

Det Kongelige Nærings- og Fiskeridepartement  
Att: Monica Auberg  
Postboks 8004 Dep  
0030 Oslo

Vår ref.: 5000009  
Ansvarlig partner: Ola Haugen

Oslo, 3. august 2015

## Høringsuttalelse - Forslag om endring av lov om offentlige anskaffelser og tilhørende forskrifter

### 1 INNLEDNING

Vi viser til Nærings- og Fiskeridepartementets høringsbrev av 17. mars 2015.

Wikborg, Rein & Co. Advokatfirma DA ("Wikborg Rein") inngir med dette høringsvar til forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektoren.

Vi beklager at høringsuttalelsen kommer etter fristens utløp.

### 2 KOMMENTARER TIL ENDRINGER I FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

#### 2.1 Innledning

Wikborg Rein er i hovedsak positiv til departementets forslag som på flere punkter kodifiserer EU-domstolens praksis, klargjør rettsstillingen, reduserer de administrative byrdene og skaper noe mer fleksibilitet for oppdragsgiverne ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. De nye direktivene inneholder viktige endringer og departementet har etter vårt syn strukket seg langt for å benytte det handlingsrommet som følger av direktivene.

Samtidig skapes det noen nye områder betydelig uklarhet og usikkerhet.

#### 2.2 Virkeområde

Forslaget til ny FOA § 2-1 annet ledd unntar kontrakter som er omfattet av forskrift om offentlig persontransport. Forskrift om offentlig persontransport fastsetter imidlertid at tjenstekontrakter ("bruttokontrakter") er regulert av FOA. Brukere av regelverket blir dermed sendt frem og tilbake. Denne reguleringen bør gjøres mer pedagogisk ved at det fremgår at for tjenstekontrakter så gjelder forskrift om offentlig persontransport i tillegg til FOA.

**Oslo**

**Bergen**

**London**

**Singapore**

**Shanghai**

**Kobe**

Forslaget til ny FOA § 2-3 gir unntak fra både LOA og forskriften. Wikborg Rein forstår at dette er gjort for å løse utfordringen som har vært knyttet til at unntakene i direktivet kun har stått som unntak i forskriften og ikke i loven. For ny FOA § 2-3 bokstav c, d, f og g virker dette hensiktsmessig. Ved å unnta anskaffelsene i bokstav a, b, e og h fra LOA, så unntas imidlertid disse anskaffelsene også helt fra plikten til konkurranse. Det er eksempelvis omfattende praksis fra KOFA at selv om leie av fast eiendom er unntatt fra kunngjøringsplikt, så stiller LOA § 5 krav til konkurranse. Det synes lite hensiktsmessig å fjerne denne konkurranseplikten. Wikborg Rein vil derfor foreslå at § 2-3 bokstav a, b, e og h ikke unntas fra LOA, men kun fra forskriften.

Tilsvarende bør ikke § 2-4 første ledd unntas fra LOA. Det bør gjelde et krav til konkurranse så langt som mulig ved FOU-anskaffelser, slik at dette unntaket bør kun være fra prosedyrekravene i FOA og ikke fra LOA.

Reguleringen i ny § 2-1 første ledd bokstav b og § 2-5 er en rotete og upresis gjennomføring av unntaket i direktivet artikkel 15 og EØS-avtalen artikkel 123. Reguleringen bør samles et felles sted i forskriften og artikkel 15 må gjennomføres fullt ut i forskriften.

Reguleringen som står i §§ 4-5 til 4-8 bør flyttes til kapittel 2 som regulerer når FOA kommer til anvendelse. Kapittel 4 gjelder anvendelsesområde for de ulike delene av forskriften, mens bestemmelsene gjelder når forskriften kommer til anvendelse.

### **2.3 Plikten til avvisning pga. relativ bedømmelsestil bør ikke fjernes**

Regelen om avvisningsplikt på grunn av relativ bedømmelsestil følger av dagens FOA § 20-13 (1) bokstav f, som lyder:

*"Et tilbud skal avvises når [...] det på grunn av avvik, forbehold, feil, ufullstendigheter, uklarheter eller lignende i en anbudskonkurranse kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene."*

Bestemmelsen er ikke videreført i departementets forslag til ny § 18-8 (1). Det er uklart om departementet har ment å gjøre noen realitetsendring ved å fjerne bestemmelsen. Endringen kommenteres ikke i høringsnotatet. Bestemmelsen om avvisning på grunn av relativ bedømmelsestil er en av de reglene som anvendes mest i anskaffelsesregelverket. Wikborg Rein ser derfor svært alvorlig på at man foreslår å fjerne en svært viktig regel uten å forklare hvorfor, herunder hvordan situasjoner som i dag reguleres av bestemmelsen skal reguleres fremover. Dette vil skape rettslig usikkerhet og klart ikke føre til forenkling.

Forenklingsutvalget omtaler bestemmelsen i NOU 2014: 4, Enklere regler – bedre anskaffelser, under pkt. 25.4.6. Det fremgår at forenklingsutvalget finner bestemmelsen overflødig til dels ut fra at tilbud som inneholder avvik eller forbehold alltid vil være vesentlig og til dels ut fra at det i forenklingsutvalgets forslag til del II alltid vil være adgang til å forhandle og man derfor alltid kan fjerne bedømmelsestil. Forenklingsutvalget kan også synes å mene at regelen om avvisning på grunn av relativ bedømmelsestil kan erstattes av en regel om tolkning av tilbud.

Bestemmelsen om relativ bedømmelsestil anvendes i dag i to tilfeller. Det ene er der det foreligger avvik/forbehold og det andre er der det foreligger uklarhet/ufullstendighet.

Forenklingsutvalget synes å mene at uklarheter/fullstendigheter ikke lenger vil oppstå dersom det alltid er en forhandlingsadgang etter del II. Dette er etter Wikborg Reins vurdering en feil slutning. Også i en konkurranse med forhandling vil det etter slutførte forhandlinger ofte være uklarheter/ufullstendigheter fordi oppdragsgiver ikke har villet/husket/klart å gjøre leverandøren oppmerksom på uklarhetene/ufullstendighetene, eller fordi leverandøren selv ikke har villet fjerne uklarhetene/fullstendighetene. Med den nye reglen i del III om at en konkurranse med forhandling må avsluttes med et siste endelig tilbud med påfølgende forhandlingsforbud, så vil dette problemet øke. For anbudskonkurranser etter del III er det uansett forhandlingsforbud. Departementet kan ikke avskaffe uklarheter/ufullstendigheter i tilbud ved å fjerne regelen om relativ bedømmelsestil.

Dersom bestemmelsen fjernes må situasjonen være regulert på en annen måte. En slik mulig annen regulering er å innføre en tolkningsregel om at et tilbud som inneholder en uklarhet/ufullstendighet alltid skal tolkes slik at det legges til grunn det for leverandøren dårligste tolkningsalternativet. Eksempelvis dersom det er en uklarhet om det er et forbehold og denne uklarheten kan prissettes til mellom NOK 100.000 og NOK 200.000, så skal uklarheten prissettes til NOK 200.000. Resultatet av å innføre en slik tolkningsregel som erstatning for avvisningsplikten på grunn av relativ bedømmelsestil, vil være at der en leverandør i dag blir avvist på grunn av relativ bedømmelsestil, så blir leverandøren med den nye regelen bare ikke valgt som leverandør. Dersom det har vært, eller er departementets intensjon å innføre en slik tolkningsregel som erstatning for avvisningsplikten på grunn av relativ bedømmelsestil, så må dette fremgå klart av forskriften. En slik tolkningsregel kan ikke innføres gjennom veileder eller lignende.

Der det foreligger et avvik/forbehold kan det i dag oppstå avvisningsplikt fordi forbeholdet er vesentlig eller fordi det foreligger relativ bedømmelsestil. Slik vi forstår forenklingsutvalget mener de at et avvik/forbehold alltid vil være vesentlig der det foreligger relativ bedømmelsestil. Forenklingsutvalget mener derfor at det ikke er nødvendig med en avvisningsplikt for relativ bedømmelsestil i tillegg til avvisningsplikt pga vesentlig avvik/forbehold. Dersom dette legges til grunn vil det endre på forståelsen av hva som er et vesentlig avvik/forbehold. Et avvik/forbehold kan i dag være vesentlig uten at det foreligger relativ bedømmelsestil. Det kan også foreligge relativ bedømmelsestil uten at et forbehold er vesentlig. Av hensyn til førstnevnte situasjon er det viktig å beholde en separat forståelse av hva som er et vesentlig forbehold. Hvis et tilbud har et forbehold, men for øvrig er mye bedre enn de øvrige tilbudene, er det viktig å beholde en avvisningsadgang dersom forbeholdet er vesentlig. Plikten til å avvise på grunn av vesentlig avvik/forbehold er ikke kun satt av hensyn til likebehandling, men også av hensyn til oppdragsgiver. Dersom vesentlig avvik/forbehold skal konsumere relativ bedømmelsestil, må det dermed tydelig fremkomme at regelen om vesentlig avvik/forbehold skal gjelde for to situasjoner. Både der det tradisjonelt har foreligget et avvik/forbehold som er vesentlig, og der det foreligger relativ bedømmelsestil. Da dette er to forskjellige situasjoner med forskjellige vurderingstemaer vil det etter vår vurdering ikke innebære forenkling å la dette skulle bli regulert av samme regel.

## 2.4 Ny bestemmelse om adgang til å si opp kontrakter

Departementet foreslår å implementere artikkel 73 i det nye direktivet ved å innføre en ny bestemmelse om oppsigelse av kontrakt i særlige tilfeller i § 23-4, som lyder:

*"Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom*

*a) det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 23-2,*

*b) leverandøren på tidspunktet for tildeling av kontrakten var i en situasjon som nevnt i § 18-2 annet ledd eller*

*c) EFTA-domstolen har slått fast at oppdragsgiver har begått et brudd på EØS-avtalen som innebærer at oppdragsgiver ikke skulle ha inngått kontrakten med den valgte leverandøren.*

Da bestemmelsen gjennomfører en svært vidt formulert direktivbestemmelse har vi forståelse for at departementet har begrenset anledning til å fastsette nærmere regler og ønsker å være forsiktig med å gi veiledning om bestemmelsen. Vi vil allikevel få komme med noen kommentarer.

Etter hva vi forstår er bestemmelsen i bokstav a inntatt fordi håndhevelsesdirektivets bestemmelse om uten virkning ikke er effektiv, da det i svært liten grad tas ut søksmål. Der det er åpenbart at det er foretatt en vesentlig endring, er det også uheldig at kontrakten ikke kan avsluttes før det foreligger en rettskraftig dom. På annen side skaper regelen en mulighet for oppdragsgiver til å utøve utilbørlig press overfor leverandøren. Der kontrakten utvikler seg lite fordelaktig for oppdragsgiver eller oppdragsgiver av andre årsaker vil ut av kontrakten vil oppdragsgiver kunne presse leverandøren under trussel om å si opp kontrakten. Ikke alle vesentlige endringer innebærer en utilbørlig fordel for leverandøren. Særlig der det er oppdragsgiver som har vært initiativtaker og pådriver for en endring er det uheldig at oppdragsgiver så skal kunne snu seg mot leverandøren og si opp en kontrakt basert på en endring som oppdragsgiver selv har presset gjennom.

Som departementet redegjør for i høringsnotatet pkt. 3.10 slår bestemmelsen kun fast at oppdragsgiver kan si opp kontrakten i disse tilfellene. Bestemmelsen fastsetter ikke på hvilke vilkår dette skal skje. Det etterfølgende erstatningsoppgjør mellom kontraktspartene omtales heller ikke i bestemmelsen. I likhet med situasjonen ved innføring av «uten virkning-sanksjonen» i håndhevelsesdirektivet ser vi at anskaffelsesreglene her griper stadig lenger inn i den alminnelige avtaleretten. Både uten virkning sanksjonen og den nye oppsigelsesadgangen vil kunne skape store praktiske og rettslige problemer i flere relasjoner, for eksempel når det gjelder konsekvensene av en dom som kjenner en kontrakt uten virkning. Dersom en oppdragsgiver bestiller omfattende tilleggsarbeider i en kontrakt, leverandøren foretar investeringer i den forbindelse, og det senere konstateres at endringsarbeidene representerte en ulovlig vesentlig endring/ulovlig direkte anskaffelse, oppstår tilsvarende problemer i forhold til et eventuelt erstatningsoppgjør overfor en aktsomt godtroende medkontrahent som har innrettet seg.

Denne typen oppsigelsesvilkår, samt bestemmelser om etteroppgjør, herunder erstatning, vil sjelden fremgå av kontrakten mellom partene. Det synes derfor som at departementet ønsker å overlate disse spørsmålene til domstolene. Dette kan etter vår mening generere tvister.

Spørsmålet om hvorvidt kontraktsytelsen skal tilbakeleveres i slike tilfeller ble behandlet av Håndhevelsesutvalget i NOU 2010:2 og er i noen grad regulert i dagens FOA. Etter § 22A-1 (5) skal retten etter eget skjønn fastsette om kontrakten kjennes uten virkning ex nunc eller ex tunc. Et annet

spørsmål er om medkontrahenten (valgte leverandør) kan få erstatning hvis kontrakten kjennes uten virkning eller kontrakten sies opp som følge av at det er foretatt vesentlige endringer. Det kan ikke være opplagt at brudd på anskaffelsesreglene i seg selv, etablerer ansvarsgrunnlag overfor medkontrahenten, siden anskaffelsesreglene ikke tar sikte på å beskytte den medkontrahenten som urettmessig har fått tildelt en kontrakt. Håndhevelsesutvalget uttaler imidlertid i NOU 2012:2 punkt 13.6.2 at som et utgangspunkt vil regelbrudd overfor en aktsomt godtroende medkontrahent utgjøre erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag. Likevel antydes det at erstatning for positiv kontraktsinteresse vanskelig kan tenkes. Årsaken er at en slik erstatning kan synes å stå i motstrid med at kontrakten nettopp skal kjennes «uten virkning» og formålet om å gjenopprette konkurransen på markedet. Videre vil kravet til årsakssammenheng uansett kunne sette en stopper for medkontrahentens rett til erstatning. Utgangspunktet er jo at medkontrahenten nettopp har fått tildelt en kontrakt som følge av oppdragsgivers regelbrudd. Selv om de rettslige vurderingene i grensetilfeller kan være kompliserte for oppdragsgiver, synes oppdragsgiver å være den nærmeste til å bære risikoen for eventuelle feilvurderinger og brudd på anskaffelsesregelverket ved at det foretas vesentlige endringer i en inngått kontrakt. Som et utgangspunkt er det da, etter vårt syn, mye som taler for at regelbruddet overfor en aktsomt godtroende medkontrahent bør utgjøre et erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag. Dette må i hvert fall være tilfelle der det er oppdragsgiver som på eget initiativ, uten eksternt påtrykk, sier opp en kontrakten på grunn av en vesentlig endring.

## 2.5 Avklaringsadgang

Departementet foreslår å fjerne dagens bestemmelse om avklaringsadgang og innføre en ny adgang til å ettersende opplysninger og dokumentasjon. Wikborg Rein har stor sympati med at det i mange situasjoner er ønskelig å ha en større adgang til avklaring av tilbud enn det som er tilfellet i dag. Wikborg Rein er imidlertid bekymret for at man ved forskriftsendringen gir et feilaktig bilde av hvor stor avklaringsadgang som faktisk foreligger. Vi forstår at den nye bestemmelsen gjennomfører artikkel 56 nr. 3. Denne direktivbestemmelsen må forstås i lyd av praksis fra EU-domstolen. EU-domstolen uttalte i C-599/10 SAG ELV Slovensko:

*"36 Den begrænsede udbudsprocedure indebærer efter sin art, at når først udvælgelsen af ansøgere har fundet sted, og når først ansøgerne har afgivet deres tilbud, kan sidstnævnte i princippet ikke længere ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller ansøgerens initiativ. Princippet om ligebehandling af ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er således i forbindelse med denne procedure til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og den ene eller den anden ansøger.*

*37 At give den ordregivende myndighed mulighed for at anmode en ansøger, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger på dette punkt, risikerer således at få denne ordregivende myndighed, hvis ansøgerens bud ender med at blive antaget, til at fremstå, som om den har forhandlet buddet fortroligt – til skade for de andre ansøgere og i strid med ligebehandlingsprincippet.*

*40 Denne bestemmelse [kravet til likebehandling] er imidlertid navnlig ikke til hinder for, at opplysningerne vedrørende buddet undtagelsesvis i enkelt tilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse*

indholdsmæssige fejl til ophør, forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud. Denne artikel er derfor heller ikke til hinder for, at den nationale lovgivning indeholder en bestemmelse såsom artikel 42, stk. 2, i lov nr. 25/2006, hvorefter den ordregivende myndighed i det væsentlige skriftligt kan anmode ansøgerne om supplerende tilbudsoplysninger – uden dog at kræve eller acceptere nogen ændringer i budet.

41 Under udøvelsen af det skøn, som således tilkommer den ordregivende myndighed, påhviler det sidstnævnte at behandle de forskellige ansøgere ens og rimeligt, således at anmodningen om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning.

42 Med henblik på at give den forelæggende ret et brugbart svar må det tilføjes, at anmodningen om supplerende tilbudsoplysninger først kan ske efter, at den ordregivende myndighed har fået kendskab til alle buddene (jf. i denne retning Lombardini og Mantovani-dommen, præmis 51 og 53).

43 Denne anmodning skal i øvrigt på tilsvarende vis rettes mod alle virksomheder i samme situation, når der ikke foreligger objektivt verificerbare omstændigheder, der kan begrunde en forskellig behandling af ansøgerne i den forbindelse, navnlig når budet under alle omstændigheder i forhold til andre omstændigheder skal afvises.

44 Den nævnte anmodning skal i øvrigt omfatte alle de punkter i budet, der er upræcise eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, uden at den ordregivende myndighed kan afvise budet på grund af manglende klarhed i et led i budet, som ikke var omfattet af denne anmodning.

EU-domstolen udtalte i C-87/94 at det ikke er avklaringsadgang dersom avklaringen påvirker rangeringen av tilbudene:

"59 Det skal i øvrigt fremhæves, at en hensyntagen til disse oplysninger har ændret til skade for de andre tilbudsgivere størrelsen af de fiktive tillæg, som den første sammenligning af tilbuddene medførte, således at prioriteringen af tilbudsgiverne er blevet påvirket.

60 Det må derfor fastslås, at Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktivet, idet det har taget hensyn til de oplysninger vedrørende forbruget af brændstof, som EMI har givet i supplerende meddelelse af 24. august 1993, dvs. efter åbningen af tilbuddene."

Etter praksisen fra EU-domstolen gjelder det dermed et avklaringsforbud for en uklarhet, dersom avklaringen innebærer at man fjerner relativ bedømmelsestil og leverandøren dermed vinner konkurransen. Vi forstår at ordlyden i dagens FOA § 21-1 annet ledd bokstav a annet punktum kodifiserer avgjørelsen i C-87/94.

Direktiv 2014/24/EU artikkel 56 nr. 3 lyder:

*"Når de opplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante opplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighet."*

Departementet skriver i høringsbrevet at den nye avklaringsadgangen "*betraktelig utvider oppdragsgivers rett til å be om at dokumentasjon ettersendes*" og at den "*vil kunne føre til færre avvísninger på grunn av manglende innlevert dokumentasjon og uklarheter i tilbudene*".

Vi er usikre på om det nye direktivet faktisk innebærer en endring av avklaringsavgangen. Vi er derfor usikre på hensiktsmessigheten av departementets endring av forskriften og entusiasme i høringsnotatet, og er bekymret for at forskriftsendringen gjør det avklaringsreglene vanskeligere tilgjengelig ved å måtte fortolke i lys av praksis fra EU-domstolen som var kodifisert i tidligere norske forskriften.

## **2.6 Likestilling av vedtatt forelegg og rettskraftig dom**

Departementet foreslår å likestille rettskraftig dom med vedtatt forelegg. Wikborg Rein er enig i at det er hensiktsmessig å avklare dette spørsmålet. Vi er imidlertid usikre på om det er hensiktsmessig å likestille forelegg med rettskraftig dom. Dersom et forelegg ilagt etter den norske straffeprosessloven § 255 skal likestilles med kraftig dom, må et norsk forelegg også likestilles med tilsvarende forelegg i andre land. Hvis dette ikke gjøres vil man få en underlig situasjon hvor et selskap kan vedta forelegg i andre land uten å pådra seg avvísningsplikt, men ikke kan vedta forelegg i Norge. Dersom slik likestilling sikres vil imidlertid etter hva vi forstår få en situasjon hvor en reaksjon tilsvarende et norsk forelegg ikke medfører avvísning i andre land, men kun i Norge, da forelegg eller tilsvarende ikke gir avvísningsplikt i andre land. Det vil skape en uheldig situasjon dersom et selskap ikke er utstengt fra resten av europa, men plutselig blir utestengt fra Norge. Dette vil medføre en stor prosessrisiko for den norske oppdragsgiveren. Wikborg Rein vil anbefale at departementet ikke innfører en likestilling uten en grundig utredning av i hvilken utstrekning vedtatte forelegg eller tilsvarende medfører avvísningsplikt i Europa for øvrig. Det må også eventuelt gis tydelig veiledning om hvilke type reaksjoner i andre land som skal likestilles med et norsk forelegg.

## **2.7 Avvísning på grunn av inhabilitet og rådgiverhabilitet**

Departementet har i forslaget § 18-2 bokstav c foreslått å gjennomføre den fakultative avvísningsbestemmelsen om rett til avvísning på grunn av inhabilitet i direktivet, som en plikt til avvísning i forskriften. Wikborg Rein er skeptisk til at det innføres en slik plikt til avvísning. Med mindre det foreligger utilbørlige forhold kan en leverandør ikke klandres for at noen hos oppdragsgiver er inhabil. Det er oppdragsgivers ansvar å rette forhold som fører til inhabilitet. Hvis inhabilitet ikke kan rettes ved å bytte ut den inhabile personen, eksempelvis fordi skaden allerede er skjedd, og det ikke foreligger utilbørlige forhold, må inhabiliteten rettes ved avlysning. Det er ikke grunn til at en tilfeldig leverandør skal rammes fordi en inhabil person på oppdragsgiversiden ikke har sagt fra om inhabiliteten.

Det er i § 18-2 annet ledd bokstav d foreslått å innføre avvisningsplikt på grunn av rådgiverinhabilitet. I motsetning til for bokstav c er avvisningsbestemmelsen ikke begrenset av "som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak.". Det følger av direktivet artikkel 41 at oppdragsgiver har en plikt til å forsøke å avhjelpe rådgiverinhabilitet, eksempelvis å gi tilsvarende informasjon til andre interesserte leverandører, gi lengre tilbudsfrist eller endre kravspesifikasjonen. Wikborg Rein mener at dette bør presiseres i bokstav d. Det bør også fremkomme i veiledning eller lignende at oppdragsgiver kan ha plikt til å avhjelpe situasjonen gjennom å avlyse konkurransen. I mange tilfeller er det oppdragsgiver som tar kontakt med leverandørene. Vår erfaring er at leverandører er minst like bekymret som oppdragsgiver for å gjennomføre teknisk markedsdialog. Leverandører tar ofte kontakt med oss for å få bistand til å vurdere om de kan besvare oppdragsgivers henvendelser og hvordan de skal besvare, uten å risikere senere utelukkelse. Det må tydelig fremgå at oppdragsgiver ikke først kan gjennomføre teknisk markedsdialog og så løse brudd under denne dialogen ved å avvise leverandøren.

## **2.8 Ikrafttredelse**

For kommentarer til reglene om ikrafttredelse, se innspill til forsyningsforskriften. De samme kommentarene gjelder for øvrig også til den nye reguleringen om konsesjonskontrakter.

# **3 KOMMENTARER TIL ENDRINGER I FORSKRIFT OM INNKJØPSREGLER I FORSYNINGSSEKTOREN**

## **3.1 Generelt**

EU lovgiver har slik det uttrykkes i det nye forsyningsdirektivets forale premiss 6 hatt et ønske om å harmonisere det nye forsyningsdirektivet i størst mulig grad med det nye klassiske direktivet. Wikborg Rein er enig i at dette er hensiktsmessig, der det ikke er grunn til å ha ulik regulering. Wikborg Rein mener imidlertid at departementet ved å foreslå og harmonisere forsyningsforskriften ytterligere ut over det direktivet har gjort, har gått for langt i å fjerne den ønskede fleksibiliteten i forsyningsforskriften. Mens det har vært et ønske for departementet å forenkle den klassiske forskriften og man har brukt all mulig fleksibilitet ved gjennomføringen av direktivet og har signalisert en svært fleksible del II nasjonale regler, så har departementet gått i helt motsatt retning i forsyningsdirektivet ved å innføre mer og strengere regulering enn i forsyningsdirektivet. Forsyningsdirektivet gjelder i stor utstrekning for profesjonaliserte innkjøpsorganisasjoner i selskaper som opptrer i markedet. Wikborg Rein forstår derfor ikke hvorfor departementet vil forenkle regelverket for offentlige myndigheter, men samtidig innføre et strengere og mer komplekst regelverk for selskaper som opptrer i markedet.

Den viktigste endringen som gjøres i forsyningssektoren er at departementet vil gi seg selv full lovgivningskompetanse i forsyningssektoren. Det har vært et grunnleggende prinsipp i norsk anskaffelsesrett siden 1994 at i forsyningssektoren har lovgiver kun kompetanse til å gjennomføre internasjonale forpliktelser, altså WTO-avtalen om offentlige anskaffelser og EØS-direktivene. Wikborg Rein kan ikke se at er grunn til å endre på dette viktige prinsippet.



Bakgrunnen for at det skal innføres også sær-norske flere og strengere regler synes å være at statlige og kommunale myndigheter som utfører forsyningsaktivitet skal flyttes tilbake til forskriften. Departementet synes å mene at forsyningsforskriften egentlig ikke har strenge nok regler for disse oppdragsgiverne. Det innføres derfor en del II med nasjonalt regelverk i forsyningsforskriften. En rekke bestemmelser på andre områder gjøres også strengere enn nødvendig. Vi kan ikke se at overflytting av statlige og kommunale myndigheter tilbake i forsyningsforskriften skal gjøre at andre oppdragsgivere også skal pålegges et strengere regelverk. Det synes ikke å ligge til grunn noen samfunnsøkonomisk analyse eller annen analyse som tilsier at det for oppdragsgivere generelt er behov for et strengere regelverk. Wikborg Rein kan ikke se hvorfor andre oppdragsgiver skal lide på grunn av forslaget om tilbakeføring av myndigheter.

### **3.2 Konkurransen med forhandling etter kunngjøring**

Det nye forsyningsdirektivet regulerer gjennomføringen av konkurranse med forhandling i artikkel 47. Det er der ingen detaljregulering og oppdragsgiver står fritt til hvordan prosedyren skal gjennomføres. Under eksisterende forsyningsforskrift kan man eksempelvis gjennomføre en konkurranse med forhandling som en konkurransepreget dialog. Motsatt har det nye klassiske direktivet regler om hvordan man skal gjennomføre prosedyren konkurranse med forhandling i artikkel 29. Denne reguleringen innebærer en rekke bindinger herunder at det må angis kravspesifikasjon med tydelige minstekrav (som utelukker dialog om kravspesifikasjonen), regulering om forhandling i faser og at det skal settes en frist for endelig tilbud med forhandlingsforbud etter endelig tilbud. Departementet har foreslått å innta reguleringen fra det klassiske direktivet inn i forsyningsforskriften. Wikborg Rein kan ikke se at det er hensiktsmessig å innsnevre adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling i forsyningsforskriften.

### **3.3 Kvalifikasjonskrav**

I det nye forsyningsdirektivet er det inntatt noe ny regulering om kvalifikasjonskrav. Endringen som er av størst betydning er at det er regulert at dersom man benytter kvalifikasjonskrav fra den klassiske forskriften, så må man bruke dem som i den klassiske forskriften. Man står imidlertid også fritt til å benytte andre krav. Departementet har i utkastet valgt å henvise til klassisk forskrift og ikke innta full regulering om kvalifikasjonskrav i forsyningsforskriften. Wikborg Rein er enig i denne fremgangsmåten. Dersom det inntas full regulering i forsyningsforskriften vil oppdragsgiver raskt på en unødvendig måte i praksis bli bundet ved ikke å tvinge seg selv til å foreta en konkret vurdering, slik at man vil slavisk bruke kvalifikasjonskravene fra klassisk sektor. For å ivareta fleksibiliteten mener vi derfor at man bør behold teknikken med henvisning.

### **3.4 Avvisning**

I motsetning til ved kvalifikasjonskravene har departementet ved regulering av avvisningsreglene inntatt full regulering i forsyningsforskriften. Gitt at det skal gis nasjonale regler i forsyningsforskriften, så er Wikborg Rein enig i en slik fremgangsmåte. Avvisningsreglene følger i stor grad av de grunnleggende prinsippene og det reduserer derfor i praksis fleksibiliteten svært lite ved å innta avvisningsreglene i forsyningsforskriften.

### 3.5 Ikrafttredelse - overgangsregler

I høringsforslaget til forsyningsforskrift, klassisk og konsesjoner, så har departementet foreslått en overgangsregel ved ikrafttredelse som skiller seg fra den man har benyttet tidligere, senest ved ikrafttredelsen av FOSA i januar 2014.

Spesielt for forsyningsvirksomhetene og også for konsesjoner hvor det innføres kunngjøringsplikt for anskaffelser hvor det ikke tidligere var kunngjøringsplikt, så treffer ikrafttredelsesreglene spesielt kraftig.

Nye forsyningsforskriften skal for anskaffelser som skal kunngjøres tre i kraft umiddelbart dersom anskaffelsen ikke var kunngjort etter de gamle reglene. Det betyr at for anskaffelser som blir iverksatt før ikrafttredelse av den nye forsyningsforskriften og som i dag ikke er underlagt kunngjøringsplikt, så må man umiddelbart avlyse alle slike anskaffelser som man ikke rekker å fullføre og starte på nytt.

Dersom anskaffelsen ikke er kunngjøringspliktig, så skal de nye reglene gjelde umiddelbart dersom kontrakt signeres etter ikrafttredelse av den nye forskriften. Det vil bety at man plutselig bytter prosedyreregelverk midt i anskaffelsen.

Gitt forslaget til overgangsregel så vil Wikborg Rein råde oppdragsgivere til å være forsiktig med å gjennomføre offentlige anskaffelser våren 2016 såfremt man ikke er helt sikker på å få signert kontrakt før nytt regelverk trer i kraft.

Wikborg Rein vil heller anbefale at man inntar overgangsregelen fra FOSA § 15-2:

*"Forskriften gjelder anskaffelser iverksatt etter forskriftens ikrafttredelse. En anskaffelse er iverksatt når den er kunngjort eller oppdragsgiver har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å tilkjennegi interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelse. For anskaffelser som ikke er iverksatt før ikrafttredelse, gjelder forskriften der kontrakt inngås etter ikrafttredelse."*

Med vennlig hilsen

WIKBORG, REIN & CO. ADVOKATFIRMA DA

  
Alf Amund Gulsvik