

Til: Anskaffelsesutvalget v/ Samanta Tahir-Hafting

Kopi:

Notat

DATO

30.11.2023

SAKSNUMMER

2016/13341-26

SAKSBEHANDLER

Anne Cecilie Åsenden,
spesialrådgiver FJ

GODKJENT AV

Anne Cecilie Åsenden

*Dette dokumentet er elektronisk
godkjent.*

Innspill fra referansegruppa - samling 10.11.2023

Land til land-rapportering

Før man eventuelt pålegger offentlige innkjøpere nye plikter knyttet til samfunnshensyn bør man vurdere hva oppfølgingen vil kreve av aktiviteter og ressurser. Det er viktig at ikke nye plikter går for mye ut over det som skal være hovedfokuset ved anskaffelser, -god behovsdekning og god ressursbruk. Offentlige anskaffelser er styrt av kompliserte regler og innkjøper har liten fleksibilitet i innkjøpssituasjonen. Dette betyr at anskaffelser kan være et vanskelig verktøy å bruke for å nå ulike samfunns mål. Kompleksiteten i regelverket er en premiss som kanskje i litt liten grad får oppmerksomheten når temaet er å bruke anskaffelser som virkemidler for å nå gode samfunns mål.

Lokale og regionale leverandører

Det bør være innkjøpsfaglige vurderinger som avgjør størrelsen på kontraktene og hvordan kontraktene er inndelt, det er ikke ønskelig med bestemmelser som pålegger oppdragsgivere å dele opp kontraktene i mindre deler. Det er vanskelig å se hvordan en slik regel kan utformes for å treffe godt, og ikke vil ha klart uønskede virkninger. Ofte legger oppdragsgiver i dag til rette for lokale leverandører, dette kan ofte være kommersielt ønskelig, men det vil det ikke alltid være.

Innretning av erstatningsreglene

Det kan være grunn til å stille spørsmålet om det er riktig at en tilbyder skal kunne kreve å få dekket positiv kontraktsinteresse etter feil begått i en innkjøpskonkurranse. Det kan være snakk om veldig store beløp som tilfaller en av deltakerne i konkurransen dersom omstendighetene ligger riktig an. For regeletterlevelsen er det viktig at reglene er effektivt sanksjonert, men det finnes alternative måter å ivareta dette på. Utvalget bør vurdere om erstatning for positiv kontraktsinteresse skal videreføres.

Om man vil beholde erstatningsregelen bør terskelen for å komme i ansvar heves, i tillegg bør det maksimale erstatningsansvaret begrenses. Utbetaling i størrelsesorden f.eks. kr 150 millioner til en tilbyder som har deltatt i en innkjøpskonkurranse virker lite rimelig, og er samfunnsøkonomisk svært uheldig. Behovet for strenge sanksjoner for å sikre regeletterlevelse tilsier ikke et erstatningsansvar i et

slikt omfang. Å finne frem til hvilket tap en tilbyder har lidd ved ikke å få kontrakten er også komplisert, og bevistemaene er vanskelige. Oppdragsgiver har heller ikke alltid de beste forutsetninger for å imøtegå de tallene og de argumentene som presenteres når tilbyder skal sannsynliggjøre tapet sitt. Det bør eventuelt vurderes å standardisere erstatningen ved f.eks. å knytte den til en prosentandel av kontraktsummen/tilbudssummen kombinert med grense for maksimal erstatning. Maksbeløpet kan gjerne knyttes til grunnbeløpet i Folketrygden.

Forsettlig regelbrudd er det grunn til å slå hardt ned på, men i dag risikerer oppdragsgiver ansvar for positiv kontraktsinteresse ved brudd på en eller flere kompliserte regler med uskarp grense. En innkjøper kan anstrenge seg for å overholde reglene uten at dette beskytter mot ansvar for positiv kontraktsinteresse. Dette ansvaret bør knyttes til situasjoner der oppdragsgiver har opptrådt klart klanderverdig eller forsettlig. Dersom oppdragsgiver beslutter å avlyse konkurransen bør erstatning for positiv kontraktsinteresse være utelukket, i dag er det ikke slik.

At oppdragsgiver kan bli holdt ansvarlig for tilbydernes kostnader ved å delta i konkurransen er for så vidt rimelig, denne bestemmelsen kan videreføres, men her er det kanskje mulig å se på om vilkårene for når utgiftene til deltakelse kan kreves dekket kan forenkles.

Innretningen av avvisningsreglene

Bestemmelsen om avvisningsplikt, særlig ved vesentlige avvik, er krevende for oppdragsgiver å anvende. Det samme er grensen for hva som kan avklares i tilbud ved anbudskonkurranse. Enklere og klarere regler på dette området er ønskelig, men for anskaffelser over EØS-terskelen, og her er problemet størst, er antagelig handlingsrommet begrenset. Det er etter hvert en omfattende nemdspraksis og juridisk teori om temaet som bidrar til klargjøring av reglene for noen typetilfeller, det er positivt.

Geografisk virkeområde

Det er ønskelig med regler som klargjør anskaffelsesregelverkets geografiske virkeområde, det vil si om man er underlagt regelverket når anskaffelsen f.eks. er knyttet til ambassader eller virksomhet utenfor EØS-området.

Sikkerhet og beredskap

Det er ønskelig med tydeligere regler og veiledning om hvordan man stiller krav til sikkerhet i offentlige anskaffelser. Veilederen til FOSA berører ikke alle spørsmål som oppstår. På flere punkter er det behov for klargjøringer av hvordan man forholder seg når gjennomføringen av kontrakten utløser krav etter sikkerhetsloven ved at den som utfører skal kunne oppnå sikkerhetsklarering i en bestemt klasse og tilbyders virksomhet skal tilfredsstillende bestemme sikkerhetskrav.