



NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENTET
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Vår ref.: 2024/4677-12

Deres ref.:

Dato: 26.08.2024

Høringssvar - Ny lov om offentlige anskaffelser (NOU 2024:9 andre delutredning)

Fylkesutvalget i Buskerud fylkeskommune behandlet sak 77/2924 i møte 20.08.2024 og fattet følgende vedtak:

Saken i sin helhet oversendes Nærings- og fiskeridepartementet som Buskerud fylkeskommunes høringssvar til ny lov om offentlige anskaffelser (NOU 2024:9 andre delutredning)

Vedlagt følger protokoll fra sak 77/2024 med tilhørende saksframlegg.

Vennlig hilsen

Jan Sivert Jøsendal
Fylkeskommunedirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent

Vedlegg

- 1 Saksprotokoll FU 20.08.2024
- 2 Saksframlegg FU 20.08.2024

PS 77/2024 Høringssvar - Ny lov om offentlige anskaffelser (NOU 2024:9 andre delutredning)

Fylkesutvalgets vedtak den 20.08.2024:

Saken i sin helhet oversendes Nærings- og fiskeridepartementet som Buskerud fylkeskommunes høringssvar til ny lov om offentlige anskaffelser (NOU 2024:9 andre delutredning)

Fylkesutvalgets behandling i møte den 20.08.2024:

Fylkeskommunedirektørens innstilling til vedtak:

Saken i sin helhet oversendes Nærings- og fiskeridepartementet som Buskerud fylkeskommunes høringssvar til ny lov om offentlige anskaffelser (NOU 2024:9 andre delutredning)

Ingen hadde ordet til saken.

Votering:

Fylkeskommunekommunedirektørens innstilling ble enstemmig vedtatt.



Saksframlegg

Saksnr.: 2024/4677

Behandlet av	Møtedato	Utvalgssaksnr.
Fylkesutvalget	20.08.2024	

Høringssvar - Ny lov om offentlige anskaffelser (NOU 2024:9 andre delutredning)

Fylkeskommunedirektørens innstilling til vedtak:

- Saken i sin helhet oversendes Nærings- og fiskeridepartementet som Buskerud fylkeskommunes høringssvar til ny lov om offentlige anskaffelser (NOU 2024:9 andre delutredning)

13.08.2024

Jan Sivert Jøsendal
fylkeskommunedirektør

Sammendrag

Saken er redegjørelse av forslag til hørings svar til NOU 2024:9 – Ny lov om offentlige anskaffelser - andre delutredning,

Høringsfristen er satt til 31. august 2024.

Saksopplysninger

Fylkeskommunen har mottatt høringsinvitasjon fra Nærings- og fiskeridepartementet med forslag til endringer i regelverket for offentlige anskaffelser. Dette er andre delutredning. Første delutredning kom ifm. avvikling av Viken fylkeskommune og opprettelse av de nye fylkeskommunene. For første delutredning lot det seg ikke gjøre å få ferdig en høringsuttalelse innen de frister som var gjeldende for politisk behandling i Akershus, Buskerud og Østfold fylkeskommuner.

I andre delutredning, som nå høres, er det særlig fokus på følgende temaer:

- Sikkerhet og beredskap
- Lokale og regionale leverandører
- Åpenhet om eierskap og skatt
- Regelverkets geografiske virkeområde
- Avvisning
- Håndhevingssystemet

Innspill til hørings svaret er utarbeidet i samarbeid med Anskaffelser i Akershus, Buskerud og Østfold Kommunalt oppgavefellesskap KO (ANSKA KO) og fylkeskommunens egne fagmiljøer innen Samferdsel og Eiendom

Del II Sikkerhet og beredskap

Ved overlevering av delutredning to til næringsministeren, ble det understreket av ministeren at i den tiden vi lever i er det svært viktig å sørge for at offentlige midler brukes på en måte som ivaretar nasjonale sikkerhetsinteresser.

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalgets forslag om at sikkerhet og beredskap tas inn som et eget punkt i lov om offentlige anskaffelsers formålsbestemmelse og i egen bestemmelse i lovens kapittel 2 om samfunnshensyn. Dette bidrar til en synliggjøring av viktigheten av sikkerhet og beredskap, slik at handlingsrommet, som allerede er ivaretatt i dagens regelverk, blir benyttet i større grad der det er behov for dette.

For at reglene skal gi den ønskede effekt, er det imidlertid avgjørende at offentlige oppdragsgivere er godt kjent med og kan nyttiggjøre seg handlingsrommet reglene gir.

Fylkeskommunedirektøren støtter derfor utvalgets forslag om at relevante myndigheter lager oppdatert veileder om sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser, herunder identifiserer spesielle kategorier av anskaffelser som er særlig utsatt med tanke på sikkerhet og beredskap.

Del III Lokale og regionale leverandører

For å sikre god konkurranse i markedet er norske kommuner og fylkeskommuner avhengig av at man får med seg de små og mellomstore bedriftene (heretter SMB'er). Ønsket om å legge bedre til rette for lokale og regionale leverandører har ikke bare en distriktpolitisk dimensjon, det inngår også som et element i nasjonal beredskap. Et regelverk som sikrer åpenhet, likebehandling og rettstrygghet, er av stor betydning for de mindre bedriftene.

Anskaffelsesregelverket må forenkles og en sunn og god dialog med markedet må prioriteres for at det offentlige skal kunne kare den beste vinneren. For at små og mellomstore bedrifter skal kunne få delta i anbudsprosesser **støtter fylkeskommunedirektøren utvalget** om at øremerking av kontrakter ikke er veien å gå. Behovet for å legge til rette for SMB'er kan dekkes med god dialog, gode tildelingskriterier på responstid, oppmøtetid og oppdelingen av anskaffelsen. Dette vil gi flere muligheter og større gevinster for SMB'er. Slik strategisk oppbygning av anskaffelsen er fullt ut i tråd med anskaffelsesregelverket og dette handlingsrommet må offentlige oppdragsgivere benytte seg av.

Om Norge skulle innføre særregler under EØS terskelverdi som gir oppdragsgiver mulighet til å øremerke kontrakter vil dette heller svekke konkurranseelementet i offentlig anskaffelser.

En slik øremerking av kontrakter vil være en uheldig forskjellsbehandling og ikke minst sette oppdragsgiver i en svært vanskelig posisjon med å definere hva som utgjør lokale og regionale bedrifter. Mange av de lokale leverandørene kommuner og fylkeskommuner samarbeider med opererer også på landsbasis med tilstedeværelse på flere steder. Det er nærmest en umulig situasjon for den enkelte oppdragsgiver å skulle definere hva som faller innenfor begrepet SMB. Dette er ikke en forenkling av regelverket, slik NHO i flere tilfeller har uttalt er veien å gå.

Fylkeskommunedirektøren mener videre at en slik regel også vil være konfliktskapende og prosessdrivende. Det er i ytterst få tilfeller at SMB'er har økonomisk mulighet til å kjøre slike saker for rettssystemet. Som igjen vil være en fordel for de store selskapene med økende innblanding av advokater.

Del IV Åpenhet om eierskap og skatt

Åpenhet om eierskap:

Åpenhet er en kjerneverdi i det norske demokratiet. Utvalget påpeker imidlertid at åpenhet bør tilstrebes av alle virksomheter i Norge og ikke bare de som er leverandører til det offentlige. De peker på at det pågår prosesser knyttet til åpenhet om eierskap (aksjeregister og register over reelle rettighetshavere) som vil kunne ha positive virkninger for åpenhet i offentlige anskaffelser, uten behov for særregulering i ny anskaffelseslov.

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalget i at det ikke er behov for særregulering av åpenhet om eierskap for allmennheten innen offentlige anskaffelser.

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalget i at alle oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket bør få tilgang til registeret over reelle rettighetshavere.

Åpenhet om skatt:

Som utvalget påpeker, er åpenhet om skatt og skattemessige forhold viktig for å sikre et velfungerende skattesystem i en globalisert verden.

Et av spørsmålene rundt åpenhet i arbeidet med nytt anskaffelsesregelverk er hvordan på best måte hindre at offentlige kontrakter går til leverandører som unndrar fortjeneste fra beskatning gjennom aggressiv skatteplanlegging.

En vurdering av lovligheten av slik skatteplanlegging forutsetter spesialkompetanse og kunnskap som utvalget vurderer at offentlige oppdragsgivere ikke har forutsetning for å besitte. Utfordringer relatert til internasjonale skattetilpasninger og skadelig skattekonkurranse bør derfor løses gjennom andre mer effektive og egnede virkemidler enn offentlige anskaffelser.

Det vil også være i strid med EØS-retten dersom man avviser leverandører man mener ikke betaler nok i skatt, dersom leverandørens skatteplanlegging er lovlig.

Fylkeskommunedirektøren støtter derfor utvalget i at det ikke innføres et krav til land-til land-rapportering i anskaffelsesregelverket.

Fylkeskommunedirektøren støtter også utvalget i at mer åpenhet om skatt og skatteplanlegging må ivaretas gjennom målrettede regler på andre rettsområder.

Del V Geografisk virkeområde

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalgets forslag om klargjøring av geografisk virkeområde.

Del VI Avvisning

Reglene om avvisning er i praksis svært viktige både for oppdragsgiver og for leverandører. Det er viktig for oppdragsgiver at reglene er tydelige og at de er anvendelige i faktiske situasjoner, og det er viktig for leverandørene å vite hvilke situasjoner som kan føre til avvisning.

Fylkeskommunedirektøren er enig i at det er behov for å tydeliggjøre og forenkle avvisningsreglene. Vi syntes videre at det er et viktig element at forholdet til EØS-retten synliggjøres. De generelle føringene til utvalget gjør seg dermed også gjeldene når det kommer til avvisningsreglene.

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalgets forslag om å innholdsmessig videreføre dagens avvisningsbestemmelser. Videre er vi svært positive til at regelverket tydeliggjøres, og at det gjøres endringer i regelverkets ordlyd og struktur. Dette er viktig for at oppdragsgiver skal kunne gi gode begrunnelser for en avvisning, samt at leverandøren skal ha forståelse for resultatet.

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallets dissens om at avvisningsbestemmelsene også skal gjelde for bygg og anleggsanskaffelser ned til tre millioner kroner.

Fylkeskommunedirektøren bemerker at rekkefølgen på bestemmelsene i kapittelet om avvisning ser ut til å være noe omrokkert, og ber utvalget se over at endelig rekkefølge på bestemmelsene blir formålstjenlig.

Fylkeskommunedirektøren mener at det er hensiktsmessig med en avklaring av når kravene i kravspesifikasjonen skal være oppfylt og når avvik fra dette kan føre til avvisning.

Fylkeskommunedirektøren støtter derfor mindretallets vurdering av at krav i kravspesifikasjonen, med mindre noe annet fremgår av anskaffelsesdokumentene, som utgangspunkt først må være oppfylt ved kontraktsstart. Fylkeskommunedirektøren tenker at det viktigste er at leverandørene kan oppfylle kravene på dette tidspunktet, og at det vil

kunne føre til unødvendige avvisninger av de kanskje beste leverandørene dersom avvik fra disse kravene på et tidligere tidspunkt vil føre til avvisning. Målet bør være å få best mulig oppfyllelse av kontrakten, og fylkeskommunedirektøren mener at dette best lar seg gjøre dersom kravene oppstilt i kravspesifikasjonen som utgangspunkt må være oppfylt ved kontraktsstart. Dersom det er spesielt viktig for oppdragsgiver å få bekreftet oppfyllelse av enkelte krav på et tidligere tidspunkt er det fullt mulig å likevel kreve dette av leverandørene dersom dette fremgår av konkurransedokumentene. Det kan også potensielt være for mye å kreve av leverandørene at de skal oppfylle alle kravene i kravspesifikasjonen tidligere enn kontraktsstart, da det ikke er sikkert at de blir tildelt kontrakten. Det kan være svært ressurskrevende for en leverandør å måtte oppfylle alle kravene i kravspesifikasjonen på et tidligere tidspunkt dersom leverandøren ender opp med å ikke bli tildelt kontrakten.

Del VII Håndhevingssystemet

Utvalget foreslår å endre dagens håndhevingssystem ved å dreie håndhevingen mot prekontraktuell fase, og slik begrense behovet for erstatningssøksmål. Fylkeskommunedirektøren er enig i at denne dreiningen er et godt grep.

Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 16 punkt 1. – utmålingspraksis

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalgets mindretall i at det selv om det foretas endringer av håndhevingssystemet for øvrig, er grunn til å stramme inn på utmålingspraksis.

Det er utvilsomt enighet i utvalget om at håndhevingen av anskaffelsesregelverket i dag i for stor grad er rettet inn mot etterfølgende erstatningssøksmål hvor store krav for erstatning for positiv kontraktsinteresse fremsettes etter at kontrakten er inngått og kontrakten helt eller delvis er oppfylt. Fylkeskommunedirektøren er enig i at dette bidrar til at frykt for erstatningsansvar, og at størrelsen på eventuelle erstatningsutbetalinger kan føre til at oppdragsgivere avstår fra å prøve ut det handlingsrommet som ligger i regelverket, og av den grunn ikke får utnyttet potensialet for best mulig anskaffelser. En slik situasjon står i kontrast til gjeldende politiske prioriteringer om at handlingsrommet i regelverket skal benyttes for å fremme bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Det er av denne grunn svært viktig at endringene som gjøres i ny lov om offentlige anskaffelser bidrar så mye som mulig til å endre denne trenden.

Det er viktig at håndhevingssystemet tilpasses forholdene i Norge, som er et land med mange små og mellomstore leverandører og et stort antall relativt små anskaffelser. Små og mellomstore leverandører har ikke samme ressurser til å forfølge brudd på anskaffelsesreglene som store leverandører, og små anskaffelser tåler ikke i samme grad sakskostnader som større anskaffelser. For å ivareta små og mellomstore leverandører, er det derfor viktig at håndhevingssystemet tilpasses disse. Fylkeskommunedirektøren mener imidlertid at det likevel er viktig at det også gjøres tiltak for å stramme inn utmålingspraksisen da dette vil gjøre håndhevelsen av regelverket mindre foruroligende for oppdragsgiver, og at tiltakene ikke nødvendigvis er motsetninger.

Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21, punkt 21.6.3. – saksomkostninger ved KOFA-klager

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallet Dankertsen Hennyng og Breilands forslag om at også oppdragsgiver bør kunne tilkjennes et høyere beløp i større saker. Vi er enige i at dette vil kunne bidra til at leverandører ikke vidløftiggjør saker mer enn nødvendig.

Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21, punkt 21.7 - Domstolsprøving av klagenemdas avgjørelser

Ved prekontraktuell håndheving over EØS terskelverdi legger utvalget opp til at klagen til KOFA innen utgangen av karenstiden suspenderer oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakt. Videre vil klagenemdas avgjørelser gjøres bindende. Disse avgjørelsene kan påklages til domstolene senest 8 uker etter avgjørelsene er meddelt partene.

Som nevnt ovenfor er fylkeskommunedirektøren positiv til en prekontraktuell håndheving, men av hensyn til innrettelsesbehovet for partene må denne ankefristen gjøres kortere. Det vil være svært økonomisk belastende for en offentlig oppdragsgiver å måtte vente 8 uker før en kontrakt kan inngås.

Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21, punkt 21.10.4.4. – håndheving under EØS-terskelverdi

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi.

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallet Dankertsen Hennyng i hennes standpunkt om at forenklede regler for håndheving også skal gjelde for alle kunngjøringspliktige bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-verdi. Dvs. bygg- og anleggsanskaffelser fra 3 millioner og opp til EØS-terskelverdi.

Fylkeskommunedirektøren støtter også mindretallet Dankertsen Hennyng i at det, for bygg- og anleggsanskaffelser fra 3 millioner og opp til EØS-terskelverdi, ikke skal medføre at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes slik utvalget har foreslått over EØS-terskelverdi. Flertallets forslag om suspensjon fremstår som for inngripende ved mindre anskaffelser, hvor kontraktsarbeid kan ta kun uker eller måneder. Særlig kritisk vil dette være for arbeidsprosesser som er årstids- eller skoleferieavhengige, hvor en slik suspensjon kan medføre at prosjekter må utsettes et helt år.

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallet i at brudd på kunngjøringsplikten kan sanksjoneres ved å ilegge et overtredelsesgebyr.

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallets forslag om at reglene om avkortning av kontrakt og sanksjonen «uten virkning» ikke innføres, da disse ville være særlig byrdefulle i en bygge- og anleggsanskaffelse og føre til store merkostnader for oppdragsgiver.

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalgets forslag om at det for anskaffelser under EØS-terskelverdi, bør innføres en frist for å bringe klager inn til prøving i KOFA.

Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21, punkt 21.12. Subsidiært: En revidert domstolmodell - unntak fra forbudet i anskaffelsesloven § 9 mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallet i at dagens anskaffelseslov § 9 første ledd annet punktum må videreføres i ny lov. Det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse før kontrakt kjennes uten virkning eller kontrakten avkortes. I motsatt fall spilles oppdragsgiver sjakk matt og blir pådratt potensielt store unødvendige kostnader, selv om det i ettertid skulle vise seg at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

Dette må også ses opp mot flertallets forslag om å avskjære oppdragsgiver fra et etterfølgende erstatningssøksmål. Dersom leverandør skal kunne begjære midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått, og uten at det foreligger endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, vil dette kunne ha helt andre kostnadskonsekvenser for oppdragsgiver enn etter dagens regel om midlertidig forføyning som gjelder før inngåelse av kontrakt.

Del VII Håndhevingssystemet, kapittel 21.13 om åpenhet om kontrakter og utbetalinger

Dersom man skal kreve åpenhet om faktiske kjøp og kontrakter er det en forutsetning at det finnes digitale systemer og analyseverktøy som enkelt kan ta ut slike rapporter. Dette finnes ikke i dag. Ved analyse av kjøp på leverandørnivå er det, oss bekjent, ingen systemer som klarer å skille mellom hvilke avtaler kjøpet knytter seg til. Om dette skyldes manglende info i faktura, manglende funksjoner i et analysesystem etc., så er konsekvensene like fult at dette vil skape en enorm saksbehandlingsjobb for en kommune og fylkeskommune.

Fylkeskommunedirektøren bekjent er det ingen systemer i dagens marked som enkelt kan gi oppdragsgiver en god oversikt over kjøp på kontraktsnivå.

Det kan medføre at tallene som legges ut fort vil gi et misvisende bilde av hvordan vi handler, vil også få leverandørene til å reagere på tallene som står der, med den konsekvens at oppdragsgiver må bruke store ressurser for å forklare og forsvare tallene som er gitt ut.

Fylkeskommunedirektøren støtter derfor mindretallet i at de administrative byrdene og kostnadene forslaget medfører for oppdragsgiver må vurderes og utredes ytterligere dersom det er ønskelig å innføre en slik bestemmelse.

Del VIII Gjennomføring av håndhevingsdirektivene

Plikt til først å underrette eller klage til oppdragsgiver:

Det fremgår av forslag til ny bestemmelse § 26-3 *Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt* at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes ved klage på tildelingsbeslutning til klagenemda i karenperioden. Bestemmelsens 2.ledd pålegger en plikt til klager om orientering til oppdragsgiver om klagen senest dagen før karenstidens utløp.

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalget i å innføre en bestemmelse i ny lov om offentlige anskaffelser § 26-3 andre ledd om at klager skal orientere oppdragsgiver om at det vil bli inngitt en klage senest dagen før karenperioden utløper.

Fylkeskommunedirektøren foreslår imidlertid at det settes som forutsetning for automatisk suspensjon av adgang til å inngå kontrakt ved klage til KOFA, at orientering etter § 26-4 andre ledd faktisk er gjennomført. I motsatt fall bør ikke suspensjon inntreffe. Hvor orientering ikke har skjedd innen karenstidens utløp, har oppdragsgiver ikke blitt gitt mulighet til å stanse en kontraktssignering, og bør da heller ikke belastes med de kostnadene en slik suspensjon vil medføre.

Kapittel 28 Erstatning for negativ kontraktsinteresse, side 427

Erstatning for negativ kontraktsinteresse er regulert i § 28-1, hvor bestemmelsen angir vilkårene for erstatning for tilbudskostnader. I utredningen fremkommer det at a og b er alternativer.

Bokstav a gjennomfører håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i utredningen kapittel 34.3. Det er ikke et krav til at det foreligger et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket. Det er tilstrekkelig at det kan påvises et brudd. Det må påvises at bruddet har redusert en realistisk mulighet til å vinne kontrakten.

Bokstav b gjennomfører håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 34.2. Erstatning etter denne bestemmelsen krever at det påvises et kvalifisert brudd.

Det foreslås at alternativ a) tas ut av bestemmelsen og alternativ b) gjøres gjeldende.

Kapittel VIII Gjennomføring av håndhevingsdirektivene Kapittel 29.6.3. Midlertidig avgjørelse mot fortsatt kontraktoppfyllelse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallets forslag om å videreføre anskaffelsesloven § 9 første ledd andre punktum. Vi mener at det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse før kontraktsforholdet stanses.

Fylkeskommunedirektøren mener at det er viktig å beholde denne bestemmelsen slik den står i dagens regelverk da dette gir en nødvendig trygghet for oppdragsgiver og valgte leverandør, og setter et punkt for når man faktisk kan begynne å innrette seg etter kontrakten. Dersom denne fastsettelsen fjernes, vil dette gi mye usikkerhet for både oppdragsgivere og leverandører.

Dersom domstolene eller KOFA kommer frem til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, så vil oppdragsgiver og potensiell leverandør ha pådratt seg unødvendige store kostnader. En stans i kontraktsforholdet vil føre til at oppdragsgiver ikke mottar de varene og/eller tjenestene kontrakten omhandler, og som oppdragsgiver i like stor grad har behov for. Dette vil føre til praktiske utfordringer for oppdragsgiver, og vil mest sannsynlig være kostnadskrevende. En slik situasjon kan også tvinge oppdragsgiver til å måtte handle utenfor kontrakt, og det kan dermed føre til unødvendige ulovlige direkteanskaffelser.

Hensynet til leverandørene er ivarettatt ved at de har mulighet til å klage i karensperioden. Denne fristen er satt nettopp for at leverandørene skal ha effektiv mulighet for å klage over oppdragsgivers beslutning. Leverandørene har i denne perioden mulighet til å ta rettslige skritt etter å ha fått varsel om valget av leverandør, men før kontraktinngåelsen. Vi mener at dette er tilstrekkelig for å ivareta leverandørenes behov.

Stans i kontraktsforholdet er et svært inngripende tiltak for både oppdragsgiver og leverandør, og det bør være endelig avgjort om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse før dette tiltaket iverksettes.

Videre mener fylkeskommunedirektøren at behovet for å stanse en kontrakt i denne aktuelle fasen er mindre når man ser at KOFA uansett kan kjenne en kontrakt uten virkning for fremtidig oppfyllelse eller avkortning av kontraktens levetid. Særlig gjelder dette også nå da oppdragsgiver er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningssøksmål etter tvistemålslovens § 32-11, som da også forslås innført i bestemmelsen etter loven.

Kapittel VIII Gjennomføring av håndhevingsdirektivet, punkt 12.6.2. Overtredelsesgebyrets størrelse over EØS-terskelverdi

Fylkeskommunedirektøren støtter utvalgets medlem Dankertsen Hennings forslag om at Norge bør legge seg på dansk nivå når det gjelder overtredelsesgebyrets størrelse. Fylkeskommunedirektøren støtter vurderingen av at gebyret anses å ha hatt tilstrekkelig preventiv effekt i Danmark, og vi ser ingen grunn til å ha et høyere sanksjonsnivå i Norge. Når offentlige oppdragsgivere illegges økonomiske sanksjoner er det i utgangspunktet kun fellesskapets midler dette går utover, og sanksjonsnivået bør derfor ikke være høyere enn strengt nødvendig så lenge det er høyt nok til å virke avskrekkende.

Erstatning kapittel 34.7.6 (7) utmåling

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallets vurderinger knyttet til innstramming av dagens utmålingspraksis. Utmåling av erstatning bør legges på samme linje som de svenske og danske domstoler og utmålingen må reguleres i lovbestemmelsen.

Fylkeskommunedirektøren støtter videre mindretallet i deres vurderinger om at det er vesensforskjeller mellom de tilfellene hvor det foreligger brudd på en eksisterende kontrakt og ved forspilt mulighet til å inngå en kontrakt (tap av sjanse). Dette skyldes også at det er stor forskjell på hva leverandøren i det enkelte tilfelle legger ned av innsats for å begrense tapet. I en situasjon med brutt kontrakt har leverandøren innstilt sin virksomhet mot kontrakten. Derimot i en situasjon med en mulig kontrakt har ikke leverandøren i like stor grad innstilt sin virksomhet. Det vil være vanskelig for retten å anslå i hvilken grad en forbigått leverandør har hatt mulighet til å begrense tapet.

Videre er fylkeskommunedirektøren enig i mindretallet og ber departementet følge rådene om forenkling av utmålingen slik at man sikrer at utmålingen kommer ned til ønsket nivå. Departementet bør vurdere å lovregulere erstatningens størrelse og eventuelt sette et øvre prosentmessig og nominelt tak.

Erstatning – Kapittel 34.7.8 (9) erstatningsansvar under EØS terskelverdi

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallet om at departementet bør vurdere et skjerpet ansvarsgrunnlag for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det vil da kun være forsettlig eller grovt uaktsomme brudd på regelverket som kan lede til erstatningsansvar for fortjenestetap.

Videre støtter fylkeskommunedirektøren mindretallets forslag om at departementet må vurdere om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på avlysningsplikt bør avskjæres for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Erstatning- kapittel 37.2.5 oppsigelsesplikt som følge av ulovlig tildelingsbeslutning

Fylkeskommunedirektøren støtter mindretallets vurderinger og dissens rundt forslaget om å innføre en oppsigelsesplikt der en tildelingsbeslutning er kjent ulovlig ved endelig avgjørelse fra KOFA eller domstolene. Fylkeskommunedirektøren er enig i at forslaget innebærer en overimplementering og øker kompleksiteten i regelverket.

Hensynet til partenes behov for å innrette seg etter kontrakten må veie tungt. Det kan være akutte behov som gjør at offentlige oppdragsgiver inngår kontrakten før KOFA har kommet med sin avgjørelse. Det kan også være situasjoner hvor en offentlig oppdragsgiver inngår

kontrakt etter at KOFA har funnet tildelingen i tråd med anskaffelsesregelverket. I slike situasjoner må oppdragsgiver og leverandør kunne innrette seg i den tro at kontrakten består. Dette må gjelde selv om domstolen eller KOFA senere kommer til at tildelingen var ulovlig ved endelig avgjørelse.

En plikt til å si opp en allerede inngått kontrakt kan få store konsekvenser for en oppdragsgiver. En konsekvens av at det foreligger en inngått kontrakt i strid med anskaffelsesregelverket er jo at den forbigåtte leverandør vil kunne fremme erstatning for positiv kontraktsinteresse. I tillegg vil oppdragsgiver risikere erstatning for påløpte kostnader fra leverandøren som man har et kontraktsforhold til.

Flertallets argument om å gjennomåpne konkurransen vil heller ikke ha noe for seg da en offentlig oppdragsgiver uansett må starte helt på nytt med anskaffelsen. Dette skyldes at det ikke foreligger gjenværende bindende tilbud. En tilbyder kan ikke bli tvunget til å vedstå sine tilbud i lang tid med argumentasjon om at noe kan skje i fremtiden.

Videre vil en slik plikt kunne påføre en offentlig oppdragsgiver store økonomiske tap og forsinkelser. Oppdragsgiver vil bli tvunget ut i en 4 til 5 måneders forsinkelse samtidig som vanskelige vurderinger må gjøres da behovet for varen eller tjenesten fortsatt er høyst til stede. I slike tilfeller vil også oppdragsgiver fremstå som en usikker kontraktspart, noe som kan føre til økte priser ettersom denne usikkerheten vil måtte prises inn i leverandørens tilbud. Effekten av oppsigelsesplikten fremstår således som lite samfunnsøkonomisk og fremmer ikke effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Økonomiske og administrative konsekvenser

Det er ikke mulig, på nåværende tidspunkt, å anslå omfanget av økonomiske eller administrative konsekvenser av foreslått nytt regelverk.

En intensjon med revideringen av regelverket, er å forenkle, både for oppdragsgiver og leverandører. I innspillene fra fylkeskommunedirektøren er det søkt å påpeke forhold hvor vi mener det er en ubalanse mellom foreslåtte forenklinger og de økonomiske og administrative konsekvensene forslaget vil kunne medføre for fylkeskommunen.

Bærekraftkonsekvenser

Gjennom anskaffelser kan fylkeskommunene i stor grad påvirke bærekraftsvalg; sosiale, økonomiske og miljømessige. En viktig del av utvalgets mandat for utredning av nytt regelverk, har vært å se hen til at samfunnet hurtig må omstilles til et mer bærekraftig samfunn. I andre delutredning er det særlig kapittel om «Lokale og regionale leverandører» som er relevant ifht klima og miljø. Fylkeskommunedirektøren støtter anbefalingene fra utvalget. For at små og mellomstore bedrifter skal kunne få delta i anbudsprosesser støtter vi utvalget om at øremerking av kontrakter ikke er veien å gå. Behovet for å legge til rette for SMB'er kan dekkes med god dialog, gode tildelingskriterier på responstid/oppmøtetid og oppdeling av anskaffelsen. Dette ivaretas allerede av eksisterende regelverk.

Fylkeskommunedirektørens samlede vurderinger

Fylkeskommunedirektøren støtter i det vesentlige opp under lovutvalgets forslag i delutredning 2. Enkelte nyanseringer fremkommer av høringssvaret.

Fylkeskommunedirektøren ønsker å bemerke at departementets høringsfrist har vært utfordrende. Høringsfrister bør settes slik at det gis god nok tid til å utarbeide grundige høringssvar, samtidig som oppdragsgivere også gis en reell mulighet til å få saken politisk behandlet innen fristen.

Vedtaksmyndighet

Saken sluttbehandles av fylkesutvalget etter delegasjonsreglementet kap 4.2 Ansvars- og myndighetsområde.