
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Høringsbrev - NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser

Innledning

DFØ viser til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet og første delutredning fra anskaffelsesutvalget NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser. DFØ er i utgangspunktet positiv til flere av endringene utvalget har foreslått, herunder hovedgrepene i forslaget til nye regler om samfunnsansvar. DFØ mener også det er positivt at utvalget klargjør både forpliktelsene og handlingsrommet som følger av anskaffelsesdirektivene og EØS-retten, for eksempel klargjøring av muligheten for å forhandle bort vesentlige avvik. Videre at det er gjort et godt arbeid med å gjennomgå og kodifisere rettspraksis fra EU-domstolen. Klargjøring av regler bidrar til at regelverket blir mer brukervennlig og forenkler anskaffelsesprosessene for både innkjøpere og leverandører. Utvalget har foreslått omfattende endringer i regelverket, både store materielle endringer, endringer i begrepsbruk og mindre presiseringer for å klargjøre reglene eller kodifisere rettspraksis fra EU-domstolen. Nye regler vil innebære store endringer for både oppdragsgivere og leverandører, og det vil være stort behov for veiledning om de nye reglene.

Rollen digitalisering og deling av data kan spille i effektivisering og forbedring av offentlige anskaffelser er ikke en uttalt del av mandatet til utvalget. DFØ mener at digitalisering og bruk av data er viktig for å nå målene med anskaffelsesreglene, herunder effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Digitalisering og innsikt gjennom data bidrar til mer effektiv kontroll av krav som stilles i anskaffelsesprosessen, for eksempel krav til miljø og arbeids- og lønnsvilkår. Digitale anskaffelsesprosesser bidrar til økt gjennomsiktighet og sporbarhet og kan derfor redusere risikoen for korrupsjon og uryddig innkjøpspraksis.

DFØ mener anskaffelsesreglene i større grad bør legge til rette for å utnytte verdien skapt gjennom bruken av digitale løsninger og data i anskaffelsesprosessen, og har derfor valgt å gi noen kommentarer til konsekvenser forslaget har for dette arbeidet, samt forslag til hvordan reglene kan utformes for å legge bedre til rette for dette. For eksempel mener DFØ at all informasjon (inkludert kunngjøringer) som skal offentliggjøres (som et minimum) som hovedregel bør publiseres på Doffin, og at dette bør gjelde både over og under terskelverdiene. Dette skaper gjennomsiktighet for leverandørene og et datagrunnlag som legger til rette for både innsikt, læring og effektmåling i gjennomføring av offentlige anskaffelser.

Flere EU-reguleringer har krav om rapportering på strukturerte dataformat med formål om å måle effekten av og progresjon i omstillingspolitikk, for eksempel eForms og direktivet om bærekraftsrapportering. Dette er krav som treffer både oppdragsgivere og leverandører, og som kommer i tillegg til de krav som blir satt gjennom dette lovutkastet.

Del I Innledende bestemmelser

§ 1-1 Formål

Utvalget har foreslått en ny og mer omfattende formålsbestemmelse som fremhever målet om effektive og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser, og at loven blant annet skal bidra til at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte, omstilling til lavutslippssamfunn, innovasjon, konkurranse for små og mellomstore bedrifter mv. DFØ støtter hovedinnretningen i forslaget til ny formålsbestemmelse, men mener bestemmelsen bør omfatte et punkt om menneskerettigheter. «Menneskerettigheter» bør inngå i § 1-1 (2), og nevnes før «anstendig arbeidsforhold», i samme punkt: «menneskerettigheter og anstendig arbeidsforhold.»

Bakgrunnen for forslaget er blant annet at § 2-1 *Plikt til å ta samfunnshensyn og ha rutiner*, viser tilbake til samfunnshensynene nevnt i § 1-1 (2). Det å utelate menneskerettigheter fra sistnevnte paragraf vil kunne gi inntrykk av at menneskerettigheter er et samfunnshensyn som oppdragsgivere ikke forventes å ha rutiner for å håndtere.

§ 1-3 Saklig virkeområde – Lovens innslagspunkt

DFØ støtter i utgangspunktet forslaget om å heve innslagspunktet for loven til 300 000 kr. Som utvalget påpeker har denne verdien ligget fast siden 2006. Innslagspunktet bør heves for å følge den normale prisutviklingen i samfunnet. Etter DFØs vurdering kan det være vanskelig for oppdragsgiverne å vite hvilke verdier som gjelder hvis disse justeres for ofte. Hvilket innslagspunkt for loven som er riktig er mer usikkert, og DFØ mener dette må vurderes i sammenheng med hvor store forenklinger som blir gjennomført i reglene under terskelverdiene. Hvis reglene er svært enkle, kan det forsvare et lavere innslagspunkt enn hvis reglene er omfattende og detaljerte. Tilsvarende argumentasjon kan brukes om regelverket forutsetter og legger til rette for standardisering og utstrakt bruk av digitale støttesystemer i gjennomføringen av anskaffelser med lav verdi.

Del II Formål og forslag til nye regler om samfunnsansvar

Generelle innspill

På overordnet nivå støtter DFØ hovedgrepene forslagene knyttet til bærekraft og grønn omstilling. Det er viktig med en gjennomgående sterkere vektlegging av bærekraft og grønn omstilling, slik ny lov for offentlige anskaffelser legger opp til. Dette vil være sentralt for at Norge skal nå forpliktelsene om å redusere klimagassutslipp med 55% innen 2030, i tråd med Parisavtalen samt Bærekraftmålene. DFØ støtter at bærekraft nå inkluderes i formålsbestemmelsen §1-1. DFØ støtter også at det innføres en bestemmelse om grønn omstilling i §2-2 med plikt til å innrette anskaffelsespraksisen slik at samfunnshensyn ivaretas over og under terskelverdi.

DFØ støtter videre at det innføres en plikt til å vurdere hvordan anskaffelsen kan innrettes for å begrense samlet klimaavtrykk og miljøbelastning. Det er positivt at det innføres en plikt til å stille klima- eller miljøkrav til ytelsen med reell klima- og miljøgevinst. DFØ støtter at denne bestemmelsen erstatter nåværende hovedregel i FOA §7-9 om å vekte tildelingskriterier med minimum 30%. DFØ støtter også bestemmelsen §2-2 (3) som etablerer en plikt for oppdragsgiver til å prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk. Dette er viktig for å sikre at det stilles krav og kriterier som virkelig monner og at vi unngår klima- og miljøkrav og -kriterier som kun

vil gi marginale miljøeffekter. DFØ er også positive til at det inkluderes en hjemmel til å etablere standardiserte minimumskrav.

DFØ savner samtidig en forpliktelse om sirkulærøkonomi i den nye loven. Følgende tekst bør framgå på egnet sted i lovens kapittel 2 Samfunnshensyn:

«Oppdragsgiver skal gjennom sin anskaffelsespraksis bidra til å fremme sirkulærøkonomi.»

Dette er sentralt for å oppnå en grønn omstilling. Sirkulærøkonomi er en av hovedpilarene for EUs grønne giv, og det betydelige fokuset som sirkulærøkonomi tillegges for å fremme grønn omstilling, bør også speiles i den nye anskaffelsesloven.

Veiledning til §2-1 bør også påpeke viktigheten av at oppdragsgivere har rutiner som fremmer sirkulærøkonomi. Videre bør departementet vurdere muligheten for å etablere egne regler om bruktkjøp under terskelverdi. Anskaffelseslovens bestemmelser er i såpass lite tilpasset bruktkjøp at det også bør være mulig å etablere egne regler for å kunne kjøpe brukte varer over terskelverdi.

§ 2-1 Plikt til å ta samfunnshensyn og ha rutiner

Utvalget foreslår at ny anskaffelseslov bør inneholde en plikt for offentlige oppdragsgivere til å innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene som er nevnt i forslag til ny formålsbestemmelse ivaretas. Formålet med å innføre en slik plikt er å sikre god styring på virksomhetsnivå samt en helhetlig og effektiv tilnærming til virksomhetens håndtering av grønn omstilling.

DFØ støtter forslaget om et krav til å ha slike rutiner. Det skal bemerkes at omfang og innhold i slike rutiner må avgjøres etter en risiko- og vesentlighetsvurdering. Rutinene bør også tilpasses virksomhetenes egenart, og det kan være behov for ulike rutiner for store og små virksomheter. For å sikre at rutinene er egnet og relevante for å støtte opp om formålene med anskaffelsesloven, vil det være et behov for veiledning.

Eksempler på relevante rutiner på porteføljenivå kan være årlige analyser av forbruk/klima, risikovurdering av kategorier og årlig anskaffelsesplan for risikokategorier. For enkeltanskaffelser kan rutinene være gjennomføring av klima- og miljøkartlegging (jf. §2-2) og rolle- og ansvarfordeling som sikrer at kontrakter følges opp.

Rutiner er bare ett av flere virkemidler for å oppnå god styring på virksomhetsnivå. God styring forutsetter at det i tillegg settes mål for miljø og bærekraft, at det gjennomføres målinger, at man evaluerer resultater og effekter, samt iverksetter korrigerende tiltak dersom det er nødvendig. Derfor er god tilgang til data viktig for DFØ i vår rolle som veiledende og rådgivende fagorgan for offentlige anskaffelser og for virksomhetene selv.

§ 2-2 Grønn omstilling

§ 2-2 (1) Oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser

For å følge opp formålet med lovbestemmelsen mener DFØ at myndighetene bør fastsette mål om en samlet klimagassreduksjon for offentlige innkjøp innenfor prioriterte innkjøpskategorier der

utslippskutt er mest nødvendig- På den måten vil man sikre at utslippsreduksjonene i offentlige anskaffelser er i tråd med det nasjonale ambisjonsnivået jf. Klimaloven og regjeringens Grønn bok. Målene kan følges opp som en del av styringsdialogen med statlige virksomheter og i fremtidig veiledningsarbeid.

Digitalisering og deling av data vil være sentralt for å dokumentere at den ønskede effekten av ulike klima- og miljøkrav og -kriterier er oppnådd på en effektiv måte. For å følge opp målene bør virksomhetene stille kontraktskrav til at leverandører skal dokumentere og være forberedt på å rapportere måloppnåelse eller målprogresjon i hele kontraktsperioden. Det er her innsikten i hvilke krav og kriterier som gir ønsket effekt skapes.

Det skjer mye regelverksutvikling i EU på klima- og miljøområdet som påvirker alle virksomheter som leverer produkter og tjenester. Bærekraftsdirektivet setter rammer for både strategier, planer og rapportering fra den enkelte virksomhet, og økodesignforordningen kommer med krav til dokumentasjon av verdikjeder og andre bærekraftsaspekter gjennom for eksempel digitale produktpass. Dette er data som bør gjenbrukes når offentlig sektor anskaffer slik at dobbeltrapping og dobbeltarbeid unngås for leverandørene. Det bør således settes krav til at dette er informasjon som skal gjøres lett tilgjengelig for oppdragsgiver på standardiserte formater slik at informasjonen enkelt kan inngå i både evaluering av tilbud og til kontinuerlig kontraktsoppfølging.

Dette kan med fordel presiseres at §2-3 også bør inkludere hjemmel til å stille minstekrav til informasjon som skal være tilgjengelig for den enkelte kategori (i form av datafelter, dataformater eller datamaler) slik at vi oppnår en så effektiv og dekkende kontraktsoppfølging og læring gjennom innsikt som mulig.

Regler om klima og miljø under terskelverdiene

Gitt den betydelige innsatsen Norges innkjøpere må legge ned framover for å bidra til å begrense miljøbelastning og til å nå klimamålene mener DFØ at ny anskaffelseslov bør ha mer konkrete forpliktelser til klima og miljø også under terskelverdiene. Det bør utredes nærmere hvordan en slik forpliktelse utformes.

§2-2 (5): Forpliktelsene etter første til tredje ledd kan oppfylles ved bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av Direktoratet for forvaltning og økonomistyring

Det bør fremkomme i teksten at det her menes både veiledende krav og kriterier, ikke kun kriterier, slik det står i dagens tekst.

§ 2-4 Innovasjon

Ettersom mange vil lese loven bokstavelig, vil omtale av et utvalg prosedyretyper gi en risiko for å begrense anskaffelser med innovasjon som formål til kun de nevnte prosedyrene. Det er mulig å gjennomføre innovative anskaffelser med samtlige prosedyrer i regelverket. Denne listen anbefales derfor å være uttømmende istedenfor å gi eksempler. Plan- og designkonkurranser bør derfor inkluderes i omtalen av prosedyrene.

§ 2-5 Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i tjenestekontrakter og bygge- og anleggsanskaffelser

Utvalget foreslår at innslagspunktet for kravet om kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår senkes fra dagens særskilte terskelverdier slik at kravene gjelder for anskaffelser med en verdi som er lik eller overstiger lovens innslagspunkt. Dette betyr at oppdragsgivere får plikt til å stille krav om lønns- og arbeidsvilkår for alle tjeneste-, bygge- og anleggskontrakter med en verdi som overstiger kr 300 000.

Det foreslås videre at innslagspunktet for kontrollplikten inntre for kunngjøringspliktige anskaffelser. Det oppstår dermed et skille mellom når oppdragsgiver har kontrollplikt og når oppdragsgiver kun skal følge opp kravet på ordinært vis. Dette medfører også at innslagspunktet for kontrollplikten for bygge- og anleggsanskaffelser heves sammenlignet med terskelverdien i dagens regelverk. Det antas at det kan svekke hovedformålet bak reglene, nemlig å sikre anstendige lønns- og arbeidsvilkår.

DFØ antar, i likhet med mindretallet i utvalget, at det vil være vanskelig å skille mellom når plikten til å innta kontraktsvilkåret skal gjelde og når det foreligger en plikt for oppdragsgiver til å gjennomføre risikobasert kontroll. I praksis antas det at det er liten forskjell på gjennomføring av den risikobaserte kontrollplikten og kontraktsoppfølging generelt av slike krav. Etter direktoratets oppfatning vil flertallets forslag innebære et kunstig skille mellom oppfølging av kontraktsvilkårene om lønns- og arbeidsvilkår og tilhørende kontrollplikt. Det er behov for klare, konsise regler som er enkle å forstå og som er mulig å etterleve med en fornuftig ressursbruk hos oppdragsgiver. Innslagspunktet for plikten til å stille kontraktsvilkår om krav til lønns- og arbeidsvilkår og for kontrollplikten foreslås derfor å følge kunngjøringsplikten.

§ 2-6 Kontraktsvilkår om lærlinger

Utvalget foreslår å videreføre dagens regel om å stille krav om bruk av lærlinger. Bestemmelsen er med på å fremme et seriøst arbeidsliv og bidrar til å sikre tilstrekkelig antall læreplasser. Det foreslås at kravet til lærlinger skal gjelde for samtlige anskaffelser som omfattes av loven dersom de øvrige vilkårene er oppfylt.

Forslaget medfører etter DFØs mening en ikke ubetydelig innskjerping av virkeområdet for kravet til lærlinger. Dette vil øke kompleksiteten og de administrative byrdene for oppdragsgiverne. I tillegg kan en slik innskjerping av kravet til lærlinger virke som en barriere for muligheten til små og mellomstore bedrifter for å vinne offentlige kontrakter. Av den grunn foreslår DFØ at innslagspunktet for plikten bør følge kunngjøringsplikten.

§ 2-9 Skatteattest

Utvalget foreslår at kravet til skatteattest videreføres, og kravet foreslås å gjelde for alle anskaffelser som omfattes av loven. Et krav om dokumentasjon som i dag fremkommer i skatteattesten er viktig for å sikre at offentlige oppdragsgivere ikke inngår kontrakter med leverandører som mangler evne eller vilje til å betale skatt.

Skatteetaten deler data som andre virksomheter kan gjenbruke for å forenkle og effektivisere. DFØ har gjennom arbeidet med eBevis erfart at det er utfordrende å basere seg på attester når slike

digitaliserte tjenester skal utvikles basert på blant annet data fra Skatteetaten. For å sikre at anskaffelsesloven legger til rette for deling og gjenbruk av data bør begrepet "skatteattest" byttes ut med "skatteinformasjon" i loven.

Dokumentasjon om skatter og avgifter er også viktig for å forhindre og bekjempe arbeidslivskriminalitet. Etter DFØs syn er det derfor viktig at anskaffelsesloven legger til rette for å bruke datadeling til automatiserte kontroller av skatteinformasjon og andre lov- og forskriftsfestede seriositetskrav. Anskaffelsesloven må da gi grunnlag for at oppdragsgiver kan innhente og kontrollere skatteinformasjon gjennom hele kontraktperioden.

Manglende harmonisering av skattelovgivning og anskaffelseslovgivning gjør det utfordrende å dele data på en effektiv måte i dag.

DFØ støtter utvalgets begrunnelse for å videreføre et krav om skatteinformasjon, men for å sikre mulighet for gjenbruk av data for å forenkle og effektivisere kontroll av etterlevelse av regelverketregelverket bør bestemmelsen omformuleres. Følgende kan være et eksempel på hvordan dette kan utformes:

§2-9 Dokumentasjon av at skatte- og avgiftsplikter

Oppdragsgiver skal kreve at den valgte leverandør, inkludert underleverandører, fortløpende dokumenterer at skatte- og avgiftsplikter er overholdt. Dette gjelder bare for norske leverandører.

Det bør også vurderes om det skal stilles krav til at oppdragsgiver skal legge til rette for at innhentingen av skatte- og avgiftsinformasjon kan gjøres digitalt og automatisk. Dette vil i praksis være et krav til oppdragsgiver om at de skal benytte tjenesten eBevis. Leverandører kan da samtykke til at oppdragsgiver henter informasjon fra denne tjenesten fortløpende. Det er stor sannsynlighet for videreutvikling av digitale tjenester som eBevis fremover, loven bør derfor stille krav til at data deles digitalt og automatisk, uten å presisere hvordan det gjøres.

Del III Forslag til nye regler under EØS-terskelverdiene

Innledning

Utvalgets forslag til forenkling av reglene under EØS-terskelverdiene gir oppdragsgivere mer fleksibilitet til å velge hvordan anskaffelser skal gjennomføres. Etter DFØs vurdering er balansen mellom hensynet til fleksibilitet og redusert tidsbruk og hensynet til åpenhet, konkurranse for små og mellomstore bedrifter, innovasjon og tillit til offentlige oppdragsgivere vesentlig i utformingen av nasjonale anskaffelsesregler. En viktig vurdering er om kunngjøringsplikten for anskaffelser under EØS-terskelverdiene skal fjernes, slik utvalget foreslår. Kunngjøringsplikten gjelder i dag for anskaffelser over 1,3 millioner kroner. Siden EØS-terskelverdi er på 1,4 millioner kroner for staten og 2,2 millioner kroner for kommunene, vil fjerning av dagens kunngjøringsplikt under EØS-terskelverdiene ha størst betydning for kommunene.

DFØ vil først gi noen generelle innspill om reglene som stiller krav om offentliggjøring eller annonsering. Lovutkastet er upresist på hvor og hvordan informasjon om anskaffelsen skal offentliggjøres. Dette skaper unødvendig tolkningsrom og kompliserer digitalisering. Dette gjelder spesielt i dette kapittelet.

Termer som «kunngjøring», «annonser kontrakt», «annonser anskaffelsen» og «offentliggjøre» er brukt om hverandre i lovutkastet. Utfordringen er at dette åpner opp for individuell tolkning av hva som faktisk ligger i termen/begrepet, basert på den kunnskap eller erfaring som den enkelte har med dette.

Et konkret eksempel som kan skape unødvendig uklarhet er foreslått §3-3 der utvalget har brukt termen «annonser kontrakt». Dette er inspirert av den danske udbudsloven der man forut for gjennomføring skal «annonsere kontrakt». Samme terminologi er brukt i den danske oversettelsen av «Contract Notice» i eForms-reguleringen. På norsk er dette oversatt til «konkurranseskunngjøring», som igjen er assosiert med å kunngjøre på Doffin.

Det ville være en stor fordel om man gjenbrakte samme termer som over terskel (eForms-reguleringen) der det er klarere hvor i anskaffelsesprosessen oppdragsgiver skal kunngjøre:

- Forhåndskunngjøring (Prior Information Notice – PIN)
- Konkurranseskunngjøring (Contract Notice – CN)
- Kunngjøring av tildelt kontrakt (Contract Award Notice – CAN)

Dette kan kombineres med nøkkelordene «enkel», «frivillig» og/eller «nasjonal» for å angi konkret bruk. DFØ mener at all offentliggjøring av informasjon minst bør skje gjennom Doffin. All informasjon som offentliggjøres bør uansett møte minimumskrav til struktur (datamal, en moderne form for skjema) og være maskinlesbare slik at de kan skape verdi. Loven bør ha en hjemmel som lar NFD eller DFØ fastsette denne type minimumskrav (som erstatter dagens hjemmel om skjema). Se også innspill til § 14.

§ 3-1 Vare- og tjenesteanskaffelser

Utvalget foreslår å forenkle regelverket under EØS-terskelverdi ved å blant annet fjerne kunngjøringsplikten.

Det er et stort spenn i anskaffelseskompetanse hos offentlige oppdragsgivere, og DFØ mener lovforslaget innebærer risiko for at oppdragsgivere over tid henvender seg til, og ber om tilbud fra, de samme leverandørene. Dette kan over tid svekke konkurransen, øke risikoen for korrupsjon og kameraderi og svekke tilliten til offentlig sektor. Etter DFØs vurdering er det derfor uheldig hvis kunngjøringsplikten for konkurranser under EØS-terskelverdiene oppheves. Kunngjøring av konkurranser på en felles plattform som Doffin bidrar til mer åpne anskaffelsesprosesser, øker tilliten til at anskaffelsene skjer i på en ryddig måte og gjør det lettere for små eller nyetablerte bedrifter å få oversikt over konkurranser de kan delta i. Kunngjøring av konkurranser er også viktig for at oppdragsgivere skal få informasjon om nye bedrifter og innovative løsninger.

DFØ har ikke gjort en grundig vurdering av hvor nivået for nasjonale kunngjøringsplikt bør settes. Den nasjonale kunngjøringsplikten for statlige vare- og tjenestekjøp gjelder i dag bare for anskaffelser mellom 1,3 og 1,4 millioner kroner og det kan være lite hensiktsmessig å fortsette med regler som kun gjelder for anskaffelser med verdi mellom 1.3 og 1.4 millioner kroner. Det bør derfor vurderes om det er mer hensiktsmessig å senke plikten til å kunngjøre konkurranser noe, for eksempel til anskaffelser med verdi på 1 million kroner. Reglene for gjennomføring av anskaffelser hvor det er kunngjøringsplikt bør være enkle og gi oppdragsgiver stor grad av fleksibilitet i utforming av konkurransen. For å understøtte dette bør mulighetsrommet med teknologi utnyttes, for eksempel ved

at Doffin utvikles til å lage automatiserte og forenklede nasjonale kunngjøringer for denne type anskaffelser.

Det kan utformes overordnede regler uten spesielle krav til prosedyrer, men med plikt til at det settes en rimelig frist for å levere tilbud og å underrette leverandørene som har gitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. Anskaffelsene må gjennomføres i samsvar med prinsippene i regelverket, men innholdet i prinsippene må klargjøres slik at oppdragsgivere ikke bruker unødvendig mye ressurser på å vurdere hvilke plikter som følger av prinsippene eller at de lager mer detaljerte prosesser enn nødvendig. DFØ viser til punktet under med innspill om prinsippene for anskaffelser.

Forenkling av regelverket må også vurderes i sammenheng med andre tiltak for å effektivisere anskaffelsesprosessene. Det er handlingsrom i dagens regelverk som legger til rette for praktisk forenkling som i større grad kan utnyttes, for eksempel rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger forvaltet av profesjonelle innkjøpscenter på vegne av alle innkjøpere.

Digitale støtteløsninger for gjennomføring av anskaffelser (KGV) er i dag også et viktig virkemiddel for å gjennomføre anskaffelser på en effektiv og korrekt måte. Gjenbruk av data og nye kunngjøringsskjema på strukturerte og maskinhåndterbare dataformat slik som eForms legger nå til rette for ytterligere effektivisering og kvalitetsheving, spesielt med tanke på kunngjøringer.

§§ 3-1 og 9-1 Prinsipper for anskaffelser

Utvalget foreslår på den ene siden å skille mellom forvaltningsmessige prinsipper som skal gjelde for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og på den andre siden at prinsippene i EØS-retten og anskaffelsesdirektivet kun gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene og for anskaffelser med klar grensekryssende interesse.

DFØ støtter at det klargjøres hvilke forpliktelser som følger av EØS-retten og anskaffelsesdirektivet og hva som følger av nasjonale regler. DFØ er likevel i tvil om to sett med prinsipper er hensiktsmessig. Det er stor variasjon i kompetanse og faglig bakgrunn blant innkjøpere i offentlig sektor. Å ha to sett med prinsipper kan virke kompliserende. Enkelte av prinsippene, for eksempel prinsippet om likebehandling, har likheter, men også enkelte viktige forskjeller.

Etter DFØs vurdering kan to sett med prinsipper skape usikkerhet og reise en rekke spørsmål om det nærmere innholdet og anvendelsen av prinsippene. DFØ tror det er en bedre løsning å ha ett sett med prinsipper, men klargjøre hva oppdragsgiver ikke er forpliktet til i reglene under EØS-terskelverdiene. Et eksempel kan være forskjellen utvalget omtaler om innholdet i likebehandlingsprinsippet, hvor utvalget viser til at oppdragsgiver kun er forpliktet til å ta hensyn til potensielle leverandører etter likebehandlingsprinsippet som gjelder etter EU-retten. At det er ulikt innhold i hensynet til likebehandling av potensielle leverandører, reiser spørsmål om det er ulik mulighet under og over EØS-terskelverdiene til å gjøre endringer i pågående konkurranser eller i inngåtte kontrakter. Dette bør klargjøres tydeligere i regelverket og forarbeider.

Hvis departementet likevel velger å opprettholde utvalgets forslag om to sett med prinsipper, mener DFØ at innholdet i de forvaltningsrettslige prinsippene må klargjøres, både i loven, forarbeider og veiledning.

Bestemmelsen om de forvaltningsrettslige prinsippene har en overordnet og kortfattet utforming. Selv om innholdet i prinsippene følger av andre regler eller bakgrunnsretten, er det etter DFØs vurdering enklere for oppdragsgivere å bruke regelverket hvis det for eksempel klargjøres at det er krav til skriftlighet og å dokumentere viktige beslutninger. Hvis oppdragsgivere innhenter to eller flere tilbud, jf. forslag til § 3-1, er det etter DFØs vurdering, nødvendig å informere deltakerne om reglene for konkurransen. Reglene kan være enkle og overordnede, men leverandørene må få tilstrekkelig informasjon til at de kan levere tilbud og vite hva oppdragsgiver vil vektlegge i evalueringen.

Unntak fra anskaffelsesregelverket i reglene under EØS-terskelverdi

Utvalget foreslår å samle reglene om unntak fra regelverket i et eget unntakskapittel for anskaffelser over EØS-terskelverdi. De vurderer at det ikke foreligger behov for tilsvarende regulering av unntak i reglene for anskaffelser under EØS-terskelverdi, med henvisning til at de foreslåtte reglene er såpass enkle at det ikke vil være behov for unntak fra disse. Det vises også til at den foreslåtte reguleringen ikke vil medføre en mer omfattende regulering av disse anskaffelsene, enn reguleringen av dem etter gjeldende rett.

DFØ påpeker i den forbindelse at unntakene fra anskaffelsesdirektivet i dag reguleres i anskaffelsesforskriften del I, nærmere bestemt i kapittel 2 og 3. Sett bort fra anskaffelser som er omfattet av de andre forskriftene, og som derfor er unntatt etter anskaffelsesforskriften § 2-1 (1), er samtlige av unntakene som stammer fra anskaffelsesdirektivet unntatt reglene i både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, jf. anskaffelsesforskriften §§ 2-1 (2) til 3-4.

Etter DFØs vurdering er det behov for å omtale unntakene nærmere også for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Å ikke omtale unntak for reglene under EØS-terskelverdi kan, etter DFØs vurdering, skape usikkerhet og unødvendig tidsbruk. Om dette løses ved å henvise til lovens kapittel 7 eller øvrig omtale kan vurderes nærmere, men DFØ er av den oppfatning at rekkevidden av unntakene må klargjøres for å unngå uklarhet.

§ 3-2 Bygge- og anleggsanskaffelser

DFØ støtter utvalgets forslag om at bygge- og anleggsanskaffelser under 3 millioner kroner reguleres på samme måte som vare- og tjenesteanskaffelser.

Når det gjelder bygge- og anleggsanskaffelser mellom 15 millioner kroner og EØS-terskelverdi støtter imidlertid DFØ mindretallets vurdering om at «nedtrekksmodellen» som flertallet foreslår, kompliserer rettsbildet og skaper usikkerhet. Videre støtter DFØ mindretallets vurdering om at det vil være enklere for oppdragsgivere og leverandører at alle kunngjøringspliktige anskaffelser under EØS-terskelverdi følger samme regelsett.

Selv om modellen som flertallet foreslår medfører en forenkling, i den forstand at den gir oppdragsgiver færre forpliktelser i anskaffelser under EØS-terskelverdien, vil den etter DFØs vurdering medføre en mer komplisert gjennomføring av anskaffelser i praksis. For å kunne følge prosessreglene i lovens del III med unntak, må oppdragsgiver først være kjent med reglene i del III. Det betyr i praksis at en liten oppdragsgiver som i dag kun forholder seg til del II i regelverket, nå også må gjøre seg kjent med del III for å kunne benytte det som erstatter del II. Det vil i praksis medføre et høyere krav til innkjøpskompetanse hos små oppdragsgivere. I tillegg kan åpne prosessregler med stort handlingsrom for juridisk tolkning være vanskelig å forholde seg til for oppdragsgivere og

leverandører med manglende juridisk og anskaffelsesfaglig kompetanse. Oppdragsgiver må angi egne prosessregler og for hver konkurranse vurdere om disse prosessreglene oppfyller de generelle kravene om konkurranse i formålsparagrafen og omgåelsesforbudet. Dette vil særlig ramme mindre oppdragsgivere med manglende juridisk kapasitet og kompetanse.

I modellen foreslått av mindretallet skal tildelingskriterier angis i prioritert rekkefølge. Det er DFØs anbefaling at dette endres til "kriteriene vektet eller angis i prioritert rekkefølge".

Del IV Forslag til endringer i regler over EØS-terskelverdiene

§ 8-2 Tjenestekontrakter som gjelder forsknings- og utviklingstjenester

Etter DFØs vurdering er det ønskelig å forenkle ordlyden i lovens forslag til unntaksbestemmelse om forsknings- og utviklingstjenester. Bestemmelsens hovedformål er unntaket, men ordlyden omhandler de forhold som må være på plass for at FoU-tjenester likevel omfattes av loven. Dette er unødvendig kompliserende. DFØs forslag er å benytte ordlyden slik den var før endringen i 2017 (§1-3 (2) g):

“Forskriften får ikke anvendelse på: Forsknings- og utviklingstjenester når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet.”

§ 11-4 Rammeavtaler med flere leverandører

Av utkast til bestemmelse fremgår det at: «Direkte tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av rammeavtalens kontraktvilkår. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter under rammeavtalen.»

DFØ finner grunn til å påpeke at direktivet ikke benyttet begrepet «fordelingsnøkkel». Begrepet «fordelingsnøkkel» kan gi inntrykk av at leveransen skal «fordeles» mellom avtaleleverandørerne slik det beskrives i utvalgets kommentar til forslaget (i motsetning til «tildeling» som det heter i lovforslaget). En utbredt misforståelse er at leveransene må fordeles iht en brøk eller tilsvarende. På denne bakgrunn foreslår DFØ at siste setning i § 11-4 skal lyde som følger: «Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette de objektive vilkår for tildeling av kontrakter under rammeavtalen.»

DFØ finner videre grunn til å knytte en merknad til utvalgets kommentar om at leverandørene skal kunne ha «en forutberegnelig leveringsforpliktelse». Formuleringen kan gi inntrykk av at oppdragsgiver har en motsvarende kjøpsforpliktelse. DFØ minner om at rammeavtaler normalt ikke innebærer noen kjøpsplikt, jf fortalens premiss 61, med mindre oppdragsgiver har påtatt seg en slik forpliktelse. Rammeavtaler innebærer altså i utgangspunktet ingen forpliktelse for oppdragsgiver til å tildele kontrakter for en viss mengde eller verdi, og følgelig normalt heller ingen motsvarende forventning hos leverandør. Imidlertid innebærer rammeavtaler i utgangspunktet en plikt for oppdragsgiver til å benytte rammeavtalen ved behov som er omfattet av denne.

§14 – Kunngjøring av konkurransen

I kapittel 24.33 omtaler utvalget de vurderinger som ligger til grunn for å ta inn anskaffelsesdirektivets artikler 48-55 som omhandler offentliggjøring og gjennomsiktighet inn i den

nye lovens §14. Utvalget legger dansk direktivtekst og -fortale til grunn for sin beskrivelse av gjeldende rett, uten å ta hensyn til at gjeldende norsk rett gjør kunngjøring på Doffin obligatorisk (Doffins rolle som nasjonal kunngjøringsdatabase), og at kunngjøring i TED-databasen for norske oppdragsgivere kun skal skje gjennom Doffin (Doffins rolle som eSender). I sin omtale av gjeldende rett for nasjonale anskaffelser etter FOA del II skriver utvalget om kunngjøringsplikt i den nasjonale kunngjøringsdatabasen Doffin, og frivillig og obligatorisk bruk av Doffin er del av utvalgets forslag til nye nasjonale bestemmelser i del II i anskaffelsesloven. I forslag til ny anskaffelseslov §14 er imidlertid ikke Doffin nevnt.

Med utgangspunkt i den rollen Doffin har som felles kunngjøringsplattform for nasjonale kunngjøringer under og over EØS-terskelverdi i gjeldende rett, og utvalgets egen inkludering av Doffin i forslaget til nye nasjonale regler under EØS-terskelverdi, antar DFØ at utvalgets manglende inkludering av Doffin i forslaget til ny §14 i anskaffelsesloven ikke er tilsiktet. Om utvalget hadde hatt til hensikt å ta bort norske oppdragsgivers plikt til å kunngjøre på norsk, å ta bort muligheten leverandører i det norske markedet har for å få en samlet oversikt over markedsmuligheter knyttet til offentlige anskaffelser, eller på annen måte vesentlig endre norsk kunngjøringspraksis og Doffins rolle, antar vi at dette ville vært omtalt særskilt.

DFØ legger til grunn at dagens bestemmelser i kapittel 21 i FOA (og tilsvarende bestemmelser i forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften) i hovedsak videreføres i ny anskaffelseslov. Det kan være relevant for departementet å vurdere om det skal gjøres justeringer knyttet til følgende:

- Mulighet for at norske oppdragsgivere under visse omstendigheter, eksempelvis om de mangler tilgang til et verktøy for å lage kunngjøringer i gyldig format, kan kunngjøre direkte i TED-databasen på et EU-språk. En slik åpning vil forutsette at kunngjøringen også publiseres på Doffin i etterkant.
- At det innføres en plikt til å gjøre alle anskaffelsesdokumenter tilgjengelig via Doffin på maskinlesbar måte, og at tilbydere kan melde sin interesse via et standardisert programmeringsgrensesnitt (API) via Doffin. Dette er en videre utdyping av dagens regel om at dette skal være fritt tilgjengelig. En slik løsning skaper en løsere kobling mellom oppdragsgivers støttesystem og tredjeparters (leverandører av varsling) nye innovative måter å finne relevante konkurranser for tilbydere. Dette vil også kunne bidra til at det blir færre, men rette, tilbud i konkurransen.
- En hjemmel for departementet til å sette minstekrav til strukturerte informasjonselementer (datamal) som skal eksistere i anskaffelsesdokumentene. Formålet er å gjøre det enklere å synliggjøre de vurderingene som er lagt til grunn for anskaffelsen egge til rette for læring, kvalitetsheving og gjenbruk. Et eksempel på dette er vurderinger gjort relatert til bærekraft og grønn omstilling. Dette kan gjerne sees i sammenheng med DFØs forslag til endringer i §2-3.
- Utrede kort om det er ytterligere fellestjenester, slik som dagens oversettingstjeneste i Doffin, som det er formålstjenlig blir tilbydd sentralt. Dette kan være tjenester som er basert på datagrunnlaget som blir samlet i Doffin, for eksempel innsikt i hvordan andre har gjennomført anskaffelser med samme behov, om det eksisterer rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger som kan benyttes osv. Dette er tjenester som kan utgjøre byggeklosser som benyttes av tredjeparter til å lage nye og innovative digitale støtteløsninger for gjennomføring, som igjen vil kunne medføre høyere kvalitet og effektivitet i gjennomføring av anskaffelser.

§ 18-1 Tildelingskriterier

Laveste pris

DFØ mener at bruk av laveste pris eller kostnad som eneste tildelingskriterium forutsetter at forpliktelsene om hensyn til klima og miljø ivaretas på andre måter. DFØ mener at regelverket vil være enklere å forstå dersom denne sammenhengen uttrykkes eksplisitt. Vi foreslår derfor at følgende setning legges til nederst i §18-1:

«Ved tildeling på grunnlag av laveste pris eller kostnad forutsettes det at hensynene i § 2-2 er ivaretatt på en annen måte enn gjennom bruk av tildelingskriterium.»

§ 18-2 Tildeling basert på pris eller kostnad og kvalitet

Etter DFØs erfaring er det stor usikkerhet og mange tvister knyttet til spørsmål om evaluering og vurderingsmodeller. Utvalget har ikke foreslått å kodifisere noe av den ulovfestede retten fra EU-domstolen knyttet til vurderingsmodeller. For eksempel fremgår det av sak C-6/15 Dimarso fra EU-domstolen at oppdragsgiver må fastsette vurderingsmodell før tilbudene åpnes, og at den valgte modellen ikke må forskyve den relative vektningen av tildelingskriteriene. DFØ mener at kodifisering av rettspraksis vil redusere usikkerhet om disse spørsmålene og anbefaler at praksis fra EU-domstolen tas inn i reglene.

§ 24-1 Anskaffelsesprotokoll

Lovforslaget inneholder informasjon som skal fremgå av anskaffelsesprotokollen for anskaffelser som gjennomføres etter reglene som gjelder over EØS-terskelverdi. I utkast til § 2-1 er det et krav for kunngjøringspliktige anskaffelser å gjennomføre en vurdering av hvordan anskaffelsen kan innrettes for å begrense dens samlede klima- og miljøbelastning. Det fremgår av forslaget til § 2-1, andre ledd bokstav a, at kartleggingen skal inngå i anskaffelsesprotokollen. Selv om forslag til § -24-1 om anskaffelsesprotokoll inneholder et punkt om «andre vesentlige forhold», er det en risiko for at informasjonen fra kartleggingen kan bli glemt, og DFØ foreslår derfor at det tilføyes et punkt i § 24-1 om å inkludere kartleggingen om miljø- og klimabelastning i anskaffelsesprotokollen. Etter DFØs vurdering bør også protokollen inneholde informasjon om anskaffelsen innebærer risiko for brudd på menneskerettigheter, jf. § 2-8, og hvordan dette følges opp i anskaffelsen.

Del V Avsluttende del

Forskrifter – § 2-5 Gjennomføring av direktiv 2014/55/EU

Utvalget foreslår ikke å gjøre materielle endringer i den norske gjennomføringen av direktiv 2014/55/EU, men å gjennomføre direktivet som del av anskaffelsesforskriften i stedet for i egen forskrift.

Dagens forskrift er gitt av DFD (KDD), ikke NFD, så vi forutsetter at endringen gjøres som en omforent beslutning. DFØ forutsetter at det materielle innholdet i forskrift om elektronisk fakturering i offentlige anskaffelser ikke endres ved flytting inn i en ny generell anskaffelsesforskrift, og at den nasjonale regelen om plikt for oppdragsgiverne til å stille krav om elektronisk faktura i standardformat (EHF/Peppol BIS) mv. videreføres. Det må presiseres at DFØ forventer at det er hovedinnholdet, ikke bare “enkelte av bestemmelsene”, som inntas i ny anskaffelsesforskrift.

Dagens forskrift har gitt store gevinster i form av effektivisering og økt kvalitet på fakturaprosessen og tjener som et veldig godt eksempel på hvordan offentlige anskaffelser kan benyttes for å skape endring.

Vennlig hilsen

Hilde Singsaas
direktør

Gunnar Wessel Thomassen
avdelingsdirektør

Brevet er elektronisk godkjent og sendes uten underskrift

Kopi: Finansdepartementet