OVERSIKT OVER KRAV OM KONKURRANSEUTSETTING FOR ANSKAFFELSER TIL NETTVIRKSOMHET

Energi Norge





1. **Innledning**

NVE har i rapport 63:2015 vedtatt et generelt krav i kontrollforskriften om konkurranseutsetting av anskaffelser til nettvirksomhet. Endringen er vedtatt med ikrafttredelse 1. juli 2016 og innebærer en innstramming for nettselskapene i forhold til dagens regler, hvor forsyningsforskriften er alene om å regulere dette. Dersom du har kommentarer så kan du ta kontakt med Trond Svartsund, ts@energinorge.no.

Vi vil i dette dokumentet gi en oversikt over hvilke typer konserninterne anskaffelser *til nettvirksomhet* (og altså ikke *fra* *nettvirksomhet*) som – etter endringens ikrafttredelse 1. juli 2016 – må konkurranseutsettes i henhold til både forsyningsforskriften[[1]](#footnote-1) (som også etter 1. juli 2016 gjelder uforandret) og kontrollforskriften.[[2]](#footnote-2) I tillegg vil vi kort kommentere om de forskjellige anskaffelsene kan gjennomføres konserninternt uten hinder av kravene til selskapsmessig og funksjonelt skille eller kravene til nettselskapenes nøytralitetsplikt.

Vi nevner for ordens skyld at anskaffelser til virksomhet som driver produksjon og omsetning ikke vil være omfattet av kravene til konkurranseutsetting i forsyningsforskriften, jf ESAs vedtak 22. mai 2012.[[3]](#footnote-3) Bredbåndsvirksomhet er ikke omfattet av forsyningsforskriftens definisjon av forsynings­aktivitet, og faller derfor utenfor forskriftens krav til konkurranseutsetting, jf forsyningsforskriften § 1-4 (1). Fjernvarme­virksomhet vil imidlertid som den store hovedregel være omfattet av forsyningsforskriftens krav til konkurranseutsetting på samme måte som nettvirksomhet, jf forsyningsforskriften § 1-2 (1) bokstav b og § 1-3 (1) bokstav a nr 3.

For ordens skyld nevner vi også at andre virksomhetsområder enn nett­ og fjernvarmevirksomhet (det vil si produksjon, omsetning, bredbånd) – selv om virksomheten er eid av en eller flere kommuner/fylkeskommuner eller offentlige organer – som den store hoved­regel heller ikke vil være omfattet av den såkalte anskaffelsesforskriften.[[4]](#footnote-4) Bakgrunnen for dette er at slik virksomhet er konkurranseutsatt og dermed vil være av *”industriell eller forretningsmessig karakter”*, noe anskaffelses­forskriften er avgrenset mot, jf anskaffelsesforskriften § 1-2.

1. **Forsyningsforskriften**

Anskaffelser som skjer til nettvirksomhet er i utgangspunktet omfattet av anskaffelseslovens og forsyningsforskriftens generelle krav om konkurranseutsetting. NVEs vedtak om endringer i kontrollforskriften endrer ikke på dette.

Det gjelder imidlertid omfattende unntak fra kravet om konkurranseutsetting for anskaffelser som nettvirksomheten gjør konserninternt, jf forsyningsforskriftens § 1-7. Hvis tjenesten leveres av et 'tilknyttet foretak', må anskaffelsen bare konkurranseutsettes etter forsyningsforskriftens regler hvis det tilknyttede foretaket leverer mindre enn 80 % av sine tjenester til tilknyttede foretak. Hvis det tilknyttede foretaket leverer mer enn 80 % av sine tjenester til tilknyttede foretak, er anskaffelsen unntatt fra kravet om konkurranseutsetting i forsyningsforskriften.

NVEs endring av kontrollforskriften gjør imidlertid unntak fra unntaket i forsyningsforskriftens § 1-7, dersom anskaffelsen omfattes av kravet til konkurranseutsetting i kontrollforskriften § 2-8 (7), jf punkt 3 nedenfor. For ordens skyld bemerker vi at dersom anskaffelsen *må* konkurranseutsettes i henhold til forsyningsforskriften, så vil prosedyren som følger av forsyningsforskriften uansett tilfredsstille kravet til konkurranseutsetting som følger av kontrollforskriften, noe også NVE skriver uttrykkelig i forarbeidene, jf NVEs rapport 63:2015 s 14.

Det generelle kravet til konkurranseutsetting i forsyningsforskriften innebærer at enhver anskaffelse så langt det er mulig skal baseres på konkurranse, oppdragsgiver skal ikke diskriminere leverandører på bakgrunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet, ikke dele opp en planlagt anskaffelse for å unngå at regelverket kommer til anvendelse, konkurransen skal være forutsigbar og gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører, konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen, samt at konkurransen skal gjennomføres i tråd med god anbuds- og forretningsskikk. Videre stilles det krav om at oppdragsgiver fortløpende skal sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig. Med unntak av de språkkrav som stilles til selve kunngjøringen av konkurransen (nærmere om dette nedenfor), kan oppdragsgiver utforme øvrig dokumentasjon på norsk, samt kreve at tilbud med tilhørende dokumenter skal utformes på norsk, jf § 3‑4. Nærmere om de alminnelige reglene for anskaffelser etter forsyningsforskriften følger av forsyningsforskriftens kapittel 3. For anskaffelser som overstiger terskelverdiene gjelder således spesialreglene i forsyningsforskriftens del II (kapittel 5 til og med 12A). Terskelverdiene er 3,1 millioner kroner eks mva for vare- og tjenestekontrakter og 39 millioner kroner eks mva for kontrakter om bygge- og anleggsarbeid. Anskaffelser som overstiger terskelverdiene kan kun gjennomføres etter anskaffelsesprosedyrene åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, jf § 5‑1. De nevnte anskaffelsesprosedyrene er definert i § 4-2. For anskaffelser med lavere verdi enn terskelverdiene, er det kun de generelle kravene til konkurranseutsetting i forsyningsforskriften som gjelder, jf ovenfor. Vi nevner for øvrig at forsyningsforskriften § 1-6 (2) bokstav o) også fastslår at forskriften ikke får anvendelse på anskaffelser med verdi under NOK 100 000 eks mva. Slike anskaffelser vil imidlertid som utgangspunkt likevel være omfattet av det generelle kravet til konkurranseutsetting i anskaffelsesloven.

1. **Kontrollforskriften**

**3.1 Utgangspunkt – alle konserninterne anskaffelser til nettvirksomheten må konkurranseutsettes**

Utgangspunktet etter kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd er – etter 1. juli 2016 – at *”[e]nhver anskaffelse fra andre selskaper i samme konsern, hvor kostnadene ved anskaffelsen belastes nettvirksomheten, skal så langt som mulig være basert på konkurranse”.* Dette innebærer at alle anskaffelser som skjer til nettvirksomheten fra andre selskaper i konsernet som utgangspunkt skal konkurranseutsettes – på lik linje med anskaffelser som skjer fra andre.

Det gjelder imidlertid viktige unntak fra denne hovedregelen som vi vil gjennomgå i det følgende. Dersom anskaffelsen må konkurranseutsettes i henhold til kontrollforskriftens regler, legger vi til grunn at NVE vil stille krav om at forsyningsforskriftens prosedyrer for konkurranseutsetting må følges, jf punkt 2 ovenfor.

Vi nevner at NVE i rapport 63:2015 uttaler at avrop som gjøres i henhold til rammeavtaler som er inngått før 1. juli 2016 også omfattes av konkurranseutsettingskravet.[[5]](#footnote-5) Dersom selskapene inngår langsiktige internavtaler om leveranser av tjenester som er konkurranseutsettingspliktige *før* 1. juli 2016, så vil leveransene under en slik avtale likevel måtte konkurranseutsettes dersom internavtalen regnes som en rammeavtale slik det er definert i forsyningsforskriften § 4-2 bokstav e: *”rammeavtale: avtale inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder”.* Vi antar at langsiktige internavtaler vil bli ansett som rammeavtale i henhold til definisjonen ovenfor, og at leveranser i henhold til slik avtale vil måtte konkurranseutsettes dersom ikke ett av de øvrige vilkårene som er omtalt i det følgende gjør seg gjeldende.

**3.2 Ikke konkurranseutsetting hvis anskaffelsen ikke inngår i NVEs beregninger av tillatt inntekt**

For det første er det unntak for anskaffelser som ikke skjer *til nettvirksomheten*, og hvor kostnadene med anskaffelsen derfor ikke inngår i NVEs beregninger av nettvirksomhetens tillatte inntekt i inntektsrammereguleringen, jf uttrykket ”*belastes nettvirksomheten*” i kontrollforskriften § 2-8 (7) første punktum. Vi antar imidlertid at den praktiske betydningen av dette unntaket etter hvert vil bli liten, all den tid det er foreslått at nettvirksomhet skal være organisert som *”en egen selvstendig juridisk enhet atskilt fra annen virksomhet”*, jf OEDs høringsnotat om forslag til endringer i energiloven 15. april 2015. Høringsfristen er nå gått ut, men lovforslaget er ikke fremmet for Stortinget ennå.

**3.3 Ikke konkurranseutsetting etter kontrollforskriften hvis anskaffelsen er under 100 000 kr**

For det andre er det unntak for anskaffelser med en *”anslått verdi under 100 000 kroner eksl. mva”*, jf kontrollforskriften § 2-8 (8) annet punktum. Den samme terskelverdien på NOK 100 000 eks mva følger som nevnt også av forsyningsforskriften § 1-6 (2) bokstav o).

**3.4 Ikke konkurranseutsetting hvis konkurranseutsetting ikke er mulig**

For det tredje er det unntak for anskaffelser som det ikke er mulig å konkurranseutsette, jf uttrykket *”så langt som mulig”* i kontrollforskriftens § 2-8 (7) første punktum. Den eneste utfyllende presiseringen som NVE har gitt i de nyeste forarbeidene til bestemmelsen (rapport 63:2015), er at unntaket kan komme til anvendelse dersom det ikke eksisterer tilstrekkelig tilbud av tjenesten. I den første høringsrunden foreslo NVE også unntak dersom konkurranse­utsetting ble *”særlig vanskelig og kostnadsdrivende"*. Dette har NVE imidlertid nå tatt hensyn til ved unntaket for anskaffelsesverdi under 100 000 kr og unntaket for administrative tjenester og eiendomstjenester.

Etter vår oppfatning må det foretas en konkret vurdering av mulighetene for å gjennomføre en konkurranseutsetting ved hver enkelt anskaffelse. Momenter som inngår i denne helhetsvurderingen vil naturligvis være tidsperspektivet på leveransen, utbudet av tilbydere som kan levere tjenestene innenfor angitt tid og hva slags type tjeneste det er snakk om. Hvis det eksempelvis gjelder tjenester i en beredskapssituasjon, kan en naturligvis tenke seg tilfeller hvor behovet for en anskaffelse er så prekært at en reell konkurranseutsetting ikke lar seg gjennomføre.

**3.5 Ikke konkurranseutsetting av administrative tjenester og eiendomstjenester**

For det fjerde er det unntak fra kravet om konkurranseutsetting for anskaffelse av *”administrative tjenester og eiendomstjenester”*, jf kontrollforskriften § 2-8 (8) første punktum. I NVEs rapport 63:2015 er det fremhevet at NVE med administrative tjenester mener ”*funksjoner konsernet har opprettet for å understøtte de enkelte selskapenes kjerneoppgaver. Dette vil omfatte funksjoner som i hovedsak er like på tvers av alle konsernets virksomheter og som ikke er av en slik karakter at en deling av disse funksjonene med andre selskaper i samme konsern kan svekke nettselskapets nøytralitet.*” Et viktig hensyn bak unntaket er å unngå unødvendig duplisering av oppgaver. Med bakgrunn i ovennevnte må det derfor foretas en konkret helhetsvurdering, men grensedragningen for hva som er *”administrative tjenester”* erlikevel nærmere presisert i forarbeidene til endringen av kontrollforskriften. Se nærmere om dette i punkt 4 nedenfor.

1. **Vår tilnærming til spørsmålet om en anskaffelse kan unntas som administrativ tjeneste eller ikke**

Utgangspunktet er at det avgjørende for om tjenesten er administrativ i forskriftens forstand eller ikke, er en konkret helhetsvurdering av hva den aktuelle tjenesten består i. Et sentralt moment er om tjenesten må anses som *nettrelatert*, slik også NVE påpeker i forarbeidene til forskriften. Dette momentet er sentralt fordi en tjeneste ikke kan anses som administrativ hvis den er en del av kjernevirksomheten til nettselskapet. På den annen side vil tjenesten være administrativ hvis den bare består i å *understøtte* nettvirksomheten. Dersom anskaffelsen også fyller en funksjon som er lik på tvers av konsernets virksomheter, taler dette for at tjenesten er administrativ.

Nedenfor følger en matriseoversikt over anskaffelser som det er vanlig for nettvirksomhet å anskaffe konserninternt, og vår vurdering av hvorvidt anskaffelsen må konkurranseutsettes eller ikke – basert på vår tilnærming som nevnt ovenfor, samt den vedtatte ordlyden i kontrollforskriften og forståelsen av forarbeidene til forskriften.

Fargekoder: Grønn betyr at anskaffelsen kan skje uten konkurranseutsetting som en administrativ tjeneste. Rød betyr at anskaffelsen *ikke* er en administrativ tjeneste, og dermed må konkurranseutsettes (med mindre noen av de andre unntakene kommer til anvendelse). Rosa markerer de tvilsomme tilfellene der det må foretas en konkret vurdering av den aktuelle anskaffelsen for å avklare om den kan anses som administrativ og dermed kan skje uten konkurranseutsetting.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Type anskaffelse** | **Unntatt som administrativ tjeneste?** | **Forholdet til kravene til selskapsrettslig og funksjonelt skille[[6]](#footnote-6)** |
| **Entreprenørtjenester** | Nei, jf NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Måling-, avregning- og faktureringstjenester** | Nei, jf NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Kundesentertjenester** | Nei, jf NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Drift og vedlikehold av kunde- og informasjonssystemer** | Nei, jf NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Driftskontroll/driftssentral, herunder kraftkommunikasjonstjenester mellom driftsentral og anlegg** | Nei, jf NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | I henhold til OEDs lovforslag er det ikke noe til hinder for samarbeid om felles driftssentral mellom nettforetak og produksjon/ fjernvarme, forutsatt at nettselskapet har styring og ansvar for driftssentralens nettfunksjoner. Denne forutsetningen vil kunne innebære at nettvirksomheten i realiteten ikke kan anskaffe denne tjenesten fra andre aktører. |
| **Personal/HR/HMS/Rekruttering** | Ja, i henhold til NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Arkiv** | Ja, i henhold til NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Økonomi** | Ja, i henhold til NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | Kan komme i konflikt med kravet om funksjonelt skille knyttet til personell i ledelsen avhengig av type oppdrag og stilling, samt regler om morselskapets instruksjonsadgang/uavhengig nettselskap. |
| **IKT (kontorstøtte)** | Ja, i henhold til NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Drift, vedlikehold, planlegging og bygging av nettanlegg** | Nei, jf NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Beredskap** | Nei, jf NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Kjøp og leie av bygninger** | Ja, unntatt som eiendomstjeneste i henhold til NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Drift av eiendom (vaktmester og liknende), resepsjon og renhold** | Ja, unntatt som eiendomstjeneste i henhold til NVEs rapport 63:2015 punkt 3.5.2. | - |
| **Lagertjenester** | Ikke nevnt i NVEs rapport. Tjenesten må vurderes konkret, men etter vår oppfatning vil dette mest naturlig kunne kategoriseres som en eiendomstjeneste, jf også punkt 4 ovenfor. | - |
| **Juridiske tjenester** | Ikke nevnt i NVEs rapport 63:2015. Tjenesten må vurderes konkret, jf punkt 4 ovenfor. Eksempelvis taler mye for at vurdering av en konkret nettilknytningsavtale ikke er en administrativ tjeneste, mens juridisk bistand i forbindelse med nedbemanning vil anses som en administrativ tjeneste. | Kan komme i konflikt med kravet om funksjonelt skille avhengig av type oppdrag og stilling. |
| **Markedsføring** | Ikke nevnt i NVEs rapport 63:2015. Tjenesten må vurderes konkret, jf punkt 4 ovenfor. | - |
| **Anskaffelsesfunksjon, generelt** | Ikke nevnt i NVEs rapport 63:2015. Tjenesten må vurderes konkret, jf punkt 4 ovenfor. | - |
| **Anskaffelse av nettanlegg** | I motsetning til generell anskaffelse av tjenester, vil anskaffelse av nettanlegg og tjenester knyttet til planlegging, drift, vedlikehold av nettanlegg, være en nettrelatert tjeneste som vil være omfattet av kontrollforskriftens krav til konkurranseutsetting. | Kan komme i konflikt med kravet om funksjonelt skille dersom denne funksjonen ikke ligger i nettselskapet. |
| **Kommunikasjons- og internettjenester** | Ikke nevnt spesielt som en administrativ tjeneste i NVEs rapport 63:2015. Etter vår vurdering vil denne type tjenester kunne anskaffes uten krav om konkurranseutsetting, fordi det vanligvis kun vil dreie seg om å understøtte nettvirksomheten, og dermed må betraktes som en administrativ tjeneste. | Kan komme i konflikt med kravet om funksjonelt skille knyttet til personell i ledelsen avhengig av type oppdrag og stilling, samt regler om morselskapets instruksjonsadgang. |

\* \* \*

1. FOR-2006-04-07-403: Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) (**”forsyningsforskriften”**). [↑](#footnote-ref-1)
2. FOR-1999-03-11-302: Forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og tariffer (**”kontrollforskriften”**). [↑](#footnote-ref-2)
3. <http://publications.europa.eu/resource/cellar/f8c587ed-1c12-11e2-91ce-01aa75ed71a1.0006.01/DOC_1> [↑](#footnote-ref-3)
4. FOR-2006-04-07-402: Forskrift om offentlige anskaffelser (**”anskaffelsesforskriften”**). [↑](#footnote-ref-4)
5. NVE uttaler følgende på side 26: ”*De nye kravene i kontrollforskriften § 2-8 syvende ledd vil gjelde alle anskaffelser som avtales etter 1. juli 2016 (nye avtaler). Som nye avtaler regnes også avtaler om anskaffelser i henhold til rammeavtale inngått før 1. juli 2016 (avrop). Avrop foretatt etter 1.juli 2016 i henhold til rammeavtale inngått før 1. juli 2016, omfattes av de nye reglene.”* [↑](#footnote-ref-5)
6. For ordens skyld understreker vi at vår vurdering tar utgangspunkt i rettstilstanden etter en eventuell vedtakelse av endringene i energiloven §§ 4-6 og 4-7 etter OEDs høringsforslag om fullt selskapsmessig og funksjonelt skille for alle nettselskaper (uavhengig av antall kunder), datert 15. april 2015. [↑](#footnote-ref-6)