskravet fordi tilbakemeldingen fra det offentlige har vært at det er svært arbeidskrevende å gi innsyn i hvor mye som er benyttet på en leverandør eller en avtale.

Dersom det offentlige fremstiller det som ukesvis med heltidsarbeid å kunne svare på innsyn i hvor mye penger som er utbetalt for en avtale har dette ikke i noen sak vært så viktig for oss at vi har ønsket å opprettholde kravet, men vi forstår ikke helt hvordan det offentlige kan følge med på at utbetalingene på en kontrakt ikke overskrider den kunngjorte verdien dersom man som offentlig virksomhet ikke har løpende oversikt over dette. Etter vårt syn vil en plikt for offentlige virksomheter til å tilgjengeliggjøre informasjon om totale kjøp fra alle sine leverandører sikre at dette gjøres fortløpende, og bidra til å sikre mot at en offentlig virksomhet ikke overskrider verdien som er kunngjort ved å medvirke til at dette må beregnes årlig, fremfor at det gjøres først når en leverandør spør om innsyn.

Av ovennevnte grunner støtter vi derfor begge av forslagene fra utvalget som omtalt i utredningens punkt 21.13.

5. Tidsubegrensede kontrakter inngått gjennom rammeavtale

Vi setter pris på utvalgets gode drøfting av gjeldende rett, men savner avklaring på et spørsmål vi ofte har støtt på i praksis – hvorvidt den maksimale lengden på rammeavtalen begrenser den offentlige virksomhetens mulighet til å gjøre tidsubegrensede avrop på rammeavtalen, som således kan være langt lengre enn rammeavtalen tildelingen var hjemlet i.

Et praktisk eksempel er en rammeavtale inngått for 2 år, der deltagende offentlige virksomheter kan gjøre avrop etter minikonkurranser mellom utvalgte leverandører. Disse avropene gjøres som tidsubegrensede kontrakter, som fornyes automatisk årlig. Vi mener sektoren har historikk på at slike kontrakter kan bli svært langvarige, og det er flere eksempler på at de kan være over ett tiår. På spørsmål til offentlig virksomhet om praksisen har vi fått tilbakemelding om at et avrop kan være lengre enn selve rammeavtalen, og at denne maksimale varigheten kun regulerer selve rammeavtalen, uten å legge noen begrensning på hvor langvarige tildelte kontrakter i form av avrop kan være.

Vi savner en diskusjon i utvalgets utredning av gjeldende rett på dette punktet, og hvorvidt denne kan undergrave lovens formål om å fremme konkurranse. Dersom avtaler i praksis inngås for tosifret antall år i et marked i rask utvikling - slik vi tør påstå at helseteknologi er – tror vi dette bidrar til at antallet nyanskaffelser blir lavt. I en slik situasjon er det lite trolig at det vil være grunnlag for å utvikle et norsk leverandørmarkedet som ikke bare kan sikre at norsk helsevesen får fordelene av konkurranse i markedet, men også sørger for å oppfylle det politiske målet om eksport fra næringen.

Et eksempel kan være området digital hjemmeoppfølging, hvor antallet konkurranser lenge lå lavt. Sykehussektoren kunngjorde i perioden 2017 til 2022 bare 3 konkurranser på området (2 anskaffelser på totalt 4 MNOK og ett innovasjonspartnerskap), og målt i verdi ble 97,7% av det kunngjorte volumet anskaffet gjennom direktetildeling eller endringer av tidligere avtaler. En helseregion har rullet ut sin løsning for alle helseforetak i regionen, med utgangspunkt i en konkurranse avholdt for én divisjon på ett helseforetak for mer enn ti år siden. Etter vårt syn er digital hjemmeoppfølging et område i såpass rask utvikling at landets helseregioner bør gjøre anskaffelser oftere enn én gang i tiåret, men vi tror hyppig bruk av tidsavgrensede kontrakter er en viktig årsak til at dette ikke har skjedd.

Vi mener man kan stille spørsmål rundt hvorvidt intensjonen med en tidsbegrensning på lengden av rammeavtaler ivaretas dersom avropene kan

gjøres i form av tidsubegrensede kontrakter, siden disse kan strekke seg langt utover åtte år. Etter vårt syn bør derfor departementet vurdere om dette er hensiktsmessig for å ivareta lovens formål, og klargjøre hvorvidt den maksimale lengden for rammeavtaler bør medføre noen form for begrensninger på lengden på avrop eller om disse kan gjøres tidubegrenset.

6. Avslutning

Vi håper ovennevnte er nyttige innspill i departementet og lovgivers arbeid med å forbedre lovverket for offentlige anskaffelser. Vår overordnede erfaring er at mye fungerer godt, og at regelverket allerede i dag er forholdsvis enkelt å forholde seg til (mye hjulpet av den utmerkede «Veileder til reglene om offentlige anskaffelser»). Fra å ha diskutert problemstillingene med leverandører i andre sektorer ser vi at praksis kan være ganske ulik på tvers av offentlige innkjøpere, og opplever ikke at alle leverandører har samme erfaring og problemstillinger som vi løfter.

Vi er selv leverandører til offentlige virksomheter, og setter svært stor pris på det gode samarbeidet vi har med våre kunder. Alle parter ser hvilke gevinster som ligger i å arbeide tett sammen om meningsfulle oppgaver – å få på plass brukervennlige og arbeidsbesparende IKT-verktøy for helsepersonell som hjelper helsevesenet i å fortsette og levere gode helsetjenester til landets innbyggere også i en fremtid der flere av oss blir eldre og sykere enn før.

At det gjennom gode samarbeid også oppstår gode relasjoner er naturlig og forståelig, og det er lett å se hvorfor det for en offentlig virksomhet kan fremstå fristende å heller endre en eksisterende kontrakt med en kjent leverandør enn å gå ut på markedsdialog og gjennomføre konkurranse. Samtidig tror vi det offentlige har mye å vinne på å styrke konkurransen om anskaffelsene. Vi opplever at vi leverer bedre på grunn av våre konkurrenter, og har godt nok forhold til dem til å vite at flere av de mener det samme. Klarer det offentlige å utnytte kraften i dette vil man få digitalisert helsesektoren raskere, billigere og med bedre kvalitet enn i en situasjon der enkeltleverandørers relasjon til kunden får utslagsgivende effekt.

Norge har et bra anskaffelsesregelverk, som vi opplever at langt de fleste i offentlig sektor tar på alvor, men det kan bli enda bedre. Vi mener Anskaffelsesutvalgets arbeid representerer et solid skritt i den retningen, og takker for anledningen til å gi våre innspill i dette arbeidet.

Med vennlig hilsen



Petter Risøe,
Chief Operating Officer,
på vegne av Diffia AS