

**Vår saksbehandler**

Jur.dir. Christian Mikkelsen, chrmmikkelsen@mil.no  
+47 23 09 30 94, 510 3094  
FMA/INVAVD/JURIDISK SEK

**Vår dato**

2024-01-11

**Vår referanse**

2023/044332-003/FORSVARET/ 720

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

Forsvarsdepartementet  
Postboks 8126 Dep  
0032 OSLO  
NORGE

**Kopi til**

Forsvarets forskningsinstitutt  
Forsvarsbygg  
Forsvarets logistikkorganisasjon

## Høring - NOU 2023:26 - Ny lov om offentlige anskaffelser

### 1 Innledning

Nærings- og fiskeridepartementet har sendt på høring anskaffelsesutvalgets første delutredning, NOU 2023:26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*. Forsvarsdepartementet (FD) ønsker å koordinere høringen med etatene, og har i brev av 14. november 2023 (FDs Referanse 23/01071-2) bedt om etatenes syn på anskaffelsesutvalgets vurderinger og forslag. Forsvarsmateriell (FMA) inngir med dette høringsinnspill til delutredningen.

Forsvarssektoren er en betydelig aktør innen offentlige anskaffelser. FMA gjennomfører anskaffelser både etter dagens forskrift om offentlige anskaffelser (FOA), som anskaffelsesutvalgets forslag til ny lov skal erstatte, og også etter andre regler. Anskaffelsesutvalgets anbefalinger til ny anskaffelseslov er høyst relevant for etaten, både i seg selv og fordi FMA antar at mange av forslagene til de nasjonale regler som foreslås av utvalget også vil være relevante for å se hen til og ta utgangspunkt i når regelverket for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser skal oppdateres.

På et overordnet nivå mener FMA anskaffelsesutvalgets forslag er gode sett i lys av mandatet som er gitt. FMA slutter seg til hovedgrepene utvalget foreslår. Likefullt har FMA enkelte merknader og innspill til forslagene. FMA kjøper primært varer og tjenester, og høringsinnspillene begrenser seg til utvalgets forslag som er av betydning for slike anskaffelser.

### 2 Innspill til anskaffelsesutvalgets forslag

I første delutredning foreslår anskaffelsesutvalget en ny struktur for regelverket, ny formålsbestemmelse, tydeliggjøring av bestemmelsene om samfunnshensyn samt forenkling av regelverket over, men særlig under EØS-terskelverdi.

#### 2.1 Sikkerhet og beredskap

I andre delutredning skal utvalget foreslå endringer på en rekke andre områder i regelverket. Blant annet skal det foreslås endringer for å tydeliggjøre muligheten til å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser. Dette er et viktig tema, og FMA ser frem til forslag som tydeliggjør handlingsrommet for ivaretagelse av sikkerhet og beredskap i anskaffelser som omfattes av det klassiske anskaffelsesregelverket. Særlig vil FMA trekke frem at det i enkelte anskaffelser kan være sikkerhetsmessige behov for å begrense kretsen av personer som gjøres kjent med visse

**Postadresse**

Postboks 800 Postmottak

2617 Lillehammer  
Norge

**Besøksadresse**

Grev Wedels plass 1

0151 OSLO  
Norge

**Sivil telefon**

/

**Militær telefon**

0510 3003

**Epost/ Internett**

postmottak.forsvarsmateriell@  
mil.no  
www.forsvarsmateriell.stat.no

**Organisasjonsnummer**

NO 916 075 855

**Vedlegg**

opplysninger som gis i en anskaffelsesprosess, uten informasjonen er BEGRENSET etter sikkerhetsloven.

FMA vil også påpeke at det i mange anskaffelsesprosesser som gjennomføres i sektoren ofte ligger gradert informasjon som begrunner krav som stilles til ytelsen og i anskaffelsesprosessen, uten at dette nødvendigvis blir publisert eller synliggjort for leverandørene. Slik må det etter FMAs syn også være.

Som påpekt i NSMs rapport *Risiko 2023, Økt uforutsigbarhet krever høyere beredskap*, på side 16 er det flere eksempler på at fordekte investeringer og oppkjøp kan true nasjonal sikkerhet. Dette har også en klar side til offentlige anskaffelser. I visse tilfeller kan oppdragsgivere ha behov for å ikke tildele kontrakt til leverandører som tilbyr sivile ytelser som helt eller delvis har en opprinnelse, eller tilknytning til visse land vi ikke har et forsvars- og sikkerhetssamarbeid med. Hvordan og på hvilken måte oppdragsgivere bør gå frem i slike anskaffelser innenfor rammene av anskaffelsesregelverket og sikkerhetsloven bør tydeliggjøres i den videre lovgivningsprosessen.

## 2.2 Struktur

Hoveddelen av dagens prosedyreregler for offentlige anskaffelser er lagt i forskrifter, herunder i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA), forsyningsforskriften, konsesjonskontraktforskriften og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA). Utvalget foreslår som et overordnet strukturelt grep at prosedyrereguleringen inntas i nye lover som skal erstatte disse forskriftene. Deler av regelverket som tidligere har vært lagt i separate forskrifter, f.eks. forskrift om lønns- og arbeidsvilkår og forskrift om bruk av lærlinger, foreslås også inntatt i de nye lovene. Enkelte regler av mer teknisk karakter foreslås lagt i egne forskrifter.

FMA mener de overordnede strukturelle grepene som foreslås er fornuftige. Som påpekt av utvalget vil det sikre bedre demokratisk forankring av reglene, og muliggjøre lovforarbeid som gir veiledning. Slik veiledning, særlig knyttet til tolkning av de underliggende EØS-reglene som lovene gjennomfører, er svært nyttig for brukerne av regelverket.

## 2.3 Lov om forsvarsanskaffelser

Utvalget foreslår at FD utarbeider og fremmer forslag til en egen lov om forsvarsanskaffelser. FMA støtter forslaget, og merker seg at utvalget anbefaler at FD starter dette arbeidet raskt slik at den videre lovprosessen kan skje samlet. Det er fornuftig, men også nødvendig om en ny lov om forsvarsanskaffelser skal tre i kraft samtidig med de øvrige anskaffelseslovene. FMA tror det kan være fornuftig å nedsette et eget offentlig utvalg for lovprosessen knyttet til ny lov om forsvarsanskaffelser.

Mange av utvalgets anbefalinger til ny lov om offentlige anskaffelser, særlig de nasjonale reglene i lovforslaget del I og II, vil være relevante å se hen til og ta utgangspunkt ved utarbeidelsen av utkast til ny lov om forsvarsanskaffelser. FMA vil likevel påpeke at regelverket om forsvarsanskaffelser må være tilpasset de særegne forholdene som gjør seg gjeldende på området, særlig knyttet til sikkerhet, beredskap og kompleksitet. Det betyr at enkelte av de nasjonale reglene som anskaffelsesutvalget foreslår for lov om offentlige anskaffelser, må tilpasses om de skal inntas i en ny lov om forsvarsanskaffelser.

Reglene over EØS-terskelverdi i direktiv 2009/81/EF er nokså forskjellig fra direktiv 2014/24/EU både innholdsmessig og strukturelt, noe som nødvendigvis må tas høyde for ved utarbeidelse av den nye loven om forsvarsanskaffelser. Reglene og strukturen bør likevel være lik i de to lovene, så langt det er mulig innenfor rammene av våre EØS-rettslige forpliktelser.

## 2.4 Rettighetshavere

Utvalget foreslår i forslag til ny lov § 1-5 første ledd regler om hvem som er rettighetshavere etter loven. Forslaget er i all hovedsak en videreføring av dagens bestemmelse i LOA § 3, med noen mindre justeringer. Utvalget foreslår en ny regel i § 1-5 andre ledd, om at virksomheter som ikke er rettighetshavere ikke kan «delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge uten godkjenning fra departementet».

Muligheten til å la leverandører som ikke er rettighetshavere, såkalt avtaleløse leverandører, delta i konkurranser om offentlige kontrakter er ikke regulert i dagens regelverk. Utvalget

---

---

fremhever i pkt. 24.19.2 i utredningen at «i mangel av særregulering vil det være opp til den enkelte oppdragsgiver å vurdere om oppdragsgiver ønsker å la en avtaleløs leverandør delta i konkurransen. Anledning til å delta gir imidlertid ikke status som rettighetshaver, og derfor heller ikke krav på likebehandling med andre leverandører eller tilgang på de håndhevelsesmuligheter som ligger i anskaffelsesregelverket. Det er gitt innspill til utvalget om at dette fører til at avtaleløse leverandører som får delta i en konkurranse befinner seg i en svært uforutsigbar situasjon.». Utvalget fremhever at det er ulike interesser som gjør seg gjeldende ved vurderingen av i hvilken grad og på hvilke vilkår avtaleløse leverandører skal gis rett til å delta i konkurranser. Særlig trekkes frem interessen avtaleløse leverandører har i forutberegnelighet og likebehandling, handelspolitiske interesser, og oppdragsgivers interesser i å kunne tildele kontrakt når en avtaleløs leverandør har det beste tilbudet.

Videre fremheves det at utvalget har funnet spørsmålet om avtaleløse leverandørers deltakelse i konkurranser «vanskelig, og mener at regjeringen er rette til å treffe den endelige balansen mellom de ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Utvalget har belyst enkelte sider av saken gjennom drøftelsen her, og har tillitt til at den offentlige høringen av rapporten vil kunne bidra til at spørsmålet belyses ytterligere. Utvalget har i ny lov inntatt et forslag til lovbestemmelse der avtaleløse leverandører i utgangspunktet ikke bør få delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge. Det bør likevel være rom for unntak, men dette bør vurderes konkret av departementet, som har ansvar for Norges handelspolitiske interesser og tilhørende EØS-rettslige forpliktelser, og ikke den enkelte oppdragsgiver. I den utstrekning avtaleløse leverandører gis rett til å konkurrere om offentlige kontrakter i Norge, så bør de etter utvalgets syn ha samme rettigheter som de andre leverandørene som konkurrerer om den samme kontrakten».

Fra et handelspolitisk perspektiv er regelen i utgangspunktet fornuftig. FMA mener likevel den foreslåtte regelen i utvalgets forslag til § 1-5 andre ledd ikke bør innføres av flere grunner.

Som et utgangspunkt vil FMA bemerke at det ikke er slik at avtaleløse leverandører i dag er fullstendig uten rettigheter ved deltakelse i anskaffelsesprosesser, selv om de ikke har det samme *anskaffelsesrettslige* vernet som rettighetshavere har. Undertiden kan også avtaleløse leverandører være vernet av ulovfestede anbudsrettslige prinsipper og reglene om prekontraktuelt ansvar, se f.eks. TOBYF-2017-138788.

At avtaleløse leverandører ikke har de samme rettighetene som andre leverandører etter anskaffelsesregelverket, er også naturlig sett opp mot formålet bak regelverket.

Anskaffelsesreglene er langt på vei et utslag av de grunnleggende prinsipper om fri flyt av varer og tjenester, som skal sikre et velfungerende marked internt i EØS-området og med våre øvrige handelspolitiske avtalepartnere. Kravene som pålegges norske oppdragsgivere gjennom anskaffelsesreglene, herunder til likebehandling, er nødvendig for at våre nasjonale leverandører skal bli møtt på samme måte av oppdragsgivere hos våre handelspolitiske avtalepartnere. Avtaleløse leverandører bør ikke ha en berettiget forventelig om å bli likebehandlet med rettighetshavere når de først deltar i en anskaffelsesprosess i Norge, der våre nasjonale leverandører ikke får samme likebehandling i leverandørens hjemland.

Det er videre mange spørsmål som reiser seg knyttet til utvalgets forslag, som etter FMAs syn bør utredes grundig før en godkjenningsregel som utvalget foreslår eventuelt innføres. Noen av utfordringene påpekes under.

Det er uklart *hvem* som eventuelt kan søke departementet om godkjenning til å delta i konkurranser. Skal både leverandører og oppdragsgivere kunne søke departementet om godkjenning? Dersom leverandører kan søke om godkjenning til departementet, vil oppdragsgiver bli informert om leverandørens søknad og gis en rett til å uttale seg? Vil det kunne bli gitt godkjenning for hver enkelt anskaffelse, for anskaffelser innenfor visse ytelsesområder, eller kan det gis generell godkjenning til en leverandør om rett til deltakelse i alle anskaffelser? Hvis departementet har godkjent at en leverandør gis rett til å delta i en anskaffelsesprosess (og leverandøren selv har søkt om godkjenning), kan oppdragsgiver likevel velge å ikke la leverandøren delta i konkurransen?

---

I forslaget slås det fast at avtaleløse leverandører «*kan ikke delta i konkurransen*» uten godkjenning fra departementet. Hvorvidt en eller flere avtaleløse leverandører vil delta i en konkurranse, er umulig å vite med sikkerhet forut for kunngjøringstidspunktet. Om en leverandør ikke er godkjent av departementet før kunngjøringstidspunktet, vil regelen være vanskelig å praktisere. FMA vil anta at en godkjenningssprosess hos Nærings- og fiskeridepartementet ofte kan ta noe tid, og ofte så lang tid at kunngjorte frister for søknad om prekvalifisering i to-trinnsprosedyrer og inngivelse av tilbud ofte ikke kan overholdes om oppdragsgiver ønsker å ha med en avtaleløs leverandør i konkurransen og må vente på godkjenning. Dette vil være svært uheldig.

Som utvalget påpeker, kan det være gode grunner til at oppdragsgivere ønsker å inngå kontrakt med avtaleløse leverandører, der de har de beste tilbudene. Om en avtaleløs leverandør har det beste tilbudet, vil ofte være vanskelig å avdekke forut for konkurransen og inngivelse av tilbud. Om hensynet til oppdragsgivers behov for å kunne inngå den beste kontrakten også skal inngå som en del av vurderingsgrunnlaget til departementet som gir godkjenning, vil det være vanskelig å ha en regel der departementet må gi godkjenning forut for deltakelsen i konkurransen.

Hvorvidt en leverandør utenfor EØS-område er avtaleløs eller en rettighetshaver kan undertiden være vanskelig å fastslå med sikkerhet for oppdragsgiver. For eksempel kan det være vanskelig å fastslå om en vare eller tjeneste er dekket av Norges forpliktelser etter GPA-avtalen. Selv om en ytelse i utgangspunktet er dekket av Norges forpliktelser som angitt i de norske vedleggene til GPA-avtalen, kan kompliserte spørsmål oppstå knyttet til for eksempel opprinnelsesreglene i GPA-avtalen art. IV General Principles, nr. 5. Etter dagens regelverk trenger ikke oppdragsgivere å ta endelig stilling til spørsmålet. I tvilstilfeller kan oppdragsgiver velge å la leverandøren delta i konkurransen på lik linje som rettighetshavere. Dersom utvalgets regel innføres, må oppdragsgivere ved tvil ta stilling til spørsmålet.

I forlengelsen av dette er det også et spørsmål hvilken konsekvens det vil ha om oppdragsgivere har tildelt og inngått kontrakt med en avtaleløs leverandør, uten at det foreligger en forutgående godkjenning fra departementet. Kan for eksempel forbigåtte leverandører på tildelingstidspunktet gå til midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelsen? Kan forbigåtte leverandører etter kontraktsinngåelse i slike tilfeller gå til søksmål for å få dekket positiv kontraktsinteresse?

FMA antar en godkjenningssregel vil medføre en betydelig arbeidsbyrde for departementet som må godkjenne søknader om avtaleløse leverandørers mulighet for deltakelse i konkurranser. Om regelen innføres, vil det for oppdragsgivere være viktig at det settes av nok ressurser slik at godkjenningssøknader kan behandles svært raskt. Utvalget skriver også at vurderingen av unntaket bør «*vurderes konkret av departementet, som har ansvar for Norges handelspolitiske interesser og tilhørende EØS-rettslige forpliktelser*». Slik FMA har forstått det er det Utenriksdepartementet som har ansvaret for WTO-avtalen, herunder GPA-avtalen, mens Nærings- og fiskeridepartementet har ansvaret for Norges bilaterale handelsavtaler. Om regelen innføres bør godkjenningssmyndigheten etter FMAs syn ligge hos ett departement. Vi antar det er nærliggende at en eventuell myndighet for godkjenning etter lov om offentlige anskaffelser legges til Nærings- og fiskeridepartementet.

Spørsmålet om forutgående godkjenning av avtaleløse leverandører må vurderes særskilt i en eventuell lov om forsvarsanskaffelser. For vareanskaffelser innen forsvarssektoren er Norges handelspolitiske forpliktelser begrensede – se f.eks. Norges vedlegg 4 til GPA-avtalen. FMA og øvrige etater innen forsvarssektoren inngår en rekke varekontrakter med avtaleløse leverandører. Norges handelspolitiske interesser i kontrakter på forsvarsområdet med avtaleløse leverandører, blir langt på vei ivaretatt gjennom regler om industrisamarbeidsavtaler i ARF kapittel 42. Om det innføres en godkjenningssprosess for anskaffelser som faller innenfor en ny lov om forsvarsanskaffelser, mener FMA godkjenningssmyndigheten bør ligge hos Forsvarsdepartementet.

## 2.5 Samfunnshensyn

Utvalget foreslår flere bestemmelser for ivaretagelse av samfunnshensyn i lovforslaget del II. Forslagene viderefører forpliktelsene som ligger i dagens regelverk, men innfører også en god

---

---

del nye krav. Nye og mer forpliktende krav innen klima- og miljø har vært særlig sentralt for utvalget. I tillegg vil mange av kravene gjelde fra lovens innslagspunkt.

Selv om prosedyrereglene for anskaffelser under EØS-terskelverdi blir en del enklere, vil reglene om samfunnshensyn medføre nye og økte forpliktelser for anskaffelser, særlig for anskaffelser av mindre verdi. Dette innebærer ikke en forenkling av anskaffelsesprosessene. FMA mener likevel, særlig sett i lys av ambisjonsnivået om bærekraft (klima og miljø, sosial bærekraft og økonomisk bærekraft), at utvalgets forslag er fornuftige på et overordnet nivå. FMA mener det vil være behov for god veiledning knyttet til praktiseringen av reglene i tiden som kommer.

FMA har i dag langt på vei utarbeidet rutiner og systemer som ivaretar bærekraft i våre anskaffelsesprosesser og har et stort fokus på dette. FMA har en ambisjon om å ivareta bærekraft i våre anskaffelser i enda større grad i tiden fremover. Flere av lovforslagene er i så måte i tråd med og støtter opp under ambisjonsnivået. Ambisjonsnivået gjelder for alle FMAs anskaffelser, også anskaffelser som følger FOSA. FMA imøteser derfor også nye regler om ivaretagelse av klima- og miljø i en eventuell ny lov om forsvarsanskaffelser.

### 2.5.1 Nærmere om klima og miljø

Utvalget har tatt fem hovedgrep for å styrke klima- og miljøhensyn i loven; klima- og miljø er inkludert blant lovens formål, krav om utarbeidelse og offentliggjøring av rutiner for ivaretagelse av hensynene, en egen bestemmelse om grønn omstilling som inkluderer plikt til å stille klima- og miljøkrav til ytelsen, regler om standardiserte minimumskrav og nye bestemmelser om innovasjon. FMA mener disse grepene er fornuftige virkemidler for å styrke satsingen på klima- og miljø.

Særlig vil FMA trekke frem at utvalgets forslag til § 2-2 *Grønn omstilling*, er langt bedre enn den nylig innførte bestemmelsen om klima- og miljøhensyn i forskrift om offentlige anskaffelser § 7-9. Bestemmelsen i § 2-2 gir oppdragsgivere fleksibilitet til å skreddersy krav og kriterier som gir den beste klima- og miljøeffekten i hver enkelt anskaffelse. FMA mener utvalgets forslag er klarere og enklere å praktisere, samtidig som den trolig vil gi større klima- og miljøeffekt sammenlignet med dagens forskrift.

De nye reglene vil, som utvalget fremhever, gjøre det nødvendig at offentlige oppdragsgivere i visse tilfeller aksepterer merkostnader for å bidra til å løse klima- og miljøutfordringene. Videre fremhever utvalget at en av de største barrierene for å øke andelen klima- og miljøvennlige offentlige anskaffelser er mangel på tid, ressurser og kompetanse hos oppdragsgivere til å ta hensyn til klima og miljø i sine anskaffelser. Styrking av klima- og miljøkravene i offentlige anskaffelser vil kreve mer kompetanse og øker kompleksiteten i anskaffelsesprosessen. FMA mener dette er viktige erkjennelser som det er nødvendig å vektlegge og ta høyde for ved tilretteleggingen av våre offentlige anskaffelser i tiden fremover.

FMA deler også utvalgets syn på at større oppmerksomhet om langsiktige driftskostnader og andre livsløpskostnader vil bidra til en mer bærekraftig og effektiv offentlig sektor.

Utvalget foreslår i § 2-2 femte ledd at «*[f]orpliktelsene etter første til tredje ledd kan oppfylles ved bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring.*» FMA er enig med utvalget i at bruk av veiledende kriterier og standardiserte minimumskrav generelt både gir en god miljøgevinst, samtidig som det reduserer både oppdragsgivere og leverandørers transaksjonskostnader.

Utvalget foreslår også at alle statlige virksomheter tar i bruk DFØs veiledende kriterier (kriterieveiviseren), og at regjeringen pålegger dette i alle tildelingsbrev til underliggende etater. DFØs kriterier åpner for at oppdragsgivere kan velge ambisjonsnivå, og dette gjør det mulig for offentlige oppdragsgiver å tilpasse kravene til sin virksomhet, drift og økonomiske rammer. Mange av DFØs veiledende kriterier er fornuftige å bruke også i anskaffelsene FMA gjennomfører. Enkelte kriterier, f.eks. knyttet til IT-utstyr, må imidlertid vurderes opp mot forsvarssektorens særlige behov.

---

Utvalget foreslår i § 2-2 sjette ledd at forpliktelsene i andre ledd, herunder plikt til å stille klima- og miljøkrav til ytelsen «*gjelder ikke dersom anskaffelsen har et klimaavtrykk og en miljøbelastning som er uvesentlig*». Utvalget begrunner dette nærmere i utredningen pkt.

14.2.4.7 slik:

*«Etter utvalgets syn er det behov for et unntak fra andre ledd, for de tilfeller at anskaffelsen har et uvesentlig klima- og miljøavtrykk, eller hvor det ikke er mulig å stille klima- eller miljøkrav eller kriterier som gir mer enn en bagatellmessig virkning. Dette kan skyldes mangel på teknologi, standardisering, anskaffelsens art eller omfang. Et eksempel kan være hvor anskaffelsen gjelder en hyllevare hvor det ikke finnes andre, potensielt mer klima- og miljøvennlige alternativer, og hvor det av disse grunner ikke er mulig å finne et krav eller kriterium som har tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsen.»* (vår understreking).

Tilsvarende begrunnelse er gitt i utredningen kapittel 29 på side 396. FMA er enig med utvalget i behovet for unntak både når anskaffelsen har et uvesentlig klima- og miljøavtrykk, og der det ikke er mulig å stille klima- eller miljøkrav eller kriterier som gir mer enn en bagatellmessig virkning. FMA mener unntaket for de tilfeller hvor det ikke er mulig å stille klima- og miljøkrav eller kriterier som gir mer enn en bagatellmessig virkning, bør fremgå eksplisitt av lovbestemmelsen. Utvalget selv formulerer dette som alternative behov for unntak, og det bør ikke være tvil om at også slike tilfeller vil være unntatt fra kravene i § 2-2 andre ledd. Dersom unntaket ikke eksplisitt tas med i lovteksten, vil det etter FMAs syn kunne skape unødig uklarheter ved at oppdragsgivere i beste fall i lys av forarbeidene må tolke unntaket i loven svært utvidende. Dette er en uklarhet som bør unngås.

Om unntaket i § 2-2 sjette ledd fremgår det i merknadene til bestemmelsen på side 412 at det «*er opp til oppdragsgiver å vurdere dette i hver enkelt anskaffelse, men oppdragsgiver må kunne gi en begrunnelse i anskaffelsesprotokollen*». I hvilken grad unntaksbruk skal være gjenstand for rettslig overprøving, fremstår for FMA som noe uklart. FMA mener oppdragsgiver må gis et betydelig innkjøpsfaglig skjønn i denne vurderingen. Slik FMA ser det bør det vurderes om etterlevelse av denne regelen best gjøres gjennom alminnelige rapporterings- og styringskanaler snarere enn ved rettslig overprøving. Dette bør tydeliggjøres i den videre lovgivningsprosessen, eller i form av veiledning til bestemmelsen.

Videre fremgår det av § 2-2 sjette ledd at begrunnelsen for unntak skal angis i *anskaffelsesdokumentene*, mens det i utvalgets merknader fremgår at begrunnelsen skal gis i *anskaffelsesprotokollen*. I den grad det er ment at begrunnelsen skal angis i *anskaffelsesprotokollen* bør bestemmelsen nettopp angi det.

## 2.6 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Overordnet er FMA positive til de grepene utvalget har gjort for å forenkle reguleringen av anskaffelser under EØS-terskelverdi i utvalgets forslag til ny lov del II. Reglene vil gjelde for anskaffelser over lovens innslagspunkt på 300 000 kroner, og opp til EØS-terskelverdi.

For visse anskaffelser som tidligere har vært unntatt regelverket, vil imidlertid utvalgets forslag innebære en skjerping av anskaffelsesrettslige plikter.

### 2.6.1 Unntak

Dagens FOA § 2-4 angir en rekke tjenestekontrakter som verken LOA eller FOA får anvendelse på. Tilsvarende unntak er lagt inn i anskaffelsesutvalgets forslag til § 7-4 i del III, men her er det angitt at disse tjenestekontraktene kun er unntatt forskriften del III. Det betyr at reglene i forskriften del I og II også gjelder for slike kontrakter. I utredningen pkt. 24.7.5.11 fremholder utvalget at «*forslaget svarer i hovedsak til dagens regulering i anskaffelsesforskriften*». I utredningen pkt. 22.5.5 fremholder utvalget følgende:

*«Utvalgets vurdering er at de reglene som foreslås for anskaffelser under EØS-terskelverdi er såpass enkle at det i utgangspunktet ikke vil være behov for unntak fra disse. At nærmere angitte anskaffelser er unntatt fra anskaffelsesdirektivets anvendelsesområde, og derfor fra del III av dagens anskaffelsesforskrift, innebærer ikke at de ikke er regulert overhodet. Anskaffelsesloven, inkludert de EU-rettslige prinsippene i § 4, og anskaffelsesforskriftens del I kommer til anvendelse. Utvalget kan ikke*

*umiddelbart se at forslaget til § 3-1 innebærer noen mer omfattende regulering av disse anskaffelsene enn etter gjeldende rett. Dette er imidlertid ikke en problematikk som utvalget har hatt kapasitet til å forfølge, og det er derfor viktig at et eventuelt behov for unntak fra de nye reglene for anskaffelser under EØS-terskelverdi vurderes nærmere av departementet i oppfølgingen av utvalgets forslag.»*

Utvalgets vurderinger her er litt uklare, men det kan se ut som at utvalget har lagt til grunn at unntakene for visse tjenesteanskaffelser som ligger i dagens FOA § 2-4 kun gjelder for anskaffelser etter forskriften del II og over EØS-terskelverdi. Det stemmer ikke. Utvalgets forslag til unntak for tilsvarende tjenesteanskaffelser i forslaget til § 7-4 innebærer derfor en skjerpelse av dagens krav til slike tjenesteanskaffelser. Etter FMAs syn bør unntakene som gis i § 7-4 av forenklingshensyn gjelde for anskaffelsesloven i sin helhet, ikke bare for del III. For flere tjenestekontrakter som nevnes i § 7-4 er det dessuten vanskelig å se hvordan lovforslaget del I og II skal praktiseres, f.eks. for kontrakter om *ansettelser* i bokstav h.

De øvrige unntakene som angis i utvalgets forslag til kapittel 7 gjør unntak fra loven i sin helhet. FMA mener dagens struktur der unntakene er plassert innledningsvis i FOA er et fornuftig pedagogisk grep, og mener unntakene i den nye loven også bør plasseres i loven del I, f.eks. som et nytt kapittel 2. Av samme grunn bør det vurderes å plassere reglene i kapittel 8 om særlige situasjoner i loven del I.

Utvalgets forslag til § 8-3 angir at loven ikke gjelder for kontrakter og plan- og designkonkurranser som relaterer seg til nærmere angitte forsvars- og sikkerhetsforhold. Utvalget fremholder at *«selv om strukturen på bestemmelsen er annerledes, videreføres i hovedsak dagens rettstilstand, fordi de tilsvarende unntakene også følger av dagens regelverk»*. En lignende regel finnes i dagens FOA § 2-2. Til forskjell fra utvalgets forslag til § 8-3, fremgår det uttrykkelig av dagens FOA § 2-2 første ledd bokstav a at anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder for anskaffelser *«som oppdragsgiver kan unnta etter EØS-avtalen art. 123»*. Selv om det samme nok kan utledes av utvalgets forslag til § 8-3 bokstav c, nemlig at loven ikke gjelder *«når beskyttelse av vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser ikke kan sikres ved mindre inngripende tiltak»*, mener FMA det bør fremgå eksplisitt at loven ikke gjelder når oppdragsgiver kan unnta anskaffelsen etter EØS-avtalen art. 123. FMA vil i denne sammenheng påpeke at et unntak for 123-anskaffelser både finnes i dagens FOA og LOA. Unntaket i LOA ble i sin tid av Nærings- og fiskeridepartementet ansett overflødig ved siden av FOA, men kom inn etter forslag fra næringskomiteen som anså unntaket som så viktig at det også måtte inkluderes i loven (se Innst. 358 L (2015-2016) *Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*, pkt. 2.2.1). Regulering av unntaket for 123-anskaffelser i dagens lov og forskrift kan regnes som en belte- og bukseseleløsning, men illustrerer at unntaket er viktig å tydeliggjøre. FMA håper unntaket også blir inntatt eksplisitt i den nye loven, f.eks. som en ny bokstav a i § 8-3. En tydeliggjøring av 123-unntaket, vil også gjøre sammenhengen med reglene om blandede anskaffelser i utvalgets forslag til §§ 8-5 og 8-6 klarere.

I dagens FOA er det i § 5-2 angitt at del II ikke gjelder for visse kontrakter, herunder for kontrakter som oppdragsgiver bare kan inngå med en bestemt leverandør i markedet (bokstav a), og kontrakter som gjelder tilleggsytelser på grunn av uforutsette omstendigheter er strengt nødvendige for å få fullført en kontrakt, forutsatt at oppdragsgiveren inngår kontrakten om tilleggsytelsene med samme leverandør (bokstav d). FMA mener det er grunn til å vurdere om enkelte av unntakene som angis i FOA § 5-2 også bør unntas loven del II. Alternativt bør det synliggjøres i lovforarbeidene at det for slike tilfeller ikke vil være krav om konkurranse for å sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår.

## **2.7 Anskaffelser over EØS-terskelverdi**

Utvalget foreslår en rekke grep i lovforslaget del III som gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi. Generelt er reglene forenklet ved at de er kortet ned og overflødige regler er tatt bort. Lovforslaget ligger også nærmere direktivets ordlyd og struktur enn dagens FOA. På et

overordnet nivå er FMA enig i flere av forenklingsforslagene til utvalget. FMA har likevel merknader til enkelte av endringene.

### 2.7.1 Konkurransesgrunnlag

Utvalget foreslår at det særnorske konseptet med konkurransegrunnlag ikke videreføres, og at direktivets skille mellom kunngjøring og anskaffelsesdokumenter benyttes i den nye loven. Konseptet *konkurransegrunnlag* er innarbeidet i norsk anskaffelsespraksis, og det vil ta noe tid å bli vant med å avskaffe konseptet. FMA mener likevel denne endringen er grei.

Utvalget foreslår heller ikke å videreføre de særlige tolkningsreglene som gjelder konkurransegrunnlaget, og tilsvarende for leverandørens tilbud. Selv om tolkningsreglene ikke følger av direktivet, og er en innarbeidet regel i anskaffelsespraksis, mener FMA det vil være et fornuftig pedagogisk grep å inkludere en tolkningsregel i loven som gjør det klart at oppdragsgiver har risikoen for uklarheter i anskaffelsesdokumentene, og leverandøren risikoen for uklarheter i sitt tilbud.

### 2.7.2 Konkurranse med forhandling

FMA støtter utvalgets forslag til ny lovbestemmelse som klargjør at det er tillatt å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, da direktivet etter utvalgets syn ikke stenger for forhandlinger om tilbud med vesentlig avvik. Det er først dersom endelig tilbud inneholder et vesentlig avvik at oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbudet. FMA er enig med utvalget i at en slik regulering vil ha betydelige praktiske og økonomiske fordeler, sammenlignet med den forståelsen som er lagt til grunn i av Nærings- og fiskeridepartementet og i DFØs veileder.

### 2.7.3 Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

Utvalget foreslår i kapittel 10 VII, bestemmelser om konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring som ligger noe tettere opp mot direktivet enn dagens regulering i FOA § 13-3 og 13-4. Blant annet foreslår utvalget at bestemmelsene ikke deles opp, slik at typetilfellene der oppdragsgiver kan anskaffe uten konkurranse ikke legges i én separat bestemmelse. Utvalget begrunner dette blant annet med at oppdragsgiver fortsatt vil føre forhandlinger med leverandør, selv om det kun er én leverandør som er aktuell. Etter FMAs syn er oppdelingen i dagens FOA av typetilfellene der oppdragsgiver kan anskaffe uten konkurranse et fornuftig pedagogisk grep, som også bør videreføres i den nye loven.

### 2.7.4 Kravspesifikasjoner

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 42 nr. 4 i anskaffelsesdirektivet i forslag til ny lov § 13-5. Et tilsvarende unntak er gitt i dagens FOA § 15-1 fjerde ledd bokstav b. I dagens FOA § 15-1 bokstav a er det imidlertid også adgang til å vise til bestemte merkevarer eller lignende der «*det er nødvendig ut fra anskaffelsens formål*». I slike tilfeller er det ikke krav til at henvisningen skal følges av uttrykket «*eller tilsvarende*». Etter hva FMA kan se, har ikke utvalget vurdert om et tilsvarende unntak skal inkluderes i den nye loven. Slik FMA ser det følger unntaket i FOA § 15-1 bokstav a av innledningen i artikkel 42 nr. 4 i anskaffelsesdirektivet - «*Unless justified by the subject-matter of the contract, [...]*». FMA mener et tilsvarende unntak som i dagens FOA § 15-1 fjerde ledd bokstav a bør inkluderes eksplisitt i ny lov.

### 2.7.5 Endringer i konkurransegrunnlag

Av dagens FOA § 14-2 første ledd første punktum fremgår det at oppdragsgiver før tilbudsfristen kan foreta rettelser, suppleringer og endringer av konkurransegrunnlaget «*som ikke er vesentlige*». Som utvalget påpeker, fremgår ikke en tilsvarende begrensning av anskaffelsesdirektivet. I artikkel 47 nr. 3 bokstav b er imidlertid oppdragsgiver pålagt å forlenge tilbudsfristen dersom det gjøres «*betydelige endringer*»/ «*væsentlige ændringer*». I sak C-298/215 *Borta* har EU-domstolen uttalt at adgangen til å endre anskaffelsesdokumentene kan utledes av prinsippene om ikke-diskriminering og likebehandling, og av den tilhørende gjennomsiktighetsforpliktelsen. Domstolen la i tråd med dette til grunn at oppdragsgiver kan gjøre visse endringer i anskaffelsesdokumentene dersom de ivaretar hensynet til likebehandling og forutberegnelighet. Domstolen uttalte at endringene kan være betydelige, men ikke så vesentlige at de kan ha betydning for hvilke leverandører som er interessert i å delta i

---



---

konkurransen. FMA mener det er et fornuftig grep av utvalget å ikke videreføre dagens regel i FOA § 14-2 første ledd første punktum i ny lov.

### 2.7.6 Meddelelse fra oppdragsgiver

Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet art. 55. nr. 1 i ny lov § 14-9. Etter bestemmelsen skal oppdragsgiver så raskt som mulig, skriftlig og samtidig, gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutninger som er truffet om å inngå en rammeavtale, å tildele en kontrakt eller opptak i et dynamisk innkjøpssystem. Hvem som skal anses som «berørte leverandører» er ikke definert i loven, men utvalget skriver på side 460 at berørte leverandører er «*leverandører som har meldt sin interesse i konkurransen eller leverandører som har levert inn tilbud*». I dagens FOA er berørte leverandører noe snevrere definert i § 4-5 bokstav f, som «*leverandørene som har levert en forespørsel om å delta i konkurransen og ikke har fått en meddelelse om at forespørselen er avvist eller forkastet, og alle leverandørene som har gitt tilbud*» (vår understreking). I den grad definisjonen av berørte leverandører i dagens FOA § 4-5 er korrekt gjennomføring av anskaffelsesdirektivet, mener FMA definisjonen bør opprettholdes. Uansett bør begrepet «berørte leverandører» inkluderes i definisjonskapittelet for å lette brukervennligheten.

### 2.7.7 Oppdragsgivers adgang til å be leverandør om å avklare tilbudet.

Av dagens FOA § 23-5 andre ledd fremgår det at en ettersending, supplerings, avklaring eller utfylling av tilbud «*skal ikke medføre at tilbudet forbedres*». Som utvalget fremhever, synes direktivets ordlyd sammen med foreliggende praksis fra EU-domstolen å innta en mer åpen tilnærming enn hva som fremgår av dagens bestemmelse i FOA. FMA er enig med utvalget i at § 23-5 andre ledd ikke bør videreføres i den nye loven med sin nåværende ordlyd.

Utvalget har landet på løsningen at EU-domstolens praksis ikke kodifiseres, i betydningen at føringene fra rettspraksis ikke detaljeres i ny lovbestemmelse. Utvalget «*vil overlate til departementet å vurdere, i lys av eventuell ny rettspraksis, om lovbestemmelsen bør konkretiseres ytterligere*». Rekkevidden av avklaringsadgangen er et praktisk viktig spørsmål som brukere av regelverket ofte må ta stilling til. Selv om det vil være utfordrende å finne en kort og konsis ordlyd som fanger opp rekkevidden av avklaringsadgangen i sin fulle bredde, håper FMA Nærings- og fiskeridepartementet vil konkretisere avklaringsadgangen ytterligere i den nye loven.

### 2.7.8 Utnyttelse av andre enheters kapasitet

Etter dagens FOA § 16-10 tredje ledd, fremgår det at oppdragsgiver skal kontrollere at virksomhetene som leverandøren støtter seg på, oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, og at det for øvrig ikke foreligger grunner for avvising. Oppdragsgiveren skal avvise leverandøren dersom en slik virksomhet ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene eller det foreligger obligatoriske avvisingssgrunner. Utvalget fremholder i NOUen pkt. 24.35.2 at denne bestemmelsen er «*unødvendig streng, og at den nye loven bør gi oppdragsgiver den samme fleksibiliteten som direktivet åpner for*». Utvalget foreslår i § 17-9 tredje ledd at «*Oppdragsgiver skal kreve at enheten byttes ut dersom den ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene eller det foreligger avvisingssplikt. Dersom det foreligger forhold ved enheten som gir avvisingssrett, kan oppdragsgiver kreve at enheten byttes ut.*» FMA mener det i bestemmelsen, eller i lovforarbeidene, bør klargjøres at oppdragsgiver har fleksibilitet til å selv bestemme om det skal kreves at enheten byttes ut i de nevnte tilfellene, eller om leverandøren skal avvises.

Et annet praktisk spørsmål er om oppdragsgiver har adgang til å akseptere at leverandører bytter ut underleverandører i konkurranser der det er gjort en reduksjon av antall ellers kvalifiserte leverandører etter utvelgelseskriterier, og på hvilke vilkår. I den grad det er mulig, bør dette adresseres i loven eller lovforarbeidene.

---

### 2.7.9 Kontraktsvilkår

Av dagens FOA § 19-1 fremgår det at «[d]er det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse.» Av utredningen kapittel 24.37.1.2 fremgår det at utvalget «ser det som hensiktsmessig å innføre en plikt til å begrunne avvik fra hovedregelen om å bruke velbalanserte og fremforhandlede standardkontrakter. Dette kan lede til økt transparens, og oppfordre til økt bruk av standardkontrakter der det er hensiktsmessig. Innholdet i begrunnelsen skal ikke kunne overprøves. Bruk av standardkontrakter vil også kunne medføre behov for at oppdragsgiver gjør avvik fra standardvilkårene i den kontrakt som blir benyttet. Begrunnelsesplikten vil også omfatte slike avvik. Ved begrunnelse av avvik vil det komme tydeligere frem hva som er særskilte risikoforhold ved denne anskaffelsen. Utvalget antar at bruk av standardkontrakter med tilhørende begrunnelsesplikt vil kunne bidra til å gi økt konkurranse om anskaffelsen.» Det legges opp til at begrunnelsen skal inntas i anskaffelsesdokumentene. FMA antar dette innebærer en mulighet til å inkludere begrunnelsen i anskaffelsesprotokollen. Dette må i alle fall gjelde der anskaffelsen gjennomføres som konkurransepreget dialog.

Selv om formålet bak begrunnelsesplikten er fornuftig, mener FMA byrdene for oppdragsgiver ved å innføre en ny begrunnelsesplikt ikke står i forhold til gevinstene. Særlig vil plikten til å begrunne ethvert avvik fra vilkårene i en standardkontrakt påføre oppdragsgivere en uforholdsmessig byrde. I tillegg vil også begrunnelser for å gjøre avvik fra standardkontrakter kunne forringe oppdragsgivers forhandlingsposisjon i den konkrete og fremtidige anskaffelser. Etter FMAs syn bør regelen som finnes i dagens FOA § 19-1 videreføres.

### 2.7.10 Kravspesifikasjoner

Regler om kvalifikasjonskrav og tilhørende dokumentasjonskrav følger i dag av FOA kapittel 16. Utvalget foreslår å gjennomføre direktivets regler om kvalifikasjonskrav i kapittel 17 i lovforslaget. Kravene til dokumentasjon for kvalifikasjonskravene foreslås konkretisert i forslaget til ny forskrift om offentlige anskaffelser. Fra et praktisk perspektiv vil det etter FMAs syn være hensiktsmessig å samle reglene om kvalifikasjonskrav og de tilhørende dokumentasjonskravene i loven.

Med hilsen

Øyvind Johan Kvalvik  
generalmajor  
investeringsdirektør

Christian Mikkelsen  
Juridisk direktør

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

---