



Nærings- og fiskeridepartementet - NFD

Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Vår referanse: 23/04544-4
Arkivkode: 000
Saksbehandler: Kristine Vigander
Deres referanse:
Dato: 09.02.2024

Høringsuttalelse – NOU 2023: 26

1. Om høringen

Vi viser til høringsbrev 10. november 2023 hvor Nærings- og fiskeridepartementet ber om innspill til NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser.

Det følger av mandatet at utvalget skal foreslå forenkling av regelverkets struktur, forenkling av innholdet i regelverket og forenkling og tydeliggjøring av bestemmelsene om samfunnshensyn.

Utvalget skal herunder foreslå endringer for å gjøre regelverket enklest mulig for brukerne, særlig materielle forenklinger i den nasjonale delen av regelverket og strukturelle forenklinger i den EØS-baserte delen av regelverket.

2. Overordnede innspill

Våre overordnede innspill til NOU 2023:26 er:

- Vi støtter utvalgets forslag om at lov og forskrift om offentlige anskaffelser, samt andre tilhørende forskrifter, inngår i en samlet anskaffelseslov. Dette medfører forenkling.
- Vi er enige i at det er hensiktsmessig å vedta egne lover for henholdsvis forsyningsanskaffelser, konsesjonskontrakter og forsvarsanskaffelser. Dette medfører forenkling.
- Vi støtter i hovedtrekk forslaget til revisjon av reglene for anskaffelser over EØS- terskelverdi, men har merknader til plasseringen og innholdet i enkelte av bestemmelsene. De strukturelle endringene medfører ikke forenkling. Vi viser til punkt 4.5 og 5.2.
- Vi støtter utvalgets forslag til innslagspunkt for regelverkets anvendelsesområde på kr 300 000 for klassisk sektor. Dette medfører forenkling. Vi viser til punkt 3.1.
- Vi støtter utvalgets forslag til ny formålsbestemmelse. Se punkt 3.2.
- Vi støtter utvalgets forslag til regulering av «grønne anskaffelser». Forslaget fremmer ivaretagelse av klima- og miljøhensyn på en mer hensiktsmessig måte. Se punkt 3.5.
- Vi støtter i hovedsak utvalgets forslag om å samle reglene om ivaretagelse av samfunnsansvar. Vi støtter ikke flertallets forslag om å senke innslagspunktet for plikten til å stille krav om lønns- og arbeidsvilkår og lærlinger, se under punkt 3.3 og 3.4.

- Vi støtter utvalgets forslag til regulering av anskaffelse av varer og tjenester under EØS-terskelverdi. Dette medfører reell forenkling av de materielle reglene i tråd med mandatet. Se punkt 4.2.
- Vi støtter mindretallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi. Dette medfører reell forenkling av de materielle reglene i tråd med mandatet. Vi støtter følgelig *ikke* flertallets forslag om regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi. Forslaget medfører unødvendig overimplementering og øker kompleksiteten i regelverket. Se punkt 4.4.
- Vi støtter opphevelsen av skillet mellom helse- og sosialtjenester og særlige tjenester. Dette medfører reell forenkling. Se punkt 6.

Før vi utdyper våre overordnede innspill vil vi bemerke at vi er kritiske til at lovgivningsprosessen er delt i to rapporter. Det er ikke mulig å ta stilling til helheten i nytt lovverk når vesentlige sider ved regelverket – som avvisningsbestemmelser og regler om håndhevelse – ikke er ferdig behandlet og således ikke kjent.

Vi er videre kritiske til at utvalget har fått svært begrenset tid til disposisjon hensett til det meget omfattende mandatet. Dette fremkommer også eksplisitt flere steder i NOUen og kan kanskje forklare de strukturelle grepene som er tatt i reglene over EØS-terskelverdi.

3. Forslagets regler om saklig virkeområde, formål, samfunnsansvar og grønne anskaffelser – Lovforslagets kapittel 1 og 2

3.1 Saklig virkeområde forslaget § 1-3

Vi støtter utvalgets forslag til innslagspunkt i § 1-3 for regelverkets anvendelsesområde på kr 300 000 for klassisk sektor. Vi er enige med utvalget i at beløpet inflasjonsjusteres jevnlig for å unngå at terskelen reelt sett senkes. Verdien kan for eksempel justeres på samme tid som EØS-terskelverdiene justeres.

Dette medfører forenkling og besparelse av administrative kostnader ved at de minste anskaffelsene faller utenfor regelverket.

3.2 Formål forslaget § 1-1

Vi slutter oss til utvalgets forslag til utforming av anskaffelsesregelverkets formålsbestemmelse. Ny ordlyd medfører ikke store materielle endringer, jf. gjeldende formålsbestemmelse slik den tolkes og anvendes.

Hovedformålet er fortsatt effektiv bruk av samfunnets ressurser, slik at oppdragsgiveren får dekket sine behov på en kosteffektiv måte, likevel slik at også andre samfunnshensyn blir ivaretatt.

Det er positivt at krav til forholdsmessighet er løftet inn i formålsbestemmelsen. Dette fordi prinsippet ikke lenger gjelder under EØS-terskelverdi og fordi det er førende for omfanget av hvilke krav oppdragsgiver kan og bør stille i den enkelte anskaffelse.

3.3 Lønns- og arbeidsvilkår forslaget § 2-5

Utvalgets flertall foreslår at plikten til å innta *kontraktvilkår om lønns- og arbeidsvilkår* skal gjelde fra lovens innslagspunkt, dvs. fra kr 300 000. Gjeldende forskrift om lønns- og arbeidsvilkår får anvendelse på

tildeling av tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som er lik eller overstiger kr 1,3 millioner for statlige myndigheter og kr 2,05 millioner for andre oppdragsgivere.

Vi kan ikke stille oss bak dette forslaget da det medfører at betydelig flere kontrakter omfattes av plikten til å stille krav i kontrakten.

Et flertall har videre foreslått at plikten til å foreta *risikovurdering* av kontrakten og eventuell ytterligere *kontroll*, skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser, dvs. for tjenestekontrakter over kr 2,2 millioner og bygge- og anleggskontrakter over kr 3 millioner for kommunale oppdragsgivere.

Medlemmet Hennyng støttet forslaget om at kontrollplikten skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser, men foreslo samtidig at innslagspunktet for plikten til å innta kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår må gjelde fra samme innslagspunkt.

Vi støtter mindretallsforslaget fra medlemmet Hennyng. Det er problematisk å skille mellom når plikten til å innta kontraktskrav om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde, og når det foreligger en plikt for oppdragsgiver til å gjennomføre risikobasert kontroll med at leverandører og underleverandører overholder kontraktsvilkårene. Det vil i tillegg øke kompleksiteten i regelverket.

Når det først er en plikt til å innta et kontraktsvilkår, vil det være vanskelig for oppdragsgivere å bli hørt med at kontraktskravet ikke skal følges opp gjennom en kontroll. Det vil også kunne føre til manglende respekt for overholdelse av regelverket fra leverandørenes side. Oppdragsgiveren må forventes å følge opp alle krav som stilles i kontrakten. Det vil da bli et kunstig skille mellom oppfølging og kontroll. Et slikt krav vil derfor medføre ressursbruk hos oppdragsgiver uavhengig av om kravet ikke ledsages av en kontrollplikt. Manglende oppfølging av kontraktsvilkår vil dessuten kunne innebære en ulovlig endring av kontrakt.

3.4 Læringer forslagets § 2-6

Vi merker oss at utvalget også har foreslått å endre innslagspunktet for når oppdragsgiver har plikt til å stille krav om læringer. Etter utvalgets forslag vil plikten til å stille kontraktsvilkår gjelde når kontrakten har en varighet på over tre måneder og det er et særlig behov for læreplasser. Det vil si at innslagspunktet også her gjelder fra NOK 300 000, forutsatt at kontaktens varighet er på 3 måneder. Også her har utvalget foreslått at kontrollplikten skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser.

Etter dagens forskrift gjelder plikten til å stille krav om bruk av læringer i offentlige kontrakter for statlige myndigheter og kr 2,05 millioner for andre oppdragsgivere.

Vi mener også her at det må være samsvar mellom når plikten til å stille krav om bruk av læringer gjelder og når kontrollplikten inntre, jf. drøftelsen over om lønns- og arbeidsvilkår. Vi mener derfor at plikten til å stille krav om bruk av læringer kun må gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser.

3.5 Grønn omstilling forslagets § 2-2

Vi støtter utvalgets forslag til regulering av klima og miljø i § 2-2.

Forslaget regulerer plikten til å ivareta klima- og miljøhensyn på en hensiktsmessig måte, samtidig som oppdragsgiveren beholder sitt innkjøpsfaglige skjønn.

Som uttalt i KS sin høringsuttalelse til FOA § 7-9, er det viktig at oppdragsgiveren gis en fleksibilitet til å stille de miljøkravene og kriteriene oppdragsgiveren selv vurderer som best egnet i de konkrete anskaffelsene, for å nå målet om mer miljøvennlige anskaffelser.

Et samlet utvalg med anskaffelsesfaglig spisskompetanse, har kommet til at miljø- og klimahensyn best ivaretas ved å stille krav til *ytelsen*. Dette er helt i overensstemmelse med KS' standpunkt slik vi – og mange andre – gav klart uttrykk for i høringen til regjeringens forslag til revisjon av § 7-9 i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA).

Bruk av tildelingskriterier som hovedregel jf. gjeldende FOA § 7-9, er ikke et egnet virkemiddel for å ivareta klima- og miljøhensyn.

Det er positivt at bestemmelsen eksplisitt uttrykker at bruk av kravene ikke skal påføre oppdragsgiveren uforholdsmessige merkostnader.

Forslaget innebærer også at bruk av standardiserte minimumskrav kan benyttes til å oppfylle plikten etter bestemmelsen. Dette er et stort forenklingstiltak som vi støtter fullt ut.

Ordet “[k]artleggingen” i § 2-2(2)a bør erstattes med “[v]urderingen”. Dette for å unngå sammenblanding med den miljøkartleggingen som kreves, jf. byggt teknisk forskrift TEK17 § 9-7.

4. Nærmere om anskaffelser under EØS-terskelverdi - Lovforslagets kapittel 3

4.1 Innledning

Vi støtter utvalgets forslag til regulering av anskaffelse av varer og tjenester under EØS-terskelverdi. Dette medfører reell forenkling av de materielle reglene i tråd med mandatet.

Vi støtter mindretallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi. Dette medfører reell forenkling av de materielle reglene i tråd med mandatet og er den enkleste løsningen for brukerne av regelverket.

Vi støtter følgelig *ikke* flertallets forslag om regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi, se under punkt 4.3. Dette medfører unødvendig overimplementering og øker kompleksiteten i regelverket.

4.2 Anskaffelse av varer og tjenester forslaget §3-1

- Anskaffelser på markedsmessige vilkår

Det bør fremkomme klarere av § 3-1(1) at bokstav a til c er alternative, ved å tilføye begrepet «eller».

Slik vi leser utvalgets forslag skal det etter bokstav a være tilstrekkelig å innhente kun ett tilbud, forutsatt at det er gjennomført en markedsdialog. Dette kommer ikke tilstrekkelig frem av ordlyden og bør uttrykkes eksplisitt.

- De grunnleggende prinsippene vs. forvaltningsrettslige prinsipper

Vi stiller oss i utgangspunktet positive til utvalgets forslag til at de grunnleggende EU-rettslige prinsippene ikke lenger gis anvendelse for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Formålet med dette er å unngå såkalt nedfallsproblematikk som medfører at omfattende plikter utledes også for disse anskaffelsene.

For anskaffelser under EØS-terskelverdi erstattes de grunnleggende prinsippene med krav om at anskaffelsene skal gjennomføres etter forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud, jf. bestemmelsens fjerde ledd.

De fleste brukere av anskaffelsesregelverket er ikke-jurister og de grunnleggende prinsippene er godt innarbeidet for også de nasjonale anskaffelsene. De forvaltningsrettslige prinsippene vil til dels ha overlappende innhold med de gjeldende grunnleggende prinsippene. Det er derfor særdeles viktig at det utarbeides god veiledning som redegjør for hva som er reelle endringer, dvs. innholdet i de forvaltningsrettslige prinsippene vs. de grunnleggende prinsippene.

- Plikt til å offentliggjøre kontraktsinngåelse

Det foreslås innført en plikt til å offentliggjøre at kontrakt er inngått fra kr 300.000, jf. bestemmelsens femte ledd. Det er positivt at forslaget legger opp til at oppdragsgiver selv kan regulere hvor og hvordan en slik offentliggjøring skal skje.

4.3 Anskaffelser under EØS-terskelverdien med klar grensekryssende interesse forslagets § 3-3

Utvalget foreslår å ta inn en egen bestemmelse om anskaffelser under terskelverdi som har en «*klar grensekryssende interesse*», jf. forslag til § 3-3 i ny lov. Bestemmelsen er foreslått å kun gjelde for anskaffelser av varer og tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel.

Det bør presiseres hva som menes med EØS-avtalens hoveddel ettersom det ikke kan forventes at brukerne av regelverket sitter med full oversikt over EØS- avtalens virkeområde.

Som utvalget påpeker, vil bestemmelsen gi vanskelige vurderingstemaer for oppdragsgiveren og kunne føre til økt ressursbruk, jf. rapporten side 407. Vi støtter utvalgets vurdering av at det må utarbeides egen veiledning for denne vurderingen. Som utvalget påpeker, antas lovbestemmelsen å ha «*et praktisk snevert virkeområde*», og det er vi enige i.

Slik vi oppfatter utvalgets forslag til regulering av disse anskaffelsene mener vi det ikke vil foreligge risiko for sanksjoner for ulovlig direkte anskaffelser, da plikten til å «*annonsere kontrakten*», jf. bokstav a i lovbestemmelsen, ikke har status som kunngjøring i gjeldende forskrifts forstand. Dette må fremgå av loven eller presiseres i en veileder.

Bestemmelsen fastslår at oppdragsgiveren skal «*underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning*», jf. lovbestemmelsen bokstav c. Det fremgår ikke hvorvidt det gjelder krav til karenperiode, og bestemmelsens plassering og utforming taler imot en slik tolkning. Hvorvidt dette er i tråd med traktatens prinsipper synes utvalget ikke å ha vurdert, og vi antar dette vil inngå i neste delutredning.

4.4 Anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider under EØS-terskelverdi forslagets § 3-2

Vi kan ikke stille oss bak flertallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under terskelverdi. Utvalgets forslag innebærer ingen forenkling, snarere tvert imot. Forslaget medfører unødvendig overimplementering og øker kompleksiteten i regelverket.

Med utvalgets forslag innføres fire ulike regelsett for bygge- og anleggsarbeider:

- 1) Regler for anskaffelser fra kr 300 000 til kr 3 millioner
- 2) Regler for anskaffelser fra kr 3-15 millioner med forenklet kunngjøringsplikt
- 3) Regler for anskaffelser fra kr 15-56 millioner ("del III-light")
- 4) Regler over kr 56 millioner (del III EØS-regler)

Flertallsforslaget om «nedtrekk» fra del III-reglene til kr 15 millioner representerer en unødvendig overimplementering av EØS-regler på et område hvor nasjonale myndigheter er gitt full frihet til å fastsette egnede og proporsjonale regler.

EØS-bestemmelsene om kravspesifikasjon, kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier inneholder mer detaljerte og strenge regler for hvilke krav og kriterier oppdragsgiveren kan stille, samt hvordan prosessen skal gjennomføres. Det øker sjansen for at oppdragsgiveren trår feil, noe som fører til et økt antall avvísninger, avlysninger og klagesaker.

Selv om det er foreslått visse unntak fra enkelte direktivkrav, for å gi oppdragsgiveren mer fleksible regler for eksempel om avklaring, frister og forhandlet prosedyre, mener vi at denne innretningen i seg selv kompliserer rettsbildet. Det vil oppstå usikkerhet om hva som vil være tillatt i de ulike situasjonene og vil kunne føre til flere klagesaker og tvister. Dette vil medføre at det innføres et "del III-light regime" som er betydelig strengere enn del II-regimet med tilbudskonkurranser som følger av gjeldende rett.

Det fremgår av flertallets forslag om bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi mellom kr 3 og 15 millioner kroner, at oppdragsgiveren skal publisere en forenklet kunngjøring i Doffin. Denne skal informere om at oppdragsgiveren har til hensikt å gjennomføre en anskaffelse og åpne for at leverandørene kan melde sin interesse. Det fremgår av NOUen at:

«Dette vil i praksis si at oppdragsgiver må publisere en kunngjøring som kort beskriver hva som skal anskaffes, på hvilke kriterier kontrakten vil tildeles, estimert verdi og tidsrom for gjennomføring. Ved en slik kunngjøringsløsning oppnår oppdragsgiver en liste over interesserte leverandører, og denne kan brukes til å velge ut et gitt antall leverandører som får anledning til å inngi tilbud. Når det bærende elementet i lovforslaget for bygg- og anleggsanskaffelser med en verdi på mellom 3 og 15 millioner kroner er kunngjøringsplikten, bevarer dermed oppdragsgiverne en stor frihetsgrad med hensyn til hvordan oppdragsgiver vil tilrettelegge og gjennomføre konkurransen.

Utvalget foreslår ikke noe absolutt krav til minimumsantall som skal inviteres til å inngi tilbud, med mindre oppdragsgiver frivillig legger opp til en prekvalifiseringsrunde, og selv angir hvor mange leverandører som vil inviteres til å inngi tilbud. Oppdragsgiver må sikre tilstrekkelig konkurranse om kontrakten. Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver ved valg av leverandører sikrer at vedkommende over tid ikke favoriserer en eller et fåtall av leverandører.»

Vi mener det fremstår som uklart hvordan denne prosedyren skal gjennomføres. Den synes å legge opp til en to-trinns prosedyre hvor oppdragsgiveren først kunngjør anskaffelsen og deretter inviterer et utvalg leverandører som har meldt sin interesse i konkurransen. Det fremgår ikke hvordan leverandørene skal velges ut, og det fremstår som om oppdragsgiveren fritt kan velge blant leverandørene på listen.

Dette skaper lite forutsigbarhet for både oppdragsgivere og leverandører, og kan føre til en rekke klager. I likhet med mindretallet mener vi at når en anskaffelse først kunngjøres, må en utvelgelse baseres på tilkjennegitte kvalifikasjonskrav eller utvelgelseskriterier – ellers vil en kunngjøring fort bli illusorisk. At oppdragsgivere ikke skal favorisere én eller et fåtall av leverandører kan ikke avhjelpe det. Det kan

dessuten bli vanskelig for oppdragsgiveren å sikre flyt av leverandører i et lite marked. Det kan også være uheldig dersom oppdragsgivere må velge leverandører de har svært dårlig erfaring med, bare for å sikre rotasjon. En utvelgelse basert på kvalifikasjonskrav eller utvelgelseskriterier vil derimot sikre kvalifiserte leverandører, forutsigbarhet og konkurranse på like vilkår.

Vi mener at mindretallets forslag med ett felles regelverk for alle bygge- og anleggsanskaffelser fra kr 3-56 millioner er den løsningen som reelt sett medfører materielle forenklinger.

Mindretallets forslag er i all hovedsak en fusjon av dagens del I i FOA med en forenklet utgave av dagens del II. Oppdragsgiveren skal fastsette regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres i tilbudsinnbydelsen, herunder hvilke forhold oppdragsgiveren vil vurdere ved valg av tilbud.

Vi mener det er positivt at oppdragsgivere gis stor frihetsgrad med hensyn til hvordan anskaffelsen skal tilrettelegges og gjennomføres. Samtidig ivaretar mindretallets forslag brukernes behov for enkle og forutsigbare regler for de ulike beslutningene som uansett må tas og således også ivaretar viktige rettsikkerhetsaspekt. Mindretallets forslag til regulering av for eksempel utforming av kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier og ettersendelsesadgangen er gode eksempler på ovennevnte.

Det er offentlig oppdragsgivere og leverandørene i markedet som er direkte berørt av de foreslåtte endringene. Vi mener at lovgiver ikke kan overse det faktum at utvalgsmedlemmene fra KS og NHO, som representerer regelverkets brukere, er enige om at dette er den mest hensiktsmessige løsningen.

4.5 Innspill til struktur

I dagens FOA er samtlige bestemmelser om definisjoner, unntak, beregning av terskelverdi og blandingskontrakter mv., plassert innledningsvis i kapittelet om fellesbestemmelser som gjelder alle anskaffelser uansett verdi.

Vi mener det er lite hensiktsmessig at disse nå fremgår av forslaget del III om anskaffelser over EØS-verdi. Dette mener vi er et dårlig pedagogisk og retts teknisk grep fordi regler om unntak fra lovens anvendelsesområde også gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det er ikke forenkling at brukerne må slå opp i regelverket som gjelder over EØS-terskelverdi for å finne viktige unntaksbestemmelser om for eksempel regler om egenregi. Dette vil i verste fall kunne medføre at brukerne tolker at unntakene ikke lenger gjelder på nasjonalt nivå.

5. Nærmere om anskaffelser over EØS-terskelverdi – del III – Forslagets kapittel 4 flg.

5.1 Innledning

I revisjonen av reglene i FOA del III har utvalget lagt seg på et direktivnært nivå. Dette er et konstruktivt grep for ikke å skape tvil om det materielle innholdet i de norske del III-reglene, jf. anskaffelsesdirektivets innhold og EU-domstolens tolking.

Vi er enige med utvalget i at terminologi eller begreper som er godt innarbeidet i det norske regelverket må beholdes. Det vises til utvalget uttalelse i punkt 9.3.

5.2 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 lett 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 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.

Videre vil vi påpeke at det i gjeldende FOA § 16-6 fremgår hva oppdragsgiveren lovlig kan etterspørre av dokumentasjon for kvalifikasjonskravet «*tekniske og faglige*» egenskaper. Dette fremgår ikke av utvalgets forslag til § 17-4.

Vi mener det er en stor svakhet at brukerne av regelverket henvises til en ny forskrift om offentlige anskaffelser for å avklare hva som lovlig kan etterspørres, jf. anskaffelsesdirektivets vedlegg XI og XII. Av hensyn til å oppnå forenkling og et pedagogisk anvendelig regelverk må reglene om hva som er lovlig dokumentasjonskrav inntas i loven i sin helhet.

5.3 Innspill til materielle regler

I punktene nedenfor følger våre innspill til enkelte bestemmelser i utvalgets forslag til endringer i ordlyden i reglene over EØS-terskelverdi som følge av direktivnær gjennomføring.

5.3.1 Unntaket for fast eiendom forslaget § 7-4 bokstav b

Vi er positive til kodifisering av EU-domstolens praksis om at også «*leie av bygning som skal oppføres*» omfattes av unntaket for «*erverv eller leie av [...] eksisterende bygninger*», jf. forslag til § 7-4 første ledd bokstav b) i ny lov. Vi stiller likevel spørsmål til hvorfor ikke også bestemmelsen omfatter *erverv* av bygning som skal oppføres, da dette omfattes av dagens unntaksbestemmelse. Vi viser i den sammenheng til KOFA sak 2017/2 som gjaldt en kommunes kjøp av tre boliger i et større boligprosjekt, og hvor KOFA kom til at leieunntaket fikk anvendelse fordi kommunen ikke hadde hatt «*avgjørende indflydelse på arbeidets projektering*», jf. EU-domstolens sak C-451/08 premiss 67.

5.3.2 Myndighetsutøvelse forslaget § 7-4 bokstav e

Utvalget foreslår å gjennomføre direktivets artikkel 10 bokstav d, som unntar fem juridiske tjenester, herunder underpunkt V om kontrakter om «*juridiske tjenester*» som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet. Ordlyden i dagens anskaffelsesregelverk er at unntaket gjelder «*tjenester*» som innebærer offentlig myndighetsutøvelse, jf. § 2-4 bokstav h. Til tross for utvalgets avgrensning til *juridiske* tjenester, slår utvalget fast at unntaket også gjelder *øvrige kontrakter* om offentlig myndighetsutøvelse. Utvalget fant det imidlertid ikke nødvendig å angi dette fordi dette uansett følger av bakgrunnsretten, jf. rapporten

på side 230. Vi er uenig med utvalgets vurderinger på dette punkt, og mener unntaket må formuleres i tråd med gjeldende rett. Det kan ikke forventes at alle brukere av anskaffelsesregelverket skal kjenne til bakgrunnsretten på dette området.

5.3.3 Begrunnelsesplikten forslaget § 14-9 og 14-10

Plikten til å gi ytterligere begrunnelse foreslås gjeninnført i § 14-10. Plikten til å gi etterfølgende skriftlig begrunnelse ble etter Håndhevelsesutvalgets¹ forslag tatt ut av FOA og erstattet av en forsterket og automatisk begrunnelsesplikt ved utsendelsen av tildelingsbrev og meddelelsesbrev til samtlige. Vi viser til NOU 2010:2 pkt. 1.2.6 og 7.3.

Slik vi tolker utvalgets forslag i § 14-9 «*Meddelelse fra oppdragsgiver*», videreføres ikke gjeldende krav til innhold fra FOA § 25-1(2). Kravet om at oppdragsgiveren skal redegjøre for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler følger i utvalgets forslag ikke av § 14-9, men av krav til innhold til den *ytterligere* begrunnelsen som reguleres i § 14-10.

Det er altså først nødvendig å redegjøre for det valgte tilbudets egenskaper dersom en leverandør ber om ytterligere begrunnelse, jf. § 14-10 bokstav c. Dette er uheldig.

En god begrunnelse til samtlige deltakere for tildelingen er viktig. Intensjonen med begrunnelsesplikten er blant annet at leverandørene skal settes i posisjon til å kunne kontrollere at tildelingen har skjedd i samsvar med anskaffelsesregelverket. Ved å utforme en begrunnelse kan oppdragsgiveren også selv bli oppmerksom på feil som ellers ikke ville blitt oppdaget. I tillegg kan en god begrunnelse være konfliktdempende, og spare oppdragsgiver for unødvendig arbeid med klager og innsynsbegjæringer.

Karensperioden blir satt i meddelelsen, og i verste fall kan denne være utløpt innen en tilbyder får svar på en ytterligere begrunnelse.

Vi formoder at problemstillingen om ytterligere begrunnelse og karensperiode vil bli ytterligere belyst i utvalgets delrapport 2, da begrunnelsespliktens innhold har en klar side mot effektiv håndhevelse.

Dagens systematikk om tilstrekkelig og automatisk fyllestgjørende begrunnelse må opprettholdes og et krav til innhold i tildelingsbeslutningen må fremgå av ordlyden i § 14-9.

Dersom det i tillegg lovfestes at leverandørene har krav på ytterligere begrunnelse etter en viss tid etter dette, mener vi dette ikke påfører oppdragsgiverne større byrde enn slik «klageadgangen» praktiseres i dag. De fleste oppdragsgivere besvarer de henvendelsene de får når leverandørene ber om ytterligere redegjørelser eller påklager en tildelingsbeslutning.

Det har i praksis utviklet seg omfattende krav til innholdet i begrunnelsesplikten, noe også Håndhevelsesutvalget påpekte allerede i 2010. Regelrevisjonsarbeidet er en god mulighet til å presisere hvor omfattende begrunnelsesplikten ved tildeling må være og vi oppfordrer departementet til å fremme forslag som ivaretar dette.

¹ [NOU 2010 - 2 \(regjeringen.no\)](https://www.regjeringen.no)

5.3.4 Avklaringsadgangen forslaget § 15-2

Avklaringsadgangen i anbudskonkurranser er en svært viktig bestemmelse. Avklaringsadgangen kan styrke konkurransen ved at unødvendige avvisninger unngås, og videre klargjøre forhold i tilbud som kan forhindre tvister i kontraktsforholdet.

Utvalgets forslag i § 15-2 legger seg nært opp til ordlyden i direktivets artikkel 56 nr. 3 og overlater til departementet å vurdere om lovbestemmelsen bør konkretiseres ytterligere.

Det er en god presisering at begrepet «*mottatte*», jf. gjeldende bestemmelse i FOA § 23-5 er endret til «*fremkommer av tilbudet*» i utvalgets forslag til regulering i § 15-2.

Vi har ingen motforestillinger om at det innføres plikt til å fastsette en rimelig frist for ettersendelsen. Etter vår erfaring praktiseres dette i stor utstrekning i dag og medfører således ingen stor endring.

Vi mener at regelen, jf. ordlyden i utvalgets forslag i § 15-2 gir lite veiledning med tanke på vilkårene for avklaringsadgangen utover å vise til at oppdragsgiveren må overholde prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Konsekvensene av å handle i strid med rammene for avklaringsadgangen er alvorlig og det er følgelig av stor betydning for anvendelsen at oppdragsgiveren gis tydelige føringer og veiledning om vilkårene for avklaringsadgangen.

Avklaringsadgangen er nærmere presisert i praksis fra EU-domstolen, bla i C-336/12. Domstolens presisering av avklaringsadgangen må synliggjøres, men vi stiller oss åpen til om dette skjer ved kodifisering i lov, eller gis i form av tydelig veiledning. Sistnevnte er trolig å foretrekke med tanke på raskere oppdatering dersom domstolene foretar ytterligere presiseringer.

5.3.5 Kontraktsvilkår forslaget § 19-1

I utvalgets forslag til ny § 19-1(1) står at oppdragsgiveren kan fastsette «*særlige vilkår*» for gjennomføring av en kontrakt. I FOA § 19-1(1) står at oppdragsgiver kan fastsette «*kontraktsvilkår*».

Vi stiller spørsmål om dette er en tilsiktet endring slik at utvalgets forslag er ment å innsnevre bestemmelsen til å kun gjelde kontraktsvilkår om samfunnshensyn eller om det fortsatt skal tolkes i betydningen kontraktsvilkår generelt.

Den foreslåtte bestemmelsen om bruk av standardkontrakter er videre noe endret sammenlignet med dagens bestemmelse. I § 19-1 (2) står det at:

«Der det finnes fremforhandlede og balanserte standardkontrakter skal oppdragsgiver bruke disse, med mindre konkrete forhold begrunner avvik fra standarden. Avvik fra standarden skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.»

I NOUen punkt 24.37.1.2 står

«Utvalget mener det er hensiktsmessig å oppfordre til bruk av balanserte og fremforhandlede standarder, der slike finnes. Utvalget påpeker at gjennomarbeidede standarder vil kunne spare tid og transaksjonskostnader både for oppdragsgivere og leverandører. Standardene vil også gjøre det enklere, særlig for leverandører, å vurdere risikoen i en anskaffelse. Når utvalget viderefører regelen som en ordensforskrift, og ikke som en plikt, slik nærmere forklart i forarbeidene til anskaffelsesloven (1999), skyldes dette hensynet til partenes avtalefrihet, behovet for kontraktsinnovasjon og omstilling, samt at det vil variere hvor balanserte standardkontraktene er.»

Vi er enige med utvalgets vurdering, men mener at ordlyden i forslaget ikke gjenspeiler dette.

Tidligere stod det at oppdragsgiver som «*hovedregel*» skal bruke disse. Vi mener at ordet «*hovedregel*» må inn igjen for å nettopp vise at dette er en oppfordring og ikke en plikt. Selv om standardisering bidrar til forenkling og forutsigbarhet, er det viktig at oppdragsgiver står fritt til selv å bestemme hvilke kontrakter de skal benytte. Hensynet til partenes avtalefrihet må stå sterkt. De færreste oppdragsgivere er selv med på å fremforhandle standardkontraktene – alle standardkontraktene er dessuten ikke gratis tilgjengelig.

Vi mener dessuten at oppdragsgiver ikke skal være forpliktet til å begrunne hvorfor de ikke benytter standardkontrakter selv om begrunnelsen ikke kan overprøves.

5.3.6 Forslagets manglende bestemmelse om konkurransegrunnlag

Vi registrerer at utvalget foreslår at bestemmelsene i FOA §§ 14-1 og 14-2 om konkurransegrunnlag ikke videreføres i ny lov. Dette fordi anskaffelsesdirektivet ikke inneholder tilsvarende bestemmelse. Til tross for dette vises det for eksempel i § 9-9, annet ledd til nettopp konkurransegrunnlaget.

Vi mener regler om konkurransegrunnlag slik de er i dag har en god pedagogisk funksjon og stiller spørsmål om dette begrepet er hensiktsmessig. Vi er usikre på om overgangen til E-forms vil erstatte den funksjonen konkurransegrunnlaget har fylt – i så fall kan vi støtte forslaget.

Vi finner det uansett lite brukervennlig at oppdragsgiveren er henvist til anskaffelsesdirektivets fortale for å finne hvilket handlingsrom som eksisterer for endring av tilkjenning informasjon.

6. Anskaffelser av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser– Forslagets kapittel 22

Vi er enige med utvalgets forslag til regulering av sosialtjenester og andre særlige tjenester. Det er et riktig grep at de norske reglene harmoniserer fullt ut med direktivets bestemmelser om «light-regime» i art 74 flg. Endringen medfører en klar forenkling ved at skillet mellom særlige tjenester i FOA vedlegg 2 og helse- og sosialtjenester (vedlegg 3) oppheves. Dette medfører et økt handlingsrom ved gjennomføringen av en rekke anskaffelser.

Utvalget foreslår ikke å innføre andre *nasjonale* regler utover lovfesting av retten til å reservere konkurranser for ideelle organisasjoner.

Bestemmelsen i gjeldende FOA § 30-4 om tjenester til enkeltbrukere, må videreføres. Ved denne bestemmelsen fritas anskaffelsen fra kunngjøringsplikten dersom gjennomføring av en konkurranse medfører brudd på lovpålagt taushetsplikt. Denne unntakssituasjonen dekkes etter vår vurdering ikke av ordlyden, jf. forslaget § 22-2(2), jf. §§ 10-26 til 10-29.

Bestemmelsen ble innført for å unngå situasjoner hvor oppdragsgiveren står overfor et valg mellom å bryte enten anskaffelsesregelverket eller taushetspliktsreglene, jf. Kgl.res 2015-10-23 1208².

² [PRE-2015-10-23-1208 Kongelig resolusjon om endring av forskrift om offentlige anskaffelserKongelig resolusjon. Statsråd Monica Mæland - Lovdata Pro](#)

Bestemmelsen i gjeldende § 30-4 er i enkelte tilfeller av stor betydning, spesielt i små og mellomstore kommuner. Unntaksbestemmelsen er særlig aktuell i tilfeller hvor brukeren har kompliserte diagnoser og kompliserte hjelpebehov, og hvor det vil være en utfordring for oppdragsgiveren å beskrive oppdraget uten å gi detaljerte opplysninger om brukeren.

Problemstillingen vil fortsatt gjøre seg gjeldende og videreføring av denne klargjørende regelen er svært viktig.

7. Oppsummering

Som det fremgår av ovenstående, stiller vi oss i all hovedsak bak Anskaffelsesutvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, med unntak av den løsningen utvalgets flertall foreslår for regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi.

Vi tiltrer utvalgets forslag til at bygge- og anleggsanskaffelser mellom kr 300 000 og 3 millioner kan reguleres på samme måte som for varer og tjenester, jf. utvalgets forslag i § 3-1.

For bygge- og anleggsanskaffelser fra kr 3 til 56 millioner støtter vi mindretallets forslag til felles regler.

Offentlige oppdragsgivere er klart bedre tjent med mindretallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi.

Vi finner det formålstjenlig å gjenta at det er viktig at strukturen i ny lov gjenspeiler gangen i anskaffelsesprosessen, slik at brukerne av regelverket opplever at regelverket er et pedagogisk og hensiktsmessig verktøy. Vi mener dette er svært viktig i et forenklingsøyemed. At ny lovs materielle innhold legges direktivnært er ikke til hinder for dette.

Med hilsen

Tor Allstrin
Områdedirektør Advokatene

Kristine Vigander
Advokat

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur