



DET KONGELIGE  
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

# Prop. 51 L

(2015–2016)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

Lov om offentlige anskaffelser  
(anskaffelsesloven)



# Innhold

<b>1</b>	<b>Proposisjonens hovedinnhold</b>	5	6.2	Tronslin-utvalgets utredning fra 1997 .....	29
<b>2</b>	<b>Bakgrunnen for lovforslaget</b> ....	7	6.3	Forenklingsutvalgets tilnærming .....	30
2.1	Revisjon av både EØS-rettslige og nasjonale regler .....	7	6.4	Nye anskaffelsesdirektiver .....	31
2.2	Tre nye EU-direktiver om offentlige anskaffelser .....	7	6.5	Departementets vurdering .....	32
2.2.1	Innledning .....	7	<b>7</b>	<b>Ny lov om offentlige anskaffelser</b> .....	35
2.2.2	Direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser .....	8	7.1	Formål .....	35
2.2.3	Direktiv 2014/25/EU om forsyningssektorene .....	8	7.1.1	Gjeldende rett .....	35
2.2.4	Direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter .....	9	7.1.2	Forenklingsutvalgets forslag .....	35
2.2.5	Høring .....	9	7.1.3	Høringsinstansenes syn .....	36
2.3	Forenklingsutvalgets forslag til nye nasjonale regler .....	11	7.1.4	Departementets vurdering .....	38
2.3.1	Oppnevning av Forenkling-utvalget .....	11	7.2	Virkeområde .....	38
2.3.2	Utvalgets mandat .....	11	7.2.1	Gjeldende rett .....	38
2.3.3	Utvalgets utredning .....	13	7.2.2	Departementets høringsnotat .....	39
2.3.4	Høring .....	13	7.2.3	Høringsinstansenes syn .....	39
2.4	Endringer i håndhevelsesreglene .....	16	7.2.4	Departementets vurdering .....	40
2.4.1	Historikk .....	16	7.3	Rettighetshavere .....	41
2.4.2	Behovet for endringer .....	16	7.4	Grunnleggende prinsipper .....	41
2.4.3	Høring .....	17	7.4.1	Gjeldende rett .....	41
<b>3</b>	<b>Gjeldende regelverk om offentlige anskaffelser</b> .....	19	7.4.2	Nye anskaffelsesdirektiver .....	42
<b>4</b>	<b>Anskaffelsesregelverket i andre nordiske land</b> .....	21	7.4.3	Forenklingsutvalgets forslag .....	43
4.1	Sverige .....	21	7.4.4	Høringsinstansenes syn .....	43
4.1.1	Gjeldende rett .....	21	7.4.5	Departementets vurdering .....	45
4.1.2	Gjennomføring av de nye anskaffelsesdirektivene .....	22	7.5	Miljø, grunnleggende menneskerettigheter og andre samfunnshensyn .....	46
4.2	Danmark .....	22	7.5.1	Gjeldende rett .....	46
<b>5</b>	<b>Forenkling av anskaffelsesregelverket</b> .....	24	7.5.2	Forenklingsutvalgets forslag og høringsinstansenes syn .....	46
5.1	Behovet for forenkling av anskaffelsesregelverket .....	24	7.5.3	Departementets høringsnotat .....	47
5.2	Hva er forenkling? .....	25	7.5.4	Høringsinstansenes syn .....	48
<b>6</b>	<b>Samfunnsansvar ved inngåelse av offentlige kontrakter</b> .....	29	7.5.5	Departementets vurdering .....	50
6.1	Offentlige anskaffelser som virkemiddel for å ivareta samfunnsmessige hensyn .....	29	7.6	Lønns- og arbeidsvilkår .....	54
			7.7	Krav om bruk av lærlinger .....	54
			7.7.1	Gjeldende rett .....	54
			7.7.2	Departementets høringsnotat .....	55
			7.7.3	Høringsinstansenes syn .....	55
			7.7.4	Departementets vurdering .....	57
			7.8	Håndhevelse .....	59
			7.8.1	Gjeldende rett .....	59
			7.8.2	Departementets høringsnotat .....	59
			7.8.3	Høringsinstansenes syn .....	61
			7.8.4	Departementets vurdering .....	65
			7.9	Forskriftshjemmel .....	68
			7.9.1	Gjeldende rett .....	68
			7.9.2	Departementets høringsnotat .....	68
			7.9.3	Høringsinstansenes syn .....	69
			7.9.4	Departementets vurdering .....	71

7.10	Pålegg .....	72	<b>9</b>	<b>Økonomiske og administrative</b>	
7.10.1	Gjeldende rett .....	72		<b>konsekvenser .....</b>	78
7.10.2	Departementets høringsnotat .....	72			
7.10.3	Høringsinstansenes syn .....	73	<b>10</b>	<b>Merknader til de enkelte</b>	
7.10.4	Departementets vurdering .....	73		<b>bestemmelsene i lovforslaget ..</b>	80
<b>8</b>	<b>Hovedlinjene i nye</b>			<b>Forslag til lov om offentlige</b>	
	<b>forskrifter .....</b>	74		<b>anskaffelser (anskaffelsesloven) .....</b>	91
8.1	Ny forskrift om offentlige				
	anskaffelser .....	74			
8.2	Ny forskrift om innkjøpsregler				
	i forsyningssektorene .....	76			
8.3	Forskrift om				
	konsesjonskontrakter .....	76			



DET KONGELIGE  
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

# Prop. 51 L

(2015–2016)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

## Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

*Tilråding fra Nærings- og fiskeridepartementet 22. januar 2016,  
godkjent i statsråd samme dag.  
(Regjeringen Solberg)*

### 1 Proposisjonens hovedinnhold

Nærings- og fiskeridepartementet legger med dette frem forslag til ny lov som vil erstatte lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven). Lov om offentlige anskaffelser regulerer den fremgangsmåten det offentlige skal følge når de foretar innkjøp av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider.

Bakgrunnen for forslaget til ny anskaffelseslov er tredelt. For det første har EU vedtatt tre nye direktiver om offentlige anskaffelser som skal gjennomføres i norsk rett. For det andre bygger forslaget på NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser, som inneholder forslag til endringer i den særnorske delen av anskaffelsesregelverket. For det tredje foreslår departementet endringer i håndhevelsesreglene.

EU vedtok 26. februar 2014 tre nye direktiver om offentlige anskaffelser:

- Direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet) som gjelder for klassisk sektor, det vil si de fleste offentlige oppdragsgivere

- Direktiv 2014/25/EU (forsyningsdirektivet) som gjelder for forsyningssektorene vann- og energiforsyning, transport og posttjenester
- Direktiv 2014/23/EU (konsesjonskontrakt-direktivet) som gjelder for konsesjonskontrakter

Formålet med revisjonsprosessen har fra EUs side vært å øke fleksibiliteten og redusere de administrative byrdene for oppdragsgivere og leverandører og å avklare rettsspørsmål. I tillegg har EU ønsket å utvide mulighetene til å ivareta andre samfunnshensyn, slik som hensynene til miljø, sosiale forhold, innovasjon og lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter. Departementet støtter disse målsetningene, men hadde ønsket at EU hadde gått enda lengre i retning av forenkling av anskaffelsesdirektivene.

Et offentlig utvalg (Forenklingsutvalget) har hatt som mandat å gjennomgå den særnorske

delen av lov og forskrift om offentlige anskaffelser, altså klassisk sektor. Den særnorske delen av regelverket er den delen som ikke springer ut av internasjonale forpliktelser. De senere årene har det vært økende kritikk av at anskaffelsesregelverket er blitt for detaljert, komplisert og formalistisk. Hensikten med gjennomgangen var å avdekke et eventuelt behov for å endre det eksisterende regelverket med sikte på forenkling og økt fleksibilitet.

Bakgrunnen for forslaget om endringer i håndhevelsesreglene er å styrke håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser fordi erfaringer viser at denne ikke fungerer tilstrekkelig effektivt.

Ettersom revisjonsarbeidet skal ivareta til dels motstridende hensyn, har departementet i de innledende delene av proposisjonen drøftet nærmere behovet for forenkling av regelverket og spørsmålet om i hvilken grad regelverket bør benyttes til å regulere strategisk bruk av offentlige anskaffelser for å ivareta ulike samfunnshensyn.

De viktigste endringene i forslaget til ny lov er:

- En ny og mer kortfattet formålsbestemmelse.
- Utvidelse av lovens virkeområde til å omfatte tjenestekonsesjonskontrakter.
- En ny og enklere bestemmelse om grunnleggende prinsipper som kun trekker frem hovedprinsippene.
- En ny bestemmelse om å ivareta miljø, grunnleggende menneskerettigheter og andre samfunnshensyn i offentlige anskaffelser. Bestemmelsen gir også departementet hjemmel til å fastsette forskriftsregler om begrensninger i

antallet ledd i leverandørkjeden og krav om universell utforming. Bestemmelsen avløser anskaffelsesloven § 6 som pålegger offentlige oppdragsgivere å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.

- En ny bestemmelse om krav om bruk av lærlinger.
- Å gjeninnføre Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) sin kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser.

I tillegg har departementet foretatt en rekke mer regeltekniske endringer.

Helt nye anskaffelsesforskrifter har også vært på høring. Forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) er basert dels på Forenklingsutvalgets forslag til nye særnorske regler, dels på departementets forslag til gjennomføring av det nye anskaffelsesdirektivet. I tillegg kommer departementets forslag til ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) og ny forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften) som ledd i gjennomføring av det nye forsyningsdirektivet og det nye konsesjonskontrakt-direktivet. Proposisjonen inneholder en kort redegjørelse for hovedpunktene i forslagene, men fordi arbeidet med å følge opp høringen foreløpig ikke er avsluttet, er det fremdeles en del spørsmål knyttet til den endelige utformingen av nye forskrifter som står åpne.

## 2 Bakgrunnen for lovforslaget

### 2.1 Revisjon av både EØS-rettslige og nasjonale regler

---

Den gjeldende anskaffelsesloven og tilhørende forskrifter inneholder noen grunnleggende prinsipper og krav til prosedyrer som må følges ved gjennomføring av offentlige anskaffelser. Regelverket skal fremme effektiv ressursbruk, samt gi allmennheten tillit til offentlig anskaffelsesvirksomhet.

Anskaffelsesregelverket inneholder både en EØS-rettslig og en nasjonal regulering. Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å regulere offentlige anskaffelser over angitte EØS-terskelverdier. I tillegg har Norge valgt å oppstille et regelverk om offentlige anskaffelser under disse EØS-terskelverdiene, samt for enkelte tjenester som er unntatt de detaljerte prosedyrereglene i EU-direktivene (såkalte uprioriterte tjenester).

Det har oppstått et behov for å revidere regelverket om offentlige anskaffelser. Det er flere årsaker til dette. For det første vedtok EU tre nye direktiver om offentlige anskaffelser 26. februar 2014 som skal gjennomføres i norsk rett. Den EØS-rettslige delen av regelverket må derfor revideres. For det andre er det behov for forenklinger i den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket, som oppfattes som komplisert og rigid. For det tredje har det vært nødvendig å gjennomgå sanksjonsreglene fordi håndhevelsen av anskaffelsesregelverket ikke fungerer effektivt nok, særlig når det gjelder ulovlige direkte anskaffelser.

Forslag til lov- og forskriftsendringer har vært sendt på tre ulike alminnelige høringer. Etter utløpet av høringsfristene har departementet gjennomgått forslagene og høringsinnspillene, og foreslår et samlet, revidert regelverk om offentlige anskaffelser, herunder en ny anskaffelseslov.

### 2.2 Tre nye EU-direktiver om offentlige anskaffelser

---

#### 2.2.1 Innledning

EU vedtok 26. februar 2014 tre nye direktiver om offentlige anskaffelser:

- Nytt anskaffelsesdirektiv 2014/24/EU, som erstatter direktiv 2004/18/EF som i Norge er gjennomført i forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 (anskaffelsesforskriften).
- Nytt forsyningsdirektiv 2014/25/EU, som erstatter direktiv 2004/17/EF som i Norge er gjennomført i forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene av 7. april 2006 nr. 403 (forsyningsforskriften).
- Et helt nytt direktiv om konsesjonskontrakter, direktiv 2014/23/EU. Tjenestekonsesjonskontrakter er unntatt fra anskaffelsesregelverket i dag.

EU-kommisjonen har uttalt at formålet med endringene er å gjøre reglene enklere og mer fleksible, redusere administrative byrder for både oppdragsgivere og leverandører, avklare retts spørsmål, legge bedre til rette for at små og mellomstore bedrifter kan konkurrere om offentlige kontrakter, og legge bedre til rette for strategisk bruk av offentlige anskaffelser for å ivareta miljøhensyn, sosiale hensyn, innovasjon og andre samfunnshensyn. Revisjonen av anskaffelsesdirektivene er en del av EUs handlingsplan for det indre marked (Single Market Act), som skal bidra til økt økonomisk vekst gjennom en revitalisering av det indre markedet. Den er også et virkemiddel for å fremme målene i Europa 2020-strategien for «intelligent, bæredygtig og inklusiv vekst». Fristen for å gjennomføre direktivene i EU er 18. april 2016.

I tillegg til de nye lovbestemmelsene som er omtalt i denne proposisjonen, vil de tre direktivene bli gjennomført i form av tre nye forskrifter. Det vil bli vedtatt en ny forskrift om offentlige anskaffelser som vil erstatte dagens anskaffelsesforskrift, en ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene som vil erstatte dagens forsyningsforskrift, og en helt ny forskrift om konsesjonskontrakter.

De nye direktivene er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Forslaget til ny anskaffelseslov kan imidlertid i all hovedsak gjennomføres også innenfor rammen av de gamle anskaffelses-

direktivene. En stor del av forskriftsendringene som har vært på høring, kan imidlertid ikke gjennomføres uten at de nye direktivene er innlemmet i EØS-avtalen. Departementets vurdering er at disse direktivene er EØS-relevante og akseptable.

### **2.2.2 Direktiv 2014/24/EU om offentlige anskaffelser**

Nytt anskaffelsesdirektiv, direktiv 2014/24/EU, ble vedtatt 26. februar 2014. Departementet vil gjennomføre direktivet i form av en ny anskaffelsesforskrift, som skal avløse den gjeldende anskaffelsesforskriften.

Anskaffelsesdirektivet inneholder en rekke nye bestemmelser som skal bidra til å realisere EUs målsetninger med revisjonsarbeidet.

Det innføres nye regler om elektronisk kommunikasjon. Medlemslandene pålegges å bruke elektronisk kommunikasjon i anskaffelsesprosessen frem til inngåelse av kontrakt. Blant annet stilles det krav om at konkurransegrunnlaget gjøres tilgjengelig elektronisk, og at leverandører innleverer forespørsler om å delta og tilbud elektronisk.

Kravene til dokumentasjon fra leverandørene forenkles. Blant annet legges det i større grad opp til bruk av egenerklæring som foreløpig bevis for at leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene og utvelgelseskriteriene, og for fravær av avvinningsgrunner. Oppdragsgiver er kun forpliktet til å kreve at leverandøren som har vunnet konkurransen, fremlegger den etterspurte dokumentasjonen. Dette egenerklæringsskjemaet skal finnes i elektronisk versjon.

Denne økte satsingen på digitalisering utgjør betydelige forenklingstiltak som vil bidra til å redusere transaksjonskostnadene for både oppdragsgivere og leverandører.

Det åpnes for forhandlinger i større utstrekning enn i dag ved at adgangen til å velge anskaffelsesprosedyrene konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog utvides. Dessuten innføres en ny prosedyre som skal bidra til innovasjon – innovasjonspartnerskap. Det åpnes også for at ikke-statlige myndigheter kan kunngjøre konkurranse ved hjelp av en forhåndskunngjøring, som er en enklere måte å kunngjøre på.

Skillet mellom prioriterte tjenester (tjenester som i dag fullt ut er omfattet av direktivets prosedyreregler) og uprioriterte tjenester (tjenester som i dag bare i meget begrenset grad er regulert av direktivet) oppheves. De fleste av dagens uprioriterte tjenester, blant annet helse-, sosial-, kultur- og utdanningstjenester, underlegges egne og mer

fleksible regler enn de tjenestene som fullt ut er omfattet av direktivet. Disse reglene innebærer ikke omfattende prosedyrerekrav, men det stilles visse grunnleggende krav til gjennomsiktighet og likebehandling, inkludert et krav om kunngjøring.

Medlemslandene pålegges å treffe egnede tiltak for å sikre at leverandørene etterlever gjeldende nasjonale og internasjonale regelverk om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i forbindelse med gjennomføring av offentlige kontrakter. Handlingsrommet for å trekke inn slike hensyn på ulike steg i anskaffelsen utvides.

Endelig inneholder direktivet nye bestemmelser om forvaltning av anskaffelsesregelverket. Det skal tilbys gratis informasjon og veiledning om tolkning og anvendelse av regelverket. Videre skal medlemslandene påse at myndighetene eller egnede organer skal kunne kontrollere at anskaffelsesreglene etterleves. Hvis disse kontrollmyndighetene konstaterer spesifikke brudd eller systematiske problemer, skal de kunne rapportere sine funn, for eksempel til nasjonale parlamenter eller ombudsmenn. Medlemslandene skal også hvert tredje år utarbeide en rapport som skal sendes til EU-kommisjonen. Den skal inneholde informasjon om eventuelle strukturelle eller tilbakevendende problemer med anskaffelsesreglene, om små og mellomstore bedrifters deltakelse, korrupsjon m.m. Norge og de andre EFTA-landene skal rapportere til EFTAs overvåkningsorgan. Disse bestemmelsene vil bli gjennomført på annen måte enn ved regulering i lov og forskrift.

### **2.2.3 Direktiv 2014/25/EU om forsyningssektorene**

Nytt direktiv om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og post-tjenester), direktiv 2014/25/EU, ble også vedtatt 26. februar 2014. Departementet vil gjennomføre direktivet i form av en ny forsyningsforskrift, som skal erstatte den gjeldende forsyningsforskriften.

Mange av reglene i forsyningsdirektivet er sammenfallende med anskaffelsesdirektivets regler for klassisk sektor, og endringene som beskrevet i punkt 2.2.2 gjelder langt på vei også for det nye forsyningsdirektivet. Bestemmelsene i forsyningsdirektivet er likevel gjennomgående mer fleksible, og prosedyrereglene er ikke like omfattende og detaljerte. Ikke alle endringene i prosedyrereglene for klassisk sektor er derfor relevante for forsyningssektorene. Det er også gjort noen endringer som er spesifikke for forsyningssektorene.



### 2.2.4 Direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter

I tillegg til anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet ble et direktiv om tildeling av konsesjonskontrakter, direktiv 2014/23/EU, vedtatt 26. februar 2014. Departementet vil gjennomføre direktivet i form av en forskrift om konsesjonskontrakter.

En konsesjonskontrakt er definert som en gjensidig bebyrdende avtale om tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, hvor vederlaget for tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet som skal utføres, enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet eller i en slik rett sammen med betaling. Dette innebærer at driftsrisikoen må være overført til leverandøren, det vil si at leverandøren ikke er garantert å få dekket sine investeringer eller driftskostnader knyttet til gjenstanden for konsesjonskontrakten.

Det gamle anskaffelsesdirektivet fastsetter noen regler for tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner, som i dag er gjennomført i anskaffelsesforskriftens kapittel 24. Tilsvarende regler finnes ikke i forsyningsforskriften.

I dag er det derimot ikke gitt egne prosedyregler for tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter, verken i klassisk sektor eller i forsyningssektorene. EØS-avtalens grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering gjelder likevel ved tildeling av alle slike konsesjonskontrakter som kan påvirke samhandelen i EØS-området.

Det foreligger en rekke avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av begrepet konsesjonskontrakt og hvordan EU-rettens grunnleggende prinsipper skal anvendes på disse kontraktene. Planer om tildeling av kontrakt må offentliggjøres på en slik måte at det er mulig for en aktør i en annen EØS-stat å få tilstrekkelige opplysninger om konsesjonskontrakten før den tildeles, og eventuelt melde sin interesse for oppdraget. Formålet med konsesjonskontraktdirektivet er å klargjøre oppdragsgivers plikter og hindre konkurransevriddning.

Det fremgår av konsesjonskontraktdirektivet at kontraktene er underlagt en kunngjøringsplikt, men ikke like detaljerte prosedyrekrav som i de andre direktivene. EØS-rettens grunnleggende prinsipper og prosessuelle garantier må overholdes. Det er generell adgang til å forhandle med leverandørene. Konsesjonskontraktens varighet skal begrenses til den tid som er nødvendig for leverandøren for å tjene inn sine investeringer med tillegg av en rimelig avkastning.

### 2.2.5 Høring

Departementet sendte 17. mars 2015 forslag til lov- og forskriftsendringer til gjennomføring av de tre nye EU-direktivene på alminnelig høring med høringsfrist 17. juni 2015. Følgende instanser ble bedt om å kommentere forslagene:

Departementene

De regionale helseforetakene  
Fylkesmennene  
Høgskolene i Norge  
Klagenemnda for offentlige anskaffelser  
Likestillings- og diskrimineringsombudet  
Regjeringsadvokaten  
Samtlige direktorater og tilsyn  
Universitetene i Norge

Riksrevisjonen

Kommunene  
Fylkeskommunene

Akademikerne  
Arbeidsgiverforeningen Spekter  
Arkitektbedriftene i Norge  
Bedriftsforbundet  
Den Norske Advokatforening  
Den norske Dommerforening  
Framtiden i våre hender  
Frivillighet Norge  
Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon  
Hovedorganisasjonen Virke  
Ideelt Nettverk  
IKT-Norge  
Initiativ for etisk handel  
Inventura AS  
KS  
Landsorganisasjonen i Norge  
LCC Forum  
Maskinentreprenørenes Forbund  
Miljøstiftelsen Bellona  
Naturvernforbundet  
Norges Kommunerevisorforbund  
Norges Miljøvernforbund  
Næringslivets Hovedorganisasjon  
Rådgivende Ingeniørers Forening  
Transparency International Norge  
Unio  
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund  
ZERO

Høringsinstansene ble bedt om å vurdere foreleggelse for underliggende virksomheter. Organi-

sasjoner, virksomheter og andre som ikke sto på høringslisten kunne også uttale seg.

Departementet mottok hørings svar med realitetsmerknader fra 114 instanser:

Forsvarsdepartementet

Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Kunnskapsdepartementet

Arbeids- og velferdsdirektoratet

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet

Brønnøysundregistrene

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon

Direktoratet for forvaltning og IKT

Forsvarets logistikkorganisasjon

Forsvarsbygg

Havforskningsinstituttet

Helseforetakenes Innkjøpsservice AS, Helse Sør-Øst RHF, Helse Midt-Norge RHF, Helse Vest RHF, Helse Nord RHF og Helse Stavanger HF (felles hørings svar)

Høgskolen i Nord-Trøndelag og Høgskolen i Sør-Trøndelag (felles hørings svar)

Justervesenet

Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Landbruksdirektoratet

Likestillings- og diskrimineringsombudet

Miljødirektoratet

Norad

Norges vassdrag- og energidirektorat

Politiets fellestjenester

Regjeringsadvokaten

Statsbygg

Toll- og avgiftsdirektoratet

Universitetet i Agder

Universitetet i Bergen, Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet, Universitetet i Oslo og UiT Norges arktiske universitet (felles hørings svar)

Utdanningsdirektoratet

Utlendingsdirektoratet

Aust-Agder fylkeskommune

BTV Innkjøp

Hedmark fylkeskommune

Hordaland fylkeskommune

Nordland fylkeskommune

Nord-Trøndelag fylkeskommune

Troms fylkeskommune

Askim kommune

Bergen kommune

Bodø kommune

Drammen kommune

Froland kommune

Gjesdal kommune

GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet

Grimstad kommune

Halden kommune

Haugesund kommune

Innherred samkommune

Kommunene i Valdres

Lillehammer kommune

Lørenskog kommune

Melhus kommune

Oslo kommune

Rådet for funksjonshemmede i Oslo kommune

Rådet for funksjonshemmede i Oslo kommune, bydel Frogner

Sarpsborg kommune

Ski kommune

Steinkjer kommune

Time kommune

Trondheim kommune

Vestnes kommune

Volda kommune

Øvre Eiker kommune

Øvre Romerike Innkjøpssamarbeid

Avinor AS

Innovasjon Norge

NSB AS

Posten Norge AS

Ruter AS

Sporveien Oslo AS

Statnett SF

Abelia

Advokatfirmaet Selmer DA

Arbeidsgiverforeningen Spekter

Arkitektbedriftene i Norge

Borgerrettsstiftelsen Stopp Diskrimineringen

Byggenæringens Landsforening

Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg

Faglig råd for design og håndverk

Faglig råd for elektrofag

Faglig råd for restaurant og matfag

Faglig råd for service og samferdsel

Fairtrade Norge

Fellesorganisasjonen

Forskerforbundet

Forskerinstituttens Fellesarena

Framtiden i våre hender

Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon

Hovedorganisasjonen Virke

Håndverkerforeningenes Forum

Ideelt Nettverk

Initiativ for etisk handel

Inventura AS

KS  
 KS Bedrift  
 Landsorganisasjonen i Norge  
 LCC Forum  
 Maskinentreprenørenes Forbund  
 Miljøstiftelsen Bellona  
 Norges Blindeforbund  
 Norges Byggmesterforbund  
 Norges Taxiforbund  
 Norges Taxiforbund, avdeling Buskerud  
 Norsk Industri  
 Norsk Redaktørforening  
 Norsk Teknologi  
 Norsk Vann  
 Næringslivets Hovedorganisasjon  
 Rådgivende Ingeniørers Forening  
 Samarbeidsrådet for yrkesopplæring  
 Stiftelsen Miljøfyrtårn  
 Stiftelsen Miljømerking  
 Unio  
 Wikborg, Rein og Co. Advokatfirma DA  
 Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund  
 ZERO

Følgende instanser svarte at de ikke har merknader:

Arbeids- og sosialdepartementet  
 Helse- og omsorgsdepartementet  
 Landbruks- og matdepartementet  
 Statens legemiddelverk

Høringssvarene viser at mange høringsinstanser i hovedtrekk er positive til forslaget til et revidert regelverk basert på de nye EU-direktivene. De mener at de nye lovbestemmelsene og forskriftene vil gi større fleksibilitet og redusere de administrative byrdene og således bidra til en reell forbedring. Språket og systematikken i forslaget til revidert regelverk oppfattes også å være mer brukervennlig enn i dag. Samtidig er det enkeltelementer i forslagene som har møtt større motbør. Kapittel 7 nedenfor inneholder en mer detaljert redegjørelse for høringsinnspillene til de nye lovbestemmelsene. En overordnet redegjørelse for hovedtrekkene i forslaget til nye forskrifter er gitt i kapittel 8.

## 2.3 Forenklingsutvalgets forslag til nye nasjonale regler

### 2.3.1 Oppnevning av Forenklingsutvalget

Ved kongelig resolusjon 14. desember 2012 ble det oppnevnt et utvalg (Forenklingsutvalget) som

fikk i oppdrag å vurdere behovet for endringer i den særnorske delen av anskaffelsesregelverket innenfor klassisk sektor. Utvalget fikk følgende sammensetning:

- Inger Roll-Matthiesen, advokat, Oslo (leder)
- Dag Strømsnes, avdelingsdirektør i Direktoratet for forvaltning og IKT, Oslo
- Kurt Richard Brekke, professor ved Norges Handelshøyskole, Bergen
- Gro Amdal, advokat og medlem av Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Stavanger
- Lars Johan Frøyland, logistikk- og innkjøpssjef i Helse Vest RHF, Stavanger
- Nina Ramstad Aatlo, advokat i KS, Oslo
- Arnhild Dordi Gjønnnes, advokat i Næringslivets Hovedorganisasjon, Oslo
- Henrik Renner Fredriksen, advokat i Hovedorganisasjonen Virke, Oslo
- Marianne Breiland, rådgiver i Landsorganisasjonen i Norge, Oslo
- Helmuth Liessem, generalsekretær i Kirkens sosialtjeneste, Bergen

I mars 2013 overtok advokat Kristine Vigander plassen til Nina Ramstad Aatlo på grunn av sykdom.

Sekretariatsfunksjonen ble lagt til Nærings- og fiskeridepartementet (Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet frem til 1. januar 2014) og Direktoratet for forvaltning og IKT. Sekretærer for utvalget var Benedikte Slørdahl Skjærpe (seniorrådgiver i Nærings- og fiskeridepartementet), Christina Paludan Melson (seniorrådgiver i Nærings- og fiskeridepartementet), Arvid Senhaji (rådgiver i Nærings- og fiskeridepartementet), Anders W. Skumsnes (seniorrådgiver i Direktoratet for forvaltning og IKT) og fra august 2013 Carsten Eriksrud (seniorrådgiver i Direktoratet for forvaltning og IKT). Frem til juli 2013 var også Tor-Inge Harbo (seniorrådgiver i Nærings- og fiskeridepartementet) sekretær for utvalget.

### 2.3.2 Utvalgets mandat

Utvalget arbeidet ut fra følgende mandat:

«Utvalget skal vurdere behovet for endring av den særnorske delen av anskaffelsesregelverket som gjelder innenfor klassisk sektor. Dette omfatter anskaffelser som i dag omfattes:

- kun av lov om offentlige anskaffelser (loa).
- av loa og forskrift om offentlige anskaffelser (foa) del I.
- av loa og foa del I og II.

- Av loa og foa del I og IV – forutsatt at anskaffelsene ikke overstiger EØS-terskelverdiene, dvs. plan- og designkonkurranser og bygge- og anleggskontrakter til sosiale formål under EØS-terskelverdiene.

Det presiseres at et viktig mål for arbeidet er å forenkle regelverket.

Utvalget skal:

1. Vurdere behovet for eventuelle grunnleggende lovbestemmelser som skal gjelde for alle anskaffelser. Dette kan for eksempel være grunnleggende krav til konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling mv.
2. Vurdere behovet for eventuelle grunnleggende forskriftsbestemmelser som skal gjelde for alle anskaffelser omfattet av forskriften. Dette kan for eksempel være grunnleggende krav til konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling, samt bestemmelser om protokollplikt, innhenting av skatteattest og HMS-erklæring.
3. Vurdere behovet for, eventuelt omfang av og innhold i særnorske prosedyreregler for offentlige anskaffelser.
4. Dersom det foreslås at vi fortsatt skal ha et særnorsk prosedyreregulativ, vurdere hva som vil være en passende nasjonal terskelverdi. En slik terskelverdi må vurderes opp mot omfanget og innholdet av det foreslåtte særnorske anskaffelsesregulativet.
5. Vurdere hvilke særlige regler som skal gjelde for tjenester som helse- og sosialtjenester og utdanningstjenester mv, som i EU-kommisjonens forslag til nytt anskaffelsesdirektiv foreslås omfattet av et særlig anskaffelsesregime. For anskaffelser av slike tjenester over en viss EØS-terskelverdi foreslår Kommisjonen en kunngjøringsplikt, samtidig som medlemsstatene selv må fastsette passende nasjonale prosedyreregler. Her må utvalget også vurdere om det er behov for nasjonale prosedyreregler for slike anskaffelser under denne EØS-terskelverdien. Utvalgets vurderinger må ta hensyn til de særegne forholdene ved helse- og sosialtjenester, og viktigheten av at kompetente tjenesteleverandører finner det attraktivt å levere sine tjenester til det offentlige.
6. Vurdere i hvilket omfang det er behov for helt å unnta visse anskaffelser fra henholdsvis lov og/eller forskrift. Dette gjelder særlig de anskaffelser som i dag unntas etter

foa § 1-3 (2). Etter dagens regelverk er det en viss usikkerhet knyttet til spørsmålet om i hvilket omfang et unntak fra foa også medfører et unntak fra loa.

Utvalget skal ikke:

- Vurdere anskaffelser for forsyningssektorene.
- Vurdere prosedyreregler for konsesjonskontrakter. Det gjelder både bygge- og anleggs-konsesjoner og tjenestekonsesjoner.
- Vurdere håndhevelsesbestemmelsene. Dette omfatter bestemmelser om søksmål, midlertidig forføyning, suspensjon, sanksjoner, erstatning og tvisteløsningsorgan.
- Vurdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregulativet skal benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn.

#### 5. Lov/forskriftsforslag

Utvalget skal fremme et fullstendig forslag til lov- og forskriftsbestemmelser som gjennomfører utvalgets prinsipale forslag til endringer av den særnorske delen av anskaffelsesregulativet.

Utvalget skal også skissere rammene for et særnorsk regelverk som innebærer henholdsvis:

1. En videreføring av dagens særnorske regelverk med detaljerte prosedyreregler, men med de justeringer som foreslås i revidert anskaffelsesdirektiv og eventuelle forslag til forenklinger innenfor disse rammene.
2. En minimums variant som innholdsmessig er begrenset til de krav og prosedyreregler som er nødvendige for å oppfylle kravene etter EØS-avtalen og formålet med regelverket slik dette i dag er nedfelt i anskaffelsesloven.

Utvalget må i sitt arbeid ta høyde for generelle EØS-rettslige rammebetingelser, samt det regelverksarbeidet som pågår på anskaffelsesområdet i EU, nærmere bestemt direktivforslaget fra Kommisjonen: KOM(2011)896 av 20.12.2011. Direktivet ventes ferdigstilt ved utgangen av 2012. Det er i denne sammenhengen særlig verdt å merke seg at Kommisjonen foreslår å oppheve skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester.

[...]

10. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalget må utrede de økonomiske og administrative konsekvensene av sine forslag.»

### 2.3.3 Utvalgets utredning

Forenklingsutvalget la frem sin utredning 10. juni 2014. Utredningen er trykket som NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser.

I utredningen la utvalget frem et samlet forslag til ny og forenklet del II i anskaffelsesforskriften, det vil si reglene som gjelder for anskaffelser som overstiger den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner, men ikke EØS-terskelverdiene. I tillegg foreslo utvalget enkelte endringer i de generelle reglene i anskaffelsesloven og i anskaffelsesforskriftens del I, som gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av deres verdi.

Utvalget foreslo ikke endringer i anskaffelsesforskriftens del III, det vil si reglene som gjelder for anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene, selv om også denne delen inneholder særnorske regler. Utvalget forutsatte imidlertid at endringsforslag som må anses relevante for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, bør vurderes innført også i forskriftens del III.

Videre la Forenklingsutvalget i henhold til mandatet frem forslag til hvordan anskaffelsesdirektivets nye og svært fleksible regler om anskaffelser av helse- og sosialtjenester og en rekke andre særlige tjenester bør gjennomføres i norsk rett, jf. NOU 2014: 4 kapittel 27. Utvalgets anbefaling var at disse anskaffelsene underlegges de samme reglene som utvalget har foreslått for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, det vil si forslaget til ny del II i anskaffelsesforskriften.

I tillegg foreslo utvalget på uttrykkelig oppfordring i mandatet et alternativt regelsett for anskaffelser som ikke overstiger EØS-terskelverdiene – et «minimumsregelverk» som ikke oppstiller flere krav og prosedyreregler enn dem som er nødvendige for å oppfylle kravene i EØS-avtalen og formålet med anskaffelsesregelverket, jf. NOU 2014: 4 kapittel 28. Utvalget var imidlertid i tvil om norske oppdragsgivere generelt er kompetanse- og ressursmessig beredt til å ivareta ansvaret og fleksibiliteten som ligger i å gjennomføre anskaffelser basert på et minimumsregelverk. Utvalget foreslo derfor at et minimumsregelverk testes ut i form av et prøveprosjekt for utvalgte oppdragsgivere.

Som følge av at mandatet var uttrykkelig avgrenset mot forsyningssektorene og konsesjonskontrakter, foreslo ikke utvalget nasjonale regler på disse områdene. I tråd med mandatet

vurderte utvalget heller ikke endringer i reglene om håndhevelse.

Ved flere av forslagene delte utvalget seg i et flertall og mindretall. Utvalgets flertall foreslo gjennomgående regler som går lenger i å gi oppdragsgiver fleksibilitet og skjønn ved gjennomføringen av konkurranser. Mindretallet fremhevet i sine dissenser særlig behovet for klare og forutsigbare regler for leverandørene, og at forenkling ikke nødvendigvis innebærer å oppheve regler eller overlate mer skjønn til oppdragsgiverne. I tillegg understreket mindretallet behovet for å benytte anskaffelsesregelverket til å ivareta samfunnshensyn utover de rent anskaffelsesfaglige.

### 2.3.4 Høring

Departementet sendte NOU 2014: 4 på høring 20. juni 2014 med høringsfrist 31. oktober 2014. Følgende instanser ble oppfordret til avgi høringsvar:

Departementene

De regionale helseforetakene  
Fylkesmennene  
Klagenemnda for offentlige anskaffelser  
Regjeringsadvokaten  
Samtlige direktorater og tilsyn

Riksrevisjonen

Fylkeskommunene  
Kommunene

Akademikerne  
Arbeidsgiverforeningen Spekter  
Bedriftsforbundet  
Den Norske Advokatforening  
Den norske Dommerforening  
Hovedorganisasjonen Virke  
KS  
Landsorganisasjonen i Norge  
Maskinentreprenørenes Forbund  
Norges Kommunerevisorforbund  
Næringslivets Hovedorganisasjon  
Rådgivende Ingeniørers Forening  
Unio  
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund

Departementet mottok høringssvar med realitetsmerknader fra 200 høringsinstanser:

Arbeids- og sosialdepartementet  
Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet

Forsvarsdepartementet	Norges vassdrags- og energidirektorat
Justis- og beredskapsdepartementet	Oslo politidistrikt
Kommunal- og moderniseringsdepartementet	Oslo Universitetssykehus HF
Kulturdepartementet	Patentstyret
Kunnskapsdepartementet	Petroleumstilsynet
Landbruks- og matdepartementet	Politidirektoratet
Olje- og energidepartementet	Politiets fellestjenester
Samferdselsdepartementet	Regjeringsadvokaten
Utenriksdepartementet	Riksantikvaren
Arbeids- og velferdsdirektoratet	Sjøfartsdirektoratet
Arbeidstilsynet	Statens jernbanetilsyn
Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet	Statens vegvesen
Brønnøysundregistrene	Statsbygg
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon	Universitetet i Agder
Direktoratet for forvaltning og IKT	Universitetet i Oslo, Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet, UiT Norges arktiske universitet, Universitetet i Bergen (felles hørings-svar)
Direktoratet for nødkommunikasjon	Utlendingsdirektoratet
Direktoratet for økonomistyring	Økokrim
Finanstilsynet	
Folketrygdfondet	
Forsvarets logistikkorganisasjon	Riksrevisjonen
Forsvarsbygg	
Fylkesmannen i Oppland	Akershus fylkeskommune
Fylkesmannen i Rogaland	Aust-Agder fylkeskommune
Fylkesmannen i Sogn og Fjordane	Hedmark fylkeskommune
Havforskningsinstituttet	Hordaland fylkeskommune
Helse Nord RHF	Nordland fylkeskommune
Helse Sør-Øst RHF	Nord-Trøndelag fylkeskommune
Helse Vest RHF	Oppland fylkeskommune
Husbanken	Sør-Trøndelag fylkeskommune
Høgskolen i Buskerud og Vestfold	Troms fylkeskommune
Høgskolen i Gjøvik	Vest-Agder fylkeskommune
Høgskolen i Oslo og Akershus	Østfold fylkeskommune
Integrerings- og mangfoldsdirektoratet	
Jernbaneverket	Asker kommune
Justervesenet	Aurskog-Høland kommune
Klagenemnda for offentlige anskaffelser	Bergen kommune
Kommunalbanken Norge	Bodø kommune
Konkurransetilsynet	Bærum kommune
Landbruksdirektoratet	Gjesdal kommune
Legemiddelinnkjøpssamarbeid	GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet
Likestillings- og diskrimineringsombudet	Halden kommune
Lotteri- og stiftelsestilsynet	Hareid kommune
Mattilsynet	Haugesund kommune
Meteorologisk institutt	Kommunene i Valdres
Miljødirektoratet	Kongsberg kommune
Nasjonalbiblioteket	Kristiansand kommune
Nasjonal folkehelseinstitutt	Levanger kommune
Norad	Marnardal kommune
Norges forskningsråd	Moss kommune
Norges idrettshøgskole	Nittedal kommune
Norges musikkhøgskole, Arkitektur- og designhøgskolen, Kunsthøgskolen i Oslo (felles hørings-svar)	Nordmøre interkommunale innkjøpssamarbeid
	Os kommune
	Oslo kommune

Rælingen kommune	Georg Andresen & Sønner AS
Rådet for funksjonshemmede i Oslo kommune	Hersleth Entreprenør AS
Rådet for funksjonshemmede i Oslo kommune, bydel Frogner	Hovedorganisasjonen Virke
Sandefjord kommune	Ideelt Nettverk
Sarpsborg kommune	IKT-Norge
Ski kommune	Initiativ for etisk handel
Stavanger kommune	Innkjøpskontoret AS
Steinkjer kommune	Innspill fra medlemmer av Initiativ for etisk handel
Sørum kommune	Inventum Tre og Stål AS
Time kommune	Inventura AS
Trondheim kommune	KS
Vestfold offentlige innkjøpssamarbeid	Kontur AS
Øvre Romerike Innkjøpssamarbeid	Kruse Smith Entreprenører AS
Innovasjon Norge	Lab Norge
Omsorgsbygg Oslo KF	Landsorganisasjonen i Norge
Aberia Healthcare AS	Lasse Simonsen
Adecco Norge	LCC Forum
Advokatfirma DLA Piper Norway DA	Malermesteren AS
Advokatfirmaet Grette DA	Maskinentreprenørenes Forbund
Akademikerne	Mercell Holding AS
Arbeidsgiverforeningen Spekter	Miljøstiftelsen Bellona
Arkitektbedriftene i Norge	Mint Renhold AS
Arkitektbedriftene i Norge, Byggenæringens Landsforening, Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg, Maskinentreprenørenes Forbund, Norsk Teknologi og Rådgivende Ingeniørers Forening (felles høringssvar)	Naturvernforbundet
Beate Sjøfjell og Anja Wiesbrock (felles høringssvar)	NHO Service
Bedriftsforbundet	NHO Sjøfart og NHO Transport (felles høringssvar)
Bergens Næringsråd	Nordnorske Entreprenørers Serviceorganisasjon SA
Betongelementforeningen	Norges bygg- og eiendomsforening
Blå Kors Norge	Norges Kommunerevisorforbund
Borgerrettsstiftelsen Stopp Diskrimineringen	Norges Miljøvernforbund
Bransjeorganisasjonen for helse- og velferdsteknologi LFH	Norsk Gjenvinning Norge AS
BRG Entreprenør AS	Norsk Industri
Byggebransjens Faglig Juridiske Råd	Norsk Teknologi
Byggenæringens Landsforening	Norsk tolkeforening
Byggevareindustriens Forening	Norsk Varmepumpeforening
Christie & Opsahl AS	Næringslivets Hovedorganisasjon
Den Norske Advokatforening	Offinn AS
Entreprenørcompagniet Sør AS	Oslo Håndverks- og Industriforening
Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg	Rådgivende Ingeniørers Forening
Forskningsinstituttens Fellesarena	Simarud Electronic AS
Framtiden i våre hender	SpareBank 1 SR-Bank
Franzefoss Gjenvinning AS	Staples Norway AS
Frivillighet Norge	Steria AS
Funka Nu AB	Stiftelsen Miljøfyrtårn og Stiftelsen Miljømerking (felles høringssvar)
Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon	Sweco Norge AS
Gassnova SF	Syljuåsen AS
	Synshemmede Akademikere
	Transparency International Norge
	Tømrmestrene Bogen og Mathisen AS
	Unio
	Veidekke ASA
	ZERO

Følgende høringsinstanser svarte at de ikke har merknader:

Helse- og omsorgsdepartementet  
Norsk Filminstitutt  
Statens Legemiddelverk

Høringssvarene viser at nær sagt alle høringsinstansene er positive til en forenkling av de særnorske anskaffelsesreglene. Imidlertid spriker oppfatningene om hvilke grep som faktisk innebærer forenkling, jf. nærmere om dette i kapittel 5. På overordnet nivå har de fleste oppdragsgivere gitt uttrykk for klar støtte til utvalgsflertallets forslag. Etter deres oppfatning vil en reduksjon i antallet prosedyreregler og en utvidelse av oppdragsgivers fleksibilitet gi bedre og mer effektive anskaffelser. På den annen side har hovedvekten av leverandører gjennomgående sluttet seg til mindretallets dissenser. Disse høringsinstansene er opptatt av å sikre forutsigbarheten til leverandørmarkedet og mener at et forkortet regelverk ikke nødvendigvis innebærer forenkling. En rekke høringsinstanser har også uttalt seg om ivaretagelsen av forskjellige samfunnshensyn i anskaffelsesregelverket.

En nærmere redegjørelse for høringsinnspillene til nye lovbestemmelser er gitt i kapittel 7, mens hovedtrekkene i forslaget til nye forskrifter er gitt i kapittel 8.

## **2.4 Endringer i håndhevelsesreglene**

### **2.4.1 Historikk**

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) ble etablert 1. januar 2003. Formålet var å tilby en rask og rimelig klagemulighet på et lavere konfliktnivå enn ved domstolene. KOFAs rolle var kun å gi rådgivende uttalelser, både i saker om ulovlige anskaffelser og i saker om andre regelbrudd. I årene etter etableringen av KOFA ble det imidlertid avdekket en rekke ulovlige direkte anskaffelser, blant annet gjennom Riksrevisjonens rapporter. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med anskaffelsesregelverket ikke har kunngjort en konkurranse. Dette regnes som et særlig grovt brudd på regelverket. For å sikre bedre etterlevelse av anskaffelsesregelverket fikk KOFA med virkning fra 1. januar 2007 myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Med dette ble KOFAs uttalelser i disse sakene rettslig bindende.

Gjennomføringen av EUs siste håndhevelsesdirektiv om offentlige anskaffelser (direktiv 2007/66/EF) medførte imidlertid grunnleggende endringer i håndhevelsesystemet i Norge. Formålet med direktivet var todelt. For det første skulle det forbedre leverandørenes rettssikkerhet ved å legge til rette for tvisteløsning før kontrakt inngås. For det andre skulle det styrke håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser. Det ble innført nye sanksjoner som innebærer at en kontrakt kan bli kjent uten virkning, at kontraktens løpetid kan bli avkortet, og at oppdragsgiver kan bli ilagt et overtredelsesgebyr.

I tråd med anbefalinger fra Håndhevelsesutvalget i NOU 2010: 2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser, besluttet lovgiver å legge de nye sanksjonene til domstolene. Med virkning fra 1. juli 2012 mistet KOFA kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr fordi ordningen ble ansett vanskelig å forene med de nye sanksjonene etter direktivet.

### **2.4.2 Behovet for endringer**

Etter gjeldende rett er det fortsatt mulig å klage på ulovlige direkte anskaffelser til KOFA. Nemndas kompetanse er imidlertid begrenset til å avgi rådgivende uttalelser om det har skjedd et regelbrudd eller ikke. Domstolsbehandling krever at den som reiser sak, har rettslig interesse i henhold til de alminnelige reglene i tvisteloven. Håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser er derfor avhengig av søksmål fra leverandørsiden.

I perioden KOFA hadde kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr (1. januar 2007 til 1. juli 2012), kom det inn om lag 350 saker med påstand om ulovlige direkte anskaffelser. Nemnda ila gebyr i 81 saker, med en samlet verdi på over 100 millioner kroner. Domstolene spilte en meget begrenset rolle i denne typen saker i perioden siden nemndas overtredelsesgebyr var den mest effektive sanksjonsmåten.

I de tre årene som har gått siden KOFA mistet gebyrkompetansen og domstolene overtok håndhevelsen, er departementet kjent med bare to rettssaker hvor en leverandør har fremmet krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven.<sup>1</sup> I samme periode har KOFA mottatt 45 klager på ulovlige direkte anskaffelser, sammenlignet med 88 klager i 2011 og 113 klager i 2010. Selv om det ikke er et mål i seg selv å få inn så mange klager som mulig,

<sup>1</sup> Hålogaland lagmannsretts dom av 20. mars 2015 (LH-2014-189202) og Gjøvik tingretts dom av 26. mars 2015 (TGJOV-2014-186866).



tilsier disse tallene at en del ulovlige anskaffelser verken finner veien til KOFA eller domstolene. Det ser derfor ut som om endringene etter gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet ikke har oppfylt sitt mål, og at håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser rent faktisk er svekket.

For å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser så departementet behov for endringer i håndhevelsesreglene, både i anskaffelsesloven, anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften og forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Departementet sendte derfor på høring forslag til lovendringer som gir nemnda kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr og til å bringe saker inn for domstolene ved søksmål. Punkt 7.8.2 inneholder en mer detaljert redegjørelse for departementets høringsforslag.

### 2.4.3 Høring

Ovennevnte forslag ble sendt på høring 14. april 2015 med høringsfrist 14. august 2015. Følgende instanser ble bedt om å kommentere forslagene:

Departementene

De regionale helseforetakene  
Fylkesmennene  
Klagenemnda for offentlige anskaffelser  
Regjeringsadvokaten  
Samtlige direktorater og tilsyn

Fylkeskommunene  
Kommunene

Riksrevisjonen

Arkitektbedriftene i Norge  
Bedriftsforbundet  
Den Norske Advokatforening  
Den norske Dommerforening  
Framtiden i våre hender  
Hovedorganisasjonen Virke  
IKT-Norge  
KS  
Landsorganisasjonen i Norge  
Leverandørforeningen for Helsesektoren  
Maskinentreprenørenes Forbund  
Naturvernforbundet  
Norges Autoriserte Regnskapsføreres Forening  
Norges Kommunerevisorforbund  
Norges Miljøvernforbund  
Norges Taxiforbund  
Norsk Forbund for Innkjøp og Logistikk  
Norsk Presseforbund

Næringslivets Hovedorganisasjon  
Rådgivende Ingeniørers Forening  
Transparency International Norge  
Transportbedriftenes Landsforening  
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund

Høringsinstansene ble bedt om å vurdere foreleggelse for underliggende virksomheter. Organisasjoner, virksomheter og andre som ikke sto på høringslisten, kunne også uttale seg.

Departementet mottok 60 hørings svar med realitetsmerknader:

Justis- og beredskapsdepartementet  
Klima- og miljødepartementet  
Kunnskapsdepartementet  
Samferdselsdepartementet

Arbeids- og velferdsdirektoratet  
Direktoratet for forvaltning og IKT  
Direktoratet for økonomistyring  
Helse Nord RHF  
Jernbaneverket  
Justervesenet  
Klagenemnda for offentlige anskaffelser  
Landbruksdirektoratet  
Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet  
Politiets fellestjenester  
Regjeringsadvokaten  
Statens pensjonskasse  
Statens vegvesen  
Statsbygg  
UiT Norges arktiske universitet  
Universitetet i Bergen  
Utdanningsdirektoratet  
Utlendingsdirektoratet  
Utlendingsnemnda

Nordland fylkeskommune  
Troms fylkeskommune

Askim kommune  
Bergen kommune  
Fitjar kommune  
Gjesdal kommune  
GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet  
Grimstad kommune  
Halden kommune  
Oslo kommune  
Ski kommune  
Skånland kommune  
Time kommune  
Trondheim kommune  
Vefsn kommune  
Øvre Eiker kommune

Øvre Romerike Innkjøpssamarbeid

Arkitektbedriftene i Norge

Avfall Norge

Byggenæringens Landsforening

Demokratene Askøy

Den Norske Advokatforening

Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg

Hovedorganisasjonen Virke

Kristoffer Niemi-Olsen

KS

KS Bedrift

Landsorganisasjonen i Norge

Maskinentreprenørenes Forbund

Norges Kommunerevisorforbund

Norges Miljøvernforbund

Norges Taxiforbund

Norsk Industri

Norsk Teknologi

Næringslivets Hovedorganisasjon

Rådgivende Ingeniørers Forening

Tore Wilken Nitter Walaker

Høringsinnspillene viser at både leverandørsiden og oppdragsgiversiden i hovedtrekk er positive til forslaget om å gjeninnføre KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Forslaget om gi KOFA søksmålskompetanse har derimot vært mer kontroversielt. Flere uttrykker bekymring for å ilegge nemnda nye arbeidsoppgaver dersom dette vil gå på bekostning av saksbehandlingstiden i de rådgivende sakene. Punkt 7.8.3 inneholder en mer detaljert redegjørelse for høringsinnspillene til håndhevelsesreglene.

### 3 Gjeldende regelverk om offentlige anskaffelser

Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) er en overordnet rammelov på kun 17 paragrafer som først og fremst inneholder bestemmelser om formålet med anskaffelsesregelverket, virkeområdet, grunnleggende krav som gjelder for alle offentlige anskaffelser, krav om ivaretagelse av ulike samfunnshensyn og håndhevelse. Øvrig regulering skjer i forskrifter, blant annet en detaljert regulering av hvilke prosedyrer som skal følges ved gjennomføringen av konkurranser om offentlige kontrakter. Dette betyr at det i realiteten er forskriftene som viser reguleringen av området, og det er primært forskriftene som brukerne av regelverket må forholde seg til.

De sentrale forskriftene til anskaffelsesloven er:

- Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) som regulerer anskaffelser i den såkalte klassiske sektor, det vil si de fleste offentlige oppdragsgivere.
- Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) (forsyningsforskriften).
- Forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Forskriften forvaltes av Forsvarsdepartementet, som også har vedtatt et eget anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF) som en intern instruks.
- Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Forskriften forvaltes av Arbeids- og sosialdepartementet og gjennomfører ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter i norsk rett.
- Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Forskriften fastsetter regler om oppbygningen av og saksbehandlingen i KOFA.

Det gjeldende anskaffelsesregelverket er en kombinasjon av EØS-rett og nasjonal rett. Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å regulere offentlige anskaffelser av varer, tjenester og

bygge- og anleggsarbeider over angitte EØS-terskelverdier. Reglene er nedfelt i direktiv 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet) som er gjennomført i anskaffelsesforskriften, direktiv 2004/17/EF (forsyningsdirektivet) som er gjennomført dels i forsyningsforskriften, dels i anskaffelsesforskriften, og direktiv 2009/81/EF (forsvars- og sikkerhetsdirektivet) som er gjennomført i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. I tillegg er direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet) gjennomført i anskaffelsesloven og forskriftene. Hovedstammen i regelverket er altså av EØS-rettslig opprinnelse.

Ved utforming av forskriftene har norsk lovgiver gått bort fra tidligere teknikk med ordrett innlemming av EU-direktivene, og heller søkt å gjennomføre reglene materielt og retts teknisk på en helhetlig og oversiktlig måte i tråd med norsk rettstradisjon.

I tillegg til å gjennomføre EØS-rett har lovgiver funnet det hensiktsmessig å vedta utfyllende særnorske regler. Dette gjelder særlig for klassisk sektor. Dels er det tale om mer detaljert regulering på flere felter, dels er det innført kunngjøringsplikt og prosedyreregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for visse tjenester som ikke er omfattet av direktivenes detaljerte prosedyreregler (såkalte uprioriterte tjenester). Den nasjonale kunngjøringsplikten gjelder for kontrakter med verdi over 500 000 kroner. I forsyningsforskriften og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er den nasjonale reguleringen av anskaffelser under EØS-terskelverdiene begrenset.

Sondringen mellom EØS-baserte regler og nasjonale regler er rettskildemessig viktig. EØS-baserte regler skal tolkes i tråd med EØS-retten og utviklingen av denne, inkludert rettspraksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen. De har også en annen status, med krav på forrang fremfor annen norsk rett så langt dette følger av EØS-loven § 2.

En og samme lov- eller forskriftsbestemmelse kan inneholde elementer av både EØS-rett og nasjonalt utformet rett, og det er ikke alltid enkelt å vite nøyaktig hvor grensen går. I den daglige

anvendelsen av regelverket har sontringen mellom EØS-baserte regler og nasjonale regler liten betydning. Når regelverket skal revideres, er det imidlertid viktig å være oppmerksom på skillet for

å vite hvilket handlingsrom norsk lovgiver har til selv å utvikle rettsområdet innenfor de rammer EØS-retten setter.

## 4 Anskaffelsesregelverket i andre nordiske land

### 4.1 Sverige

#### 4.1.1 Gjeldende rett

I Sverige reguleres offentlige anskaffelser av lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) og lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter og posttjänster (LUF). De to lovene trådte i kraft 1. januar 2008 og avløste den tidligere lagen om offentlig upphandling fra 1992. I tillegg kommer lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, som trådte i kraft 1. november 2011.

LOU og LUF gjennomfører det gamle anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) og det gamle forsyningsdirektivet (direktiv 2004/17/EF) i svensk rett. De inneholder en detaljert regulering av anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene, i tråd med direktivenes krav.

De to lovene gjelder også for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester. Disse anskaffelsene er imidlertid underlagt egne regler i henholdsvis LOU 15 kapittel og LUF 15 kapittel.

I LOU 15 kapittel er det gitt drøyt 20 paragrafer, og reglene er enklere og mer fleksible enn over EØS-terskelverdiene. Like fullt må reguleringen sies å være nokså detaljert; det er fastsatte regler om blant annet kunngjøring, anskaffelsesprosedyrer, kommunikasjon, frister, avvisning, tildelingskriterier og krav til begrunnelse. Dessuten henviser flere av bestemmelsene til regler som gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Såkalt «direktupphandling» – direkte anskaffelse uten kunngjøring av konkurranse på forhånd – er tillatt dersom anskaffelsens verdi ikke overstiger 28 prosent av EØS-terskelverdien for anskaffelser av varer og tjenester. I dag tilsvarende dette en grense på 505 800 SEK. Frem til 1. juli 2014 gikk grensen ved 15 prosent av EØS-terskelverdien. I tillegg er «direktupphandling» tillatt i enkelte andre tilfeller, blant annet hvis det foreligger særlige forhold («synnerliga skäl»).

I forsyningssektorene er reguleringen av anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester den samme som i klassisk sektor.

Her er imidlertid grensen for «direktupphandling» ved 26 prosent av EØS-terskelverdien for anskaffelser av varer og tjenester, noe som i dag utgjør 939 342 SEK.

For øvrig har den svenske regjeringen besluttet at dagens terskelverdier for «direktupphandling» skal vurderes etter tre år, dvs. etter 1. juli 2017, med henblikk på hvordan reguleringen påvirker transaksjonskostnadene for både oppdragsgivere og leverandører.

LOU og LUF gjennomfører i tillegg håndhevelsesdirektivet (direktiv 2007/66/EF) i svensk rett. Håndhevelsesreglene gjelder tilsvarende for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester, både i klassisk sektor og forsyningssektorene.

Håndhevelsen skjer i hovedsak for forvaltningsdomstolene. Leverandører som mener det har skjedd feil i en anskaffelsesprosess, må således reise sak for den lokale forvaltningsrätten. Förvaltningsrättens avgjørelse kan ankes til kamarrätten og i siste instans Högsta förvaltningsdomstolen. Søksmål med krav om erstatning må reises for de alminnelige domstolene.

I tillegg til håndhevelsen for domstolene fører Konkurrensverket (det svenske konkurransetilsynet) tilsyn med anskaffelsesregelverket. Konkurrensverket agerer både på eget initiativ og etter tips. Det kan påpeke overtredelser av regelverket, men har ikke kompetanse til å ilegge sanksjoner eller mekle i tvister.

Ved gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet i svensk rett ble Konkurrensverket tillagt en særlig oppgave i forbindelse med ileggelse av overtredelsesgebyr («upphandlingsskadeavgift»). I tilfeller hvor forvaltningsdomstolene ikke kjenner en kontrakt uten virkning, til tross for at det er påvist et brudd på regelverket, skal oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr. Det er bare Konkurrensverket som har kompetanse til å anlegge sak for domstolene med påstand om ileggelse av slikt gebyr. Hvis en forvaltningsdomstol har unnlatt å kjenne en kontrakt uten virkning på grunn av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, har Konkurrensverket sågar plikt til å reise sak om overtredelsesgebyr. Ved

ulovlige direkte anskaffelser har Konkurrenceverket også hjemmel til å reise sak om overtredelsesgebyr på eget initiativ.

#### 4.1.2 Gjennomføring av de nye anskaffelsesdirektivene

Den svenske regjeringen fremmet 4. juni 2015 lovforslag om nye anskaffelsesregler for Lagrådet («lagrådsremiss»). Lovforslaget inneholder forslag til ny lag om offentlig opphandling, ny lag om opphandling inom försörjningssektorerna og en lag om opphandling av koncessioner. Lovforslaget gjennomfører i all hovedsak de tre nye anskaffelsesdirektivene.

Lovforslaget inneholder ikke forslag til endringer i reglene om anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Det er bare foreslått justeringer i regler som påvirkes av endringer som gjøres over EØS-terskelverdiene i forbindelse med gjennomføringen av de nye direktivene, blant annet direktivenes nye regler om kommunikasjon. I den nye loven om konsesjonskontrakter er det foreslått regler om kontrakter under EØS-terskelverdiene. Disse reglene er enklere og mer fleksible enn direktivets regler. I hovedsak dreier det seg om plikt til kunngjøring, dokumentasjon og begrunnelse. Det er også foreslått å tillate «direkt opphandling» for konsesjonskontrakter som ikke overstiger fem prosent av EØS-terskelverdien for konsesjonskontrakter, det vil si rundt 2,4 millioner SEK. Reglene i håndhevelsesdirektivet er foreslått å gjelde også for konsesjonskontrakter under EØS-terskelverdiene.

Det fremgår av lovforslaget at offentlige oppdragsgivere bør ivareta miljøhensyn og sosiale hensyn i forbindelse med offentlige anskaffelser når anskaffelsens art tilsier dette. Ut over dette har den svenske regjeringen foreløpig ikke fremmet forslag til regulering av ivaretagelse av slike hensyn i offentlige anskaffelser, men har anbefalt at dette behandles senere i påvente av nærmere utredning. Det vil bli fremmet en egen proposisjon med forslag til gjennomføring av direktivbestemmelser som regulerer ansvar for å sikre at leverandørene etterlever gjeldende nasjonale og internasjonale regelverk om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i forbindelse med gjennomføring av offentlige kontrakter. En delutredning som inngår i dette lovarbeidet, er allerede gjennomført, jf. SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

De tre nye anskaffelseslovene er foreslått å tre i kraft 1. april 2016.

## 4.2 Danmark

Det danske anskaffelsesregelverket er nylig blitt revidert i forbindelse med gjennomføringen av de tre nye anskaffelsesdirektivene i dansk rett.

Anskaffelser over EØS-terskelverdiene i klassisk sektor er regulert av den nye udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015). Loven trådte i kraft 1. januar 2016 og erstatter den tidligere forskrift som inkorporerte det gamle anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) i dansk rett. Det nye anskaffelsesdirektivet er i motsetning til det gamle gjennomført materielt og retts teknisk i tråd med dansk rettstradisjon i udbudsloven.

Anskaffelser over EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene reguleres av en forskrift som gjennomfører det nye forsyningsdirektivet i dansk rett (bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester). Forskriften avløser en tidligere forskrift som inkorporerte det gamle forsyningsdirektivet (direktiv 2004/17/EF) i dansk rett. Det nye konsesjonskontrakt direktivet er gjennomført på samme måte (bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015 om tildeling av konsesjonskontrakter). Til forskjell fra anskaffelsesdirektivet er forsyningsdirektivet og konsesjonskontrakt direktivet inkorporert direkte i dansk rett gjennom de to forskriftene. Forskriftene trådte i kraft samtidig med udbudsloven.

Under EØS-terskelverdiene er reguleringen forskjellig for henholdsvis bygge- og anleggskontrakter og vare- og tjenestekontrakter.

Bygge- og anleggskontrakter under EØS-terskelverdiene reguleres av tilbudsloven fra 2005 (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren). Reglene gjelder for anskaffelser i både klassisk sektor og forsyningssektorene, og også for private aktører som mottar offentlig støtte til anskaffelsen. Tilbudsloven inneholder 15 paragrafer og gir oppdragsgiver mer fleksibilitet og et større rom for skjønn sammenlignet med EU-direktivene. Hovedregelen er at tilbud skal innhentes ved «licitation». Dette er en prosedyreform som minner om konkurranse med forhandling, men hvor oppdragsgiver bestemmer seg for om det skal gjennomføres forhandlinger, først etter at tilbudene er levert. De fleste av lovens øvrige regler gjelder licitationsprosedyren, inkludert regler om kunngjøring, frister, tildelingskriterier, forhandlinger og begrunnelse.

Ved anskaffelser under 3 millioner DKK og i enkelte unntakstilfeller har oppdragsgiver adgang til å innhente «underhåndsbud», som i praksis

innebærer at oppdragsgiver tar direkte kontakt med potensielle leverandører for å innhente tilbud. Oppdragsgiver kan ikke innhente flere enn tre, eventuelt fire, tilbud. Hensikten er å forhindre unødvendig ressursbruk ved de mindre anskaffelsene. For å sikre konkurranse har imidlertid oppdragsgiver plikt til å innhente minst to tilbud ved anskaffelser som overstiger 300 000 DKK. For øvrig reguleres tilbudsinnhentingen bare av grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper.

Vare- og tjenstekontrakter under EØS-terskelverdiene reguleres av udbudsloven. Loven skiller mellom kontrakter som har en klar grenseoverskridende interesse, og kontrakter som ikke har det.

Lovens kapittel fire gjelder for kontrakter som har en klar grenseoverskridende interesse. Over to korte paragrafer er oppdragsgiver pålagt en kunngjøringsplikt, en plikt til å opplyse om tildelingsprosedyren, en begrunnelsesplikt og en plikt til å overholde de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. På denne måten er den enkelte oppdragsgiver gitt meget stor frihet ved gjennomføringen av slike vare- og tjensteanskaffelser – ikke bare sammenlignet med anskaffelsesdirektivenes regler, men også med udbudslovens regler.

Kontrakter som ikke har en klar grenseoverskridende interesse, er underlagt lovens kapittel fem. Disse reglene gir ytterligere fleksibilitet. I stedet for en kunngjøringsplikt skal oppdragsgiver bare sikre at anskaffelsene gjennomføres på markedsmessige vilkår. Det kan oppdragsgiver gjøre for eksempel ved å undersøke markedet før han innhenter et tilbud, ved å innhente to eller flere tilbud eller ved å foreta en kunngjøring på egne nettsider eller i samsvar med reglene som gjelder for kontrakter med en klar grenseoverskridende interesse. Hvis oppdragsgiver velger å innhente flere enn tre tilbud, skal dette begrunnes. For øvrig skal oppdragsgiver opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper om saklighet, økonomisk forsvarlig forvaltning, forbudet mot utenforliggende hensyn, likebehandlingsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet. Med dette stilles det små krav til hvordan oppdragsgiver velger å gjennomføre den enkelte anskaffelse. Tidligere var disse kontraktene underlagt en kunngjøringsplikt på lik linje med kontrakter som har en klar grenseoverskridende interesse. Når det med udbudsloven har skjedd en oppmykning av oppdragsgivers plikter, er formålet å forenkle gjennomføringen av de mindre anskaffelsene og redusere transaksjonskostnadene for både oppdragsgivere og leverandører.

Vare- og tjenstekontrakter under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene og konsesjonskontrakter under EØS-terskelverdiene er ikke lovregulert i dansk rett. Dersom slike anskaffelser har en klar grenseoverskridende interesse, gjelder imidlertid EU-rettens grunnleggende prinsipper. Dessuten må oppdragsgivere i offentlig forvaltning overholde grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper.

Udbudsloven og tilbudsloven inneholder bare prosedyreregler. De inneholder ikke materielle regler, for eksempel om hvilke miljøhensyn eller sosiale hensyn som skal ivaretas. Disse spørsmålene er overlatt til de respektive fagdepartementene. Det innebærer at dansk lovgiver heller ikke har innført uttrykkelige regler som gjennomfører de nye direktivbestemmelsene som pålegger medlemslandene å treffe egnede tiltak for å sikre at leverandørene etterlever gjeldende nasjonale og internasjonale regelverk om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i forbindelse med gjennomføringen av offentlige kontrakter. Beskæftigelsesministeriet vedtok imidlertid en instruks i 2014 som pålegger statlige myndigheter å sikre arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med tariffavtaler. Denne instruksen gjennomfører ILO-konvensjon nr. 94 i dansk rett.

Håndhevelsesdirektivet (direktiv 2007/66/EF) er gjennomført i dansk rett ved klagenævnetsloven (lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud.). Reglene gjelder for anskaffelser både over og under EØS-terskelverdiene i så vel klassisk sektor som forsyningssektorene. Vare- og tjenstekontrakter under EØS-terskelverdien som ikke har en klar grenseoverskridende interesse, er imidlertid unntatt fra håndhevelsesreglene.

Håndhevelsen skjer enten for de alminnelige domstolene eller for Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet er et uavhengig klageorgan med kompetanse til å avgjøre saker med bindende virkning, inkludert kompetanse til å kjenne en kontrakt uten virkning, ilegge overtredelsesgebyr og tilkjenne erstatning. I praksis er Klagenævnet det viktigste forumet for tvisteløsning. Saksbehandlingen minner mye om domstolenes. Klagegebyret er 10 000 DKK for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og 20 000 DKK for anskaffelser over. Hvis klageren får helt eller delvis medhold, kan oppdragsgiver bli pålagt å dekke klagerens sakskostnader. De fleste sakene avgjøres etter skriftlig behandling. Avgjørelsene kan bringes inn for de alminnelige domstolene. Erfaringer viser imidlertid at dette skjer i relativt få saker.

## 5 Forenkling av anskaffelsesregelverket

### 5.1 Behovet for forenkling av anskaffelsesregelverket

Forenkling har vært et av de viktigste formålene med revisjonen av EUs anskaffelsesdirektiver, jf. punkt 2.2.1. De nye direktivene skal bidra til å øke fleksibiliteten og redusere de administrative byrdene for oppdragsgivere og leverandører og å avklare rettsspørsmål. På denne måten skal det bli enklere for offentlige oppdragsgivere å foreta anskaffelser og for leverandører å gi tilbud, særlig for små og mellomstore bedrifter.

I de senere årene har kritikken mot anskaffelsesregelverket økt i Norge, jf. blant annet NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor: Norges avtaler med EU (Europautredningen). Mange mener at regelverket er blitt for detaljert, komplisert og formalistisk. I Europautredningen pekes det blant annet på at reglene er ressurskrevende å forholde seg til, og at dette kan føre til at anskaffelsesprosene trekker ut i tid. Det vises også til en vekst i klage- og rettssaker. Som følge av denne utviklingen er det antydnet at fokuset på de prosessrettslige sidene ved offentlige anskaffelser i mange tilfeller er i ferd med å overskygge de anskaffelsesfaglige.

Blant annet på bakgrunn av EUs revisjonsprosess og kritikken av anskaffelsesregelverket ble Forenklingsutvalget oppnevnt av Regjeringen Stoltenberg II i desember 2012. Utvalget fikk i mandat å vurdere behovet for endringer i den nasjonale delen av anskaffelsesregelverket i klassisk sektor, særlig med sikte på å forenkle regelverket, jf. punkt 2.3.

Forenklingsutvalget har uttalt følgende om behovet for forenkling, jf. NOU 2014: 4 side 37–38:

«Mange aktører mener at anskaffelsesregelverket er for detaljert, komplisert og formalistisk, samt at kostnadene og ressursbruken som forutsettes benyttet ved gjennomføringen av konkurranser, oppleves som høye, særlig forhold til anskaffelsenes verdi.

Det faktum at regelverket er detaljert og formalistisk, fører til at det lett skjer feil. I sin

tur bidrar det til en slik vekst i klage- og rettsaker som er påpekt i mandatet. De nevnte klageprosedyrene er svært ressurskrevende, både for oppdragsgivere og leverandører. Sett fra oppdragsgiversiden oppleves de ofte som til dels formålsløse i lys av det overordnede formålet med regelverket, ikke minst ved anskaffelser av begrenset verdi. At håndhevelsessystemet er svært ressurskrevende, har som konsekvens at mange oppdragsgivere i større grad konsentrerer seg om å unngå nettopp ressurskrevende klageprosesser fremfor å foreta «det gode innkjøp». Innspillene bekrefter påstanden i mandatet om at «fokuset på de prosessrettslige sidene ved offentlige anskaffelser er i ferd med å overskygge de anskaffelsesfaglige.»

Innspillene bekrefter videre at ressursbruken og kravet til kompetanse ikke står i forhold til anskaffelsenes verdi og kompleksitet. Også enkle anskaffelser av lav verdi krever betydelig kompetanse og ressursbruk, ikke bare på oppdragsgiversiden, men også på leverandørsiden. Utvalget opplever at det er enighet om disse observasjonene.»

Forenkling er også et av denne regjeringens store satsningsområder, jf. Sundvolden-plattformen. Under overskriften «En enklere hverdag for folk flest» vil regjeringen forenkle lover og regler og fjerne unødvendige særnorske forbud og påbud:

«Regjeringen vil bygge sin politikk på målet om en mest mulig effektiv bruk av fellesskapets ressurser. Samfunnet må bli mindre byråkratisk. Mer makt og myndighet må overlates til lokalsamfunnet. Regjeringen vil motarbeide sløsing med offentlige midler, og prioritere økt gjennomføringskraft høyt.

Administrative kostnader og unødvendig byråkrati tapper næringslivet vårt for konkurransekraft. Gründere, bedriftseiere og ansatte skal få bruke mer tid på verdiskaping, og mindre tid på utfylling av skjemaer. Regjeringen vil arbeide målrettet for å redusere byråkratiet.»



I Sundvolden-plattformen fremheves nettopp lov om offentlige anskaffelser som en av de lover som regjeringen vil forenkle. I den forbindelse ser regjeringen på Forenklingsutvalgets arbeid som et viktig steg på veien mot et enklere regelverk.

Som ledd i sin forenklingsstrategi har regjeringen igangsatt det såkalte tidstyvprosjektet. Alle statlige virksomheter skal fjerne tidstyver ved å effektivisere egen drift, bidra til regelforenkling og gjennomføre andre forenklingstiltak både i egen virksomhet og overfor innbyggere, næringsliv og andre offentlige virksomheter. I dette prosjektet har statlige virksomheter rapportert inn 133 tidstyver relatert til offentlige anskaffelser. Innspillene varierer, men går i hovedsak på at regelverket oppleves komplisert og vanskelig, stiller omfattende krav og er utfordrende å praktisere riktig. De inneholder få konkrete forslag til regelverksendringer, men mer et generelt ønske om forenkling. Dette gjelder særlig for anskaffelser under EØS-terskelverdiene; ved anskaffelser av mindre verdi ønskes fristilling fra krav om prosedyrer, inkludert kravet om konkurranse. Også klageordningen for offentlige anskaffelser oppleves som tid- og ressurskrevende.

Et annet viktig element i regjeringens forenklingstrategi er digitaliseringen av offentlig sektor. Målet med regjeringens IKT-politikk er å påvirke utviklingen innen IKT for å oppnå forenkling og effektivisering i offentlig sektor, høyere kvalitet på tjenestene, økt verdiskapning og bedre beslutninger. På anskaffelsesområdet ligger det et stort forenklingspotensial i å digitalisere anskaffelsesprosessene.

## 5.2 Hva er forenkling?

Det synes å være generell enighet om behovet for å forenkle anskaffelsesregelverket. Et annet og mer åpent spørsmål er hvilke grep som bør tas for å få til forenkling. Hva innebærer egentlig forenkling på anskaffelsesområdet?

Svaret på dette spørsmålet varierer fra oppdragsgiver til oppdragsgiver og fra leverandør til leverandør. For noen kan forenkling være færre og enklere regler som gir mer fleksibilitet og mer rom for skjønn. For andre kan forenkling være mer detaljerte og uttømmende regler som i større grad sikrer forutberegnelighet i anskaffelsesprosessen. Forenklingsutvalget har beskrevet situasjonen slik, jf. NOU 2014: 4 side 38:

«Noen ønsker seg detaljerte regler, å la en «kokebok». Andre ønsker et meget fleksibelt

regelverk med så lite detaljstyring som mulig. Mange leverandører peker på at problemet ikke nødvendigvis er selve regelverket, men praktiseringen av det. Dette kan trekke i retning av at det er mindre behov for forenkling av regelverket, og større behov for kompetanseheving. Når det er sagt, påpeker også mange fra leverandørsiden at uheldig eller uhensiktsmessig praktisering i stor grad skyldes et komplisert regelverk, og at det er behov for en forenkling av regelverket.

Videre er leverandørene grunnleggende opptatt av at deres rettigheter hva gjelder likebehandling, gjennomsiktighet og konkurranse, sikres. Utvalget oppfatter samtidig at mange leverandører ønsker mer fleksible anskaffelsesprosesser, blant annet med muligheter for å tilpasse tilbud og ha dialog med oppdragsgiver.»

Høringen av NOU 2014: 4 bekrefter Forenklingutvalgets observasjoner. Svært mange høringsinstanser har uttalt seg uttrykkelig om forenklingstemaet, og på generelt grunnlag støtter samtlige av disse en forenkling av anskaffelsesregelverket. Samtidig viser høringssvarene et mangfold av oppfatninger om hvilke endringer som faktisk bør gjøres for å oppnå forenklinger, og hva effekten av de forskjellige forslagene vil være.

Mange høringsinstanser understreker at det er behov for å gjøre regelverket mindre komplisert. Noen mener omfanget av detaljerte regler må reduseres, slik at regelverket i større grad baseres på de grunnleggende prinsippene, blant annet *Folketrygdfondet*:

«Vår erfaring med innkjøp etter anskaffelsesregelverket, er at det er unødig komplisert og at en forenkling slik utvalget foreslår er fornuftig og hensiktsmessig. For en liten organisasjon som Folketrygdfondet uten særskilt kompetanse på anskaffelsesregelverket, erfarer vi at det brukes mye tid og ressurser på å forstå og søke å etterleve reglene i FOA. Frykten for å gjøre feil og manglende muligheter for å justere tilbudet undervis, betyr at selv et begrenset innkjøp oppleves som relativt komplisert. I enkelte tilfeller brukes mer ressurser på prosess fremfor fornuftige vurderinger knyttet til selve innkjøpet. Forslaget fra utvalgets flertall medfører, med noen unntak, at det er de grunnleggende prinsippene som vil være førende for et innkjøp. Det er både forenkling og sikrer samtidig at det gjennomføres bedriftsøkonomisk fornuftige innkjøp.»

Andre påpeker at det primært vil være forenkling å gi oppdragsgiverne økt fleksibilitet, slik at de kan rette oppmerksomheten mot å foreta forretningsmessig gode innkjøp. Eksempelvis har *KS* uttrykt dette slik:

«KS har ved gjentatte anledninger tatt til orde for at det er behov for reelle forenklinger i regelverket for offentlige anskaffelser, både i EU-reglene og i det nasjonale regelverket. Det er behov for en regelverksforenkling som sikrer at innkjøperne kan gjøre et godt profesjonelt innkjøpsarbeid, samtidig som mindre feil fra oppdragsgiver eller tilbyder ikke skal medføre uforholdsmessige konsekvenser. Regelverket må bygges opp for å ivareta det gode innkjøp. I tillegg må regelverket, i større grad enn i dag, baseres på tillit til den enkelte innkjøper.

Det er derfor positivt at Forenklingsutvalget går inn for å gi staten, fylkeskommunene og kommunene økt handlefrihet når de anskaffer varer, tjenester, bygg- og anlegg innenfor det nasjonale regelverket. [...] Videre er det også betydelig forenklingsegrep at flere formalistiske regler [...] nå foreslås fjernet.»

*Konkurransetilsynet* er på sin side opptatt av at gevinstene ved konkurranse ikke spises opp av transaksjonskostnadene, verken på oppdragsgivers eller leverandørenes hånd. Konkurransetilsynet mener at nøkkelen til å oppnå dette ligger i å forenkle regelverket og å ansvarliggjøre offentlige innkjøpere for sin ressursbruk, og at Forenklingsutvalgets forslag ikke går langt nok i så måte. Tilsynet uttaler blant annet følgende:

«Etter Konkurransetilsynets oppfatning er regelverket fortsatt svært detaljert, og preget av mange 'kan' og 'bør' elementer samt unødige presiseringer. Generelt bør det etter tilsynets vurdering skilles mellom 'må'-bestemmelser og 'kan'/'bør'-bestemmelser, der de to siste heller bør vurderes tatt inn i Veileder til reglene om offentlige anskaffelser. Veilederen kan gi en beskrivelse av under hvilke omstendigheter det er gunstig med den ene eller andre valgmuligheten, for eksempel når det bør brukes åpen eller når det bør brukes begrenset anbudskonkurranse, hvilke tildelingskriterier som kan benyttes mv. Videre må det klart fremgå hva som er overordnet målsetting, hva som er virkemidler for å oppnå målsettingen, og ikke minst hva som er de viktigste overordnede prinsipper som skal ivaretas i innkjøpsproses-

sen. Fokus for, og innhold i lov/forskrift må være på det som er viktig og essensielt for at det utformes og gjennomføres innkjøpsprosesser i tråd med målsetting. Konkurransetilsynet mener at det er viktig at regelverket ikke overbelastes med målsettinger, og at virkemidler rettes inn mot rett nivå.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil Forenklingsutvalgets forslag til endringer i regelverket fortsatt innebære relativt høye kostnader og ressursbruk samt stort behov for anskaffelsesfaglig kompetanse – sett i forhold til anskaffelsenens verdi, og slik sett fortsatt være mer hemmende enn fremmende for å oppnå gode resultater.»

Andre høringsinstanser, blant annet *Advokatfirma DLA Piper Norway DA*, mener derimot at reglene i seg selv må gi tilstrekkelig veiledning, også for brukere som ikke har juridisk kompetanse. Det vil ikke være forenkling å legge opp til et system hvor slik nødvendig veiledning flyttes fra lov og forskrift over i veiledere til regelverket.

Mange høringsinstanser tar til orde for at forenkling betyr tydeligere regler, ikke nødvendigvis færre og mindre detaljerte regler. *Advokatfirmaet Grette DA* uttaler:

«Advokatfirmaet Grette ser positivt på utvalgets arbeid med forenkling, og er enige i at en revisjon av anskaffelsesregelverket er fornuftig. Gjennom vårt arbeid med oppdragsgivere og leverandører i en rekke bransjer har vi imidlertid sett at de største utfordringene er utslag av uklare grenser i regelverket mer enn begrensninger i regelverket selv. I denne forbindelse finner vi grunn til å påpeke at det å fjerne bestemmelser og dermed redusere regelverkets omfang, ikke nødvendigvis gjør regelverket enklere å anvende. Vår erfaring tilsier heller at forenklingsbehovet hos de som anvender regelverket i det daglige, bedre kan dekkes ved lettfattelige og gjennomarbeidede bestemmelser som er egnet til å gi veiledning for praktiske problemstillinger i en anskaffelsesprosess.

Samtidig ser vi at leverandørenes tillit til en forutsigbar konkurranse ofte er avgjørende for deres interesse i å inngi tilbud og viljen til i ettertid å benytte seg av klageadgangen. Et godt konkurransegrunnlag og en ryddig og etterprøvbar prosess legger det beste grunnlaget for en god anskaffelse. På denne bakgrunnen tror vi ikke færre bestemmelser og større rom for skjønnsutøvelse fra oppdrags-

giversnes side nødvendigvis vil medføre en reell forenkling og bedre anskaffelser.»

*Jernbaneverket* er av samme oppfatning:

«For Jernbaneverket er det av stor betydning at anskaffelsesregelverket endres slik at vi kan oppnå mer kostnadseffektive innkjøp. Vi mener at utvalgets forslag i det vesentlige vil bidra til dette, og vi er derfor i utgangspunktet positive til forslaget. Samtidig er det vår oppfatning at utvalget på flere punkter synes å legge til grunn at et mindre detaljert regelverk tilnærmet automatisk innebærer en «forenkling», og at dette i seg selv forutsettes å medføre at regelverket blir enklere å anvende og vil gi mer kostnadseffektive innkjøp. Jernbaneverket mener imidlertid at denne forutsetning ikke alltid slår til. For Jernbaneverket er et «enkelt» regelverk et regelverk som gir oss nødvendig fleksibilitet, legger til rette for kostnadseffektive innkjøp og som gir forutberegnelighet i form av klare rammer, tydelige vurderingstemaer og enkle grensdragninger.»

*Direktoratet for forvaltning og IKT* er særlig opptatt av at regelverket utformes med et språk som er klart, utvetydig og enkelt å forstå. Direktoratet ser imidlertid utfordringene med å finne riktig balanse mellom behovet for detaljerte og forklarende bestemmelser på den ene siden og ønsket om et så kort regelverk som mulig på den andre siden:

«Det har sine klare fordeler når regelverket, nærmest som en dreiebok, steg for steg løser aktørene gjennom alle fasene i gjennomføringen av en anskaffelse. Dette har imidlertid også den ulempe at regelverket i seg selv kan bli omfattende og detaljert. Difi mener at et regelverk, med en rimelig grad av praktiske påminnelser om viktige faser og forhold i anskaffelsesprosessen, bidrar til målet om forenkling.

Formålet om å gjøre det enklere å gjennomføre anskaffelser bør etter vår oppfatning også ivaretas på andre måter enn gjennom regelverket, blant annet gjennom veiledere, maler, standardisering, eksempler fra beste praksis og gjenbruk av konkurransedokumentasjon. Difi arbeider kontinuerlig med dette.»

En rekke høringsinstanser på leverandørsiden fremhever at eventuelle forenklinger må være balanserte. Endringer må ikke gjennomføres på

bekostning av viktige leverandørhensyn og samfunnshensyn, særlig hensynet til forutberegnelighet. *Næringslivets Hovedorganisasjon* uttrykker dette slik:

«NHO arbeider for forenkling av regelverket for offentlige anskaffelser, både på nasjonalt og europeisk nivå. Et enklere regelverk er viktig både for bedriftene og offentlige innkjøpere, og utvalgets arbeid er et viktig steg mot dette målet. Det er viktig å sikre at vi gjennom forenklingstiltak får et balansert regelverk som sikrer trygghet og tillit til at prosessene går riktig for seg.»

I likhet med både Forenklingsutvalget og høringsinstansene ser departementet stort behov for å forenkle anskaffelsesregelverket og redusere de administrative byrdene for både oppdragsgivere og leverandører. Det er uheldig at reglene oppleves som kompliserte og rigide, og at frykten for å gjøre feil fører til at offentlige oppdragsgivere blir mer opptatt av prosess enn av å gjøre gode innkjøp.

Høringen av Forenklingsutvalgets utredning viser at det ikke finnes noen klar oppskrift for hvordan anskaffelsesregelverket skal forenkles. Det er klart nok et visst spenningsforhold mellom ønsket om mer fleksibilitet og rom for skjønn for oppdragsgiver på den ene siden og ønsket om mer detaljerte regler og forutsigbarhet for brukerne av regelverket på den andre. Dessuten er det også et spenningsforhold mellom ønsket om forenklinger og ønsket om å legge til rette for strategisk bruk av anskaffelsesregelverket for å ivareta andre samfunnshensyn, jf. kapittel 6.

Etter departementets vurdering er det nødvendig å finne en passende balanse mellom disse motstridende hensynene. I noen tilfeller vil forenkling være synonymt med mer utfyllende og detaljerte regler for å sikre en forutsigbar anskaffelsesprosess for både oppdragsgivere og leverandører. På andre områder vil forenkling være å fjerne bestemmelser og gi oppdragsgiver større fleksibilitet. Departementet bemerker i den forbindelse at regelverket bør baseres på tillit til at offentlige oppdragsgivere ønsker å foreta gode og samfunnstjenlige anskaffelser. Departementet legger til grunn at offentlige oppdragsgivere har en egeninteresse i å gjennomføre ryddige og effektive anskaffelsesprosesser.

Også i arbeidet med gjennomføringen av direktivbestemmelsene har departementet lagt stor vekt på hensynet til forenkling, brukervennlighet og fleksibilitet. Direktivene setter likevel

klare grenser for hvor langt det er mulig å gå i denne retningen. Direktivene inneholder noen bestemmelser som det er opp til medlemslandene å avgjøre om de vil innføre eller ikke. Som hovedregel har departementet foreslått å innføre bestemmelser som gir oppdragsgivere økt fleksibilitet. Det innebærer at det innføres ekstra verktøy som oppdragsgiverne kan velge blant når de gjennomfører offentlige anskaffelser. Samtidig har departementet som hovedregel valgt ikke å foreslå innført bestemmelser som begrenser opp-

dragsgivers handlefrihet. Etter departementets vurdering er dette best i samsvar med ønsket om forenkling av regelverket.

I arbeidet med nye lov- og forskriftstekster har departementet også generelt lagt stor vekt på å forenkle språk og struktur. Blant annet har departementet i større grad enn tidligere løsrevet seg fra direktivtekstene, og det har forsøkt å avklare noen uklare rettsspørsmål. Dette er grep som skal gjøre det enklere for brukerne å manøvrere i regelverket.

## 6 Samfunnsansvar ved inngåelse av offentlige kontrakter

### 6.1 Offentlige anskaffelser som virkemiddel for å ivareta samfunnsmessige hensyn

---

Anskaffelsesloven skal bidra til effektiv ressursbruk, slik at offentlig sektor får mest mulig ut av ressursene den har tilgjengelig. Varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider skal anskaffes til riktig kvalitet og riktig pris ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted. Regelverket inneholder detaljerte og konkrete prosedyreregler som skal bidra til at dette formålet realiseres. Det er et rettighetsbasert regelverk der leverandører som mener at prosedyrene ikke er fulgt, kan klage til KOFA eller reise sak for domstolene.

Spørsmål knyttet til om og hvordan andre samfunnshensyn – hensyn som ligger på siden av lovens formål om effektiv ressursbruk – skal reguleres i anskaffelsesregelverket, har vært debattert i mange år. Slike samfunnshensyn kan for eksempel være å bekjempe arbeidslivskriminalitet, bedre miljøet og redusere klimautfordringene, øke antallet læreplasser, ivareta helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplassene, sikre grunnleggende menneskerettigheter, fremme næringslivsinteresser og innovasjon, unngå diskriminering og ivareta ulike svake grupper i samfunnet.

Slike samfunnshensyn kan ivaretas i anskaffelsesregelverket gjennom en rekke former for regulering. For det første kan det være tale om krav som skal bidra til at et annet, horisontalt regelverk blir overholdt. Et eksempel er regler som pålegger oppdragsgivere å avvise tilbud som ikke oppfyller bestemmelser i annet regelverk om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold. For det andre kan det være tale om å pålegge oppdragsgivere en plikt til å stille krav som går lenger enn det ellers gjeldende horisontale regelverket. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er et eksempel på dette. Denne forskriften pålegger oppdragsgivere å stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører har lønns- og arbeidsvilkår som ikke bare respekterer allmenngjøringsforskriftene, men som i tillegg ikke er dårligere enn landsomfattende tariffavta-

ler. For det tredje kan det være tale om strategisk bruk av offentlige anskaffelser som ledd i gjennomføringen av mer generelle politiske målsettinger. Det kan for eksempel være krav om bruk av lærlinger som skal bidra til å dekke behovet for læreplasser, eller gjennomføring av innovative offentlige anskaffelser som skal bidra til utvikling av nye produkter eller tjenester.

Det samlede innkjøpet av varer og tjenester for offentlig sektor utgjorde om lag 461 milliarder kroner i 2014. Dette er omtrent 14 prosent av BNP. Vurdert ut fra hvilke offentlige anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesregelverket, utgjør omfanget imidlertid rundt 230 milliarder kroner per år.<sup>2</sup> Offentlige anskaffelser representerer et stort og viktig marked for næringslivet. Krav fra offentlige innkjøpere kan derfor være et virkemiddel for å påvirke private virksomheters handlingsmønstre. Eksempelvis kan manglende etisk bevissthet hos offentlige innkjøpere resultere i at arbeidslivskriminalitet og miljøkriminalitet får grobunn og undergraver den seriøse delen av arbeidslivet. Motsatt kan offentlig sektor gjennom sin markedsrett påvirke viktige samfunnsinteresser i ønsket retning, for eksempel ved å etterspørre miljøvennlige og innovative ytelser.

Samtidig er det nesten ingen grenser for hvilke samfunnshensyn som *kan* trekkes inn i en anskaffelsesprosess gjennom ulike former for regulering. Man kan vanskelig kreve at en offentlig oppdragsgiver skal ivareta ethvert godt formål i enhver anskaffelse. Tilsvarende vanskelig vil det være å regulere dette ansvaret i anskaffelsesregelverket i detalj. Regelverket ville da blitt uforholdsmessig komplekst og de administrative kostnadene svært høye.

### 6.2 Tronslin-utvalgets utredning fra 1997

---

Før den gjeldende anskaffelsesloven ble vedtatt, ble det nedsatt et offentlig utvalg (Tronslin-utval-

---

<sup>2</sup> Jf. NOU 2014: 4 side 42. Tallene gjelder for perioden 2009–2012.

get) som hadde som mandat å utrede og ta stilling til i hvilken utstrekning anskaffelsesregelverket kunne benyttes til å oppfylle en del andre behov enn de rent anskaffelsespolitiske på en hensiktsmessig måte. Utvalget diskuterte disse spørsmålene relativt inngående og uttalte blant annet følgende, jf. NOU 1997: 21 kapittel 7.1.2:

«Utvalget mener at det er uheldig å blande forretningsmessige kriterier med andre krav i en anskaffelsesprosess. Den største ulempen er at slike krav kan hindre oppdragsgiveren i å oppføre profesjonelt, fordi det skapes uklarheter om hvilke retningslinjer og mål oppdragsgiveren skal arbeide etter. Spesielt er det fare for at anskaffelsesprosessen blir mindre objektiv og etterprøvable hvis oppdragsgiveren blir pålagt å ta inn krav som ikke er målbare.

Den offentlige oppdragsgivers mål skal være å gjennomføre en anskaffelsesprosess på en slik måte at etatens behov blir dekket på den mest effektive måte. [...]

Det er viktig å være oppmerksom på at nye obligatoriske krav i regelverket alltid vil kreve økte ressurser, selv om en bestreber seg på å minimere ressursbruken i utformingen av kravet. Selv en enkel attest krever at noen utsteder den, signerer den osv. Attesten vil dessuten komme i tillegg til det eksisterende «skjemaveldet». Dessuten kan obligatoriske krav i det offentlige anskaffelsesregelverket ofte være lite målrettet i forhold til de mål som ønskes oppnådd.

[...]

Etter utvalgets oppfatning bør samfunnsmessige krav i forbindelse med offentlige anskaffelser kun stilles der disse ikke er i konflikt med målene med selve anskaffelsesprosessen. Eventuelle krav må dessuten formuleres slik at de innebærer minst mulig ressursbruk fra oppdragsgivers side. Dette gjelder både ressursbruk som medfører en mer tungvint anskaffelsesprosess, og ressursbruk som innebærer at oppdragsgiveren ikke får den beste anskaffelsen ut fra rene forretningsmessige kriterier. Det må dessuten i minst mulig grad åpnes opp for kriterier som gir rom for skjønn hos oppdragsgiveren.»

I utredningens punkt 7.1.3 pekte Tronslin-utvalget på at innføring av samfunnsmessige krav i anskaffelsesregelverket bærer med seg en risiko for at det i fremtiden vil kunne bli innført ytterligere krav på nye områder uten at konsekvensene blir tilstrekkelig vurdert. Det er også en

risiko for at den samlede effekten av kravene ikke blir utredet. De kostnadmessige og markedsmessige virkningene av flere krav vil kunne være betydelig høyere når de ses i sammenheng, og ikke bare vurderes isolert. Utvalget understreket derfor at det bør utvises tilbakeholdenhet med å innta samfunnsmessige krav i anskaffelsesregelverket. Med dette utgangspunktet anbefalte utvalget at eventuelle fremtidige forslag om å innta nye samfunnsmessige krav utredes grundig.

### 6.3 Forenklingsutvalgets tilnærming

I NOU 2014: 4 kapittel 11 har Forenklingsutvalget en omtale av hvordan såkalte ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, eller ulike samfunnsmessige hensyn, kan ivaretas i anskaffelsesregelverket.

Forenklingsutvalgets mandat presiserte at utvalget ikke skulle «[v]urdere i hvilket omfang det nasjonale anskaffelsesregelverket skal benyttes til å fremme hensyn utover de anskaffelsesfaglige, som for eksempel næringspolitiske, miljøpolitiske eller sosialpolitiske hensyn». Utvalget var samstemt om at dette innebar at utvalget ikke skulle vurdere eller foreslå nye regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Utvalgets flertall mente imidlertid at mandatet ikke var til hinder for at utvalget kunne vurdere og foreslå endringer i eksisterende bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn ut fra et forenklingperspektiv. Utvalgets mindretall var ikke enig i dette. I lys av at flertallet foreslo å oppheve en rekke bestemmelser om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn, valgte likevel deler av mindretallet å redegjøre for hvorfor de mente disse bestemmelsene burde videreføres.

Utvalget diskuterte følgende bestemmelser under temaet «ikke-anskaffelsesfaglige hensyn»:

- Anskaffelsesloven § 6 som pålegger offentlige oppdragsgivere å ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen, jf. nærmere punkt 7.5 nedenfor.
- Anskaffelsesforskriftens bestemmelser om plikt til å kreve fremlagt skatteattest og HMS-egenerklæring.
- Anskaffelsesforskriftens bestemmelse om bruk av lærlingklausul, jf. nærmere punkt 7.7 nedenfor.
- Anskaffelsesforskriftens bestemmelse om bruk av antikontraktørklausuler.
- Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, jf. nærmere punkt 7.6 nedenfor.

Et samlet utvalg understreket at anskaffelsesregelverket ikke er eller skal være til hinder for å ivareta samfunnsmessige hensyn. Utvalgets flertall foreslo imidlertid å fjerne de ovennevnte bestemmelsene fra den særnorske delen av regelverket. Flertallet mente at den gjeldende reguleringen er lite hensiktsmessig, at bestemmelsene er lite egnet til å oppnå formålene de søker å ivareta, at reguleringen står i motstrid til ønsket om forenkling, og at forskjellige samfunnsutfordringer primært bør søkes løst ved horisontale virkemidler fremfor spesifikk regulering i anskaffelsesregelverket.

Mindretallet ønsket gjeldende regler om ikke-anskaffelsesfaglige hensyn videreført med den begrunnelse at det er viktig at oppdragsgivers plikt til å ta samfunnsansvar fremgår klart av regelverket. Ifølge mindretallet må det offentlige gå foran for å sikre ansvarlige arbeidsforhold og at nasjonale miljø- og klimamål realiseres. Det er et stort behov for å finne dekning i anskaffelsesregelverket for at slike hensyn skal veie tungt ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.

En gjennomgang av høringsuttalelsene viser at synspunktene spriker. Både utvalgets flertall og mindretall har fått støtte blant både oppdragsgivere, leverandører og andre, og støtten synes å være ganske jevnt fordelt. De fleste høringsinstansene har falt ned på en mellomløsning hvor de ønsker videreført enkelte regler, men ikke andre (eventuelt at de er mindre opptatt av andre regler). Det er imidlertid ikke noe klart mønster med hensyn til hvilke bestemmelser høringsinstansene ønsker videreført, eventuelt fjernet. Likevel er det verdt å merke seg at bygge- og anleggsbransjen har mobilisert kraftig i høringen fordi det finnes mange useriøse aktører i denne bransjen. Disse høringsinstansene har særlig vært opptatt av at bestemmelser som har til hensikt å bekjempe arbeidslivskriminalitet, blir videreført.

#### 6.4 Nye anskaffelsesdirektiver

Et av EUs mål med revisjonen av anskaffelsesdirektivene har vært å legge bedre til rette for at andre samfunnshensyn, slik som miljø, sosiale hensyn, innovasjon og lettere tilgang til offentlige kontrakter for små og mellomstore bedrifter, kan ivaretas ved offentlige anskaffelser. EU ser direktivene som et viktig virkemiddel for å fremme målene i Europa 2020-strategien for «intelligent, bæredygtig og inklusiv vekst». De nye direktivene inneholder flere bestemmelser som utvider

mulighetene til å trekke inn slike hensyn på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Disse bestemmelsene er primært kan-regler, og medfører ingen forpliktelser.

I tillegg inneholder direktivene en overordnet bestemmelse som slår fast at medlemslandene skal treffe egnede tiltak for å sikre at miljøkrav, arbeidsrettslige krav og sosiale krav overholdes ved gjennomføringen av offentlige kontrakter, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2, forsyningsdirektivet artikkel 36 nr. 2 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30 nr. 3. Det er opp til nasjonale myndigheter å beslutte hvordan pålegget skal følges opp. Én mulighet er å innføre en plikt for offentlige oppdragsgivere til å påse at slike krav overholdes, eventuelt at ansvaret legges til for eksempel offentlige tilsynsmyndigheter innenfor deres kompetanseområde. En annen mulighet er å benytte andre virkemidler enn lovgivning. Her har medlemslandene et stort handlingsrom.

I høringsbrevet til forslagene til gjennomføring av de tre nye anskaffelsesdirektivene preserte departementet at Forenklingsutvalgets forslag og de nye direktivbestemmelsene må sees i sammenheng. Departementet viste til både Forenklingsutvalgets tilnærming og direktivenes opplegg og foreslo blant annet helt nye bestemmelser som skulle ivareta forskjellige samfunnsmessige hensyn. De konkrete forslagene til nye lovbestemmelser er omtalt nedenfor i kapittel 7.

Flere høringsinstanser har ikke bare kommentert forslagene til konkrete lov- og forskriftsbestemmelser, men også gitt uttrykk for prinsipielle synspunkter på hvordan samfunnsmessige hensyn generelt bør reguleres. En del offentlige oppdragsgivere uttrykker skepsis mot denne typen regulering. KS, og en rekke kommuner som støtter deres uttalelse, mener som utgangspunkt at bestemte samfunnshensyn fremmes best gjennom informasjon og konkret veiledning fremfor pålegg i regelverket. KS mener også at kommunene selv må kunne bestemme hvilke formål som skal ivaretas i den enkelte anskaffelse. Oppdragsgiverne skal gis mulighet, men ikke pålegges noen forpliktelse, til å fremme ulike samfunnsmessige hensyn. KS har ingen innvendinger mot bestemmelser som tydeliggjør mulighetene til å stille krav som støtter opp om sentrale samfunns mål, men ønsker som hovedregel at disse ikke skal få form av pålegg. *Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon, Nord-Trøndelag fylkeskommune, Halden kommune og kommunene i Valdres* har fremmet liknende synspunkter.

*Bergen kommune* mener at oppdragsgiver må ha betydelig frihet til å ta hensyn til så vel økono-

miske samfunnshensyn som miljøhensyn og sosiale hensyn, og at et slikt handlingsrom må fremgå av forskriftene. Samtidig må oppdragsgivers mulighet til å stille krav om at forskjellige samfunnshensyn skal ivaretas, ikke bli en hvilepute for myndighetene i det viktige arbeidet med å ansvarliggjøre leverandørsiden.

Ifølge *Hedmark fylkeskommune* blir det for defensivt å nøye seg med kan-regler. For å løse alvorlige samfunnsutfordringer knyttet til miljø og sosiale forhold bør alle muligheter benyttes, og offentlige anskaffelser er en del av løsningen. Skal det monne, må imidlertid alle innkjøpere bidra. Hedmark fylkeskommune ønsker derfor innført skal-regler. Samtidig er det nødvendig med en pragmatisk tilnærming når oppdragsgivers plikter, blant annet på kontrolliden, skal fastsettes.

*Troms fylkeskommune* er positive til at loven tydeliggjør viktigheten av å ivareta samfunnshensyn i anskaffelsesprosessene.

Generelt stiller leverandørsiden seg mer positiv til regulering av hvordan samfunnshensyn skal ivaretas ved offentlige anskaffelser. *Næringslivets Hovedorganisasjon*, som støttes av *Norsk Industri* og *Norsk Teknologi*, mener at det er viktig at oppdragsgiver kan stille, og faktisk stiller, krav om ivaretagelse av enkelte ikke-anskaffelsesfaglige hensyn. Næringslivets Hovedorganisasjon understreker dessuten at det er viktig at oppdragsgiver ikke bare stiller slike krav, men også følger dem opp i praksis. I denne sammenheng er det nødvendig at det utarbeides god veiledning om håndteringen av denne typen krav for oppdragsgiverne.

Også arbeidstakersiden er generelt positiv til å regulere ulike samfunnshensyn i anskaffelsesregelverket. *Landsorganisasjonen i Norge* mener at de samfunnsmessige hensynene må fremkomme tydelig i regelverket fordi de er viktige verktøy for å oppnå gode og samfunnsansvarlige anskaffelser. Ved å ta ut disse bestemmelsene øker risikoen for at oppdragsgiver ikke prioriterer viktige samfunnshensyn. *Unio* har fremmet liknende synspunkter.

## 6.5 Departementets vurdering

Fremstillingen over viser at diskusjonen om hvordan forskjellige samfunnshensyn skal ivaretas i anskaffelsesregelverket, rommer et bredt spekter av kompliserte og sammensatte problemstillinger. Temaet krever en nyansert tilnærming.

Departementet forutsetter at alle offentlige myndigheter og offentligrettslige organer har plikt til å opptre etisk forsvarlig i all sin virksom-

het, også i sin anskaffelsespraksis. Det er viktig at ivaretagelse av samfunnsansvar er godt forankret i virksomhetens ledelse, og dette bør fortrinnsvis også være forankret i en overordnet anskaffelsesstrategi. Et ganske annet spørsmål er om og eventuelt hvordan slike hensyn skal reflekteres i anskaffelsesregelverket.

Allerede i 1997 hadde Tronslin-utvalget en relativt grundig diskusjon av disse spørsmålene, jf. punkt 6.2. Etter departementets vurdering er utvalgets generelle betraktninger relevante og aktuelle også ved utformingen av ny anskaffelseslov. Samtidig har det skjedd en betydelig samfunnsutvikling siden 1997. Oppmerksomheten rundt gjennomføringen av offentlige anskaffelser har økt betraktelig. Anskaffelsesvirksomheten i store deler av offentlig sektor er blitt mer profesjonell, og forventningene til utøvelse av samfunnsansvar ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser har vokst. Dette reflekteres også både i det gjeldende særnorske anskaffelsesregelverket og EUs tre nye anskaffelsesdirektiver.

Anskaffelsesregelverket favner imidlertid vidt og omfatter oppdragsgivere som i varierende grad har muligheter til utøve en profesjonell og avansert anskaffelsespraksis – fra store oppdragsgivere med store, profesjonelle innkjøpsmiljøer med tilgang til omfattende innkjøpsfaglig og juridisk ekspertise, til små kommuner og offentligrettslige organer som har begrensede ressurser tilgjengelig. En del av disse myndighetene og organene har verken ansatte som jobber full tid med innkjøp, eller ansatte jurister.

Også organiseringen av innkjøp varierer stort fra oppdragsgiver til oppdragsgiver. Noen innkjøp blir gjennomført på sentralt nivå i organisasjonene eller gjennom store, profesjonelle innkjøpssamarbeid. Andre gjennomføres av mindre enheter. Organiseringen vil kunne ha betydning for hvordan regulering knyttet til ulike samfunnshensyn blir fulgt opp i forskjellige anskaffelser. Eksempelvis vil barnehagebestyrere som har ansvar for å anskaffe lekeapparater mv. til sin barnehage, være dårligere rustet til å følge opp slik regulering enn ved innkjøp som kommunen foretar sentralt.

Riksrevisjonen har påpekt at manglende regelletterlevelse skyldes svak innkjøpskompetanse, utilstrekkelig ledelsesforankring, mangelfull intern kontroll og lite formålstjenlig organisering av innkjøpsarbeidet. Det er viktig at ledelsen forstår at anskaffelser er et strategisk verktøy for bedre måloppnåelse. Direktoratet for forvaltning og IKT har en viktig rolle i arbeidet med å heve kompetansen og styrke styring og ledelse på anskaffelsesområdet gjennom blant annet veiled-



ning, og mye har skjedd på dette feltet de siste årene. Likevel gjenstår et betydelig arbeid med å løfte den grunnleggende innkjøpsfaglige kompetansen hos en del oppdragsgivere og få satt offentlige anskaffelser på ledelsens dagsorden. For en del av disse oppdragsgiverne kan det i tillegg bli svært vanskelig å måtte stille og følge opp et omfattende sett med krav som skal sikre at et bredt spekter av samfunnshensyn blir ivaretatt.

Anskaffelsesregelverket er kritisert for å være for komplisert og for å pålegge både offentlige oppdragsgivere og leverandørene store administrative byrder. Et sentralt formål med revisjonen av regelverket er å forenkle reglene og redusere de administrative byrdene, jf. kapittel 5. Det er et spenningsforhold mellom ønsket om forenklinger og ønsket om strategisk bruk av offentlige anskaffelser for å ivareta andre samfunnshensyn. Departementet er derfor opptatt av å finne en rimelig balanse mellom behovet for forenkling og reduksjon av administrative byrder på den ene siden og behovet for å adressere aktuelle samfunnsutfordringer på den andre.

Det er krevende å foreta en presis samfunnsøkonomisk analyse av om innføring av et konkret pålegg i anskaffelsesregelverket er et godt virkemiddel eller ikke. Både de positive effektene av tiltaket og kostnadene som er forbundet med det, er lite målbare.

Det kan være vanskelig å måle den positive effekten av reguleringen, det vil si gevinstene i form av forbedringer knyttet til de underliggende samfunnsutfordringene som søkes løst. Om det offentlige klarer å oppnå de ønskede effektene av et gitt tiltak, og til hvilke kostnader, vil avhenge av flere faktorer, og det vil variere fra marked til marked og fra produkt til produkt. Ikke minst har det betydning hvor stor kjøpermakt offentlige sektor har i markedet for hvert enkelt produkt. Kjøpermakten vil være større på det norske markedet enn på det internasjonale markedet. Et annet forhold som vil ha betydning, er omfanget av ulike kontrollmekanismer. Jo flere kontrolltiltak oppdragsgiver gjennomfører, jo større sannsynlighet er det for at leverandøren leverer i henhold til kravene. Dette må veies opp mot kostnadene ved å gjennomføre slik kontroll.

Ivaretakelse av ulike samfunnsmessige hensyn ved offentlige anskaffelser gjennom særskilt regulering har økonomiske kostnader. I likhet med gevinstene er de vanskelige å måle. Av denne grunn er det lett å underkommunisere dem. På den ene siden dreier det seg om økte transaksjonskostnader for oppdragsgivere og leverandører. Slike direkte kostnader vil til en viss grad

kunne la seg måle. På den andre siden vil kravene også kunne føre til økte produksjonskostnader for leverandørene, som igjen gir seg utslag i dyrere anskaffelser for oppdragsgiverne. Slike kostnader er imidlertid mindre målbare.

I tillegg er det krevende å beregne tiltakenes konkurransemessige effekt. Et sentralt formål med denne typen regulering er å bidra til like konkurransevilkår og et velfungerende marked. Det er ødeleggende for næringslivet om useriøse aktører utkonkurrerer de seriøse gjennom uetisk adferd. Krav som blir for strenge, vil imidlertid kunne bidra til uheldige begrensninger i konkurransen og særlig begrense små og mellomstore bedrifters tilgang til markedet. De minste bedriftene har begrensede ressurser. Dersom de administrative byrdene blir for store, øker risikoen for at de trekker seg ut av det offentlige markedet. På lang sikt vil man derfor risikere at de minste bedriftene forsvinner fra markedet, og at konkurransen svekkes permanent. Gjennom økte priser vil kostnadene for oppdragsgiver øke og handlingsrommet i offentlige budsjetter minke.

Hver enkelt regulering krever en vurdering av om alternative tiltak kan ha en like god eller bedre effekt sett opp mot kostnadene. Alternative virkemidler kan være horisontal lovgivning, det vil si krav som retter seg mot både offentlig og privat sektor, bruk av sentrale tilsynsmyndigheter som for eksempel Arbeidstilsynet eller Miljødirektoratet, tilskuddsordninger, krav og signaler gjennom etatsstyring eller veiledning og annen bistand til oppdragsgivere. Økonomisk teori tilsier at direkte, målrettede virkemidler gir en mer effektiv ressursutnyttelse enn indirekte virkemidler. Pålegg om å ivareta ulike samfunnshensyn i offentlige anskaffelser er indirekte virkemidler. Det er imidlertid ikke gitt at det alltid finnes andre effektive tiltak.

Krav om å ivareta ulike samfunnshensyn kan gjøre det vanskeligere for oppdragsgiver å anskaffe varer og tjenester av riktig kvalitet til riktig pris. God behovsdekning – ikke bare for den offentlige virksomheten selv, men også for brukerne av offentlige tjenester – må være hovedoppgaven til alle innkjøpere. Jo flere hensyn en oppdragsgiver pålegges å ivareta i en anskaffelse, jo større er risikoen for at oppdragsgivers oppmerksomhet om denne hovedoppgaven svekkes. Dette tilsier at lovgiver bør utvise varsomhet med å legge inn krav som forfølger andre samfunnsmessige hensyn, i anskaffelsesregelverket. Det er nødvendig å foreta en prioritering blant de tiltakene som det isolert sett hadde vært ønskelig å innføre.

I forslaget til ny anskaffelseslov har departementet søkt å veie ovennevnte hensyn mot hverandre. Etter departementets vurdering er enkelte samfunnsutfordringer så alvorlige at også anskaffelsesregelverket bør tas i bruk for å bidra til like konkurransevilkår, seriøsitet i leverandørmarkedet og en generell utvikling i ønsket retning. Departementet har i hovedsak prioritert arbeidet med å løse miljø- og klimautfordringene, kampen mot arbeidslivskriminalitet og ivaretagelse av internasjonale menneskerettigheter. Formålet med nye lovbestemmelser knyttet til disse samfunnsområdene er å bidra til en positiv utvikling på en effektiv måte, uten å legge uforholdsmessig

tyngende oppgaver på oppdragsgivere og leverandører. Departementet har blant annet vurdert det som viktig at tiltakene rettes inn mot bransjer og sektorer med særlige utfordringer, slik at de ikke favner videre enn det reelt sett er behov for.

Selv om bare utvalgte samfunnshensyn er omfattet av de foreslåtte lovpåleggene, vil departementet understreke at anskaffelsesregelverket gir oppdragsgiver handlingsrom til å trekke inn også andre samfunnshensyn på de ulike stadiene i en anskaffelsesprosess. Oppdragsgiver bør bruke dette handlingsrommet når det fremstår hensiktsmessig i den enkelte anskaffelse.

## 7 Ny lov om offentlige anskaffelser

### 7.1 Formål

#### 7.1.1 Gjeldende rett

Formålet med anskaffelsesregelverket er i dag nedfelt i anskaffelsesloven § 1:

«Loven og tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

Etter sin ordlyd favner bestemmelsen bredt. Helt overordnet skal anskaffelsesregelverket bidra til at den samlede verdiskapningen i samfunnet økes. For lovgiver har likevel det mest sentrale vært at regelverket skal bidra til effektiv ressursbruk, jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 21. Offentlig sektor disponerer fellesskapets midler – en vesentlig del av samfunnets ressurser. Det har stor betydning for samfunnsøkonomien at disse ressursene blir utnyttet best mulig. Regelverkets mange og detaljerte prosedyreregler er således ment å tvinge offentlig sektor til best mulig ressursutnyttelse når varer og tjenester skal kjøpes inn. Henvisningen til forretningsmessighet er ment å understreke dette.

Dernest skal offentlige anskaffelser være basert på likebehandling. Som det fremkommer av forarbeidene, skal regelverket sikre rettssikkerheten til leverandørene i offentlige anskaffelsesprosesser, jf. Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 21. Leverandørene har en berettiget forventning om rettfærdig behandling når de deltar i konkurranser om offentlige kontrakter.

I tillegg skal anskaffelsesregelverket sikre det offentliges integritet og således bidra til at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. annet punktum. Denne delen av formålsbestemmelsen ble tilføyd ved en lovendring i 2006 og gir uttrykk for et

krav om etisk atferd hos offentlige tjenestemenn, jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 19. Det er et formål med regelverket å sikre det offentliges tillit utad og forhindre korrupsjon og kameraderi.

#### 7.1.2 Forenklingsutvalgets forslag

Forenklingsutvalget foreslo endringer i formålsparagrafen. Etter utvalgets vurdering var det behov for å klargjøre den. Utvalget foreslo å reddyke de egentlige formålene i bestemmelsen, og å ta ut henvisninger til virkemidler som skal benyttes for å nå disse målene. Virkemidlene er foreslått samlet og presisert i bestemmelsen om grunnleggende prinsipper, jf. også punkt 7.4. Hva gjelder den nærmere utformingen av ny formålsbestemmelse, delte utvalget seg i et flertall og et mindretall.

Utvalgsflertallet foreslo effektiv bruk av samfunnets ressurser og konkurranse om offentlige kontrakter som et todelt formål. Flertallet understreket at forslaget – til tross for betydelige språklige endringer – ikke var ment å innebære store realitetsendringer. Flertallet la til grunn at effektiv bruk av samfunnets ressurser er den bærende begrunnelsen for anskaffelsesregelverket, og at det må legges til grunn en vid forståelse av dette begrepet, jf. NOU 2014: 4 side 69–70. I tillegg la flertallet til grunn at konkurranse ikke bare er et virkemiddel, men et formål i seg selv; regelverket skal være en garanti for at private virksomheter gis tilgang til markeder hvor offentlig sektor står for hele eller deler av etterspørselen. I avveiningen mellom disse to formålene foreslo flertallet at hensynet til effektiv ressursbruk må tillegges særlig vekt ved tolkningen av regelverket under EØS-terskelverdiene. For øvrig ga flertallet uttrykk for at forretningsmessighet og likebehandling ikke er formål i seg selv, men virkemidler for å oppnå effektiv ressursbruk. Økt verdiskapning, integritet og tillit utad oppnås gjennom effektiv ressursbruk og konkurranse, og ble således vurdert som overflødig å beholde i formålsbestemmelsen.

Mindretallet foreslo en formålsbestemmelse som i stor grad ligner på gjeldende § 1. Etter

mindretallets vurdering måtte formålsbestemmelsen favne videre enn bare effektiv ressursbruk; anskaffelsesregelverket er også et viktig verktøy for å nå samfunnspolitiske mål, jf. NOU 2014: 4 side 71–72. Det er ikke tilstrekkelig å forutsette at effektiv ressursbruk skal forstås vidt. Mindretallet foreslo derfor følgende ordlyd:

«Loven skal bidra til at offentlige anskaffelser gir størst mulig samlet verdiskapning gjennom effektiv ressursbruk, basert på konkurranse. I tillegg skal loven bidra til å sikre allmennhetens tillit til at det offentlige opptrer med stor integritet og at anskaffelsen skjer på en samfunnstjenlig måte.»

### 7.1.3 Høringsinstansenes syn

I likhet med utvalget er høringsinstansene delt i synet på hvordan formålsbestemmelsen skal utformes. Drøyt 100 høringsinstanser har berørt spørsmålet uttrykkelig i sine høringssvar. Dessuten har 30 høringsinstanser gitt sin generelle støtte enten til utvalgets forslag eller til høringsvar fra andre; blant annet har 18 kommuner og fylkeskommuner uttrykkelig stilt seg bak høringsvaret til KS.

Utvalgsflertallets forslag har i sum fått større oppslutning enn mindretallets, men samlet sett må støtten sies å ha fordelt seg nokså jevnt. I tillegg har flere instanser fremmet alternative forslag som i varierende grad bygger på eller er en kombinasjon av flertalls- og mindretallsforslagene. Det er i hovedsak representanter for oppdragsgiversiden som har uttrykt støtte til flertallets forslag. Mindretallet har fått bred støtte fra representanter for leverandørsiden, men også en del oppdragsgivere og andre aktører.

De fleste høringsinstanser som støtter flertallet, har vist til at forslaget tydeliggjør formålet og klargjør skillet mellom mål og middel i anskaffelsesretten. En slik opprydning innebærer forenkling. I sin støtte til flertallet har KS vist til at formålsparagrafen må begrenses til å angi hovedformålet med regelverket. Ikke alle hensyn som vil kunne gjøre seg gjeldende på anskaffelsesområdet, kan vies plass i denne bestemmelsen:

«En formålsbestemmelse kan ikke bli uttømmende i sin oppregning. Bestemmelsen bør derfor reddykke det viktigste. Anskaffelsesreglene skal bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette er det bærende formålet med regelverket. Historisk er det et ønske om effektiv ressursbruk som har begrunnet inn-

føringen av regler om offentlige anskaffelser i norsk rett. I det nye anskaffelsesdirektivet fra EU er nå effektivitetshensynet fremhevet særskilt.»

*Oslo Universitetssykehus HF* har på sin side begrunnet sin støtte til flertallet med at en klargjøring av formålet vil kunne være positivt og forenkende for forståelsen av regelverket for øvrig:

«OUS er positive til utvalgets forslag om klargjøring av formålet med anskaffelsesregelverket. Med utgangspunkt i dagens § 1 er det i liten grad tydelig hva som er det overordnede formål med regelverket. Dette bidrar til å komplisere tolkningen av forskriftsbestemmelser og lovtekst hvor formålsbetraktninger er et relevant tolkningsmoment. En klargjøring av formålet vil i så måte kunne bidra til økt forutsigbarhet gjennom mer enhetlig tolkning av de bakenforliggende hensyn tilknyttet hver enkelt bestemmelse.»

Enkelte høringsinstanser har uttalt seg om det nærmere innholdet i uttrykket «effektiv bruk av samfunnets ressurser». Ifølge *Hordaland fylkeskommune* og *Nordland fylkeskommune* bør dette kunne tolkes vidt. De ikke-økonomiske hensynene som mindretallet ser behov for å fremheve i lovteksten, vil etter deres vurdering naturlig være dekket av uttrykket. Følgelig er det unødvendig å bygge ut formålsbestemmelsen på den måten mindretallet har foreslått. Samtidig bør forarbeider og veiledere utdype uttrykket nærmere. *Justis- og beredskapsdepartementet* har stilt spørsmål ved om «effektiv bruk av samfunnets ressurser» er et tilstrekkelig presist uttrykk, og mener at det i alle fall bør gis utfyllende forklaringer i forarbeidene. *Utenriksdepartementet* har på sin side foreslått å presisere uttrykkelig i lovteksten at formålet skal være å fremme «formåls- og kostnads-effektiv bruk av samfunnets ressurser». Begrunnelsen er at det språklig sett er intuitivt å forstå effektiv ressursbruk som «kostnadseffektivitet». Da oppstår det en risiko for at brukerne av regelverket ikke retter tilstrekkelig oppmerksomhet mot «formålseffektivitet», dvs. selve behovsdekningen som den aktuelle anskaffelsen skal sørge for.

Flere høringsinstanser mener at konkurranse ikke er et formål i seg selv, men utelukkende et virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk. *Helse Nord RHF*, *Helse Sør-Øst RHF*, *Klagenemnda for offentlige anskaffelser* og *Bedriftsforbundet* har foreslått å omformulere flertallsforslaget, slik at

anskaffelsesregelverket skal «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser gjennom konkurranse om offentlige kontrakter», mens *Konkurransetilsynet* har foreslått å rendyrke effektiv ressursbruk som regelverkets overordnede formål. Også *Direktoratet for økonomistyring, Oslo kommune, Bedriftsforbundet* og *Inventura AS* har gitt uttrykk for at konkurranse ikke er et formål i seg selv.

Høringsinstansene som støtter mindretallets forslag, mener generelt at effektiv ressursbruk er en for snever angivelse av regelverkets formål. Anskaffelsesregelverket skal også bidra til å realisere andre samfunnsmessige mål. Tillit, integritet og samfunnstjenlighet er viktige formål som bør fremgå eksplisitt av formålsparagrafen.

*Transparency International Norge* er blant høringsinstansene som har drøftet spørsmålet bredt. Organisasjonen uttrykker forståelse for utvalgsflertallets syn om at det er unødvendig å fremheve hensynene til tillit og integritet særskilt i anskaffelsesregelverket, all den tid disse hensynene generelt er viktige for offentlig sektor, men fortsetter så:

«På den annen side har Lov om offentlige anskaffelser en så sentral rolle i å regulere en offentlig aktivitet som er forbundet med korrupsjonsrisiko, at det er riktig å uttrykke at samfunnsansvar, tillit og integritet er et formål med loven. Dermed vil formålsbestemmelsen også gi et viktig signal som kan ha praktisk betydning for muligheten til å ivareta samfunnsansvar når motstridende hensyn skal avveies eller vurderes i konkrete anskaffelser. En slik formålsbestemmelse vil motivere til at samfunnsansvar og antikorrupsjon blir et hensyn som skal ivaretas i alle faser av anskaffelsesprosessen.»

Representantene for næringslivet – med unntak av *Bedriftsforbundet, Hovedorganisasjonen Virke, Mercell Holding AS* og *Steria AS* – har vært særlig klare i sin støtte til mindretallets forslag. Men også flere oppdragsgivere har uttrykkelig fremhevet at tillit og samfunnstjenlighet er formål som må inntas i ny § 1. Både *Fylkesmannen i Sogn og Fjordane, Hedmark fylkeskommune, Sør-Trøndelag fylkeskommune, Bergen kommune* og *Oslo kommune* støtter mindretallets syn – men ikke forslag til ordlyd – på dette punktet. Oslo kommune har foreslått at anskaffelsesregelverket skal «fremme effektiv og samfunnstjenlig bruk av samfunnets ressurser ved offentlige anskaffelser» og begrunnet dette slik:

«I Oslo kommune er det bred politisk enighet om at anskaffelsesregelverket skal sikre formåls- og kostnadseffektive anskaffelser med vekt på samfunnsansvar. Oslo kommune er av den klare oppfatning at formålsbestemmelsen i særnorsk regelverk tydelig må reflektere mål vedrørende miljø, etikk og sosialt ansvar. Å fjerne «samfunnshensyn» fra formålsbestemmelsen, vil kunne svekke fokuset på viktigheten av å tenke økonomisk i et bredere og mer langsiktig perspektiv, for å sikre et sunt, fremtidsrettet og samfunnsansvarlig marked. Det vil også etter Oslo kommunes oppfatning gi uheldige signaler til allmennheten.»

I tillegg har *Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, Direktoratet for nødkommunikasjon, Mattilsynet, Universitetet i Agder, Universitetet i Oslo, Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet, UiT Norges arktiske universitet* og *Universitetet i Bergen, Troms fylkeskommune, Advokatfirma DLA Piper Norway DA, Blå Kors Norge, Den Norske Advokatforening, Ideelt Nettverk, Landsorganisasjonen i Norge* og *Unio* gått inn for mindretallets forslag. Også *Økokrim* støtter mindretallet og begrunner dette blant annet med at hensynet til å redusere risikoen for korrupsjon ikke er blitt mindre relevant i den senere tid. *Økokrim* mener det er grunn til å anta at korrupsjon i forbindelse med offentlige anskaffelser forekommer i klart større omfang i dag enn for 10–15 år siden.

Enkelte høringsinstanser har uttrykkelig fremhevet at økt verdiskapning er et formål med anskaffelsesregelverket, blant annet *Arbeids- og velferdsdirektoratet, Havforskningsinstituttet, Østfold fylkeskommune* og *Inventura AS*. Sistnevnte har begrunnet dette med at økonomisk vekst er en bærende tanke bak ideen om EUs indre marked, og at offentlige oppdragsgivere skal basere sine anskaffelser på hva som tjener samfunnsutviklingen, ikke bare på mest mulig effektiv ressursbruk i øyeblikket.

*Initiativ for etisk handel* mener at formålsparagrafen tydeligere må få frem det offentlige ansvar for å fremme bærekraftig utvikling. Begrepet bærekraft dekker både sosiale, miljømessige og økonomiske dimensjoner; offentlige anskaffelser skal ikke bare være effektive, de skal også være ansvarlige. *Initiativ for etisk handel* har mot denne bakgrunn foreslått at formålet angis å være «effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser ...». Forslaget har fått støtte fra *Framtiden i våre hender*. Også *Norges Miljøvernforbund* mener formålsbestemmelsen må reflektere hensynet til bærekraftig utvikling.

### 7.1.4 Departementets vurdering

I likhet med Forenklingsutvalget ser departementet et behov for å klargjøre anskaffelsesregelverkets formål. Formålsbestemmelsen bør reddykke det egentlige formålet med regelverket. Virkemidler som skal benyttes for å realisere formålet, bør flyttes til andre bestemmelser.

Utvalgsflertallets forslag er en kortfattet og tydelig angivelse av det flertallet mener er formålet med regelverket. Mindretallets forslag fremstår på sin side mer eller mindre som en videreføring av gjeldende formålsbestemmelse. Etter departementets vurdering er det behov for å formulere formålet på en klar og tydelig måte, slik flertallet har gjort. På den annen side deler ikke departementet fullt ut flertallets syn på hva formålet skal være. Departementet kan slutte seg til deler av mindretallets syn. På denne bakgrunn foreslår departementet at effektiv bruk av samfunnets ressurser og at det offentlige opptrer med integritet ved gjennomføringen av anskaffelser, angis som formålet med anskaffelsesregelverket, jf. departementets lovforslag § 1.

Departementet er enig med utvalgets flertall i at effektiv bruk av samfunnets ressurser er det sentrale formålet med anskaffelsesregelverket. Som flertallet har pekt på, har ønsket om effektiv forvaltning av fellesskapets midler historisk sett vært den bærende begrunnelsen for innføringen av regler om offentlige anskaffelser. Regelverkets konkrete og detaljerte prosedyreregler er i første rekke ment å stimulere til best mulig ressursutnyttelse i offentlig sektor. Denne målsettingen er like aktuell i dag. Dessuten har EU fremhevet uttrykkelig at det nettopp er ønsket om mer effektiv offentlig ressursbruk som har begrunnet revisjonen og moderniseringen av direktivene, jf. premiss 2 i fortalen til det nye anskaffelsesdirektivet.

At effektiv ressursbruk er det overordnede formålet med regelverket, skal ikke være til hinder for at det kan tas andre samfunnshensyn ved gjennomføringen av konkurranser om offentlige kontrakter. Dette gjenspeiler seg også i lovforslaget §§ 5 til 7.

Departementet følger ikke opp flertallets forslag om å angi konkurranse om offentlige kontrakter som et formål med regelverket. På dette punktet slutter departementet seg til høringsinstansene som har fremholdt at konkurranse ikke er et formål i seg selv, men et virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk. Departementet er ikke uenig i at forslaget vil kunne fungere som en påminnelse om at regelverket skal sikre både

nasjonal og internasjonal konkurranse om offentlige kontrakter, og således bidra til å synliggjøre det grunnleggende EØS-rettslige formålet om et felles indre marked med konkurranse på tvers av landegrensene. Som flertallet selv påpeker, er imidlertid realiseringen av et felles indre marked gjennomgående et formål med lovgivning som gjennomfører Norges EØS-rettslige forpliktelser. Departementet kan ikke se at det er et særlig behov for å fremheve dette på anskaffelsesrettens område. Departementet viser også til at konkurranse er foreslått videreført som et uttrykkelig prinsipp som skal gjelde for alle anskaffelser, jf. punkt 7.4.

Utvalgets mindretall har foreslått å videreføre anskaffelsesloven § 1 annet punktum, som sier at loven skal bidra til integritet i offentlig sektor og tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Flertallet mener på sin side at hensynene til effektiv ressursbruk og konkurranse gjør setningen overflødig. Departementet slutter seg til mindretallets syn. Setningen ble tilføyd ved en lovendring i 2006 for å fremheve at anskaffelsesregelverket er et verktøy for å forhindre korrupsjon og kameraderi i offentlig sektor. Etter departementets vurdering er dette etiske aspektet et formål i seg selv. Departementet viser særlig til Transparency International Norges høringssvar på dette punktet. Dessuten ser departementet at det vil kunne gi et uheldig signal å fjerne denne delen av formålsparagrafen. Budskapet bør likevel kortes ned og presiseres. Det sentrale er å fremheve at regelverket skal bidra til offentlig sektor opptrer med integritet ved offentlige anskaffelser.

Departementet foreslår ikke å videreføre «økt verdiskapning i samfunnet» i formålsbestemmelsen. Økt verdiskapning blir imidlertid et resultat av at samfunnets ressurser disponeres så effektivt som mulig.

## 7.2 Virkeområde

### 7.2.1 Gjeldende rett

Virkeområdet for anskaffelsesloven er i dag regulert i to paragrafer om henholdsvis oppdragsgivere som er omfattet av loven og anskaffelser som er omfattet av loven.

Anskaffelsesloven § 2 angir hvem loven gjelder for. For det første gjelder loven for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. En nærmere presisering av «offentligrettslig organ» er fastsatt i anskaffelsesforskriften.

For det andre gjelder loven for rettssubjekter som driver virksomhet i forsyningssektorene, i den utstrekning dette følger av internasjonale forpliktelse og forskrifter gitt i medhold av loven. Dette er først og fremst ment å dekke rettssubjekter som er omfattet av forsyningsdirektivet.

For det tredje gjelder loven for andre rettssubjekter ved inngåelse av bygge- og anleggskontrakter der det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 prosent av kontraktens verdi. I anskaffelsesforskriften er det fastsatt nærmere regler om subsidierte kontrakter. Blant annet gjelder forskriften for tilhørende tjenestekontrakter som er subsidiert med mer enn 50 prosent.

Loven gjelder ikke på Svalbard, men Kongen har hjemmel til å gi nærmere bestemmelser om dette i forskrift.

Anskaffelsesloven § 3 regulerer hvilke anskaffelser som er omfattet av loven. Det er anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider. I forskriftene er det i tillegg gitt særlige regler for plan- og designkonkurranser, samt bygge- og anleggskonsesjoner. Tjenestekonsesjonskontrakter faller utenfor både loven og forskriftene.

Det er uttrykkelig presisert at loven ikke gjelder for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, det vil si anskaffelser som på nærmere vilkår har tilknytning til forsvarsformål eller vesentlige sikkerhetsinteresser. Loven inneholder ingen øvrige unntak. I forskriftene er det imidlertid gitt en rekke unntaksbestemmelser. Enkelte av disse unntakene er også ment å gi unntak fra loven. Det gjelder blant annet anskaffelser med en anslått verdi under 100 000 kroner og anskaffelser som innebærer utøvelse av offentlig myndighet etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32.

### 7.2.2 Departementets høringsnotat

For å klargjøre lovens virkeområde foreslo departementet flere endringer i anskaffelsesloven §§ 2 og 3. Departementet foreslo at lovens virkeområde angis i § 2, mens hvilke oppdragsgivere som er underlagt loven, presiseres nærmere i § 3.

I forslaget til ny § 2 gikk departementet inn for å tydeliggjøre hvilke anskaffelser loven gjelder for. Den gjelder ikke bare regulære vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter, men også plan- og designkonkurranser og konsesjonskontrakter. Dette burde fremgå uttrykkelig av lovteksten. Forslaget var særlig ment å fjerne eventuell tvil om konsesjonskontrakter er omfattet av loven ettersom tjenestekonsesjonskontrakter ikke er omfattet av loven i dag. Gjennom det nye conse-

sjonskontraktordirektivet må konsesjonskontrakter fullt ut innlemmes i anskaffelsesregelverket.

Derneft ønsket departementet å klargjøre hvilke kontrakter som er unntatt fra loven. Forenklingsutvalget foreslo å plassere alle unntak fra loven i lovteksten. Etter departementets vurdering lot dette seg vanskelig gjøre, først og fremst fordi omfanget og rekkevidden av en del unntak er forskjellig i henholdsvis anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktordirektivet og direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Departementet foreslo derfor å gi departementet en hjemmel til å fastsette unntak fra lovens virkeområde i forskrift. På denne måten kan unntaksbestemmelsene samles i hver enkelt forskrift. Av samme grunn foreslo departementet at unntaket for anskaffelser som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, tas ut av loven og legges sammen med øvrige unntak i forskriftene.

Kontrakter som oppdragsgiver subsidierer med mer enn 50 prosent, foreslo departementet å regulere nærmere i forskrift.

I forslaget til ny § 3 hadde departementet listet opp oppdragsgiverne som er underlagt loven, og tilføyd en hjemmel til å presisere dette nærmere i forskrift.

### 7.2.3 Høringsinstansenes syn

13 høringsinstanser har kommentert forslagene til endringer i anskaffelsesloven §§ 2 og 3. I tillegg har to høringsinstanser gitt støtte til andre som har uttalt seg om temaet.

Det som særlig har fanget høringsinstansenes interesse, er forslaget om å samle alle unntaksreglene i forskriftene. Mens *Næringslivets Hovedorganisasjon* gir sin fulle støtte til forslaget, er *Arbeids- og velferdsdirektoratet*, *Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon*, *Havforskningsinstituttet*, *Politiets fellestjenester*, *Toll- og avgiftsdirektoratet*, *Hovedorganisasjonen Virke*, *KS* og *KS Bedrift* kritiske. Disse høringsinstansene mener det regelteknisk er mer hensiktsmessig å plassere unntak fra loven i lovteksten. Man slipper da å måtte gå til forskriftene for å finne ut om en anskaffelse er unntatt fra loven. Dette vil gjøre regelverket mer oversiktlig og tilgjengelig for brukerne. Arbeids- og velferdsdirektoratet understreker at hensynet til enkelhet for brukerne veier tyngre enn både hensynet til at lovteksten ikke skal bli for omfattende, og hensynet til at det vil være enklere å tilføye nye unntak i forskrift enn i lov. Hva gjelder det siste, peker de på at departementet kan gis hjemmel til å fastsette midlertidige unntak i forskrift inntil loven kan oppdateres.

De fleste høringsinstansene er likevel først og fremst opptatt av at unntakene må samles, og at det må fremkomme klart når en unntaksregel er ment å være et unntak fra hele anskaffelsesregelverket, og når det bare dreier seg om et unntak fra forskriftenes detaljerte prosedyreregler. *Havforskningsinstituttet* uttaler:

«Havforskningsinstituttet anser det som klart viktigst at det fremgår eksplisitt av unntaksbestemmelsene om de ulike typene kontrakter er unntatt anskaffelsesverket i sin helhet (lov og forskrift) eller om de kun er unntatt de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriftene, ikke nødvendigvis hvor disse er regulert. Foruten at Havforskningsinstituttet anser det som mest naturlig at bestemmelsene som gjør unntak for anskaffelsesregelverkets anvendelse på visse kontrakter reguleres i loven, støttes departementets forslag under forutsetning av at det eksplisitt angis i forskriftsbestemmelsene om de ulike typene kontrakter er unntatt anskaffelsesregelverket i sin helhet eller om det kun er de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriften som er unntatt anvendelse».

Blant øvrige innspill har *Justis- og beredskapsdepartementet* foreslått at lovens § 2 og § 3 bør slås sammen til én bestemmelse siden begge gjelder lovens virkeområde. *Politiets fellestjenester* har foreslått det samme i et innspill til tilsvarende bestemmelser i forskrift. Begrunnelsen er at en sammenslåing vil gjøre bestemmelsen mer pedagogisk og enklere for særlig ikke-jurister som skal praktisere regelverket.

#### 7.2.4 Departementets vurdering

Etter departementets vurdering gir ikke høringen grunnlag for å gjøre vesentlige endringer i forslaget til nye regler om lovens virkeområde. Departementet er imidlertid enig med Justis- og beredskapsdepartementet og Politiets fellestjenester i at det har mye for seg å slå sammen bestemmelsene i anskaffelsesloven §§ 2 og 3. Lovens virkeområde handler både om *hva* den gjelder for og *hvem* den gjelder for. Departementet har derfor valgt å regulere virkeområdet i en felles bestemmelse, jf. departementets lovforslag § 2.

Når det gjelder unntak, er departementet i utgangspunktet enig med Forenklingsutvalget og høringsinstansene i at unntak fra loven bør plasseres i loven. Etter departementets vurdering vil det likevel ikke være hensiktsmessig å gå for en slik

løsning, verken regelteknisk eller av hensyn til brukervennligheten. Det er flere grunner til dette.

De tre nye anskaffelsesdirektivene inneholder svært mange unntak som skal gjennomføres i norsk rett. Unntaksbestemmelsene er imidlertid ikke fullt ut likelydende i de tre direktivene. I tillegg gjelder egne unntaksregler i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet (direktiv 2009/81/EF), som i dag er gjennomført i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dersom samtlige unntak i disse fire direktivene skulle gjennomføres som unntaksbestemmelser i loven, ville mesteparten av loven bestått av unntaksbestemmelser. I tillegg ville det vært behov for en rekke særtilpasninger for henholdsvis forsyningssektorene, konsesjonskontrakter og forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Slik departementet ser det, ville ikke slike omfattende særtilpasninger gjøre det enkelt for brukerne å navigere i regelverket.

På dette grunnlaget opprettholder departementet forslaget sitt om at departementet gis hjemmel til å fastsette unntak fra loven i forskrift, jf. departementets lovforslag § 2 tredje ledd. Forskriftshjemmelen er ganske vidt formulert. Hjemmelen skal imidlertid i all hovedsak brukes til å gjennomføre unntakene som følger av EUs anskaffelsesdirektiver i norsk rett. Unntakene i direktivene gjelder hovedsakelig anskaffelser som er dekket av andre regler eller som er begrunnet i særlige forhold ved kontraktsgjstanden, kontraktsområdet eller kontraktsparten. For anskaffelser over EØS-terskelverdi vil det ikke være mulig å vedta egne unntak nasjonalt, som ikke er i overensstemmelse med internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. Selv om det er mulig å vedta egne unntak fra lovens virkeområde for anskaffelser under EØS-terskelverdi, vil dette normalt være lite praktisk. I dag gjelder samme unntaksbestemmelser over og under EØS-terskelverdi. Departementet har vurdert muligheten for å presisere hjemmelsbestemmelsen til kun å omfatte dette praktiske nedslagsfeltet, men har ikke funnet det mulig å formulere en snevrere hjemmel på en dekkende måte.

Departementet følger ikke opp forslaget fra høringsnotatet om å fastsette en egen hjemmel til å presisere hvem som er omfattet av loven. Etter departementets vurdering er kompetansen til å definere eller presisere lovens virkeområde tilstrekkelig hjemlet i den generelle forskriftshjemmelen i departementets lovforslag § 16.

Det følger av det nye anskaffelsesdirektivets artikkel 13 at direktivet får anvendelse på bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekon-



trakter som det offentlige ikke selv inngår, men som de yter tilskudd til med mer enn 50 prosent. Siden regelen bare er relevant for klassisk sektor, foreslår departementet at den nærmere presiseringen av anvendelsesområdet gjøres i anskaffelsesforskriften. På denne bakgrunn foreslås det at departementet gis hjemmel til å fastsette i forskrift at loven skal gjelde for slike subsidierte kontrakter, jf. departementets lovforslag § 2 fjerde ledd.

### 7.3 Rettighetshavere

Anskaffelsesloven § 4 angir hvilke leverandører som har rettigheter etter loven og forskrifter gitt i medhold av loven. Alle virksomheter som er gitt rettigheter etter internasjonale avtaler som Norge har på området, har rettigheter etter loven. Ved siden av EØS-avtalen og WTO-avtalen om offentlige innkjøp gjelder dette hovedsakelig EFTAs tredjelandsavtaler.

Departementet foreslår at gjeldende bestemmelse videreføres uten materielle endringer, jf. departementets lovforslag § 3. Departementet foreslår kun noen mindre språklige forenklinger.

### 7.4 Grunnleggende prinsipper

#### 7.4.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesregelverket er fundert på visse grunnleggende prinsipper, med prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet som de mest sentrale. Regelverkets detaljerte prosedyreregler bygger på disse prinsippene, og i enkelte prosedyreregler er prinsippene uttrykkelig gjentatt. De grunnleggende prinsippene utgjør således selve kjernen i anskaffelsesretten.

I det gjeldende anskaffelsesregelverket er de grunnleggende prinsippene forankret i anskaffelsesloven § 5. Noen prinsipper er også kommet til uttrykk i formålsbestemmelsen i § 1. I tillegg er de i stor grad gjentatt, til dels også utdypet, i forskriftene. Riktignok gjelder de grunnleggende prinsippene uansett i henhold til EØS-avtalens alminnelige regler, EUs anskaffelsesdirektiver, forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper. Med forankringen i anskaffelsesloven § 5 har imidlertid prinsippene fått en tydelig plass i det norske anskaffelsesregelverket.

Forenklingsutvalget har gitt en utførlig redegjørelse for de grunnleggende prinsippene slik de

er kommet til uttrykk i det gjeldende anskaffelsesregelverket, jf. NOU 2014: 4 side 73–81. I det følgende gis en kortfattet fremstilling som hovedsakelig er basert på utvalgets utredning.

Det mest sentrale prinsippet, *likebehandlingsprinsippet*, er nedfelt i anskaffelsesloven § 5 første ledd som en plikt for oppdragsgiver til å «sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører». Likebehandlingsprinsippet er også kommet direkte til uttrykk i § 1 første punktum. Grunnlaget for en velfungerende konkurranse om offentlige kontrakter er at alle leverandører i markedet gis like muligheter til å delta og blir behandlet likt under konkurransen. Prinsippet er likevel ikke til hinder for saklig og objektivt begrunnet forskjellsbehandling.

Det EØS-rettslige prinsippet om *ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet* er forankret i § 5 femte ledd bokstav a. I tillegg følger det av § 5 fjerde ledd at «utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier». Prinsippet er et forbud mot direkte og indirekte diskriminering. Noe selvstendig innhold ved siden av det generelle likebehandlingsprinsippet har imidlertid prinsippet ikke.

*Gjennomsiktighetsprinsippet* følger av anskaffelsesloven § 5 tredje ledd. Prinsippet har sitt opphav i EØS-retten, og EU-domstolen har utledet prinsippet fra det alminnelige likebehandlingsprinsippet. Prinsippet innebærer en forpliktelse for oppdragsgiver til å sikre tilstrekkelig åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen, for eksempel ved offentliggjøring av konkurranse om et oppdrag og mulighet for leverandørene til å kontrollere at konkurransevilkårene ikke bryter med likebehandlingsprinsippet.

I anskaffelsesloven § 5 tredje ledd er det også inntatt et prinsipp om *forutberegnelighet*. Oppdragsgiver skal sikre at leverandørene kan stole på at anskaffelsesreglene blir fulgt, at opplysningene de får av oppdragsgiver er korrekte, og at anskaffelsesprosessen for øvrig blir gjennomført på en forutsigbar måte for leverandørene. Forutberegnelighetsprinsippet er blitt tillagt stor vekt i KOFAs praksis, og i en rekke saker har nemnda konkludert med at oppdragsgiver har handlet i strid med prinsippet, uten at oppdragsgiver har brutt en bestemt prosedyreregulering.

Også *etterprøvbarehetsprinsippet* er forankret i anskaffelsesloven § 5 tredje ledd. Dette prinsippet skal ivareta leverandørens interesse i å kunne kontrollere at anskaffelsesregelverket er fulgt. Oppdragsgiver må derfor sikre at vurderinger og andre forhold som er av betydning for gjennom-

føringen av anskaffelsesprosessen, kan dokumenteres. I forskriftene er etterprøvbarehetsprinsippet kommet til uttrykk som et skriftlighetsprinsipp.

Anskaffelsesloven § 5 annet ledd etablerer et generelt *konkurransesprinsipp*; anskaffelser skal «så langt det er mulig være basert på konkurranse». Prinsippet har selvstendig betydning først og fremst for anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner og andre anskaffelser hvor oppdragsgiver er fritatt fra plikten til å kunngjøre konkurranse i den nasjonale kunngjøringsdatabasen Doffin og den europeiske kunngjøringsdatabasen TED. Ettersom konkurranseprinsippet bare gjelder «så langt det er mulig», vil oppdragsgiver unntaksvis kunne la være å gjennomføre konkurranse. En særlig side av konkurranseprinsippet er uttrykkelig gjentatt i § 5 femte ledd bokstav b, som setter forbud mot å bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse.

I henhold til anskaffelsesloven § 5 første ledd skal oppdragsgiver opptre i samsvar med prinsippet om *god forretningsskikk*. Det nærmere innholdet i dette prinsippet er ikke klarlagt i loven. I praksis og juridisk litteratur er det lagt til grunn at god forretningsskikk blant annet bærer med seg krav om aktsomhet, saklig og forsvarlig saksbehandling, ryddighet i anskaffelsesprosessen og rettferdig behandling av leverandørene.

Anskaffelsesloven § 5 første ledd fastsetter også et prinsipp om *høy forretningsetisk standard* i den interne saksbehandlingen. Oppdragsgivers opptreden i anskaffelsessaker skal være etisk forsvarlig, noe som er avgjørende for å sikre tilliten til offentlig sektor.

Avslutningsvis i anskaffelsesloven § 5 er det inntatt et *omgåelsesprinsipp*, jf. femte ledd bokstav c. Oppdragsgiver skal ikke dele opp en anskaffelse med det formål å unngå at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Konsekvensen av slik oppdeling vil være at de enkelte delene vurderes samlet ved avgjørelsen av hvilke regler som gjelder for anskaffelsen.

Foruten prinsippene som er nevnt i uttrykkelig i anskaffelsesloven § 5, heter det i formålsbestemmelsen i § 1 første punktum at offentlige anskaffelser skal være basert på *forretningsmessighet*. Anskaffelser er først og fremst forretning, ikke forvaltning. Forretningsmessighetsprinsippet har imidlertid ikke noe selvstendig rettslig innhold ved siden av øvrige prinsipper.

I tillegg er *forholdsmessighetsprinsippet* et grunnleggende anskaffelsesrettslig prinsipp. Det har ikke kommet direkte til uttrykk i anskaffelsesloven § 5, men er inntatt i forskriftene. Forholds-

messighetsprinsippet sentrale funksjon er at det regulerer øvrige prinsippers gjennomslagskraft. Plikter og rettigheter som utledes av andre prinsipper, må tilpasses den enkelte anskaffelsens art, kompleksitet og verdi.

Ytterligere et prinsipp som ikke er kommet direkte til uttrykk i anskaffelsesloven § 5, er prinsippet om *forsvarlig saksbehandling*. Dette er et grunnleggende forvaltningsrettslig prinsipp, men er også blitt ansett som en del av god anbudsskikk. Høyesterett har lagt til grunn at en oppdragsgiver utøver forvaltningsmyndighet ved gjennomføring av en anskaffelse, selv om kontraktstildelingen ikke er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, jf. Rt. 1998 side 1951 (Klubben).

#### 7.4.2 Nye anskaffelsesdirektiver

De nye anskaffelsesdirektivene inneholder egne bestemmelser om grunnleggende prinsipper. I henhold til det nye anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 om «udbudsprinsipper» skal oppdragsgiver opptre i samsvar med krav om likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og forholdsmessighet i anskaffelsesprosessen:

«De ordregivende myndigheter behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsiktig og forholdsmessig måte.

Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.»

Oppdragsgiver er pålagt de samme pliktene i det nye forsyningsdirektivet artikkel 36 nr. 1 og det nye konsesjonskontraktordirektivet artikkel 3 nr. 1. I hovedsak er de tre direktivbestemmelsene en videreføring av tilsvarende bestemmelser i de gamle anskaffelsesdirektivene, jf. direktiv 2004/18/EF artikkel 2 og direktiv 2004/17/EF artikkel 10.

Prinsippene som er nevnt i første ledd, er i hovedsak en presisering av krav som EU-domstolen allerede har utledet av EU-rettens grunnleggende regler i Traktaten om den europeiske unions virkemåte. Gjennom de uttrykkelige direktivbestemmelsene får imidlertid prinsippene en særlig tydelig forankring – kanskje også en noe

større rekkevidde – på anskaffelsesrettens område. Tilføyelsen av forholdsmessighetsprinsippet er ny. Dette prinsippet er ikke nevnt uttrykkelig i de gamle anskaffelsesdirektivene. For øvrig gir direktivene lite veiledning om det nærmere rettslige innholdet av prinsippene.

I henhold til annet ledd, som er nytt i de nye direktivene, skal oppdragsgiver verken omgå direktivets regler eller innskrenke konkurransen på en kunstig måte gjennom favorisering av bestemte leverandører. Det er nærliggende å forstå denne bestemmelsen som et generelt forbud mot omgåelse av anskaffelsesregelverket.

### 7.4.3 Forenklingsutvalgets forslag

Forenklingsutvalget foreslo en opprydning og klargjøring av de grunnleggende prinsippene slik de er kommet til uttrykk i det gjeldende anskaffelsesregelverket, jf. NOU 2014: 4 side 82–84. Etter utvalgets vurdering er det viktig at de grunnleggende prinsippene formuleres så enkelt og presist som mulig, at prinsipper uten selvstendig innhold strykes, og at unødvendige gjentakelser fjernes. Dette vil bidra til forenkling av regelverket. På den annen side understreket utvalget at forslaget ikke var ment å innebære realitetsendringer, men bare endringer av regelteknisk karakter.

Utvalget foreslo å samle de grunnleggende prinsippene i én felles bestemmelse i anskaffelsesloven § 5. Med dette ønsket utvalget samtidig å rendyrke § 1 som en formålsbestemmelse som ikke viser til hvilke virkemidler som skal bidra til å realisere formålet, jf. nærmere om dette i punkt 7.1.

Utvalget foreslo en ny § 5 hvor oppdragsgiver pålegges å opptre i samsvar med prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet. Etter utvalgets vurdering fanges innholdet i øvrige prinsipper i det gjeldende regelverket opp av disse fire prinsippene. Ikke-diskrimineringsprinsippet har ingen selvstendig betydning ved siden av likebehandlingsprinsippet, og prinsippene om god forretningsskikk, høy forretningsetisk standard og forretningmessighet synes å ha lite selvstendig innhold ved siden av øvrige prinsipper. Utvalget så heller ikke grunn til å videreføre en uttrykkelig bestemmelse om forbud mot omgåelse eller å lovfeste prinsippet om forsvarlig saksbehandling.

Utvalgets *flertall* mente at også prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet kunne strykes fra lovtteksten. Begrunnelsen var at innholdet i disse prinsippene dekkes av gjennomsiktighetsprinsippet. Et *mindretall* ønsket de to prinsippene

videreført i lovtteksten. Mindretallet var for så vidt enig med flertallet i at forutberegnelighet og etterprøvnbarhet kan utledes av gjennomsiktighetsprinsippet. Etter mindretallets vurdering blir imidlertid regelverket klarere og tydeligere hvis prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet nevnes uttrykkelig, fremfor at de «pakkes inn» i gjennomsiktighetsprinsippet. I tillegg er forutberegnelighet og etterprøvnbarhet avgjørende for å sikre både leverandørenes og allmennhetens tillit til offentlige anskaffelsesprosesser.

Et annet *mindretall* foreslo også å videreføre presiseringen i gjeldende § 5 om at konkurranseprinsippet bare skal gjelde «så langt det er mulig».

### 7.4.4 Høringsinstansenes syn

Høringsinstansene er generelt meget positive til at det skjer en opprydning i og klargjøring av anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper, og at de er foreslått samlet i anskaffelsesloven § 5. Høringsinstansene er samstemte om at en opprydning vil bidra til å forenkle regelverket.

Imidlertid har *Konkurransetilsynet* stilt spørsmål ved rettsliggjøringen som følger med plasseringen av de grunnleggende prinsippene i loven:

«Foruten påstand om brudd på avvisningsreglene er de påstander som oftest fremmes for KOFA, påstander om brudd på de grunnleggende prinsipper. Konkurransetilsynet mener det kan stilles spørsmål ved om det er nødvendig å innta alle de grunnleggende prinsippene i det *formelle* regelverket. Irland har for eksempel kun en veiledning for offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdiene, der «Key Principles» (kapittel 2), herunder likebehandling etc., fremgår.»

I samme retning går også et forslag fra *Høgskolen i Gjøvik* om å skille mellom skal- og bør-prinsipper, hvor skal-prinsipper plasseres i loven, mens bør-prinsipper omtales i veiledning. Høgskolen har ikke uttalt seg om hvilke prinsipper som hører hjemme i henholdsvis lov og veiledning.

I hovedsak har høringsinstansenes oppmerksomhet vært rettet mot spørsmålet om prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet skal nevnes uttrykkelig i loven. Her er høringsinstansene delt.

Rundt 70 høringsinstanser synes å støtte utvalgsflertallets forslag om å rendyrke gjennomsiktighetsprinsippet. De aller fleste av dem er representanter for oppdragsgiversiden, både på statlig, fylkeskommunalt og kommunalt nivå.

Disse høringsinstansene slutter seg i hovedsak til Forenklingsutvalgets begrunnelse om at prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet allerede er dekket av gjennomsiktighetsprinsippet, slik at det innebærer forenkling å stryke dem fra lovteksten. Eksempelvis skriver KS, som en rekke kommuner har støttet i sine høringssvar, følgende:

«KS støtter også *flertallets* forslag om å ren-  
dyrke prinsippene om likebehandling, gjen-  
nomsiktighet, konkurranse og forholdsmessighet i lovteksten. Innholdet i de øvrige prinsippene (forutberegnelighet og etterprøvbarehet) i gjeldende regelverk fanges opp av disse prinsippene.»

*Landbruksdirektoratet* har på sin side pekt på risikoen for at det utvikler seg en unødvendig streng forståelse av regelverket dersom det inneholder prinsipper med overlappende innhold:

«Når det gjelder prinsippet om *gjennom-siktighet* er Landbruksdirektoratet enig med utvalgets flertall om at *forutberegnelighet* og *etterprøvbarehet* allerede ligger i dette prinsippet. Ved å operere med flere prinsipper som omhandler mer eller mindre de samme forhold, kan man lett legge opp strenge fortolkninger av regelverket for å gi prinsippene om *forutberegnelighet* og *etterprøvbarehet* selvstendig innhold.»

Rundt 40 høringsinstanser – representanter for både oppdragsgiversiden og leverandørsiden – støtter mindretallsforslaget om å beholde forutberegnelighet og etterprøvbarehet som uttrykkelige prinsipper i loven.

Disse høringsinstansene har særlig fremhevet at prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet er godt innarbeidet i praksis, at regelverket blir klarere og tydeligere hvis de nevnes uttrykkelig, og at det ikke er gitt at gjennom-siktighetsprinsippet fullt ut dekker innholdet i dem.

Spesielt leverandørene i bygge- og anleggsbransjen er kritiske til å stryke de uttrykkelige henvisningene til prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet. *Byggenæringens Landsforeningen* og *Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg*, som har avgitt likelydende høringssvar, har i sin kritikk også trukket linjer til Forenklingsutvalgets øvrige forslag:

«BNL støtter mindretallets standpunkt om at dagens grunnleggende prinsipper om forutberegnelighet og etterprøvbarehet må videreføres.

Vi er uenige med flertallet som mener at disse prinsippene er dekket av grunnprinsippet om gjennom-siktighet. Etter BNLS vurdering er gjennom-siktighet nærmere åpenhet, og ikke noe godt norsk ord for å beskrive forutberegnelighet og etterprøvbarehet. Dette er prinsipper som er godt innarbeidet i praksis fra KOFA og domstolene, og som har et kjent innhold for både leverandører og oppdragsgivere. Det innebærer slik vi ser det ingen forenkling å slette prinsippene.

Forslaget om å slette grunnprinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet er spesielt betenkelig siden flertallet også foreslår endringer som i praksis fjerner leverandørens forutberegnelighet (prosedyre) og svekker etterprøvbareheten (forslaget om å slette protokollplikten, plikten til å angi tildelingskriterier mv.).»

De samme argumentene er også fremhevet av *Næringslivets Hovedorganisasjon*, som i tillegg har vist til at de to prinsippene har en signaleffekt som antas være et vesentlig bidrag til å bevisstgjøre offentlige innkjøpere og sikre leverandørens rettssikkerhet.

*Bergen kommune* har understreket den pedagogiske fordelen av å inkludere prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet uttrykkelig i lovteksten:

«*BK er her enig med mindretallet.* Bestemmelsen som foreslås er i overkant «knapp». Det gjøres ingen realitetsendring og etter vår vurdering må man ha relativt gode kunnskaper for å lese alle elementene ut av den foreslått paragrafen. Mindretallets forslag gir flere holdepunkter for den forståelsen som skal legges til grunn. Prinsippene er, som utvalget fremhever, svært sentrale både som selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter – og som momenter for tolkning av enkeltbestemmelser. Bestemmelsen bør ikke utformes så knapp at forståelsen blir vanskelig tilgjengelig for de som skal bruke og forstå regelverket.»

*Klagenemnda for offentlige anskaffelser* har dessuten pekt på risikoen for at det oppstår en usikkerhet om hvilke regler som gjelder hvis de to prinsippene strykes i lovteksten, til tross for at forslaget ikke er ment å innebære noen realitetsendring.

To høringsinstanser, *Forsvarets logistikkorganisasjon* og *GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet*, støtter utvalgets mindretall i at forutberegn-

nelighetsprinsippet må inntas i loven, men ikke etterprøvbarehetsprinsippet.

Blant øvrige innspill til den nye bestemmelsen om grunnleggende prinsipper har *Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet*, *Statsbygg* og *Advokatfirma DLA Piper Norway DA* gitt uttrykkelig støtte til at forholdsmessighetsprinsippet inntas i loven. Sistnevnte har pekt på at forholdsmessighetsprinsippet er av stor betydning for å realisere formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser.

*Arbeids- og velferdsdirektoratet* har foreslått at forretningsmessighet innlemmes i ny § 5 som et grunnleggende prinsipp. Etter Arbeids- og velferdsdirektoratets syn må uheldig anskaffelsespraksis i dag ses i sammenheng med at oppdragsgiver pålegges å prioritere andre hensyn på bekostning av forretningsmessige løsninger. *Norges Miljøvernforbund* har foreslått at miljø etableres som et grunnleggende anskaffelsesrettslig prinsipp. *Landsorganisasjonen i Norge* støtter mindretallet i utvalget som har foreslått at konkurranseprinsippet bare skal gjelde «så langt det er mulig», mens *Troms fylkeskommune* har foreslått at gjennomsiktighetsprinsippet formuleres som et prinsipp om åpenhet.

#### 7.4.5 Departementets vurdering

Departementet slutter seg til Forenklingsutvalgets forslag om å foreta en opprydning i og klargjøring av anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper. De grunnleggende prinsippene er selve fundamentet for regelverkets øvrige prosedyreregler. Det er derfor viktig at disse prinsippene formuleres så klart og presist som mulig. Ved å rendyrke enkelte prinsipper vil dessuten regelverket forenkles; lovteksten kortes ned og budskapet klargjøres.

Departementet ser det som nødvendig å opprettholde en bestemmelse om grunnleggende prinsipper i regelverket. EU-direktivene har uttrykkelige bestemmelser om dette, og disse må gjennomføres i norsk rett. Dessuten følger prinsippene langt på vei av EØS-avtalens alminnelige regler. Når prinsippene har et EØS-rettslig innhold, vil det ikke være tilstrekkelig – og i alle fall ikke regelteknisk hensiktsmessig – bare å omtale dem i veiledning. Noe reelt alternativ til å innarbeide EU-direktivenes grunnleggende prinsipper i det norske regelverket, foreligger etter departementets vurdering derfor ikke.

Departementet ser det ikke som hensiktsmessig å avgrense prinsippenes rekkevidde til anskaffelser som er omfattet av EU-direktivene eller

EØS-avtalens alminnelige regler. De grunnleggende prinsippene bør gjelde uavhengig av anskaffelsesens verdi. En annen sak er at forholdsmessighetsprinsippet får betydning for hvilke krav som kan utledes av de grunnleggende prinsippene i den enkelte anskaffelse.

Alternativet til lovfesting er å fastsette bestemmelser om grunnleggende prinsipper i de enkelte forskriftene. Etter departementets vurdering er det imidlertid hensiktsmessig å samle prinsippene i en felles lovbestemmelse. Prinsippene er så sentrale i regelverket at de bør forankres i loven.

På denne bakgrunn foreslår departementet en ny lovbestemmelse som pålegger oppdragsgiver å opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet, konkurranse og forholdsmessighet, jf. departementets lovforslag § 4.

Likebehandlingsprinsippet er det mest grunnleggende av alle prinsippene og må videreføres. I likhet med utvalget kan ikke departementet se at det er behov for å oppstille et uttrykkelig ikke-diskrimineringsprinsipp ved siden av likebehandlingsprinsippet.

Dernest foreslår departementet å videreføre prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet, og å sløyfe henvisningen til gjennomsiktighetsprinsippet. Departementet slutter seg til utvalgsflertallets vurdering om at prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet bare er presiseringer av det EØS-rettslige gjennomsiktighetsprinsippet. Etter departementets vurdering er det imidlertid språklig sett bedre å benytte begrepene forutberegnelighet og etterprøvbarehet. For brukerne av regelverket vil det være enklere å forstå betydningen av disse to begrepene enn uttrykket gjennomsiktighet. Departementet er således enig med utvalgets mindretall i at regelverket blir klarest og tydeligst dersom prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet nevnes uttrykkelig, i stedet for at de må utledes gjennom en tolkning av gjennomsiktighetsprinsippet. Når prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarehet på denne måten er ment å dekke gjennomsiktighetsprinsippet, er det ikke nødvendig å innta en eksplisitt henvisning til gjennomsiktighetsprinsippet i lovteksten. Departementet kan i denne sammenhengen slutte seg til Landbruksdirektoratets bekymring for at en slik eventuell overlapping bærer med seg en risiko for at man i praksis legger til grunn en for streng tolkning av prinsippene for å gi dem selvstendig innhold.

I likhet med utvalget foreslår departementet å videreføre det grunnleggende prinsippet om konkurranse. Etter departementets vurdering er det

ikke nødvendig å presisere at konkurranseprinsippet bare gjelder så langt det er mulig. Dette må anses temmelig opplagt og følger uansett av en tolkning av forholdsmessighetsprinsippet.

Departementet slutter seg til utvalgets forslag om å innta forholdsmessighetsprinsippet i loven. Prinsippet hører naturlig hjemme i loven sammen med de øvrige grunnleggende prinsippene. Som utvalget har pekt på, er forholdsmessighetsprinsippet av stor betydning for å realisere formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Forholdsmessighetsprinsippet er også inntatt i bestemmelsen om grunnleggende prinsipper i de nye anskaffelsesdirektivene.

Departementet legger til grunn at innholdet i øvrige prinsipper i det gjeldende anskaffelsesregelverket dekkes fullt ut av prinsippene om likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet, konkurranse og forholdsmessighet. De foreslås derfor ikke videreført.

Til forskjell fra de nye anskaffelsesdirektivene, jf. blant annet anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 annet ledd, foreslår departementet ikke å innta et uttrykkelig forbud mot omgåelse av regelverket. Etter departementets vurdering er dette såpass selvsagt at det ikke er nødvendig å innarbeide forbudet i lovteksten.

Departementet foreslår heller ikke å innta forretningsmessighet og miljø som grunnleggende prinsipper, slik dette er blitt foreslått i høringen. Det er departementets vurdering at hensynet til forretningsmessig opptreden ivaretas av forslaget til ny formålsbestemmelse, jf. punkt 7.1, mens hensynet til miljø ivaretas gjennom forslaget til ny bestemmelse om samfunnsmessige hensyn, jf. punkt 7.5.

## **7.5 Miljø, grunnleggende menneskerettigheter og andre samfunns-hensyn**

### **7.5.1 Gjeldende rett**

Det fremgår av anskaffelsesloven § 6 at statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer under planleggingen av den enkelte anskaffelse skal ta hensyn til livssykluskostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen.

### **7.5.2 Forenklingsutvalgets forslag og høringsinstansenes syn**

Forenklingsutvalgets flertall foreslo å oppheve anskaffelsesloven § 6. De pekte på at pliktene er

inntatt som generelle prinsipper som ikke kan bli håndhevet for domstolene. Leverandørene kan således ikke påberope seg at oppdragsgiver har forsømt sine plikter etter bestemmelsen. Flertallet mente at regelverket, så langt det er mulig, ikke bør inneholde regler som utelukkende er av motiverende art. Når det gjelder livssykluskostnader og universell utforming, viste flertallet dessuten til at disse hensynene ivaretas gjennom annen og mer presis lovgivning. For øvrig pekte flertallet på at dersom myndighetene mener at oppdragsgivere bør vektlegge disse samfunnshensynene ved sine anskaffelser, vil det mest egnede tiltaket være å gi konkret veiledning om hvordan dette kan skje. Samtidig understreket flertallet at forslaget om å oppheve § 6 ikke innebar at oppdragsgiver skal være forhindret fra å ta slike hensyn.

Utvalgets mindretall sluttet seg ikke til flertallets forslag om å stryke § 6. To medlemmer mente at bestemmelsen må videreføres fordi den skaper bevissthet hos oppdragsgiver om hva som bør prioriteres i planleggingen. De fremhevet at det er viktig at både oppdragsgivere og leverandører retter oppmerksomheten mot livssykluskostnadene ved den enkelte anskaffelse fremfor ensidig å konsentrere seg om anskaffelseskostnadene. Det er dessuten et uttalt politisk mål at offentlig sektor som kunde skal bidra til å utvikle og ta i bruk miljø- og klimavennlige løsninger og teknologier, og disse medlemmene mente det er et stort behov for å finne dekning i anskaffelsesregelverket for at miljø- og klimahensyn skal veie tungt. Tilsvarende mente de at universell utforming er bra for alle, og at det kan bidra til smarte løsninger og innovasjon.

På grunnlag av sin forståelse av mandatet avsto ett medlem fra å vurdere § 6, med unntak av plikten til å legge vekt på livssykluskostnader. Dette medlemmet understreket at livssykluskostnader er en viktig del av den økonomiske vurderingen av en anskaffelse og en integrert del av formålet med regelverket. Etter dette medlemmets oppfatning burde derfor kravet om å ivareta livssyklusperspektivet opprettholdes i regelverket.

Et mindretall på ett medlem foreslo å innføre en ny bestemmelse som setter et tak på maksimalt tre leverandører i kjeden, med en hovedleverandør og to nivåer av underleverandører. Formålet var å bekjempe useriøsitet i det norske arbeidslivet. Jo færre ledd i leverandørkjeden, jo enklere er det å føre kontroll og ha kommunikasjon med de enkelte leddene. Utvalgets flertall støttet ikke forslaget. De mente at det falt utenfor utvalgets mandat å foreslå nye slike regler. Selv om de

erkjente sammenhengen mellom lange leverandørkjeder og useriøsitet i arbeidslivet, fremhevet de at ulike forhold og tiltak må vurderes i ulike bransjer. Flertallet mente derfor at problemstillingen fortjente en bredere debatt.

Høringsinnspillene til utvalgets vurdering av § 6 sprikte. Det var ikke noe klart skille mellom oppdragsgiver- og leverandørsiden i synet på om bestemmelsen burde videreføres eller ikke. Mange høringsinstanser, både oppdragsgivere og leverandører, fremhevet imidlertid betydningen av at loven har bestemmelser som tydeliggjør viktigheten av å ivareta slike samfunnshensyn i anskaffelsesprosessene, uten at de nødvendigvis tok stilling til om § 6 har en hensiktsmessig utforming. Høringen la heller ikke opp til nærmere diskusjon om utformingen av bestemmelsen etter som utvalget kun drøftet om den skulle videreføres som den var, eller oppheves.

Etter høringsrunden, og i forbindelse med forslaget til gjennomføring av de tre nye anskaffelsesdirektivene, sendte departementet et forslag til ny lovbestemmelse som skal erstatte anskaffelsesloven § 6, på høring. Det er redegjort nærmere for forslaget og høringsinnspillene nedenfor i punkt 7.5.3 og 7.5.4.

Flere høringsinstanser uttalte seg om mindretallets forslag om å innføre et tak på maksimalt tre leverandører i leverandørkjeden. Mens *Økokrim*, *Nittedal kommune* og *Landsorganisasjonen i Norge* støttet forslaget, var *Arbeids- og velferdsdirektoratet*, *Havforskningsinstituttet*, *Statsbygg* og *Mercell Holding AS* imot.

Landsorganisasjonen i Norge viste i sin høringsuttalelse til at flere offentlige byggherrer allerede har igangsatt slike tiltak, og at det er bred enighet om at slike kjedebegrensninger er et effektivt virkemiddel i kampen mot arbeidslivskriminalitet, selv om det ikke er enighet om hvordan dette best reguleres. I dag har man ikke nok kunnskap om hvilke negative konsekvenser som kan oppstå ved å innføre kjedebegrensninger. Landsorganisasjonen i Norge ba derfor om at regjeringen igangsetter en offentlig utredning om kjedebegrensninger som virkemiddel for å motvirke sosial dumping og arbeidslivskriminalitet. I dette lå også et ønske om en vurdering av hvordan et slikt tiltak kan bli iverksatt enten i lovs form eller i avtaler av mer strukturell art.

Økokrim sluttet seg til virkelighetsforståelsen som utvalgets mindretall ga i sin begrunnelse for forslaget, og mente at slike begrensninger også burde være praktisk mulig å gjennomføre.

Statsbygg redegjorde for sin egen praksis med å begrense antallet ledd i leverandørkjeden. Prak-

sisen er begrunnet særlig i hensynene som utvalgets mindretall fremhevet. Statsbygg mente imidlertid at det i noen tilfeller kan være behov for å tillate underleverandører i flere ledd, uten at det øker risikoen for misligheter. De mente at anskaffelsesregelverket ikke bør være til hinder for dette, og ønsket derfor ingen regulering av adgangen.

Arbeids- og velferdsdirektoratet mente det bør være opp til oppdragsgiver å bestemme hvor lange leverandørkjedene kan være. Regelverket bør åpne for at oppdragsgiver kan sette maksimalgrenser for antallet underleverandører og lengden på leverandørkjeder, men forskriften bør ikke selv tallfeste dette.

### 7.5.3 Departementets høringsnotat

I høringsnotatet foreslo departementet at anskaffelsesloven § 6 erstattes med en ny lovbestemmelse. I forslaget pålegges offentlige oppdragsgivere å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger. Disse oppdragsgiverne skal også ha egnede rutiner for å ivareta hensynet til grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er risiko for brudd på slike rettigheter.

Departementet foreslo videre et nytt annet ledd som skulle vise det økte handlingsrommet for å ivareta hensynene til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i anskaffelsesprosessen.

Departementet foreslo ikke en uttrykkelig regulering av livssyklus kostnader og universell utforming i lovbestemmelsen. Høringen inkluderte imidlertid også forslag til nye forskriftsbestemmelser om krav om universell utforming og om bruk av livssyklus kostnader som tildelingskriterier, herunder regler om beregningen av livssyklus kostnader.

I høringsnotatet ble det også opplyst at departementet, som ledd i regjeringens strategi mot arbeidslivskriminalitet, ville følge opp forslaget fra Forenklingsutvalgets mindretall om å regelfeste begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden.

Forslaget til ny lovbestemmelse er et ledd i gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2, forsyningsdirektivet artikkel 36 nr. 2 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 30 nr. 3. Direktivbestemmelsene fastslår at medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre at leverandørene opptre i samsvar med miljøkrav og arbeidsrettslige og sosiale krav ved gjennomføring av offentlige kontrakter.

## 7.5.4 Høringsinstansenes syn

### 7.5.4.1 Generelt

Til sammen 47 høringsinstanser har uttalt seg uttrykkelig om departementets forslag til ny bestemmelse. I tillegg har en rekke høringsinstanser uttrykt støtte til andre uten å uttale seg om spørsmålet selv. For eksempel har 15 kommuner gitt sin generelle støtte til KS' høringsuttalelse.

Synspunktene på bestemmelsen spriker blant offentlige oppdragsgivere. KS mener i utgangspunktet at ulike samfunnshensyn fremmes best gjennom informasjon og konkret veiledning fremfor pålegg i regelverket. KS mener videre at oppdragsgiverne skal gis mulighet, men ingen plikt, til å fremme slike hensyn i offentlige anskaffelser. De er derfor på prinsipielt grunnlag imot forslaget til ny lovbestemmelse om krav om ivaretagelse av miljøhensyn og grunnleggende menneskerettigheter. En del kommuner stiller seg bak uttalelsene til KS på dette punktet. Også *Havforskningsinstituttet* er skeptisk til bestemmelsen.

*Steinkjer kommune* uttaler at dersom kommunesektoren får nye oppgaver spesielt innenfor miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, må dette kompenseres med utvidede økonomiske rammer, eventuelt gjennom øremerkede midler.

*Grimstad kommune* ønsker å beholde ordlyden i gjeldende bestemmelse.

Samtidig støtter en del offentlige oppdragsgivere forslaget til ny bestemmelse, herunder *Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet*, *Politiets fellestjenester*, *Statsbygg* og *Oslo kommune*. Det gjør også *Universitetet i Bergen*, *Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet*, *Universitetet i Oslo* og *UiT Norges arktiske universitet*, som i et felles hørings-svar uttaler:

«Forslaget til ny § 6 støttes spesielt. Økt fokus på ivaretagelse av miljøhensyn og respekt for grunnleggende menneskerettigheter i anskaffelsesregelverket er nødvendig ut fra konkurransehensyn. Det bryter med prinsippet om likebehandling når en leverandør som ikke respekterer grunnleggende menneskerettigheter og skader miljøet kan konkurrere om et offentlig tilbud på lik linje med seriøse leverandører.»

*Helseforetakenes Innkjøpsservice AS*, *Helse Sør-Øst RHF*, *Helse Midt-Norge RHF*, *Helse Vest RHF*, *Helse Nord RHF* og *Helse Stavanger HF* uttaler i et felles hørings-svar:

«Når det gjelder de deler av bestemmelsen som gjelder miljø og grunnleggende menne-

skerettigheter støtter vi endringen og mener det er fornuftig å løfte ansvaret mot etats- eller virksomhetsnivå. Dette grepet tror vi kan føre til at oppdragsgivere får en mer helhetlig tilnærming til hvordan disse hensynene skal ivaretas i sin anskaffelsespraksis i stedet for at de kun vurderes fra konkurranse til konkurranse.»

Samtidig foreslår disse høringsinstansene å synliggjøre i selve lovbestemmelsen at vurderingen av om det skal stilles krav, og eventuelt i hvilket omfang, inngår i oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Forslaget er ment å synliggjøre balansen mellom en reduksjon av administrative byrder og viktigheten av å ivareta samfunnsmessige hensyn.

*Fairtrade Norge*, *Initiativ for etisk handel*, *Landsorganisasjonen i Norge*, *Norges Taxiforbund*, *Næringslivets Hovedorganisasjon* og *Unio* støtter forslaget til ny lovbestemmelse. *Hovedorganisasjonen Virke* støtter derimot ikke forslaget, med den begrunnelse at slike hensyn ikke bør reguleres i anskaffelsesregelverket. Hovedorganisasjonen *Virke* mener at bestemmelsen fremstår som en symbolbestemmelse med betydelige tolkningsutfordringer.

For øvrig har en rekke høringsinstanser fremhevet betydningen av god veiledning.

### 7.5.4.2 Miljø

Miljøvernorganisasjonene *Miljøstiftelsen Bellona*, *Norges Miljøvernforbund* og *ZERO* støtter forslaget til ny miljøparagraf. Det gjør også *Miljødirektoratet*, som mener det i tillegg bør fremgå klart enten av selve lovbestemmelsen eller av forskriftene at plikten til å ta hensyn til klima og miljø gjelder i den enkelte anskaffelse. *Stiftelsen Miljømerking* er kritisk til endringen fra skal-krav på anskaffelsesnivå til krav rettet mot oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis.

Når det gjelder leverandørsiden, har forslaget fått støtte fra *Maskinentreprenørenes Forbund* og *Næringslivets Hovedorganisasjon*. Dessuten mener *Næringslivets Hovedorganisasjon* og *Norsk Industri* at der det blir stilt miljøkrav til produksjonen i norsk industri, bør det også stilles miljøkrav til anskaffelsen når det offentlige kjøper inn. Dette trekkes også frem av *Nordland fylkeskommune*.

### 7.5.4.3 Menneskerettigheter

*Initiativ for etisk handel* støtter forslaget til ny bestemmelse. De mener forslaget vil bidra til for-svarlig forvaltning, styrke prinsippene om ikke-



diskriminering og likebehandling og bidra til samstemthet mellom regler om offentlige anskaffelser og internasjonale forpliktelser som uttrykt i FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter. Initiativ for etisk handel er spesielt glade for at det fastslås at oppdragsgivere skal ha egnede rutiner på plass. De mener det er viktig at rutinene er hensiktsmessige, ikke medfører store administrative byrder for verken oppdragsgiver eller leverandører, er på et nivå som gir mest mulig troverdighet, og at de sikrer likebehandling. Initiativ for etisk handel mener at endringene i regelverket må følges av kompetansehevingstiltak og tilgang til faglig støtte og rådgivning. Dette gjelder både oppdragsgivere og leverandører. De etterspør en nasjonal kompetanse- og samordningsenhet for å sikre god og ressurseffektiv implementering av etikk i offentlige anskaffelser. Generell veiledning er ikke tilstrekkelig. *Framtiden i våre hender* fremmer tilsvarende synspunkter og trekker også frem behovet for en nasjonal kompetanse- og samordningsenhet. Framtiden i våre hender understreker at Direktoratet for forvaltning og IKT må sikres tilstrekkelige ressurser til å kunne ta på seg denne rollen.

Tilbakemeldingene fra representantene for oppdragsgiversiden er jevnt over negative. KS er positive til at oppdragsgiverne skal ta ansvar for å bidra til ansvarlige produksjonsforhold, men støtter ikke et lovkrav knyttet til ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter. De fremhever at krav knyttet til overholdelse av menneskerettigheter kan være svært ressurskrevende å gjennomføre og følge opp, og at det kan være spesielt utfordrende for mindre kommuner med begrenset kompetanse og begrensede ressurser å foreta slik oppfølging. *KS Bedrift* har fremmet tilsvarende synspunkter.

*Nord-Trøndelag fylkeskommune, Troms fylkeskommune, Bergen kommune, Drammen kommune, GKI Grenlandskommunenens innkjøpsenhet og Halden kommune* uttrykker alle bekymring for hvordan oppdragsgivere skal kunne følge opp krav om ivaretagelse av menneskerettigheter nedover i leverandørkjeden. Dette krever både kompetanse og ressurser som mange offentlige oppdragsgivere ikke besitter i dag. Utfordringene blir større jo lenger geografisk avstand det er til produksjonsstedet. Bergen kommune skriver at dersom det for eksempel skal være mulig å gjennomføre inspeksjon av produksjonslokaler i utlandet, bør det foreligge en ordning der staten gir økonomisk bistand og inngår avtaler som kan sikre nødvendig kompetanse til å gjennomføre inspeksjonen. Drammen kommune uttaler at de ikke har ressur-

ser til å følge opp et slikt kontrollregime innenfor dagens rammebetingelser, og Nord-Trøndelag fylkeskommune mener det er urealistisk at mindre kommuner vil være i stand til å gjennomføre denne typen kontrolltiltak. Troms fylkeskommune mener at en eventuell kontrollvirksomhet må utføres i nært samarbeid med offentlige tilsynsmyndigheter innenfor deres kompetanseområder, mens Halden kommune heller ønsker at det opprettes en sentral ordning som gjennomfører denne kontrollen på vegne av offentlige oppdragsgivere.

*Direktoratet for forvaltning og IKT* fremhever at det vil være krevende for oppdragsgiverne å følge opp slike krav i sine kontrakter. Det må etableres systemer og rutiner for oppfølging som også omfatter leverandørkjedene. Dette kan innebære et økt ressursbehov ved oppfølging av kontraktene, og det vil være et stort behov for veiledning både når det gjelder klargjøring av bestemmelsens innhold og gjennomføringen av de plikter oppdragsgiverne blir pålagt.

Videre mener Direktoratet for forvaltning og IKT at det er viktig at departementet klargjør innholdet i begrepet «grunnleggende menneskerettigheter». Direktoratet er positiv til en vid avgrensning av begrepet fordi dette vil gjøre lovbestemmelsen mer fleksibel og anvendelig.

Direktoratet for forvaltning og IKT er enig med departementet som la til grunn i høringsnotatet at det kan forventes en mer profesjonell tilnærming fra store innkjøpsorganisasjoner. Dette kan imidlertid skape ulike oppfatninger om innholdet i regelverkets krav. Det vil ha stor betydning for næringslivet at offentlige oppdragsgivere praktiserer bestemmelsen på en måte som gjør konkurranseforholdene forutsigbare. *Toll- og avgiftsdirektoratet* understreker også betydningen av å sikre ensartethet i forvaltningen ved å klargjøre hvilke rutiner oppdragsgiver pålegges å ha, hvordan krav skal følges opp og kontrolleres og hvilke konsekvenser det skal ha at oppdragsgiver avdekker brudd på kravene. Motsatt understreker *Hordaland fylkeskommune* at det ikke bør legges opp til en rettslig standard for hva som er egnet i det konkrete tilfellet, uavhengig av oppdragsgivers forutsetninger.

*Justis- og beredskapsdepartementet* mener at begrepet «hensynet til grunnleggende menneskerettigheter» er for upresist. Mange tiltak kan ivareta «hensynet til» menneskerettigheter, selv om de ikke gjelder spørsmål om brudd på rettslige plikter etter bestemmelser om menneskerettigheter. Justis- og beredskapsdepartementet uttaler at bestemmelsen blant annet reiser spørsmålet

om hvor langt oppdragsgivere skal gå i å stille krav overfor leverandører og underleverandører som ikke selv er pliktsubjekter etter ulike rettslige instrumenter om menneskerettigheter.

#### 7.5.4.4 Livssyklus kostnader

*Byggenæringens Landsforening* og *Landsorganisasjonen i Norge* mener at kravet om å ta hensyn til livssyklus kostnader fremdeles bør inngå i lovbestemmelsen. I de tilfeller hvor det ikke er grunn til å ta i betraktning livssyklus kostnader, bør det settes krav om en kort begrunnelse. *Miljødirektoratet* foreslår enten å ta inn igjen en plikt til generelt å ta hensyn til livssyklus kostnader i lovbestemmelsen, eller å ta inn regler om dette i forskriftenes bestemmelser for anskaffelser under EØS-terkskelverdiene. *LCC Forum* foreslår en egen lovbestemmelse som gir hjemmel til å vedta forskriftsbestemmelser om livssyklus kostnader.

#### 7.5.4.5 Universell utforming

Forslaget om å fjerne kravet om universell utforming fra lovbestemmelsen er møtt med kritikk fra enkelte høringsinstanser. Det gjelder *Likestillings- og diskrimineringsombudet*, *Rådet for funksjonshemmede i Oslo kommune*, *Borgerrettsstiftelsen Stopp Diskrimineringen*, *Byggenæringens Landsforening*, *Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon*, *Landsorganisasjonen i Norge*, *Norges Blindeforbund* og *Synshemmede Akademikere*. Flere av disse høringsinstansene fremhever at Norge er forpliktet gjennom FN-konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter til å ta i bruk alle hensiktsmessige tiltak, slik som lovgivning, for å sikre full tilgjengelighet på alle samfunnsområder. De fremhever at krav om universell utforming i annen lovgivning er ufullstendig, for eksempel innen arbeidsliv og utdanning.

*Direktoratet for forvaltning og IKT* noterer seg med tilfredshet at kravet om at det skal tas hensyn til universell utforming, videreføres i forskriftsutkastet.

#### 7.5.4.6 Andre hensyn

Enkelte høringsinstanser argumenterer for at flere hensyn bør omfattes av lovpålegget. *Ideelt Nettverk* mener at pålegget bør omfatte også «sosiale hensyn», herunder arbeidsforhold, og at oppdragsgivere som velger ikke å inkludere miljøhensyn eller sosiale hensyn i anskaffelsen, skal begrunne dette. Også *Rådgivende Ingeniørers Forening* mener at hensynene til sosiale forhold

og arbeidsforhold burde inkluderes, mens *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund* argumenterer for at begrepet «anstendige arbeidsforhold» legges til i teksten.

*Borgerrettsstiftelsen Stopp Diskrimineringen* mener at regelverket må forhindre diskriminering og har flere forslag til hvordan dette kan gjøres gjennom ulike bestemmelser i lov og forskrift, herunder tolkes inn i kravet til å ivareta «grunnleggende menneskerettigheter».

*Abelia* og *Forskningsinstituttene Fellesarena* mener at også innovasjon bør inngå som et obligatorisk hensyn i bestemmelsen, slik at oppdragsgivere må begrunne hvorfor innovasjon eventuelt ikke er relevant i den enkelte anskaffelsen.

#### 7.5.4.7 Handlingsrommet for ivaretagelse av ulike samfunnshensyn

*Helseforetakene Innkjøpsservice AS*, *Helse Sør-Øst RHF*, *Helse Midt-Norge RHF*, *Helse Vest RHF*, *Helse Nord RHF* og *Helse Stavanger HF*, *KS* og *Initiativ for etisk handel* stiller seg positive til en bestemmelse som viser det økte handlingsrommet for å trekke inn ulike samfunnshensyn på de ulike trinnene i anskaffelsesprosessen. *Initiativ for etisk handel* og *Ideelt Nettverk* mener imidlertid at forholdet mellom skal-bestemmelsen i første ledd og kan-bestemmelsen er uklart. *Ideelt Nettverk* mener blant annet at det er uklart hva som ligger i begrepene «arbeidsforhold» og «sosiale forhold».

### 7.5.5 Departementets vurdering

#### 7.5.5.1 Miljø

Departementet merker seg at selv om enkelte høringsinstanser er skeptiske til lovpålagte krav om å ivareta miljøhensyn og andre samfunnshensyn, synes ikke forslaget til ny miljøbestemmelse å være spesielt kontroversielt. Bestemmelsen er en videreføring og modernisering av eksisterende pålegg.

Det er tverrpolitisk enighet om at Norge skal bli et lavutslippssamfunn. Regjeringen vil styrke klimaforliket og starte omstillingen til lavutslippssamfunnet og det «grønne skiftet». Offentlige anskaffelser er ett av flere virkemidler i denne omstillingen. Regjeringen forventer at det offentliges forbruk og investeringer støtter opp om denne miljø- og klimapolitiske målsettingen.

Et av formålene med revisjonen av EUs nye anskaffelsesdirektiver har vært å styrke offentlige anskaffelser som virkemiddel for å nå målene i EUs 2020-strategi for «intelligent, bæredygtig og

inkludert inklusiv vekst», herunder EUs klimamål. For å reflektere denne utviklingen mener departementet at gjeldende regel om miljøkrav i anskaffelsesloven § 6 bør endres. Miljøkrav bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, samtidig som oppdragsgivere ved å etterspørre klimavennlige løsninger kan bidra til nødvendig innovasjon for å nå klimamålene. Dette er reflektert i lovforslaget § 5 første ledd første punktum.

Bestemmelsen som foreslås, retter seg mot oppdragsgiverne på virksomhetsnivå og stiller overordnede krav til deres samlede anskaffelsespraksis. Etter departementets syn er det viktig at hver enkelt oppdragsgiver har en helhetlig tilnærming til hvordan miljøkrav skal ivaretas i sin anskaffelsespraksis, og at dette er forankret på ledelsesnivå. Den foreslåtte bestemmelsen reflekterer dette. En anskaffelsesstrategi hvor oppdragsgiver har vurdert hvilke anskaffelser som utgjør en vesentlig miljøbelastning, er viktig for å få en mer miljøvennlig anskaffelsespraksis. I disse anskaffelsene skal hensynene til miljø og klima ivaretas. Oppdragsgiverne bør også utforme rutiner for hvordan disse anskaffelsene skal følges opp.

Bakgrunnen for Forenklingsutvalgets flertalls forslag om å oppheve anskaffelsesloven § 6 var blant annet at de oppfattet dette som en bestemmelse av ren motiverende karakter som ikke kunne håndheves av domstolene. Departementet er opptatt av at ny § 5 første ledd skal være et effektivt virkemiddel for å realisere regjeringens miljø- og klimapolitiske målsettinger. Kravene til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis må derfor reflekteres også i de enkelte anskaffelsene som oppdragsgiver gjennomfører, og underlegges en grad av rettslig kontroll.

En måte oppdragsgiver kan redusere anskaffelsenes miljøpåvirkning på, er å vektlegge livssyklus-kostnader. I dag fremgår det uttrykkelig av anskaffelsesloven § 6 at oppdragsgivere skal ta hensyn til livssyklus-kostnader. Departementet ser at enkelte høringsinstanser ønsker å videreføre dette kravet. Ivaretagelse av livssyklus-kostnader som en del av oppdragsgivers samlede kostnadsbilde er imidlertid både omfattet av kravet til effektiv ressursbruk i lovens formålsbestemmelse og en integrert del av den nye miljøbestemmelsen. I tillegg blir livssyklus-kostnader løftet frem som et eget tildelingskriterium i nye forskriftsbestemmelser, og det innføres en ny bestemmelse om beregning av livssyklus-kostnader. På denne bakgrunn ser departementet ikke behov for å nevne livssyklus-kostnader spesifikt i lovforslaget § 5.

Departementet har merket seg at Stortinget har fremmet følgende anmodningsvedtak i Nasjonalbudsjettet for 2016:

«Stortinget ber regjeringen innføre krav om minimum 30 pst. miljøvekting ved alle offentlig tilbud der det er relevant.»

Det har ikke vært mulig for departementet å realitetsbehandle dette vedtaket i denne proposisjonen. Det skyldes at utforming og konsekvenser av et slikt krav må utredes nærmere, og et forslag må sendes på alminnelig høring. Denne lovproposisjonen kan ikke utsettes i påvente av slike utredninger og høring siden de foreslåtte lovendringene i proposisjonen er et ledd i gjennomføringen av tre nye anskaffelsesdirektiver i norsk rett. Departementet vil komme tilbake til Stortinget med forslag til oppfølging av anmodningsvedtaket på en egnet måte.

#### 7.5.5.2 Grunnleggende menneskerettigheter

FN vedtok i 2011 veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter. Prinsippene omhandler medlemsstatenes ansvar for å beskytte individer mot brudd på menneskerettighetene – herunder krenkelser begått av tredjeparter, for eksempel aktører i næringslivet – og næringslivets ansvar for å respektere menneskerettighetene. FNs veiledende prinsipper viser til FNs verdenserklæring fra 1948, FNs to konvensjoner fra 1966 om henholdsvis sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet. I henhold til prinsipp 6 i FNs veiledende prinsipper bør staten fremme respekt for menneskerettigheter hos selskapene de gjennomfører forretningstransaksjoner med.

Departementet foreslår at dette ansvaret reflekteres gjennom en bestemmelse i anskaffelsesloven som slår fast at oppdragsgiverne skal ha etablert egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser, der det er en risiko for brudd på slike rettigheter, jf. lovforslaget § 5 første ledd annet punktum. Så lenge produksjonen finner sted i andre land, først og fremst i den tredje verden, har norske myndigheter få alternative virkemidler tilgjengelig for å påvirke disse produksjonsforholdene.

Som gjennomgangen av høringsinnspillene viser, har bestemmelsen fått en blandet mottakelse. En del høringsinstanser har uttrykt glede over at

betydningen av å bidra til ansvarlige produksjonsforhold nedover i produksjonsrekken, også der ytelsen produseres i utlandet, blir reflektert i anskaffelsesregelverket. Andre høringsinstanser, særlig representanter for oppdragsgiversiden, har påpekt at det vil være svært ressurskrevende og forutsette svært god kompetanse å følge opp slike krav i praksis. Enkelte oppdragsgivere mener det er urealistisk å forvente at alle oppdragsgivere vil være i stand til dette, mens andre etterlyser omfattende veiledning og tilrettelegging sentralt.

Like konkurransevilkår skapes ved at oppdragsgiverne stiller krav om at leverandørene og deres underleverandører følger grunnleggende internasjonale spilleregler ved fremstillingen av ytelsen. Leverandører som presser produksjonsprisene gjennom brudd på grunnleggende menneskerettigheter, bør ikke vinne konkurranser om offentlige kontrakter på bekostning av seriøse leverandører. Det finnes enkelte gode eksempler på offentlige oppdragsgivere som har rettet oppmerksomheten mot denne problematikken, og som legger ned ressurser i å gå foran med etisk forsvarlige innkjøp. Samtidig er det dessverre slik at mange oppdragsgivere ikke har rutiner for å fange opp disse problemstillingene. Departementet mener derfor det bør innføres et lovkrav som fastslår at offentlige oppdragsgivere skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter i sine anskaffelser.

Rutinene skal primært bidra til å forhindre brudd på grunnleggende menneskerettigheter i forbindelse med kjøp fra land der den nasjonale lovgivningen og/eller nasjonale kontrolltiltak er utilstrekkelige for å beskytte ansatte mot uforsvarlige arbeidsforhold.

Det er i hovedsak medlemsland, ikke private rettssubjekter, som er pliktsubjekter etter internasjonale konvensjoner. Departementet ser det derfor som lite hensiktsmessig å begrense bestemmelsen til menneskerettighetsbrudd som er begått av et pliktsubjekt etter den aktuelle konvensjon. Det ville gjort bestemmelsen tilnærmet innholdsløs.

Samtidig er det krevende ikke bare å stille, men særlig å følge opp slike krav i praksis. Nivået på oppdragsgivers oppfølgingsrutiner må gjenspeile risikoen for brudd på kravene. Som utgangspunkt bør oppfølging av slike krav inngå i oppdragsgivers ordinære kontraktsoppfølging.

En del høringsinstanser er opptatt av at det ikke må stilles urealistisk strenge krav til oppdragsgiverne. Departementet er enig i at det er viktig at lovbestemmelsen ikke pålegger dem uforholdsmessig store administrative byrder. Et

lovkrav vil gjelde ikke bare for offentlige etater med store, profesjonelle innkjøpsmiljøer, men også små kommuner og andre organer med mer begrensede ressurser tilgjengelig. Det må være praktisk håndterbart for alle å oppfylle lovkravene. Ingen oppdragsgiver vil ha mulighet til å skaffe full oversikt over alle ledd i produksjonskjeden til samtlige komponenter som inngår i de produkter som anskaffes. Med andre ord vil ingen oppdragsgiver kunne garantere seg mot ulovligheter i produksjonen. Alle kan imidlertid treffe tiltak for å bidra til å redusere risikoen for slike menneskerettighetsbrudd.

Krav knyttet til ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter vil ikke være relevante for alle anskaffelser. I tråd med forholdsmessighetsprinsippet bør oppdragsgivere ha oppmerksomheten rettet mot produkter og land der det er en særlig risiko for at leverandøren bryter grunnleggende menneskerettigheter. I tillegg vil kontraktens verdi og varighet være relevante momenter i vurderingen av om det skal stilles slike krav.

På samme måte som for miljø- og klimahensynet, jf. lovforslaget § 5 første ledd første punktum, er departementet opptatt av at plikten til å ha egnede rutiner for å fremme hensynet til grunnleggende menneskerettigheter skal fungere som et effektivt virkemiddel. At oppdragsgiver har egnede rutiner, har liten verdi dersom de ikke følges opp i den enkelte anskaffelse. Dette må underlegges en grad av rettslig kontroll.

Enkelte høringsinstanser har etterlyst en klar rettslig standard for hvilke rutiner oppdragsgiver skal etablere for å sikre en ensartet praksis. Departementet kan imidlertid ikke se at det er mulig å fastsette en slik standard. Hva som er hensiktsmessige tiltak, vil blant annet være avhengig av hva oppdragsgiver skal anskaffe, kontraktens størrelse og varighet og hvilke potensielle menneskerettighetsbrudd risikoen relaterer seg til. Siden ulike oppdragsgivere har ulike forutsetninger, må det dessuten aksepteres at ambisjonsnivået varierer. Departementet forventer særlig at store, profesjonelle innkjøpere som foretar et stort antall anskaffelser i risikogruppen, tar et særlig ansvar. Like omfattende tiltak kan ikke forventes fra mindre oppdragsgivere.

Etter departementets vurdering vil imidlertid god veiledning være viktig på dette området. God veiledning vil bidra til mer ensartet praksis blant oppdragsgiverne og dermed større forutsigbarhet for leverandørene. Dessuten vil veiledning, maler og verktøy for å stille og følge opp krav bli oppdatert og videreutviklet.

### 7.5.5.3 Innovasjon

Ved revisjonen av anskaffelsesdirektivene har EU vært opptatt av å legge bedre til rette for innovasjon gjennom forenklinger, økt fleksibilitet og nye verktøy. Blant annet vil nye bestemmelser om markedsdialog, økt adgang til forhandlinger og den nye anskaffelsesprosedyren innovasjonspartnerskap kunne bidra til dette. Det samme gjelder planlagte endringer i den særnorske delen av regelverket som innebærer forenklinger og økt fleksibilitet.

Departementet ønsker å legge til rette for at bruken av innovative anskaffelser i offentlig sektor skal øke. Dette vil kunne gi bedre tjenester for innbyggerne og mer næringsutvikling. Et par høringsinstanser har foreslått at ny lovbestemmelse også skal inneholde et pålegg om innovasjon. Etter departementets vurdering vil imidlertid et slikt lovpålegg ikke være et egnet virkemiddel for å oppnå mer innovasjon i offentlige sektor. Andre virkemidler er mer egnet. Blant annet har Direktoratet for forvaltning og IKT og Nasjonalt program for leverandørutvikling i oppdrag å øke kunnskapen om og gjennomføringen av innovative offentlige anskaffelser. De oppfordrer offentlige virksomheter til å formidle sine utviklingsbehov til markedet på et så tidlig stadium og på en så effektiv måte at bedriftene kan komme opp med nye og bedre løsninger.

### 7.5.5.4 Handlingsrommet for ivaretagelse av miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold

Mange høringsinstanser mener det er viktig at regelverket har bestemmelser som viser handlingsrommet for å trekke inn ulike samfunnshensyn i anskaffelsesprosessen, slik at aktørene har trygghet for at dette faktisk er tillatt. Departementet ønsker å komme dem i møte. Det er viktig å synliggjøre at regelverket ikke pålegger oppdragsgivere utelukkende å legge vekt på pris og økonomiske hensyn i snever forstand, men gir et stort rom for å ta hensyn til samfunnsmessige konsekvenser i videre forstand, slik som konsekvenser for miljø, arbeidsforhold og forskjellige sosiale forhold.

De nye direktivene utvider adgangen til å trekke inn ulike samfunnshensyn på ulike trinn i en anskaffelse. Departementets lovforslag § 5 første ledd pålegger offentlige oppdragsgivere å ta hensyn til miljø og grunnleggende menneskerettigheter i sin anskaffelsespraksis, men sier ikke noe om *hvordan* dette skal gjøres. I tillegg er det behov for en klargjøring av hvordan andre sam-

funnshensyn enn dem som er omfattet av påbudet i første ledd, kan ivaretas i en anskaffelse. Departementets lovforslag § 5 annet ledd synliggjør handlingsrommet for å stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen.

Selv om handlingsrommet utvides, er det fortsatt klare rammer for hvordan slike hensyn kan ivaretas. Det fremgår uttrykkelig av lovbestemmelsen at kravene og kriteriene må ha en tilknytning til leveransen. I tillegg må oppdragsgiver respektere de grunnleggende prinsippene som er nedfelt i lovforslaget § 4, det vil si prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. Enkelte forskriftsbestemmelser vil også inneholde en mer detaljert regulering av når og hvordan slike hensyn kan trekkes inn.

Lovforslaget reflekterer innholdet i de nye anskaffelsesdirektivene, og omfatter miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold i vid forstand. Den er vidt formulert for å favne de fleste typer hensyn som kan være aktuelle. Departementet anser dette som mer hensiktsmessig enn at en rekke spesifikke hensyn listes opp. En slik opplisting vil kunne gi mer tilfeldige utslag.

### 7.5.5.5 Begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden

Kriminalitet i arbeidslivet er en økende utfordring. Arbeidslivskriminalitet omfatter handlinger som bryter med norske lover om lønns- og arbeidsvilkår, trygder, skatter og avgifter, gjerne utført organisert, som utnytter arbeidstakere eller virker konkurransevridende og undergraver samfunnsstrukturen. Bedrifter som systematisk drives i strid med lover og regler, ødelegger for hele næringslivet. Konsekvensene er alvorlige for de enkelte arbeidstakerne som berøres, for virksomhetene og for samfunnet som helhet.

Mot denne bakgrunn la regjeringen 13. januar 2015 frem en strategi mot arbeidslivskriminalitet.<sup>3</sup> Formålet med strategien er å styrke innsatsen for ryddige og seriøse arbeidsforhold og bekjempe kriminalitet i arbeidslivet. Seriøse bestillere og leverandører har en nøkkelrolle for å hindre at kriminelle aktører får innpass i arbeidslivet. Et av tiltakene i strategien er å innføre begrensninger på antallet ledd i leverandørkjeden i offentlige kontrakter som inngås i bransjer med særlige utfordringer med arbeidslivskriminalitet. Jo færre ledd

<sup>3</sup> [https://www.regjeringen.no/contentassets/4f7ae70171bd480682b8dafddadaf311/strategi\\_mot\\_arbeidslivskriminalitet.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/4f7ae70171bd480682b8dafddadaf311/strategi_mot_arbeidslivskriminalitet.pdf)

i leverandørkjeden, jo enklere vil det være å føre kontroll med den. Flere oppdragsgivere, blant annet Oslo kommune og Statsbygg, har allerede erfaringer med bruk av slike klausuler.

Som en oppfølging av strategien foreslår departementet å åpne for en slik begrensning i anskaffelsesregelverket. Dette er også i samsvar med forslaget fra et mindretall i Forenklingsutvalget, som for øvrig foreslo å sette et tak på maksimalt tre ledd i kjeden, med en hovedleverandør og to nivåer med underleverandører. Departementet foreslår en forskriftshjemmel som gir departementet adgang til å pålegge oppdragsgivere å stille krav om begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden ved gjennomføringen av offentlige kontrakter, jf. lovforslaget § 5 tredje ledd. Kravet skal gjelde i bransjer med særlige utfordringer knyttet til arbeidslivskriminalitet.

Det vil være behov for å identifisere hvilke bransjer som har utfordringer med arbeidslivskriminalitet, og som samtidig har en utstrakt bruk av underleverandører. Det må også tas stilling til blant annet hvor mange ledd kontraktkjeden kan bestå av, hvilke terskelverdier som skal gjelde, og behovet for unntaksregler. Disse forholdene vil bli regulert nærmere i forskrift. Departementet har sendt et forslag til slike forskriftsbestemmelser på alminnelig høring.

#### 7.5.5.6 *Universell utforming*

I henhold til FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD) skal medlemsstatene treffe hensiktsmessige tiltak for å sikre mennesker med nedsatt funksjonsevne tilgang til alle tilbud eller tjenester som er åpne for eller tilbys allmennheten. Dette har EU tatt hensyn til i de nye anskaffelsesdirektivene. Flere bestemmelser synliggjør hvordan universell utforming kan hensyntas på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Særlig verdt å merke seg er nye bestemmelser om kravspesifikasjoner. Det fremgår uttrykkelig av anskaffelsesdirektivet artikkel 42 og forsyningsdirektivet artikkel 60 at oppdragsgiver skal benytte kravspesifikasjoner som tar hensyn til universell utforming ved anskaffelser som skal brukes av fysiske personer, enten av offentligheten eller ansatte hos oppdragsgiver, med mindre unntak kan begrunnes særskilt. Departementet vil gjennomføre disse direktivbestemmelsene i de nye forskriftene. Nye forskriftsregler vil erstatte anskaffelsesloven § 6 med mer presis og håndfast regulering av krav om universell utforming.

Departementet har merket seg at en del høringsinstanser er kritiske til å fjerne kravet om

universell utforming fra loven. De fleste av disse høringsinstansene synes imidlertid å ha misforstått forslaget som ble sendt på høring, ettersom de synes å ha forutsatt at dagens skal-krav i loven vil bli erstattet med kan-krav i forskriftene. Dette er ikke tilfellet. Nye forskriftsregler om kravspesifikasjoner vil gjøre det obligatorisk for oppdragsgiver å stille krav om universell utforming.

Departementet vurderer det slik at nye forskriftsbestemmelser om krav om universell utforming krever en eksplisitt lovhjemmel, og har foreslått inntatt en slik hjemmel, jf. lovforslaget § 5 fjerde ledd.

## 7.6 **Lønns- og arbeidsvilkår**

Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter pålegger offentlige oppdragsgivere å stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører ikke har dårligere lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av gjeldende allmenngjøringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtaler. Arbeids- og sosialdepartementet er ansvarlig for denne forskriften, som er hjemlet i anskaffelsesloven § 7.

I forbindelse med forslaget til gjennomføring av de tre nye anskaffelsesdirektivene i norsk rett foreslo departementet å videreføre denne hjemmelsbestemmelsen i ny lov.

I høringen uttalte enkelte høringsinstanser seg om utformingen av forskriften, men ingen hadde synspunkter på selve hjemmelsbestemmelsen.

Etter departementets vurdering bør dagens lovhjemmel videreføres med enkelte justeringer i ordlyden. Det presiseres at lønns- og arbeidsvilkårene ikke skal være dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjer. Dette er i samsvar med endringer i forskriften som ble vedtatt i 2011. I likhet med andre forskriftshjemler i loven legges hjemmelen direkte til departementet fremfor Kongen. Allerede i dag er ansvaret delegert direkte til Arbeids- og sosialdepartementet.

## 7.7 **Krav om bruk av lærlinger**

### 7.7.1 **Gjeldende rett**

Frem til 1. juli 2015 fulgte det av anskaffelsesforskriften § 3-11 tredje ledd at oppdragsgiver, for arbeid som skulle utføres i Norge, kunne sette

som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at norske leverandører skulle være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning dersom det var et klart definert behov for læreplasser i den aktuelle bransjen.

Flertallet i Forenklingsutvalget foreslo å fjerne bestemmelsen. Begrunnelsen var at oppdragsgiver har anledning til å stille et slikt krav uavhengig av reguleringen i forskrift. Mindretallet ville beholde bestemmelsen, men foreslo både å fjerne begrensningen til norske leverandører og å tilføye at oppdragsgiver kan stille krav om at lærlinger deltar i utførelsen av den konkrete kontrakten.

Høringsinstansenes reaksjon på flertallets forslag om å fjerne bestemmelsen var blandet. Departementet sluttet seg til mindretallets forslag og gjorde endringer i forskriftsbestemmelsen med virkning fra 1. juli 2015. For det første ble begrensningen til norske leverandører opphevet. Begrunnelsen var at det ikke lenger er behov for å begrense kravet om bruk av lærlinger til norske leverandører. Departementet viste også til anskaffelsesregelverket i Danmark, hvor det er innført krav om bruk av lærlinger som ikke er begrenset til danske leverandører. For det andre ble det lagt til et vilkår om at oppdragsgivere som velger å kreve at leverandørene er tilknyttet en lærlingordning, skal stille krav om at lærling(er) deltar ved gjennomføringen av den konkrete kontrakten. Bakgrunnen var å sikre at kravet om bruk av lærlinger har tilstrekkelig tilknytning til kontrakten, og at et slikt krav gir konkrete resultater.

### 7.7.2 Departementets høringsnotat

Som nevnt i punkt 7.5.5 la Regjeringen 13. januar 2015 frem sin strategi mot arbeidslivskriminalitet. Formålet med strategien er som nevnt å styrke innsatsen for ryddige og seriøse arbeidsforhold og bekjempe kriminalitet i arbeidslivet. Seriøse bestillere og leverandører har en nøkkelrolle for å hindre at kriminelle aktører får innpass i arbeidslivet. Det å stille krav om bruk av lærlinger ved offentlige anskaffelser kan bidra til dette. Slike krav vil dessuten gi et viktig signal om at offentlige virksomheter ønsker å støtte opp om bedrifter som satser på langsiktig utvikling av fagarbeidere og fagkompetanse. Det kan være positivt for rekrutteringen til fag- og yrkesopplæringen og kompetanseutviklingen for fagarbeidere og bedrifter.

Som en del av strategien besluttet regjeringen å fremme et forslag for Stortinget om å innføre en bestemmelse i anskaffelsesregelverket som pålegger oppdragsgivere å stille krav om bruk av lær-

linger i de bransjer og/eller områder hvor det er et særlig behov for læreplasser. Regjeringen ønsket å foreslå en bestemmelse i anskaffelsesloven som på nærmere vilkår gir departementet hjemmel til å gi forskrift om krav om bruk av lærlinger.

Forslag til ny lovbestemmelse ble sendt på høring sammen med forslaget til gjennomføring av de tre nye anskaffelsesdirektivene. I høringsnotatet foreslo departementet at den nye lovbestemmelsen skal gi departementet fullmakt til å gi forskrift som pålegger oppdragsgivere å stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning og benytter lærlinger ved gjennomføringen av den konkrete kontrakten. Det skal bare kunne stilles krav om bruk av lærlinger når dette står i forhold til kontraktens art og størrelse. Kravet skal gjelde i bransjer og geografiske områder hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for læreplasser. Dessuten skal departementet kunne bestemme at kravet bare gjelder for kontrakter over en bestemt verdi og av en bestemt varighet.

### 7.7.3 Høringsinstansenes syn

Departementet har mottatt 36 høringsinnspill til bestemmelsen. I tillegg har KS' høringsinnspill fått støtte av to fylkeskommuner og 17 kommuner. *Norsk Industri* og *Norsk Teknologi* støtter Næringslivets Hovedorganisasjons hørings svar.

Hovedinntrykket er at høringsinstansene er positive til innføringen av en bestemmelse om krav om bruk av lærlinger i anskaffelsesloven. Flere høringsinstanser uttaler at de støtter innføringen av en plikt for oppdragsgivere til å kreve lærlinger i anskaffelseskontrakter. Dette gjelder blant annet *Arbeids- og velferdsdirektoratet*, *Forsvarsbygg*, *Høgskolen i Nord-Trøndelag* og *Høgskolen i Sør-Trøndelag*, *Utdanningsdirektoratet*, *Hedmark fylkeskommune*, *Nordland fylkeskommune*, *Nord-Trøndelag fylkeskommune*, *Troms fylkeskommune*, *Grimstad kommune*, *Oslo kommune*, *Faglig råd for design og håndverk*, *Faglig råd for elektrofag*, *Faglig råd for restaurant og matfag*, *Faglig råd for service og samferdsel* og *Samarbeidsrådet for yrkesopplæring*. Videre er *Byggenæringens Landsforening*, *Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg*, *Hovedorganisasjonen Virke*, *Maskinentreprenørenes Forbund*, *Norges Byggmesterforbund*, *Næringslivets Hovedorganisasjon* og *Oslo Håndverks- og Industrieforening* positive til innføringen av en lovbestemmelse. Det er også *Landsorganisasjonen i Norge*, *Unio* og *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund*.

Enkelte høringsinstanser, blant annet *KS* og flere kommuner, fremhever at de er prinsipielt skeptiske til å innføre eksplisitte krav i anskaffelsesregelverket for å fremme andre samfunnshensyn. Når de likevel ikke er mot departementets forslag til ny lovbestemmelse, skyldes det den prekære mangelen på læreplasser. *Statsbygg* og enkelte andre høringsinstanser støtter formålet med bestemmelsen, men mener at reglene bør utformes slik at de ikke hindrer konkurranse og effektiv bruk av det offentliges ressurser. *Troms fylkeskommune* er opptatt av at pålegget utformes slik at ikke lokale leverandører utelukkes fordi de er for små til å ha lærlinger eller ikke får tak i lærlinger.

Noen høringsinstanser er skeptiske til en regel som pålegger oppdragsgivere å stille krav om bruk av lærlinger. *KS Bedrift* har gitt uttrykk for tvil om krav om bruk av lærlinger vil være forenlig med EØS-avtalen. *KS Bedrift* er også bekymret for at et pålegg vil føre til økt administrasjon, og at kravet vil ekskludere mange dyktige leverandører og begrense små og mellomstore bedrifters muligheter til å konkurrere om offentlige oppdrag. I tillegg mener *KS Bedrift* at kravet vil kunne være kostnadsdrivende og konkurransevridende for organisasjonens medlemmer som konkurrerer med privat sektor. Også *Politiets fellestjenester* og *Hordaland fylkeskommune* uttrykker bekymring for at et pålegg vil kunne ha uønskede konsekvenser. Enkelte høringsinstanser, blant annet *Havforskningsinstituttet*, påpeker at de tidligere har sluttet seg til Forenklingsutvalgets forslag om å fjerne lærlingbestemmelsen fra anskaffelsesloven.

Flere høringsinstanser understreker at det er viktig at det stilles krav om at lærlinger deltar i arbeidet med utførelsen av den konkrete kontrakten. Dette gjelder blant annet *Høgskolen i Nord-Trøndelag* og *Høgskolen i Sør-Trøndelag*, *Byggenæringens Landsforening* og *Næringslivets Hovedorganisasjon*. Ifølge Næringslivets Hovedorganisasjon viser erfaringer at krav om at leverandørene må være tilknyttet en lærlingordning, er et lite effektivt virkemiddel. Det er derfor ikke tilstrekkelig å kreve at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning, det må også stilles krav om bruk av lærlinger ved utførelsen av den aktuelle kontrakten. Oppdragsgivere som ikke stiller et slikt krav, skal begrunne dette i konkurransegrunnlaget. Samtidig mener Næringslivets Hovedorganisasjon at oppdragsgiver i den enkelte anskaffelse bør kunne gjøre unntak for leverandører som kan dokumentere å ha gjennomført hensiktsmessige tiltak for å skaffe lærlinger, men uten å lykkes.

Enkelte er mer skeptiske til å stille krav om bruk av lærlinger på kontrakten. *KS* og *KS Bedrift* mener at det bør åpnes for unntak fra denne regelen dersom kontrakten for eksempel ikke er egnet for lærlinger. De foreslår i stedet en alternativ løsning: Dersom den konkrete kontrakten er uegnet for lærlinger, skal det stilles krav om at leverandøren har en eller flere lærlinger som arbeider i bedriften. Også *Hordaland fylkeskommune* peker på behovet for fornuftige unntak fra en generell plikt til å kreve lærlinger på den konkrete kontrakten.

Noen høringsinstanser, blant annet *Justis- og beredskapsdepartementet*, *Norges Byggmesterforbund* og *Næringslivets Hovedorganisasjon*, har påpekt at begrepet «leverandøren» i departementets høringsforslag er tvetydig. Disse høringsinstansene har bedt om at det avklares i lovteksten om kravet også gjelder for underleverandører. Norges Byggmesterforbund uttaler i denne forbindelse at det bør stilles krav om at alle ledene i kontraktskjeden bruker lærlinger. Plikten bør ikke kunne oppfylles ved at bare underleverandørene bruker lærlinger. Dette skal hindre at arbeid flyttes nedover i kontraktskjeden. *Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg* argumenterer på sin side for at leverandøren må gis frihet til selv å avgjøre om kravet skal oppfylles av ham selv eller noen av hans kontraktsmedhjelpere. *Oslo Håndverks- og Industriforening* foreslår at det legges til en setning om at krav om bruk av lærlinger også skal gjelde for underleverandører.

*Hordaland fylkeskommune* stiller spørsmål ved hvilken virkning en plikt til bruk av lærlinger på kontrakten vil ha for utenlandske leverandører. *Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg* og *Faglig råd for design og håndverk* mener det bør presiseres i lovteksten at krav om bruk av lærlinger også gjelder utenlandske bedrifter.

Flere høringsinstanser, blant annet *Næringslivets Hovedorganisasjon*, uttaler at bruk av lærlingklausul må gjelde i næringene og områdene hvor det er behov. Også *KS* mener at det bare skal stilles krav der det er et klart definert behov for læreplasser i den aktuelle bransjen. Enkelte andre høringsinstanser, blant annet *Landsorganisasjonen i Norge* og *Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund*, mener derimot at det er behov for lærlinger i så mange bransjer og områder at formuleringen om at krav om lærlinger kun skal gjelde i bransjer og områder hvor det er særlig behov for læreplasser, bør tas ut av lovbestemmelsen. Noen av høringsinstansene fremhever at slike vurderinger kan endre seg raskt, og at statlig regulering er et dårlig egnet virkemiddel. *Statsbygg* påpeker at



reguleringen vil kunne aktualisere et behov for å etablere en instans som har oversikt over behovet for lærlinger innenfor de enkelte fagene og regionene.

Ifølge *Hedmark fylkeskommune, Oslo kommune, Faglig råd for design og håndverk, Faglig råd for elektrofag, Faglig råd for restaurant og matfag, Faglig råd for service og samferdsel, Landsorganisasjonen i Norge og Næringslivets Hovedorganisasjon* bør et krav om lærlinger ikke begrenses til kontrakter over en viss verdi og varighet. Næringslivets Hovedorganisasjon påpeker at mindre oppdrag ofte er egnet for lærlinger. KS mener på sin side at det er viktig å avgrense kravet til de største kontraktene. Dette støttes av blant annet *Havforskningsinstituttet, kommunene i Valdres og Maskinentreprenørenes Forbund*.

*Hordaland fylkeskommune* mener det bør fremgå av lovteksten at oppdragsgiver kan stille krav om lærlinger også der han ikke har plikt til dette.

Enkelte høringsinstanser, deriblant *Næringslivets Hovedorganisasjon*, foreslår at lærlingsklausulen bør evalueres, og ber i denne forbindelse om at det opprettes en møteplass hvor myndighetene og næringslivet kan drøfte gjennomføring og måloppnåelse.

#### 7.7.4 Departementets vurdering

Departementet har merket seg at et flertall av høringsinstansene støtter innføringen av en plikt for oppdragsgiver til å stille krav om bruk av lærlinger. Departementet opprettholder derfor forslaget om å innføre en hjemmel til å vedta forskrift om dette, jf. lovforslaget § 7. Etter departementets vurdering vil de betenkeligheter som enkelte høringsinstanser har pekt på, kunne avhjelpes ved utformingen av forskriftsreglene, for eksempel ved at plikten bare skal gjelde for kontrakter over en bestemt verdi og av en bestemt varighet.

For at et pålegg om bruk av lærlinger skal ha den ønskede virkningen, er det etter departementets syn ikke tilstrekkelig bare å stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning. Det er nødvendig at oppdragsgiver stiller krav om bruk av lærlinger ved utførelsen av den konkrete kontrakten. Departementet viser også til anskaffelsesdirektivets artikkel 70 som slår fast at kontraktsvilkår som stilles i forbindelse med en anskaffelse, må ha tilknytning til leveransen.

Etter departementets vurdering bør oppdragsgivers plikt være begrenset til å skulle stille krav om at hovedleverandøren bruker lærlinger ved utførelsen av kontrakten. Anskaffelsesregelverket

gjelder for oppdragsgivers kontraktsforhold med hovedleverandøren, og oppdragsgiver inngår ikke kontrakt direkte med eventuelle underleverandører. Slik departementet ser det, vil det være uheldig om oppdragsgiver skal gripe inn i forholdet mellom hovedleverandøren og eventuelle underleverandører ved å kreve at også underleverandørene skal bruke lærlinger ved utførelsen sine kontrakter med hovedleverandøren. På den annen side bør hovedleverandøren gis frihet til å avgjøre om han vil oppfylle kravet selv eller ved hjelp av underleverandører. Hvordan hovedleverandøren velger å oppfylle kravet i den konkrete anskaffelsen, bør ikke detaljreguleres i forskrift.

Krav om bruk av lærlinger vil kunne stille oppdragsgivere og leverandører overfor betydelige praktiske utfordringer. Selv om det er et reelt behov for læreplasser i en bransje, vil det kunne oppstå situasjoner hvor leverandører søker etter lærlinger uten å få interesserte søkere. Departementet vil derfor vurdere om forskriften skal åpne for at leverandører som kan dokumentere forsøk på å rekruttere lærlinger, men uten å lykkes, likestilles med bedrifter som har lærlinger. Med en slik løsning vil man kunne unngå situasjoner der oppdragsgivere må avlyse konkurransen og kunngjøre den på nytt fordi det viser seg at det ikke er mulig å få inn tilbud fra leverandører med lærlinger. Dette vil også innebære at leverandører som ikke har lærlinger tilgjengelig ved kunngjøringen av konkurransen, får mulighet til likevel å delta, enten ved å skaffe lærlinger i ettertid eller ved å dokumentere forsøk på å rekruttere lærlinger. Dette vil kunne forhindre betydelig merarbeid, økte kostnader og store forsinkelser der ingen av leverandørene er i stand til å knytte til seg lærlinger.

Krav om bruk av lærlinger skal gjelde alle leverandører, ikke bare norske. Departementet ser ikke behov for å presisere dette i lovteksten. Begrensningen til norske leverandører ble satt da bestemmelsen om lærlingsklausuler ble innført i anskaffelsesforskriften i 2000, og skulle fungere som sikkerhet for at krav om tilknytning til en lærlingordning ikke skulle diskriminere utenlandske leverandører. Siden den tid har Danmark innført krav om bruk av lærlinger ved offentlige anskaffelser som ikke er begrenset til danske leverandører. For øvrig har enkelte land innført en lærlingordning som tilsvarer den norske. Departementet er kjent med at Danmark, Nederland, Tyskland og Østerrike har dette i dag.

På grunn av EØS-avtalens forbud mot diskriminering kan oppdragsgiver ikke stille krav om at lærlingen er tilknyttet en norsk lærlingordning. Utenlandske leverandører som er lærebedrift i

hjemlandet og vil bruke lærlinger i arbeidet med utførelsen av kontrakten, skal derfor kunne bli tildeelt kontrakt på lik linje med norske leverandører. Dernest kan yrkesopplæringen i andre land være organisert på andre måter enn ved lærlingordninger, for eksempel ordninger med praksiselever. Ved utformingen av forskriftsregler vil departementet vurdere om også slike andre former for praktisk opplæring bør likestilles med å ha lærlinger. I tillegg kan utenlandske leverandører bli godkjent som lærebedrift i Norge når de utfører arbeid i Norge. Utenlandske leverandører må imidlertid sikres en reell mulighet til å bli tilknyttet en norsk lærlingordning, slik at de faktisk kan bruke lærlinger i Norge. I motsatt fall vil krav om bruk av lærlinger medføre indirekte diskriminering av leverandører fra land uten lærlingordning eller eventuelle tilsvarende ordninger.

Et krav om bruk av lærlinger i offentlige anskaffelser vil – uavhengig av om det anses diskriminerende – begrense den frie flyten av tjenester i EØS-området. Kretsen av leverandører som vil kunne konkurrere om oppdraget, innsnevres. Det medfører en risiko for at konkurransen begrenses. I henhold til EØS-retten må tiltak som begrenser den frie flyten av tjenester, være begrunnet i et legitimt formål. Tiltaket må i tillegg være forholdsmessig.

Regjeringen har foreslått krav om bruk av lærlinger som en del av sin strategi mot arbeidslivskriminalitet. Tiltaket skal bidra til å sikre et seriøst arbeidsliv og at reglene i arbeidslivet overholdes. I tillegg skal tiltaket bøte på den betydelige mangelen på læreplasser man i dag ser innenfor flere lærefag. Mangelen innebærer på den ene siden at unge som har startet en fagutdanning, ikke får muligheten til å avslutte den, og på den andre siden at samfunnet risikerer en betydelig mangel på kvalifiserte fagarbeidere innenfor flere bransjer i årene fremover. Det er i stor utstrekning tillatt å stille krav som ivaretar sosiale hensyn, i forbindelse med offentlige anskaffelser. På dette grunnlaget vil et krav om bruk av lærlinger etter departementets vurdering ivareta et legitimt formål som kan begrunne innskrenkning av konkurransen i tråd med EØS-retten.

For at krav om bruk av lærlinger skal anses forholdsmessig, må kravet ikke begrense konkurransen i større utstrekning enn det som er nødvendig for å oppnå dets formål. Det er derfor sentralt at kravet om bruk av lærlinger begrenses til bransjer hvor det er spesielle utfordringer med arbeidslivskriminalitet eller et særlig behov for læreplasser. Dette er ment som en generell føring for bransjeavgrensningen som vil måtte gjøres i

forskrift. Det er ikke slik at oppdragsgiver skal måtte påvise at et krav om bruk av lærlinger i den konkrete anskaffelsen vil bidra til å forhindre arbeidslivskriminalitet eller øke bruken av lærlinger.

At det er et særlig behov for læreplasser, innebærer at det faktisk er en underdekning av læreplasser i den relevante bransjen, slik at elever som skal fullføre sin fagutdanning, ikke får tilbud om læreplass. Behovet må vurderes ut fra offentlig statistikk over søkere til læreplasser og inngåtte lærekontrakter. Hvis det stilles krav om bruk av lærlinger ut over de tilfeller hvor det er et reelt behov for flere læreplasser, vil begrensningen i konkurransen kunne bli betydelig, og større enn nødvendig for å oppnå formålet.

Departementet foreslår at forskriftshjemmelen skal inkludere en adgang for departementet til å fastsette at kravet om bruk av lærlinger bare skal stilles for kontrakter over en viss verdi og varighet. På denne måten unngås at oppdragsgivere stiller krav om bruk av lærlinger når kontraktens verdi ikke forsvarer de kostnader leverandøren påtar seg ved å knytte til seg en lærling. Dette vil bidra til at kravet praktiseres på en forholdsmessig måte. Avgrensningen vil også sikre at oppdragsgivere ikke stiller krav om bruk av lærlinger på kortvarige kontrakter. Dette vil kunne anses uforholdsmessig, særlig for utenlandske leverandører som er avhengige av å knytte seg til en lærlingordning og benytte norske lærlinger for å kunne delta i konkurransen. I denne sammenhengen viser departementet til reguleringen i Danmark, hvor oppdragsgiver ikke kan stille krav som forplikter leverandørene til å ha lærlinger ut over kontraktsperioden.<sup>4</sup>

Forskriften må angi hvilke kontraktstyper kravet om bruk av lærlinger skal gjelde for. EU-kommisjonen har lagt til grunn at sosiale krav i varekontrakter kan virke diskriminerende og hindre samhandelen.<sup>5</sup> Dette er lagt til grunn i dansk rett, hvor reglene om bruk av lærlinger er begrenset til tjenstekontrakter og bygge- og anleggskontrakter.<sup>6</sup>

Når ovennevnte rammer fastsettes i forskrift, vil oppdragsgiver slippe å måtte foreta en fullstendig forholdsmessighetsvurdering ved hver enkelt

<sup>4</sup> Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens veileder «*Sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud*», 2013, side 12.

<sup>5</sup> Jf. EU-kommisjonens veileder «*Sociale hensyn ved innkjøb. En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige innkjøb*», side 45.

<sup>6</sup> Jf. «*Rapport om sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler i forbindelse med udbud*», desember 2012, punkt 2.6.4. Rapporten er skrevet av en interdepartemental arbeidsgruppe som skulle utrede rammene for bruk av lærlingeklausul innenfor det danske anskaffelsesregelverket.

anskaffelse. I anskaffelser hvor lov og forskrift åpner for å stille krav om bruk av lærlinger, vil oppdragsgiver likevel måtte vurdere om det vil være uforholdsmessig å stille et slikt krav. Eksempelvis vil det kunne være uforholdsmessig å stille krav om bruk av lærlinger hvis kontrakten gjelder arbeid som krever spesialisert kompetanse, og således er uegnet for lærlinger. Det vil også kunne være uforholdsmessig å stille krav om bruk av lærlinger i en tjenestekontrakt hvor en betydelig del av kontraktssummen er knyttet til materialkostnader.

## 7.8 Håndhevelse

### 7.8.1 Gjeldende rett

Gjeldende håndhevelsesregler trådte i kraft 1. juli 2012. Etter disse reglene er håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser avhengig av at leverandørene reiser søksmål for domstolene. I henhold til tvistelovens alminnelige prosessregler må saksøkeren ha rettslig interesse. I tillegg vil saksøkeren bære risikoen for å pådra seg ansvaret for sine egne og oppdragsgiverens sakskostnader hvis saken tapes.

Også KOFA behandler klager med påstand om ulovlige direkte anskaffelser. Nemndas kompetanse er imidlertid begrenset til å avgi rådgivende uttalelser om hvorvidt oppdragsgiver har brutt regelverket. Det vises for øvrig til punkt 2.4.1 ovenfor om bakgrunnen for gjeldende regler, særlig om gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet (direktiv 2007/66/EF) i norsk rett og om hvorfor domstolmodellen ble valgt i sin tid.

Hvilke krav som kan gjøres gjeldende for domstolene i en sak om offentlige anskaffelser, avhenger av om kontrakt er inngått eller ikke. Før kontrakt er inngått, kan domstolene sette til side ulovlige beslutninger, jf. anskaffelsesloven § 8 annet ledd. I denne perioden kan domstolene også beslutte midlertidig forføyning etter anskaffelsesloven § 9. Når kontrakt først er inngått, kan domstolene verken sette til side ulovlige beslutninger eller treffe beslutning om midlertidig forføyning. Domstolene kan imidlertid idømme sanksjoner i visse alvorlige tilfeller, jf. anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Etter disse reglene kan domstolene på nærmere vilkår kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Domstolene kan også tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesloven § 11.

En oppdragsgiver som anser at det foreligger hjemmel til å tildele en kontrakt uten å kunngjøre konkurranse, kan publisere en såkalt intensjons-

kunngjøring og vente med å inngå kontrakten i minst ti dager etter kunngjøringen. I så fall vil oppdragsgiveren kunne unngå å bli idømt sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14 hvis det senere skulle vise seg at oppdragsgiver ikke hadde adgang til å foreta en direkte anskaffelse, jf. §§ 13 annet ledd og 14 fjerde ledd.

Sanksjoner kan bare idømmes når en sak reises for domstolene innen to år etter at kontrakten ble inngått, jf. anskaffelsesloven § 15. Hvis oppdragsgiver har kunngjort kontraktstildelingen, må sak reises innen 30 dager etter kunngjøringen. Fristene er satt for å gi partene, både oppdragsgiver og oppdragsgivers medkontrahent, sikkerhet rundt kontraktsforholdet.

I de tre årene som har gått siden gjeldende håndhevelsesregler trådte i kraft, er departementet kjent med bare to rettssaker hvor en leverandør har fremmet krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. I samme periode er antallet klager på ulovlige direkte anskaffelser til KOFA også kraftig redusert. Dette gir grunn til å anta at en del ulovlige anskaffelser verken finner veien til domstolene eller KOFA. Det ser derfor ut til at endringene som ble gjort i forbindelse med gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet, ikke har oppfylt sitt mål, og at håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser er svekket. I punkt 2.4.2 er det redegjort nærmere for behovet for endringer.

På denne bakgrunn sendte departementet på høring et forslag til endringer i loven med det formål å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser.

### 7.8.2 Departementets høringsnotat

#### 7.8.2.1 Formålet – effektivisering av håndhevelsen

I høringsnotatet påpekte departementet at formålet med endringsforslagene var å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, både i KOFA og domstolene. Departementet foreslo to tiltak. Det ene var å gjeninnføre KOFAs myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr. Det andre var å gi nemnda kompetanse til å reise søksmål for domstolene.

#### 7.8.2.2 Overtredelsesgebyr

I perioden fra 1. januar 2007 til 1. juli 2012 hadde KOFA myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser i henhold til den nå opphevede anskaffelsesloven § 7b. Departementet foreslo å gjeninnføre dette overtredelsesgebyret, men uten et skyldkrav som i

§ 7b og med en plikt for KOFA til å ilegge gebyr hvis nemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

I tråd med de tidligere reglene i § 7b foreslo departementet at KOFA ved fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse skal legge særlig vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på den ulovlige anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og gebyrets preventive virkning. Det ble også foreslått at overtredelsesgebyret ikke kan settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

På samme måte som oppdragsgiver kan unngå sanksjoner, jf. anskaffelsesloven §§ 13 annet ledd og 14 fjerde ledd, foreslo departementet at oppdragsgiver skal kunne unngå å bli ilagt overtredelsesgebyr ved å foreta en intensjonskunngjøring og tidligst inngå kontrakten ti dager etter kunngjøringen.

Departementet foreslo også at i tilfeller hvor det reises søksmål om en ulovlig direkte anskaffelse som KOFA allerede har ilagt overtredelsesgebyr for, må nemnda oppheve vedtaket sitt og tilbakebetale gebyret dersom retten avsier dom i saken.

#### 7.8.2.3 Søksmålskompetanse

I høringsnotatet foreslo departementet å gi KOFA en skjønnsmessig adgang til å avgjøre om den skal ilegge overtredelsesgebyr eller i stedet reise søksmål med krav om sanksjonene «uten virkning» og avkortning av kontrakt etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Ulovlig direkte anskaffelser regnes som særlig grove brudd på regelverket. Når slike kontrakter er langvarige, læses markedet med skadelige konsekvenser for konkurransesituasjonen. Det er kun domstolene som kan gjenopprette konkurransesituasjonen ved å idømme nevnte sanksjoner. Departementet la til grunn at KOFA burde kunne anlegge sak for domstolene hvis nemnda mener at vilkårene for å idømme sanksjoner etter §§ 13 og 14 er oppfylt, og det er behov for å få avsluttet kontrakten og gjenopprettet konkurransesituasjonen.

#### 7.8.2.4 Søksmålsfrister

I høringsnotatet foreslo departementet at fristene for å reise søksmål med krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14, avbrytes ved klage til KOFA. Departementet viste til at når en klage på en ulovlig direkte anskaffelse først er rettet til KOFA, og nemnda skal vurdere å reise søksmål for domstolene, er det ikke gitt at det vil være mulig for nemnda å overholde søksmålsfristene

etter anskaffelsesloven § 15 på henholdsvis to år og 30 dager. Saksbehandlingstiden i KOFA bør heller ikke få praktiske konsekvenser for andre aktørers mulighet til å reise søksmål.

Det vil også kunne skje at en klage på ulovlige direkte anskaffelser rettes til KOFA, og at nemnda enten avviser klagen eller kommer til at det ikke har skjedd et brudd på regelverket. I slike tilfeller kan det tenkes at en aktør likevel ønsker å reise sak om anskaffelsen for domstolene. Departementet foreslo derfor også å utvide søksmålsfristene i § 15, slik at den alltid skal være minst 30 dager fra KOFA har avvist klagen eller truffet avgjørelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

#### 7.8.2.5 Domstolskontroll

I henhold til den nå opphevede anskaffelsesloven § 7b kunne retten prøve alle sider av saken, også KOFAs skjønn, og treffe realitetsavgjørelse. Begrunnelsen var at det ikke var ordinær klageadgang på vedtak om overtredelsesgebyr. Departementet foreslo at det samme skulle gjelde ved en gjeninnføring av KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr.

Etter tvisteloven vil partene ha fri rådighet i et søksmål så lenge rådigheten ikke er begrenset i lov. Anskaffelsesloven § 15 presiserer imidlertid at i saker om ulovlige direkte anskaffelser skal retten, uavhengig av partenes påstander, ilegge sanksjoner i henhold til §§ 13 og 14 dersom vilkårene for det er oppfylt. Dette innebærer at retten ikke er bundet av partenes påstander. Departementet foreslo at retten må oppheve vedtaket om overtredelsesgebyr og ilegge sanksjoner etter §§ 13 og 14 dersom vilkårene for dette er oppfylt.

Departementet foreslo også at søksmål om vedtak om overtredelsesgebyr må reises senest to måneder etter at partene mottok vedtaket. Siden retten kan prøve alle sider av saken, og i praksis ilegge en annen sanksjon enn KOFA, er det særlig viktig for oppdragsgiveren og hans medkontrahent med en effektiv prosess og en forholdsvis kort klagefrist. Etter anskaffelsesloven § 7b forfalt overtredelsesgebyret til betaling to måneder etter at vedtaket ble fattet. Departementet så det som naturlig å gi oppdragsgiver samme frist for å reise søksmål.

#### 7.8.2.6 Øvrige endringer i håndhevelsesreglene

I høringsnotatet fremkom det at departementet hadde foretatt en generell gjennomgang av håndhevelsesreglene i anskaffelsesregelverket, dels

med sikte på forenklinger, dels fordi gjennomføringen av EUs tre nye anskaffelsesdirektiver gjør det nødvendig å gjøre enkelte justeringer i dem.

Hva særlig gjelder sanksjonen «uten virkning», alternative sanksjoner og prosessuelle særregler og tidsfrister, foreslo departementet å regulere disse forholdene utelukkende i lovteksten. I dag er reglene i anskaffelsesloven §§ 13 til 15 gjentatt og i noen grad utdypet i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Departementet foreslo visse endringer i §§ 13 til 15 for å sikre en fullstendig regulering i loven.

### 7.8.3 Høringsinstansenes syn

#### 7.8.3.1 Formålet – effektivisering av håndhevelsen

Mange høringsinstanser, både på leverandørsiden og oppdragsgiversiden, mener det er et klart behov for å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser. Samtidig har flere uttrykt bekymring for at nye arbeidsoppgaver for KOFA i saker om ulovlige direkte anskaffelser vil kunne føre til at saksbehandlingstiden i de rådgivende sakene øker. Enkelte høringsinstanser mener at gjeldende håndhevelsesregler har en tilstrekkelig preventiv effekt.

#### 7.8.3.2 Overtredelsesgebyr

49 høringsinstanser støtter forslaget om å gjeninnføre KOFA's kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, mens syv er imot.

Av de 49 høringsinstansene som støtter forslaget, er ti fra leverandørsiden og 31 fra oppdragsgiversiden. I tillegg har forslaget fått støtte fra *Klagenemnda for offentlige anskaffelser*, *Avfall Norge*, *Demokratene Askøy*, *Den Norske Advokatforening*, *Kristoffer Niemi-Olsen*, *Landsorganisasjonen i Norge*, *Norges Kommunerevisorforbund* og *Norges Miljøvernforbund*.

Det er til sammen 24 høringsinstanser som støtter forslaget fullt ut: *Arbeids- og velferdsdirektoratet*, *Direktoratet for forvaltning og IKT*, *Justervesenet*, *Landbruksdirektoratet*, *Utdanningsdirektoratet*, *Utlendingsdirektoratet*, *Utlendingsnemnda*, *Grimstad kommune*, *Oslo kommune*, *Arkitektbedriftene i Norge*, *Byggenæringens Landsforening*, *Demokratene Askøy*, *Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg*, *Hovedorganisasjonen Virke*, *Kristoffer Niemi-Olsen*, *Landsorganisasjonen i Norge*, *Maskinentreprenørenes Forbund*, *Norges Kommunerevisorforbund*, *Norges Miljøvernforbund*, *Norges Taxiforbund*, *Norsk Industri*, *Norsk Teknologi*,

*Næringslivets Hovedorganisasjon* og *Rådgivende Ingeniørers Forening*. Flere av disse høringsinstansene er av den oppfatning at forslaget vil effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, og fremhever viktigheten av at KOFA alltid skal ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser. Norges Miljøvernforbund mener at KOFA i tillegg bør få kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved anskaffelser der det ikke er tatt tilstrekkelig miljøhensyn.

16 representanter for oppdragsgiversiden – *Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet*, *Politiets fellestjenester*, *Statens pensjonskasse*, *Statsbygg*, *UiT Norges arktiske universitet*, *Universitetet i Bergen*, *Askim kommune*, *Gjesdal kommune*, *GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet*, *Halden kommune*, *Ski kommune*, *Trondheim kommune*, *Vefsn kommune*, *Øvre Romerike Innkjøps samarbeid*, *KS* og *KS Bedrift* – foreslår at KOFA's gebyrkompetanse begrenses til de «opplagte sakene», det vil si tilfeller hvor oppdragsgiver har utvist skyld i form av forsett eller grov uaktsomhet. Etter deres syn bør saker som krever mer kompliserte bevisvurderinger, avgjøres av domstolene. Dette er blant annet begrunnet med at KOFA's saksbehandlingsform, som er uten muntlig forhandling og bevisførsel, er lite egnet for slike saker. KS, som åtte høringsinstanser har sluttet seg til, fremhever følgende:

«KS mener det er i kommunesektorens interesse at man har en effektiv håndhevelse av anskaffelsesregelverket. KS kan derfor støtte at KOFA gis en viss gebyrkompetanse. Gebyrkompetansen må imidlertid begrenses til å ilegge gebyr i kun de opplagte sakene. Med «opplagte saker» sikter vi til saker hvor oppdragsgiver har utvist forsett eller grov uaktsomhet.

Dersom oppdragsgiver har vært i rettsvillfarelse, har utvist simpel uaktsomhet eller lignende bør kompetansen til å ilegge gebyr av hensyn til rettssikkerheten, fortsatt kun ligge hos domstolene.

KOFA er etter KS sin oppfatning ikke et egnet organ (uten muntlig forhandling og bevisførsel) til å ha slik kompetanse i alle tilfeller, da spørsmålet om det har vært foretatt en ulovlig direkte anskaffelse kan innebære mange vanskelige vurderinger i forhold til bruk av regelverkets unntaksbestemmelser, f. eks. om egenregivilkår er oppfylt, tilleggsbestillinger fra samme leverandør og spørsmål om overgang til kjøp etter forhandling etter en mislykket anbudskonkurranse. Et overtredel-

sesgebyr kan utgjøre betydelige millionbeløp og krever en betryggende saksgang for å sikre tilstrekkelig rettssikkerhet.

Et ytterligere argument for at KOFA kun bør ha kompetanse til å ilegge gebyr i «opplagte saker», er at KOFAS gebyrvedtak ikke kan prøves annet enn ved at den offentlige oppdragsgiver bringer saken inn for domstolen. Å gå til sak mot KOFA for å få overprøvd et ilagt overtredelsesgebyr er svært ressurskrevende.»

*Klagenemnda for offentlige anskaffelser* mener det er behov for en regel som åpner for at KOFA kan unnlate å ilegge overtredelsesgebyr i enkelte tilfeller og viser til erfaringer fra sin praksis.

*Statsbygg*, som tre høringsinstanser slutter seg til, påpeker at dersom KOFA får kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr utover de «opplagte» sakene, må det være akseptabelt at KOFA fastsetter et lavt eller symbolsk gebyr på for eksempel 500 kroner når oppdragsgiveren er lite å klandre for overtredelsen. *Oslo kommune* fremhever viktigheten av at hele skalaen blir brukt, særlig hvis det ikke skal gjelde noe skyldkrav.

*Bergen kommune* er imot departementets forslag om å gjeninnføre KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, men mener subsidiært at gebyret bør utformes som et «tvangsgebyr» som har til hensikt å få oppdragsgiver til å avslutte ulovlige direkte anskaffelser som har karakter av å være en løpende avtale. Kommunen tar også til orde for at KOFA bør ha mulighet til å unnlate å ilegge overtredelsesgebyr. Alternativt foreslår *Bergen kommune* at gebyrets størrelse bør være symbolsk dersom den ulovlige direkte anskaffelsen ikke fremstår forsettlig eller grovt uaktsom, eller dersom det er klart at det har vært reell konkurranse om anskaffelsen. *Avfall Norge* støtter denne delen av *Bergen kommunes* høringssvar.

Enkelte høringsinstanser mener det bør gjøres endringer i overtredelsesgebyrets størrelse. *Troms fylkeskommune* mener det bør innføres et maksimumsbeløp for gebyret. De viser til at gebyr på 15 prosent av anskaffelsens verdi på en utilbørlig måte kan gå ut over innbyggerne i kommunen ved større anskaffelser. Under forutsetning av at KOFA gis myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr, mener *Bergen kommune* at det bør settes et tak på 10 prosent av EØS-terskelverdien for varer og tjenester, som i dag tilsvarende 155 000 kroner. Også *Direktoratet for økonomistyring* mener det bør settes et tak på gebyrets størrelse.

For øvrig mener *Troms fylkeskommune* det bør vurderes om fastsettelsen av overtredelsesgebyrets størrelse skal behandles av domstolene.

*Øvre Eiker kommune* foreslår at KOFA bare skal kunne ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser som er underlagt anskaffelsesforskriftens del III.

*Den Norske Advokatforening* er enig i at det er nødvendig med en ytterligere effektivisering av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket. De påpeker imidlertid at de foreslåtte endringene i realiteten vil kunne innebære at sanksjonene «uten virkning» og avkortning i kontraktens løpetid erstattes med overtredelsesgebyr. Av denne grunn mener *Den Norske Advokatforening* at departementet i større grad må vurdere om den foreslåtte kompetanseoverføringen til KOFA harmonerer med håndhevelsesdirektivet.

De syv høringsinstansene som er imot forslaget om å gjeninnføre KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, er *Helse Nord RHF*, *Regjeringsadvokaten*, *Nordland fylkeskommune*, *Bergen kommune*, *Fitjar kommune*, *Skånland kommune* og *Time kommune*. Flere av disse høringsinstansene mener dagens ordning med intensjonskunngjøring og domstolsprøving fungerer godt og har tilstrekkelig preventiv effekt.

*Nordland kommune*, *Bergen kommune* og *Time kommune* påpeker at sanksjonen overtredelsesgebyr er så alvorlig at den utelukkende bør håndheves av domstolene. De mener også at effekten av departementets forslag må utredes nærmere før eventuelle endringer blir gjort.

Synspunktet deles av *Helse Nord RHF*, som også mener at en eventuell gjeninnføring av KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr må vurderes opp mot den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6. I likhet med enkelte andre høringsinstanser har *Helse Nord RHF* dessuten påpekt at det kan oppstå utfordringer med KOFAs uavhengighet. De har vist til at det er prinsipielt uheldig at et organ, hvis eksistens er avhengig av bevilgninger fra overordnede myndigheter, gis vedtakskompetanse overfor sin bevilgende myndighet.

*Regjeringsadvokaten* fremhever at departementet i forbindelse med gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet i 2012 var kjent med at antallet saker ville gå ned som en konsekvens av at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr ble flyttet til domstolene, og at dette var en ønsket utvikling. Det faktum at det foreløpig har vært anlagt få saker om overtredelsesgebyr for domstolene, kan ikke uten videre tas til inntekt for at gjeldende regler ikke virker effektivt nok. Tvert imot mener *Regjeringsadvokaten* det er rimelig grunn til å tro at dagens sanksjonsregler har hatt en preventiv effekt ved at de har ført til færre ulovlige

direkte anskaffelser. At svært mange oppdragsgivere har valgt å publisere intensjonskunnngjøringer, kan tale for at oppdragsgiverne har ønsket å unngå å bli rammet av de nye sanksjonsreglene. I tillegg frykter Regjeringsadvokaten at behandlingen av gebyrsaker vil kreve ressurser som i stedet vil kunne brukes på å opprettholde kort saksbehandlingstid i de rådgivende sakene.

*Arkitektbedriftene i Norge og Direktoratet for forvaltning og IKT* understreker viktigheten av at intensjonskunnngjøringer ikke misbrukes, og at det gjelder et aktsomhetskrav for oppdragsgiveren, slik det fremgår av EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 (Fastweb). Direktoratet for forvaltning og IKT mener også at det ville vært hensiktsmessig å presisere i regelverket at KOFA vil ha adgang til å behandle klagen og eventuelt konstatere regelbrudd selv om oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunnngjøring. I tillegg har Direktoratet for forvaltning og IKT opplyst at det per 1. juli 2015 er blitt publisert 1181 intensjonskunnngjøringer.

### 7.8.3.3 Søksmålskompetanse

Høringsinstansene er delt i synet på om KOFA skal gis kompetanse til å reise søksmål for domstolene. Forslaget har fått støtte fra 22 høringsinstanser og er møtt med motstand fra 21 høringsinstanser. De som er imot forslaget, er alle fra oppdragsgiversiden, mens de som støtter forslaget, både er leverandører og oppdragsgivere. Felles for tilhengerne og motstanderne er at de er bekymret for at forslaget vil medføre et økt ressursbehov i KOFA og således en risiko for at saksbehandlingstiden vil øke i alle saker.

KS er imot forslaget og har fått støtte fra *Askim kommune, Gjesdal kommune, GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet, Halden kommune, Ski kommune, Trondheim kommune, Vefsn kommune og Øvre Romerike Innkjøpssamarbeid*. KS er kritisk til at KOFA gis flere roller, og mener det skapes uryddige forhold i det offentlige:

«Tilsvarende spørsmål ble vurdert av håndhevelsesutvalget, jf. NOU 2010: 2, og det følger på side 197 flg., at utvalget ikke kunne anbefale en slik løsning.

At KOFA skal få søksmålskompetanse reiser flere prinsipielle og prosessuelle spørsmål.

Etter KS sitt standpunkt er det prinsipielt uheldig at KOFA gis flere roller. KOFA vil med forslaget både inneha rolle som et rådgivende organ, et dømmende organ samt gis «påtalekompetanse». Det kan reises spørsmål om

dette er forenelig med maktfordelingsprinsippet.

Det er videre prinsipielt betenkelig at staten skal kunne gå til sak mot seg selv. Hvem skal for eksempel RA representere og gi råd til; KOFA eller den innklagde oppdragsgiveren? Det kan ikke legges opp til ulike løsninger avhengig av om oppdragsgiver er statlig eller kommunal/fylkeskommunal.

KS kan ikke gå inn for å gi KOFA søksmålskompetanse når dette vil innebære at staten (felleskapets midler) skal bekoste og belaste rettsapparatet med rettsaker der offentlige instanser går til sak mot hverandre.»

KS fremhever også at de ikke er kjent med at andre nemnder eller offentlige virksomheter har en slik søksmålskompetanse, og at dette vil være en ordning som ikke er forsøkt tidligere. Ifølge KS bør departementet avvente EU-kommisjonens evaluering av håndhevelsesdirektivet før man eventuelt vurderer å sette forslaget ut i livet.

Også *Statsbygg* er motstander av forslaget. Deres hørings svar støttes av *Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet, UiT Norges arktiske universitet og Universitetet i Bergen*. I likhet med KS har *Statsbygg* vist til NOU 2010: 2, hvor Håndhevelsesutvalget påpekte at søksmålskompetanse for KOFA vil lede til «prinsipielt problematiske rettsaker» mellom forskjellige offentlige organer. Dernest uttaler *Statsbygg* følgende:

«Subsidiært mener *Statsbygg* at den primære sanksjon for KOFA bør være overtredelsesgebyr. Dette bør avspeiles i forskriftsteksten ved at dette står først i § 12a. Videre mener vi at de retningslinjer som gjelder for KOFA valg av sanksjon, slik de er skissert av departementet i høringsnotatet, bør inntas i selve forskriften.»

De øvrige høringsinstansene som er imot søksmålskompetanse for KOFA, er *Helse Nord RHF, Politiets fellestjenester, Regjeringsadvokaten, Statens pensjonskasse, Nordland fylkeskommune, Fitjar kommune, Time kommune og KS Bedrift*.

Motforestillingene til Politiets fellestjenester er stort sett de samme som KS' og *Statsbyggs*. I tillegg uttaler Politiets fellestjenester at:

«[...] domstolkontroll med det offentliges etterlevelse av regelverket bør bero på at private aktører initierer slik domstolkontroll, og at Riksrevisjonens kontrollarbeid understøtter en effektiv håndhevelse av regelverket.»

Regjeringsadvokaten er sterkt kritisk til forslaget. De peker på at forslaget representerer noe nytt ved at en offentlig klagenemnd gis kompetanse til å saksøke et annet offentlig organ. Dette reiser flere prinsipielle problemstillinger. For det første savner Regjeringsadvokaten en grunnleggende problematisering av at KOFA skal kunne føre saker mot staten, inkludert sitt eget fagdepartement. For det andre reiser forslaget en rekke praktiske spørsmål knyttet til utøvelsen av en slik søksmålskompetanse, blant annet spørsmål om hvilke roller nemndsmedlemmene og nemndas leder skal ha på de ulike stadiene i prosessen. For det tredje aktualiserer forslaget flere prosessuelle spørsmål, herunder spørsmål om beslutningen om å gå til søksmål eller ikke skal anses som et vedtak, om beslutningen kan prøves av retten, og om hvordan grensen skal trekkes for hvem som har søksmålskompetanse.

Helse Nord RHF er imot forslaget og uttaler at de gjerne skulle sett at effekten av intensjonskunngjøringer og andre tiltak som allerede er iverksatt, ble utredet før det konstateres et klart behov for å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser.

Både Helse Nord RHF og Regjeringsadvokaten påpeker viktigheten av å rendyrke KOFA som et rådgivende organ for å ivareta nemndas sentrale funksjon. En innføring av søksmålskompetanse vil utvilsomt ta ressurser fra rådgivningsfunksjonen.

De 22 høringsinstansene som støtter forslaget, er *Arbeids- og velferdsdirektoratet, Direktoratet for forvaltning og IKT, Direktoratet for økonomistyring, Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Landbruksdirektoratet, Utdanningsdirektoratet, Utlendingsnemnda, Bergen kommune, Oslo kommune, Arkitektbedriftene i Norge, Byggenæringens Landsforening, Den Norske Advokatforening, Entreprenørforeningen – Bygg og Anlegg, Hovedorganisasjonen Virke, Landsorganisasjonen i Norge, Maskinentreprenørenes Forbund, Norges Kommunerevisorforbund, Norges Taxiforbund, Norsk Industri, Norsk Teknologi, Næringslivets Hovedorganisasjon og Rådgivende Ingeniørers Forening.*

Samtlige instanser som representerer leverandørsiden, støtter forslaget. Næringslivets Hovedorganisasjon, som Norsk Industri og Norsk Teknologi slutter seg til, hilser forslaget velkommen og mener at søksmålskompetanse for KOFA vil ha en sterk preventiv effekt. Arkitektbedriftene i Norge og Rådgivende Ingeniørers Forening fremhever begge at manglende saker for domstolene viser at tredjeparter normalt ikke vil bruke ressurser på å reise søksmål for de alminnelige domstolene for å få kjent kontrakter uten virkning.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser er enig i det kan være tjenlig med en ekstra sanksjonsmulighet, men at den bare unntaksvis vil være aktuell.

Bergen kommune uttaler at de:

«[...] anser det som et hensiktsmessig virkemiddel å gi KOFA kompetanse til å ta ut søksmål for tingretten i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Det bør vurderes om det kan være hensiktsmessig å gi organet kompetanse til å bringe inn for retten også saker som ikke er innklaget til KOFA.»

Utdanningsdirektoratet reiser spørsmål om KOFA skal kunne ta opp saker etter initiativ fra Riksrevisjonen.

Den Norske Advokatforening påpeker at det er nødvendig med en ytterligere effektivisering av håndhevelsen, men fremhever at det er en forutsetning at de foreslåtte endringene er i tråd med håndhevelsesdirektivet.

#### 7.8.3.4 Søksmålsfrister

Få høringsinstanser har uttalt seg om departementets forslag om at klage til KOFA skal avbryte søksmålsfristene på henholdsvis to år og 30 dager i anskaffelsesloven § 15. Det samme gjelder forslaget om å utvide søksmålsfristen til 30 dager i tilfeller hvor klage sendes til KOFA like før søksmålsfristen løper ut.

*Oslo kommune* og *Den Norske Advokatforening* støtter forslagene. Den Norske Advokatforening påpeker at en eventuell lang saksbehandlingstid i KOFA vil kunne ha innvirkning på nemndas vurdering av om det er hensiktsmessig å ta ut søksmål. Saksbehandlingstiden bør ikke få konsekvenser for muligheten for andre aktører med rettslig interesse i å reise søksmål. Oslo kommune påpeker at forslaget ser ut til å være i overensstemmelse med ordningen som gjelder for andre konfliktløsningsorganer, eksempelvis konfliktrådet, hvor foreldelsesfristen avbrytes ved klage.

*Politiets fellestjenesters* foreslår å klargjøre reglens nærmere innhold:

«PFT finner det noe upresist om ordlyden i § 15 sett opp mot Departementets redegjørelse i høringsnotatet er ment slik at søksmålsfristen kun avbrytes slik at det er den resterende delen av fristen som fortsetter å løpe etter leverandørens rettslige skritt. PFT legger til grunn at forslaget skal forstås dit hen at det ikke gis en *ny* frist etter slike rettslige skritt.



PFT ber videre om at det presiseres hvorvidt en fristavbrytelse er ment å ha virkning kun overfor den part som har gått til rettslige skritt, og ikke overfor øvrige parter, eksempelvis andre tilbydere i en anbudskonkurranse.»

Forslaget til ny utvidet søksmålsfrist på 30 dager har fått uttrykkelig støtte fra *Utdanningsdirektoratet*. *Bergen kommune* mener på sin side at det ikke bør innføres regler om forlengelse av søksmålsfrister og viser til behovet for en effektiv gjennomføring av offentlige anskaffelser. Ifølge Bergen kommune må søksmålsfrister som avbrytes ved klage til KOFA, fortsette å løpe uten forlengelse når KOFA har fattet sin beslutning i saken.

#### 7.8.3.5 Domstolskontroll

Én høringsinstans, *Klagenemnda for offentlige anskaffelser*, har foreslått å begrense domstolskontrollen med KOFAs vedtak om overtredelsesgebyr. Domstolens kompetanse bør være begrenset til å prøve om vilkårene for å ilegge gebyr er oppfylt – i første rekke om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse – og å ta stilling til fastsettelsen av gebyrets størrelse. Domstolene bør ikke kunne idømme sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14 i slike saker, med mindre nemnda eller andre med rettslig interesse har reist søksmål med påstand om dette. Forslaget er begrunnet i hensynet til rettssikkerhet. Oppdragsgivers insitament til å søke rettslig overprøving av KOFAs vedtak reduseres fordi resultatet vil kunne bli at kontrakten kjennes uten virkning. Slik *Klagenemnda for offentlige anskaffelser* ser det, vil dette være uheldig.

*Klagenemnda for offentlige anskaffelser* er imidlertid enig i departementets forslag om å innføre en frist på to måneder for oppdragsgiver for å reise søksmål om vedtaket. *Statens vegvesen* mener på sin side at fristen bør settes til seks måneder.

#### 7.8.3.6 Øvrige endringer i håndhevelsesreglene

Ingen av høringsinstansene har kommet med innspill av betydning til departementets forslag til språklige og regeltekniske endringer i anskaffelsesloven §§ 8, 9 og 11 til 15.

### 7.8.4 Departementets vurdering

#### 7.8.4.1 Formålet – effektivisering av håndhevelsen

Formålet med forslagene om å gjeninnføre KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr og å gi KOFA søksmålskompetanse var å effektivisere

håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser. Som gjennomgangen av høringsinstansenes syn viser, er de fleste positive til forslaget om overtredelsesgebyr, mens søksmålskompetanse er mer kontroversielt, jf. punkt 7.8.3.2 og 7.8.3.3.

Samtidig er kort saksbehandlingstid i KOFA en klar forutsetning for at nemnda skal bli oppfattet som det effektive tvisteløsningsalternativet nemnda er ment å være. Av hensyn til KOFAs legitimitet generelt og partene spesielt må nemndas avgjørelser ikke bare være av god kvalitet, men også produseres raskt. Ressurssituasjonen i KOFA har imidlertid i perioder vært preget av stor saksmengde, restanser og lang saksbehandlingstid. Vinteren 2011–2012 var situasjonen særlig bekymringsfull. For å unngå at saksmengden bare skulle fortsette å vokse fra år til år, ble det besluttet å øke klagegebyret betydelig. Dette har medført en nedgang i antallet klagesaker på rundt 60 prosent. Etter flere års arbeid med restanser nådde KOFA i april 2015 et lenge etterlengtet mål om tre måneders saksbehandlingstid.

Mange høringsinstanser har uttrykt bekymring for at nye arbeidsoppgaver for KOFA i saker om ulovlige direkte anskaffelser vil kunne føre til at saksbehandlingstiden i de rådgivende sakene øker igjen. Departementet understreker at det ikke er ønskelig å gjennomføre tiltak som har denne effekten. Dette krever at departementet tar hensyn til den aktuelle ressurssituasjonen i KOFA og vurderer hvilke oppgaver det er tilrådelig å pålegge nemnda uten at det skal gå vesentlig ut over formålet med nemnda.

#### 7.8.4.2 Overtredelsesgebyr

Departementet fastholder forslaget om å gjeninnføre KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Departementet registrerer at forslaget har fått bred støtte fra både leverandørsiden og oppdragsgiversiden i høringen.

Etter departementets syn er det et klart behov for å effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser. Ved gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet, hvor KOFA ble fratatt sin gebyrkompetanse, var departementet riktignok klar over risikoen for at antallet ulovlige direkte anskaffelser som blir påklaget, kunne reduseres. Håndhevelsesutvalgets flertall anslo sågar at antallet saker om ulovlige direkte anskaffelser som ville finne veien til domstolene hvert år, ville være lite, jf. NOU 2010: 2 side 222. Denne konsekvensen ble imidlertid vurdert som akseptabel fordi domstolene fikk kompetanse til å ilegge de

inngripende sanksjonene «uten virkning» og avkortning av kontraktens løpetid. Det sentrale var nemlig at det nye sanksjonssystemet samlet sett ble vurdert å ha stor preventiv effekt.

Siden lovendringen trådte i kraft 1. juli 2012, har imidlertid håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser nærmest stoppet opp. Det var ikke hensikten. Etter departementets vurdering vil den beste måten å effektivisere håndhevelsen være å gjeninnføre KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr.

Departementet opprettholder forslaget om at KOFA skal kunne ilegge overtredelsesgebyr uavhengig av oppdragsgivers skyld. At det gjaldt et krav om grov uaktsomhet eller forsett i den nå opphevede anskaffelsesloven § 7b, ble begrunnet med at anskaffelsesregelverket fremstår komplekst, og at det derfor burde utvises en viss tilbakeholdenhet med hensyn til hvor streng aktsomhetsnormen burde være. Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende med samme styrke nå; departementet foreslår at den aktsomme oppdragsgiver skal kunne unngå å bli ilagt overtredelsesgebyr ved å foreta en intensjonskunngjøring og tidligst inngå kontrakten ti dager etter kunngjøringen, på samme måte som oppdragsgiver kan unngå å bli idømt sanksjoner av retten, jf. anskaffelsesloven §§ 13 og 14. I tillegg taler hensynet til effektiv håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser for at KOFA skal kunne ilegge overtredelsesgebyr uavhengig av oppdragsgivers skyld.

Enkelte høringsinstanser har tatt til orde for at KOFA skal kunne unnlate å ilegge overtredelsesgebyr i den enkelte sak. Statistikk viser at i den perioden KOFA hadde gebyrmyndighet, unnlot nemnda å ilegge gebyr i rundt 40 prosent av sakene hvor nemnda konkluderte med at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Departementet ser at det etter omstendighetene vil kunne være rimelig å unnlate å ilegge gebyr, og foreslår derfor å innføre en slik adgang. Samtidig understreker departementet at KOFA bør være mer tilbakeholden med å benytte denne adgangen enn tidligere fordi den aktsomme oppdragsgiver kan publisere en intensjonskunngjøring.

Når det gjelder utmålingen av overtredelsesgebyret, har noen høringsinstanser foreslått at det innføres et maksimumsbeløp for gebyrets størrelse. Etter departementets vurdering må nivået på overtredelsesgebyret være av en viss størrelse for å oppnå den ønskede preventive effekten. I perioden KOFA sist hadde gebyrkompetanse (1. januar 2007 til 1. juli 2012), ser det dessuten ut til at nemnda benyttet gebyrskalaen med sikte på å sikre konsistens og signalverdi. Forslaget om et

tak på 15 prosent av anskaffelsens verdi opprettholdes.

Flere høringsinstanser mener at KOFA, med sin skriftlige saksbehandling, er et organ som er lite egnet til å ilegge overtredelsesgebyr ut over de tilfellene hvor oppdragsgiveren har utvist forsett eller grov uaktsomhet. Departementet er ikke enig i dette. Departementet anser saksbehandlingsformen i KOFA tilstrekkelig god til å vurdere denne typen saker. KOFA har også adgang til å avvise klager som de mener er uhensiktsmessige for behandling i nemnda, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 9. Dette inkluderer blant annet saker som beror på bevisspørsmål som ikke er egnet for skriftlig saksbehandling. I tillegg vil KOFA som nevnt over ha adgang til å unnlate å ilegge gebyr i unntakstilfeller.

Slik departementet ser det, vil en gjeninnføring av KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ikke være i strid med håndhevelsesdirektivet. Domstolenes kompetanse foreslås ikke endret. Aktører med rettslig interesse etter tvistelovens regler vil ha samme mulighet til reise søksmål for domstolene som i dag. Riktignok *kan* endringen i praksis lede til færre saker for domstolene om sanksjonene «uten virkning» og avkortning av kontraktens løpetid fordi terskelen for å klage til KOFA er lavere enn terskelen for å reise søksmål for domstolene. Samtidig kan det tenkes at gjeninnføringen av gebyrkompetansen, kombinert med forslaget om tilpasning av søksmålsfrister, jf. punkt 7.8.4.4, vil lede til at flere leverandører vil se seg tjent med å gå til søksmål basert på nemndas vedtak.

Departementet forutsetter at KOFA etablerer saksbehandlingsrutiner som ivaretar hensynet til oppdragsgivernes rettssikkerhet, herunder forholdet til den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6. Departementet bemerker i denne sammenheng at offentlige oppdragsgivere til forskjell fra private oppdragsgivere i utgangspunktet ikke nyter vern etter EMK.

I likhet med høringsinstansene er departementet opptatt av at behandlingen av gebyrsaker ikke skal føre til at saksbehandlingstiden i de rådgivende sakene går i været igjen. Departementet vil derfor følge KOFAs ressursituasjon nøye.

#### 7.8.4.3 Søksmålskompetanse

Departementet har registrert at forslaget om innføring av søksmålskompetanse for KOFA har fått blandet mottakelse i høringen. Mange høringsinstanser ser både prinsipielle, strukturelle og prosessuelle betenkeligheter ved å gi KOFA søksmålskompetanse. I tillegg har høringen avdekket en

utstrakt bekymring for at søksmålskompetansen vil kreve ressurser som ellers kunne vært brukt på å holde saksbehandlingstiden i de rådgivende sakene nede.

Departementet har kommet til at forslaget om søksmålskompetanse ikke skal følges opp på nåværende tidspunkt.

Etter departementets vurdering ville det latt seg gjøre å finne en løsning på de prinsipielle, strukturelle og prosessuelle problemstillingene som er reist i høringen. Departementet deler imidlertid høringsinstansenes bekymring knyttet til ressursituasjonen. Det vil utvilsomt bli mer ressurskrevende for KOFA *både* å behandle vedtak om overtredelsesgebyr *og* å håndtere eventuelle søksmål for domstolene. Vedtak om overtredelsesgebyr krever normalt en grundigere saksbehandling enn rådgivende uttalelser. I tillegg vil en gjeninnføring av KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr sannsynligvis øke interessen for å klage på ulovlige direkte anskaffelser. Departementet viser for øvrig til det som er nevnt innledningsvis i punkt 7.8.4.1 om betydningen av at saksbehandlingstiden i KOFA holdes nede for at KOFA skal kunne opprettholde sin rolle som et effektivt tvisteløsningsalternativ.

Departementet vurderer det slik at en gjeninnføring av KOFAs kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr – kombinert med tilpasninger i reglene om søksmålsfrister, jf. punkt 7.8.4.4 – vil kunne effektivisere håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser betydelig. Disse endringene vil også gi leverandørene et bedre utgangspunkt for å reise søksmål ved at leverandørene vil kunne bruke nemndas avgjørelse for å vurdere prosessrisikoen ved en eventuell domstolsbehandling. I tillegg vil endringene ha en preventiv virkning.

Departementet viser også til at EU-kommisjonen har satt i gang en evaluering av håndhevelsesdirektivet, blant annet for å undersøke i hvilken grad sanksjonene «uten virkning» og avkortning av kontrakt, samt overtredelsesgebyret, faktisk blir brukt for å bekjempe ulovlige direkte anskaffelser. Departementet ser det som ønskelig å avvente denne evalueringen før man i Norge innfører ytterligere tiltak.

#### 7.8.4.4 Søksmålsfrister

Departementet opprettholder de to forslagene om å gjøre tilpasninger i reglene om søksmålsfrister, jf. departementets lovforslag § 15. Selv om departementet ikke opprettholder forslaget om å gi KOFA søksmålskompetanse, er det like fullt behov for disse tilpasningene.

Departementet fastholder at fristen på henholdsvis to år og 30 dager for å reise søksmål med krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14 avbrytes ved klage til KOFA. Når en klage på en ulovlig direkte anskaffelse først er rettet til KOFA og skal behandles der, ser departementet det som rimelig og ressursbesparende for både leverandører og domstolene at søksmålsfristen avbrytes. En leverandør skal kunne vente på KOFAs avgjørelse før han avgjør om han skal reise søksmål med krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Når nemndas avgjørelse foreligger, vil den resterende delen av søksmålsfristen fortsette å løpe.

Departementet fastholder også at søksmålsfristen alltid skal være minst 30 dager fra KOFA har avvist klagen eller truffet avgjørelse om hvorvidt det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Denne regelen vil være praktisk dersom KOFA mottar en klage på en anskaffelse rett før søksmålsfristen på henholdsvis to år og 30 dager løper ut.

I høringen har flere representanter for leverandørsiden påpekt at fraværet av saker for domstolene illustrerer at tredjeparter ikke vil bruke ressurser på å gå til søksmål for å få en kontrakt kjent uten virkning. Departementet har ikke grunn til å trekke dette i tvil. En tilpasning av søksmålsfristene i tilfeller hvor klage først sendes til KOFA, vil imidlertid legge til rette for at en leverandør kan dra nytte av nemndas avgjørelse når han vurderer om han skal reise søksmål med krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Departementet legger også til grunn at fristavbrytelsen skal ha virkning for alle som mener de har rettslig interesse i å reise søksmål – ikke bare for parten som sendte klagen til KOFA. På denne måten avskjæres ikke leverandørens adgang til å reise søksmål om den samme ulovlige direkte anskaffelsen hvis det er andre som har klaget til nemnda, for eksempel en interesseorganisasjon.

Departementet ser at endringene vil kunne gi oppdragsgiveren og hans medkontrahent mindre sikkerhet rundt kontraktsforholdet. Etter departementets vurdering må det likevel veie tyngst at tilpasningene av søksmålsfristene vil fremme formålet om å effektivisere håndhevelsen av anskaffelsesregelverket.

#### 7.8.4.5 Domstolskontroll

Departementet opprettholder forslaget om at domstolene i saker om overprøving av et vedtak om overtredelsesgebyr skal kunne prøve alle sider av saken, også KOFAs skjønn, og treffe realitetsavgjørelse.

På den annen side følger departementet ikke opp forslaget om at domstolene i slike saker skal ilegge sanksjoner i henhold til anskaffelsesloven §§ 13 og 14 dersom vilkårene for dette er oppfylt. Domstolskontrollen vil således være den samme som i den nå opphevede anskaffelsesloven § 7b. Departementet er enig med Klagenemnda for offentlige anskaffelser i at oppdragsgivers insittament til å søke rettslig overprøving av KOFAs vedtak reduseres dersom domstolene kan ilegge andre sanksjoner. Det vil være uheldig. I slike saker bør domstolene bare kunne overprøve om vilkårene for å ilegge gebyr er oppfylt, i første rekke om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og ta stilling til utmålingen av gebyrets størrelse. Etter departementets syn vil en slik begrensning i domstolskontrollen ikke være i strid med håndhevelsesdirektivet. Aktører med rettslig interesse vil uansett kunne reise søksmål om den samme anskaffelsen med påstand om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14.

Departementet opprettholder forslaget om at søksmål må reises to måneder etter at partene mottok vedtaket. Etter departementets syn gir dette oppdragsgiver tilstrekkelig tid til å vurdere om han skal reise søksmål.

#### 7.8.4.6 Øvrige endringer

Ingen av høringsinstansene hadde innspill av betydning til departementets forslag til språklige og regeltekniske endringer i den gjeldende anskaffelsesloven §§ 8, 9 og 11 til 15. Forslagene opprettholdes.

I tillegg foreslår departementet å flytte hjemlene til å gi forskrift om henholdsvis tvungent verneting og begjæring om midlertidige forføyninger til bestemmelsene om søksmål og midlertidige forføyninger, jf. departementets lovforslag §§ 8 tredje ledd og 9 tredje ledd.

Etter den gjeldende anskaffelsesloven § 10 skal retten underrette departementet om saker som idømmes etter gjeldende § 8, og forføyninger etter gjeldende § 9. Etter departementets syn påfører denne underretningsplikten domstolene en unødvendig byrde. Som ledd i den generelle gjennomgangen av anskaffelsesregelverket med sikte på forenklinger foreslår departementet at bestemmelsen ikke videreføres. Forslaget er ikke sendt på høring, men anses å være ukontroversielt. Bestemmelsen, og dens forløpere, har vært begrunnet i plikten til å informere EFTAs overvåkningsorgan om saker som har vært behandlet i nasjonale klageorganer. Rapporteringsplikten etter håndhevelsesdirektivet er imidlertid svært

begrenset. Forhold av betydning for å overholde rapporteringsplikten vil departementet få kunnskap om gjennom andre kanaler enn uoppfordrede underretninger fra domstolene.

## 7.9 Forskriftshjemmel

### 7.9.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesloven § 16 inneholder en ganske vid hjemmel for Kongen til å gi forskrifter som gjennomfører og utfyller loven. Kongen er også gitt myndighet til å gi oppdragsgivere pålegg som er nødvendige for å sikre at loven og tilhørende forskrifter oppfylles.

Bestemmelsen inneholder en begrensning for forsyningssektorene. Forskrifter som retter seg mot andre enn offentlige myndigheter og offentligrettslige organer – det vil si at de retter seg mot offentlige foretak og private virksomheter som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av en enerett eller særrett – kan bare gis i det omfang det er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner. Dette innebærer at man i forskrift ikke kan etablere plikter for slike oppdragsgivere som går lenger enn det som følger av EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp og øvrige internasjonale avtaler om offentlige anskaffelser. Det er imidlertid gjort unntak for forskriftsregler om begrunnelse, som kan gå lenger enn det som er nødvendig for å oppfylle internasjonale forpliktelser.

### 7.9.2 Departementets høringsnotat

I forbindelse med forslaget til gjennomføring av de tre nye anskaffelsesdirektivene foreslo departementet å dele anskaffelsesloven § 16 i to: en bestemmelse om adgangen til å gi forskrifter, og en bestemmelse om adgangen til å gi pålegg. Kompetansen til å gi forskrift og pålegg ble foreslått lagt til departementet. Adgangen til å gi pålegg er behandlet i punkt 7.10.

Hva gjelder forskriftshjemmelen, foreslo departementet å oppheve begrensningen for forsyningssektorene. Dette ville gi departementet kompetanse til å fastsette forskriftsregler for alle oppdragsgivere i forsyningssektorene, også der slike regler går lenger enn det som følger av Norges internasjonale forpliktelser. Begrunnelsen for forslaget var tredelt:

For det første hadde departementet et ønske om å harmonisere reglene i de ulike forskriftene så langt det ikke er behov for forskjellige regler. Departementet var riktignok også opptatt av å

beholde forsyningsdirektivets fleksibilitet i det norske regelverket. På enkelte punkter vil imidlertid harmonisering kunne bidra til viktige klargjøringer av rettsstilstanden i forsyningssektorene. Anskaffelsesloven § 16 kan gjøre dette vanskeligere fordi harmonisering i noen tilfeller vil kunne oppfattes som at man går lenger enn forsyningsdirektivet krever.

For det andre foreslo departementet å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt og sanksjonsregler for bygge- og anleggskontrakter og kontrakter om helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester over 3,1 millioner kroner i forsyningsforskriften. Slik anskaffelsesloven § 16 er utformet, ville det kreve særskilt lovhjemmel å innføre en slik kunngjøringsplikt.

For det tredje fant departementet det lite hensiktsmessig med en hovedregel som begrenser adgangen til å regulere anskaffelser i forsyningssektorene, når det samtidig er behov for å innføre en rekke unntak fra denne hovedregelen.

Departementet foreslo videre å ta inn en hjemmel til å regulere oppdragsgivers adgang til å si opp en kontrakt. Det følger av de nye direktivene at medlemsstatene skal sikre at oppdragsgiver kan si opp en kontrakt i visse tilfeller, blant annet når EU-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene ved tildeling av kontrakten, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 73, forsyningsdirektivet artikkel 90 og konsesjonskontraktordirektivet artikkel 44.

I tillegg foreslo departementet å ta inn en eksplisitt hjemmel til å fastsette forskrift om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser. Forslaget var ment å sikre gjennomføringen av direktiv 2014/55/EU om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser i norsk rett. I direktivet pålegges medlemsstatene å sikre at oppdragsgivere mottar og behandler elektroniske fakturaer som er i samsvar med den europeiske standarden for elektronisk fakturering. Kommunal- og moderniseringsdepartementet har ansvaret for å utarbeide forskriften.

Hjemmelen til å gi forskrift om tvungent verne-ting og midlertidig forføyning i anskaffelsesloven § 16 foreslo departementet å videreføre uendret.

### 7.9.3 Høringsinstansenes syn

Forslaget til ny forskriftshjemmel har fått relativt liten oppmerksomhet i høringen.

*Havforskningsinstituttet* støtter generelt forslaget til ny forskriftshjemmel.

Bare to høringsinstanser, *Jernbaneverket* og *Bergen kommune*, støtter eksplisitt at begrensning

gen for visse forsyningsvirksomheter oppheves. Sistnevnte presiserer imidlertid følgende:

«[...] forskriftsregulering som går lenger enn det som følger av internasjonale forpliktelser, må begrenses til forhold som uansett er utslag av de generelle prinsippene. For øvrig er det viktig å beholde den fleksibiliteten som ligger i forsyningsdirektivet».

*Posten Norge AS, Arbeidsgiverforeningen Spekter og Wikborg, Rein og Co. Advokatfirma DA* er på sin side uttrykkelig imot en utvidelse av forskriftshjemmelen for forsyningssektorene. *Posten Norge AS* understreker at det er viktig at reguleringen i forsyningssektorene ikke går lenger enn absolutt nødvendig. Harmonisering vil viske ut det skillet mellom klassisk sektor og forsyningssektorene som EU har trukket helt bevisst:

«Departementet begrunner i høringsnotatet forslaget om å utvide forskriftshjemmelen i to hensyn; 1) lovteknikk og 2) harmonisering av regelverket. Ingen av disse hensynene er gode begrunnelser for å pålegge en hel sektor regler som er strengere enn EU-regelverket, og henger uansett ikke sammen med departementets klare uttalelse om at «Departementet er opptatt av å bevare fleksibiliteten i forsyningsdirektivet».

«[...] Det minnes om at man innen forsyningssektorene i all hovedsak har å gjøre med svært profesjonelle anskaffelsesmiljøer. Også her vises det til Forenklingsutvalgets arbeid, som med rette har påpekt hvilken «pris» harmoniseringstankegangen har fått i Norge. Harmoniseringshensynet må ikke gå så langt at det medfører at en aktør blir underlagt strengere regler enn nødvendig utelukkende fordi det er et ønske om at forskriftene skal se like ut.»

Arbeidsgiverforeningen *Spekter* bemerker blant annet at regelverket bør:

«[...] gi virksomhetene tilstrekkelig fleksibilitet i anskaffelsesprosessen, slik at de ikke skal tape konkurransekraft. Konkurransesituasjonen i seg selv bidrar til effektive anskaffelser. På en rekke områder er frihetsgradene i forsyningsdirektivet derfor vesentlig romsligere enn i direktivet for klassisk sektor. Vi støtter departementets intensjon om å gjøre regelverket mer tilgjengelig og brukervennlig. Samtidig kan vi ikke se at det gis noen god begrunnelse for hvorfor departementet ønsker

å innføre strengere regler for forsyningssektorene enn det direktivet legger opp til.»

Forslaget om å utvide forskriftskompetansen har som nevnt sammenheng med forslaget om å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt i forsyningsforskriften. Dette er et tema som har engasjert mange høringsinstanser, uten at disse nødvendigvis har koblet spørsmålet uttrykkelig til utvidelsen av forskriftskompetansen.

En del høringsinstanser, også noen på oppdragsgiversiden, støtter forslaget om å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt. Begrunnelsen er hovedsakelig hensynet til konkurranse, men flere høringsinstanser har også trukket frem at det er hensiktsmessig med en større grad av harmonisering av reglene i klassisk sektor og forsyningssektorene. *Inventura AS* uttrykker dette slik:

«I anvendelsen av reglene har imidlertid taushet om tema i forsyningsforskriften som er omhandlet i forskrift om offentlige anskaffelser medført usikkerhet og parallell anvendelse av bestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser. *Inventura* støtter derfor det grepet som gjøres ved at det tydeliggjøres hvor det er ment å være materielle forskjeller mellom regelverkene, og at man ellers tilstreber størst mulig parallellitet både når det gjelder struktur og materielt innhold. Dette vil forenkle anvendelsen av regelverkene for innkjøperne.»

Mange høringsinstanser, særlig store oppdragsgivere i forsyningssektorene, er derimot motstandere av en slik kunngjøringsplikt. De har blant annet vist til at de ikke ønsker mer vidtrekkende og strengere regler enn det forsyningsdirektivet krever. Flere av dem peker på særtrekkene ved forsyningssektorene og det særlige behovet for fleksibilitet i disse sektorene. Eksempelvis har *Statnett SF* uttalt følgende:

«Vi støtter imidlertid ikke forslag hvor forsyningsforskriften gir mer fleksibilitet enn anskaffelsesforskriften, og hvor departementet legger seg på en løsning fra anskaffelsesforskriften. Dette mener vi strider med hensynet til fleksibilitet gitt oppdragsgivere i forsyningssektoren.

[...] *Statnett* viser, som departementet, til NOU 1997: 21: «aktivitetene innen forsyningssektorene normalt er mer konkurranseorienterte enn klassisk statlig og kommunal virksomhet. Behovet for detaljerte regler for å sikre effektive innkjøp er dermed mindre, mens beho-

vet for fleksibilitet er større.» *Statnett* mener dette utsagnet fortsatt er gyldig i dag – og spesielt innenfor bygg- og anleggsarbeider.»

Selv om mange høringsinstanser generelt er skeptiske til å regulere offentlige anskaffelser i videre omfang enn det som følger av anskaffelsesdirektivene, mener flere av dem likevel at det er hensiktsmessig med en harmonisering av reglene i det omfang det ikke er grunn til at reglene skal være forskjellige. Bildet er derfor nyansert. *Avinor AS* uttrykker dette slik:

«Vi er i utgangspunktet positive til at den nye forskriften gir mer uttømmende regler og kodifiserer gjeldende rett innenfor visse områder. Selv om forskriften blir mer omfattende bidrar det til økt rettslig klarhet, og til at foa nå kan leses mer uavhengig av foa. Vi stiller imidlertid spørsmål om den nye forskriften alltid bidrar til økt fleksibilitet og reduserte administrative byrder for vår del. Det siktes her spesielt til reglene som foreslås i forskriftens del II.»

Forslaget om en eksplisitt hjemmel til å fastsette forskrift om elektronisk faktura har fått uttrykkelig støtte fra *Kommunal- og moderniseringsdepartementet*, *Grimstad kommune* og *Næringslivets Hovedorganisasjon*.

Når det gjelder hjemmelen til å fastsette forskriftsregler om oppdragsgivers adgang til å si opp en kontrakt, er imidlertid *Kommunal- og moderniseringsdepartementet* kritiske til utformingen:

«Regelen foreslås på bakgrunn av den nye direktivbestemmelsen om at oppdragsgiver skal kunne si opp en kontrakt i visse tilfeller, blant annet der EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått et brudd på EØS-avtalen i forbindelse med inngåelse av kontrakten. Denne direktivbestemmelsen er foreslått gjennomført i ny § 23-4 i forskrift om offentlige anskaffelser. Slik forskriftshjemmelen i loven er utformet, er den ikke begrenset til disse tilfellene, men gir departementet en generell adgang til å gi forskriftsbestemmelser om oppdragsgivers adgang til å si opp en kontrakt. *KMD* peker på at kommunene er selvstendige rettssubjekter som i utgangspunktet har frihet til bestemme innholdet i sine avtaler. *KMD* mener derfor at adgangen til å fastsette regler i forskrift, om oppdragsgivers adgang til å si opp en kontrakt, ikke bør gå lenger enn det som kreves etter reglene i det nye direktivet.»

*Kunnskapsdepartementet og Bergen kommune* har stilt spørsmål ved at kompetansen til å gi forskrift er foreslått flyttet fra Kongen til departementet.

#### 7.9.4 Departementets vurdering

Departementet foreslår å videreføre den relativt vide forskriftshjemmelen i anskaffelsesloven § 16, jf. departementets lovforslag § 16 første ledd. Som i dag skal hjemmelen brukes dels til å gjennomføre de detaljerte prosedyrereglene og kravene som følger av EUs anskaffelsesdirektiver, dels til å innføre nasjonale prosedyreregler og krav. Dette er regler om blant annet generelle prinsipper, dialog med markedet før konkurranse, konkurransegrunnlag, valg av anskaffelsesprosedyrer, frister, kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, utvelgelse av leverandører, tildelingskriterier, oppdeling av anskaffelser, bruk av underleverandører, kommunikasjon, kunngjøring, gjennomføring av konkurransen, avvisning, avslutning av konkurransen, anskaffelsesprotokoll og dokumentasjonsplikt, rammeavtaler mv., elektroniske verktøy, endringer i kontrakt, oppsigelse, samordnede innkjøp, sanksjoner og plan- og designkonkurranser.

Siden forskriftshjemmelen først og fremst vil bli benyttet til å vedta prosedyreregler som skal bidra til å oppfylle de grunnleggende prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet, har departementet vurdert muligheten for å innskrenke hjemmelen tilsvarende. Departementet har imidlertid kommet til at dette ikke er mulig. Enkelte regler er det riktignok ikke naturlig å karakterisere som prosedyreregler, men de hører likevel naturlig hjemme i forskriftene. Departementet har i andre lovbestemmelser inntatt eksplisitte hjemler for forskriftsregulering av mer inngripende art og regulering som ikke primært skal bidra til effektiv ressursbruk gjennom overholdelse av lovens grunnleggende prinsipper.

Departementet har registrert at ganske mange høringsinstanser er imot regulering av anskaffelser i forsyningssektorene i videre omfang enn det som følger av forsyningsdirektivet. Dette gjelder særlig forslaget om å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt og visse andre prosedyreregler under EØS-terskelverdiene.

Departementet ønsker ikke å oppheve skillet mellom klassisk sektor og forsyningssektorene, og som nevnt i høringsnotatet er departementet opptatt av å bevare den fleksibiliteten som forsyningsdirektivet gir. Som Tronslin-utvalget la til grunn i 1997, er skillet blant annet begrunnet i at aktivitetene i forsyningssektorene normalt er mer konkurranseorienterte enn «klassisk» statlig og

kommunal virksomhet, jf. NOU 1997: 21 punkt 16.4. Med et slikt konkurransepress er behovet for detaljerte regler for å sikre effektive innkjøp mindre, mens behovet for fleksibilitet tilsvarende større.

I mange tilfeller utøves forsyningsaktivitetene av utskilte kommersielle virksomheter. Nasjonale myndigheter kan imidlertid øve innflytelse på offentlige forsyningsvirksomheters atferd ved at de i større eller mindre grad er underlagt offentlig kontroll, for eksempel ved at det offentlige har kapitalinteresser i foretaket eller er representert i foretakets administrasjons-, ledelses- eller kontrollorganer. I tillegg har markedene en lukket karakter. Dette skyldes at nasjonale myndigheter tildele eneretter eller særretter til å utøve forsyningsaktiviteter. Dette er fremhevet i samtlige tidligere forsyningsdirektiver, og fraværet av full konkurranse er fortsatt begrunnelsen for å regulere forsyningssektorene, jf. blant annet premiss 1 i for-talen til det nye forsyningsdirektivet. Det samme poenget er fremhevet i Europe Economics' rapport 11. februar 2011 til EU-kommisjonen, «Taking stock of utilities procurement». Anskaffelsesreglene skal sikre at forsyningsvirksomheter som ikke selv opererer i et marked med full konkurranse, har gjennomsluttede og rimelige prosedyrer som stimulerer til konkurranse.

Det skjer riktignok en gradvis liberalisering i flere forsyningssektorer. Telekommunikasjonssektoren ble helt unntatt fra direktivets virkeområde med det forrige forsyningsdirektivet (direktiv 2004/17/EF), mens deler av olje- og gassektoren har forsvunnet ut med det nye forsyningsdirektivet. Forsyningsaktiviteter som er underlagt effektiv konkurranse, både rettslig og faktisk, vil det ikke lenger være behov for å regulere. Forsyningsdirektivet åpner derfor også for fritak fra anskaffelsesregelverket for aktiviteter som fullt ut er underlagt konkurranse, jf. artikkel 34 og 35. Dette har skjedd tre ganger i Norge: EFTAs overvåkningsorgan har vedtatt fritak for hhv. deler av kraftsektoren, for oppstrøms petroleumsvirksomhet og for enkelte posttjenester. Så lenge en aktivitet ikke er underlagt effektiv konkurranse, vil det derimot være behov for regulering. Hensynene til effektiv ressursbruk og konkurranse står derfor sentralt også i forsyningssektorene, og vil i tillegg gjøre seg gjeldende under EØS-terskelverdiene.

Foreløpig har departementet ikke avgjort om det skal innføres en nasjonal kunngjøringsplikt under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene. Departementet har bestilt en samfunnsøkonomisk analyse som skal styrke beslutningsgrunnlaget. Oppdraget går ut på å analysere behovet for

en slik kunngjøringsplikt for å sikre tilstrekkelig åpenhet og konkurranse, og eventuelt på hvilket nivå en nasjonal terskelverdi bør ligge for å sikre at gevinstene ved økt åpenhet og konkurranse overstiger transaksjonskostnadene ved kunngjøring og overholdelse av eventuelle andre prosedyrerekrav.

Uavhengig av hva departementet skulle komme til i spørsmålet om innføring av nasjonale prosedyreregler under EØS-terskelverdiene, ser departementet det som ønskelig med en større grad av harmonisering mellom anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Mange av justeringene som departementet har foreslått i utkastet til ny forsyningsforskrift, er ukontroversielle og av mer teknisk karakter. De vil imidlertid ikke kunne gjennomføres hvis loven inneholder et absolutt forbud mot forskriftsregulering som går lenger enn Norges internasjonale forpliktelser. I stedet vil hver enkelt presisering i forskrift kreve et uttrykkelig unntak i loven. Dette er ikke en hensiktsmessig løsning. Etter departementets vurdering er det derfor behov for en utvidet hjemmel til å regulere anskaffelser i forsyningsvirksomhetene.

Hvordan departementet for øvrig tar sikte på å benytte forskriftshjemmelen til å innføre nasjonale prosedyreregler og krav til oppdragsgivere, er nærmere omtalt i kapittel 8.

Departementet opprettholder forslaget til hjemmel til å regulere oppdragsgivers adgang til å si opp kontrakten, jf. lovforslaget § 16 annet ledd. Hjemmelen vil bli brukt til å gjennomføre de nye anskaffelsesdirektivenes regler om oppsigelse i visse særlige tilfeller. Departementet har ikke til hensikt å regulere oppdragsgivers oppsigelsesadgang i offentlige kontrakter generelt.

Hjemmelen til å fastsette forskrift om elektronisk faktura er inntatt i departementets lovforslag § 16 tredje ledd.

Departementet opprettholder forslaget om å legge forskriftskompetansen til departementet. Formålet er å avlaste Kongen i statsråd.

Hjemlene til å gi forskrift om tvungent verne-ting og begjæringer om midlertidige forføyninger tas ut av anskaffelsesloven § 16 og flyttes til bestemmelsene om henholdsvis søksmål og midlertidig forføyning, jf. departementets lovforslag §§ 8 tredje ledd og 9 tredje ledd.

## 7.10 Pålegg

### 7.10.1 Gjeldende rett

Foruten en forskriftshjemmel inneholder anskaffelsesloven § 16 en hjemmel for Kongen til å gi

oppdragsgivere de pålegg som er nødvendige for å sikre at loven og tilhørende forskrifter oppfylles. I forskriftene er denne adgangen delegert til departementet.

Adgangen til å gi pålegg i forsyningssektorene er underlagt samme begrensning som forskriftshjemmelen, jf. punkt 7.9.1. Pålegg som retter seg mot andre enn offentlige myndigheter og offentligrettslige organer – det vil si at de retter seg mot offentlige foretak og private virksomheter som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av en enerett eller særrett – kan bare gis i det omfang det er nødvendig for å oppfylle Norges forpliktelser overfor fremmede stater eller internasjonale organisasjoner. Dette betyr at slike oppdragsgivere ikke kan gis pålegg som går lenger enn det som følger av EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp og øvrige internasjonale avtaler om offentlige anskaffelser.

Departementet er ikke kjent med at bestemmelsen formelt er blitt brukt.

### 7.10.2 Departementets høringsnotat

I høringsnotatet foreslo departementet å innnevne påleggshjemmelen, slik at pålegg ikke i noe tilfelle skal kunne gis med mindre det er nødvendig for å sikre oppfyllelse av EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. Med andre ord foreslo departementet at begrensningen som i dag gjelder for pålegg til offentlige foretak og private virksomheter som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av en enerett eller særrett, også skal gjelde for pålegg til alle andre oppdragsgivere. Forslaget innebærer at adgangen til å gi pålegg om overholdelsen av særnorske regler, for eksempel regler som gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, faller bort.

Bakgrunnen for forslaget var at departementet ikke så behov for en generell adgang til å gi pålegg for å sikre at anskaffelsesregelverket etterleves. Det er ikke meningen at departementet skal føre tilsyn med offentlige anskaffelser.

Departementet har imidlertid behov for et virkemiddel for å sikre at Norges internasjonale forpliktelser blir oppfylt. For det første kan departementet ha behov for å sikre at avgjørelser fra EFTA-domstolen etterleves. Da vil pålegg kunne være et treffende virkemiddel. For det andre kan departementet ha behov for å gi pålegg i saker hvor EFTAs overvåkningsorgan krever opplysninger om konkrete anskaffelser. Det kan dreie seg om både klagesaker som EFTAs overvåkningsorgan behandler, og en mer generell opplysnings-



plikt etter de nye anskaffelsesdirektivene. I tillegg er Norge forpliktet etter anskaffelsesdirektivene og WTO-avtalen om offentlige innkjøp til å rapportere og gi statistiske opplysninger om en rekke forhold.

I tillegg foreslo departementet å innføre en mulighet til å fastsette tvangsmulkt ved manglende oppfyllelse av et pålegg. Det er ikke regler om dette i anskaffelsesloven § 16 i dag. Tvangsmulkt er imidlertid et vanlig virkemiddel for å sikre gjennomføring av plikter. Forslaget innebærer at oppdragsgiver skal betale et beløp til statskassen inntil pålegget er oppfylt. I denne forbindelse foreslo departementet en hjemmel til å gi forskrift om fastsettelse av tvangsmulkt, herunder om mulktens størrelse og varighet.

For øvrig foreslo departementet at kompetansen til å gi pålegg flyttes fra Kongen til departementet.

### 7.10.3 Høringsinstansenes syn

Bare noen få høringsinstanser har uttalt seg om forslaget til ny bestemmelse om pålegg.

*Havforskningsinstituttet* støtter forslaget. *Posten Norge AS* støtter at hjemmelen til å gi pålegg begrenses til å omfatte det som er nødvendig for å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser.

*Kommunal- og moderniseringsdepartementet* har enkelte innvendinger mot bestemmelsen – dels at adgangen til å gi pålegg er svært vid, dels at tvangsmulkt er en lite egnet sanksjon for å sikre etterlevelse av kommunenes plikter. Kommunal- og moderniseringsdepartementet fremhever således følgende:

«Det er ikke gitt noen begrensninger i hvilke situasjoner pålegg kan gis, utover at det må være nødvendig for å oppfylle EØS-avtalen eller andre internasjonale avtaler. Bestemmelsen oppstiller heller ingen begrensninger for hvilke typer pålegg departementet kan rette mot offentlige oppdragsgivere. I høringsbrevet er det i liten grad utredet behovet for og konse-

kvenser av en slik vid påleggshjemmel, og KMD stiller spørsmål ved om bestemmelsen er nødvendig.

[...]

[...] Forslaget åpner for at oppdragsgivere kan ilegges tvangsmulkt for en rekke ulike forhold. I høringsbrevet er det ikke redegjort mye for behovet for og konsekvensene av å ilegge tvangsmulkt, det er ikke noe krav om adgang til å ilegge tvangsmulkt etter EØS-reglene, og KMD stiller derfor spørsmål ved om det er behov for en bestemmelse om tvangsmulkt ved brudd på pålegg etter lov om offentlige anskaffelser.»

### 7.10.4 Departementets vurdering

Etter departementet vurdering er det behov for en bestemmelse om pålegg for sikre at Norge oppfyller sine internasjonale forpliktelser. Som nevnt over vil adgangen kunne benyttes i forbindelse med oppfølging av avgjørelser fra EFTA-domstolen og opplysningsplikter etter anskaffelsesdirektivene og WTO-avtalen om offentlige innkjøp. Hensikten er ikke at departementet generelt skal føre tilsyn med at anskaffelsesregelverket overholdes, og gi pålegg for å sikre dette. I denne forbindelse peker departementet på at adgangen til å gi pålegg innsnevres sammenlignet med gjeldende bestemmelse.

Departementet legger til grunn at det kun i unntakstilfeller vil være aktuelt å gi pålegg og fastsette tvangsmulkt. Oppfølging av klagesaker, innhenting av opplysninger mv. vil normalt kunne bli håndtert uformelt. Adgangen til å gi pålegg og eventuelt fastsette tvangsmulkt vil imidlertid kunne fungere som et ris bak speilet.

Utformingen av pålegg vil være avhengig av den konkrete saken. Etter departementets vurdering er det ikke hensiktsmessig å innføre nærmere regler om hva slags pålegg departementet kan gi, i lovteksten.

## 8 Hovedlinjene i nye forskrifter

### 8.1 Ny forskrift om offentlige anskaffelser

Forenklingsutvalget foreslo i NOU 2014: 4 en rekke endringer i den nasjonale delen av anskaffelsesforskriften, det vil si de reglene som ikke er en gjennomføring av EUs anskaffelsesdirektiver. Utvalget foreslo også regler som skal gjelde for helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester både over og under EØS-terskelverdiene. En nærmere omtale av Forenklingsutvalgets utredning er gitt i punkt 2.3.3.

Regjeringen har allerede fulgt opp noen av Forenklingsutvalgets forslag. Med virkning fra 1. juli 2015 ble det gjort følgende endringer i anskaffelsesregelverket:

- Anskaffelser under 100 000 kroner ble unntatt fra anskaffelsesregelverket.
- Reglene om lukking og merking av tilbud, registrering av innkomne tilbud og tilbudsåpning ble opphevet.
- Plikten til å kreve fremlagt HMS-egenerklæring ved anskaffelser over 100 000 kroner ble opphevet.
- Beløpsgrensen for plikten til å kreve fremlagt skatteattest ble hevet fra 100 000 kroner til 500 000 kroner.
- Det ble innført en ny bestemmelse i anskaffelsesforskriftens del II om dekningskjøp, som gir oppdragsgivere adgang til å foreta nødvendige dekningskjøp dersom en konkurranse avlyses eller det oppstår en tvist som forsinker inngåelse av kontrakten.
- Reglene om rammeavtaler i anskaffelsesforskriftens del II ble forenklet.
- Bestemmelsen om lærlingklausuler ble justert, jf. nærmere omtale i punkt 7.7.

Et av de sentrale forslagene i Forenklingsutvalgets utredning er flertallets forslag om nye anskaffelsesprosedyrer. Flertallet foreslo å erstatte de tradisjonelle prosedyreformene anbudskonkurranse (med forhandlingsforbud) og konkurranse med forhandling (med forhandlingsplikt) med to nye prosedyreformer: åpen og begrenset tilbudskonkurranse, hvor forhandlinger er en valgfri del

av konkurransen. Hvorvidt det skal forhandles eller ikke, avgjør oppdragsgiver etter at tilbudsfristen har løpt ut. Forslaget er sterkt inspirert av tilsvarende anskaffelsesprosedyrer i den danske tilbudslovens regler for bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Utvalgets mindretall ønsket derimot å bevare dagens anskaffelsesprosedyrer, men foreslo samtidig å utvide mulighetene til kommunikasjon og avklaringer. Mindretallet viste blant annet til at anbudskonkurranser er den prosedyreform som benyttes oftest i dag, og at anbudskonkurranser ofte vil være den mest effektive konkurranseformen.

Flertallets forslag har skapt en del debatt. I høringen har oppdragsgiversiden stort sett støttet forslaget. De har særlig pekt på at de nye prosedyrene gir lenge etterlenget og nødvendig fleksibilitet. Mange aktører på leverandørsiden er derimot kritiske. De har blant annet fremhevet at forutsigbarheten for leverandørene svekkes.

Regjeringen har besluttet å følge flertallets forslag om å innføre nye anskaffelsesprosedyrer hvor forhandlinger gjøres til en valgfri del av alle konkurranser. Den nye forskriften skal således åpne for at leverandører og oppdragsgivere kan gå i dialog når det er behov for det for å få til en god anskaffelse. Med de nye prosedyreformene vil det alltid være adgang til å snakke om hvordan tilbud og løsninger skal forstås, og til å få ryddet misforståelser og avvik av veien uten risiko for å bryte et forhandlingsforbud.

Et helt sentralt poeng med de nye prosedyrene er at oppdragsgivers valg om å forhandle tas etter at tilbudsfristen har løpt ut. Det er først på dette tidspunktet oppdragsgiver kjenner tilbudenes innhold og har det fullstendige grunnlaget for å vurdere om det faktisk er behov for å forhandle. Dette vil gi oppdragsgiver økt fleksibilitet og muligheten til å opptre mer som en privat aktør. Dernest vil en opphevelse av forhandlingsforbudet innebære at oppdragsgiver slipper å måtte trekke den vanskelige grensen mellom avklaringer (som er tillatt i anbudskonkurranser) og forhandlinger (som er forbudt i anbudskonkurranser). Dette vil kunne føre til at færre

leverandører må avvises, og følgelig bedre konkurranse. Ved å legge til rette for økt dialog mellom oppdragsgiver og leverandører der det fremstår forretningsmessig fornuftig, øker også sjansen for at resultatet blir en anskaffelse som dekker oppdragsgivers behov på best mulig måte. I tillegg viser erfaringer fra anbuds konkurranser at det er en risiko for at oppdragsgiver fastsetter unødvendig detaljerte kravspesifikasjoner av frykt for å få inn tilbud som ikke dekker anskaffelsesbehovet på en god måte. De nye anskaffelsesprosedyrene vil derfor kunne legge bedre til rette for innovasjon.

Hvor omfattende forhandlingene skal være, vil det i utgangspunktet være opp til oppdragsgiver å bestemme. Eksempelvis kan oppdragsgiver nøye seg med å foreta avklaringer og mindre justeringer, eller han kan gjennomføre fulle forhandlinger om alle sider av tilbudene. Likebehandlingsprinsippet vil stille krav til gjennomføringen av forhandlingene, herunder til hvilke leverandører oppdragsgiver velger å forhandle med. Hvis oppdragsgiver utelukkende ønsker å foreta avklaringer, vil han i utgangspunktet kunne nøye seg med å gå i dialog med leverandørene som har gitt tilbud med uklarheter. Vil oppdragsgiver derimot forhandle om elementer i tilbudene, må en eventuell utvelgelse av leverandører til forhandlinger skje på grunnlag av tildelingskriteriene.

De nye anskaffelsesprosedyrene vil redusere forutberegneligheten for leverandørene sammenlignet med det gjeldende regelverket. De vil måtte utarbeide tilbud uten å vite med sikkerhet om de vil bli innkalt til forhandlinger eller ei. Dette kan for så vidt bidra til å effektivisere anskaffelsesprosessen ved at leverandørene presses til å gi sitt beste tilbud med en gang. Departementet ønsker likevel å gjøre noen justeringer i forslaget fra Forenklingsutvalgets flertall ved den endelige utformingen av nye forskriftsregler. For å sikre likebehandling og tilstrekkelig grad av forutberegnelighet for leverandørene vil departementet gi noen utfyllende rammer for forhandlingsadgangen. Departementet vil blant annet vurdere om det bør stilles krav til hvilke opplysninger oppdragsgiver må gi til leverandørene i konkurransegrunnlaget og underveis i prosessen, og til gjennomføringen av forhandlingene.

Når det gjelder adgangen til å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner, la Forenklingsutvalgets flertall til grunn at denne unntaksregelen neppe kan videreføres over EØS-terskelverdiene når de nye

anskaffelsesdirektivene skal gjennomføres i norsk rett. Flertallet foreslo derfor ikke å videreføre unntaket, heller ikke for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Et mindretall var enig i at det hefter en betydelig grad av usikkerhet med hensyn til om unntaksregelen vil kunne opprettholdes under de nye anskaffelsesdirektivene. Mindretallet mente likevel at unntaket er så viktig at det burde videreføres både over og under EØS-terskelverdiene så lenge konklusjonen ikke er helt klar.

Professor dr. juris Fredrik Sejersted ved Universitet i Oslo har i en utredning 2. juni 2014 konkludert med at adgangen til å reservere kontrakter om helse- og sosialtjenester til ideelle organisasjoner ikke kan videreføres under de nye anskaffelsesdirektivene. Departementet slutter seg til denne vurderingen. Etter departementets syn vil et unntak for ideelle organisasjoner være i strid med direktivene og dermed innebære et brudd på EØS-avtalen. Direktivene regulerer anskaffelser av helse- og sosialtjenester, og det innebærer blant annet at direktivenes generelle likebehandlingsprinsipp må respekteres. Dette prinsippet er til hinder for å favorisere enkelte leverandørgrupper på den måten unntaket i det gjeldende anskaffelsesregelverket gjør.

Regjeringen ser på de ideelle organisasjonene som viktige leverandører av helse- og sosialtjenester i Norge. Mange ideelle organisasjoner har høy kompetanse, stort engasjement og stor tillit i befolkningen, samtidig som de er viktige innovatører. Regjeringen har derfor inngått en ny og styrket samarbeidsavtale med ideell sektor om leveranser av helse- og sosialtjenester sammen med KS. Regjeringen vil søke å utnytte handlingsrommet den har for å legge til rette for at de ideelle organisasjonene kan fortsette å tilby helse- og sosialtjenester av god kvalitet til brukerne.

Regjeringen vil også sørge for at brukernes særlige behov kan tas i betraktning ved anskaffelser av helse- og sosialtjenester, herunder behovet for langsiktige relasjoner og stabilitet over tid. Det vil også bli åpnet for at tildeling av kontrakter kan skje ved brukervalg.

Departementet har ikke besluttet hvordan Forenklingsutvalgets øvrige forslag til endringer i den nasjonale delen av anskaffelsesforskriften skal følges opp.

Når det gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene, vises det til omtalen av nytt anskaffelsesdirektiv i punkt 2.2.2. I arbeidet med gjennomføringen av disse direktivbestemmelsene har departementet lagt stor vekt på hensynet til forenkling, brukervennlighet og fleksibilitet.

## 8.2 Ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene

Det nye forsyningsdirektivet er omtalt i punkt 2.2.3. Som det fremgår der, inneholder dette direktivet mange regler som er sammenfallende med regler i det nye anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor. Imidlertid er reguleringen i forsyningsdirektivet gjennomgående mer fleksibel enn reguleringen i anskaffelsesdirektivet.

I arbeidet med gjennomføringen av forsyningsdirektivet i norsk rett har departementet søkt å harmonisere reglene i forsyningsforskriften og anskaffelsesforskriften i større grad enn i dag. Departementet har derfor foreslått å tilpasse ordlyden i flere av bestemmelsene i forsyningsforskriften til ordlyden i de tilsvarende bestemmelsene i anskaffelsesforskriften når de er ment å ha samme materielle innhold. Samtidig har departementet vært opptatt av å beholde fleksibiliteten som forsyningsdirektivet gir.

I det gjeldende anskaffelsesregelverket har Norge på ett punkt valgt ikke å utnytte den fleksibiliteten anskaffelsesdirektivene gir i forsyningssektorene. Både det gamle og det nye forsyningsdirektivet gjelder for alle oppdragsgivere som utøver forsyningsaktiviteter – også statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter. I 2005 valgte imidlertid departementet å overføre offentlige myndigheter fra forsyningsforskriften til anskaffelsesforskriften. Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter skal således alltid følge de strengere reglene i anskaffelsesforskriften, også når de gjennomfører anskaffelser som er knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter. Med andre ord gjelder forsyningsforskriften i dag bare for offentligrettslige organer, offentlige foretak og private virksomheter som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av en enerett eller særrett. I sitt høringsnotat har imidlertid departementet foreslått å tilbakeføre offentlige myndigheter til forsyningsforskriften. I det videre arbeidet med oppfølgingen av høringen vil departementet ta stilling til om dette forslaget skal opprettholdes.

Forsyningsforskriften inneholder ikke i dag nasjonale prosedyreregler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene (3,1 millioner kroner for varer og tjenester og 39 millioner kroner for bygge- og anleggsarbeider). Det gjelder således ingen plikt til å kunngjøre konkurranse om kontrakter under disse verdiene. Offentlige myndigheter som utøver forsyningsaktiviteter, er imidlertid underlagt en kunngjøringsplikt for anskaffelser over den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner i henhold til anskaffelsesforskriften.

Sammen med forslaget om å føre offentlige myndigheter som utøver forsyningsaktiviteter, tilbake til forsyningsforskriften, har departementet foreslått å innføre en nasjonal kunngjøringsplikt og enkelte prosedyreregler for visse anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene. Forslaget til nye regler gjelder for alle oppdragsgivere som er underlagt forsyningsforskriften.

Forsyningsdirektivet har høye terskelverdier for bygge- og anleggskontrakter (39 millioner kroner) og kontrakter om helse- og sosialtjenester og andre særlige tjenester (8 millioner kroner). I høringsnotatet har departementet foreslått å innføre en nasjonal terskelverdi på 3,1 millioner kroner for disse kontraktene. Denne nasjonale terskelverdien tilsvarer EØS-terskelverdien for vare- og tjenestekontrakter. Departementet har ikke foreslått en egen nasjonal terskelverdi for varer og tjenester.

I tillegg til en kunngjøringsplikt har departementet foreslått enkelte prosedyreregler, herunder en plikt til å overholde grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet under tildelingsprosessen. Departementet har også foreslått regler om håndhevelse.

Departementet har i dag ikke noe godt empirisk grunnlag for å slå fast det samfunnsøkonomisk optimale nivået på en nasjonal terskelverdi i forsyningssektorene. Dette nivået ligger der gevinsten ved økt åpenhet og konkurranse overstiger transaksjonskostnadene ved kunngjøring og overholdelse av eventuelle andre prosedyreregler i forsyningssektorene. En ekstern samfunnsøkonomisk analyse av disse spørsmålene er under utarbeidelse. Når denne er ferdigstilt, vil departementet ta stilling til om det skal innføres nasjonale prosedyreregler under EØS-terskelverdiene, og eventuelt fra hvilken kontraktsverdi.

## 8.3 Forskrift om konsesjonskontrakter

Det nye konsesjonskontraktdirektivet er omtalt i punkt 2.2.4. Det fremgår der at disse kontraktene er underlagt en kunngjøringsplikt, men ikke like detaljerte prosedyrekrav som i de andre direktivene.

I høringsnotatet har departementet foreslått å gjennomføre direktivet i en ny forskrift om konsesjonskontrakter. Departementet ønsker å bevare så mye som mulig av fleksibiliteten og handlefriheten ved inngåelse av konsesjonskontrakter og har derfor ikke foreslått mange bestemmelser utover dem Norge er pålagt å innføre etter direk-

tivet. Dette gjelder særlig siden reguleringen er helt ny. I tillegg har departementet få opplysninger om bruken av konsesjonskontrakter i dag, og ytterligere regulering kan derfor falle uheldig ut.

Direktivet gjelder for konsesjonskontrakter som overstiger en EØS-terskelverdi på 39 millioner kroner. Departementet har imidlertid foreslått en nasjonal terskelverdi på 6 millioner kroner. Konsesjonskontrakter som overstiger den nasjonale terskelverdien, har departementet foreslått å underlegge en kunngjøringsplikt og enkelte prosedyreregler som tilsvarer den foreslåtte reguleringen av anskaffelser under EØS-terskelverdiene i forsyningssektorene, jf. punkt 8.2. På samme måte som for forsyningssektorene vil departe-

mentet ta stilling til om det skal innføres nasjonale prosedyreregler under EØS-terskelverdiene, og eventuelt fra hvilken kontraktsverdi, når den eksterne samfunnsøkonomiske analysen foreligger, jf. punkt 8.2.

I forslaget til ny forskrift om konsesjonskontrakter har departementet også lagt vekt på forholdet til de øvrige forskriftene. Bestemmelser i konsesjonskontraktdirektivet som er like eller tilnærmet like som bestemmelser i de andre direktivene, har departementet av forenklingshensyn foreslått å gjennomføre på samme måte i konsesjonskontraktforskriften som i de to andre forskriftene.

## 9 Økonomiske og administrative konsekvenser

Forslaget til ny formålsparagraf tydeliggjør at den bærende begrunnelsen for anskaffelsesregelverket er ønsket om å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. departementets lovforslag § 1. I tillegg skal regelverket bidra til at det offentlige opptrer med integritet ved offentlige anskaffelser. Den nye formålsparagrafen er ikke ment å skulle innebære noen realitetsendring fra dagens formålsparagraf.

Loven foreslås utvidet til å omfatte tjenestekonsesjonskontrakter. Disse kontraktene underlegges lovens grunnleggende krav samt mer detaljerte krav i en ny konsesjonskontraktforskrift. Selv om konsesjonskontraktforskriften er ny, befinner disse kontraktene seg ikke i et regeltoomt rom i dag. Det forrige anskaffelsesdirektivet (direktiv 2004/18/EF) fastsetter enkelte regler for tildeling av bygge- og anleggskonsesjoner, som i norsk rett er gjennomført i anskaffelsesforskriften. Forsyningsforskriften har ikke tilsvarende regler. Verken anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften har egne prosedyreregler for tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter. Likevel gjelder EØS-avtalens grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering ved tildeling av slike konsesjonskontrakter, såfremt kontrakten kan påvirke samhandelen i EØS-området. Det foreligger en rekke avgjørelser fra EU-domstolen om forståelsen av begrepet konsesjonskontrakt og hvordan EU-rettens grunnleggende prinsipper skal anvendes på disse kontraktene. I henhold til EU-domstolens praksis må planer om tildeling av en tjenestekonsesjonskontrakt offentliggjøres på en slik måte at det er mulig for aktører i en andre EU-stater å få tilstrekkelige opplysninger om kontrakten før den tildeles, og eventuelt melde sin interesse for oppdraget. Formålet med forslaget til nytt regelverk om konsesjonskontrakter er å klargjøre gjeldende rettspraksis og hindre konkurransevridding. Det som er nytt, er altså at disse prinsippene nedfelles og utdypes i regelverket.

Selv om forslaget til regulering av konsesjonskontrakter er mindre detaljert enn reguleringen i de andre forskriftene, vil regelverket etablere flere krav og begrensninger enn det som kan utle-

des av EØS-rettens grunnleggende prinsipper. Ettersom disse kontraktene ikke er underlagt en kunngjøringsplikt i dag, har departementet svært begrenset kunnskap om bruken av konsesjonskontrakter. Det er derfor ikke mulig å si noe presist om hvilke økonomiske og administrative konsekvenser det nye regelverket vil ha for disse kontraktene.

Som omtalt i kapittel 5 har ønsket om forenkling og reduksjon i administrative byrder stått sentralt i departementets arbeid med å revidere anskaffelsesregelverket. Ettersom selve prosedyrereglene er inntatt i forskriftene, ikke loven, gjenspeiles imidlertid ikke disse endringene i forslaget til ny lov, men i forslaget til nye forskrifter. Sentrale forskriftsendringer som forventes å ha slike positive besparelser, er blant annet en ny forenklet prosedyre for anskaffelser under EØS-terkelverdiene, nye forskriftsbestemmelser om digitalisering av anskaffelsesprosessene og forenkling av dokumentasjonskravene.

I kapittel 6 drøfter departementet i hvilken utstrekning anskaffelsesregelverket på en hensiktsmessig måte kan benyttes til å ivareta ulike samfunnshensyn som ligger på siden av lovens formålsbestemmelse. Kapittelet redegjør for samfunnsøkonomiske konsekvenser knyttet til slike tiltak. Samtidig viser redegjørelsen at både de positive effektene av tiltakene og de direkte og indirekte kostnadene er vanskelig målbare. Dette gjelder særlig bestemmelser som gir oppdrags-giver relativt stor frihet til å vurdere hvilke konkrete tiltak som skal iverksettes.

Det er et visst spenningsforhold mellom ønsket om å forenkle regelverket og ønsket om å innføre pålegg om å ivareta slike samfunnshensyn. Departementet har vært opptatt av å finne en rimelig balanse mellom behovet for forenkling og reduksjon av administrative byrder på den ene siden og behovet for å adressere viktige samfunnshensyn på den andre. Kostnadene ved å innføre nye lovpålegg må veies opp mot gevinstene i form av forbedringer knyttet til de underliggende samfunnsutfordringene som søkes løst. Det er nødvendig å foreta en prioritering blant de tiltakene som det isolert sett hadde vært ønskelig å innføre.

Departementets prioriteringer er nedfelt i lovforslaget §§ 5 til 7.

Departementets lovforslag § 5 første ledd gjelder både krav som skal bidra til reduksjon av miljøpåvirkning og fremme av klimavennlige løsninger, og krav som skal bidra til å ivareta grunnleggende menneskerettigheter. Tiltakene vil kunne ha en positiv effekt på miljø- og klimautfordringene nasjonalt og internasjonalt, og på arbeidsforholdene under produksjonen særlig i den tredje verden. Disse effektene er vanskelige å måle.

Transaksjonskostnadene antas å øke. Det vil påløpe kostnader på oppdragsgivers hånd med å stille og følge opp kravene, og på leverandørens hånd med å dokumentere oppfyllelse av dem. Etterlevelse av bestemmelsen forutsetter kompetanse, noe som krever økt grad av profesjonalisering hos oppdragsgivere. Utarbeidelse av veiledningsmateriale vil bidra til å avhjelpe disse utfordringene. Dette innebærer økt ressursbruk i Direktoratet for forvaltning og IKT for å oppdatere og videreutvikle veiledningsmaterialet. I tillegg vil denne typen krav kunne føre til høyere produksjonskostnader og mindre konkurranse, som igjen kan gi høyere priser.

Bestemmelsen overlater i stor grad til oppdragsgiver å vurdere hvilke tiltak som skal iverksettes for å ivareta miljøhensyn og grunnleggende menneskerettigheter. Det er derfor ikke mulig å foreta en mer presis beregning av de økonomiske og administrative konsekvensene forbundet med disse forslagene.

Lovforslaget §§ 5 tredje og fjerde ledd og 7 er nye forskriftshjemler om henholdsvis begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden, krav om universell utforming og krav om bruk av lærlinger. Tiltakene vil kunne bidra til å redusere arbeidslivskriminalitet, bedre tilgangen til læreplasser og bedre tilgjengeligheten for funksjonshemmede på ulike samfunnsområder. Samtidig antas også disse bestemmelsene å kunne medføre økte transaksjonskostnader og høyere produksjonskostnader og mindre konkurranse. Disse konsekvensene, både de positive effektene og kostnadene, vil avhenge av det nærmere omfanget av forpliktelsene som vil bli nedfelt i nye forskrifter. Dette må vurderes i forbindelse med utarbeidelsen av forskriftene.

Lovforslaget § 6 gir hjemmel til å videreføre dagens forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter.

Ulovlig direkte anskaffelser anses som særlig alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket. Når

en anskaffelse ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter regelverket, vil oppdragsgiver ikke kunne vite om han betaler markedspris for sine kjøp, som igjen fører til unødvendig sløsing med samfunnets ressurser. Gjeninnføring av overtredelsesgebyret til KOFA antas å ville ha en preventiv virkning. Dette vil kunne redusere omfanget av ulovlige direkte anskaffelser og styrke konkurransen.

Samtidig vil gjeninnføring av kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr innebære økt ressursbehov for KOFA. Saker om overtredelsesgebyr er mer ressurskrevende å behandle enn rådgivende saker, og det er sannsynlig at interessen for å klage vil øke. I 2011 mottok KOFA 88 klager på ulovlige direkte anskaffelser, og i 2010 var antallet 113. Med dette som utgangspunkt synes det rimelig å anslå at antallet klager vil kunne ligge på rundt 100 i året. Til sammenligning har KOFA i perioden fra 2013-2015 mottatt rundt 15 klager om ulovlige direkte anskaffelser årlig. Forhold som størrelsen på klagegebyrene eller antallet intensjonskunngjøringer vil kunne påvirke hvor mange saker om ulovlige direkte anskaffelser KOFA får til behandling.

KOFA ila overtredelsesgebyr for over 100 millioner kroner i perioden 2007–2012, det vil si omtrent 16 millioner kroner i året. Gebyret tilfaller statskassen.

Departementet har foreslått en utvidet forskriftshjemmel i forsyningssektorene, jf. lovforslaget § 16. Dersom departementet skulle bruke hjemmelen til å regulere forsyningssektorene ut over det som allerede følger av de generelle prinsippene eller Norges internasjonale forpliktelser, vil det kunne få økonomiske og administrative konsekvenser. Disse konsekvensene vil være avhengig av de konkrete bestemmelsene som i så fall innføres. I denne forbindelse viser departementet til at det har bestilt en samfunnsøkonomisk analyse som skal utrede behovet for en nasjonal kunngjøringsplikt i forsyningssektorene, og eventuelt hvilket nivå en nasjonal terskelverdi for kunngjøring bør ligge på.

Pålegg og eventuell tvangsmulkt etter lovforslaget § 17 vil kunne få økonomiske og administrative konsekvenser for en oppdragsgiver. Konsekvensene vil avhenge av påleggets nærmere innhold. Departementet antar imidlertid at det i praksis sjelden vil være behov for å gi slike pålegg eller fastsette tvangsmulkt. Konsekvensene vil derfor være meget begrensede.

## 10 Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget

### Til § 1 Formål

Bestemmelsen angir formålet med loven. Departementet har gjort betydelige språklige endringer fra den gjeldende anskaffelsesloven § 1. Hensikten har imidlertid først og fremst vært å foreta en klargjøring av anskaffelsesregelverkets formål, som er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og bidra til at det offentlige opptrer med integritet ved offentlige anskaffelser.

Effektiv bruk av samfunnets ressurser er det sentrale formålet med anskaffelsesregelverket. Den nye formålsbestemmelsen viderefører i tillegg gjeldende § 1 annet punktum i forkortet form. Som departementet fremhevet ved tilføyelsen i 2006, er det også et formål med regelverket å bidra til at allmennhetens tillit til offentlig sektor ikke undergraves på området for offentlige anskaffelser, jf. Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 25.

### Til § 2 Virkeområde

Bestemmelsen angir lovens virkeområde og erstatter den gjeldende anskaffelsesloven §§ 2 og 3.

I *første ledd* fastslås det at loven gjelder når nærmere angitte oppdragsgivere inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter eller gjennomfører plan- og designkonkurranser.

Det er uttrykkelig presisert at inngåelse av kontrakter også omfatter konsesjonskontrakter. Dette er nytt. Tidligere har bare bygge- og anleggskonsesjoner vært omfattet av anskaffelsesregelverket, mens tjenestekonsesjoner har vært unntatt. En nærmere definisjon av konsesjonskontrakt vil bli gitt i forskrift.

Videre begrenses lovens virkeområde til anskaffelser med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva. Dette er en videreføring av gjeldende rett, men det er nytt at dette fremgår uttrykkelig av loven og ikke bare av forskriftene. Plasseringen av regelen i loven gjør det enda klarere at anskaffelser med en anslått verdi under 100 000 kroner ekskl. mva. er helt unntatt fra anskaffelsesregelverket.

*Annet ledd* angir hvilke oppdragsgivere som er omfattet av loven. Bestemmelsen er en videre-

føring av gjeldende rett, men inneholder enkelte presiseringer som tidligere kun har fulgt av forskrift.

I *bokstav a* til *d* fastslås det at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter, offentligrettslige organer og sammenslutninger med en eller flere av disse er omfattet av loven.

At loven også gjelder for sammenslutninger med en eller flere statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller offentligrettslige organer, har tidligere kun vært presisert i forskrift. For å unngå tvil følger dette nå uttrykkelig av annet ledd bokstav d.

Videre følger det av *bokstav e* og *f* at offentlige foretak og andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet som definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av, er omfattet av loven. I bokstav f er det presisert at det er virksomheter som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av enerett eller særrett, som er omfattet.

Nærmere presisering av hva som menes med offentligrettslige organer, offentlige foretak, forsyningsaktivitet, enerett og særrett, vil bli gitt i forskrift.

*Tredje, fjerde og femte ledd* består av hjemmelsbestemmelser. Felles for alle er at kompetansen til å gi forskrift legges til departementet og ikke til Kongen som tidligere.

I *tredje ledd* gis departementet hjemmel til i forskrift å fastsette unntak fra loven. Unntak fra lovens virkeområde vil dermed ikke følge av loven, men vil bli gitt i forskriftene. Hjemmelen vil hovedsakelig bli benyttet til å vedta de unntak som følger av anskaffelsesdirektivene. For anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene, har departementet ikke adgang til å vedta særnorske unntak.

*Fjerde ledd* gir departementet hjemmel til i forskrift å fastsette at loven gjelder for bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekontrakter som oppdragsgivere ikke selv inngår, men yter direkte tilskudd til med mer enn 50 prosent. Tidligere har disse kontraktene vært regulert dels i lov og dels i forskrift. Fremover vil det kun fremgå av forskrift når slike subsidierte kontrakter er omfattet av loven.



I femte ledd fremkommer det at departementet i forskrift kan fastsette at loven skal gjelde på Svalbard, og gi nærmere regler av hensyn til de stedlige forholdene. Denne forskriftshjemmelen er en videreføring av gjeldende rett, men er foreløpig ikke benyttet.

#### Til § 3 Rettighetshavere

Bestemmelsen angir hvilke leverandører som har rettigheter etter loven, og viderefører den gjeldende anskaffelsesloven § 4 uten materielle endringer.

Foruten norske leverandører har også leverandører som er gitt rettigheter etter internasjonale avtaler som Norge har på området, rettigheter etter loven. Disse leverandørene har krav på å bli behandlet likt med norske leverandører i konkurranser om offentlige anskaffelser, og har adgang til å klage til KOFA og til domstolene hvis de mener at det foreligger brudd på regelverket.

Leverandører som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat, er rettighetshavere uavhengig av anskaffelsens verdi, jf. første punktum.

Leverandører fra land som har tiltrådt WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller inngått frihandelsavtaler med Norge bilateralt eller gjennom EFTA, er også rettighetshavere, jf. annet punktum. Hvilke rettigheter ulike lands leverandører har etter slike avtaler, vil avhenge av avtalene som er inngått. WTO-avtalen om offentlige innkjøp, som ble inngått i 1994 og trådte i kraft i 1996, er en plurilateral avtale som omfatter en rekke av WTOs medlemmer: Armenia, Aruba, Canada, EU, Hong Kong, Island, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, Montenegro, New Zealand, Norge, Singapore, Sveits, Taiwan og USA. Den reviderte avtalen ble formelt vedtatt 30. mars 2012 og trådte i kraft 6. april 2014. De nærmere rettighetene etter avtalen fremgår av avtaleteksten og bindingslistene til avtalen, som er lagt ut på nettsidene til WTO. Gjennom EFTA har Norge inngått flere frihandelsavtaler som inneholder regler om offentlige anskaffelser. Flere av avtalene gir leverandører fra disse landene tilsvarende adgang til offentlige anskaffelser i Norge som leverandører fra land som er tilsluttet WTO-avtalen om offentlige innkjøp. En oversikt over hvilke frihandelsavtaler Norge har inngått, er tilgjengelig på Nærings- og fiskeridepartementets nettsider.

Leverandører fra land som ikke er med i EØS-avtalen eller WTO-avtalen om offentlige innkjøp, og som heller ikke har inngått en frihandelsavtale

med Norge som omfatter offentlige anskaffelser, har ingen rettigheter etter anskaffelsesloven.

#### Til § 4 Grunnleggende prinsipper

Bestemmelsen fastsetter grunnleggende prinsipper som gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av loven. Den viderefører den gjeldende anskaffelsesloven § 5, men i en betydelig forkortet og forenklet form. Med unntak av én endring svarer bestemmelsen til utvalgets forslag til ny § 5.

Ved gjennomføringen av alle anskaffelser skal oppdragsgiver overholde prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvarhet og forholdsmessighet. Dette er prinsipper som uansett gjelder i henhold til EØS-avtalens alminnelige regler, forvaltningsrettens prinsipper om forsvarlig saksbehandling og alminnelige anbudsrettslige prinsipper, men som departementet ser det som hensiktsmessig å samle i en felles bestemmelse i loven.

Det lar seg ikke gjøre å fastsette det nærmere innholdet i og rekkevidden av prinsippene på generelt grunnlag. Felles for alle prinsippene er imidlertid at de fyller to funksjoner.

For det første danner prinsippene selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. Domstolene og KOFA har i en rekke saker utledet konkrete plikter og rettigheter fra de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven § 5. Oppdragsgiverne må således påse ikke bare at de overholder de detaljerte prosedyrereglene ved gjennomføringen av sine anskaffelser, men også at de opptrer i samsvar med ulovfestede plikter som domstolene og KOFA har forankret i de grunnleggende prinsippene. Manglende overholdelse av de grunnleggende prinsippene vil representere et brudd på regelverket på lik linje med manglende overholdelse av konkrete prosedyreregler i forskriftene.

For det andre fungerer prinsippene som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket. Ved tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, vil den løsning som støttes av de grunnleggende prinsippene, som utgangspunkt måtte legges til grunn.

Departementet understreker at innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene må fastlegges i samsvar med EØS-retten. Det må utvises varsomhet med å legge noe mer eller noe annet i prinsippene enn EØS-retten gir grunnlag for. Departementet vil også peke på at de grunnleggende prinsippene ikke uten videre skal benyttes til å gi konkrete prosedyreregler som gjelder

for visse anskaffelser, tilsvarende anvendelse for anskaffelser som ikke er underlagt disse konkrete reglene. Departementet viser til Forenklingsutvalgets redegjørelse for «nedfallsproblematikk», jf. NOU 2014: 4 side 61.

Konkurranses prinsippet vil først og fremst ha betydning for anskaffelser der oppdragsgiver ikke er pålagt en plikt til å kunngjøre konkurranse i Doffin eller TED-databasen etter detaljerte prosedyreregler i forskrift, blant annet anskaffelser under den nasjonale terskelverdien på 500 000 kroner. Ved slike anskaffelser vil oppdragsgiver ha en plikt til å sikre konkurranse om oppdraget. Hvor langt denne plikten strekker seg, må vurderes konkret. Her som ellers vil forholdsmessighetsprinsippet være avgjørende, jf. nedenfor. Det vil naturligvis ikke være noen plikt til å avholde en konkurranse hvis dette ikke lar seg gjennomføre.

Likebehandlingsprinsippet er det viktigste av alle prinsippene. Grunnlaget for en velfungerende konkurranse om offentlige kontrakter er at alle leverandører i markedet gis like muligheter til å delta. Oppdragsgiveren har plikt til å behandle samtlige leverandører likt under hele konkurransen, herunder ved utarbeidelsen av kunngjøring og konkurransegrunnlag, ved kvalifiseringen og utvelgelsen av leverandører, og ved evalueringen av tilbudene og tildelingen av kontrakt. Likebehandlingsprinsippet er til hinder for både direkte forskjellsbehandling og indirekte forskjellsbehandling.

Likebehandlingsprinsippet dekker også det EØS-rettslige prinsippet om ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet. Oppdragsgiveren må således påse at norske leverandører ikke blir favorisert på bekostning av utenlandske leverandører. Likebehandlingsprinsippet er likevel ikke til hinder for at oppdragsgiver unntaksvis kan behandle norske og utenlandske leverandører forskjellig dersom dette er saklig og objektivt begrunnet.

Innholdet i prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvnbarhet må fastlegges i samsvar med det EØS-rettslige gjennomsiktighetsprinsippet, jf. punkt 7.4.5. Kjernen i gjennomsiktighetsprinsippet er at oppdragsgiver skal sikre tilstrekkelig åpenhet om alle stadier i anskaffelsesprosessen, herunder gjennomføre konkurransen på en måte som er forutsigbar for leverandørene, og gi leverandørene mulighet til å kontrollere at konkurransereguleringene ikke bryter med likebehandlingsprinsippet. Leverandørene skal kunne stole på at den informasjonen oppdragsgiver gir, er korrekt. Dessuten må oppdragsgiver sikre at vesentlige forhold i konkurransen kan etterprøves, slik at leverandørene faktisk gis mulighet til å kontrol-

lere at oppdragsgiver har overholdt anskaffelsesregelverket. Det nærmere innholdet i og rekkevidden av disse forpliktelsene vil i første rekke måtte avklares gjennom praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.

Henvisningen til forholdsmessighetsprinsippet i loven er ny. Forholdsmessighetsprinsippet regulerer gjennomslagskraften til de øvrige prinsippene. Plikter og rettigheter som utledes av andre prinsipper, må tilpasses den enkelte anskaffelsens art og omfang. Dette innebærer på den ene siden at de krav som stilles til prosedyren oppdragsgiver skal gjennomføre, må stå i forhold til det som skal anskaffes. Jo mindre og enklere en anskaffelse er, jo mindre vidtrekkende prosedyrerekrav kan utledes av de øvrige prinsippene. På den annen side innebærer forholdsmessighetsprinsippet at de krav som oppdragsgiver stiller til leverandørene, må stå i forhold til anskaffelsen. Oppdragsgiver skal ikke stille strengere krav enn det som er nødvendig for å realisere formålet med anskaffelsen. Departementet understreker at dette er meget sentralt for å realisere lovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser, særlig ved de mindre anskaffelsene. Departementet viser også til at forholdsmessighetsprinsippet har fått en mer sentral plass i de ny anskaffelsesdirektivene.

#### *Til § 5 Miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn*

Bestemmelsen regulerer hvordan ulike samfunnshensyn skal og kan ivaretas i en anskaffelsesprosess. Dette er en ny bestemmelse, selv om den har med seg noen elementer fra den gjeldende anskaffelsesloven § 6.

Bestemmelsens *første ledd første punktum* slår fast at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Oppdragsgiver kan for eksempel bidra til å redusere skadelig miljøpåvirkning ved å stille utslippskrav, mens innovasjonsfremmende anskaffelser kan være en måte å fremme klimavennlige løsninger på.

Bestemmelsen stiller overordnede krav til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis. Dette innebærer at oppdragsgiver må ha vurdert hvilke anskaffelser som utgjør en vesentlig miljøbelastning slik at det er relevant å stille miljøkrav, og ha utformet rutiner for hvordan disse anskaffelsene skal følges opp.

Bestemmelsen gjelder i utgangspunktet uavhengig av anskaffelsenes verdi, likevel slik at

anskaffelser under 100 000 kroner ekskl. mva. er helt unntatt fra lovens virkeområde, jf. lovforslaget § 2 første ledd. Forholdsmessighetsprinsippet må imidlertid overholdes. Kravene som stilles, må således stå i rimelig forhold til det som anskaffes. Den miljømessige effekten av kravene må veies opp mot kostnader og administrative byrder som oppdragsgiveren og leverandøren påføres ved oppfølging og overholdelse av dem. Ikke alle anskaffelser utgjør en vesentlig miljøbelastning, og miljøkrav vil ha større effekt i store anskaffelser enn i små.

Kravene til oppdragsgivers samlede anskaffelsespraksis må også reflekteres i de enkelte anskaffelsene som gjennomføres. Dette må underlegges en grad av rettslig kontroll. I en slik vurdering bør det tas utgangspunkt i oppdragsgivers anskaffelsesstrategi eller rutiner og hvorvidt disse er fulgt opp i den enkelte anskaffelse. Dersom en overordnet strategi eller rutiner ikke gjenspeiles i de konkrete anskaffelsene, vil det kunne foreligge brudd på anskaffelsesloven § 5. *Hvordan* oppdragsgiver konkret velger å la disse hensynene komme til uttrykk i de enkelte anskaffelsene, for eksempel hvordan oppdragsgiver formulerer relevante miljøkrav ved utformingen av konkurransegrunnlaget i en konkret anskaffelse, er imidlertid underlagt det innkjøpsfaglige skjønn.

*Første ledd annet punktum* slår fast at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser.

At «grunnleggende menneskerettigheter» skal ivaretas, innebærer at varene produseres under forhold som ivaretar ansattes grunnleggende krav på forsvarlige arbeidsforhold. Lovbestemmelsen inneholder ikke en uttømmende liste over relevante rettslige instrumenter om menneskerettigheter. Den enkelte oppdragsgiver må ha stor frihet til å tilpasse sine interne rutiner til sin virksomhet. Departementet gjør imidlertid oppmerksom på at FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter viser til FNs verdenserklæring fra 1948, FNs to konvensjoner fra 1966 om henholdsvis sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet.

I tråd med forholdsmessighetsprinsippet skal rutinene gjelde anskaffelser der det er risiko for brudd på slike rettigheter. Det må dreie seg om mer enn en teoretisk risiko. Direktoratet for forvaltning og IKT har utarbeidet en liste over høyrisikoprodukter som blir oppdatert med jevne

mellomrom. Denne listen kan være veiledende. Produkter som krever en arbeidsintensiv tilvirkning og er produsert i lavkostland, er ofte høyrisikoprodukter.

Det er viktig at oppdragsgivere kontrollerer om kravene de stiller, også blir fulgt opp av leverandørene. Hvilke kontrolltiltak som bør igangsettes, vil imidlertid kunne variere med risikonivået i den enkelte anskaffelse. Hvis risikoen for brudd på kravene anses liten, kan det være tilstrekkelig å gjennomføre oppfølgingen ved leverandørmøter eller innsending av egenrapporterings skjemaer eller lignende. I tilfeller hvor risikoen for brudd på kravene anses høy, må oppdragsgiver vurdere å innføre ytterligere rutiner for kontroll og håndtering av eventuelle avvik. Avdekkes kritikkverdige forhold, bør dette få konsekvenser. For eksempel kan oppdragsgiver, sammen med leverandøren, lage en plan for forbedringstiltak med frister for når manglene skal være utbedret.

Oppdragsgivers rutiner må reflekteres i de enkelte anskaffelsene som gjennomføres. En leverandør må i forbindelse med en konkret sak kunne få prøvd rettslig både om oppdragsgiver har rutiner, og om disse rutinene har vært fulgt i den konkrete anskaffelsen. Innenfor disse rammene vil utformingen av rutinene og beslutninger om hvilke tiltak som skal treffes for å redusere risikoen for menneskerettighetsbrudd i den enkelte anskaffelse, være en del av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

*Første ledd tredje punktum* gir departementet hjemmel til å gi forskrift om det nærmere innholdet i bestemmelsen. Hjemmelen vil blant annet bli brukt til å gjennomføre rettsakter som har sitt utspring i EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av.

*Annet ledd* slår fast at oppdragsgiver kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter inngås og gjennomføres på en måte som ivaretar hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold. Dette omfatter både de hensyn som er nevnt i første ledd, og andre samfunnshensyn, forutsatt at disse kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen. Mens første ledd inneholder et påbud om å ta hensyn til miljø og menneskerettigheter ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser, sier annet ledd noe om *hvordan* både disse og andre samfunnshensyn kan trekkes inn.

Bestemmelsen viser at oppdragsgiver kan ivareta et vidt spekter av samfunnshensyn i en anskaffelsesprosess, ikke bare pris og økonomiske hensyn i snever forstand, bare det gjøres på

riktig måte. «Arbeidsforhold» og «sosiale forhold» skal ikke tolkes snevert eller antitetisk. Avgjørende for om et krav kan stilles, er om regelverkets øvrige vilkår er oppfylt.

Slike samfunnshensyn kan altså trekkes inn på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Dette betyr at de, brukt riktig, kan benyttes som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Bruken må være innenfor de begrensninger regelverket setter. De nye direktivene utvider og tydeliggjør adgangen til å trekke inn slike hensyn i en anskaffelsesprosess, men handlingsrommet er ikke ubegrenset. For eksempel legger direktivene mye større begrensninger på muligheten til å trekke inn slike hensyn som kvalifikasjonskrav enn kontraktsvilkår. Enkelte forskriftsbestemmelser vil også inneholde en mer detaljert regulering av når og hvordan hensynene kan trekkes inn. Rettspraksis fra EU-domstolen vil være førende også for forståelsen av den nasjonale delen av regelverket. EU-kommisjonen har utarbeidet en veileder om sosiale hensyn i offentlige anskaffelser, og Direktoratet for forvaltning og IKT har veiledningsmateriale, maler mv. tilgjengelig på sine nettsider.

Kravene og kriteriene som oppdragsgiver benytter, må i tillegg ligge innenfor rammene som EØS-avtalen ellers setter. Det gjelder både de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, som er nedfelt i lovforslaget § 4, og annen sekundærlovgivning. Når det gjelder krav til lønns- og arbeidsvilkår, må disse holde seg innenfor rammene som er fastsatt i utsendingsdirektivet (direktiv 96/71/EF). Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter inneholder særregulering for arbeid som utføres i Norge.

Kravene og kriteriene må ha tilknytning til leveransen. Det innebærer blant annet at oppdragsgiver ikke har adgang til å stille krav til leverandørens generelle virksomhet. Kravene må være knyttet til ytelsen som anskaffelsen gjelder. Kjøper oppdragsgiver biler, kan han for eksempel ikke stille krav til leverandørens produksjon av båter. Begrepet må tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.

I henhold til *tredje ledd* kan departementet ved forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden ved utførelsen av offentlige kontrakter. Kravet skal gjelde i bransjer med særlige utfordringer knyttet til arbeidslivskriminalitet. Med dette menes handlinger som bryter med norske lover om lønns- og arbeidsforhold,

trygder, skatter og avgifter, gjerne utført organisert, som utnytter arbeidstakere eller virker konkurransevridende og undergraver samfunnsstrukturen. Departementet vil vedta forskriftsregler om hvilke bransjer begrensningen skal gjelde for, hvor mange ledd det kan være i leverandørkjeden, hvilke terskelverdier som skal gjelde, eventuelle unntak mv.

Det fremgår av *fjerde ledd* at departementet ved forskrift kan pålegge oppdragsgiver å stille krav om universell utforming i offentlige kontrakter. De nye anskaffelsesdirektivene har regler om at kravspesifikasjonene skal inneholde krav om universell utforming, og forskriftsregler om dette vil gis med hjemmel i denne lovbestemmelsen.

#### *Til § 6 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter*

Bestemmelsen viderefører den gjeldende anskaffelsesloven § 7. Den gir hjemmel til å vedta forskrift som pålegger statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjer. Departementet kan også pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og å iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende etterlevelse av klausulene.

Hjemmelen i gjeldende § 7 er benyttet til å vedta forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Forskriften gjennomfører ILO-konvensjon nr. 94 om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter i norsk rett. Ansvar for forskriften ligger hos Arbeids- og sosialdepartementet. Arbeidstilsynet har ansvaret for å føre tilsyn med at oppdragsgivere etterlever forskriften.

#### *Til § 7 Krav om bruk av lærlinger*

Bestemmelsen innfører et nytt, obligatorisk krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter.

*Første ledd* pålegger statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter. Dette er en innskjerping av regelen i den gjeldende anskaffelsesforskriften § 3-11 tredje ledd, som gir oppdragsgivere mulighet, men ikke plikt, til å stille krav om bruk av lærlinger.

Departementet skal i forskrift definere i hvilke bransjer det er særlig behov for læreplasser.

Pålegg om bruk av lærlinger skal gjelde i disse bransjene. At det er særlig behov for lære plasser, innebærer at elever som skal fullføre sin fagutdanning, ikke får tilbud om lære plass.

Departementet gis også hjemmel til å fastsette nærmere regler om krav om bruk av lærlinger, herunder at kravet bare skal gjelde for kontrakter over en bestemt verdi og varighet. Ansvar for forskriften vil bli lagt til Kunnskapsdepartementet.

Dersom oppdragsgiver pålegges å stille krav om bruk av lærlinger, skal oppdragsgiver både stille krav om at leverandøren er tilknyttet en lærlingordning, og at leverandøren benytter lærlinger ved utførelsen av den konkrete kontrakten. Kravet om at leverandøren skal være tilknyttet en lærlingordning, innebærer at leverandøren må være godkjent lærebedrift, enten i Norge eller i et annet land med lærlingordning.

Oppdragsgiver skal rette kravet om bruk av lærlinger mot hovedleverandøren. Denne står fritt til å oppfylle kravet selv eller ved hjelp av underleverandør.

I *annet ledd* er det fastslått at et krav om bruk av lærlinger må stå i forhold til kontraktens art og størrelse. Kravet må altså ikke være uforholdsmessig, for eksempel fordi den konkrete kontrakten gjelder arbeider som må utføres av eksperter, eller fordi den av andre grunner ikke er egnet for lærlinger. Kravet kan også være uforholdsmessig hvis kontrakten har for liten verdi eller er for kortvarig til at den forsvarer at leverandøren ansetter en lærling.

#### *Til § 8 Søksmål*

Bestemmelsen gir leverandører og andre med rettslig interesse hjemmel til å reise sak om brudd på anskaffelsesregelverket for tingretten uten forliksmekling. Dette er en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 8. Det vises til omtalen i Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 66–67.

Det tas også inn en hjemmel for departementet til å gi forskrift om tvungent vernetting for søksmål. Dette er en videreføring av forskriftshjemmelen i gjeldende § 16 uten endringer.

Øvrige endringer er av språklig karakter.

#### *Til § 9 Midlertidig forføyning*

Bestemmelsen regulerer adgangen til å kreve midlertidig forføyning ved brudd på anskaffelsesregelverket. I hovedsak er bestemmelsen en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 9. Det vises til merknadene i Prop. 12 L (2011–2012) side 81–82.

Kompetansen til å gi forskrift etter *annet* og *tredje ledd* legges til departementet. I tredje ledd tas det også inn en generell hjemmel for departementet til å gi forskrift om begjæringer om midlertidige forføyninger. Dette er en videreføring av forskriftshjemmelen i gjeldende § 16 uten endringer.

Øvrige endringer er av språklig karakter.

#### *Til § 10 Erstatning*

Bestemmelsen regulerer adgangen til å kreve erstatning og er en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 11. Det vises til omtalen i Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 68. Endringer er kun av språklig karakter. Ordet «saksøker» er byttet ut med ordet «leverandør» for å synliggjøre at adgangen til å kreve erstatning ikke er betinget av at det reises søksmål for domstolene.

#### *Til § 11 Tvisteløsningsorgan*

Bestemmelsen er hovedsakelig en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 12. Den ble tilføyd ved en lovendring i 2001 og gir Kongen kompetanse til å opprette et tvisteløsningsorgan som kan gi uttalelser om tvister innenfor virkeområdet for anskaffelsesloven og forskrifter gitt i medhold av loven. Det vises til omtalen i Ot.prp. nr. 3 (2000–2001) side 41. Klagenemnda for offentlige anskaffelser ble siden opprettet ved kongelig resolusjon 15. november 2002.

Det er gjort to materielle endringer i bestemmelsen. For det første endres *overskriften* og *første ledd første punktum* i samsvar med at tvisteløsningsorganet gis myndighet til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr, jf. lovforslaget § 12, slik at ordet «rådgivende» utgår begge steder. For det andre legges kompetansen til å gi forskrift etter *annet* og *tredje ledd* til departementet.

Øvrige endringer er av språklig karakter.

#### *Til § 12 Overtredelsesgebyr*

Bestemmelsen er ny og gir KOFA adgang til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Dette er en sivilrettslig sanksjon som faller inn under gruppen av forvaltnings-sanksjoner. Selv om bestemmelsen er ny, har den mange likhetstrekk med gebyrhjemmelen i den tidligere anskaffelsesloven § 7b. Om den tidligere bestemmelsen viser departementet til Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) side 26–27.

Etter *første ledd første punktum* skal KOFA ilegge overtredelsesgebyr dersom det foreligger

en ulovlig direkte anskaffelse. Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter regelverket. Det omfatter også situasjoner der oppdragsgiveren bare har kunngjort konkurranse i Doffin når det etter regelverket foreligger en plikt til å kunngjøre i TED-databasen. Begrepet ulovlig direkte anskaffelse er dermed knyttet opp til brudd på kunngjøringsplikten. Det har det samme meningsinnholdet her som etter §§ 13 og 14, og må tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Nevnte sanksjonsbestemmelser er innført i norsk rett ved gjennomføring av direktiv 2007/66/EF. Plan- og designkonkurranser som ikke kunngjøres i overenstemmelse med kunngjøringsreglene i anskaffelsesregelverket, vil også utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse som kan sanksjoneres etter §§ 12, 13 og 14.

I motsetning til den tidligere anskaffelsesloven § 7b stiller ikke bestemmelsen krav om at oppdragsgiver må ha utvist skyld. KOFA vil således kunne ilegge overtredelsesgebyr på objektivt grunnlag.

Etter *første ledd annet punktum* har KOFA en snever adgang til å unnlate å ilegge overtredelsesgebyr i saker hvor det vil være åpenbart urimelig. I lys av KOFAs praksis etter den tidligere anskaffelsesloven § 7b ser departementet behov for et slikt unntak. Eksempelvis ble et skisenter ikke ilagt overtredelsesgebyr for en ulovlig direkte anskaffelse av snøkanonanlegg, jf. KOFAs sak 2011/149. Skisenteret var i stor grad drevet gjennom dugnad og frivillighet, og ingen hadde foretatt en vurdering av om skisenteret var et offentligrettslig organ som var omfattet av anskaffelsesregelverket. Etter omstendighetene i saken la KOFA til grunn at dette måtte ha betydning for rolleforventningen til skisenteret.

På den annen side understreker departementet at nemnda bør være tilbakeholden med ikke å ilegge overtredelsesgebyr. Offentlige oppdragsgivere forutsettes å ha god oversikt over anskaffelsesregelverket. Dessuten kan den aktsomme oppdragsgiver unngå overtredelsesgebyr gjennom å publisere en intensjonskunngjøring, jf. annet ledd.

På samme måte som oppdragsgiver kan sikre seg mot at retten idømmer sanksjoner etter §§ 13 annet ledd og 14 fjerde ledd, kan oppdragsgiver i henhold til *annet ledd* sikre seg mot at KOFA ilegger overtredelsesgebyr ved å foreta en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift. Forutsetningen er at oppdragsgiver venter med å inngå kontrakten til etter utløpet av i ti dager etter kunn-

gjøringen. I slike tilfeller har oppdragsgiveren sikret åpenhet om kontraktinngåelsen og gitt potensielle leverandører og andre muligheten til å stoppe anskaffelsen. Det vil være særlig relevant for oppdragsgiveren å publisere en intensjonskunngjøring i grensetilfeller med usikkerhet knyttet til den rettslige eller faktiske vurderingen. En intensjonskunngjøring kan likevel bare brukes når oppdragsgiver anser at det foreligger hjemmel til ikke å kunngjøre konkurranse. Oppdragsgiver er her underlagt et aktsomhetskrav, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 (Fastweb). Departementet presiserer at KOFA uansett vil ha adgang til å behandle en klage om ulovlige direkte anskaffelser og eventuelt konstatere regelbrudd, selv om oppdragsgiver har publisert en intensjonskunngjøring og nemnda av den grunn er avskåret fra å ilegge overtredelsesgebyr etter bestemmelsen.

*Tredje ledd* angir hvilke momenter nemnda særlig skal legge vekt på ved fastsettelsen av gebyrets størrelse. Momentene er de samme som i den tidligere anskaffelsesloven § 7b annet ledd. Bestemmelsen inneholder ingen uttømmende oppregning av hvilke momenter nemnda kan legge vekt på. Overtredelsesgebyret kan ikke overstige 15 prosent av anskaffelsens verdi.

*Fjerde ledd* tilsvarer den tidligere anskaffelsesloven § 7b tredje ledd. Det følger av *første punktum* at vedtaket ikke kan påklages. Den som vil prøve vedtaket, må reise søksmål mot tvisteløsningsorganet. Overtredelsesgebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet, jf. *annet punktum*. Av *tredje punktum* fremgår det at adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått. I henhold til *fjerde punktum* avbrytes fristen ved at KOFA sender oppdragsgiveren en meddelelse om at nemnda har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Dette betyr at nemnda kan ilegge overtredelsesgebyr selv om en eventuell kortere søksmålsfrist for domstolene har løpt ut innen saken ble brakt inn for den.

Det følger av *femte ledd* at vedtak om overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av tvangsfullbyrdsloven § 1-2.

Av *sjetteste ledd første punktum* fremgår det at søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Når en sak om overtredelsesgebyr bringes inn for domstolene, kan retten prøve alle sider av saken og treffe realitetsavgjørelse, jf. *annet punktum*. Rettens kompetanse tilsvarer i utgangspunktet departementets kompetanse som klageorgan i alminne-

lige forvaltningssaker. I en sak om overprøving av et vedtak om overtredelsesgebyr kan retten ikke kjenne kontrakten uten virkning eller avkorte kontraktens varighet etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Når det gjelder spørsmålet om et søksmål skal ha oppsettende virkning, gjelder den alminnelige regelen i forvaltningsloven § 42, som gir forvaltningen adgang til å beslutte utsatt iverksettelse dersom parten eller andre med rettslig klageinteresse akter å gå til søksmål for å få prøvd vedtaket. I *tredje punktum* er det tatt inn en særskilt hjemmel for at også statlige myndigheter og organer kan begjære en sak prøvd for retten. Bakgrunnen er at staten regnes som én juridisk person i norsk sivilprosess, slik at staten ikke kan saksøke staten uten særskilt hjemmel.

*Syvende ledd* fastsetter at dersom KOFA treffer vedtak og ilegger overtredelsesgebyr, og retten senere avsier dom om den samme ulovlige anskaffelsen etter §§ 13 og 14, skal nemnda oppheve vedtaket og tilbakebetale gebyret. Dette gjelder uavhengig av om retten mener det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, og uavhengig av om det idømmes sanksjoner.

Hjemmelen til å ilegge overtredelsesgebyr gjelder bare for ulovlige direkte anskaffelser som er foretatt etter lovens ikrafttredelse.

Overtredelsesgebyret tilfaller statskassen.

#### *Til § 13 Søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning*

Bestemmelsen fastslår at retten i enkelte tilfeller skal kjenne en kontrakt uten virkning, og er i all hovedsak en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 13. Det vises til merknadene til bestemmelsen i Prop. 12 L (2011–2012) side 83–85. Den har særlig til formål å motvirke ulovlige direkte anskaffelser.

Gjennomføringen av EUs tre nye anskaffelsesdirektiver i norsk rett gjør det nødvendig å gjøre en teknisk endring i ordlyden i *første ledd* ved at «prioriterte tjenester» tas ut. Endringen reflekterer at skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester ikke videreføres i de nye direktivene. Andre endringer i første ledd er av språklig karakter.

Departementet har også gjort visse endringer i bestemmelsen som følge av at sanksjonen «uten virkning» utelukkende skal reguleres i lovteksten. I dag er regelen gjentatt og i noen grad utdypet i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Etter departementets vurdering utgjør dette en unødvendig og til dels forvirrende dobbeltregulering av disse forholdene. Departementet har derfor foretatt en del tekniske endringer i § 13 for å sikre en fullstendig regulering i loven.

#### *Til § 14 Søksmål om å avkorte en kontrakts varighet eller idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr*

Bestemmelsen regulerer sanksjonene avkortning av kontrakt og overtredelsesgebyr og er i all hovedsak en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 14. Det vises til omtalen i Prop. 12 L (2011–2012) side 85–88. Sanksjonene i § 14 har i likhet med sanksjonen «uten virkning» i § 13 særlig til formål å motvirke ulovlige direkte anskaffelser.

Gjennomføringen av EUs tre nye anskaffelsesdirektiver i norsk rett gjør det nødvendig å gjøre en teknisk endring i ordlyden i *første og tredje ledd* ved at «prioriterte tjenester» og «uprioriterte tjenester» tas ut. Denne endringen reflekterer at skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester ikke videreføres i de nye direktivene. Andre endringer i første og tredje ledd er av språklig karakter.

Departementet har også gjort visse endringer i bestemmelsen som følge av at de alternative sanksjonene avkortning av kontrakt og overtredelsesgebyr, i likhet med sanksjonen «uten virkning» i § 13, utelukkende skal reguleres i lovteksten. I dag er regelen gjentatt og i noen grad utdypet i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Etter departementets vurdering utgjør dette en unødvendig og til dels forvirrende dobbeltregulering av disse forholdene. Departementet har derfor foretatt en del tekniske endringer i § 14 for å sikre en fullstendig regulering i loven.

I tillegg har departementet gjort en materiell endring i *tredje ledd* ved å oppheve bokstav b første punktum. Endringen innebærer at sanksjonene avkortning av kontrakt og overtredelsesgebyr ikke lenger kan ilegges dersom tildelingen av en kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning har skjedd i strid med prosedyrereglene fastsatt i forskrift. Dette gjelder bare når den aktuelle kontrakten ikke overstiger EØS-terskelverdiene. Etter departementets syn virker det lite sannsynlig at en privat part vil se seg tjent med å gå til søksmål med krav om avkortning av kontrakt og overtredelsesgebyr for slike kontrakter. På grunnlag av ønsket om å forenkle regelverket oppheves bestemmelsen.

#### *Til § 15 Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14*

Bestemmelsen angir prosessuelle særregler og tidsfrister som skal gjelde ved søksmål om forhold som er beskrevet i §§ 13 og 14. Dette omfatter regler om prosessvarsel, rettens forhold til parte-

nes påstander, rettskraft og tidsfrister for søksmål. Bestemmelsen er i hovedsak en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 15. Det vises til forarbeidene til bestemmelsen, jf. Prop. 12 L (2011–2012) side 88–89.

Endringene i *første ledd*, *tredje ledd*, *fjerde ledd første punktum*, *femte ledd første punktum* og *sjettede ledd* er kun av språklig karakter.

Innføringen av nytt *fjerde ledd annet punktum* og nytt *femte ledd annet punktum* innebærer at søksmålsfristene i første punktum på henholdsvis to år og 30 dager avbrytes når KOFA mottar en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Når nemndas avgjørelse foreligger eller saken avvises, vil den resterende delen av fristen fortsette å løpe. Det vises til departementets vurderinger i punkt 7.8.4.4.

*Syvende ledd* er nytt. En klage på ulovlige direkte anskaffelser vil kunne bli sendt til KOFA like før søksmålsfristen på to år eller 30 dager løper ut. Når saken avvises, eller nemnda behandler saken og treffer sin avgjørelse, vil den resterende delen av fristen fortsette å løpe, jf. henholdsvis *fjerde ledd annet punktum* og *femte ledd annet punktum*. Etter departementets syn må det tas hensyn til at en aktør vil kunne ønske å dra nytte av KOFAs avgjørelse og reise sak om anskaffelsen for domstolene. I disse tilfellene utvides derfor søksmålsfristen ved at det gis en ny frist på 30 dager regnet fra dagen etter datoen nemnda treffer sin avgjørelse eller saken avvises.

Fristavbrytelsen i *fjerde ledd annet punktum*, *femte ledd annet punktum* og *syvende ledd* skal ha virkning for alle som mener at de har rettslig interesse i å reise søksmål – ikke bare for parten som sendte klagen til KOFA. På denne måten avskjæres ikke leverandørenes adgang til å reise søksmål om den samme ulovlige direkte anskaffelsen hvis det er andre som har klaget til nemnda, for eksempel en interesseorganisasjon. Det vises til departementets vurderinger i punkt 7.8.4.4.

#### Til § 16 Forskrifter

Bestemmelsen gir hjemmel til å vedta forskrifter og er i hovedsak en videreføring av den gjeldende anskaffelsesloven § 16. Kompetansen til å gi forskrift flyttes imidlertid fra Kongen til departementet.

*Første ledd* gir hjemmel til å gi forskrift til utføring og gjennomføring av loven. Til forskjell fra gjeldende § 16 gjelder ingen begrensning i adgangen til å gi forskrifter som retter seg mot offentlige foretak og private virksomheter som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av en enerett

eller særrett. Etter gjeldende § 16 kan det som hovedregel gis forskrifter som retter seg mot slike oppdragsgivere, bare i det omfang det er nødvendig for å oppfylle Norges internasjonale forpliktelser, det vil si EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp og andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. At denne begrensningen oppheves, innebærer at det vil være mulig å fastsette forskriftsregler for alle oppdragsgivere på like vilkår, også der slike regler går lenger enn Norges internasjonale forpliktelser.

Som i dag er forskriftshjemmelen ganske vid. Hjemmelen skal brukes til å gjennomføre EUs anskaffelsesdirektiver i norsk rett, men også til å innføre nasjonale prosedyreregler og krav til oppdragsgiverne. Dette gjelder regler om blant annet dialog med markedet før konkurranse, konkurransegrunnlag, valg av anskaffelsesprosedyrer, frister, kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, utvelgelse av leverandører, tildelingskriterier, oppdeling av anskaffelser, bruk av underleverandører, kommunikasjon, kunngjøring, gjennomføring av konkurransen, avvisning, avslutning av konkurransen, anskaffelsesprotokoll og dokumentasjonsplikt, rammeavtaler, elektroniske verktøy, endringer i kontrakt, oppsigelse, samordnede innkjøp, sanksjoner og plan- og designkonkurranser.

*Annet ledd* gir hjemmel til å forskriftsregulere oppdragsgivers adgang til å si opp en kontrakt. Hjemmelen er ny og skal brukes til å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 73, forsyningsdirektivet artikkel 90 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 44 i norsk rett. Det følger av disse bestemmelsene at medlemsstatene skal sikre at oppdragsgiver kan si opp en kontrakt i følgende tre tilfeller:

- Når kontrakten er blitt vesentlig endret, slik at det gjelder krav om gjennomføring av en ny konkurranse.
- Når leverandøren på tidspunktet for tildeling av kontrakten skulle ha vært avvist som følge av en rettskraftig dom for korrupsjon, bedrageri mv.
- Når EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått brudd på EØS-avtalen som innebærer at kontrakten ikke skulle vært inngått med den valgte leverandøren.

I henhold til *tredje ledd* får departementet hjemmel til å fastsette forskrift om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser. Også denne hjemmelen er ny og skal sikre at direktiv 2014/55/EU om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser gjennomføres i norsk rett. Ansvaret for forskriften vil bli lagt til Kommunal- og moderniseringsdepartementet.



### Til § 17 Pålegg

Bestemmelsen gir departementet hjemmel til å gi oppdragsgiver pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. Dette er en videreføring av påleggshjemmelen i den gjeldende anskaffelsesloven § 16 med noen endringer.

For det første flyttes kompetansen til å gi pålegg fra Kongen til departementet. For det andre innsnevres adgangen til å gi pålegg til de tilfeller hvor dette er nødvendig for å sikre oppfyllelse av Norges internasjonale forpliktelser. For det tredje gis departementet adgang til å ilegge oppdragsgivere tvangsmulkt for å sikre at pålegg blir oppfylt.

Adgangen til å gi pålegg vil kunne benyttes overfor oppdragsgivere i forbindelse med oppfølgingen av EFTA-domstolens avgjørelser. Adgangen vil også kunne benyttes til å sikre oppfyllelsen av opplysningsplikter som Norge eller den enkelte oppdragsgiver er pålagt etter de nye anskaffelsesdirektivene. EFTAs overvåkningsorgan kan etter anskaffelsesdirektivet artikkel 32, 69 og 84, forsyningsdirektivet artikkel 18, 19, 31, 84 og 100 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 15 og 31 kreve opplysninger om konkrete anskaffelser. I tillegg er Norge forpliktet etter anskaffelsesdirektivene og WTO-avtalen om offentlige innkjøp til å rapportere og gi statistiske opplysninger om en rekke forhold, jf. blant annet anskaffelsesdirektivet artikkel 83 og 85. Det er derimot ikke hensikten at departementet generelt skal føre tilsyn med at anskaffelsesregelverket overholdes, og gi pålegg for å sikre dette.

Hvilke typer pålegg som vil kunne være relevante, vil avhenge av det konkrete bruddet eller den konkrete opplysningsplikten.

Ved brudd på regelverket vil et pålegg kunne gå ut på å rette opp det ulovlige forholdet, for eksempel pålegg om å gi en begrunnelse, endre en tildelingsbeslutning, avlyse en konkurranse

eller lignende. Det vil også kunne gå ut på at oppdragsgiver skal foreta andre korrigerende tiltak, som for eksempel å innføre rutiner som sikrer at slike brudd ikke skjer igjen. I særlige tilfeller vil oppdragsgiver også kunne ilegges et pålegg om å avslutte et kontraktsforhold som er inngått i strid med anskaffelsesregelverket. Der en oppdragsgiver nekter å utlevere nødvendige opplysninger eller dokumenter, vil et pålegg måtte gå ut på å utlevere disse.

Tvangsmulkten er utformet som en betinget løpende tvangsmulkt. At den er betinget, innebærer at mulkten kan avverges ved at oppdragsgiver oppfyller pålegget innen den fristen departementet har satt. Tvangsmulkten skal ikke anses som en sanksjon, men som et fremadrettet tiltak som har til formål å skape et oppfyllespress.

Bestemmelsen gir departementet adgang til å ilegge tvangsmulkt samtidig med utstedelsen av pålegget. Departementet kan også først gi et pålegg, etterfulgt av et eget vedtak om tvangsmulkt dersom oppdragsgiver ikke etterkommer pålegget.

Departementet er gitt hjemmel til å gi forskrift om fastsettelsen av tvangsmulkt.

### Til § 18 Ikrafttredelse og overgangsregler

Det foreslås i *første ledd* at lovens ikrafttredelsestidspunkt fastsettes av Kongen. Det er ønskelig at lovforslaget trer i kraft så snart som mulig. Nye anskaffelsesforskrifter må imidlertid vedtas først, og oppdragsgivere og leverandører vil ha behov for å tilpasse seg de krav lovforslaget stiller.

I *annet ledd* foreslås en hjemmel til å fastsette overgangsregler. Departementet tar sikte på å fastsette nye bestemmelser som utgangspunkt skal gjelde for anskaffelser som iverksettes etter lovens ikrafttredelsesdato. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort, eller når oppdragsgiver har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å melde sin interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse.

Nærings- og fiskeridepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

---

**Vi HARALD**, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) i samsvar med et vedlagt forslag.

---

## Forslag

### til lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

#### § 1 *Formål*

Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og bidra til at det offentlige opptrer med integritet ved offentlige anskaffelser.

#### § 2 *Virkeområde*

Loven gjelder når oppdragsgivere som nevnt i annet ledd inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, herunder konsesjonskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva.

Loven gjelder for følgende oppdragsgivere:

- a) statlige myndigheter
- b) fylkeskommunale og kommunale myndigheter
- c) offentligrettslige organer
- d) sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i bokstav a til c
- e) offentlige foretak som utøver forsyningsaktivitet som definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av
- f) andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av enerett eller særrett som definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av.

Departementet kan i forskrift fastsette unntak fra lovens virkeområde.

Departementet kan i forskrift fastsette at loven skal gjelde for bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekontrakter som oppdragsgivere som nevnt i annet ledd bokstav a til d ikke selv inngår, men yter direkte tilskudd til med mer enn 50 prosent.

Departementet kan i forskrift fastsette at loven skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

#### § 3 *Rettighetshavere*

Rettighetshavere etter loven er virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat. Det samme gjelder virksomheter som er gitt rettigheter etter WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av slike avtaler.

#### § 4 *Grunnleggende prinsipper*

Oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.

#### § 5 *Miljø, menneskerettigheter og andre samfunns-hensyn*

Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning og fremme klimavennlige løsninger der dette er relevant. Disse oppdragsgiverne skal også ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Departementet kan gi forskrift om det nærmere innholdet av bestemmelsen.

Oppdragsgiveren kan stille egnede krav og kriterier knyttet til ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensyn til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen.

Departementet kan i forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å stille krav om begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden ved utførelsen av offentlige kontrakter i bransjer med særlige utfordringer knyttet til arbeidslivskriminalitet.

Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgivere å stille krav om universell utforming i offentlige kontrakter.

#### § 6 *Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter*

Departementet kan i forskrift pålegge statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer å ta inn klausuler i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter som skal sikre lønns- og arbeidsvilkår som ikke er dårligere enn det som følger av gjeldende forskrifter om allmenngjorte tariffavtaler eller landsomfattende tariffavtaler for de aktuelle bransjene.

Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgivere å føre tilsyn med at klausulene blir overholdt, og å iverksette tiltak overfor leverandøren ved manglende overholdelse av klausulene.

#### § 7 *Krav om bruk av lærlinger*

Statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal stille krav om at leverandører er tilknyttet en lærlingordning, og at en eller flere lærlinger deltar i arbeidet med gjennomføringen av kontrakten. Kravet gjelder i bransjer hvor departementet i forskrift har definert at det er særlig behov for læreplasser. Departementet kan i forskrift fastsette nærmere regler om krav om bruk av lærlinger, herunder at kravet bare skal gjelde for kontrakter over en bestemt verdi og varighet.

I den enkelte anskaffelsen må kravet stå i forhold til kontraktens art og omfang.

#### § 8 *Søksmål*

Søksmål om brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven reises for tingretten uten forliksmekling.

Inntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som oppdragsgiveren har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

Departementet kan gi forskrift om tvungent vernetting.

#### § 9 *Midlertidig forføyning*

Twisteloven gjelder for behandlingen av begjæringer om midlertidig forføyning med mindre annet er bestemt i denne loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Etter at kontrakt er inngått, kan retten ikke beslutte midlertidig forføyning mot oppdragsgiveren for brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

Departementet kan gi forskrift om at oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt suspenderes dersom begjæring om midlertidig forføyning fremsettes i en fastsatt karenperiode.

Departementet kan gi forskrift om begjæringer om midlertidige forføyninger, herunder fastsette at oppdragsgiveren kan sette en frist for fremsettelse av begjæring om midlertidig forføyning mot beslutninger om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen.

#### § 10 *Erstatning*

Leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

#### § 11 *Twisteløsningsorgan*

Kongen kan opprette et organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter loven og forskrifter gitt i medhold av loven. Oppdragsgivere som er omfattet av loven, har plikt til å delta i prosessen for organet.

Departementet kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet.

Offentleglova gjelder for tvisteløsningsorganets virksomhet.

#### § 12 *Overtredelsesgebyr*

Dersom tvisteløsningsorganet kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, skal organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Organet kan unnlate å ilegge overtredelsesgebyr i saker hvor det vil være åpenbart urimelig.

Overtredelsesgebyr etter første ledd kan ikke ilegges dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift, og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

Ved fastsettelse av overtredelsesgebyrets størrelse skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser, og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Gebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet sender oppdragsgiveren en meddelelse om at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2.

Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Retten kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

Dersom tvisteløsningsorganet treffer vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr og retten senere avsier dom om den samme kontrakten etter §§ 13 og 14, skal organet oppheve vedtaket og tilbakebetale gebyret.

### § 13 Søksmål om å kjenne en kontrakt uten virkning

Retten skal kjenne en kontrakt med en verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene, uten virkning

- a) når oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse,
- b) når kontrakten tildeles under en rammeavtale med flere leverandører i strid med regler om gjenåpning av konkurransen fastsatt i forskrift eller tildeles under en dynamisk innkjøpsordning i strid med forskrift, eller
- c) når oppdragsgiveren har foretatt andre brudd på lov eller forskrift som har påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten, og samtidig foretatt brudd på regler om karenperiode eller suspensjon fastsatt i forskrift som har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelsen.

Retten kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter første ledd bokstav a dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

Retten kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter første ledd bokstav b dersom oppdragsgiveren har sendt meddelelse om valget av leverandør til berørte leverandører etter regler i forskrift og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av en frivillig karenperiode i samsvar med regler om karenperiode fastsatt i forskrift.

Dersom vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten unnlate å kjenne kontrakten uten virkning. Dersom konsekvensen av å kjenne en kontrakt uten virkning i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser, kan retten ikke kjenne kontrakten uten virkning. I slike tilfeller skal retten fastsette sanksjoner etter § 14 første ledd bokstav a nr. 1.

En kontrakt kan kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Dersom kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, kan kontrakten kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Dersom kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal retten i tillegg idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr etter § 14 annet ledd.

### § 14 Søksmål om å avkorte en kontrakts varighet eller idømme oppdragsgiver overtredelsesgebyr

Retten skal avkorte en kontrakts varighet eller idømme oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr

- a) når kontraktens verdi er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene og
  1. retten unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning etter § 13 fjerde ledd, eller
  2. oppdragsgiveren har foretatt andre brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon enn dem som er omfattet av § 13 første ledd bokstav c, eller
- b) når kontraktens verdi er lik eller overstiger en nasjonal terskelverdi fastsatt i forskrift, men ikke EØS-terskelverdiene, og oppdragsgiveren har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Retten skal idømme oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr når kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse etter § 13.

Retten kan idømme sanksjoner som nevnt i første ledd for kontrakter med en verdi som er lik eller overstiger en nasjonal terskelverdi fastsatt i forskrift, men ikke EØS-terskelverdiene, når oppdragsgiveren har foretatt brudd på lov eller forskrift som har påvirket leverandørens mulighet til å bli tildelt kontrakten. Dette forutsetter at oppdragsgiveren samtidig har foretatt brudd på regler om karenperiode i forskrift som har fratatt leverandøren muligheten til å iverksette rettslige skritt før kontraktsinngåelse.

Retten kan ikke idømme sanksjoner etter første ledd bokstav b dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring etter regler i forskrift og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

Ved fastsettelse av sanksjoner skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte brudd, muligheten for å gjenopprette konkurransen og den preventive virkningen. Retten kan kombinere sanksjonene. Overtredelsesgebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

### § 15 Prosessuelle særregler og tidsfrister ved søksmål etter §§ 13 og 14

Ved søksmål om brudd som omfattet av §§ 13 og 14 plikter saksøkeren å varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet. Varslet gis ved oversendelse av kopi av stevningen.

Retten skal, uavhengig av partenes påstander, idømme sanksjoner etter §§ 13 og 14 dersom vilkårene for det er oppfylt.

En rettskraftig dom som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning, eller at en kontrakts varighet avkortes, er bindende for alle og enhver og skal legges til grunn i alle forhold.

Sanksjoner etter §§ 13 og 14 kan bare idømmes når søksmål reises innen to år etter at kontrakt er inngått. Dersom tvisteløsningsorganet mottar en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, avbrytes fristen.

Dersom oppdragsgiveren har inngått en kontrakt uten kunngjøring av konkurransen, men kunngjort kontraktsinngåelsen etter regler fastsatt i forskrift, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav a eller § 14 første ledd bokstav b bare idømmes når søksmål reises innen 30 dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen. Dersom tvisteløsningsorganet mottar en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, avbrytes fristen.

Dersom oppdragsgiveren har kunngjort konkurransen og gitt berørte leverandører en meddelelse om at kontrakt er inngått, kan sanksjoner etter § 13 første ledd bokstav b og c, § 14 første ledd bokstav a nr. 2 og § 14 tredje ledd bare idømmes når søksmål reises innen 30 dager regnet fra dagen etter at meddelelsen er sendt.

Når tvisteløsningsorganet treffer avgjørelse i en sak om en ulovlig direkte anskaffelse og

søksmålsfristen i fjerde eller femte ledd løper ut innen 30 dager fra avgjørelsen, gjelder en ny frist på 30 dager regnet fra dagen etter datoen for tvisteløsningsorganets avgjørelse.

#### § 16 *Forskrifter*

Departementet kan gi forskrift til utfylling og gjennomføring av loven.

Departementet kan gi forskrift om oppdragsgiverens adgang til å si opp en kontrakt.

Departementet kan gi forskrift om bruk av elektronisk faktura i offentlige anskaffelser.

#### § 17 *Pålegg*

Departementet kan gi oppdragsgiveren pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. For å sikre at plikten etter et slikt pålegg blir oppfylt, kan departementet ilegge oppdragsgiveren en løpende tvangsmulkt etter utløpet av den frist som er satt for oppfylling av pålegget, inntil pålegget er oppfylt. Departementet kan gi forskrift om tvangsmulkt.

#### § 18 *Ikrafttredelse og overgangsregler*

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

Departementet kan gi forskrift om overgangsregler.





## Bestilling av publikasjoner

### Offentlige institusjoner:

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon

Internett: [www.publikasjoner.dep.no](http://www.publikasjoner.dep.no)

E-post: [publikasjonsbestilling@dss.dep.no](mailto:publikasjonsbestilling@dss.dep.no)

Telefon: 22 24 00 00

### Privat sektor:

Internett: [www.fagbokforlaget.no/offpub](http://www.fagbokforlaget.no/offpub)

E-post: [offpub@fagbokforlaget.no](mailto:offpub@fagbokforlaget.no)

Telefon: 55 38 66 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på

[www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Trykk: 07 Xpress AS – 1/2016

