



Nærings- og fiskeridepartementet - NFD

Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Vår referanse: 24/01654-4
Arkivkode: 601
Saksbehandler: Kristine Vigander
Deres referanse:
Dato: 21.08.2024

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.

For delutredning 2 følger det av mandatet at utvalget foreslår endringer på mer avgrensede områder i regelverket. Den andre delleveransen omfattet følgende temaer:

- Åpenhet om eierskap og skatt
- Tilrettelegge for lokale og regionale leverandører
- Innretningen av erstatningsreglene
- Gjennomgang av avvisningsreglene
- Klargjøre regelverkets geografiske virkeområde
- Tydeliggjøre muligheten for å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser

Vi inngir med dette hørings svar til ny anskaffelseslov, delutredning 2. Grunnet den korte høringsfristen har vi ikke hatt mulighet til å gjennomgå utvalgets forslag til endringer til ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og ny lov om konsesjonskontrakter. Der forslagene er sammenfallene legger vi likevel til grunn at tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende for disse lovene.

2. Overordnede innspill

Våre overordnede innspill til NOU 2024:9 er:

- Vi støtter utvalgets vurdering av reglene om lokale og regionale leverandører.
- Vi støtter utvalgets vurdering av reglene om sikkerhet og beredskap.
- Vi støtter utvalgets vurdering om åpenhet om eierskap og skatt.
- Vi mener det er mulig og innenfor EØS-retten å endre reglene for utmåling av erstatning uten å foreta endringer i håndhevelsessystemet for øvrig.
- Vi er i utgangspunktet positive til økt prekontraktuell håndheving for anskaffelser over EØS-terskelverdi, slik utvalget foreslår. For å oppnå effektiv og betryggende prekontraktuell håndheving,

er det av avgjørende betydning at håndhevingsorganet tilføres nødvendige ressurser og at reglene for saksbehandlingen styrkes, se punkt 4.2.

- Vi støtter ikke flertallets forslag til å innføre en plikt til å si opp kontrakter ved ulovlig tildelinger.
- Vi er positive til at Konkurransetilsynet gis kompetanse til å føre tilsyn med ulovlig direkte anskaffelser.
- Vi støtter ikke flertallets forslag om å utvide adgangen til å benytte midlertidig forføyning etter kontrakten er inngått.
- Vi støtter mindretallet *Dankertsen Hennyngs* forslag til forenklet håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi.
- Vi støtter forslaget om at erstatningsgrunnlag for hhv positiv og negativ kontraktsinteresse lovreguleres for anskaffelser over EØS-verdi.
- Vi støtter mindretallet *Breiland* og *Dankertsen Hennyngs* forslag til regulering av erstatningsutmåling over EØS-terskelverdi.
- Vi støtter mindretallets *Breiland* og *Dankertsen Hennyngs* forslag om regulering av erstatning under EØS-terskelverdi.

Før vi utdypet våre overordnede innspill, vil vi bemerke at vi er kritiske til at utvalget har fått svært begrenset tid til disposisjon hensatt det meget omfattende mandatet og komplekse rettslige vurderinger med potensielt store konsekvenser for våre medlemmer.

Vi er videre kritiske til den korte høringsfristen som er satt. Vi viser til at KS har bedt om utsatt høringsfrist på vegne av våre medlemmer, uten at forespurt frist ble innvilget. Høringsfristen umuliggjør en tilstrekkelig demokratisk og politisk behandling i kommunesektoren.

Det er eksplisitt uttalt i mandatet at utredningen skal bygge på Utredningsinstruksen, herunder Utredningsinstruksens seks spørsmål.

Flere av endringene fra utvalget går utover det som direkte følger av mandatet. Vi mener at utvalgets forslag til endringer på flere punkter ikke er godt nok utredet. Vi savner en nærmere redegjørelse for konsekvensene av forslagene, herunder en nærmere vurdering av hva som er en forsvarlig håndhevelse sett opp mot hovedformålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser og oppdragsgiverens behov for å inngå kontrakt.

Dersom departementet ønsker å gå videre med forslaget om å endre håndhevingsregimet, bør det foretas nærmere vurderinger og eventuelle utredninger og høringer om dette. Dersom forslag til prekontraktuell håndhevelse ved klage til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) skal gjennomføres, mener vi det er avgjørende at reglene KOFAs saksbehandling endres og at KOFA tilføres nødvendige og tilstrekkelige ressurser. Dette for å ivareta rettssikkerheten og for å unngå store forsinkelser i kontraktsinngåelsen i offentlige anskaffelsesprosesser.

3. Tilslutning til ulike bestemmelser og vurderinger

Vi støtter utvalgets forslag og vurderinger vedrørende sikkerhet og beredskap. Vi mener det er viktig at dette løftes frem i lovens formålsbestemmelse og inntas som en egen bestemmelse. Det er viktig at utarbeides praktiske veiledere som viser hvordan oppdragsgivere kan ivareta sikkerhet og beredskap i sine anskaffelser.

Videre støtter vi utvalgets vurdering av reguleringen av lokale og regionale leverandører.

Vi er enige med utvalget i at det ikke innføres egne bestemmelser om åpenhet om eierskap og skatt, herunder land-for-land rapportering i anskaffelsesloven.

I tillegg er vi enige i utvalgets kodifisering av geografisk virkeområde.

4. Håndheving over EØS terskelverdi

4.1. Utvalgets forslag til håndhevelse over EØS-terskelverdi

Hovedpunktene i utvalgets forslag til håndhevingssystem er som følger:

- Klage til KOFA innen utløpet av karenperioden suspenderer oppdragsgiverens mulighet til å inngå kontrakten. Suspensjonen varer inntil KOFA har avgjort saken, eller KOFA kommer frem til at den oppheves.
- KOFAs avgjørelser gjøres bindende.
- Søksmål om erstatning skal fremdeles fremmes for domstolene. Utvalget har foreslått å lovregulere erstatningsvilkårene.
- Leverandørens mulighet til å kreve erstatning for tapt fortjeneste som følge av feil som kunne og burde vært anført før kontrakten ble inngått, avskjæres dersom leverandøren ikke fremmer en klage til KOFA eller fremmer begjæring om midlertidig forføyning innen utløpet av karenperioden.
- Konkurransetilsynet fører tilsyn med at oppdragsgivere overholder kunngjøringsplikten.
- Konkurransetilsynet kan fremme sak til KOFA om at en kontrakt skal kjennes «uten virkning».
- Konkurransetilsynet gis myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlig direkte anskaffelser, og eventuelle klager over Konkurransetilsynets vedtak overprøves av KOFA.

4.2 Innledende bemerkninger

I mandatet er utvalget bedt om å se på innretningen av erstatningsreglene, og på side 93 i NOUen redegjør utvalget for sin tolkning av mandatet på dette punktet.

For det tilfellet at dagens håndhevingssystem langt på vei videreføres som det er, er det etter utvalgets syn ikke tilrådelig å stramme inn på forbigåtte leverandørers mulighet for å nå frem med etterfølgende erstatningskrav. For utvalgets flertall innebærer dette at dagens utmålingspraksis knyttet til krav om erstatning for fortjenestetap – positiv kontraktsinteresse – videreføres.

Vi mener i likhet med mindretallet, *Dankertsen Hennyng og Breiland*, at det både kan og må foretas endringer av utmålingspraksis selv om det ikke foretas endringer i håndhevingssystemet for øvrig. Det vil etter vår oppfatning ikke være i strid med håndhevingsdirektivet eller EØS-retten. Vi deler således ikke flertallets syn om at hele håndhevingssystemet må endres selv om det foretas endringer i utmålingspraksis. Endringer i utmålingspraksis vil ikke få betydning for vilkårene om ansvarsgrunnlag og kravet til årsakssammenheng. Disse vilkårene kan videreføres i henhold til gjeldende rett og praksis.

Dagens håndhevelsessystem fungerer i utgangspunktet godt for oppdragsgiveren ettersom den legger til rette for effektive og raske klageprosesser. Er oppdragsgiveren uenig i en klage, kan oppdragsgiveren velge å inngå kontrakt med innstilte leverandør, med mindre én leverandør fremmer en begjæring om midlertid forføyning for domstolene ettersom det suspenderer oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt. Ved klage til KOFA, må oppdragsgiveren imidlertid samtykke til prioritert behandling og frivillig avvenne kontraktsinngåelse. Etter vår erfaring, samtykker kommuner i stor grad til prioritert behandling, med mindre oppdragsgiveren mener at klagen klart ikke vil føre frem, eller oppdragsgiveren av

tidsmessige årsaker ikke kan avvente kontraktsinngåelse. Etter vår erfaring, fungerer ordningen med prioriterte saker godt, og med en effektiv og relativt rask saksbehandlingstid. En leverandør som ønsker å forfølge klagen etter kontrakt er inngått, f.eks. fordi oppdragsgiveren ikke samtykket til prioritert behandling, kan fremme etterfølgende erstatningssøksmål mot oppdragsgivere. Leverandørens rettssikkerhet er med andre ord tilstrekkelig ivaretatt.

Samtidig deler vi utvalgets beskrivelse av årsaken til hvorfor innretningen av erstatningsreglene er inntatt i mandatet, jf. side 211 i NOUen:

«Utvalget legger til grunn at bakteppet for dette oppdraget er en oppfatning av at håndhevingen av anskaffelsesregelverket i dag i for stor grad er rettet inn mot etterfølgende erstatningssøksmål, hvor tidvis store krav om erstatning for tapt fortjeneste, «positiv kontraktsinteresse», fremsettes etter at kontrakten er inngått og kontrakten helt eller delvis er oppfylt. Frykt for erstatningsansvar, og størrelsen på eventuelle erstatningsutbetalinger, kan føre til at oppdragsgivere avstår fra å prøve ut det handlingsrommet som ligger i regelverket, og av den grunn ikke får utnyttet potensialet for best mulig anskaffelser.»

På denne bakgrunn er vi i utgangspunktet enige med utvalgets forslag om å endre dagens håndhevingssystem ved å dreie håndhevingen mot prekontraktuell fase over EØS-terskelverdi, og begrense behovet for etterfølgende erstatningssøksmål. En lang stans i muligheten for å inngå kontrakt kan dog være vel så problematisk for oppdragsgiver som en etterfølgende erstatningssak. Det er således av avgjørende betydning at KOFA ikke blir en flaskehals.

Vi viser i den forbindelse til utvalgets vurderinger på side 211:

«Et velfungerende håndhevingssystem er viktig også for offentlige oppdragsgivere som mener at de med urette anklages for å ha opptrådt i strid med regelverket, og som da har behov for å få prøvd dette på en rask og effektiv måte i en uavhengig klagenemnd eller domstol. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor oppdragsgiver ønsker å bruke handlingsrommet i regelverket for å ivareta viktige samfunnshensyn som loven legger opp til at skal ivaretas gjennom anvendelse av regelverket, og hvor det er svært uheldig om et håndhevingssystem innrettet mot etterfølgende erstatningssøksmål hindrer dette. Oppdragsgiver har her behov for en rask avklaring av om konkurransen er innrettet i tråd med regelverket, slik at eventuelle feil kan rettes opp før en eventuell kontraktsinngåelse.»

Utvalgets forslag innebærer en stor endring av KOFAs kompetanse og saklige virkeområde. Vi mener at utvalget i større grad burde ha foretatt en bredere drøftelse av de prinsipielle innvendingene mot en nemndsløsning, som for eksempel Domstolskommisjonen i NOU 2020:11 punkt 7.4 og Forvaltningslovutvalget i NOU 2019:5 punkt 30.4. Særdomstolsutvalget er i NOU 2017:8 også inne på dette.

Vi mener også at de reglene som utvalget foreslår for KOFAs kompetanse, fordrer en større endring av KOFA enn det utvalget selv har lagt til grunn.

Våre vurderinger utdypes nærmere i det følgende.

4.3. Klage til KOFA, jf. lovforslagets §§ 25-2 og 26-3

4.3.1 Innledning

Det fremgår av lovforslagets § 25-2 at KOFA og de alminnelige domstolene er å anse som håndhevingsorganer etter håndhevingsdirektivene. KOFA og domstolene kan treffe midlertidige beslutninger og sette til side beslutninger som oppdragsgiveren har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Dette gjelder bare dersom saken har kommet inn til nemnda eller retten før kontrakt er inngått.

Det er foreslått at KOFAs avgjørelser gjøres bindende, jf. § 30-3. Det er videre foreslått at klage til KOFA innen utløpet av karensperioden suspenderer oppdragsgiverens mulighet til å inngå kontrakt, på samme måte som ved begjæring om midlertidig forføyning til domstolene, jf. § 26-3(1). Suspensjonen varer til KOFA har avgjort saken eller truffet en midlertidig avgjørelse av om suspensjonen skal heves, jf. § 26-3 (3). KOFA skal innen 30 dager treffe en midlertidig avgjørelse av om suspensjonen skal heves dersom oppdragsgiveren ber om det. KOFA kan oppheve suspensjonen dersom den finner grunn til det, jf. § 26-3 (4).

Det er positivt at partene får prøvet spørsmål om det foreligger feil ved tildelingsbeslutningen slik at oppdragsgiveren på denne måten kan få rettet opp feil før kontraktsinngåelse. Bestemmelsen om suspensjon ved klage til KOFA, fører med stor sannsynlighet til at flere leverandører ser seg tjent med å inngi en klage til KOFA, ettersom det koster langt mindre enn en begjæring om midlertidig forføyning til domstolene. Det er derfor en stor fare for at KOFA kan bli en flaskehals og stå i veien for oppdragsgiverens behov for å inngå kontrakter.

Utvalget uttaler at de har vært opptatt av «*at KOFA fortsatt skal være et lavterskeltilbud som tilbyr kostnadseffektive og rask prøving av påståtte brudd*», jf. NOUen på side 212. Samtidig må rettssikkerheten ivaretas i tilstrekkelig grad. For at denne balansen skal ivaretas og endringene skal kunne gjennomføres, mener vi at flere forutsetninger må på plass. Dagens regler i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser er ikke tilstrekkelige. Dette utdypes i det følgende.

4.3.2 Suspensjon ved klage til KOFA, lovforslagets § 26-3

Det følger av § 26-3 (1) at en klage på tildelingsbeslutningen til KOFA i karensperioden suspenderer oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt. Vi mener tidspunktet for når suspensjonen de facto inntreffer, må klargjøres. Betyr dette at suspensjonen inntreffer når KOFA har mottatt klagen, eller når saken er registrert innkommet etter at klagegebyret er innbetalt? Departementet bør vurdere å innføre en bestemmelse om forkynning tilsvarende som ved begjæring om midlertidig forføyning.

Utvalget foreslår at KOFA kan oppheve suspensjonen «*dersom den finner grunn til det*», se forslaget § 26-3 (4). Etter forslag til ordlyd, synes ikke terskelen for når suspensjonen kan oppheves å ligge høyt. Vi mener at det er viktig at terskelen ikke settes for høyt. Vi mener at det er viktig at regelverket sikrer at oppdragsgivere får opphevet suspensjonen dersom oppdragsgiveren har et reelt behov for å inngå kontrakten raskt, klagen åpenbart ikke vil føre frem eller at regelbruddet ikke har betydning for utfallet av konkurransen, se punkt 8.1. Departementet bør for disse tilfellene vurdere om KOFA bør ha *plikt* til å oppheve suspensjonen.

Ordlyden i bestemmelsen bør etter vårt syn uansett være klarere på når KOFA kan – og eventuelt skal – oppheve suspensjonen. Vi viser i den forbindelse til den danske klagenævnensloven § 12, stk. 2, hvor det fremgår at den danske klagenemnda kun kan opprettholde suspensjonen dersom det foreligger «*særlige grunder*», et vilkår som tolkes strengt, se for eksempel Klagenævnet for Udbuds avgjørelse i sak

24/02882. Vi mener at departementet bør vurdere å innføre en tilsvarende regel i Norge, dersom en klage til KOFA skal lede til automatisk suspensjon.

Departementet bør videre vurdere forholdet mellom den foreslåtte suspensjonsbestemmelsen i § 26-3 og vilkårene for forføyning etter tvisteloven §§ 34-1 og 34-2.

Vi mener også at fristen for å fatte en avgjørelse om å oppheve suspensjonen ikke kan settes lenger enn 15 dager, da én måned kan være uforholdsmessig lenge for de tilfellene der kontraktsinngåelse haster.

Det bør også innføres unntak fra reglen om suspensjon for de tilfellene der oppdragsgiveren oppfylder kravet til hasteprosedyrer og kan benytte minimumsfristene i regelverket. Det gir liten mening om oppdragsgiveren må avvente KOFA-behandling i slike tilfeller. Bestemmelsen i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9, må også videreføres.

Dagens saksbehandlingstid for prioriterte saker er på ca. to måneder. Saksbehandlingstiden kan ikke gå utover dette og bør ikke gå utover én måned, særlig for de mindre komplekse sakene.

Det bør også fremgå uttrykkelig av lovteksten at KOFAs avgjørelser om suspensjon kan overprøves av de ordinære domstolene.

4.3.3 Bindende avgjørelser fra KOFA, lovforslagets § 30-3.

Utvalget foreslår som nevnt at KOFAs avgjørelser gjøres bindende. Dette følger implisitt av forslagets § 30-3. De fleste oppdragsgivere tar i dag KOFAs avgjørelser til etterretning og legger dem til grunn i den videre oppfølgingen av klagesaken.

At KOFAs avgjørelser gjøres bindende, mener vi skaper forutsigbarhet for begge parter ettersom tvistes spørsmålet er endelig prøvet og kan legges til grunn. En slik ordning mener vi likevel forutsetter at det stilles strenge krav til KOFAs saksbehandling, jf. under. Hensynet til forutsigbarhet kan ikke gå på bekostning av kravet til effektiv saksbehandling og kravet til effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Vi vil for øvrig bemerke at søksmålsfristen på åtte uker er urimelig lang. Vi kan ikke se at det skal være noen grunn til at søksmålsfristen skal være lenger ved anke over KOFAs avgjørelser, enn ankefristen på én måned som gjelder ved de alminnelige domstolene, jf. tvl. § 29-5.

Det bør også gis regler om oppfriskning ved oversittelse av søksmålsfristen, etter reglene i tvisteloven §§ 16-12 - 16-14. Et eksempel på en slik oppfriskningshjemmel er diskrimineringsombudsloven § 16 første ledd fjerde punktum.

4.3.4 KOFAs kompetanse og organisering

Som nevnt over, vil det at KOFAs avgjørelser gjøres bindende, kreve at det må stilles strengere krav til KOFAs saksbehandling. Etter det vi kjenner til, er det i all hovedsak klagenemndssekretariatet som forbereder saken og skriver forslag til avgjørelse som nemndsmedlemmene så får seg forelagt. Dersom KOFAs avgjørelser skal bli bindende, må det skje en endring i arbeidsfordelingen mellom sekretariatet og nemndsmedlemmene.

Vi viser i den forbindelse til NOUen side 252, hvor utvalget fremhever nemndsmedlemmenes kompetanse i vurderingen av om KOFA skal få utvidet kompetanse:

«Utvalget vil for ordens skyld legge til at det ikke er mye som skal til for at KOFA også vil oppfylle håndhevingsdirektivenes krav i artikkel 2 nr. 9 andre ledd. Samtlige nemndsmedlemmer har de

formelle kvalifikasjoner som kreves for dommere, de utnevnes av Kongen i statsråd (samme myndighet som utnevner dommere), saksbehandlingen er kontradiktorisk og avgjørelsene vil med utvalgets forslag bli bindende. Tilbake står da bare direktivenes krav til at medlemmene skal ha samme stillingsvern som dommere. Nemndsmedlemmenes uavhengighet er viktig, og bør etter utvalgets syn fremgå direkte av den nye anskaffelsesloven, men utvalget mener det er tilstrekkelig at nemnda selv kan ta stilling til om et nemndsmedlem ikke lenger er i stand til å skjøtte vervet.»

Utvalget fremhever videre på samme side under punkt 21.6.1 at:

«Utvalget ser ikke behov for større endringer i KOFAs organisering eller saksbehandling, og heller ikke mer enn en relativt beskjeden økning av nemndas budsjett. Så lenge KOFAs avgjørelser blir bindende, vil KOFA alt i dag oppfylle håndhevingsdirektivenes krav til et uavhengig klageorgan, og for øvrig også EFTA-domstolens krav til en «domstol» i henhold til ODA artikkel 34.»

Dersom avgjørelsene til KOFA blir bindende, er det således avgjørende at KOFAs nemndsmedlemmer, med ovennevnte krav til kompetanse, er aktive i saksforberedelsen og er reelle beslutningstakere.

Vi mener at nemnda må ha en fast ansatt formann eller leder – eventuelt flere faste ansatte – som har de formelle kvalifikasjoner som kreves for dommere, og at hver sak forberedes og ledes av formannen/lederen eller en dommer blant nemndas medlemmer. Hertil må saksforberedende person ta stilling til om suspensjonen skal heves. Dette må fremgå av loven eller klagenemndsforordningen.

Dette vil gi en kontinuitet i KOFAs praksis, styrke partenes rettssikkerhet, samt sikre en større grad av upartiskhet og tillit ettersom øvrige nemndsmedlemmer er praktiserende advokater.

Vi viser i den forbindelse til side 252 under punkt 21.6.1, hvor utvalget selv påpeker at:

«Samtidig er utvalget oppmerksom på at utnevnelsen av praktiserende advokater som nemndsmedlemmer kan gi opphav til spørsmål fra oppdragsgivere og leverandører som opplever at deres sak avgjøres av en nemnd bestående av en advokat som de tidligere har møtt som representant for en motpart i en tvist. KOFA er bevisst på denne problematikken, og har etablert rutiner for å overholde forvaltningslovens habilitetsregler. Utvalget vil foreslå at nemnda utvides fra ti til tolv medlemmer for å muliggjøre intern organisering som gir rom for enda større avstand mellom partene i en sak og nemndas advokatmedlemmer. Det er også ønskelig å rekruttere flere dommere til nemnda, og da slik at nemnda kan settes med én dommer i hver sak, noe utvalget oppfatter i stor grad praktiseres allerede i dagens KOFA.»

Rutinene som utvalget foreslår, er etter vår oppfatning ikke tilstrekkelige til å ivareta hensynene som gjør seg gjeldende når de avgjørelsene som treffes blir bindende.

Vi mener at forslagene over vil kreve at KOFA tilføres flere ressurser, samt får en økning i budsjettet. Vi savner en nærmere analyse av forslagets sannsynlige virkninger for KOFAs saksmengde og saksbehandlingstid. Selv om KOFA får frigjort ressurser ved at klage på ulovlig direkte anskaffelse skal rettes til Konkurransetilsynet og at de forenklede reglene under EØS-terskelverdi forhåpentligvis fører til færre klagesaker under EØS-terskelverdi, mener vi at regelen om suspensjon vil føre til flere klagesaker. Hvor stor utvidelse som kreves for at KOFA skal klare den økte saksmengden innenfor fristen av prioriterte saker, er vanskelig å anslå, men antas å være større enn det utvalget foreslår.

4.3.5. Saksbehandlingsregler for KOFA

Vi er enige med utvalget i at saksbehandlingen i KOFA som den store hovedregel må forbli skriftlig. Vi er positive til at det åpnes opp for digitale, muntlige møter der det er nødvendig for å få saken tilstrekkelig

opplyst, for eksempel i særlige tilfeller hvor faktum er komplisert, eller det er avgjørende at en part eller et vitne forklarer seg. Vi er likeså enige med utvalget i at det ikke åpnes for muntlige prosedyrer knyttet til rettslige spørsmål, da dette vil øke kompleksiteten og kostnadene i sakene. KOFA vil da ikke lenger være et lavterskeltilbud.

Utvalget mener at KOFA må få tilgang til alle sakens dokumenter, uavhengig av lovbestemt taushetsplikt. Utvalget viser til at den danske klagenemnda er sikret slik tilgang gjennom klagenævnsløven § 11, stk. 2. Dette inkluderer usladdede versjoner av innkomne tilbud, jf. EU-domstolens tilnærming i sak C-450/06 *Varec* og sak C-927/19 *Klaipėdos*. Det fremgår klart av disse dommene at organet som er ansvarlig for klageprosedyren i henhold til håndhevingsdirektivet skal ha tilgang til alle opplysninger, herunder fortrolige opplysninger og forretningshemmeligheter, som er nødvendige for å kunne treffe avgjørelsen med fullt kjennskap til saken.

Utvalget overlater den nærmere vurderingen til Justis- og beredskapsdepartementet. Det mener vi er fornuftig. Vi er enige med utvalget i at den ordningen som EU-domstolen legger opp til i *Varec* og *Klaipėdos* vil kunne påføre KOFA, og eventuelt også domstolene, en del merarbeid mht. behandling av taushetsbelagt informasjon, herunder må det tas i bruk systemer som ivaretar taushetsplikten, f.eks. i form av krypteringsverktøy. Vår bekymring knyttet til forslaget er at dette med høy sannsynlighet vil medføre lengre saksbehandlingstid og være ressurskrevende for KOFA. Vår erfaring er at de fleste leverandørene i tilbudsomgangen anfører at omtrent *alle* opplysningene i tilbudet er forretningshemmeligheter og at oppdragsgiveren etter tildeling derfor bruker uforholdsmessig mye tid på å gjennomgå tilbudet med tanke på sladding.

I den forbindelse vil vi vise til ordningen i konkurranseløven § 18b. En ordning hvor leverandøren selv må sladde og begrunne sladdingen, samt at manglende sladding anses som en bekreftelse på at opplysningene ikke er taushetsbelagt, vil på generelt grunnlag effektivisere innsynsprosessene og sladding av tilbud. Vi vil derfor foreslå at tilsvarende bestemmelse blir innført i anskaffelsesloven.

Uansett må tilgangen til taushetsbelagt informasjon være sammenfallende for KOFA og domstolene, ettersom en avgjørelse fra KOFA kan ankes inn for domstolene. Det må etter vårt syn også inn i loven.

Vi mener også at det bør stilles konkrete krav til klagens innhold, sml. tvisteløven § 32-5 (2). Det er leverandørens klage som danner rammene for saken, og ofte ser vi at det inngis klager med vage påstander om at «*oppdragsgiver har brutt kravene i anskaffelsesloven § 4*».

Valgte leverandør vil ofte ha en interesse i å bidra i saken, for eksempel dersom klageren påstår at valgte leverandør eller valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist fra konkurransen. Det vil også kunne bidra til at saken for KOFA blir bedre opplyst. I forføyningssaker for domstolene er det ikke uvanlig at valgte leverandør erklærer partshjelp til fordel for oppdragsgiver etter tvisteløven § 15-7 første ledd bokstav a. Det bør også gis en tilsvarende regel om partshjelp for KOFA, slik det er i dansk rett, se klagenævnsløven § 6 stk. 2.

4.3.6. Regler om klagegebyr og saksomkostninger ved klage til KOFA, lovforslagets § 31-1 og § 31-2

Utvalget uttaler at det er hensiktsmessig at klagegebyret settes på et nivå som gjør at det utgjør en viss terskel for å fremme klage. Vi er enige i dette.

Utvalget overlater imidlertid til departementet å treffe den endelige balansen mellom de ulike hensynene som her gjør seg gjeldende, og har foreslått en lovbestemmelse om klagegebyr uten å sette inn størrelsen på klagegebyret.

Vi mener at reglene om suspensjon og preklusjon i seg selv vil føre til flere klager. Det er derfor særlig viktig at klagegebyret økes fra dagens beløp på NOK 8 000, slik at det er en viss terskel for å klage. Som utvalget selv påpeker, er det viktig at KOFA ikke blir overbelastet av betydningsløse klager, men at KOFA får levert sine avgjørelser på en rask og effektiv måte. Som utvalget selv viser til, er klagegebyret i Norge lavere enn i Danmark, Finland og Island. Vi mener at klagegebyrets størrelse settes minimum til dansk nivå som er DKK 20 000 eller ca. NOK 30 000.

Vi støtter utvalgets forslag om at partene som hovedregel skal dekke egne kostnader i forbindelse med klagebehandlingen. Vi støtter også forslaget om at partene skal få dekket kostnader inntil NOK 100 000 ved hhv. grove brudd fra oppdragsgiverens side eller ved grunnløse klager fra leverandørens side.

Utvalget har videre foreslått at klager bør kunne tilkjennes et høyere beløp i større saker dersom det foreligger særlige grunner. Vi støtter mindretallet *Dankertsen Hennyng* og *Breilands* forslag om at også oppdragsgiveren bør kunne tilkjennes et høyere beløp i større saker og er enig i at dette også kan bidra til at leverandørene ikke vidløftiggjør sakene og med dette pådrar det offentlige unødvendige sakskostnader.

Vi mener at en regel om at leverandører kan måtte dekke oppdragsgiverens kostnader, er avgjørende for å dempe den potensielt økende mengden av klager som vil komme som følge av reglene om suspensjon og preklusjon, herunder redusere antall klager som er grunnløse. Vi erfarer en økende tendens til at klager vidløftiggjør saker, noe som fører til unødvendige økte saksomkostninger for oppdragsgivere. En tilsvarende unntaksbestemmelse for oppdragsgivere kan derfor virke disiplinerende på leverandører og er i tråd med effektiv bruk av samfunnets ressurser.

4.3.7. Forholdet mellom KOFA og de alminnelige domstolene, lovforslagets § 25-2

Etter lovforslagets § 25-2 er KOFA og de alminnelige domstolene begge å anse som likeverdige håndhevingsorganer, bortsett fra at det bare er domstolene som skal kunne tilkjennes erstatning, jf. forslaget femte ledd.

Dette forslaget reiser en del praktiske spørsmål som bør reguleres i loven, for klage til KOFA stenger for domstolsbehandling (litispendens). Diskrimineringsombudsloven § 17 gir et eksempel på en slik bestemmelse.

Det bør etter vårt syn også fremgå uttrykkelig av loven at domstolene kan prøve alle sider av saken, dersom KOFAs vedtak bringes inn for domstolene innen fristen i forslaget § 30-3.

4.4. Plikt til å si opp kontrakter ved ulovlig tildeling, jf. lovforslagets § 21-2

Et flertall har foreslått at oppdragsgiveren blir forpliktet til å si opp en kontrakt som er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som er satt til side ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolen. Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men er en nasjonal bestemmelse.

Flertallet mener at en oppsigelsesplikt ved tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen vil kunne bidra til å gjenopprette konkurransen om kontrakter som er tildelt i strid med anskaffelsesregelverket. Det vil også kunne bidra til at både oppdragsgiveren og valgte leverandør ser seg tjente med å avvende KOFAs vurdering av tildelingsbeslutningen, uten å fremtvinge en avgjørelse fra KOFA om å suspendere kontraktsinngåelsen.

Vi støtter ikke en slik oppsigelsesplikt. Vi kan ikke se at hensynet til å gjenopprette konkurransen kan veie så tungt ettersom det jo allerede har vært konkurranse om anskaffelsen, i motsetning til tilfeller hvor det

foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Videre vil det ikke være opp til valgte leverandør å velge om suspensjonen skal oppheves eller ikke, slik flertallet synes å legge til grunn. Det er oppdragsgiveren som kan be klagenemnda om å oppheve suspensjonen – ikke valgte leverandør.

Vi er enige med mindretallet *Dankertsen Hennyng og Breiland* i at en oppsigelsesplikt medfører en overimplementering og fremstår som lite samfunnsøkonomisk.

Det kan være gode grunner for at oppdragsgiveren vil oppheve suspensjonen ved klage til KOFA, og inngå kontrakt før endelig avgjørelse foreligger, for eksempel fordi det foreligger et akutt behov. Ved en oppsigelse vil oppdragsgiveren måtte starte hele anskaffelsesprosessen på nytt, ettersom det ikke lenger foreligger bindende tilbud i den opprinnelige konkurransen. Den forbigåtte leverandøren vil således uansett ikke kunne komme i kontraktsposisjon, noe som kunne begrunnet en oppsigelsesplikt. Regelverket åpner heller ikke for dekningskjøp i et slikt tilfelle, som det f.eks. gjøres dersom en kontrakt kjennes uten virkning. Oppdragsgivere står derfor i fare for å foreta en ulovlig direkte anskaffelse for å få dekket sitt behov inntil ny konkurranse er gjennomført, eventuelt ikke få dekket et viktig behov i det hele tatt.

Dersom oppdragsgiveren må si opp kontrakten, vil oppdragsgiveren dessuten kunne bli dømt til å betale erstatning for positiv kontraktsinteresse til den forbigåtte leverandøren dersom denne skulle vært tilkjent kontrakten.

De nærmere kontraktsrettslige implikasjonene som oppstår mellom oppdragsgiveren og medkontrahenten er ikke nærmere vurdert utover at flertallet viser til at det synes å være gode erfaringer med bestemmelsen i Danmark. Hvordan dette konkret slår ut for oppdragsgiveren og medkontrahenten fremgår ikke, herunder hvilke krav leverandøren kan fremme ovenfor oppdragsgiveren.

Vi mener derfor at forslaget vil kunne virke prosessdrivende og føre til store økonomiske tap for oppdragsgiveren. Konsekvensene av å innføre en oppsigelsesplikt slik utvalget foreslår, er etter vår vurdering ikke tilstrekkelig utredet.

I likhet med mindretallet mener vi at oppdragsgiveren kan gis en oppsigelsesrett i slike tilfeller.

4.5. Oppsigelsesrett jf. lovforslagets § 21-1

Det fremgår av NOUen kapittel 37.2.2. at det etter utvalgets syn gir liten mening at oppdragsgiveren har rett til å si opp en kontrakt der det er gjort en vesentlig endring som anses som en ulovlig direkteanskaffelse i medhold av artikkel 73 bokstav a, men ikke i tilfeller der kontrakten fra begynnelsen av er en ulovlig direkteanskaffelse. Hensynet til å gjenopprette konkurransen er etter utvalgets syn tilsvarende, om ikke større ved sistnevnte situasjon.

Det er likevel ikke foreslått en oppsigelsesrett som gir oppdragsgiveren adgang til å si opp en kontrakt i tilfeller hvor det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det gis kun en rett til å si opp en kontrakt etter at EFTA-domstolen har slått fast at det foreligger brudd på EØS-avtalen som innebærer at oppdragsgiveren ikke skulle ha inngått kontrakten med den valgte leverandøren.

Vi vil foreslå at det også inntas en bestemmelse som gir oppdragsgiveren rett til å si opp kontrakter som er inngått i strid med kunngjøringsplikten uten at dette er fastslått av EFTA-domstolen.

4.6 Ulovlig direkte anskaffelser

Vi støtter utvalgets forslag om at Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med at oppdragsgivere overholder kunngjøringsplikten og at Konkurransetilsynet gis myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Dersom KOFA skal få domstollignende kompetanse, kan KOFA ikke samtidig ha rollen som tilsynsmyndighet.

Vi savner imidlertid en drøftelse av forholdet til de øvrige reglene i konkurranseloven og reglene i forvaltningsloven kapittel IX om administrative sanksjoner. Når det gjelder reglene i konkurranseloven, må det etter vårt syn for eksempel fremgå tydelig at Konkurransetilsynet ikke kan foreta bevissikring etter konkurranseloven § 25 i saker mot offentlige oppdragsgivere ved mistanke om ulovlig direkte anskaffelser.

I forslaget til ny bokstav f til konkurranseloven § 9 har utvalget i andre punktum foreslått at Konkurransetilsynet også skal kunne «*håndheve andre brudd på anskaffelsesregelverket som er til skade for konkurransen i markedet*». Denne bestemmelsen er ikke nærmere drøftet og synes å gi Konkurransetilsynet videre kompetanse enn kun å føre tilsyn med ulovlig direkte anskaffelser. Det støtter vi i så fall ikke.

4.6.1 Uten virkning, lovforslagets § 21-7

Vi støtter utvalgets forslag om at KOFA gis myndighet til å ilegge sanksjonen uten virkning og at saksbehandlingen av slike saker som den store hovedregel kan skje skriftlig.

Vi mener imidlertid at det bør åpnes for at deler av saken kan gjøres til gjenstand for muntlig behandling slik det redegjøres for i punkt 4.3.5.

Vi er enige i at sanksjonen uten virkning utelukkende må anvendes i de tilfellene hvor kontrakten ikke er kunngjort i det hele tatt og at øvrige unntak fra sanksjonens anvendelsesområde videreføres. Norsk rett bør ikke legges seg på en strengere linje enn det som følger av EØS-rettslige forpliktelser.

Vi slutter oss til utvalgets forslag om at klagefristen settes til 6 måneder. Begrunnelsen for å sette ned klagefristen fra 2 år til 6 måneder tiltredes.

Vi er videre enige i at sanksjonen «*uten virking*» kun kan ilegges for fremtidig kontraktoppfyllelse (ex nunc).

4.6.2 Overtredelsesgebyr og avkortning jf. lovforslagets §27-4

Det fremgår av § 27-4 at håndhevingsorganet skal avkorte kontraktens levetid eller idømme oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr dersom kontrakten ikke kan kjøpes uten virkning.

Vi kan slutte oss til at sanksjonen overtredelsesgebyr videreføres for anskaffelser over EØS-terskelverdi i de tilfellene som fremgår av forslaget § 27-4 (1) bokstav a-d.

Vi har ingen motforestillinger mot at regelen om avkortning videreføres som alternativ sanksjon til illeggelse av overtredelsesgebyr.

4.6.3 Overtredelsesgebyrets størrelse, lovforslagets § 27-4 (3)

Vi er enige i at overtredelsesgebyrets størrelse må senkes. Utvalgets flertall fremmer forslag om at gebyret fastsettes til 10 % av kontraktsummen, oppad begrenset til 15 millioner.

Utvalget begrunner dette i at den preventive virkningen av et stort overtredelsesgebyr mot en offentlig oppdragsgiver ikke uten videre kan sammenlignes med den økte preventive effekten som antas å følge med store overtredelsesgebyrer til privatpersoner eller private selskaper. En offentlig oppdragsgiver eies ikke av private, men eksisterer for å dekke fellesskapets behov. Når en offentlig oppdragsgiver illegges et gebyr, så går det i utgangspunktet ikke utover andre enn fellesskapet som oppdragsgiveren skal tjene.

Når det gjelder fastsettelsen av størrelsen på overtredelsesgebyret er vi enige med utvalgets medlem *Dankertsen Hennyng* i at maksimalt gebyr for ulovlig direkteanskaffelser skal være fem prosent av kontraktens verdi, oppad begrenset til femten millioner kroner og nedad begrenset til 40 000 kroner.

Et stort overtredelsesgebyr vil for en kommune kunne gå på bekostning av midler til gjennomføring av viktige lovpålagte oppgaver. Når de i Danmark anser at den preventive effekten er tilstrekkelig ved et overtredelsesgebyr med inntil 5 %, ser vi ingen grunn til at overtredelsesgebyrets størrelse skal være høyere i Norge. Vi anmoder følgelig departementet om at overtredelsesgebyrets størrelse fastsettes på samme nivå som i Danmark.

4.6.4 Midlertidig forføyning mot ulovlig direkteanskaffelser, jf. lovforslagets § 27-7

Et flertall har foreslått å innføre en bestemmelse som åpner for at domstolene kan behandle midlertidige forføyninger mot fortsatt kontraktsoppfyllelse, dersom hovedkravet er påstand om ulovlig direkteanskaffelse. Bestemmelsen er et unntak fra forslaget § 25-2 andre ledd, om at domstolen i utgangspunktet bare kan behandle saker dersom søksmålet eller begjæringen er mottatt før kontrakten er inngått.

Vi støtter ikke flertallets forslag. Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og medfører en overimplementering. Vi støtter mindretallet *Dankertsen Hennyng* som foreslår å videreføre dagens anskaffelseslov § 9 første ledd andre punktum som sier at retten ikke kan beslutte midlertidig forføyning etter at kontrakten er inngått.

I likhet med mindretallet, mener vi det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse før kontraktsforholdet må stanses. Dersom domstolene eller KOFA kommer frem til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, har oppdragsgiveren – og eventuelt leverandør – pådratt potensielt store og unødvendige kostnader.

Behovet for å stanse kontrakten midlertidig anses dessuten mindre når KOFA vil få kompetanse til å kjenne en kontrakt uten virkning eller avkorte kontraktens levetid. Det i seg selv vil være særlig inngripende for oppdragsgiveren, og bør ikke inntreffe før spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse er endelig avgjort. Ved midlertidig stans av kontrakt, vil det også oppstå spørsmål om hvordan behovet skal dekkes i mellomtiden, samt spørsmål om oppdragsgiveren har adgang til å kjøpe utenfor kontrakt.

Med den knappe tiden utvalget har hatt til rådighet for å vurdere konsekvensene av dette forslaget, mener vi at departementet ikke kan ta flertallets forslag til følge uten nærmere gjennomgang av de konsekvensene forslaget vil medføre. Dette gjelder særlig dersom oppdragsgiveren er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningskrav etter tvisteloven § 32-11.

4.7 Erstatning, lovforslagets kapittel 28

4.7.1 Innledning

Erstatningsbestemmelsene er inntatt i forslaget del IV om håndhevingsregler. Forslaget har egne bestemmelser om erstatning for negativ og positiv kontraktsinteresse i hhv. § 28-1 og § 28-2.

Vi er positive til en lovfesting av kravene til erstatning for hhv. negativ og positiv kontraktsinteresse, og vurderer det som et pedagogisk riktig grep at disse reguleres i hver sin lovbestemmelse. Vi har imidlertid flere kommentarer til innholdet i lovforslaget, se punktene under.

Et flertall foreslår at reglene om erstatning skal gjelde både over og under EØS-terskelverdi, jf. § 25-1 annet ledd. Vi mener departementet bør vurdere om det skal gjelde en høyere terskel for ansvar under EØS-terskelverdi slik et mindretall foreslår og redegjør nærmere for dette i punkt 5.4.

Uavhengig av hvilke endringer som gjøres i håndhevingssystemet for øvrig, mener vi at det må skje en endring i dagens utmålingspraksis. En sammenligning av utmålingspraksis i våre naboland viser at dette er nødvendig. Gode grunner taler også for at det settes et prosentmessig og nominelt tak for det økonomiske tapet. Vi redegjør nærmere for dette under.

4.7.2 Forslag til regulering av tilbudskostnader – negativ kontraktsinteresse, lovforslagets § 28-1

Forslaget til ny § 28-1, oppstiller to ulike kategorier som gir grunnlag for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Etter bokstav a gjelder et objektivt ansvarsgrunnlag, jf. at regelverket skal ha blitt «*brutt*», men med et skjerpet krav til årsakssammenheng, jf. at leverandøren skal ha hatt en «*reell mulighet til å bli tildelt kontrakten*». Etter bokstav b gjelder ansvarsgrunnlaget som i dag, jf. at bruddet skal være «*kvalifisert*», og kravet til årsakssammenheng er formulert som at leverandøren ikke ville ha deltatt i konkurransen om bruddet tenkes borte.

Etter vår oppfatning bør departementet velge mellom *enten* bokstav a *eller* bokstav b, og ikke *både-og*. To alternative kategorier vil etter vår oppfatning være unødvendig kompliserende, i tillegg til at det kan virke prosessdrivende.

Vi støtter forslaget til bokstav a, dersom dette innebærer at øvrige leverandører, som ikke har reell mulighet til å delta i kontrakten, men som kun ville avstått fra å delta, avskjæres muligheten til å bli tilkjent erstatning. Vi er enig med utvalget i at en leverandør som har blitt fratatt en reell mulighet til å vinne kontrakten, står i en sterkere erstatningsrettslig posisjon enn de øvrige leverandørene. EØS-retten stiller ikke krav til vern av de øvrige leverandørene.

Bokstav b, gir langt på vei uttrykk for gjeldende rett i dag. For oss fremstår dette som det foretrukne alternativet, likevel med tilføyelsen «*tilstrekkelig*» kvalifisert brudd. Vi viser i den sammenheng til at det har sine fordeler å anvende samme ansvarsgrunnlag for positiv og negativ kontraktsinteresse, fremfor å oppstille ny og mer krevende årsaksanalyse.

Det sentrale er likevel at det gjøres et valg mellom de to alternativene, og det er mer underordnet hvilke av de to alternativene departementet eventuelt velger å legge til grunn.

4.7.3 Forslag til regulering av tapt fortjeneste – positiv kontraktsinteresse

4.7.3.1 Erstatningsvilkårene, lovforslagets § 28-2(1)

Det er positivt at utvalget foreslår en kodifisering av rettspraksis om at oppdragsgivers brudd på regelverket må være kvalifisert for å være ansvarsbetingende, jf. forslag til ny § 28-2 første ledd. For å få ordlyden i samsvar med gjeldende rett, foreslår vi likevel å tilføye at bruddet må være «tilstrekkelig» kvalifisert, jf. blant annet EU-domstolens sak C-568/08 *Combinatie Spijker*, avsnitt 87 og C-547/22 *Ingsteel* avsnitt 35.

Kravet til årsakssammenheng er i forslaget formulert som at bruddet «*har fratatt leverandøren en kontrakt*» og beviskravet er formulert som at leverandøren, uten bruddet, ellers kunne «*og ville fått*» kontrakten, jf. første ledd i bestemmelsen. Formuleringen «*ville fått*» mener vi er noe uklar og kan skape usikkerhet med hensyn til hvilket beviskrav som gjelder. Etter gjeldende rett må det foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at kontrakten ville ha blitt tildelt leverandøren, jf. for eksempel HR-2023-206-A *Perpetuum* avsnitt 41. Et krav om at leverandøren «*ville*» blitt tildelt kontrakten kan indikere et høyere beviskrav. Det er ikke holdepunkter for at utvalget har ment å legge et høyere beviskrav til grunn. Vi viser for øvrig til utvalgets oppfordring til departementet om å klargjøre beviskrav og bevisbyrde for kravet til årsakssammenheng, jf. punkt 34.7.4. En mer treffende formulering er at leverandøren ellers «*med klar sannsynlighetsovervekt ville fått*» kontrakten.

Dersom erstatningsvilkårene først skal fremgå av loven, mener vi at departementet bør vurdere å innta kravet til erstatningsrettslig vern i lovteksten. Vi forstår utvalgets forslag til lovtekst som referert til over, jf. at leverandøren ellers «*kunne*» og ville fått kontrakten, er ment å innebære et krav til erstatningsrettslig vern. Vi mener imidlertid at det blir riktig og mer pedagogisk å innta dette som et eksplisitt vilkår for erstatning i lovbestemmelsen.

Derimot ser vi ikke at det skulle være behov for å lovregulere et krav om erstatning for tap av sjanse etter EU-domstolens domsavsigelse i C-547/22 *Ingsteel*. Vi viser til utvalgets rapport punkt 34.7.2, side 341, hvor utvalget oppfordrer departementet til å vurdere om dette skal innføres i norsk rett.

Slik vi ser det, gir ikke *Ingsteel* grunnlag for å oppstille ytterligere EØS-rettslige forpliktelser. Vi viser i den sammenheng til at kravet til årsakssammenheng for krav om erstatning for den positive kontraktsinteresse i norsk rett er relativt liberalt i europeisk sammenheng. Debatten som har oppstått i kjølvannet av EU-domstolens avgjørelser viser imidlertid at det er behov for rettsavklaring på dette området, og vi mener at dette med fordel kan skje nå i lovgivningsarbeidet enn at dette overlates til domstolene.

I forslaget til § 28-1 om erstatning for tilbudskostnader, fremgår det at en leverandør kan kreve erstatning for «*påregnelige*» kostnader. I den grad kravet til påregnelighet skal fremgå av lovteksten, mener vi at dette også bør fremgå i § 28-2, ettersom det bare er påregnelige fortjenestetap som skal erstattes etter dagens utmålingspraksis, jf. Rt-1998-1398.

4.7.3.2 Regel om preklusjon, lovforslagets § 28-2(2)

Utvalget har foreslått følgende i bestemmelsens annet ledd:

«(2) Erstatning for tapt fortjeneste forutsetter at leverandøren har forsøkt å avverge tapet gjennom bruk av klagemulighetene i § 25-2 andre ledd.»

Vi støtter forslaget. Det er uheldig hvis en tilbyder som ser en feil, lar være å ta opp feilen med oppdragsgiveren, men i stedet avventer utfallet i konkurransen og eksempelvis fremmer krav om erstatning for den samme feilen, jf. også HR-2019-1801-A premiss 137.

4.7.3.3 Utmåling av erstatning, lovforslagets § 28-2(3)

Utvalget foreslår å regulere hvilke momenter domstolene skal hensynta ved utmålingen av erstatning, jf. § 28-2 tredje ledd. I forslaget er det presisert at det kan legges vekt på «*den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren ville oppnådd det forventede dekningsbidraget og vil lykkes med å begrense tapet gjennom andre oppdrag.*» Slik vi forstår ordlyden, dreier det seg om to selvstendige momenter; henholdsvis leverandørens forventede dekningsbidrag og sannsynligheten eller muligheten for å begrense sitt tap ved å påta seg andre oppdrag. Selv om dette er momenter som skal hensyntas også i dagens utmålingspraksis er det positivt at det synliggjøres i loven.

Derimot har vi innvendinger til den lovtekniske formuleringen, og da særlig forslaget om at domstolene skal ta hensyn til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren «*vil lykkes med å begrense sitt tap gjennom andre oppdrag.*» Etter vårt syn bør momentet i stedet formuleres som et krav til at «*leverandøren har godtgjort at tapet ikke kunne unngås eller reduseres gjennom å påta seg andre oppdrag.*» Dette gjenspeiler gjeldende krav til tapsbegrensningsplikt, og for øvrig også flertallets vurderinger på side 346.

Som tidligere nevnt, er vi av den oppfatning at det både kan og må gjøres endringer i dagens utmålingspraksis, uavhengig av hvilke eventuelle endringer som gjøres i håndshevingsssystemet for øvrig. Som utvalget påpeker i punkt 34.7.7, er norsk utmålingspraksis mer leverandørvennlig enn praksis fra Sverige og Danmark. Vi viser i den sammenheng til at høyeste utbetalte erstatning i Sverige og Danmark er på henholdsvis 2 millioner svenske kroner og 6 millioner danske kroner.

Dette tilsier at det bør gjøres endringer i dagens utmålingspraksis, i form av et øvre prosentmessig og nominelt tak for erstatningsutmålingen, slik mindretallet *Dankertsen Hennyng og Breiland* har tatt til orde for.

Flere grunner tilsier en løsning med et øvre prosentmessig og nominelt tak. For det første fordrer erstatningsutmålingen vanskelige vurderinger, herunder er det vanskelig å overprøve leverandørens kalkyler og muligheter for å gjøre tapsbegrensende tiltak. Vi mener dette grepet innebærer en forenkling. EU-retten gir ikke nærmere føringer for utmålingen og er følgelig ikke til hinder for en slik løsning, jf. *Combinatie Spijker* avsnitt 86. Begrensninger i erstatningsutmålingen forekommer også i lovgivningen for øvrig, for eksempel skadeerstatningsloven § 3-2a om inntektstaperstatning for personer under 19 år. Videre er erstatningsansvaret begrenset til et visst tak i NS 8402 om rådgivningskontrakter, punkt 10.3 tredje avsnitt.

Et annet moment er at leverandøren i slike situasjoner ikke *de facto* har lidt et tap, men krever erstatning basert på et forventet, fremtidig tap. Det foreligger med andre ord ikke brudd på en inngått kontrakt, men en forspilt mulighet til å få en kontrakt. Blant annet vil graden av innrettelse være ulik i de to situasjonene. Vi viser i den sammenheng til NOUen punkt 34.7.6 og uttalelsene fra mindretallet *Dankertsen Hennyng og Breiland* på dette punktet.

Hva gjelder størrelsen på det øvre prosentmessige og nominelle taket, bør det sees hen til utmålingen av overtredelsesgebyr, jf. § 27-4, samt nivået for erstatningsutmålingen i Sverige og Danmark. Overtredelsesgebyret er ment å sanksjonere brudd på kunngjøringsplikten, og følgelig et av de groveste bruddene på regelverket. Etter vårt syn bør erstatningsutmålingen ikke settes høyere enn mindretallets forslag til overtredelsesgebyr jf. NOUen 12.6.2, samt nivået i våre naboland.

5. Håndhevelse under EØS-terskelverdi

5.1 Klagebehandling til KOFA, lovforslagets § 29-1

Utvalget har foreslått forenklet håndheving for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Utvalget foreslår i all hovedsak en videreføring av dagens klagebehandling for KOFA. Vi forstår det slik at KOFAs avgjørelser gjøres bindende i nasjonale klagesaker ettersom det i § 25-1(2) står at kapittel 26 og 27 bare gjelder for anskaffelser som følger reglene i del III. Følgelig må øvrige bestemmelser også gjelde for nasjonale anskaffelser, herunder § 30-3.

Det er videre foreslått at klagefristen reduseres fra seks til én måned etter at kontrakt er inngått.

Vi støtter utvalgets forslag til forenklet håndhevelse, herunder at klagefristen reduseres til én måned etter kontrakt er inngått. Vi mener dette støtter opp under utvalgets øvrige grep med forenklete regler og prosesser under EØS-terskelverdi.

Etter vår vurdering bør det i ny § 29-1 inntas en henvisning til § 30-3 av pedagogiske hensyn, forutsatt at bestemmelsen er ment å gjelde for nasjonale anskaffelser.

5.2 Særlig om bygge- og anleggsanskaffelser

Flertallet mener det er naturlig at de bygge- og anleggsanskaffelsene som blir omfattet av nedtrekksmodellen, også bør være omfattet av de tilhørende reglene om håndheving som følger av EØS-retten. Det vil si bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi fra 15 millioner kroner og opp til EØS-terskelverdi. Dette innebærer at flertallet foreslår å anvende nedtrekksmodellen også for EØS-reglene om håndheving, slik at de forenklete reglene bare skal gjelde for bygge- og anleggsanskaffelser under 15 millioner.

Vi støtter utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* som mener at utvalgets forslag til forenklete regler om håndheving også skal gjelde for alle bygge- og anleggsanskaffelser opp til EØS-terskelverdi. Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyngs* forslag innebærer således at alle varer, tjenester og bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdi er underlagt de forenklete reglene til KOFA-behandling. Vi mener at suspensjon ved klage til KOFA, fremstår som for inngripende ved mindre anskaffelser hvor gjerne kontraktsarbeidet kun tar uker eller måneder. Vi mener mindretallet *Dankertsen Hennyngs* forslag er mest i tråd med de øvrige forenklingsegrepene som skal sikre raske og effektive anskaffelsesprosesser under EØS-terskelverdi. Det er også forenkling å ha samme håndhevelsesregime for alle anskaffelser under EØS-terskelverdi.

5.3. Ulovlig direkte anskaffelse

Som det fremgår har flertallet foreslått at reglene som gjelder for ulovlig direkte anskaffelser over EØS-terskelverdi også skal gjelde for bygge- og anleggsregler ned til 15 millioner kr.

Vi er enige i vurderingen fra mindretallet *Dankertsen Hennyng* og *Gjønnnes* i at reglene om avkortning av kontrakt og sanksjonen «uten virkning» ikke skal gjelde for bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi. Disse sanksjonene kan være særlig byrdefulle i en bygge- og anleggsanskaffelse og føre til store merkostnader for oppdragsgiver. Oppdragsgivere vil i slike tilfeller ofte ende opp med å engasjere samme leverandør til å gjennomføre den resterende delen av kontraktsforpliktelsene, ettersom andre leverandører kan anse det som for risikofyllt å overta et bygge- eller anleggsprosjekt som er igangsatt.

Å tvinge gjennom en ny konkurranse i slike tilfeller vil derfor kunne lede til unødvendige samfunnsøkonomiske kostnader i form av forsinket framdrift, økte kostnader og mindre effektiv gjennomføring av bygge- og/eller anleggsprosjektet. Også etter EØS-reglene om «uten virkning» kan det gjøres unntak for tilfeller hvor resultatet bare vil bli at ny kontrakt må tildeles eksisterende leverandør. Det kan være vanskelig å vurdere om resultatet vil få et slikt utfall. Av prosessøkonomiske årsaker vil det således være enklere kun å ilegge overtredelsesgebyr i slike tilfeller. Det er heller ikke inntatt regler om «uten virkning» og avkortning av kontrakt i Danmark og Finland.

Vi støtter således mindretallet *Dankertsen Hennyng og Gjønnes* forslag om at brudd på kunngjøringsplikten kun kan sanksjoneres ved å ilegge et overtredelsesgebyr.

Videre støtter vi *Dankertsen Hennyngs* vurdering om at overtredelsesgebyrets størrelse ikke skal være på høyere enn inntil fem prosent av kontraktens verdi, slik som foreslått over EØS-terskelverdi.

5.4 Erstatning under EØS-terskelverdi

Et flertall foreslår at reglene om erstatning skal gjelde både over og under EØS-terskelverdi, jf. § 25-1 annet ledd.

Mindretallet oppfordrer departementet til å vurdere om det bør innføres et skjerpet ansvarsgrunnlag for positiv kontraktsinteresse, og at erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på avlysningsadgangen bør avskjæres, jf. punkt 34.7.8

Vi mener, som mindretallet *Dankertsen Hennyng og Breiland*, at departementet bør vurdere egen regulering av erstatning under EØS-terskelverdi.

Det er gode grunner for å innføre et skjerpet ansvarsgrunnlag for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Vi mener at det bare er forsettlig eller grovt uaktsomme brudd på regelverket som bør lede til erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse. Hvorvidt en leverandør skal avvises beror ofte på vanskelige vurderinger. Vi ser dog at ansvarsnormen «*tilstrekkelig kvalifiserte brudd*» ofte anses oppfylt, ved brudd på avvisningsbestemmelsene uavhengig av om oppdragsgiver har forsøkt å foreta en forsvarlig vurdering. Krav om erstatning vil ikke ha preventiv effekt i de tilfellene hvor oppdragsgiver etter beste evne forsøker å foreta en forsvarlig vurdering, men foretar en forkjær avgjørelse. Når det under EØS-terskelverdi er adgang til å sette et høyere ansvarsgrunnlag, mener vi derfor at lovgiver bør innføre dette.

Vi er videre enig med mindretallet *Dankertsen Hennyng og Breiland* i at departementet også må vurdere om erstatning for positiv kontraktsinteresse bør avskjæres for anskaffelser under EØS-terskelverdi i de tilfellene kravet til saklig grunn ikke er oppfylt.

6. Åpenhet om kontrakter og utbetalinger

Flertallet er av den oppfatning at en regel om kunngjøring av kontraktstildeling både over og under EØS-terskel, bør suppleres av ytterligere regler om offentliggjøring av informasjon om anskaffelser som det offentlige foretar. Flertallet foreslår derfor, i tillegg til kunngjøring av kontraktstildelinger, at alle offentlige oppdragsgivere som er underlagt regelverket, pålegges å offentliggjøre og tilgjengeliggjøre etterskuddsvis informasjon (årlige oversikter) over totale kjøp fra alle sine leverandører (totalt beløp i kroner og øre).

Flertallet skriver i punkt 21.13, at dette vil bidra til bedre datagrunnlag for oppfølging og evaluering av offentlige anskaffelser. Slik flertallet forstår det, vil det være en relativt enkel øvelse i et regnskapssystem å skaffe oversikten over krav og transaksjoner til virksomhetens kunder eller leverandører, for eksempel

reskontrooversikter, som deretter tilgjengeliggjøres på for eksempel oppdragsgiverens nettsted. Flertallet mener at dette vil virke preventivt mot ulovlige direkteanskaffelser. Flertallet vil understreke at et slikt tiltak, så langt utvalget har brakt til kunnskap, vil kreve lite ressurser av oppdragsgiveren, og oppnå bedre gjennomsiktighet om offentlige kontrakter, samt gi grunnlag for effektiv håndheving.

Mindretallet *Dankertsen Hennyng* bemerker at forslaget ikke er nærmere utredet og at utvalget ikke har hatt grunnlag for å vurdere de administrative byrdene og kostnadene forslaget medfører, herunder antakelsen om at forslaget vil være enkelt, ha lav kostnad og medføre liten byrde for oppdragsgiver.

Vi er enige med utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* i at departementet må foreta en nærmere vurdering av dette, dersom det er ønskelig å innføre en slik bestemmelse.

Videre er vi enige med mindretallet i at offentliggjøring og tilgjengeliggjøring av etterskuddsvis informasjon med årlige oversikter over totale kjøp fra alle oppdragsgiveres leverandører, kan gi et forkjært bilde. Årsaken til det er at noen leverandører kan være kontraktspart på flere kontrakter eller leverandør på enkeltkjøp under lovens innslagspunkt. Oppdragsgivere kan også være organisert i ulike innkjøpsenheter som kan ha kontrakter med samme leverandør. En slik offentliggjøring vil således kunne medføre at oppdragsgivere må bruke mye tid på å svare ut hvordan de totale kjøpene hos en enkelt leverandør er fordelt.

7. Revidert domstolsmodell

For det tilfellet at utvalgets forslag til endringer i håndhevelsesregimet ikke fremmes i den videre lovgivningsprosessen, fremsetter utvalget forslag til tiltak for å bedre den prekontraktuelle håndhevingen av anskaffelsesreglene i norsk rett.

Vi har ingen motforestillinger til at det iverksettes utredninger for å vurdere endringer i tvistelovens regler om midlertidige forføyninger for å gjøre forføyninger til et reelt tilgjengelig rettsmiddel, også for de mindre anskaffelsene og leverandørene.

Utvalget foreslår at det bør innføres et unntak fra regelen i tvisteloven § 32-11 første ledd om mulig erstatningsansvar for tilfeller hvor domstolen i ettertid kommer til at det likevel ikke foreligger noe regelbrudd fra oppdragsgiveren. Vi kan ikke slutte oss til dette forslaget.

Vi er videre uenige i at det må innføres et unntak fra forbudet i anskaffelsesloven § 9 mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått for tilfeller hvor forføyningen er rettet mot oppfyllelsen av en kontrakt som er et resultat av en ulovlig direkteanskaffelse.

Vi er her enige med utvalgsmedlemmet *Dankertsen Hennyng* og mener at dagens anskaffelseslov § 9 første ledd andre punktum må videreføres i ny lov. Det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse før kontrakt kjennes uten virkning eller kontrakten avkortes. Dersom domstolen kommer til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, har oppdragsgiveren og eventuelt leverandør blitt pådratt potensielt store unødvendige kostnader. Ved midlertidig stans av kontrakt, vil det også oppstå spørsmål om hvordan behovet skal dekkes i mellomtiden, samt spørsmål om oppdragsgiveren har adgang til å kjøpe utenfor kontrakt. At dagens anskaffelseslov § 9 første ledd andre punktum må videreføres i ny lov, gjelder særlig dersom det nå synliggjøres i nytt regelverk at oppdragsgiveren som regel er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningssøksmål etter tvisteloven § 32-11.

Utvalgets subsidiære forslag til revidert domstolsmodell må uansett gjøres til gjenstand for ytterligere utredninger i overenstemmelse med utredningsinstruksen. Det kan etter vår vurdering ikke vedtas tiltak med virkning for domstolen eller tvisteloven med grunnlag i NOU 2024:9.

8. Innspill til materielle regler i del III

8.1 Begrunnelsesplikten, lovforslagets § 14-9

Det er viktig for håndhevelsen at oppdragsgiveren gir en kort begrunnelse for hvorfor vinneren vant allerede i meddelelsen om tildeling. Vi viser til vår tidligere høringsuttalelse til NOU 2023:6 punkt 5.3.3.

Vi er videre enige i at utsendelse av likelydende begrunnelse til berørte tilbydere, er tilstrekkelig.

Utvalgets vurdering om at «*kravene til begrunnelse bør fremgå av bestemmelsen som regulerer oppdragsgivers plikt til å meddele at kontrakt er tildelt*», tiltredes.

Vi mener imidlertid at ordlyden i forslaget ikke ivaretar dette. I forslag til § 14-9 (2), fremgår det at tildelingsbeslutningen skal inneholde informasjon om hvilken leverandør som har vunnet kontrakten, «*og hvorfor*». Sammenlignet med dagens § 25-1, gir forslaget ingen veiledning om begrunnelsens innhold, det legges først opp til dette i forslag til § 14-10 bokstav c, om ytterligere begrunnelse ved forespørsel om dette.

Vi mener ordlyden i gjeldende § 25-1(2) «*en redegjørelse for valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*» gir bedre veiledning for hva tildelingsbegrunnelsen skal inneholde. Dersom det er utvalgets intensjon å videreføre gjeldende rett og praksis til begrunnelsens innhold i 14-9(2), mener vi det er langt mer hensiktsmessig å videreføre ordlyden slik den fremgår av FOA § 25-1(2).

I første delutredning gjeninnføres plikten til å gi ytterligere begrunnelse i forslag til ny § 14-10. Bestemmelsen i § 14-9(2) må ses i sammenheng og evt. gjenspeile krav til innhold som følger av § 14-10 bokstav c (delutredning 1).

Vi er enige i at gjeldende rett må videreføres ved at det er utsendelsen av meddelelsen om tildeling av kontrakt som starter karensperioden. Vi støtter utvalgets syn, jf. Håndhevelsesutvalgets vurdering om at det vil kunne skape rettslig usikkerhet om starten på karensperioden skal baseres på en vurdering av om begrunnelsen er tilstrekkelig.

Utvalget mener suspensjonsadgangen ved klage vil ivareta leverandører som påklager mangelfull eller manglende begrunnelse for tildelingen. Vi mener det er svært betenkelig at leverandører skal oppnå suspensiv virkning ved å anføre at begrunnelsen er mangelfull. For å oppnå suspensjon, må det anførte regelbruddet etter vår vurdering, kunne ha betydning for utfallet av konkurransen. Brudd på begrunnelsesplikten innebærer nødvendigvis ikke at tildelingsbeslutningen er ulovlig. Dersom leverandører oppnår suspensjon ved å inngi klage på mangelfull begrunnelse, frykter vi et ikke ubetydelig antall klager på dette grunnlaget utelukkende med det formål å oppnå suspensjon.

Alternativt mener vi at en mangelfull begrunnelse som ikke har betydning for utfallet av konkurransen, automatisk må føre til at suspensjon opphører, jf. forslaget § 26-3(4).

Ordlyden i § 14-9(3) er etter vår vurdering, uklar. Slik vi leser regelen kan den tolkes i retning av at oppdragsgiveren pålegges en begrunnelsesplikt ved avlysning. Vi har i delutredning 2 ikke funnet redegjørelse for denne bestemmelsens innhold og betydning.

I forslaget er det imidlertid gitt en egen bestemmelse om begrunnelsesplikt ved avlysning i § 32-1(3).

I kapittel 30 i delutredning 1 «*Merknader til de enkelte paragrafer*» side 458 første spalte står:

«2. ledd oppstiller en plikt for oppdragsgiver å begrunne visse beslutninger» (vår understreking).

Det reises spørsmål om hva som er § 14-9(3) materielle innhold og betydning. Vi mener det må gå klart frem av ordlyden i loven i hvilke situasjoner og for hvilke beslutninger oppdragsgiveren pålegges begrunnelsesplikt.

8.2 Innspill til forslagens bestemmelse om avvisning

Utvalgets forslag innebærer i all hovedsak videreføring av gjeldende rett. Vi støtter at det foretas en oppdeling for å fremme tilgjengeligheten og innholdet i de ulike bestemmelsene.

Vi mener imidlertid at den obligatoriske avvisningsgrunnen for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav ikke er hensiktsmessig plassert. Avvisningsgrunnlaget er i dag hjemlet i FOA § 24-2(1) bokstav a. Denne obligatoriske avvisningsgrunnen er foreslått videreført i forslagens § 16-9, og plassert langt bak i kapittel 16 II, og overskriften er etter vår vurdering lite dekkende.

Vi mener denne bestemmelsen bør plasseres som § 16-2 og at det av overskriften må fremgå at avvisningsgrunnen er obligatorisk. Dette er en sentral bestemmelse og den bestemmelsen de fleste avvisninger hjemles i.

Andre leddet i forslagens § 16-9 bør plasseres i sammenheng med øvrige fakultative avvisningsgrunner, jf. forslagens § 16-5.

Reglene i forslagens § 19-2(6) og § 17-9 (3) om utskiftning av underleverandør eller støttende virksomhet (delutredning 1) har en side mot reglene om avvisning pga. forhold ved leverandøren. For sammenhengens del bør avvisningsbestemmelsene vise til disse.

Vi viser for øvrig til våre innspill om struktur i vårt hørings svar på delutredning 1.

8.3 Tidspunkt for oppfyllelse av krav i kravspesifikasjonen

Utvalget drøfter under punkt 12.4.3.2, spørsmålet om når krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt. Det vises til at KOFA har oppstilt en presumsjon for at krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt ved gjennomføring av kontrakt, men mindre noe annet fremgår av konkurransedokumentene. Utvalget har delt seg i to.

Utvalgets flertall mener at «*det naturlige utgangspunktet at kravet må være oppfylt på tilbudstidspunktet*», med mindre oppdragsgiveren har sagt noe annet i konkurransegrunnlaget.

Mindretallet mener på den annen side at krav som oppstilles i kravspesifikasjonen, hvor ikke annet fremgår av anskaffelsesdokumentene, som utgangspunkt først må være oppfylt ved kontraktsstart.

Vi mener begge tidspunkt for oppfyllelse, både har fordeler og ulemper. Det viktigste er at oppdragsgiveren gis mulighet til selv å velge hvilket tidspunkt kravene i kravspesifikasjonen må være oppfylt. Vi kan imidlertid ikke se at tidspunktet for oppfyllelse er nærmere regulert i lovforslagets § 16-11.

Av lovtekniske hensyn bør det inntas en eksplisitt bestemmelse om hva skjæringstidspunktet er, dersom «ikke annet følger av anskaffelsesdokumentene».

8.4 Avlysning

8.4.1 Avlysning over EØS- terskelverdi – innspill til forslagets § 32-1

Det er viktig at det i forarbeidene presiseres at anskaffelsesregelverket ikke gir opphav til kontraheringsplikt for oppdragsgiveren.

Vi er enige i at forslagets § 32-1 skiller mellom avlysningsadgang og avlysningsplikt. Denne oppdelingen klargjør regelverket sml. gjeldende rett ved at avlysningsplikten lovfestes.

Forslagets § 32-1(1) regulerer avlysningsretten og er i all hovedsak ment å skulle videreføre gjeldende rett. Vi er enige med utvalget at kravet til saklig grunn for avlysningen ikke skal tolkes strengere enn EU-domstolens føringer for avlysningsadgangen i EU/EØS-rettslig sammenheng.

I forslagets § 32-1 (2) er det inntatt regel om avlysningsplikt som er ment å kodifisere gjeldende praksis fra EU-domstolen og norsk rett. Vilkår for å stadfeste avlysningsplikt er at det må være begått en feil som ikke kan rettes på andre måter enn ved avlysning, og at feilen må ha virket inn på deltakerinteressen eller utfallet av konkurransen. Det vises til punkt 35.3.2, 3. avsnitt side 357. I ordlyden i § 32-1(2) er alternativet for deltakerinteressen ikke inntatt. Vi antar at dette er utilsiktet.

Utvalget foreslår i §32-1 (4) å innføre en preklusiv frist på 10 dager for overprøving av avlysninger. Vi stiller oss i utgangspunktet positiv til dette. Det er av stor betydning for oppdragsgiveren å få avklart om konkurransen rettmessig kan eller må avlyses.

Utvalget fremhever viktigheten av beslutninger om avlysning får en hurtig avklaring og at KOFA må prioritere slike saker høyt.

De foreslåtte endringene vil trolig medføre en ikke ubetydelig økning i antall saker om rettmessigheten av avlysning, fordi en ubenyttet klageadgang medfører at leverandøren mister retten til senere å anføre at den påståtte ulovlige anskaffelsen som grunnlag for erstatning.

For at de foreslåtte reglene skal virke etter sin hensikt er det helt avgjørende at KOFA får tilført nødvendige ressurser. Det er lite hjelp i en kort klagefrist dersom saksbehandlingstiden for å få avgjort rettmessigheten av avlysningen, blir lang pga. KOFAs kapasitet. Dette vil kunne føre til full stans eller store forsinkelser i anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiveren vil ikke våge å lyse konkurransen ut på nytt og i verste fall ikke få dekket sitt behov frem til ny konkurranse evt. er gjennomført.

Utvalgets flertall foreslår at Høyesteretts uttalelse i HR-2019-1801A premiss 88 om avlysningsadgangen ved reell rettslig usikkerhet, videreføres og avlysningsgrunnlaget er søkt regulert i forslagets § 32-1 (5). Vi støtter at avlysningsadgangen på dette grunnlaget inntas i ny lov.

Vi etterlyser imidlertid avklaringer knyttet til bruken av dette avlysningsgrunnlaget. Det er for eksempel ikke redegjort for hva som skal til for å kunne konstatere at det foreligger reell rettslig usikkerhet. KOFA har utpenslet dette noe, for eksempel i sak 2020/663 premiss 26. Her uttales at det må foreligge en reell risiko for et eventuelt rettslig prøving vil lede til at det konstateres at det foreligger avlysningsplikt. Det vises også til LB-2023-83116 hvor lagmannsretten fant at tingrettens avgjørelse i forføyningssaken, var tilstrekkelig til å konstatere at det skapte rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen.

Vi oppfordrer departementet til å klargjøre når dette avlysningsgrunnlaget kan benyttes.

8.4.2 Avlysning under EØS-terskelverdi

Reglene om avlysning i forslaget § 32-1 vil kun gjelde for del III-anskaffelser. Utvalget mener det ikke er nødvendig å regulere avlysningsadgangen for anskaffelser under EØS-verdi. Vi kan slutte oss til dette standpunktet hva gjelder for anskaffelser av varer og tjenester samt anskaffelser med klar grensekryssende interesse.

Når det gjelder bygge- og anleggsanskaffelser under EØS- terskelverdi er vi enige i mindretallet *Dankertsen Hennyng* og *Gjønnes* løsning og forslag til regulering, jf. delutredning 1.

Vi er enige med mindretallet i at det også er behov for en regulering av avlysningsadgangen for bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdi. Det er for bygge- og anleggsanskaffelsene under EØS-terskelverdi også behov for å uttrykke at anskaffelsesregelverket ikke gir opphav til kontraheringsplikt.

I tillegg til bestemmelser om avlysningsadgang i mindretallet *Dankertsen Hennyng* og *Gjønnes* forslag til nasjonale regler for bygge- og anleggskontrakter, bør det inntas en regel om avlysningsplikt tilsvarende forslaget § 32-1(2). Vi mener det skaper klarhet at plikten til avlysning reguleres fremfor at det oppstår usikkerhet om dette avlysningsgrunnlaget fortsatt gjelder for nasjonale anskaffelser.

8.5 Omgjøring – innspill til lovforslagets § 32-1

Vi er enige i at en ny lov bør inneholde en bestemmelse om omgjøringsadgang. Vi konstaterer at ordlyden i forslaget § 32-1 er ikke ment å medføre materielle endringer, jf. gjeldende praktisering av omgjøringsadgangen.

Bestemmelsen er et praktisk redskap for å sikre riktige tildelinger og det er viktig at de rettslige rammene for omgjøringsadgangen fremgår klart av regelverket.

Ordlyden i forslaget § 32-1(1) ivaretar ikke dette hensynet fullt ut. Vi mener at bestemmelsens siste del «*og feilen ikke kan rettes på annen måte*» i denne sammenhengen ikke gir tilstrekkelig klar veiledning i at det her vises til en eventuell forhandlingsadgang. Dette fremgår først ved gjennomgang av forarbeidene. De fleste som bruker anskaffelsesregelverket, er ikke jurister. Vi mener det i det minste må henvises til bestemmelsene som kan hjemle lovlig retting på annen måte.

Forslag til ny ordlyd:

§ 32-2 Omgjøring av tildelingsbeslutning før kontraktsinngåelse

(1) Oppdragsgiver skal omgjøre tildelingsbeslutningen dersom det avdekkes feil som har virket inn på valget av leverandør og feilen ikke kan rettes på annen måte, *for eksempel gjennom forhandlinger, jf. §§11-7 og 11-16.*

9. Generelle innspill til forslaget

9.1 Innspill til struktur

Vi kan ikke se at ønsket om et direktivnært innhold har betydning for *plasseringen* av reglene, gitt at det materielle innholdet er harmonisert fullt ut. Dersom direktivets plassering av bestemmelsene ikke er logisk, jf. gangen i en anskaffelse, mener vi det er uheldig å videreføre dette i det norske regelverket. Vi

mener en direktivnær implementering hva gjelder lovens strukturelle oppbygging ikke medfører en forenkling – snarere tvert imot.

Reglene bør plasseres slik at reglene er lette for brukerne å gjenfinne. Bestemmelsene har etter vår vurdering en logisk og pedagogisk plassering når de settes i sammenheng med andre relevante bestemmelser som berører samme steg i prosessen i en anskaffelse, og de bør derfor plasseres i den rekkefølgen bestemmelsene kronologisk hører best hjemme i anskaffelsesprosessen. Sverige har valgt en slik løsning i kombinasjon med en direktivnær ordlyd.

Ved forrige regelrevisjon ble det tatt mange grep som medførte at regelverket ble mer pedagogisk og brukervennlig. Denne tilnærmingen bør søkes videreført også i ny lov om offentlige anskaffelser. Det er som nevnt i hovedsak ikke-jurister som anvender anskaffelsesregelverket i det daglige. Vi oppfordrer derfor departementet til å videreføre dagens struktur også for disse bestemmelsene.

Med hilsen

Tor Allstrin
Områdedirektør Advokatene

Kristine Vigander
Advokat

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur