



Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep.

0032 Oslo

Oslo, 31. august 2024

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

Forsvar folkeretten viser til høring *NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser, andre delutredning* fra Nærings- og fiskeridepartementet 16. mai 2024.

Med vårt høringssvar, ønsker vi å kommentere spesielt NOUs kapittel 9.6.4 «Alvorlige yrkesmessige forsømmelser»(artikkel 57 nr. 4 bokstav c), og behov for veiledning.

Ifølge utvalget er hovedmålet med loven å *gjøre regelverket enklere og lettere tilgjengelig, blant annet gjennom endringer i strukturen, materielle endringer og gjennomgang av reglene om samfunnshensyn*. I den sammenhengen skal anskaffelsesregelverket ivareta en rekke samfunnshensyn i tillegg til klima- og miljøhensyn. ***Dette gjelder blant annet grunnleggende menneskerettigheter, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold.***

1. Overordnet

Med et forbruk på over 740 milliarder kroner årlig, har offentlige virksomheter en betydelig kjøpermakt og mulighet til å påvirke leverandører og markeder i en bærekraftig retning.

Det er viktig å sikre at offentlige anskaffelser ikke bidrar til eller drar nytte av brudd på menneskerettighetene i leverandørkjeden. Ved å pålegge offentlige virksomheter en avvisningsplikt ved brudd på folkeretten kan disse ta et aktivt ansvar for å fremme menneskerettighetene gjennom sine innkjøpsprosesser. Statenes plikt til å sikre respekt for folkeretten er fulgt opp i de internasjonale retningslinjene fra UNGP og OECD om ansvarlig næringsliv hvor selskapers aktsomhetsvurderinger står sentralt i forhold til å avdekke og hindre selskapers negative innvirkning på menneskerettighetene. Vi vil ikke gå nærmere inn på forannevnte retningslinjer, men viser til disse som grunnlag for videre uttalelse.

2. Kapittel 9 Avvisningsgrunner, artikkel 57 og forslag om plikt til å avise leverandører - utkast § 16-5 (1) bokstav c.

I *kapittel 9 Avvisningsgrunner, artikkel 57* (s 169) har utvalget vurdert om artikkel 57 nr. 4 bokstav c bør gjennomføres som en avvisningsplikt i ny lov om offentlige anskaffelser, slik anskaffelsesdirektivet åpner for. Utvalget viser til at denne avvisningssituasjonen ble endret fra å være en rett til plikt i den danske Udbudsloven i 2023. Selv om utvalget er enig i at det offentlige ikke bør inngå kontrakt med en leverandør som ikke har tilstrekkelig integritet, har utvalget landet på å videreføre dette som en avvisningsrett slik det er i dag. Bestemmelsen kan omfatte mange ulike situasjoner, og oppdragsgiver er nærmest til å vurdere avvisning i det enkelte tilfellet. Utvalget påpeker samtidig at EU-domstolen i flere saker har uttalt at det skal legges til grunn en vid fortolkning av hvilke forsømmelser som kan anses som yrkesmessige.

Artikkel 57 nr. 4 bokstav c gir med dette også avvisningsrett overfor leverandører som kan knyttes til brudd på grunnleggende menneskerettigheter. Det samme må gjelde for leverandører som kan knyttes til brudd på internasjonal humanitærrett eller annen folkerett, for eksempel i konfliktområder. Når det gjelder bevisets styrke, er det fremholdt av Forenklingsutvalget og i juridisk teori at det trolig er tilstrekkelig at det foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det er alvorlig yrkesmessig forsømmelse. Utvalget slutter seg til dette.

Forsvar folkeretten er enig med Utvalget at det er tilstrekkelig at det foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det er alvorlig yrkesmessig forsømmelse.

Vi mener derimot at det er svært viktig at det offentlige har en *avvisningsplikt* til å inngå kontrakt med en leverandør som ikke har tilstrekkelig integritet og ikke bare en *avvisningsrett* slik det er i dag.

I alle fall må det etableres en slik plikt dersom det er sannsynlig at tilbudet/leveransen har et innhold som det vil være i strid med våre folkerettslige forpliktelser å akseptere.

Det norske standpunktet til aktiviteter på okkuperte områder er uttalt flere ganger av vekslende regjeringer; i dette tilfellet om Vestbredden i Palestina: *Den norske holdningen ligger fast og er forankret i en rekke resolusjoner fra FNs sikkerhetsråd og vurderinger fra Den internasjonale domstolen i Haag. For Norge innebærer dette en forpliktelse til ikke selv å iverksette støttende tiltak, og til å motvirke aktiviteter som støtter opp under de ulovlige bosettingene.*

I den anledning vises det til at Den internasjonale domstolen (ICJ) i sin rådgivende uttalelse, datert 19.07.2024, i saken “Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory including East Jerusalem” har uttalt følgende som angår tredjestaters forpliktelser:

278. Taking note of the resolutions of the Security Council and General Assembly, the Court is of the view that Member States are under an obligation not to recognize any changes in the physical character or demographic composition, institutional structure or status of the territory occupied by Israel on 5 June 1967, including East Jerusalem, except as agreed by the parties through negotiations and to distinguish in their dealings with Israel between the territory of the State of Israel and the Palestinian territory occupied since 1967. The Court considers that the duty of distinguishing dealings with Israel between its own territory and the Occupied Palestinian Territory encompasses, inter alia, the obligation to abstain from treaty relations with Israel in all cases in which it purports to act on behalf of the Occupied Palestinian Territory or a part thereof on matters concerning the Occupied Palestinian Territory or a part of its territory; to abstain from entering into economic or trade dealings with Israel concerning the Occupied Palestinian Territory or parts thereof which may entrench its unlawful presence in the territory; to abstain, in the establishment and maintenance of diplomatic missions in Israel, from any recognition of its illegal presence in the Occupied Palestinian Territory; and to take steps to prevent trade or investment relations that assist in the maintenance of the illegal situation created by Israel in the Occupied Palestinian Territory (see Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 55-56, paras. 122, 125-127). (*Vår understreking*)

Dette må betraktes som gjeldende folkerett når det gjelder økonomisk aktivitet som medfører samkvem med aktivitet på ulovlig okkuperte områder og må følges opp i lovgivingen med klare regler.

Forslag til departementet:

- Forsvar folkeretten støtter Utvalgets tolkning av EUs anskaffelsesdirektiv artikkel 57 nr. 4 bokstav c også kan gi en plikt til å avvise leverandører som kan knyttes til brudd på blant annet folkemordskonvensjonen, humanitærretten eller som bidrar til opprettholdelse av ulovlig okkupasjon.
- Forsvar folkeretten anbefaler at EUs anskaffelsesdirektiv artikkel 57 nr. 4 innføres som en avvisningsplikt i den norske anskaffelsesloven.

3. Identifikasjon med leverandører

Anskaffelsesdirektivet åpner i punkt 9.3.2 for en betydelig grad av fleksibilitet når det gjelder å vedta nasjonale regler om identifikasjon mellom leverandører og andre juridiske personer ved avvisning av leverandører. Utvalget foreslår en egen bestemmelse om identifikasjon av juridiske personer i § 16-6 (3) hvor man særlig skal legge vekt på *graden av tilknytning mellom virksomhetene*.

Imidlertid hensyntar ikke utvalgets forslag UNGP og OECDs retningslinjer om næringslivets ansvar om å unngå å bidra til og aktivt hindre brudd på grunnleggende menneskerettigheter i selskapets regi, gjennom sine samarbeidspartnere og eventuelt deres underleverandører. Næringslivet har etter åpenhetsloven en plikt til å aktivt iverksette tiltak for å unngå, hindre og begrense brudd på menneskerettigheter.

Forsvar Folkeretten mener derfor at der en tilbyder gjennom identifikasjon med sine eiere, selskapsstruktur, leverandørkjeder og forretningsforbindelser er knyttet til særlig folkerettsbrudd i væpnet konflikt må de kunne avvises selv om det f.eks er søsterselskapet til tilbyderselskapet som bidrar til menneskerettighetsbruddet.

Departementet bør utarbeide nærmere retningslinjer for hvordan virksomheter skal kunne ivareta sine forpliktelser ved å forebygge og forhindre folkerettsbrudd der det er en sannsynlighet for at dette kan være tilfelle. Dette bør også presiseres i § 16-6 (3) med en avvisningsplikt etter avvisningsbestemmelsene i §§16-3 til 15-5.

Forslag til departementet:

- Det presiseres i § 16-6 (3) at en helhetsvurdering som hensyntar bruddets karakter og alvorlighetsgrad også skal tillegges vekt i vurderingen om det foreligger en avvisningsplikt eller avvisningsmulighet etter bestemmelsene i §§ 16-3 til 16-5.
- Det pålegges offentlige instanser og oppdragsgivere at de i vurderingen av sin avvisningsplikt på bakgrunn av brudd på humanitærrett og andre folkerettsbrudd i væpnet konflikt om tilbydere har gjort dokumenterte skjerpede aktsomhetsvurderinger etter § 16-5 (1) (c) og i tråd med OECD og UNGPs retningslinjer for ansvarlig næringsliv i konfliktområder.

4. Behov for veiledning

Vi legger merke til at utvalget viser til at regjeringen fraråder norske selskaper å drive handel og næringsvirksomhet som bidrar til å opprettholde de folkerettsstridige israelske bosettingene (Boks 9.5, side 168). Utvalget peker videre på at utenriksministeren ber norsk næringsliv være oppmerksomme på *at selskaper, gjennom økonomiske eller finansiell aktivitet i de folkerettsstridige israelske bosettingene, risikerer at de bidrar til brudd på internasjonal humanitærrett eller menneskerettighetene*. Det heter videre: *Etter utvalgets syn må det samme gjelde for offentlige oppdragsgivere, dersom de gjennom sine leverandører har tilknytninger til de samme områdene. Samtidig kan ikke utvalget se at det er kommet veiledning om dette rettet mot offentlige oppdragsgivere. Etter utvalgets syn kunne det være behov for avklaringer fra myndighetene om hvordan offentlige oppdragsgivere skal forholde seg til pågående konflikter.*

Det er viktig å sikre at offentlige anskaffelser ikke bidrar til eller drar nytte av brudd på menneskerettighetene i leverandørkjeden. Ved å implementere rutinene kan offentlige virksomheter ta et aktivt ansvar for å fremme menneskerettighetene gjennom sine innkjøpsprosesser.

Offentlige virksomheter har et ansvar for å bruke fellesskapets midler på en god og ansvarlig måte, og bør være bevisst på at de må undersøke at varene de kjøper har vært ansvarlig produsert. Det er et lovkrav å ha rutiner for å fremme grunnleggende menneskerettigheter ved anskaffelser av produkter der det foreligger en høy risiko for brudd på slik risiko.

Dagens anskaffelsesregelverk åpner både for å kunne avvise og si opp kontrakter med leverandørene som er involvert i folkerettsbrudd i konfliktområder. Likevel viser all erfaring at det er lite bevissthet hos offentlige innkjøpere om hvordan dette kan gjøres og hvilket ansvar innkjøper har for å sette seg inn i folkeretten og dens anvendelse på de faktiske forhold i et bestemt konfliktområde. Oppdragsgivere etter Offentlighetsloven har også en stor grad av frihet til å beslutte innholdet og omfanget av sine egne rutiner. Dette innebærer at oppdragsgiver for bredt rom for skjønn i de anskaffelsene som gjennomføres og herunder når og hvordan brudd på menneskerettighetene og humanitærretten skal ivaretas i disse prosessene. Videre ivaretar heller ikke bestemmelsene hvilke sanksjoner en oppdragsgiver kan bli ilagt ved brudd på bestemmelsene.

Forslag til departementet:

Den nye loven om offentlige anskaffelser bør understreke at offentligere innkjøpere har et ansvar for sikre at deres anskaffelser ikke bidrar til brudd på folkeretten i konfliktområder og at man gir bedre veiledning for å unngå at det inngås kontrakter med leverandører som bidrar til brudd på internasjonal humanitærrett eller annen folkerett i væpnet konflikt.

Med vennlig hilsen
Forsvar Folkeretten

Kjell M. Brygfeldt
Styreleder i Forsvar folkeretten