



FORSVARET

Forsvarets logistikkorganisasjon

1 av 5

Vår saksbehandler

Jeanette Ljøen Vassbakk, jvassbakk@mil.no
+47 93 87 52 77
FLO/SA/M&J

Vår dato

2024-08-12

Vår referanse

2023/044327-005/FORSVARET/ 720

Tidligere dato**Tidligere referanse****Til**

Forsvarsdepartementet

Kopi til

Høringsinnspill fra FLO til NOU 2024:9

1 Bakgrunn

Det vises til Forsvarsdepartementets forespørsel om innspill til NOU 2024: 9. Opprinnelig svarfrist var satt til 10. august, men er etter avtale med FST utsatt til 12. august. Innspillene sendes direkte til FD, etter avtale med FST.

I likhet med i forrige delutredning støtter FLO utvalgets forslag til forenklinger og forbedringer i anskaffelsesregelverket. I denne delutredningen gjelder dette særlig bestemmelsene om avvising. Drøftingene om mulighetene for ivaretagelse av lokale leverandører samt forsvars- og sikkerhetshensyn fremstår også av stor nytteverdi. Samlet fremstår endringene å medføre behov for en tilpasningsperiode, men fremstår som en forbedring på sikt.

FLO har imidlertid innspill til enkelte av endringsforslagene, inntatt under.

2 Drøfting

2.1 Suspensjon, "uten virkning", avkortning av kontrakt og oppsigelsesplikt

En dreining av håndhevingssystemet mot prekontraktuell fase fremstår i utgangspunktet som hensiktsmessig, både for oppdragsgiver og leverandør. Etter FLOs vurdering tar utkastet imidlertid ikke tilstrekkelig hensyn til at mange offentlige anskaffelser gjelder tidssensitive kritiske behov. Noen offentlige anskaffelser gjelder nye prosjekter som kan utsettes, men mange gjelder tidskritiske leveranser som det offentlige er avhengig av for å sikre daglig drift og oppfyllelse av sitt samfunnsoppdrag. Eksempler: renhold, matvarer, transporttjenester, etc. Forsvarssektoren har en rekke anskaffelser som er viktige for beredskapen, som vi ikke skal gå inn på her, men er langt fra de eneste offentlige oppdragsgiverne med kritiske behov som dekkes gjennom leveranser fra det private.

Oppdragsgiver skal gjennomføre anskaffelser etter en forsvarlig tidsplan som tar høyde for evt. innsynskrav og klager, men dette er ikke alltid mulig eller tilstrekkelig. KOFA-sak 2023/517 er et illustrerende eksempel. I den saken valgte KOFA å ikke ilegge overtredelsesgebyr, til tross for at det var

Postadresse

Postboks 800 Postmottak
2617 Lillehammer

Besøksadresse**Sivil telefon/telefaks**

/

Militær telefon/telefaks

99/0500 3699

Epost/ Internett

postmottak@mil.no
www.forsvaret.no

Vedlegg**Organisasjonsnummer**

NO 986 105 174 MVA

klart at oppdragsgiver hadde gjennomført ulovlige dekningskjøp, fordi behovet var kritisk og fordi de forholdene som hadde medført manglende rammeavtaledekning ikke innebar «et markert avvik fra forsvarlig innkjøpspraksis». Tidsplanen var etter KOFAs vurdering forsvarlig, men det var i den saken likevel ikke tilstrekkelig til å sikre lovlig behovsdekning. Håndhevelsesreglene bør fremdeles utformes slik at de gir rom for å ta hensyn til behovets kritikalitet og oppdragsgivers intensjoner, ved ileggelse av sanksjoner. Det fremstår ikke å være adgang til dette i flertallets forslag, ref. "skal " i ny §§ 27-1, 27-2 og 27-3.

Videre vil midlertidig suspensjon, eller avbrudd i en påbegynt leveranse gjennom «uten virkning», avkortning eller oppsigelsesplikt, også sette oppdragsgiver i en vanskelig situasjon. FLO viser til Dankertsen Hennyngs uttalelser om at det av prosessøkonomiske årsaker vil være enklere å kun illegge overtredelsesgebyr i bygge- og anleggsanskaffelser, siden kontrakten i slike tilfeller ofte vil ende opp med å bli tildelt samme leverandør til å fullføre oppdraget, samt at "uten virkning" og avkortning av kontrakt ikke er inntatt i Danmark og Finland (s. 260). FLO støtter disse uttalelsene, og påpeker at de samme hensynene også kan gjøre seg gjeldende i mange vare- og tjenestekontrakter. Ved midlertidig stans av kontrakt vil det også oppstå spørsmål om hvordan behovet skal dekkes i mellomtiden, samt spørsmål om oppdragsgivers adgang til å kjøpe utenfor kontrakt, som eksemplifisert over gjennom KOFA-sak 2023/517 og som Dankertsen Hennying også påpeker (s. 262 og 307).

FLO viser i denne sammenheng også til Dankertsen Hennying og Breilands uttalelser om oppsigelsesadgangen (s. 371). En avbrutt leveranse vil som flertallet påpeker bidra til å gjenopprette konkurransen om kontrakter tildelt i strid med anskaffelsesregelverket. Dette er i utgangspunktet ønskelig, men bør ikke implementeres for enhver pris. Det er mulig de kontraktsrettslige utfordringene kan løses gjennom å kontraktsregulere en oppsigelsesadgang, slik flertallet påpeker, men dette bør i så fall utredes nærmere før en eventuell implementering slik Dankertsen Hennying og Breiland anfører. Forslaget har også andre svakheter. Det er strengere enn direktivet krever og øker kompleksiteten i regelverket. Mindretallet gir en god beskrivelse av hvordan det kan virke prosessdrivende, fremstår lite samfunnsøkonomisk og ikke fremmer effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det kan også bidra til mindre åpne spesifikasjoner og mindre fleksible løsninger for bl.a. ivaretagelse av lokale leverandører, bærekraft og beredskap. Det fremstår sannsynlig at det vil føre til mindre innovative og risikovillige oppdragsgivere, både til oppdragsgivers og leverandørers ugunst, i en tidsperiode hvor vi bør tilstrebe det motsatte. Videre fremstår forslaget etter FLOs vurdering å ikke tilstrekkelig hensynta de potensielt negative konsekvensene en avbrutt leveranse vil kunne få for oppdragsgivers behovsdekning. I mange avtaler vil den første perioden etter signering være den mest tidskritiske, eksempelvis ved implementering og oppstart av ny rammeavtale, hvor det er behov for forutsigbarhet og handlekraft. Dersom oppsigelsesplikten tross alt dette likevel implementeres, støtter FLO flertallets uttalelser om at det er viktig terskelen for unntak fra oppsigelsesplikten ikke settes for høyt, se til sammenlikning innspillene om heving av terskel for positiv kontraktsinteresse.

FLO støtter Dankertsen Hennyngs uttalelser om at dagens LOA § 9 (1) andre punktum må videreføres i ny lov (s. 307).

Når det gjelder suspensjon, har utvalget inntatt en sikkerhetsventil ved at KOFA kan vedta å avbryte suspensjonen. Dette skal ifølge ny § 26-3 (4) skje innen 30 kalenderdager. For tidskritiske leveranser er denne forsinkelsen ikke ubetydelig, og suspensjonen vil fremdeles gjelde om fristen oversittes. Forsinkelsen inntreffer også selv om klagen er grunnløs. Denne unntaksregelen vil medføre økt saksbehandling for KOFA, særlig dersom søknad om unntak i praksis blir hovedregelen. Vilklårene for

unntak er ikke strenge, ref. "dersom den finner grunn til det".

Samlet fremstår ikke saken tilstrekkelig utredet til at det fremstår forsvarlig å innføre de endringene som utvalget foreslår.

FLO støtter utvalgets subsidiære forslag om at det i stedet bør utredes endringer i tvistelovens regler om midlertidig forføyning. Det kunne alternativt vurderes å regulere vilkår for hvorvidt suspensjonen inntreffer, slik at suspensjonen i mindre grad rammer kritiske leveranser og i mindre grad medfører merarbeid for KOFA. Dette vil imidlertid kreve mer utredning.

Dersom endringene i håndhevingsreglene likevel iverksettes, bør det ikke gjøres uten at det samtidig iverksettes tiltak for å sikre tilstrekkelig kapasitet og effektivitet i KOFAs saksbehandling.

Uavhengig av ovenstående, støtter FLO utvalgsmedlem Gjønnes og Dankertsen Hennyng i at ulovlige direkteanskaffelser under EØS-terskelverdi kun bør sanksjoneres med overtredelsesgebyr. Disse anskaffelsene gjennomføres raskere etter enklere regler og kontraktene er av mindre omfang og varighet. Oppdragsgiver kan samtykke til frivillig KOFA-behandling.

2.2 Klagefrist

FLO støtter forslaget om ny klagefrist på én måned. Dette vil skape økt forutsigbarhet for oppdragsgiver. FLO er imidlertid skeptisk til hvor stor reduksjon det vil medføre i sakstilfanget til KOFA, da man kan forvente at leverandørene vil tilpasse seg.

2.3 Sakskostnader

FLO støtter utvalgsmedlemmene Dankertsen Hennyng og Breiland i at også oppdragsgiver bør kunne tilkjennes et høyere beløp i større saker, og i at dette kan bidra til at leverandørene ikke vidløftiggjør sakene og med dette pådrar det offentlige unødige sakskostnader. FLO viser til at terskelen for dette da vil være at klagen er fremsatt "uten aktverdig formål" og at det foreligger "særlige tilfeller". Dette fremstår forholdsmessig og hensiktsmessig.

2.4 Erstatningsreglene

FLO støtter en avskjæring av muligheten til å kreve erstatning for tapt fortjeneste som følge av feil som kunne og burde vært anført før kontrakten ble inngått. FLO støtter Dankertsen Hennyng og Breiland i at det uansett om det foretas endringer i håndhevingssystemet for øvrig, er grunn til å stramme inn på utmålingspraksis. Endring i reglene om positiv kontraktsinteresse fremstår som en forholdsmessig og rimelig endring, og kan gjøres uten å endre øvrige håndhevelsesregler.

FLO støtter Gjønnes, Karlstrøm og Tveit, og delvis også Breiland og Dankertsen, i at det fremstår hensiktsmessig å utrede nærmere om det vil være anledning innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet å innføre en form for standardisering av erstatningsbeløpet ved brudd på regelverket, og av hvor dette nivået bør ligge (s. 347).

FLO støtter Dankertsen Hennyng og Breiland i at departementet bør vurdere om det for anskaffelser under EØS-terskelverdi bør innføres et skjerpet ansvarsgrunnlag, slik at det bare er forsettlig eller grovt aktsomme brudd på regelverket som kan lede til erstatningsansvar for fortjenestetap. Det vises til den enklere utformingen av reglene under EØS-terskel, samt KOFA-sak 2023/517 (omtalt over) som eksempel på at en praksis som ikke innebar markert avvik fra forsvarlig innkjøpspraksis likevel kan

innebære brudd på regelverket. Et skjerpet ansvarsgrunnlag vil bidra til å senke terskelen for oppdragsgiver til å ta sjansen på å bruke mer åpne spesifikasjoner og legge til rette for alternative løsninger og innovasjon, noe også leverandørene også vil være tjent med.

2.5 Overtredelsesgebyr

Formålet bak overtredelsesgebyret må være førende for fastsettelsen av størrelsen på gebyret. Gebyret bør ikke settes høyere enn det som er nødvendig for å oppnå ønsket preventiv effekt. FLO støtter derfor Dankertsen Hennyns uttalelser om at maksimalt gebyr for ulovlige direkteanskaffelser ikke bør settes høyere enn 5 % av kontraktens verdi, oppad begrenset til 15 MNOK og nedad begrenset til 40 000 NOK, basert på hans sammenlikning med Danmark hvor dette anses å ha tilstrekkelig preventiv effekt.

2.6 Øvrige innspill og kommentarer

- FLO ser frem til resultatet av arbeidet som gjøres ifm. opprettelse av aksjeregister og register over reelle rettighetshavere.
 - FLO støtter utvalget i uttalelsene om ivaretagelse av lokale leverandører.
 - FLO støtter utvalget i uttalelsene om åpenhet om skatt.
 - FLO støtter at sikkerhet- og beredskap inntas som del av formålet og som et eget samfunnshensyn.
 - FLO støtter utvalget i at veilederen om sikkerhet i anskaffelser bør oppdateres, at den bør hensynta både sikkerhets- og beredskapsperspektivet, og at den også bør gi en oversikt over eventuelle kategorier av anskaffelser hvor det er særlig aktuelt å hensynta sikkerhet og beredskap. FLO støtter Breiland i at det er viktig at slike veiledere rutinemessig oppdateres, og at de med fordel bør inneholde konkrete tiltak oppdragsgiver kan ta i bruk.
 - Veilederen til ny lov bør adressere den praktiske betydningen av ny § 1-5 (1) bokstav b.
 - Veilederen bør adressere hvordan regelen om beregning av anskaffelsens verdi for regelmessige liknende kontrakter skal anvendes i tilfeller hvor behovet i en 12-månedersperiode er dekt delvis gjennom avrop på rammeavtale og delvis gjennom enkeltanskaffelser utenfor rammeavtale, og hvor kontraktsvilkårene i enkeltanskaffelsene og avropene i essensen er de samme. Eksempelvis ved lekkasje fra rammeavtale, overforbruk av rammeavtale og enkeltanskaffelser i en periode mellom to rammeavtaler.
 - FLO støtter utvalgets betraktninger om at det er behov for avklaringer fra myndighetene om hvordan oppdragsgiver skal forholde seg til pågående konflikter, ref. gjennomføringen av art. 57 nr. 4 i ny § 16-5 (1) bokstav c om alvorlige yrkesmessige forsømmelser. Siden dette gjelder likt for alle offentlige oppdragsgivere og det er hensiktsmessig med lik praksis, bør slik veiledning inkludere en vurdering av hvorvidt vilkårene for avvísning er oppfylt og om avvísningsmuligheten bør benyttes.
 - FLO støtter videreføring av FOA § 24-2 (3) bokstav i som en rett, da bestemmelsen kan omfatte mange situasjoner og oppdragsgiver bør selv kunne vurdere dette opp mot kritikaliteten av behovet.
 - Dersom nytt kapittel 27 innføres, bør § 27-4 justeres til å bedre samsvare med at kontrakt ikke
-

kjennes uten virkning tilbake i tid, jf. ny 27-1.

- Veilederen bør adressere i hvilke tilfeller ny § 27-4 (1) bokstav d kan bli aktuell.
- FLO foreslår det tas en kontroll av om det i enkelte tilfeller vil være mer i tråd med hensikten bak bestemmelsen om «kunngjøringspliktig anskaffelse» erstattes med «anskaffelse over EØS-terskel».
- Enkelte bestemmelser har behov for språklige justeringer/korrigeringer (forutsatt at de innføres uten større endringer), eksempelvis ny §§ 10-6 (2), 24-4 (1) bokstav c og 2-5 (3), 2-6 (4).

3 Konklusjon

FLO takker for muligheten til å bidra og oversender med dette sine innspill.

Jan Ronny Raae
Avdelingsdirektør (fung.)
FLO Stab Juridisk

Dokumentet er elektronisk godkjent, og har derfor ikke håndskreven signatur.
