

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

Oslo, 30. august 2024

HØRING – NOU 2024:9 NY LOV OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER – ANDRE DELUTREDNING

1. INNLEDNING

Vi viser til Nærings- og fiskeridepartementets høringsbrev og høringsnotat av 16. mai 2024 angående NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser – andre delutredning. Departementet har gitt frist 31. august 2024 for høringsuttalelser.

Advokatfirmaet Føyen AS inngir med dette våre kommentarer til deler av utvalgets forslag i NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser – andre delutredning.

Innledningsvis vil vi takke for å igangsette arbeidet med revidering av dagens regelverk. Ikke minst vil vi også rette en takk til utvalget som med kort tid til rådighet har påtatt seg oppdraget med å utarbeide to NOU-er og foreslått endringer både i våre interne, nasjonale regler, og samtidig i større grad forent regelverket for anskaffelser over EØS-terskelverdi i tråd med rettsutviklingen i andre EU/EØS-land. Samtidig er det med det omfattende arbeidet utvalget har gjort, og oppdelingen i to separate delutredninger noe utfordrende å se de store sammenhengene i det foreslåtte regelverket. Det er videre bekymringsverdig dersom det ikke settes av tilstrekkelig tid til å gjennomgå høringssvarene og utarbeide et godt fundert regelverk.

2. LOKALE OG REGIONALE LEVERANDØRER

I lovforslaget har utvalget vurdert muligheten for at oppdragsgivere i større grad kan vektlegge og/eller øremerke kontrakter for lokale og regionale leverandører.

Anskaffelser under EØS-terskel skal skje på markedsmessige vilkår, jf. lovforslaget § 3-1 (1). Etter utvalgets syn kan ikke kontrakter under EØS-terskelverdi øremerkes lokale og regionale leverandører, all den tid det ikke vil være mulig å fastslå markedspris ved en slik avgrensing av markedet. Vi stiller oss positive til utvalgets vurdering. En annen løsning vil kunne gå på bekostning av muligheten for oppdragsgiver til å gjennomføre kostnadseffektive anskaffelser.

Over EØS-terskelverdi foreslår utvalget å videreføre dagens rettstilstand i lovforslaget § 13-10 (2). Dette innebærer at oppdragsgivere generelt skal vurdere om kontrakten kan deles opp i delkontrakter, og at manglende oppdeling av kontrakter skal begrunnes. Utvalget fremhever samtidig at en hjemmel til øremerking for lokale og regionale leverandører, ikke vil være

forenlig med EØS-regelverket. Utvalget mener hovedregelen om oppdeling av kontrakter, sammen med begrunnelsesplikten er tilstrekkelig for å ivareta interessene til SMB-er, lokale og regionale leverandører. Utvalget legger opp til at manglende eller mangelfulle begrunnelser skal kunne påklages og prøves opp mot anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt.

Gitt EØS-regelverkets begrensninger er vi enige med utvalget i at en form for videreføring av dagens regel er den beste løsningen. Dagens § 19-4 (1) legger opp til at kontrakter «kan» deles. Vi vil oppfordre departementet til å vurdere om oppdeling av kontrakter skal være hovedregelen, og at unntak fra dette skal begrunnes. Vi mener dette i større grad vil synliggjøre viktigheten av at oppdragsgivere må vurdere mulighetene for delkontrakter. Videre er vi enige i at dagens § 19-4 (2) siste punktum fjernes, slik at mangelfulle eller manglende begrunnelser kan påklages.

I forlengelsen av dette vil vi tilføye at det generelt bør vies et økt fokus på bruk av verktøy som markedsdialog og -undersøkelser. Dette vil være nyttig i kartleggingen av leverandørmarkedet og mulighetene for oppdeling.

3. AVVISNING VED VESENTLIGE AVVIK

3.1. Bortforhandling av vesentlige avvik

I lovforslaget legger utvalget opp til en videreføring av dagens regel om avvisningsplikt ved vesentlige avvik i tilbudet. Vi kan ikke se at utvalget tar stilling til problemstillingen om oppdragsgivere skal kunne forhandle bort vesentlige avvik i konkurranser med forhandling eller konkurransepreget dialog. Problemstillingen har skapt debatt her til lands og vi mener det ville vært betimelig å rydde opp i dette i forbindelse med nytt lovforslag.

Verken anskaffelsesdirektivet eller avgjørelser fra EU-domstolen er til hinder for en regel som tillater å forhandle bort vesentlige avvik, samtidig som gode grunner taler for en slik mulighet. Det er etter vårt syn formålstjenlig for både oppdragsgivere og leverandører at beslutning om avvisning kan avvendes til forhandlingene er gjennomført. Dette vil etter vårt syn bidra til å redusere «unødvendige» avvisninger, for eksempel som følge av misforståelser blant leverandører eller avvik som oppdragsgiver ikke kunne forutse.

3.2. Risikoen for uklarheter

Vi er uenige i utvalgets forslag om å fjerne dagens forskriftsfestede regler om hvem som har risikoen for uklarheter i henholdsvis konkurransegrunnlag og tilbud (dagens § 14-1 (5) og § 23-3 (2)). Utvalgets begrunnelse er at reglene «uansett følger av bakgrunnsretten».

Etter vårt syn er det gode grunner for å beholde en lovfestet risikofordeling mellom oppdragsgiver og leverandør. Bestemmelsene om hvem som har risikoen for uklarheter er sentrale i anskaffelsesregelverket og er erfaringsmessig konfliktreducerende. Å fjerne en tydelig forankring til dette vil kunne være prosessdrivende. Det må hensyntas at hverken oppdragsgivere eller leverandører nødvendigvis besitter juridisk kompetanse til å være kjent med bakgrunnsretten.

4. HÅNDHEVING

Det fremsettes i lovforslaget gode argumenter for KOFAs nye og mer fremtredende rolle i forbindelse med håndheving. Vi mener likevel utvalgets forslag ikke er tilstrekkelig utredet og begrunnet. Forslaget innebærer en fundamental omveltning av håndhevingsregimet, som burde vært grundigere gjennomgått. Eksempelvis burde utvalget sett på om Norge skulle opprettet en særdomstol, om regler i tvisteloven og domstolsloven skal få anvendelse, hvilke endringer i klagenemndsforordningen som skal gjøres og hvilke konsekvenser for håndhevelsen de ulike alternativene får, herunder grensdragningen mot anvendelsen av reglene om klageadgang på manglende innsyn etter offentleglova. Departementet bør etter vårt syn besørge en fullstendig gjennomgang av den rollen KOFA har i dag og hva formålet med en omveltning av håndhevingsregimet egentlig skal være. Vi anmoder om at departementet utreder ulike alternativer for et nytt håndhevingsregime før det foretas en så radikal endring som utvalget foreslår.

Uansett mener vi departementet må være bevisst på at dette representerer en betydelig omlegging av håndhevingen i praksis. Den foreslåtte løsningen med KOFAs forsterkede rolle kan vise seg å ha praktiske konsekvenser som burde vært grundigere utredet. Vi er ikke ubetinget enig i at KOFA bør få en forsterket rolle slik nemnda er regulert og organisert dag.

Som et minimum vil vi anbefale at KOFA tilføres mer ressurser, i første rekke bemanning, slik at de er i stand til å håndtere et økende antall saker. Herunder at KOFA gis nok tid fra nytt regelverk blir vedtatt og frem til ikrafttredelse til å forberede seg praktisk. Videre må klagenemndsforordningen endres. Utvalget antar antall klager ikke blir vesentlig høyere enn i dag. Vi er ikke i posisjon til å overprøve dette, men basert på våre antakelser og samtaler med både oppdragsgivere og leverandører, antar vi imidlertid det ikke kan utelukkes. Både grunnet KOFAs forsterkede rolle med bindende virkning av uttalelser, den foreslåtte konsekvensen med suspensiv virkning og det nye vilkåret for senere erstatningskrav.

Dersom forslaget blir videreført, anbefaler vi at KOFA blir rustet og forberedt på at antallet mottatte saker kan bli betydelig høyere i dag. Og at det muligens kan skje umiddelbart etter at nytt regelverk trer i kraft. Dersom klage til KOFA skal få suspensiv virkning er det av største betydning at KOFA på forhånd er bemannet, organisert og forberedt på å behandle sakene med den hurtighet og effektivitet som utvalget forutsetter. Det er kritisk at dette er på plass før nytt regelverk trer i kraft, og ikke i praksis blir noe som man avventer og ser hvordan utvikler seg, og at man risikerer at KOFA havner «bakpå» med sakshåndteringen. Det gjelder særlig den foreslåtte første vurderingen KOFA skal gjøre av om den suspensive virkningen skal opprettholdes eller ikke. Det vil være svært uheldig hvis leverandører i praksis kan bruke et varsel om klage til KOFA, med en påfølgende lang venteperiode, som en skjult «trussel» mot en oppdragsgiver. Dagens system der en leverandør må henvende seg til domstolene for å aktivere suspensiv virkning benyttes sjelden og med varsomhet av leverandørene, dette da det er forbundet med store omkostninger å begjære midlertidig forføyning. Dette vil muligens bli motsatt når den økonomiske risikoen blir betydelig mindre med det nye forslaget.

5. AVLYSNING

Utvalget foreslår å videreføre dagens regel om at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen når det foreligger «saklig grunn», jf. lovforslaget § 32-1 (1). I NOU-en har utvalget presisert at bestemmelsen i større grad bør samordnes med EU-domstolens føringer. Det er særlig tre typetilfeller som kan medføre «saklig grunn» til avlysning: hensyn til offentlige interesser, feil i anskaffelsesdokumentene eller konkurranse gjennomføringen, og rettslig usikkerhet om det foreligger en avlysningsplikt. Vi er enig med utvalget i at det vil være hensiktsmessig med en tydeliggjøring av vurderingstemaet.

Utvalget foreslår imidlertid ikke å kodifisere typetilfellene i det nye lovforslaget, uten at det er begrunnet hvorfor. Vi oppfordrer departementet til å vurdere å innta en slik opplisting direkte i lovteksten. Ved å kodifisere typetilfellene vil vi unngå en til dels uklar generalklausul som i dagens regelverk, og få klarere retningslinjer til vurderingen. Vi erfarer at det er knyttet en del usikkerhet til hva som ligger i begrepet «saklig grunn», og ikke minst når dette foreligger. En veiledning vil potensielt være prosessreducerende.

Videre stiller vi oss positive til at det innføres en preklusiv frist til å påklage avlysningsbeslutningen. Dette vil skape forutsigbarhet for både oppdragsgiver og leverandør.

6. OPPSIGELSESPLIKT

6.1. Innledning

I lovforslaget § 21-2 foreslår flertallet i utvalget å innta en oppsigelsesplikt for oppdragsgiver når en kontrakt er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som er satt til side ved endelig avgjørelse eller dom. Forslaget er tuftet på dansk rett og udbudsloven § 185 nr. 2. Forslaget er omtalt i NOU-en punkt 37.2.5.

Vi mener at det språklig sett ikke er riktig å knytte oppsigelsesplikten til at tildelingsbeslutningen er *satt til side*. Å tilsidesette en beslutning vil i hovedsak være aktuelt og ha betydning før kontrakt signeres, slik dette er regulert i dagens lov om offentlige anskaffelser § 8-2 (1). Vi mener at vilkåret for oppsigelsesplikten bør være at tildelingsbeslutningen er «kjent ulovlig» ved endelig avgjørelse eller dom. Terskelen for å kjenne en tildelingsbeslutning ulovlig bør imidlertid være den samme som for å sette en tildelingsbeslutning til side.

6.2. Om begrunnelsen for oppsigelsesplikten

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 oppdragsgiver ser seg tjent med å avvente signering til endelig avgjørelse eller dom om hvorvidt tildelingen er lovlig, noe som vil styrke den prekontraktuelle håndhevingen.

Slik vi leser forslaget vil en oppdragsgiver som mottar en klage i karenperioden være tvunget til å vente på at KOFA avgjør saken, eller treffer en midlertidig avgjørelse om at suspensjonen oppheves. Suspensjonen skal oppheves i tilfeller der KOFA finner grunn til det. Slik vi tolker

utvalgets forslag vil dermed plikten til oppsigelse normalt aktualiseres i to typetilfeller: 1) der suspensjonen er opphevet og oppdragsgiver signerer kontrakt før saken er avgjort eller 2) der oppdragsgiver har fått medhold i KOFA eller domstol om at beslutningen om tildeling er lovlig og signerer kontrakt, men klager senere får medhold i domstolen om at beslutningen likevel skal settes til side. En slik regulering synes fornuftig, all den tid oppdragsgiver er gjort kjent med at det foreligger en risiko for plikt til oppsigelse av kontrakten før den signeres. Oppdragsgiver vil da ha et insentiv til å avvente endelig avgjørelse før signering. Dette vil bevare balansen mellom oppdragsgivers behov for å signere kontrakt og en leverandør sine muligheter for å gjenopprette konkurranse om kontrakter som er tildelt i strid med anskaffelsesregelverket.

6.3. Om frist for klage om å sette en beslutning til side

Det er et vilkår for oppsigelsesplikten at en beslutning om tildeling er satt til side.

Det fremgår av lovforslaget § 25-2 (2) at KOFA og domstolene kan treffe midlertidige beslutninger og sette til side beslutninger som oppdragsgiver 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 fremstår imidlertid uklart om det er utvalgets intensjon å oppstille et vilkår om at klage med påstand om å sette til side en beslutning om tildeling må være kommet inn til nemnda eller retten før kontrakt er inngått. Fristen for klage om å sette til side slike beslutninger er ikke omtalt i utvalgets forslag til lov kapittel 30 om preklusive frister. Utvalgets uttalelse i punkt 27.6.7 om karensperiode ved mangelfull begrunnelse skaper også tvil ved om det er meningen å oppstille et vilkår om å klage på en beslutning før kontrakt er inngått. Her skriver utvalget:

«Ettersom utvalget foreslår en plikt til å si opp en kontrakt der tildelingsbeslutningen kjennes ulovlig med endelig dom eller avgjørelse vil dette etter utvalgets syn kunne bøte på de uheldige konsekvensene av at det gis en fiktiv begrunnelse som gir grunn til å klage i karensperioden.»

I slike tilfeller er det vanskelig å se for seg at en leverandør har mulighet til å klage før inngåelsen av en kontrakt der en tildelingsbeslutning er fiktiv eller utelater vesentlig informasjon.

Dersom det ikke har vært grunn til å klage i karensperioden, vil oppdragsgiver normalt ha signert kontrakten før en leverandør klager. Slik vi leser utvalgets forslag vil det da være for sent å sette en tildelingsbeslutning til side, jf. lovforslaget § 25-2 (2). På bakgrunn av det siterte synes utvalget å mene at det bør være mulig å få satt til side en tildelingsbeslutning selv om det ikke er klaget før signering av kontrakten. Dersom det er meningen at oppsigelsesplikten kan bøte på slike uheldige konsekvenser som utvalget omtaler, må det legges til rette for å klage på en tildeling selv etter signering av kontrakt. Dette synes imidlertid ikke å være hensyntatt i forslaget til ny lov. En mulig løsning kan være å lovfeste et unntak om at fristen for klage om å sette en tildelingsbeslutning til side ikke løper dersom det var praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å klage før kontrakten ble signert. I alle tilfeller mener

vi at departementet bør presisere om det skal oppstilles en preklusiv frist for klage om å sette beslutninger til side.

Forutsatt at det er meningen å oppstille en preklusiv frist for slike klager kan det stilles spørsmål ved om det er tilstrekkelig klart og forutberegnelig å legge denne til tidspunktet for signering av kontrakt, all den tid en klagende leverandør ikke har kjennskap til når kontrakten faktisk signeres. Dersom det er meningen å oppstille en preklusiv frist for klager om å sette til side en tildelingsbeslutning bør denne etter vår mening knytte seg til utløpet av karensperioden som er fastsatt på forhånd.

7. KARENSPERIODE

Utvalget foreslår å videreføre dagens regel om at karensperioden begynner å løpe fra dagen meddelelse om valg av leverandør er sendt, jf. lovforslaget § 26-1, tilsvarende dansk rett.

I NOU-en drøfter utvalget hvorvidt det bør innføres en regel tilsvarende svensk rett, hvor karensperioden først begynner å løpe fra det tidspunktet oppdragsgiver har gitt en *tilstrekkelig begrunnelse* for tildelingen. Utvalget har imidlertid latt det være opp til departementet å ta den endelige avgjørelsen. Utvalget nøyer seg med å fremheve at en slik regel vil kunne skape rettslig usikkerhet, fordi oppdragsgivere og leverandører kan ha ulike oppfatninger av hva som er en tilstrekkelig begrunnelse.

I utgangspunktet er vi enige i bekymringene som utvalget fremhever med en svensk modell. Likevel synes vi det er viktig å påpeke at en stor utfordring i dagens praksis er at oppdragsgivere forsømmer sin plikt til å gi begrunnelser i samsvar med anskaffelsesregelverket. Dette gjør at leverandører ofte ikke har et tilstrekkelig grunnlag til å vurdere om regelverket er ivaretatt, samtidig som man kan oppleve utfordringer med å få overprøvd oppdragsgivers vurderinger mens karensperioden løper. Mange leverandører kvier seg for å gå til rettslige skritt selv om man opplever at en tildeling ikke er godt nok fundert i begrunnelsen. Motsatt kan dårlige begrunnelser være prosessdrivende ved at en leverandør ikke har andre alternativer enn å ta ut en høyst usikker midlertidig forføyning for å få prøvd saken.

Vi mener derfor departementet bør vurdere en modell som ligger nært den svenske.

Utvalget begrunner en videreføring av dagens modell med at leverandører uansett vil være beskyttet gjennom mulighet for å klage til KOFA med oppsettende virkning. Dette forutsetter i så fall at utvalgets nye forslag til håndhevelse vedtas og lovfestes. I vurderingen av om dette er en formålstjenlig løsning, må departementet ha med seg at sakstilfanget for KOFA antageligvis vil øke betydelig. Vi stiller spørsmål ved om en slik løsning i realiteten gir leverandører en bedre beskyttelse, eller om det i praksis kun bidrar til å forlenge offentlig saksbehandling.

Som et alternativ til forslaget over, har utvalget foreslått at karensperioden skal utsettes der leverandører ber om innsyn. Vi støtter ikke en slik løsning. I dag er regler om innsyn og karensperiode adskilt og uavhengige hverandre. Dette synes vi bør opprettholdes i nytt

regelverk. Dessuten vil en innsynsbegjæring kunne misbrukes og være et simpelt middel for å kunne trenere kontraktsignering.

Vi erfarer dessuten at besvarelse av innsynsbegjæring ofte tar lengre tid enn det alminnelige utgangspunktet på tre dager. Dersom karenperioden automatisk skal forlenges ved enhver innsynsbegjæring, frykter vi at ulempene ved misbruk av en slik ordning langt på vei overgår eventuelle fordeler. Dersom departementet likevel skal vurdere en slik løsning, mener vi det heller bør lovfestes at oppdragsgiver «bør» vurdere å utsette karenperioden, eventuelt avvente kontraktsignering til etter at innsynsforespørselen er tilstrekkelig behandlet.

8. KOMPETANSEHEVING OG PLANLEGGING FREMFOR ØKT HÅNDHEVING

Avslutningsvis vil vi knytte en kommentar til utvalgets omfattende fokus på å innføre et nytt håndhevingsregime. I arbeidet med nytt anskaffelsesregelverk vil vi oppfordre departementet til å øke fokuset på mer utbredt planlegging i forkant av konkurranser, fokus på markedsdialog, kompetanseheving i alle ledd, samarbeid og profesjonalisering. Vår erfaring viser at det stilles stadig flere krav til innkjøpere i offentlig sektor uten at det hverken medfølger tilstrekkelige ressurser eller kompetanse til ivaretagelse.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Føyen AS