

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo
postmottak@nfd.dep.no

Deres **referanse:**
NOU 2024:9

Vår referanse
2023/16869-5

Hamar, 26. august 2024

Høringssvar NOU 2024:9 – Ny lov om offentlige anskaffelser

Vi viser til høringen til Nærings- og fiskeridepartementet publisert den 16. mai 2024, med høringsfrist 31. august 2024.

Dette høringssvaret gis av Innlandet fylkeskommune etter politisk behandling i fylkesutvalget den 03.09.2024.

I etterkant av høringsuttalelse gitt av Innlandet fylkeskommunes administrasjon er vi gjort kjent med innholdet i høringsuttalelse gitt av KS Advokatene. Innlandet fylkeskommune stiller seg bak KS Advokatenes høringsuttalelse, utenom der betraktningene i det etterkommende skiller seg fra KS Advokatene.

Denne høringsuttalelsen er skrevet ut fra Innlandet fylkeskommunes ønske om å bidra til gode lovgivningsprosesser, og gode lover og forskrifter. Innlandet fylkeskommune har i dette høringssvaret forsøkt å legge vekt på de praktiske utslagene lovforslaget kan gi for vår virksomhet.

I denne høringsuttalelsen har Innlandet fylkeskommune lagt vekt på anskaffelsesloven og ikke omtalt ny lov om konsesjonskontrakter eller lov om anskaffelser i forsyningssektorene. Der det er tilsvarende bestemmelser i ny lov om konsesjonskontrakter og ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene, gjelder tilbakemeldingene tilsvarende.

Sikkerhet og beredskap

Vi stiller oss positive til at det i lovens formål inntas at denne skal bidra til å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn. Vi er enige med utvalget i at dette er opplysende for oppdragsgivere. Det er også positivt at det ettertrykkelig presiseres i loven at krav og kriterier for å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn kan benyttes i offentlige anskaffelser, uavhengig av hvilken del av regelverket anskaffelsen gjennomføres i henhold til. Som

Innlandet fylkeskommune

Postadresse: **Postboks 4404 Bedriftssenteret, 2325 Hamar**

Besøksadresse: **Parkgata 64, 2317 Hamar** • Org.nummer: **920 717 152**

innlandetfylke.no • E-post: **post@innlandetfylke.no** • Telefon: **62 00 08 80**

utvalget har poengtert gir ikke bestemmelsen et større mulighetsrom enn hva som allerede eksisterer i dagens regelverk, men vil være opplysende for oppdragsgivere og leverandører.

Når disse reglene innføres er det likevel viktig, som utvalget påpeker, at det lages gode veiledninger for hvordan oppdragsgivere kan ivareta sikkerhet og beredskapshensyn i anskaffelser. Veiledning bør være supplert med risikoområder og forutgående tiltak for å identifisere risikoer og nødvendige tiltak. For Innlandet fylkeskommune er slike veiledere spesielt viktig når det kommer til beredskap og sikkerhet i helsetjenester, sikkerhet i IKT-anskaffelser, sikkerhet innen skolesektoren og beredskap i samferdselsanskaffelser. Å danne rutiner, krav og kriterier til sikkerhet og beredskap i slike anskaffelser er svært tidkrevende for oppdragsgivere og en risikerer dermed at mangel på veileder resulterer i at oppdragsgivere ikke stiller egnede krav og kriterier eller stiller uforholdsmessige krav og kriterier. Veiledere kan også bidra til at ulike oppdragsgivere stiller like eller lignende krav og kriterier, slik at det blir forutsigbart for leverandørmarkedet og enklere å besvare anbud.

Slik vi leser utvalgets vurderinger knytter sikkerhet og beredskap seg utelukkende til nasjonal sikkerhet og infrastruktur, og i liten grad knyttet til beskyttelse av oppdragsgivers virksomhet og informasjon. Truslene i det moderne samfunn knytter seg i stor grad til digital sikkerhet og er vesentlig for at oppdragsgivere skal kunne levere sine tjenester. Innlandet fylkeskommune foreslår på denne bakgrunn at ordlyden utvides til også å inkludere informasjonssikkerhet.

Lokale og regionale leverandører

Vi stiller oss bak utvalgets vurdering om at mulighet for å øremerke kontrakter til lokale leverandører kan slå uheldig ut for konkurransesituasjonen og ikke er nødvendig for å sikre de lokale leverandørene. For at de lokale leverandørene skal ha mulighet for å vokse og være solide leverandører lokalt, er det behov for at disse også kan konkurrere om kontrakter utenfor sitt umiddelbare nærrområde. Det vil derfor være svært uheldig om kontraktene utenfor nærområdet er øremerket andre leverandører, slik at den lokale leverandøren ikke har ytterligere vekstmuligheter. Slik øremerking kan også føre til lavere kvalitet og høyere priser på varene og tjenestene som leveres. Erfaringsmessig er dette tilfellet i kontrakter der det har vært lite konkurranse og konkurransen har vært mellom et fåtall lokale leverandører. I disse tilfellene har vi observert at kvaliteten og prisen hos de lokale leverandørene har blitt bedre når store nasjonale leverandører har fattet interesse for kontraktene. Vi er enige med utvalget i at de forenklede reglene under EØS-terskelverdi gir tilstrekkelige virkemidler for å legge til rette for lokale og regionale leverandører. Vi er også av den oppfatning at dagens regelverk, både over og under EØS-terskelverdi, gir et mulighetsrom for å tilrettelegge for lokale og regionale leverandører.

Vi vil bemerke at lokale leverandører ofte har et konkurransefortrinn som følge av sin lokasjon, som igjen medfører at konkurranseprinsippene i seg selv kan være til lokale

leverandørers fordel. Dette kan være på grunn av deres kjennskap til de lokale forhold, kortere reiseavstand og responstid mv. Vi er av den oppfatning av at lokale leverandører er i fokus for offentlige oppdragsgivere, og at det i stor grad legges til rette for disse i anskaffelser. Et eksempel på dette fra Innlandet fylkeskommune er driftskontraktene på samferdsel som er innrettet på en slik måte at kontraktene ofte går til regionale leverandører.

Åpenhet om eierskap og skatt

Vi stiller oss bak utvalgets vurdering av at offentlige anskaffelser ikke er et egnet virkemiddel for å håndheve internasjonale skatteregler og at det ikke er åpning for dette i anskaffelsesdirektivet.

Avvisning

Straffbare forhold

Vi stiller oss bak utvalgets vurderinger knyttet til avvisning av leverandører på bakgrunn av straffbare forhold og anser dette som en ren gjennomføring av anskaffelsesdirektivet. Innlandet fylkeskommune er positive til at lovforslaget opprettholder at vedtatt forelegg likestilles med rettskraftig dom. Ut fra vår vurdering er en slik likestilling nødvendig for at bestemmelsen skal kunne oppnå sitt formål om å bekjempe kriminalitet.

Skattemessige forpliktelser

Innlandet fylkeskommune er positive til at lovforslaget inneholder bestemmelser om avvisning av tilbydere som ikke oppfyller sine skattemessige forpliktelser. Det er likevel uheldig at avvisningsmuligheten utgår ved en inngått bindende betalingsavtale slik det er angitt i lovforslagets § 16-2 tredje ledd iht. anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2.

Erfaringsmessig er det enkelte leverandører som er gjengangere blant de som ikke oppfyller sine skattemessige forpliktelser, og derfor inngår betalingsavtaler med skatteetaten når det oppstår konkurranser som nødvendiggjør dette. Det burde være mulig å avvise disse leverandørene selv om de rett før tilbudsfrist inngår en betalingsavtale. I en ideell verden ville §16-2 (3) vært omformulert som følger «Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter denne bestemmelsen dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter. Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når det er inngått en bindende betalingsavtale». Dette åpner for et innkjøpsfaglig skjønn som kan utøves der gjengangere inngår betalingsavtaler, men ikke oppfyller sine skattemessige forpliktelser. Det som typisk skjer med denne typen leverandører er at de betaler iht. betalingsavtalen, men nye påløpte skatter og avgifter innbetales ikke før det inngås en ny betalingsavtale i forkant av en ny tilbudsfrist. Slike forhold fanges ofte ikke opp av øvrige forhold i anskaffelser, men utgjør en vesentlig risiko for oppdragsgiver da denne typen bedrifter er svært risikoutsatt med tanke

på konkurs. Det gir også et urettmessig konkurransefortrinn ovenfor leverandører som rettidig betaler sine skatter og avgifter. Innlandet fylkeskommune har forståelse for at denne regelen ikke kan endres i norsk lov før en eventuell direktivendring har funnet sted.

Unntak fra avvisningsplikten

Innlandet fylkeskommune er positive til at unntak fra avvisningsplikt angis i relasjon til den bestemmelsen den gir unntak fra. Dette gjør regelverket mer lettleselig og brukervennlig. Ut over dette kan vi ikke se at det er gjort materielle endringer i unntak fra avvisningsplikt og vi er av den oppfatning av at disse reglene fungerer med dagens praksis.

Frivillige avvisningsgrunner

Innlandet fylkeskommune er av den oppfatning av at det ikke er gjort materielle endringer i de frivillige avvisningsgrunnene i lovforslagets § 16-5 i forhold til anskaffelsesforskriftens § 24-2 tredje ledd. Innlandet fylkeskommune er positive til at tidsbegrensningen for avvisning etter § 16-5 a til e er inntatt i § 16-5 andre ledd. Dette gjør regelverket mer oversiktlig, lettleselig og enklere å benytte sammenlignet med dagens forskrift der denne tidsbegrensningen er inntatt i anskaffelsesforskriftens § 24-6 andre ledd.

Avvisningsplikt for tilbud som inneholder avvik fra absolutte krav

Utvalget har drøftet og fått innspill fra referansegruppen om det skal innføres en regel om at avvik fra et absolutt krav alltid skal anses som et vesentlig avvik. En slik regel vil, som utvalget påpeker, medføre at oppdragsgivere i større grad må tenke seg om dersom de skal oppgi krav som absolutte. Samtidig er det vanskelig for oppdragsgiver å forutse hva som vil tilbys og hvilken type avvik som kan forekomme, som gjør at denne vurderingen vil vanskeligjøres. Dersom en oppdragsgiver ville forpliktes til å avvise ethvert avvik fra absolutte krav kan dette medføre uforholdsmessige avvisninger, særlig i tilfeller der det ikke gjennomføres forhandlinger. Det kan i mange tilfeller eksistere objektive avvik fra et absolutt krav, men der avviket likevel er uten betydning. Oppdragsgiver er nærmest å vurdere avvikenes påvirkning på den senere kontraktsgjennomføringen.

Vi stiller oss bak utvalgets vurdering om at det ikke bør innføres en regel om avvisning av tilbud som inneholder avvik fra absolutte krav.

Tidspunkt for oppfyllelse av krav

Utvalget har drøftet om når et krav i kravspesifikasjonen skal være oppfylt og kommet frem til at oppdragsgiver har et relativt fritt spillerom når det gjelder å angi når et krav skal være oppfylt. Utvalget er likevel delt i spørsmålet om på hvilket tidspunkt et krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt, ved manglende angivelse av dette i anskaffelsesdokumentene.

Utvalgsmedlemmene Arve, Fredriksen, Breiland, Karlstrøm, Greaker og Gjønnnes argumenterer for at det naturlige utgangspunktet er at kravet må være oppfylt på tilbudstidspunktet, med bakgrunn i at dette er tidspunktet oppdragsgiver skal evaluere tilbudene.

Utvalgsmedlemmene Tveit, Dankertsen Hennyng og Gresseth, mener på den andre siden at krav som et utgangspunkt først må være oppfylt ved kontraktsstart. Dette begrunnes i at dette er best i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket.

Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgsmedlemmene Tveit, Dankertsen Hennyng og Gresseth i dette spørsmålet. Krav til ytelsen er for oss som oppdragsgiver i de fleste tilfeller viktigst at oppfylles når tjenesten faktisk ytes. Det er heller ikke problematisk å vurdere denne senere oppfyllelsen i den praktiske gjennomføringen, da det fra leverandørens side må avgis bindende forpliktelser til at kravet oppfylles ved kontraktsoppstart. Dette er også et naturlig utgangspunkt når en ser hen til hensynet til små og mellomstore bedrifter. Et eksempel er dersom det stilles krav til bruk av elektriske kjøretøy ved kjøp av konsulenttjenester. En lokal leverandør kan ha vært ukjent med slike krav i tidligere konkurranser, men har anledning til å gå til anskaffelse av et slikt kjøretøy dersom hen skulle vinne kontrakten. Ved en kontraktsoppstart som er måneder etter tildeling, vil en slik leverandør ha mulighet til å skaffe til veie et elektrisk kjøretøy. Dermed kan oppdragsgiver bidra til å oppnå samfunnsmålene, utvikle små og mellomstore bedrifter, og ivareta de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket.

Alvorlige yrkesmessige forsømmelser

Innlandet fylkeskommune er enige i utvalgets vurdering av at avvisning på grunnlag av yrkesmessig integritet skal vedvare som en rett fremfor en plikt som angitt i lovforslagets §16-5 første ledd c. Vi er av den oppfatning av at en avvisningsplikt ville medføre en ikke-uvesentlig risiko for oppdragsgiver, da bevisbyrden for innslag av avvisningsretten er relativt høy. I et tilfelle med avvisningsplikt ville dermed oppdragsgiver enten løpt risikoen for at bevisbyrden ikke var oppfylt, eller at et tilbud ikke ble avvist iht. plikten.

Avtaler inngått for å vri konkurransen

Innlandet fylkeskommune er positive til at lovforslaget legger seg nærmere direktivets ordlyd når det gjelder avvisning på grunnlag av avtaler med hensikt å vri konkurransen i lovforslagets § 16-5 første ledd d.

Det har i flere tilfeller eksistert tekstlikheter mellom tilbud, geografiske inndelinger av hvor leverandører leverer tilbud som ikke kan forklares av forretningsmessige forhold, og lignende forhold som tyder på ulovlige tilbudssamarbeid. I disse tilfellene er det oftest ikke klare holdepunkter for at dette er gjort med hensikt å vri konkurransen. Med den nye ordlyden om tilstrekkelige holdepunkter oppfattes det mindre risikabelt å benytte seg av avvisningsbestemmelsen, slik at denne kan benyttes til å oppnå formålet om å forhindre tilbudssamarbeid.

Unntak fra avvisningsretten/begrunnelse for avvisning

Innlandet fylkeskommune kan ikke se at det er gjort materielle endringer i fremgangsmåten ved avvisning. Utvalget henviser i sin utredning til EU-domstolens avgjørelse i sak C-66/22 *Infraestruturas de Portugal SA*, som innebærer at oppdragsgiver må begrunne hvorfor en avvisningsrett ikke er benyttet i de tilfeller en leverandør er omfattet av en avvisningsgrunnene i direktivbestemmelsen. For at lovforslaget skal medføre en reell forenkling for leverandører og oppdragsgivere bør en slik bestemmelse inntas i lovteksten som et tillegg i § 14-9 eller § 16-13.

Utestengelsesperiode

Innlandet fylkeskommune er positive til lovforslagets oppbygning der utestengelsesperioden angis i sammenheng med den bestemmelsen den er tilknyttet.

Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner

Innlandet fylkeskommune har ingen innvendinger eller kommentarer til bestemmelsen om dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner, men vil bemerke at det i utredningen henvises til at direktivet gjennomføres i lovforslagets § 16-9, mens bestemmelsen er gjengitt i lovforslagets § 16-8.

Avvisning som følge av unormalt lave tilbud

Innlandet fylkeskommune har ingen innvendinger eller kommentarer til bestemmelsen om avvisning som følge av unormalt lave tilbud, men vil bemerke at det i utredningen henvises til at direktivet gjennomføres i lovforslagets § 16-11, mens bestemmelsen er gjengitt i lovforslagets § 16-10.

Avvisning på bakgrunn av forhold ved tilbudet

I lovforslagets § 16-12 bokstav c. er det angitt at «Oppdragsgiver kan avvise tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt på forhånd». I dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften § 24-8 andre ledd bokstav d. er det presisert hva som legges i «på forhånd». Innlandet fylkeskommune er av den oppfatning av at ordlyden i anskaffelsesforskriften er mer presis og enklere for oppdragsgivere og leverandører å tolke. Dersom lovforslaget ikke endres til dagens ordlyd, bes det om at bestemmelsen presiseres med «... som er fastsatt på forhånd av kunngjøringen».

Håndhevingssystemet

Utmålingspraksis

I kapittel 16 uttaler utvalgets flertall at dersom håndhevingsreglene videreføres slik de er i dag, er det ikke tilrådelig å stramme inn på forbigåtte leverandørers mulighet for å nå frem

med etterfølgende erstatningskrav. Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgets mindretall, *Dankertsen Hennyng og Breiland*, om at det uansett om det foretas endringer av håndhevingssystemet for øvrig, er grunn til å stramme inn på utmålingspraksis. Dette med bakgrunn i at gjeldende utmålingspraksis oppfattes uforholdsmessig med dagens håndhevingssystem. Slik praksisen er i dag, resulterer utmålingspraksis i manglende vilje til å utnytte mulighetsrommet i regelverket for anskaffelser, da dette anses som for risikabelt fra et økonomisk perspektiv. Dette medfører videre at samfunnets ressurser ikke blir effektivt utnyttet.

Saksomkostninger ved KOFA-klager

Innlandet fylkeskommune er positive til at lovforslaget viderefører hovedregelen fra klagenemndforskriften § 13 om at partene bærer sine egne omkostninger i anledning klagebehandlingen, med unntak dersom klagen er fremsatt uten aktverdig formål eller ved grove brudd hos oppdragsgiver. Det er også positivt at erstatningen som hovedregel begrenses til 100 000,- kroner. Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgets mindretall, *Dankertsen Hennyng og Breiland*, og mener at også oppdragsgiver bør kunne tilkjennes et høyere beløp i større saker. Dette kan bidra til at leverandører ikke prøver saker der de klart ikke kan vinne fram, og med dette pådrar det offentlige unødige saksomkostnader. Erfaringsmessig klages saker inn til KOFA uten at vi kan se at dette skjer med bakgrunn i et spørsmål som det er reelt behov for å få prøvd i KOFA. I kompliserte saker kan omkostningene for oppdragsgivere bli vesentlig høyere enn 100 000,- og dermed gjøre det attraktivt for leverandører å klage uten aktverdig formål.

Gebyr for klage til klagenemnda

Innlandet fylkeskommune ber departementet i sin vurdering ikke legge for stor vekt på at håndhevingssystemet er dannet for å motvirke urettmessige klager, ved fastsettelse av klagegebyret. Dette med bakgrunn i at det i mange tilfeller vil være problematisk å bevise at en klage er urettmessig og dermed ikke vil gi tilstrekkelige incentiver for å ikke fremme urettmessige klager. Det nye håndhevingssystemet vil påføre oppdragsgivere høyere kostnader knyttet til klage til klagenemnda, særlig dersom det innføres regler om suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt ved klage til klagenemnda, noe som taler for at klagegebyret burde ligge noe høyere. Dagens nivå på klagegebyret synes å ligge noe lavt, da det erfaringsmessig fremmes klager uten reelt behov for prøving.

Håndheving under EØS-terskelverdi

Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* når det gjelder håndheving under EØS-terskelverdi.

Det er uhensiktsmessig og uforholdsmessig at en klage til KOFA skal medføre suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dette følger av samme begrunnelse som *Dankertsen Hennyng* fremmer i utredningen. Vi opplever ofte at det i mindre anskaffelser er knyttet større kostnader til forsinkelser sammenlignet

med de større anskaffelsene. Dette med bakgrunn i at de ofte skal oppfylle et mer kortsiktig og tidskritisk behov.

Innlandet fylkeskommune stiller seg bak *Dankertsen Hennyng* i å foreslå at reglene om avkorting og uten virkning ikke innføres under EØS terskelverdi. Slike regler vil være uforholdsmessig bebyrdende, særlig i bygge- og anleggsanskaffelser, i forhold til hva de oppnår. Dette med bakgrunn i at resultatet som oftest vil være at den samme leverandøren engasjeres til å gjennomføre de resterende arbeidene, men da til en høyere pris og med store forsinkelser. Oftest vil ikke andre leverandører være interessert i å ta over i et bygge- og anleggsarbeid med samme begrunnelse som *Dankertsen Hennyng* fremmer.

Unntak fra forbudet i anskaffelsesloven § 9 mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått

Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* om at anskaffelseslovens § 9 første ledd andre punktum må videreføres i ny lov. Utvalgets flertalls forslag om å innføre unntak fra forbudet mot midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått, hvor forføyningen er rettet mot oppfyllelsen av en kontrakt som er et resultat av en ulovlig direkteanskaffelse, vil potensielt ha store konsekvenser for oppdragsgivere. Vi kan heller ikke se at dette bedrer situasjonen for den klagende parten. Mange av varene og tjenestene vi som oppdragsgiver kjøper er kritiske for vår kontinuerlige drift og vår leveranse av offentlige tjenester. Dersom en kontrakt må stanses vil dette i de fleste tilfeller resultere i at vi som oppdragsgiver må inngå en ny kontrakt med den samme leverandøren for å dekke leveransene inntil tvisten er avklart og en eventuell ny konkurranse kan gjennomføres. I slike tilfeller vil leverandøren ha behov for å sikre en høyere inntjening enn i den opprinnelige kontrakten, som igjen vil føre til høyere kostnader for oppdragsgiveren. Samtidig vil ikke den klagende parten sitte i en annen situasjon enn hen gjorde før vedtak om midlertidig forføyning ble fattet, da hen likevel ikke innehar kontrakten mens tvisten pågår. Ved en slik midlertidig dekningskontrakt reiser det også spørsmål ved om denne kan klages inn som en ulovlig direkteanskaffelse, slik at oppdragsgiver igjen vil stå uten en nødvendig kontrakt og dermed ikke kan levere sine lovpålagte tjenester.

Innlandet fylkeskommune anser det på denne bakgrunn som uforholdsmessig og lite formålstjenlig å innføre unntak fra forbudet mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått. Dette gjelder særlig, som utvalgsmedlemmet *Dankertsen Hennyng* påpeker, dersom det nå synliggjøres i nytt regelverk at oppdragsgiver som regel er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningssøksmål etter tvisteloven § 32-11. Innlandet fylkeskommune støtter mindretallets forslag om at det ikke innføres adgang til å begjære midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktoppfyllelse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse.

Oppdragsgivers avskjærelse fra å kreve erstatning etter tvisteloven § 32-11

I forslag om ny lov om offentlige anskaffelser § 26-4 tredje ledd foreslår utvalget å avskjære oppdragsgivers adgang til å kreve erstatning etter tvisteloven § 32-11 med mindre saksøkeren visste eller burde visst at kravet ikke bestod da sikringen ble besluttet. Vi er av den oppfatning av at en slik bestemmelse vil kunne slå svært uheldig ut da den gir leverandører incentiver for å begjære midlertidig forføyning, da risikoen ved dette er tilnærmet eliminert. I mange saker vil ikke saksøkeren ha mulighet til å vite om kravet vil bestå når sikring blir besluttet. Her er det mange forhold som gjør situasjonen vanskelig for saksøkeren, blant annet begrensning i informasjonen saksøker innehar med bakgrunn i offentleglova. Det er også problematisk å eventuelt bevise at saksøkeren visste eller burde vite at kravet ikke ville bestå. Oppdragsgivers adgang til å kreve erstatning vil på denne bakgrunn i praksis være eliminert ved en slik bestemmelse.

Utvalget begrunner endringsforslaget delvis med at oppdragsgivere ikke har valgt å benytte seg av adgangen til å kreve erstatning etter tvisteloven § 32-11. Utvalget har derimot ikke utredet hvorfor dette er tilfellet og om dagens praksis oppnår formålet med å avskjære oppdragsgiver fra å kreve erstatning etter tvisteloven § 32-11. Oppdragsgiver er nærmest til å vurdere behovet for å kreve erstatning etter tvisteloven § 32-11 opp mot samfunnsøkonomiske interesser, den preventive effekten slike krav har og den konkrete saken. Vi er av den oppfatning at oppdragsgivere fortsatt vil være restriktive med å kreve erstatning som følge av tap etter midlertidig forføyning dersom muligheten for dette vedvarer i nytt regelverk. Dersom oppdragsgiver ikke blir avskåret fra å kreve erstatning, er vi av den oppfatning at regelverket blir mer balansert mellom det offentliges interesser og private interesser.

Overtredelsesgebyret størrelse over EØS-terskelverdi

Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgsmedlemmet *Dankertsen Hennyng* når det gjelder overtredelsesgebyrenes størrelse. Gebyrets størrelse bør være fem prosent av kontraktens verdi, oppad begrenset til femten millioner kroner og nedad begrenset til 40 000 kroner.

Etter vår erfaring er de fleste ulovlige direkteanskaffelser nær grensen for kunngjøringsplikt og disse vil derfor medføre gebyr på ca. 10 prosent dersom det innføres nedad begrensning på 40 000 kroner. Videre er det vår vurdering at det for større anskaffelser har en tilstrekkelig preventiv effekt med et gebyr på 5 prosent av avtalens verdi. Videre vil sanksjonen uten virkning ha en større preventiv effekt enn gebyrer, noe som taler for at gebyrenes størrelse med fordel kan begrenses uten at dette påvirker den preventive effekten. Ved ulovlige direkteanskaffelser løper også oppdragsgiver risiko for erstatningsansvar ovenfor forbigåtte

leverandører, som igjen taler for at gebyrenes størrelse ikke bør settes høyere enn hva som er nødvendig for å hindre fremtidige brudd.

Utmåling

Innlandet fylkeskommune støtter utvalgets syn om at domstolene ved utmålingen av erstatningen bør legge seg på samme linje som danske og svenske domstoler og at utmåling reguleres i lovbestemmelsen. Etter vårt syn er det ingenting som tilsier at utmålingen i Norge skal skille seg vesentlig fra utmåling i Danmark og Sverige. Vi støtter flertallet i at erstatningsutmålingen for fortjenestetap må ta hensyn til den usikkerheten som knyttet seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget og at risikopåslaget i den forbigåtte leverandørens kalkyle skal løftes ut ved fastsettelsen av tapet. Slik praksis er i dag opplever vi utmålinger som en ekstra straff, fremfor en erstatning knyttet til tap. Dette i kombinasjon med høye gebyrer ved ulovlige direkteanskaffelser, kan medføre uvillighet til å benytte seg av handlingsrommet som eksisterer i regelverket. Vi støtter også utvalgets flertall i at det ved utmåling bør legges vekt på om leverandøren har godtgjort at tapet ikke kunne unngås eller reduseres gjennom å påta seg andre oppdrag. I mange markeder vi som oppdragsgiver kjøper tjenester i, er det mange mindre leverandører som ikke kan påta seg mer enn et par oppdrag på samme tid, og dermed har hatt minimale tap knyttet til forbigåelsen. Innlandet fylkeskommune er positive til utvalgets forslag om at utmålingsreglene som angitt ovenfor innføres i loven, fremfor å kun fremgå av forarbeidene. Dette vil være opplysende for leverandører og oppdragsgivere og fremstår mer tilgjengelig for allmenheten.

Utvalgsmedlemmene *Breiland* og *Dankertsen Hennyng* foreslår at departementet vurderer å lovregulere erstatningens størrelse og eventuelt sette et øvre prosentmessig og nominelt tak. Etter vår vurdering kan en slik begrensning i erstatningens størrelse svekke tilliten til at offentlige oppdragsgivere opptrer i henhold til regelverket og medføre at oppdragsgivere bryter regelverket med hensikt, på grunn av redusert kostnad ved erstatning. Etter vår oppfatning er det domstolen, etter bevisførsel fra begge parter, som ligger nærmest til å vurdere tapets reelle størrelse. Ulike bransjer opererer med svært ulike marginer, slik at å fastsette et øvre prosentmessig tak vil kunne medføre at leverandører ikke får dekket sine reelle tap ved å bli forbigått. Ved å fastsette et øvre nominelt tak risikerer en tilsvarende at leverandører ikke får dekket sine reelle tap ved å bli forbigått i anskaffelser med høy verdi.

Erstatningsansvar i anskaffelser under EØS terskelverdi

Innlandet fylkeskommune støtter mindretallet, ved *Dankertsen Hennyng* og *Breiland* om at departementet bør vurdere om det for anskaffelser under EØS-terskelverdi bør innføres et skjerpet ansvarsgrunnlag, slik at det bare er forsettlig eller grovt uaktsomme brudd på regelverket som kan lede til erstatningsansvar for fortjenestetap. Innlandet fylkeskommune stiller seg også bak mindretallet i at departementet må vurdere om erstatning for positiv

kontraktsinteresse ved brudd på avlysningsplikt bør avskjæres for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Mange oppdragsgivere har ikke tilstrekkelig kapasitet i sine anskaffelsesmiljøer til å gjennomføre alle anskaffelser, og tillater derfor avdelinger med mindre kunnskap om regelverket å gjennomføre mindre anskaffelser. Selv om disse anskaffelsene også skal følge de nasjonale regler, øker dette risikoen for brudd på regelverket som resultat av en viss uaktsomhet. Dersom ansvarsgrunnlaget ved slike anskaffelser er likt som de som gjennomføres av fagpersoner, er en mulig konsekvens at en slik praksis må opphøre. Dette vil medføre et økt press på fagmiljøene som erfaringsmessig er underbemannet med dagens belastning.

Dersom det innføres fire ulike regelsett for bygg- og anleggsanskaffelser mener vi likevel at det skjerpede ansvarsgrunnlaget kun skal gjelde for anskaffelser opp til 3 millioner kroner. Dette med bakgrunn i at dette er anskaffelser som krever mer kompetanse enn hva som antas å være tilgjengelig utenfor fagmiljøene.

Oppsigelsesrett

Innlandet fylkeskommune stiller seg positive til at oppsigelsesretten i lovforslagets § 21-1 utvides i forhold til anskaffelsesforskriften § 28-3 til å også omfatte tilfeller der leverandøren blir omfattet av en av avvisningsgrunnene i §§ 16-2 til 16-5 og ikke kan dokumentere sin pålitelighet etter § 16-7.

Etter vårt syn er det sterke holdepunkter for at en leverandør som blir omfattet av avvisningsgrunnene i løpet av kontraktsperioden vil være en like usikker leverandør som de som var omfattet av avvisningsgrunnene ved tilbudsfrist. Dersom oppdragsgiver ikke hadde mulighet til å si opp kontrakten ville hen risikert å motta tjenester over lengre tid fra en leverandør som for eksempel har hatt vesentlige kontraktbrudd med andre offentlige oppdragsgivere og dermed er sannsynlig å bryte med kontraktsvilkårene i den aktuelle kontrakten.

Oppsigelsesplikt som følge av ulovlig tildelingsbeslutning

Innlandet fylkeskommune støtter mindretallet ved *Dankertsen Hennyng* og Breiland i at det ikke bør innføres en oppsigelsesplikt der en tildelingsbeslutning er kjent ulovlig ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene.

Erfaringsmessig fremmes klager på tildelingsbeslutninger i nær tid til meddelelse om valg av leverandør. Siden lovforslaget legger opp til en hovedregel om suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt dersom klage fremmes innen utløpet av karensperioden, er vi av den oppfatning at langt på vei de fleste kontraktsinngåelser på bakgrunn av ulovlige tildelingsbeslutninger vil forhindres gjennom en slik praksis. Dette vil være den mest

effektive metoden for å håndheve regelverket. Ved å innføre en oppsigelsesplikt som følge av en ulovlig tildelingsbeslutning, kan dette medføre en svekkelse av den prekontraktuelle prøvingen, da det kan gi incentiver for å ikke fremme klage innenfor karensperioden.

Dersom en klage på tildelingsbeslutningen fremmes innen karensperiodens utløp, vil oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakt suspenderes inntil saken er ferdig behandlet. Denne suspensjonen vil kun utgå dersom klagenemnda på bakgrunn av; sannsynligheten for at det foreligger brudd på reglene, allmenhetens interesse av å gjennomføre anskaffelsen og klagers interesse av å få stanset kontraktstildelingen i påvente av nemndas avgjørelse, finner at oppdragsgiver likevel kan inngå kontrakten. Dersom KOFA finner det sannsynlig at det ikke foreligger et brudd på regelverket ut fra denne vurderingen, er det vår antagelse at et eventuelt brudd er av en så minimal karakter at en oppsigelsesplikt vil fremstå uforholdsmessig. Dersom allmenhetens interesse av å gjennomføre anskaffelsen er vurdert å være stor nok til at oppdragsgiver likevel må inngå kontrakten før klagen er behandlet, kan vi vanskelig se at dette ikke opphever oppsigelsesplikten, da det er særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres jf. § 21-2 andre ledd.

Videre vil en oppsigelsesplikt reise spørsmål om hvordan leverandøren som innehar kontrakten skal få dekket sine tap. Etter vårt syn kan ikke en valgt leverandør klandres for oppdragsgiverens feilaktige tildeling, men vil ved en oppsigelse påføres et tap. I en slik situasjon vil oppdragsgiver risikere å bli erstatningsansvarlig både overfor kontraktsparten og den forbigåtte leverandøren. Effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier da at oppdragsgiver bør tillates å videreføre kontrakten som er inngått på bakgrunn av en ulovlig tildelingsbeslutning og kun være erstatningsansvarlig overfor den forbigåtte leverandøren.

Som en hovedregel må oppdragsgiver og valgt leverandør kunne forvente å innrette seg etter kontrakten. Valgt leverandør setter gjerne tidlig i faser av ressurser for å jobbe med kontrakten, og oppdragsgiver har tilpasset sin drift til at produktene blir levert. Det bør også være mulig å forvente at en forbigått leverandør klager i kort tid etter tildelingsbeslutningen slik at prekontraktuell prøving vil være mulig. Dersom oppdragsgiver har en oppsigelsesplikt vil hen oppfattes som en usikker kontraktspart med den følge at prisene øker og konkurransen om offentlige kontrakter minsker.

Avlysning

Innlandet fylkeskommune er svært positive til utvalgets forslag om å tidsmessig begrense adgangen til å klage på en avlysningsbeslutning i lovforslagets § 32-1 fjerde ledd. Erfaringsmessig avventer enkelte leverandører med å klage på en avlysning frem til ny konkurranse er gjennomført eller kunngjort. Hva som er årsaken til dette er ukjent, men har forekommet der en leverandør foretrakk å konkurrere på vilkårene i den opprinnelige

konkurransen. Dette resulterer i klageprosesser uten reelt behov for prøving som er uforholdsmessig bebyrdende for både oppdragsgiver og KOFA.

Offentlighet og oppbevaring av kontrakt

Vi stiller oss positive til at lovforslaget gir føringer for minstetid for oppbevaring av kontrakten, gjennom hele kontraktperioden. Det bør likevel presiseres at oppdragsgivere som er omfattet av lov om arkiv, forskrift om offentlige arkiv og riksarkivarens forskrift skal følge bestemmelsene i disse. Etter vår oppfatning kan lovforslaget medføre usikkerhet ved om det er tillatt å oppbevare kontrakter lenger enn kontraktperioden for oppdragsgivere som er forpliktet gjennom andre lover og forskrifter til å arkivere denne. Oppdragsgivere som er omfattet av arkivloven bør forpliktes til å bevare kontraktene på ubestemt tid iht. riksarkivarens forskrift.

Vi observerer at utvalget har valgt å ikke regulere oppbevaring av annet enn kontrakten i lovforslaget. Innlandet fylkeskommune mener at det er viktig at tilbudene også fra andre enn vinner bør oppbevares over en periode. Disse tilbudene kan være en viktig informasjonskilde i senere saker, klagesaker og rettssaker, og kan være problematisk å bevare mht. personvernregelverket dersom det ikke er spesifikt regulert gjennom annet lovverk.

I lovforslagets § 1-6 andre ledd er det satt en verdibegrensning for hvilke kontrakter som er omfattet av innsynsreglene iht. offentleglova for oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentleglova. Vi mener dette er en unødig begrensning i innsynsretten, og er egnet til å svekke tilliten til offentlige anskaffelser. Vi ber departementet vurdere å fjerne denne begrensningen og heller la offentleglova få virkning for disse oppdragsgiverne fra anskaffelseslovens innslagspunkt. Dette vil gjøre regelverket enklere å forstå for leverandører og skape tillit til at anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesloven gjennomføres i henhold til regelverket.

Åpenhet om kontrakter og utbetalinger

Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* i at offentliggjøring av etterskuddsvis informasjon må utredes nærmere før en slik regel kan gjennomføres. Etter vår erfaring er ikke dette informasjon som er enkelt å uthente i økonomisystemer, da det krever en betydelig bearbeiding av dataene for å kunne gi et korrekt bilde. Mange av våre avtaler er ikke omfattet av anskaffelsesregelverket da de omfatter leie av fast eiendom, vann og avløpskostnader og ulike økonomiske enheter som gjennomfører sine egne anskaffelser som dermed ikke omfattes av anskaffelsesregelverket. Slike leveranser må eventuelt tas ut av oversikten gjennom artskoder i økonomisystemet, men artskodene kan erfaringsmessig også inneholde kjøp som er omfattet av anskaffelsesregelverket. Anskaffelser fra separate enheter med egen innkjøpsfunksjon vil

også være tidkrevende å separere, da det krever manuell gjennomgang. Videre har vi svært mange leverandører som har leveranser knyttet til flere avtaler og det vil dermed gi et misvisende bilde å offentliggjøre grove tall for disse kjøpene. Det kan medføre betydelig administrativ byrde for offentlige oppdragsgivere dersom de må svare ut for slike forhold.

Innlandet fylkeskommune kjøper varer, tjenester, bygg og anlegg fra om lag 4500 ulike leverandører hvert år. Dersom vi skulle offentliggjøre tall som gir en verdi til leverandørmarkedet vil vi måtte gå gjennom kjøpene for disse manuelt og vurdere hva som er omfattet av anskaffelsesregelverket og ikke, samt undersøke hvilke kjøp som er knyttet til hvilken avtale. Alternativt, uten manuell gjennomgang, vil tallene være så misvisende at vi forventer å måtte svare ut spørsmål knyttet til en vesentlig andel av våre kjøp.

Vi er av den oppfatning at offentleglova er tilstrekkelig verktøy for å sikre leverandørmarkedets behov for informasjon om offentlige anskaffelser. Leverandørene kjenner til sine konkurrenter i markedet og kan be om informasjon om kjøp fra disse, som gjør de i stand til å vurdere om kjøpene er gjennomført i henhold til regelverket i de tilfeller de har klageinteresse. Selv om besvarelse av slike innsynsbegjæringer også medfører noe administrativt arbeid, anser vi det som usannsynlig å motta innsynsbegjæring knyttet til kjøp fra alle våre 4500 leverandører, slik at dette vil være vesentlig mindre bebyrdende.

Innlandet fylkeskommune har benyttet økonomisystemet til å forsøke å skaffe en grov oversikt over våre kjøp i 2023, som et forsøk på å avdekke områder der det er behov for å gjennomføre konkurranse. Her har den manuelle sjekken av leverandører kun omfattet de leverandører som har fakturert for over kroner 1 000 000. Dette arbeidet har vært omfattende, men likevel ikke resultert i tall som er korrekte nok til at det ville være hensiktsmessig å offentliggjøre disse. Flere leverandører av ERP-systemer jobber med å utvikle innkjøpsanalysesystemer, noe som på sikt kan medføre at belastningen ved å skaffe denne typen oversikter blir mindre enn den er pr. i dag. Likevel vil det være en vesentlig arbeidsmengde knyttet til å oppdatere og vedlikeholde slike systemer, og vil være uforholdsmessig bebyrdende for mindre offentlige oppdragsgivere.

Begrunnelsesplikt

Vi er positive til at utvalget har tatt høringssvarene i første delutredning til etterretning og gitt begrunnelsesplikt ved meddelelse om valg av leverandør i lovforslagets § 14-9 andre ledd.

Oppsummering

Innlandet fylkeskommune stiller seg i hovedsak bak utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, med de endringer og presiseringer som fremgår i dette høringssvaret. Innlandet fylkeskommune stiller seg bak utvalgsmedlemmet Dankertsen Hennyng sine dissenser, med

unntak av forslaget om å sette et øvre prosentmessig og nominelt tak for utmåling av erstatning. Der vårt høringssvar ikke skiller seg fra høringsuttalelsen fra KS Advokatene, stiller vi oss bak KS Advokatenes høringsuttalelse.

Innlandet fylkeskommune vil berømme utvalget for det gode og grundige arbeidet som er gjort som en del av NOU 2024:9.

Med vennlig hilsen
Christian Jakobsen
Rådgiver Anskaffelser
Innlandet fylkeskommune