



Anskaffelsesutvalget

Vår referanse: 2023/160425-2
Saksbehandler: Bjørn-Yngve Knutsen
Dato: 1. februar 2024
Deres ref.:

Innspill til anskaffelsesutvalget før den siste delutredningen

Vi viser til anskaffelsesutvalgets invitasjon på utvalgets nettside til å gi innspill til utvalgets arbeid. Dette brevet er en respons fra Innkjøp konsern i Bergen kommune til utvalgets videre arbeid.

Grunnlaget for dette innspillet er utvalgets egen beskrivelse i NOU 2023: 26 av hvilke tema det vil drøfte i den neste utredningen. Vi har likevel også inkludert noen andre forhold som vi mener at utvalget bør drøfte.

Noen av momentene i dette brevet, fremgår også av vårt forrige brev til utvalget. For å gi et samlet innspill til del to i utvalgets arbeid, har vi likevel gjentatt disse momentene nedenfor, delvis med noen supplerende kommentarer. Vi har også tatt med noen synspunkter som fremgår av byrådet i Bergens forslag til hørings svar i høringen av NOU 2023: 26.

1. Håndhevingsreglene bør gis i egen lov

Det fremgår av NOU 2023: 26 at utvalget ikke har tatt standpunkt til om reglene om håndheving skal gis som en egen lov eller om de skal integreres i den nye loven om offentlige anskaffelser.

Med den lovstrukturen som det nå legges opp til, mener vi at det fremstår som mest hensiktsmessig for de som skal anvende regelverket, at det etableres en egen lov for håndhevingsreglene. En slik lov vil ha samme posisjon i forhold til hver enkelt av de foreslåtte anskaffelseslovene. Dette er derfor den løsningen som best vil harmonere med anskaffelsesutvalgets ide om at anskaffelseslovene skal fremstå som komplette regelverk på de fire ulike områdene.

2. Hensynet til lokale og regionale leverandører

Utvalget skal se nærmere på hensynet til lokale og regionale leverandører. For Bergen kommune har dette temaet minst to sider:

Det dreier seg for det første om beredskapsperspektivet. Koronakrisen og andre ekstraordinære situasjoner de senere årene har vist betydningen av lokal produksjon og lokale leveranser. Dette er produksjon som ikke kan etableres i det den ekstraordinære situasjonen har oppstått – forutsetningen for å kunne levere i en ekstraordinær situasjon, er at en også får leveranser under mer normale tider.

Det andre perspektivet dreier seg om å preferere lokalproduserte produkter. Dette begrunnes gjerne med miljøargumenter knyttet opp mot at det er kortreiste produkter, men også at det bidrar til å støtte opp under lokalt næringsliv – gjerne da småskala-produsenter. Perspektivet har særlig blitt aktualisert i tilknytning til lokal matproduksjon.

Utvalget bør avklare hvordan disse perspektivene kan ivaretas best mulig ved anskaffelser, herunder hvordan anskaffelsesregelverket kan innrettes på en måte som gir oppdragsgiverne et størst mulig handlingsrom når det er ønskelig å preferere lokale og regionale leverandører.

Særlig bør utvalget drøfte hvordan valg av lokalprodusert mat til representasjonsformål kan forankres i anskaffelsesregelverket.

Det er også ønskelig at utvalget drøfter om/i hvilken grad det kan stilles krav til leverandører om å preferere varer fra lokale produsenter, særlig landbruksvarer i sesong.

Utvalget bør dessuten forsøke å gi en definisjon på hva som menes med henholdsvis lokale og regionale leverandører.

En del av løsningen på ønsket om handlingsrom kan være å gi mest mulig liberale regler for delanskaffelser som kan tas ut av hovedanskaffelsen. I brev til anskaffelsesutvalget 7. desember 2023 fra adv.f.a. Kluge, på vegne av Stiftelsen Lystgården, er det foreslått en løsning for å «åpne opp» den «20 %-regelen» som i dag er tatt inn i FOA § 5-4 (8). Utvalget bør se nærmere på den løsningen som er foreslått i brevet fra Kluge.

3. KOFA og ulovlige direkte anskaffelser

I dag ilegger KOFA gebyr til oppdragsgivere for regelverksbrudd som er omtalt, men ikke definert, i anskaffelsesregelverket. I motsetning til situasjonen før 2017-revisjonen av anskaffelsesregelverket, definerer verken lov eller forskrift hva som er en ulovlig direkte anskaffelse. I lengden er dette en uholdbar situasjon og anskaffelsesutvalget må derfor bidra til at en klar definisjon av «ulovlig direkte anskaffelse» kommer inn i lovverket.

I den forbindelse bør utvalget også vurdere hva som faktisk skal defineres som en ulovlig direkte anskaffelse. Uavhengig av om det har hatt noen reell betydning for konkurransen, anser KOFA en anskaffelse som utlyses etter feil del i anskaffelsesforskriften og en anskaffelse som -ut fra de valgte CPV-kodene- utlyses som feil kontraktstype, som en ulovlig direkte anskaffelse. Her bør det åpnes for en reell vurdering av feilens konsekvens for konkurransen; feil som ikke har hatt betydning for konkurransen, bør ikke automatisk kvalifisere anskaffelsen som en ulovlig direkte anskaffelse.

I saker om ulovlige direkte anskaffelser, har KOFA etablert 10 % av kontraktens verdi som et utgangspunkt for gebyret. Vi har merket oss at anskaffelsesjurister har problematisert denne «standardiseringen» av gebyret og anskaffelsesutvalget må gjerne mene noe om denne praksisen.

I saker om anskaffelser av høy verdi, medfører KOFAs praksis videre at det ilegges gebyr på ganske mange millioner kroner. Gebyret skal særlig ha en preventiv effekt; risikoen for gebyr skal få oppdragsgivere bort fra tanken om å gjennomføre anskaffelser som skulle ha vært utlyst, uten å foreta utlysning.

Det er rimelig klart at de største gebyrene KOFA har ilagt, har vært på beløp som er vesentlig høyere enn det som er nødvendig for å ivareta gebyrets preventive effekt. Anskaffelsesutvalget bør derfor vurdere om det skal innføres et maksimalt beløp for overtredelsesgebyr fra KOFA.

4. Erstatningsansvar for brudd på regelverket

Etter Fosen-dommen er vilkåret for sivilrettslig erstatningsansvar i saker om offentlige anskaffelser «tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket». Dette er ikke en særlig klar norm. Utvalget bør derfor, innenfor det handlingsrommet som EØS-lovgivningen gir, sette seg et mål om å beskrive et vilkår/en norm som fremstår som tydeligere for både oppdragsgivere og for leverandører. Det bør også vurderes om normen skal være den samme for både positiv og negativ kontraktsinteresse.

Utvalget bør videre også vurdere om det er mulig å legge noen føringer for beregning av erstatning for både positiv og negativ kontraktsinteresse. Rettspraksis på dette området er lite konsistent og noen ganger også direkte ulogisk. Et eksempel på det siste er når domstolen ikke vektlegger leverandørs deltakelse i en etterfølgende konkurranse ved fastsettelse av negativ kontraktsinteresse, selv om store deler av konkurransedokumentene i den første konkurransen kunne gjenbrukes i den neste konkurransen. Da blir leverandøren reelt overkompensert.

Ved erstatning for positiv kontraktsinteresse i kontrakter over en viss varighet, fremstår beregningen av erstatningsbeløpet også ofte som en relativt hypotetisk vurdering, hvor den pønale funksjonen kan synes å være vel så viktig som reparasjonshensynet.

I et samfunn i rask endring er det nødvendig å gi rom for nye tanker om gjennomføring av offentlige anskaffelser, bl.a. om krav til leverandørene og til ytelsene, samt hvordan tilbudene skal evalueres. Ikke minst er dette viktig for å få fart på «det grønne skiftet».

Det uklare vilkåret for erstatning og den sprikende praksisen for beregning av erstatning kan i så henseende fungere «konserverende» på hvordan offentlige anskaffelsesprosesser gjennomføres, fordi fallhøyden, hvis en trår feil, kan bli urimelig høy.

Det er derfor nødvendig å heve terskelen for hva som anses som erstatningsbetingende feil. Utvalget bør også legge noen føringer for reglene for erstatningsansvar som kan begrense den økonomiske konsekvensen av feil. Herunder bør utvalget legge føringer for en mer konservativ og realistisk beregning av den positive kontraktsinteressen.

5. Avklaring og avvisning i konkurranse med forhandling – forholdet til tilbud med vesentlige avvik

Det har i veiledning fra så vel departementet som DFØ blitt lagt til grunn at det, for anskaffelser etter FOA del III, ikke er tillatt å forhandle om tilbud med vesentlige avvik. KOFA og domstolen har tilkjennegitt et annet syn på dette temaet. Anskaffelsesutvalget har også sluttet seg til dette synet og anfører i NOU 2023:26 at det derfor foreslår «at ny lovbestemmelse klargjør at det er tillatt å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik».

Vi kan ikke se at denne adgangen klart fremgår av de reglene om konkurranse med forhandling som utvalget har foreslått inntatt i den nye anskaffelsesloven kapittel 10, del IV og antar derfor at utvalget vil ta dette med i sitt forslag om avvisningsregler, kapittel 16.

6. Klarere og bedre regler for avklaring og avvisning – for å unngå avvisning og berge konkurranser

Anskaffelsesregelverket har etter hvert utviklet seg til å bli et ganske komplekst regelverk. Forholdsvis få av de som må forholde seg til dette regelverket, kan betegnes som regelverksspesialister. Enda færre av dem er jurister. Mange møter regelverket kun de få gangene de skal gjennomføre en anskaffelse.

Det er derfor viktig at regelverket tydelig angir de reglene som brukerne av regelverket skal forholde seg til – og at reglene formuleres på en slik måte at så vel innkjøpere som leverandører kan forstå rekkevidden av regelverkets bestemmelser, selv om dette vil kunne føre til at regelverkets tekster blir noe lengre enn de ellers kunne ha vært. Dette gjelder ikke minst reglene om avklaring og reglene om avvisning.

En av de viktige endringene i forskriften ved forrige korsvei, var utvidelse av adgangen til avklaring og ettersending av informasjon. Bestemmelsen i § 23-5 fikk imidlertid en utforming som har ført til betydelige utfordringer med å vurdere hvor langt denne retten går.

I sak 2017/139 drøftet KOFA denne bestemmelsen og gikk der i rette med formuleringen om at avklaringen eller ettersendingen «ikke [skal] medføre at tilbudet forbedres». Dette omtaler KOFA som «ingen treffende formulering» og legger til grunn at vilkåret heller er «om endringene «reelt udgør et nyt tilbud»».

KOFAs tolkning av bestemmelsen, som ikke uten videre kan forankres direkte i bestemmelsens ordlyd, har ikke gjort denne vurderingen noe lettere.

Utvalget må derfor ta for seg denne viktige bestemmelsen og gi den en utforming som gjør den forståelig og anvendbar også for innkjøpere som ikke er jurister.

Et klassisk eksempel som illustrerer at en kortere tekst ikke nødvendigvis er en bedre tekst, er den tidligere bestemmelsen om avvisning av tilbud ved relativ bedømmelsestil, som var en hyppig anvendt bestemmelse og som nå er inkorporert i en bestemmelse om avvisning på grunn av «vesentlige avvik». Denne endringen ble drøftet i en masteroppgave fra UiO <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/50848/1/715.pdf> hvor det konkluderes som følger:

«Uansett kan det stilles spørsmål ved om opphevelse av FOA § 20-13 (1) bokstav f kan sies å medføre en forenkling av avvisningsreglene, slik målet med forslag til ny forskrift har vært. Med forslag til ny § 18-8 (1) vil det ikke lenger fremgå av forskriften at avvik som kan påvirke bedømmelsen av tilbudet sammenlignet med øvrige tilbud uten videre må medføre avvisning, til tross for at dette er ment å være tilfelle. Dette må i så fall alene følge av en tolkning av vilkåret "vesentlige avvik", og er således mindre synlig for offentlige oppdragsgivere og leverandører som må forholde seg til avvisningsreglene i anskaffelsesforskriften.»

Vi har praktisk erfaring for at det er utfordrende for leverandørene å forstå at den aktuelle bestemmelsen også omfatter relativ bedømmelsestil.

Dette er bare ett eksempel på at forsøk på å forkorte og forenkle reelt har endt opp med å forvanske. Det er viktig at regelverket er formulert på en slik måte at det kan bli forstått av så vel uerfarne oppdragsgivere som av leverandører.

Vi har også erfart at en del innkjøpere opplever det som krevende å måtte forholde seg til skillet mellom bestemmelser som krever at en leverandør eller et tilbud blir avvist og bestemmelser som gir adgang til avvisning. Det kan være utfordrende å stå i en strid med leverandører som bestrider at det foreligger forhold som innebærer en plikt til å avvise. Ofte ender en da opp med å beskrive en primær avvisningsplikt og en subsidiær avvisningsrett. Utvalget bør derfor vurdere et større skille mellom avvisningsreglene over og under terskelverdi, hvor det i størst mulig grad gis fakultative avvisningsbestemmelser der hvor avvisningsplikten ikke følger direkte av krav i anskaffelsesdirektiv.

7. Sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser

Korona-pandemien skapte behov som krevde en umiddelbar løsning. Situasjonen viste tydelig hvor sårbare vi er når leveranser, særlig fra utlandet, stopper opp og når behovene for visse varer og tjenester plutselig blir mangedoblet.

Mange kommuner og andre offentlige oppdragsgivere måtte løse denne oppgaven med grep som nok innebar at forpliktelsene anskaffelsesregelverket gir, tidvis ble nedprioritert.

Det kan regnes som sikkert at tilsvarende situasjoner kan oppstå på nytt; det kan være en ny pandemi, men også f.eks. en værhendelse, et radioaktivt utslipp eller et fiendtlig angrep.

Anskaffelsesregelverket må være bedre forberedt for nye kriser enn det vi opplevde at det var under korona-pandemien. Utvalget må derfor utrede handlingsrommet for

anskaffelser i en beredskaps-/krisesituasjon og inkorporere dette i anskaffelsesregelverket.

Sikkerhet og beredskap har også en side til det som gjelder hensynet til lokale og regionale leverandører. Skal de lokale leverandørene være der og kunne bidra i en krisesituasjon, må de få leveranser også når kriser ikke truer. Dette er nærmere omtalt under pkt. 2 ovenfor.

For en kommune handler sikkerhet og beredskap ikke minst om å beskytte infrastruktur, kommunikasjon og informasjon. Kommunens IKT-infrastruktur er kritisk viktig for ivaretagelse av sivilsamfunnet generelt og for kommunens leveranser av så vel vann, avløp og veivedlikehold som for kommunens ytelser innenfor helse, omsorg og barnevern. Vi ber derfor om at utvalget særlig vurderer kommunens handlingsrom når det er behov for å ivareta sikkerhet og beredskap i forbindelse med IKT-anskaffelser; så vel maskinvare som programvare.

En problemstilling som har blitt aktualisert de seneste årene, er den situasjonen som oppstår når kommunen skal foreta en IKT-anskaffelse og leverandørene tilbyr utstyr fra det som i dag fremstår som «usikre» leverandører. Saken om Oslo kommunes konkurranser i forbindelse med ny vannforsyning fra Steinsfjorden illustrerer dette godt: <https://www.nrk.no/norge/var-redd-kinesisk-selskap-skulle-bygge-inn-sarbarheter-i-oslos-drikkevann-1.16289760>.

I den saken fikk Oslo kommune hjelp av Nasjonal sikkerhetsmyndighet til å rigge konkurransen på en slik måte at risikoen for å få uønskede leverandører, ble minimert. Det kan ikke være slik dette problemet skal håndteres fremover. Utvalget må derfor avklare hvilket handlingsrom oppdragsgiverne har i arbeidet med å unngå leverandører og utstyr som kan fremstå som risikabelt i forhold til en mulig lekkasje av informasjon eller sabotasje av funksjon.

Vi viser også til punkt 10 nedenfor, om behovet for å skape handlingsrom for interkommunalt IKT-samarbeid hvor storbykommunene må ta en lederrolle i samarbeidet om utfordringene rundt sikkerhet og drift av IKT.

8. Innsyn – en nødvendighet, men en misbrukt rettighet

Oppdragsgiverne bruker stadig mer tid på å gi innsyn i dokumenter i anskaffelsesprosessene. Ikke alltid fremstår begjæringene om innsyn som rasjonelle; begrunnet ut fra leverandørs behov for å etterprøve at rett leverandør er kåret som vinner av konkurransen. Stadig oftere oppleves innsynsbejæringer å være trigget av krav om innsyn i eget tilbud (når nummer tre i konkurransen vil se det vinnende tilbudet, krever vinneren å få se tilbudet fra nummer tre i konkurransen) eller i forsøk på å tilegne seg informasjon om konkurrenter som kan utnyttes til egen fordel.

Vi anerkjenner at det skal være åpenhet omkring oppdragsgivernes gjennomføring av konkurranser, men må likevel påpeke at tiden nå er overmoden for å se på hvordan ressursbruken i forbindelse med innsynssaker kan begrenses. Slik det fungerer nå, kastes for mye av fellesskapets ressurser bort på uhensiktsmessige innsynskrav.

Det fremgår av NOU 2023: 26 at utvalget ikke klarte å finne tid til å drøfte dette temaet før utvalgets første utredning måtte avgis. Misbrukt innsynsrett er en løpende tidstyv i de fleste offentlige anskaffelsesorganisasjoner. Vi oppfordrer derfor anskaffelsesutvalget til å finne tid til å drøfte dette temaet i den neste utredningen, og vurdere tiltak som kan begrense oppdragsgivernes ressursbruk knyttet til innsynsbejæringer.

Utfordringen her er å balansere samfunnets behov for innsyn med de ressursene som det offentlige kan forventes å avsette til å innfri dette behovet. Løsningen kan kanskje

være å definere en litt snevrere ramme for hvem som kan be om innsyn og hva det kan bes om innsyn i; både hvilke tilbud og hvilke deler av tilbudene.

9. Interkommunalt innkjøpssamarbeid

Selv om det nå legges opp til betydelige forenklinger av anskaffelsesreglene under EØS-terskelverdiene, vil det bare i begrenset grad løse den utfordringen som særlig en del mindre kommuner har i møte med anskaffelsesregelverket. For disse kommunene – og generelt for kommuner som har en geografisk beliggenhet ved en storkommune som gjerne kan ta rollen som navet i et innkjøpssamarbeid, vil det være hensiktsmessig å inngå i et slikt samarbeid. Slike innkjøpssamarbeid, som vesentlig reduserer det offentliges ressursbruk knyttet til løpende anskaffelser, får gjerne et format hvor det praktiske arbeidet i all hovedsak gjennomføres av en av kommunene.

Bergen kommune har et slikt samarbeid med en rekke kommuner i tidligere Hordaland fylke. Vi har erfart at det er krevende å skulle hjemle et slikt samarbeid i reglene om offentlig-offentlig samarbeid.

Vi savner derfor en drøftelse fra utvalget om hvordan innkjøpssamarbeid kan forankres i anskaffelsesregelverket, særlig samarbeid hvor det aller meste av arbeidet med etablering av rammeavtaler og gjennomføring av konkurranser under dynamisk innkjøpsordning gjennomføres av en av kommunene.

Dette temaet har fått omtale i byrådets forslag til bystyrets høringsuttalelse til NOU 2023: 26. Vi ber likevel om at utvalget også vurderer om det vil være mulig å drøfte dette temaet i utvalgets neste utredning.

10. Interkommunalt IKT-samarbeid

Statlige myndigheter har sendt sterke styringssignaler om at kommunene i større grad må samarbeide om utfordringene rundt sikkerhet og drift av IKT. Storbyenes rolle er særlig fremhevet i NOU 2023: 9 Generalistkommunesystemet, der det blir fremhevet at det er behov for mer omfattende og langsiktig interkommunalt samarbeid i faste konstellasjoner. Digitalisering og sikkerhet blir særlig fremhevet der.

Deler av denne tematikken kan ha en tilknytning til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser. Vi ønsker derfor at utvalget drøfter hvordan et størst mulig handlingsrom for interkommunalt samarbeid på dette viktige området kan beskrives i den nye anskaffelsesloven, for samarbeid som ikke passer inn i noen av de samarbeidsformene som er beskrevet i kommuneloven § 17-1 og som derfor får preg av tjenesteytelser fra en kommune til en annen kommune.

11. Boikott av varer og tjenester fra enkelte land

Det har i de seneste årene flere ganger blitt fremmet saker i norske kommunestyre om handelsboikott. Forslagene har hyppigst handlet om ulike varianter av boikott av varer og tjenester fra- eller med tilknytning til Israel. Noen forslag har også hatt et bredere perspektiv, rettet generelt mot land som har okkupert landområder.

Tidligere har det også blitt fattet vedtak i norske kommuner om boikott bl.a. av varer fra land som har foretatt prøvesprengning av atombomber. Disse vedtakene rettet seg særlig mot Kina og Frankrike.

Flere av de landene som er foreslått boikottet, er land som Norge har ulike handelsavtaler med. Israel og Marokko er to slike land.

Det hersker stor usikkerhet om hvorvidt norske kommuner selv kan beslutte boikott av varer og tjenester fra- eller relatert til konkrete land, i en situasjon hvor det ikke er etablert et handelsforbud som er forankret i nasjonal lov eller forskrift. Det hadde derfor vært

svært nyttig om anskaffelsesutvalget kunne inkludere en vurdering av dette temaet i sin siste utredning.

Med hilsen
Innkjøp konsern

Birgitte Gullestad - leder
Bjørn-Yngve Knutsen - saksbehandler

Dokumentet er godkjent elektronisk.