

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Hørings svar – NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) viser til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet (departementet) av 16.05.2024 og andre delutredning fra anskaffelsesutvalget, NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser. Nedenfor følger DFØs innspill til høringen.

1. Innledning

DFØ er overordnet sett positive til flere av endringene utvalget har foreslått. DFØ mener de foreslåtte endringene i håndhevingssystemet, herunder å dreie håndhevingen av anskaffelsesregelverket mot den prekontraktuelle fasen og å gjøre avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) bindende, vil bidra positivt til konkurransen og etterlevelsen av anskaffelsesregelverket.

DFØ ønsker imidlertid å understreke at en forutsetning for at de foreslåtte endringene skal fungere etter sin hensikt, er at KOFA tilføres tilstrekkelige ressurser og struktureres slik at de kan håndtere saksbehandlingen på en effektiv måte. Det fremgår av utredningen at utvalget ikke ser behov for mer enn en beskjeden økning av KOFAs budsjett som følge av de foreslåtte endringene. Utvalget ser heller ikke behov for større endringer i organiseringen eller saksbehandlingen til nemnda. DFØ antar at de foreslåtte endringene vil medføre en økning i KOFAs saksmengde og dermed lengre saksbehandlingstid. Dersom KOFA får økt saksmengde uten at dette kompenseres med tilstrekkelig økte ressurser, risikerer man at KOFA vil kunne bli en flaskehals, noe som vil kunne svekke funksjonen til nemnda og medføre mindre effektiv håndheving. DFØ ber derfor departementet vurdere nærmere hva som vil kreves for å sikre at KOFAs ressursituasjon vil være tilstrekkelig for å håndtere saksmengden som de foreslåtte endringene i håndhevingssystemet må forventes å medføre.

I tillegg ønsker DFØ å trekke frem at innføringen av strengere miljøkrav tilsynelatende har forbedret leverandørers mulighet til å klage på manglende ivaretagelse av klima- og miljø, bl.a. gjennom å klage på manglende vektning av miljø som tildelingskriterium. DFØ ser et behov for å styrke håndhevingsmekanismene for brudd på miljøkrav, og ber departementet se nærmere på hvordan dette eventuelt kan innrettes, jf. punkt 5.5 nedenfor om håndheving av reglene om samfunnshensyn.

DFØ er også positive til utvalgets forslag når det gjelder åpenhet om offentlige anskaffelser, men vil nedenfor trekke frem flere anbefalinger og supplerende tiltak vi mener vil bidra både til ytterligere åpenhet

og bedre data som vil kunne danne grunnlag for å analysere, innovere og effektivisere offentlige anskaffelser.

DFØ oppfatter det i utgangspunktet positivt at utvalget foreslår å gjøre anskaffelsesregelverket mer direktivkonformt, men ønsker å understreke at det bør utvises forsiktighet med å foreta språklige endringer som potensielt vil kunne medføre endringer av det materielle innholdet av etablerte bestemmelser, bl.a. for reglene om avvisning. Videre bør det unngås å gjøre endringer i godt etablert begrepsbruk og terminologi der dette ikke er strengt nødvendig. DFØ ønsker også å trekke frem at å følge anskaffelsesdirektivenes oppbygning «slavisk» etter vår oppfatning vil bidra til å gjøre regelverket mer komplisert og vanskeligere å forstå. Det er etter DFØs erfaring mer brukervennlig at strukturen på regelverket i større grad følger kronologien i anskaffelsesprosessen, slik de ulike forskriftene er lagt opp i dag. Dette er særlig viktig av hensyn til forenkling og brukervennlighet. Vi vil omtale dette nærmere under.

2. Sikkerhet og beredskap

Utvalget foreslår å ta sikkerhet og beredskap inn som et formål og samfunnshensyn i nye lover på anskaffelsesområdet. DFØ er positive til å styrke hensynet til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser, særlig sett i lys av vår tids aktuelle utfordringer. Samtidig ser DFØ at listen over hensyn som nå foreslås inntatt i formålsbestemmelsen blir lang og omfattende. Det kan bli vanskelig for oppdragsgiver å ivareta de ulike formålene som lovforslaget legger opp til på en effektiv måte, særlig i de tilfeller hvor de ulike formålene ikke trekker i samme retning. Dersom regelverket skal inneholde et så stort antall formål, som i tillegg vil kunne være motstridende, er det DFØs oppfatning at det er behov for bedre veiledning på området, og særlig veiledning om hvordan oppdragsgivere i praksis skal kunne ta hensyn til alle formålene samtidig og hvordan hensynene skal prioriteres innbyrdes ved eventuell motstrid. DFØ oppfordrer departementet til å se nærmere på denne problemstillingen.

DFØ noterer at utvalgets syn er at dagens anskaffelsesregelverk gir handlingsrom til å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser, både over og under EØS-terskelverdiene, og at utvalget ikke ser behov for regelendringer for å tydeliggjøre muligheten for å stille slike krav. DFØ slutter seg til utvalgets forslag om at relevante myndigheter bør lage en oppdatert veileder om sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser, herunder identifiserer spesielle kategorier av anskaffelser som er særlig utsatt. DFØ bistår gjerne relevant fagmyndighet i et slikt arbeid, og til at en slik veileder blir kjent og benyttet av offentlige oppdragsgivere ved planlegging og gjennomføring av anskaffelser. Utvalget har pekt på at sikkerhet og beredskap til en viss grad kan ivaretas gjennom enkle og anerkjente tiltak, som å dele opp anskaffelsen i delkontrakter og begrense antall delkontrakter som kan tildeles én leverandør. Slike grep vil også kunne bidra til bedre muligheter for små og mellomstore leverandører til å delta i konkurransen, herunder lokale og regionale leverandører.

3. Lokale og regionale leverandører

DFØ slutter seg overordnet til utvalgets vurderinger når det gjelder lokale og regionale leverandører, herunder at konkurranse er positivt for både små og mellomstore bedrifters, og lokale og regionale leverandørers konkurransevne. DFØ er videre enig i at konkurranse mellom disse leverandørene legger til rette for mer innovasjon og rask teknologiutvikling, som er en forutsetning for grønn omstilling.

Utvalget var i mandatet særskilt bedt om å vurdere adgangen til å velge lokale og regionale leverandører. I den forbindelse har utvalget vurdert adgangen til å velge lokale og regionale leverandører ved å øremerke visse kontrakter til disse leverandørene. Utvalget fraråder en slik løsning, både for anskaffelser over og under EØS-terskelverdi. Det understrekes at EØS-avtalen er til hinder for slik øremerking for anskaffelser over EØS-terskelverdi.

I utredningen trekker utvalget frem at lovgiver i utgangspunktet står fritt til å innføre regler som forbeholder nærmere angitte kontrakter til lokale eller regionale leverandører, eller som gir oppdragsgiver anledning til selv å øremerke kontrakter til slike leverandører, for anskaffelser under EØS-terskelverdi. På bakgrunn av dette mener DFØ at det bør utredes nærmere om det vil være hensiktsmessig å oppstille særregler på nærmere angitte områder.

DFØ mener særlig det bør utredes nærmere om det bør innføres særregler for øremerking for anskaffelser av mat- og drikke, samt måltidstjenester, under EØS-terskelverdi. Ettersom EØS-avtalen som hovedregel bare omfatter industrivarer og bearbeidede landbruksprodukter, er øvrige landbruksvarer ikke omfattet av EØS-avtalen. Lokale og regionale leverandører er sentrale for å opprettholde matproduksjonen i Norge, noe som også har en side til beredskap og forsyningssikkerhet. Dette taler for at dette vil være et aktuelt område å utrede muligheten for å øremerke kontrakter på.

Kontrakter om reparasjonstjenester og bruktkjøp under EØS-terskelverdi er et annet område DFØ mener det bør utredes nærmere om bør ha særregler. Både nasjonalt og i EU har holdbarhet, ombrukbarhet og reparasjon blitt trukket frem som viktige virkemidler for en sirkulær økonomi. Eksempler på mulige områder for særregler er ikke uttømmende. I tillegg kan det for eksempel være aktuelt å utrede lokale biobaserte produkter i bygge- og rehabiliteringsprosjekter, for eksempel tre eller plantebaserte produkter for isolasjon eller som prefabrikkerte elementer.

4. Avvisning

Utvalget foreslår som utgangspunkt å videreføre dagens avvisningsbestemmelser, men utvalget foreslår endringer i ordlyden i enkelte av avvisningsbestemmelsene, samt endringer i regelverkets struktur som påvirker avvisningsbestemmelsenes plassering i foreslått nytt regelverk. Disse endringene begrunnes i et ønske om å sikre at det norske anskaffelsesregelverket samsvarer bedre med ordlyden og strukturen i anskaffelsesdirektivene. DFØ støtter flere av utvalgets forslag til endringer av avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesregelverket, men har merknader til enkelte av forslagene.

4.1 Språklige og strukturelle endringer

Overordnet bemerker DFØ at utvalgets forslag om en direktivkonform gjennomføring av regelverket medfører språklige endringer som kan påvirke det materielle innholdet i flere av bestemmelsene, og dermed avvike fra tidligere praksis knyttet til avvisningsreglene. DFØ mener at å endre avvisningsbestemmelsene kun for å gjøre dem mer i samsvar med anskaffelsesdirektivene er uheldig, og at dersom det skal gjøres endringer i struktur og ordlyd, bør det gjøres i den hensikt å tydeliggjøre reglene for brukerne. Vi kan ikke se at alle de foreslåtte endringene bidrar til en slik tydeliggjøring.

Utvalget foreslår at bestemmelsen om avvisning av en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene flyttes til lovforslagets § 16-9, som er siste bestemmelse i kapittel 16 del II. om avvisning på grunn av forhold ved leverandør. DFØ mener at en bestemmelse om avvisningsplikt ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene bør flyttes til innledningen av del II., ettersom dette best harmonerer med kronologien i anskaffelsesprosessen. I tillegg er DFØ av den oppfatning at det vil være uheldig dersom bestemmelsen gjemmes bort i en sekkebestemmelse slik som utvalget her foreslår.

Bestemmelsen om utskifting av underleverandører foreslås flyttet fra kapittelet om avvisning i dagens anskaffelsesforskrift, til en samlebestemmelse om underleverandør i kapittelet om kontraktsgjennomføring. Det er DFØs oppfatning at alle bestemmelser knyttet til avvisning så langt som mulig bør samles i ett felles kapittel i ny lov. Dette gir etter vår mening brukere bedre oversikt, samt at det tydeliggjør oppdragsgivers plikt og rett til å kreve utskifting av underleverandør.

Utvalget foreslår å endre ordlyden for avvisning av leverandør som har begått vesentlig kontraktsbrudd, slik at terskelen for avvisning av leverandøren endres til «betydelig eller vedvarende kontraktsbrudd» i forbindelse med oppfyllelsen av et vesentlig krav i en tidligere offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivene. Virkeområdet for bestemmelsen synes å være innsnevret til kontraktsbrudd knyttet til offentlige kontrakter etter anskaffelsesdirektivene. I nåværende bestemmelse er denne avvisningsbestemmelsen derimot knyttet til kontraktsbrudd i forbindelse med en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Utvalgets forslag innebærer dermed tilsynelatende at forslaget til ny bestemmelse kun vil omfatte kontrakter over EØS-terskelverdi. DFØ er av den oppfatning at en slik innsnevring av bestemmelsens virkeområde er uheldig, og anbefaler at ordlyden i dagens bestemmelse videreføres.

4.2 Tidspunkt for oppfyllelse av krav i kravspesifikasjonen

Et samlet utvalg fremhever at det er oppdragsgiver som er nærmest til å vurdere når et krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt, og at oppdragsgiver angir dette i konkurransedokumentene. I tilfeller hvor oppdragsgiver ikke har angitt informasjon om når et krav skal være oppfylt, mener utvalgets flertall at det naturlige utgangspunktet er at kravet må være oppfylt på tilbudstidspunktet. Et mindretall mener på sin side at krav som stilles i kravspesifikasjonen, hvor ikke annet fremgår av anskaffelsesdokumentene, som utgangspunkt først må være oppfylt ved oppstart av kontrakten.

DFØ slutter seg her til mindretallets konklusjon, og understreker at KOFA har oppstilt en presumpsjon for at krav i kravspesifikasjonen først må være oppfylt på tidspunktet for kontraktsgjennomføring, med mindre noe annet er bestemt i konkurransedokumentene. Etter vår oppfatning vil ikke et tilbud inneholde et vesentlig avvik dersom det er sannsynliggjort at kravet vil bli oppfylt, og oppdragsgiver vil da kunne kreve

oppfyllelse av kontrakten. Vi mener også at det ikke er ønskelig verken for leverandøren eller for oppdragsgiver å måtte avvise et tilbud i slike tilfeller. Oppdragsgiver må i så fall vurdere hvilke krav i kravspesifikasjonen som kan, eller ikke kan, oppfylles før levering finner sted. En avvisningsplikt vil i slike tilfeller kunne virke konkurransebegrensende.

4.3 Adgang til å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik

Utvalget drøfter i NOU 2023: 26 om regelverket åpner for å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik i en forhandlet prosedyre, og konkluderte med at direktivet åpner for en slik løsning, og at det først er ved endelig tilbud oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbudet. DFØ slutter seg til denne vurderingen, og mener denne løsningen vil bidra til mer effektiv ressursutnyttelse. DFØ mener derimot at denne muligheten bør fremgå klarere av nytt lovforslag, særlig sett hen til hvor uklar rettstilstanden har vært angående dette tema tidligere.

5. Håndhevingssystemet

Utvalget foreslår å overordnet endre innretningen av håndhevingssystemet slik at håndhevingen i størst mulig grad skal skje før kontraktsinngåelse. Dette er et grep DFØ er enig i, og ser det som en fordel for både oppdragsgivere og leverandører hvis vi får et mer effektivt system. DFØ er i hovedsak enig i de foreslåtte tiltakene, men har kommentarer til enkelte av forslagene.

5.1 Konsekvenser for KOFAs organisering og saksbehandling

Utvalget ser ikke behov for større endringer i KOFAs organisering eller saksbehandling, og heller ikke mer enn en relativt beskjeden økning av nemndas budsjett. Utvalget overlater til departementet å beslutte om det skal åpnes for muntlig saksbehandling i særlige tilfeller i KOFA, og til å fastsette størrelsen på klagegebyr. DFØ er i utgangspunktet positive til forslagene knyttet til KOFAs rolle, men er bekymret for forslagenes mulige konsekvenser for KOFAs saksbehandling.

DFØ stiller seg noe tvilende til at de foreslåtte endringene i håndhevingssystemet kun vil kreve «en relativt beskjeden økning av nemndas budsjett». Den samlede virkningen av de foreslåtte endringene i håndhevingssystemet vil etter vår vurdering kunne medføre en økning i antall klager til KOFA. Det er trolig at leverandører som i dag avstår fra å kreve midlertidig forføyning pga. de store sakskostnadene i mye større grad vil benytte seg av klageadgangen til KOFA. Det at en klage til KOFA innenfor karensfristen gir automatisk suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt er nytt, og innebærer en vesentlig senkning av terskelen for leverandørens mulighet til å få prøvet sin sak. Den foreslåtte endringen i erstatningsutmålingen for positiv kontraktsinteresse vil også bidra til at leverandørene kan se seg tjent med å klage i karensperioden. En økning i antall klagesaker vil føre til lengre saksbehandlingstid, og dermed få den uheldige konsekvensen at oppdragsgivere må vente uforholdsmessig lenge med å inngå kontrakt. DFØ understreker at det kan få store samfunnsøkonomiske konsekvenser hvis offentlige oppdragsgivere ikke får dekket sitt behov, da svært mange offentlige anskaffelser skal støtte opp under samfunnskritiske oppgaver og tjenester.

DFØ er skeptisk til at det skal åpnes for muntlig forhandling i KOFA i særlige tilfeller av hensyn til tidsbruken. Av samme grunn mener vi det er viktig at det innføres saksbehandlingsregler som gir en effektiv saksavvikling, jf. utvalgets uttalelser i kapittel 21.6.4.

Når det gjelder størrelsen på gebyr for å klage til KOFA ønsker DFØ å understreke viktigheten av at størrelsen fastsettes på et nivå som utgjør en viss terskel for å klage. Nivået på klagegebyret vil ha stor påvirkning på nemndas samlede saksmengde og følgelig effekt på om nemnda får behandlet sakene på en effektiv måte.

Vi ønsker også å påpeke utfordringen knyttet til at praktiserende advokater utnevnes som nemndsmedlemmer. Utvalget drøfter nokså kort at KOFA er klar over problemstillingen knyttet til habilitet og at dette kan avhjelpest ved å utvide nemnda fra 10 til 12 medlemmer. DFØ viser til at i Danmark består *Klagenævnet* av kun dommere, og i Sverige er det dommere i forvaltningsdomstolen. Vi ser fordelene ved at advokater med erfaring fra det "praktiske liv" sitter i KOFA, men vi mener det kan oppstå både åpenbare og skjulte habilitetsproblemer ved advokatens deltakelse. Det er ikke bare hvem advokaten har hatt som klient som kan representere et habilitetsproblem, men også råd advokaten (eller advokatens kolleger) allerede har gitt, om problemstillinger som kommer til behandling i en klagesak for KOFA. DFØ anbefaler derfor at departementet ser nærmere på KOFAs sammensetning, og vurderer om det er behov for å gjøre endringer knyttet til utnevning av praktiserende advokater.

DFØ ber derfor departementet se nærmere på de ovennevnte problemstillingene, og ønsker særlig å understreke viktigheten av at både KOFA og sekretariatet styrkes for å få til omleggingen til mer prekontraktuell prøving. Det understrekes at det er en forutsetning at KOFA har tilstrekkelige ressurser og en effektiv saksavvikling for at de foreslåtte endringene vil ha de ønskede effektene på håndhevingssystemet.

Dersom departementet ikke følger opp forslaget om å gi gebyrmyndighet til Konkurransetilsynet, støtter DFØ utvalgets forslag om å innføre en bestemmelse som åpner for å inngi anonyme klager til KOFA på ulovlige direkteanskaffelser.

5.2 Nemndsmodell eller domstolsmodell

Utvalget har foreslått at KOFA blir et klageorgan i håndhevingsdirektivenes forstand, parallelt med domstolene. Forslaget innebærer at en leverandør som ønsker å klage på en beslutning og f.eks. hindre oppdragsgiver å inngå kontrakt, enten kan begjære midlertidig forføyning ved tingretten, eller kan klage til KOFA. Det legges videre opp til at oppdragsgiver blir bundet av leverandørens valg av klagespor. DFØ er positiv til utvalgets forslag, og under forutsetning av at KOFA tilføres tilstrekkelig ressurser mener DFØ det er hensiktsmessig at KOFA blir det primære håndhevingsorganet.

DFØ antar at det er særlig ved svært store og komplekse kontrakter at en leverandør vil kunne se seg tjent med å velge domstolssporet. En mulig fordel ved behandling i tingretten er den umiddelbare bevisføringen med muntlig behandling. Det vil også være et ledd mindre i saker hvor man ser at det er sannsynlig med en anke uansett utfall.

5.3 Opprettelse av et tilsyn for offentlige anskaffelser

Utvalget foreslår å gi Konkurransetilsynet kompetanse til å ilegge gebyr ved ulovlige direkteanskaffelser, med mulighet for å bringe saker om sanksjoner til avgjørelse i KOFA. Forslaget innebærer at Konkurransetilsynets gebyrvedtak kan overprøves av KOFA med mulighet for anke til domstolen, som er tilsvarende ordning som er på konkurranserettens område.

DFØ er skeptisk til å gi Konkurransetilsynet myndighet til å føre tilsyn med at oppdragsgiver overholder kunngjøringsplikten, og å ilegge gebyr for ulovlig direkteanskaffelser. Gitt de begrensede ressursene og kompetansen i innkjøps-Norge, mener DFØ det bør utvises tilbakeholdenhet med å opprette et tilsyn som vil ta beslag på ressurser som med fordel kunne blitt brukt andre steder. DFØ ber departementet utrede om det er andre tiltak som er mer hensiktsmessige for å ta tak i problemet med ulovlige direkteanskaffelser.

DFØ støtter utvalgets forslag om at det må åpnes for anonyme klager til KOFA i saker om ulovlige direkteanskaffelser. DFØ vil bemerke at innspill fra referansegruppen viser at dagens håndhevingssystem ikke er tilstrekkelig der hvor markedsforholdene er slik at leverandørene kvier seg for å klage på brudd på regelverket. Dette kommer bl.a. av frykt for at dette skal gå ut over muligheten til å vinne fremtidige kontrakter fra samme oppdragsgiver. Dette stemmer overens med de innspillene DFØ får fra innkjøps-Norge. Her vil DFØ understreke at frykten for å klage særlig vil være fremtredende i mindre markeder hvor konkurransen allerede er liten, og hvor markedet består av få leverandører som er avhengig av å konkurrere om offentlige kontrakter fra enda færre oppdragsgivere. .

Dersom lovgiver velger å følge opp forslag om å opprette tilsynsmyndighet for ulovlige direkteanskaffelser, støtter DFØ utvalgets forslag om å legge denne myndigheten til Konkurransetilsynet, som allerede har erfaring og godt etablerte rutiner for å føre tilsyn med konkurransesituasjonen.

5.4 Håndheving under EØS-terskelverdi

Utvalgets flertall foreslår en nedtrekksmodell for håndheving, hvor reglene for karenperiode, suspensjon, sanksjoner mm. over EØS-terskelverdi foreslås å gjelde for bygg- og anleggskontrakter over 15 millioner kroner. For øvrige anskaffelser foreslår flertallet en forenklet kontroll, med klageadgang til KOFA med en måneds klagefrist. Utvalgets mindretall har i andre delutredning delt seg, hvor en del av mindretallet, ved KS, foreslår at flertallets forslag til enkle håndhevingsregler skal gjelde for alle anskaffelser under EØS-terskelverdi, men med noen tilleggskrav til bygg- og anleggsanskaffelser over 3 millioner kroner. Den andre delen av mindretallet, ved NHO, er enig i KS sitt forslag til reguleringen av ulovlige direkteanskaffelser, men foreslår at flertallets nedtrekksmodell for håndheving av bygg- og anleggsanskaffelser skal gjelde helt ned til bygg- og anleggsanskaffelser over 3 millioner kroner.

DFØ støttet mindretallets forslag til regulering av bygg- og anleggsanskaffelser i første delutredning. Hvis mindretallets forslag blir vedtatt støtter vi forslaget fra KS til håndheving under EØS-terskelverdiene. Vi er enig i at det kan bli for inngripende at en klage til KOFA skal gi automatisk suspensjon i disse anskaffelsene, da kontraktene kan være kortvarige. DFØ er også enig i at ulovlige direkteanskaffelser kun skal bli sanksjonert med overtredelsesgebyr.

5.5 Håndheving av reglene om samfunnshensyn

Utvalget ser ikke behov for særskilte regler for håndheving av reglene om samfunnshensyn i det foreslåtte kapittel 2. Det understrekes at der oppdragsgiver er pålagt å stille krav eller kriterier, kan leverandører klage til KOFA for å få oppdragsgivers beslutning om ikke å innta slike krav eller kriterier satt til side før kontraktinngåelse. Utvalget viser også til at enkelte bestemmelser, som bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår, allerede er dekket av en form for håndheving, og at foreninger og stiftelser vil ha klageadgang til KOFA. Utvalget vurderer det som lite hensiktsmessig med en etterfølgende overprøving av oppdragsgiver skjønnsmessige vurdering av hvordan samfunnshensyn skal ivaretas i den enkelte anskaffelse.

DFØ ønsker å trekke frem at en del av anskaffelsesutvalgets mandat var at «Arbeidet skal også ha fokus på å styrke klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser samt legge til rette for aktivitet og verdiskaping i hele landet. Utvalget skal se hen til at samfunnet hurtig må omstilles til et mer bærekraftig samfunn.» Flere rapporter gjennomført av bl.a. OECD, Riksrevisjonen og DFØ de siste årene, har slått fast at det stilles for få og for lite ambisiøse miljøkrav i offentlige anskaffelser, og OECD påpekte i 2020 spesifikt at Norge mangler effektivt kontroll og revisjonssystem for bærekraftige anskaffelser.

Siden 2017 har norske oppdragsgivere hatt en plikt til å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger. Fra 2024 har offentlige oppdragsgivere også hatt plikt til vekte miljø med 30 prosent i anskaffelser, med mindre unntak kommer til anvendelse. Det er også fastsatt forskrift med obligatoriske miljøkrav for offentlige anskaffelser av kjøretøy, og det er utredet flere andre områder hvor DFØ, Miljødirektoratet med flere anbefaler å fastsette obligatoriske miljøkrav i offentlige anskaffelser for andre sektorer.

Med forslaget til ny anskaffelseslov er ambisjonsnivået hevet ytterligere, og lovutvalget fremhever i NOU 2023: 26 at de anbefaler økt bruk av standardiserte minimumskrav/obligatoriske miljøkrav i anskaffelser. Det nye kravet om 30 prosent vekting av tildelingskriterier for miljø ser ut til å ha bidratt til en positiv utvikling ved at det gjennomføres flere grønne anskaffelser, men det er fortsatt usikkert hvorvidt det stilles krav som gir den nødvendige klima- og miljøeffekten.

På denne bakgrunn, og sett i sammenheng med at Norge har høye ambisjoner for at oppdragsgivere skal fremme og ivareta miljø, klima og menneskerettigheter i sine anskaffelser, mener DFØ at det kan være grunn til å vurdere nærmere hvorvidt dagens system for håndheving av offentlige anskaffelser er tilpasset de økte ambisjonene for samfunnshensyn som det legges opp til. DFØ anbefaler derfor at det utføres en samlet utredning av hvordan dagens håndhevingsmekanismer fungerer for brudd på regler om samfunnshensyn, og hvordan disse mekanismene kan styrkes. En slik utredning anbefales å se på håndhevingen av samfunnshensyn i sin helhet, hvor både klage til KOFA, offentlige tilsynsoppgaver og sanksjonshjemler vurderes.

Utredningen bør etter DFØs oppfatning blant annet vurdere om KOFA vil være det mest egnede organet for å vurdere klager på manglende oppfyllelse av klima- og miljøforpliktelser og andre samfunnshensyn. Det vil være behov for økt fagkompetanse for å vurdere klager knyttet til de ulike samfunnshensynene, noe som må tas i betraktning ved en vurdering av hvilket organ som er egnet til å følge det opp. Eventuelle fordeler

og ulemper ved offentlig tilsyn med samfunnsansvar bør også inngå i en utredning av hva som kan være god håndheving av samfunnshensyn.

Det bes også utredes nærmere hvorvidt det bør innføres egne *sanksjonshjemler* for å bedre sikre at reglene overholdes. DFØ erfarer at uten sanksjonshjemler blir de obligatoriske kravene i praksis vanskelig å følge opp. Sanksjoner kan særlig være aktuelt for regler om obligatoriske minimumskrav. Et aktuelt tiltak som kan utredes er en «si-fra»-mulighet. Det vises til utredningen av klimakrav til bygge- og anleggsplasser i offentlige anskaffelser fra mai 2024¹ hvor DFØ og Miljødirektoratet har foreslått en «si-fra»-mulighet dersom en oppdragsgiver ikke tar inn de obligatoriske miljøkravene til utslippsfri byggeplass og ikke har begrunnet unntak. Om denne plikten ikke blir respektert, vil det være mulighet for at oppdragsgiver gjør rettelser før konkurransen, noe som vil spare både oppdragsgiver og tilbydere for tid og penger.

Når det gjelder klage til KOFA ber DFØ departementet vurdere om klagegebyr for manglende etterlevelse av samfunnshensyn bør settes lavere enn alminnelige saker, eller fjernes i sin helhet. Dette mener DFØ vil være et viktig tiltak for å senke terskelen for å klage på bestemmelsene om samfunnshensyn, og dermed forbedre både håndhevingen og etterlevelsen. DFØ er i den forbindelse positive til utvalgets forslag om å formulere bestemmelsen om klageadgang etter inspirasjon fra tvistelovens bestemmelser, slik at det presiseres at foreninger og stiftelser kan inngi klage som ligger i dens formål eller naturlig virkemåte å ivareta.

5.6 Åpenhet om offentlige anskaffelser

Utvalget foreslår at departementet ser nærmere på særlig to forslag. For det første om offentliggjøring av at kontrakt er inngått bør inneholde en plikt til å opplyse om visse forhold ved kontraktsinngåelsen og eventuelt om dette bør lovfestes. For det andre om det bør innføres en plikt for oppdragsgivere å offentliggjøre en årlig oversikt over den totale størrelsen på kjøp fra eksterne enheten, forutsatt at dette kan gjøres på en kostnadseffektiv måte for oppdragsgiver.

DFØ støtter begge forslagene og har flere anbefalinger til supplerende tiltak som kan bidra til økt åpenhet om offentlige anskaffelser, herunder bedre data som vil kunne danne grunnlag for å analysere, innovere og effektivisere offentlige anskaffelser.

DFØ foreslår at det stilles krav til åpenhet om anskaffelsesdata, og at manglende deling av slike må kunne sanksjoneres. Digitalisering medfører at det blir skapt mer data, ikke bare i anskaffelsesprosesser, men også om varer og tjenester som blir anskaffet. Bruk, gjenbruk og deling av denne type data er en forutsetning for å drive god styring, avdekke korrupsjon og utvikle digitale kostnadseffektive tjenester med mer. Åpenhet og tilgjengeliggjøring av data vil også bidra til å øke tilliten til offentlig sektors forvaltning av fellesskapets midler. Åpenhet i anskaffelsesdata er videre nødvendig hvis vi skal lykkes med å bruke offentlige anskaffelser som et strategisk virkemiddel for grønn omstilling, bærekraftig utvikling og innovasjon.

¹ Klimakrav til bygge- og anleggsplasser i offentlige anskaffelser: Utredning del 1 - miljødirektoratet.no

Regelverksutviklingen internasjonalt, og særlig i EU, går i retning av å utnytte potensialet i strukturerte data og digitalisering for å oppnå målsettingene innenfor disse områdene. For offentlige anskaffelser ser man dette i utviklingen av eForms og ESPD. Dette er nå informasjon som ikke bare benyttes i selve anskaffelsesprosessen, men som også samles og analyseres for å bedre forståelsen av hvordan offentlige anskaffelser blir brukt til å nå politiske målsetninger og forutse konsekvenser av endringer.

DFØ mener videre at det bør vurderes å stille krav om at anskaffelsesdata skal deles i standardiserte strukturerte formater. Gitt tilgang til anskaffelsesdata i standardiserte strukturerte formater, kan det lages tjenester, statistikker og analyser som gir unik informasjon og innsikt, og kan danne grunnlag for å effektivisere, lære, innovere og skape etterrettelige offentlige anskaffelser. Et eksempel på dette er arbeidet som DFØ nå gjør for å automatisk måle etterlevelse av kravet om 30 prosent miljøvekting i anskaffelser.

DFØ foreslår på denne bakgrunn at det stilles krav om at all informasjon i offentlige anskaffelser (kunngjøringer, anskaffelsesdokumenter, kontrakter og fakturaer) skal gis en unik teknisk identifikator for anskaffelsen. Identifikatoren vil forenkle automatisering og digitalisering av rapportering og legge til rette for sentrale tjenester for å effektivisere og øke kvaliteten på anskaffelser ved at man kan følge en «rød tråd» for den enkelte anskaffelse gjennom datagrunnlaget. Det foreslås videre at den enkelte virksomhet pålegges å publisere kontrakter med standardisert nøkkelinformasjon på strukturert dataformat.

DFØ foreslår at Doffin i større grad utnyttes som digital fellesløsning. I høringsinnspillet til første delutredning understreket DFØ betydningen av at all informasjon som skal offentliggjøres (inkludert kunngjøringer), publiseres på Doffin, inkludert tildeling av kontrakter inngått under EØS-terskelverdiene. Dette vil gi leverandørene en mye bedre mulighet til å finne informasjonen enn om hver oppdragsgiver skal publisere kontraktsinngåelser på sin hjemmeside.

DFØ foreslår i tillegg at oppdragsgivere pålegges å dele nøkkeldata fra faktura (slik som for eksempel avsender, totalpris, produktidentifikasjon og volum) til Doffin. Basert på rådata kan det produseres aggregert statistikk som blir gjort offentlig, for eksempel størrelsen på kjøp fra én leverandør. Prosessen med å fremstille aggregerte og sammenstilte data slik som lovutvalget foreslår, vil fort bli oppfattet som kostnadsdrivende dersom den skal gjennomføres av den enkelte oppdragsgiver. Digitalisering gjør at det er mye mer effektivt å samle inn grunnlagsdata til en fellesløsning på en måte som gjør at den enkelte oppdragsgiver kan full-automatisere sin datadeling. Dette er en løsning vi ser brukt i for eksempel EUs modernisering av rapportering av merverdiavgift.

DFØ vil fremheve viktigheten av dersom det innføres en tilsynsfunksjon for ulovlige direkteanskaffelser, bør denne sees i sammenheng med de ovennevnte forslagene for sanksjonering av manglende åpenhet i offentlige anskaffelser. Ettersom informasjon som trengs for begge formål kan hentes ut fra det samme datagrunnlaget, vurderer DFØ at dette ikke vil medføre særlig økte administrative konsekvenser. Dette vil derfor kunne være et sentralt virkemiddel for å bidra til den datakvaliteten som kreves for at de grunnleggende håndhevingsmekanismene skal fungere optimalt.

Omfanget og potensialet i deling av standardiserte strukturerte data følger endringstempoet som digitalisering medfører. Nye lover om offentlige anskaffelser bør legge til rette for å utnytte dette endringstempoet, noe som vil kreve relativt hyppige endringer i anskaffelsesregelverket. DFØ ber departementet utrede nærmere hvordan dette kan gjennomføres mest mulig effektivt og uten å påføre

oppdragsgiverne unødvendige administrative byrder. Et alternativ kan være å innta lov- og/eller forskriftshjemler for slike tiltak i anskaffelsesregelverket.

6. Gjennomføring av håndhevingsdirektivene

Utvalget foreslår å gjennomføre reglene fra håndhevingsdirektivet i en egen del IV i ny anskaffelseslov. Etter utvalgets syn er det en fordel om reglene fremgår av den loven som regulerer klart flest anskaffelser, slik at loven fremstår som en helhetlig regulering av alle sidene ved en anskaffelser. Utvalget foreslår å innføre flere preklusive frister, samt forslag knyttet til reglene om bl.a. suspensjon, midlertidige avgjørelser, karenperiode og tilsidesettelse av ulovlige beslutninger. Avslutningsvis foreslår utvalget nye regler knyttet til sanksjonen «uten virkning». Overordnet er DFØ positive til de materielle forslagene til gjennomføring av håndhevingsdirektivene, men har kommentarer til enkelte av forslagene.

6.1 Preklusive frister

Utvalget foreslår å utnytte handlingsrommet i håndhevingsdirektivet og innføre flere preklusive frister. Dette begrunnes med at det vil være hensiktsmessig at beslutninger kan påklages fortløpende, slik at tvister i størst mulig grad kan løses før kontraktsinngåelse og mens det fremdeles er mulig å rette opp feilen. Utvalget mener at dette vil fremme effektiv håndheving av anskaffelsesregelverket, og forebygge større tvister i etterkant av kontraktinngåelse.

DFØ stiller seg positiv til forslagene om å innføre flere preklusive frister, men oppfordrer departementet til å vurdere nærmere om det også bør foreslås en preklusiv frist for klage på feil i anskaffelsesdokumentene. DFØ anerkjenner at det vil være vanskelig å sette en preklusiv frist for klage på feil i anskaffelsesdokumentene uten å stenge for leverandørers mulighet til å klage på feil som de først oppdager etter evaluering. En eventuell frist vil kunne risikere at leverandørene blir tvunget til å bruke mye tid og ressurser på å finlese anskaffelsesdokumentene for å lete etter feil. En risiko vil også være at flere leverandører benytter muligheten for å klage i tilfeller hvor dette ikke er nødvendig, nettopp fordi de vil være avskåret fra å klage på et senere tidspunkt. En mulig løsning vil etter DFØs mening være å oppstille fristbestemmelse for denne typen feil, men med unntak for de tilfellene hvor man først oppdager feilen på et senere tidspunkt.

6.2 Midlertidige avgjørelser

Utvalget har foreslått at KOFA gis myndighet til å suspendere inngåelsen av kontrakt, med frist på 30 dager dersom oppdragsgiver ber om det. Dette begrunner utvalget med at fristen kun bør gjelde for anskaffelser hvor det er behov for en rask avklaring av suspensjonen, og legger til grunn at oppdragsgiver kun vil be om en frist på 30 dager dersom det reelt er behov for en rask avklaring. Utvalget har videre foreslått å justere vilkårene for å få utsatt kontraktsinngåelse frem til klagen er avgjort, ved at ny lov skal gi anvisning på den helhetsvurderingen KOFA må foreta.

DFØ er positiv til disse forslagene, men setter spørsmålsteget ved at utvalget uten videre legger til grunn at oppdragsgiver kun vil be om en frist på 30 dager, dersom det foreligger et reelt behov for rask avklaring i

saken. Det er DFØs bekymring at oppdragsgivere i større grad enn tiltenkt kommer til å påberope seg behov for rask avklaring, ettersom oppdragsgiver i de fleste tilfeller vil være tjent med en rask avklaring. Dermed vil det være risiko for at denne fristen i praksis kommer til å bli brukt som en hovedregel, noe som vil kunne bidra til større arbeidsmengde for KOFA. DFØ mener at de mulige konsekvensene her må vurderes nærmere.

Utvalgets har videre drøftet om det bør åpnes for midlertidige avgjørelser i KOFA som stanser fortsatt kontraktsoppfyllelse, dersom en leverandør har klaget inn en ulovlig direkteanskaffelse, og anmodet KOFA om å kjenne kontrakten «uten virkning». Utvalget fremhever at det er usikkert om dagens absolutte forbud mot midlertidige forføyninger etter at kontrakten er inngått, er i overenstemmelse med håndhevingsdirektivet og det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet. Utvalgets flertall foreslår at det formelt ikke stenges for midlertidige avgjørelser mot fortsatt kontraktsoppfyllelse, og foreslår en særregulering av midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved ulovlig direkteanskaffelser i ny lov. Utvalgets mindretall mener nåværende bestemmelse bør videreføres.

DFØ støtter flertallets forslag. Vi viser til at ettersom utvalget har foreslått at sanksjonen «uten virkning» må klages på innen 6 måneder, vil det kun være et kort tidsrom hvor det vil være mulig å benytte denne regelen. Utvalget viser også til at det er uklart om dagens absolutte forbud er i strid med Norges forpliktelser etter håndhevingsdirektivet og det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet, noe som etter DFØs vurdering ytterligere støtter opp under denne løsningen. DFØ støtter også utvalgets forslag om å kodifisere at tvisteloven § 32-11 ikke gjelder i anskaffelsessaker, med unntak for de tilfeller hvor saksøker visste eller burde visst at kravet ikke bestod da sikringen ble besluttet.

6.3 Sanksjonen «uten virkning»

Utvalget påpeker at KOFAs myndighet til å ilegge gebyr, men ikke kjenne kontrakt uten virkning, har ført til at overtredelsesgebyr er blitt hovedregelen, ikke unntaket. Utvalget foreslår at KOFA får myndighet til å kjenne en kontrakt «uten virkning», for å sikre at denne sanksjonen innføres som den primære reaksjonen mot ulovlige direkteanskaffelser, i tråd med forpliktelsene etter håndhevingsdirektivene. Videre foreslår utvalget å endre nåværende toårsfrist for sanksjonen «uten virkning» til seks måneder. Begrunnelsen er at sanksjonen er svært inngripende og komplisert å gjennomføre i praksis. Klage eller søksmål som gjelder ulovlige direkteanskaffelser som fremmes etter utløpet av den foreslåtte fristen, bør etter utvalgets syn likevel medføre at oppdragsgiver kan risikere å ilegges et overtredelsesgebyr, eller at kontrakten avkortes.

DFØ støtter de overnevnte forslagene. Sanksjonen «uten virkning» skal i medhold av håndhevingsdirektivene være hovedsanksjon for ulovlige direkteanskaffelser, og de foreliggende forslagene legger etter DFØs mening opp til et system hvor denne sanksjonen vil bli brukt etter intensjonen også i norsk rett. Vi er også positive til å sette fristen til 6 måneder, med de unntak som følger av utvalgets forslag. I likhet med utvalget påpeker også DFØ viktigheten av at de to løpene blir samordnet, dersom departementet lander på en løsning hvor saker kan komme via både KOFA og domstolen.

Utvalget fremmer også forslag om å senke overtredelsesgebyret for ulovlige direkteanskaffelser til maks 10 prosent av anskaffelsens verdi. DFØ støtter dette forslaget, men ber departementet vurdere om overtredelsesgebyret bør innrettes på en annen måte enn dagens ordning. Som utvalget påpeker, er den

avskrekkende effekten begrenset, og gebyret kan få uhensiktsmessige virkninger for den virksomheten det ilegges. DFØ støtter denne argumentasjonen.

6.4 Erstatning

Utvalget foreslår å begrense muligheten til å kreve erstatning dersom leverandøren kunne og burde ha forsøkt å avverge tapet gjennom en klage til KOFA forut for kontraktsinngåelsen. Ved utmåling av erstatning for positiv kontraktsinteresse foreslås det å legge større vekt på leverandørens tapsbegrensningsplikt og risikoen for at fortjenesten ikke kan realiseres som forventet.

DFØ er i utgangspunktet positive til de foreslåtte endringene knyttet til erstatning, men mener at de må ses i sammenheng med håndhevingssystemet ellers. Begrunnelsen for dette er at de foreslåtte endringene i erstatningsreglene, og en dreining mot prekontraktuell håndheving generelt, med stor sannsynlighet vil skape et incentiv for å klage forut for kontraktsinngåelse, og dermed øke arbeidsmengden til KOFA. DFØ mener derfor departementet må se disse temaene i sammenheng, dersom de foreslåtte reglene realiseres. Vi viser her til øvrig innspill om håndhevingsystemet og særlig av KOFAs organisering og saksbehandling.

7. Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

Utvalget foreslår at forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet, som anskaffelsesdirektivet, gjennomføres på lovs nivå. Forslaget innebærer å gjennomføre direktivene i to separate lover, hvor begge lovene inneholder tilsvarende formålsbestemmelse og tilsvarende kapittel 2 om samfunnshensyn som forslaget til ny anskaffelseslov. Det foreslås også at begge lovene får et innslagspunkt på 300.000 NOK, og ellers samme regler som klassisk sektor for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Videre foreslås det at reglene om håndheving gjelder tilsvarende som i klassisk sektor, men at det gis enkelte særbestemmelser i ny forsyningslov som følger av håndhevingsdirektivet for forsyningssektoren. DFØ støtter de overordnede forslagene til utvalget, men har noen generelle innspill til strukturen i lovene.

Etter DFØs vurdering bør strukturen i større grad følge kronologien i anskaffelsesprosessen og i større grad utformes slik forskriftene for konsesjonskontrakter og innkjøp til forsyningssektorene er utformet i dag. Det er DFØs oppfatning at å strukturere reglene etter kronologien i anskaffelsesprosessen vil være enklere for de som bruker regelverket. Eksempler på regler som bør flyttes, er bestemmelsene om kvalifikasjonskrav og opprettelse av kvalifikasjonsordning. Reglene om kvalifikasjonskrav er relevante når konkurransen planlegges, og bør derfor plasseres før andre regler som er relevante på et senere tidspunkt i anskaffelsesprosessen, som for eksempel avvisningsreglene.

I forslag til nye lover er enkelte regler som i dag er plassert i forskriftenes del I, foreslått flyttet til lovenes del III. Dette gjelder for eksempel reglene om unntak og reglene om beregning av kontraktens verdi. DFØ legger til grunn at unntakene gjelder både anskaffelser over og under EØS-terskelverdi. Se i denne forbindelse DFØs høringsvar til NOU 2023: 23 side 9, hvor unntaksreglenes plassering og deres betydning for anskaffelser under EØS-terskelverdi omtales nærmere. Videre er DFØ av den oppfatning at det må være samme måte å beregne kontraktens verdi for alle anskaffelser. Det fremstår derfor uoversiktlig at disse

reglene skal plasseres i del III, som kun gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Det er DFØs vurdering at dette vil kunne bidra til klarhet og å gjøre de nye lovene mindre brukervennlige, og at regler som gjelder for alle anskaffelser over lovenes foreslåtte innslagspunkt derfor bør flyttes til del I.

Gjeldende forskrift om konsesjonskontrakter inneholder en bestemmelse i § 7-1 om plikt til å oppbevare dokumentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen. Denne bestemmelsen gjelder for alle konsesjonskontrakter uavhengig av verdi. Selv om det er stilt krav til dokumentasjon for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, jf. § 11-2 i lovutkastet, bør dette kravet gjelde generelt. Konsesjonskontraktene kan ha stor økonomisk verdi og dokumentasjon av hvilke vurderinger og beslutninger som er tatt er viktig for å sikre etterprøvnbarhet og tillitt til offentlige virksomheter. Kravet til dokumentasjon bør derfor reguleres i del I loven.

Avslutningsvis har DFØ en merknad til utvalgets redegjørelse for forsyningsdirektivets skille mellom begrepene *oppdragsgivere* og *offentlige oppdragsgivere*. Selv om utvalget bemerker at den norske forenklingen av begrepene ikke har budt på praktiske problemer, ønsker vi å påpeke at de engelske og danske versjonene av begrepene til stadighet dukker opp i ny sektorlovgivning og i EU-dommer på området. Det er derfor viktig at forskjellen på disse begrepene blir klargjort i nytt regelverk og bedre kjent i anskaffelsesmiljøet. At skillet ikke er godt nok integrert understrekes, slik utvalget påpeker, av at det er flere feil knyttet til begrepsbruken i den norske oversettelsen av anskaffelsesdirektivet. DFØ ber departementet se nærmere på hvordan begrepene og deres betydning kan tydeliggjøres, for eksempel gjennom omtale i lovproposisjonen og/eller å inkludere begrepene i lovens definisjonsbestemmelser.

Vennlig hilsen

Hilde Singsaas
direktør

Dag Henry Strømsnes
Divisjonsdirektør

Brevet er elektronisk godkjent og sendes uten underskrift

Kopi: Finansdepartementet