

Til Anskaffelsesutvalget

Oslo, den 24. mai 2023  
Ansv. advokat Elen Schmedling Gimnæs  
Epost elen.gimnas@samfunnsbedriftene.no  
Mobil 48287550  
Vår ref. 595/4324/ESG

## Innspill til revisjon av reglene om offentlige anskaffelser

### Innledning

Regjeringen har satt ned et lovutvalg som skal revidere anskaffelsesregelverket.

Samfunnsbedriftene mener det er meget positivt med en revisjon og en helhetlig gjennomgang av anskaffelsesreglene. Særlig er det behov for å gjøre regelverket enklere og lettere tilgjengelig. Dette kan bidra til en bedre etterlevelse av reglene og få betydning for hvor effektivt regelverket fungerer.

Vi oppfatter at mandatet er bredt og at det er gode muligheter for endringsforslag. Når reglene først skal gjennomgås bør det nasjonale handlingsrommet til å påvirke utformingen og gjøre hensiktsmessige endringer benyttes. Dette gjelder særlig for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Handlefriheten for oppdragsgiverne må balanseres mot behovet for forutsigbarhet og rettssikkerhet for leverandørene, og regelverket må til syvende og sist utformes i en balanse mellom ulike og delvis motstående hensyn. Det antas likevel at god regelstruktur, enkelhet og tilgjengelige regler er viktig for begge sider.

### Bakgrunn for innspillet

Samfunnsbedriftene (tidligere KS Bedrift) er arbeidsgiver- og interessepolitisk organisasjon for rundt 580 kommunalt eide selskaper i en rekke bransjer over hele landet. Mange av selskapene er omfattet av anskaffelsesreglene som følge av det offentlige eierskapet og den virksomheten de driver. Vi har medlemmer både i oppdragsgiverrollen og i leverandørrollen, og de fleste av våre medlemmer er små og mellomstore bedrifter (se oversikt i vedlegg 1).

Regelmessig får vi spørsmål fra våre medlemmer knyttet til forståelsen av regelverket, særlig sett fra oppdragsgivers ståsted. Reglene oppfattes som krevende å finne frem i og det er lett å trå feil. Videre er det mange mål og hensyn som skal ivaretas gjennom regelverket, og som ikke alltid står i direkte sammenheng med kvaliteten på produktet eller tjenesten som skal anskaffes. Det reises også tidvis kompliserte problemstillinger relatert til handlingsrommet for samarbeid og samhandling mellom offentlige selskaper/virksomheter.

Regelverket krever samlet sett en juridisk kunnskap og forståelse som større innkjøpsmiljøer og aktører kan besitte. Mindre oppdragsgivere har gjerne utfordringer med å etablere in-house-kompetanse og trenger oftere ekstern bistand. Det må være et selvstendig poeng å ha et regelverk som er utformet slik at det er mulig å håndtere for både små og store oppdragsgivere, og ikke blir så kostnadskrevenende å anvende at det går ut over målet om effektiv ressursbruk.

## Innspill til utvalget

Samfunnsbedriftene vil komme med noen synspunkter på regelverket og fremme noen innspill basert på erfaringer vi har med våre medlemsbedrifter. Innspillene er av overordnet karakter. I stor grad trekker de i retning av et mindre strengt og mer fleksibelt regelverk for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

For enkelhetens skyld tas det i notatet utgangspunkt i FOA (klassisk sektor) og § 5-1 ved omtalen av terskelverdier mv. Argumentasjonen relatert til anskaffelser under EØS-terskelverdiene gjelder så langt den passer også for andre anskaffelser og der nasjonale terskelverdier er høyere. Det tas forbehold om at enkelte av forslagene kan være krevende å forene med anskaffelsesrettslige forpliktelser som er etablert gjennom vår EØS-deltakelse.<sup>1</sup>

Kort oppsummert er innspillene som følger:

- 1) Endre hovedstrukturen og fordelingen mellom lov og forskrifter
- 2) Gjennomgå og avgrense samfunnshensyn i LOA
- 3) Innføre felles og enklere regler for alle anskaffelser under EØS-terskelverdiene
- 4) Tydeliggjøre adgangen til å velge lokale leverandører
- 5) Klargjøre reglene om samarbeid i offentlig sektor
- 6) Oppdatere reglene om tildeling av enerett
- 7) Klargjøre adgangen til samordnede innkjøp (innkjøpssentraler/-samarbeid)
- 8) Endre regler om avvisning ved formalfeil

### **1) Endre hovedstrukturen og fordelingen mellom lov og forskrifter**

Vi oppfatter anskaffelsesloven i dag som en overordnet hjemmelslov, mens forskriftene angir nærmere regler for hvordan anskaffelser av ulik art og verdi skal gjennomføres, og hvilke unntak som foreligger.

Anskaffelsesretten er dynamisk med mye rettspraksis og det vil forholdsvis ofte være behov for justeringer. Bruk av forskrifter som kan endres uten lengre lovendringsprosesser gir en fleksibilitet som kan være både nødvendig og hensiktsmessig. Samtidig kan det være noen praktiske og pedagogiske fordeler ved å løfte flere av reglene på anskaffelsesrettens område inn i loven, eller synliggjøre dem bedre.

Dette kan blant annet vurderes for de prinsippene som allerede fremgår av LOA § 4. Det står ingenting i loven om hvordan prinsippene skal forstås. Det går heller ikke frem hvorvidt eller hvordan prinsippene henger sammen med regler som fremgår av forskriftene til loven. For dem som anvender reglene vil rettslige begreper som forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet gi større mening, og kan oppleves å ha større viktighet og vekt, dersom loven på overordnet vis kan beskrive dem. Ved anskaffelser etter FOA del I kan det være særlig hensiktsmessig med en nærmere beskrivelse av de grunnkravene som prinsippene gir anvisning på. Det kan også vurderes om det er mulig å utforme prinsippene som legaldefinisjoner.

Videre gjelder det bestemmelsene om samarbeid i offentlig sektor i FOA kapittel 3. Dette er et praktisk viktig område for kommunal sektor, der nær all regulering fremgår av forskriftene på ganske innviklet vis (se mer i punkt 5). Disse bestemmelsene bør kunne løftes inn og synliggjøres i loven. Det samme kan vurderes for unntakene som i dag er hjemlet i FOA § 5-2 (se punkt 3) og for eventuelt andre unntak som medfører at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse. Det bør vurderes om alle avgrensningene der anskaffelsesreglene ikke skal anvendes kunne vært samlet mer helhetlig i loven.

Det kan videre vurderes om det er mulig å ta inn i loven en oversikt over regelstrukturen på området, herunder en oversikt over virkeområdet for de forskjellige forskriftene og hvilke anskaffelser de regulerer. Det vil etter vårt syn være en fordel både for oppdragsgivere og leverandører at man kan starte i anskaffelsesloven, og deretter ledes til riktig underliggende regelverk for den aktuelle anskaffelsen.

Loven kan med disse endringene bli et mer naturlig startsted og ha en pedagogisk veiviserfunksjon på et omfattende og krevende rettsområde. Loven har etter det vi kan se ikke en slik funksjon i dag.

---

<sup>1</sup> Vi har ikke foretatt nærmere vurderinger av eventuell motstrid med EØS-rettslige forpliktelser.

## 2) Gjennomgå og avgrense samfunnshensyn i LOA

Hovedmålet med anskaffelsesreglene etter LOA § 1 er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og bidra til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Regelverket åpner også for at de nasjonale myndighetene kan fastsette ulike samfunnsmål som skal ivaretas gjennom anskaffelsene, og denne adgangen er benyttet flere ganger.

Samfunnsbedriftene har i to nylig avgitte høringssvar til Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) reist noen innvendinger mot bruken av anskaffelsesreglene for å fremme generelle mål og samfunnshensyn.<sup>23</sup> Det går en grense for hvor mange ulike mål og hensyn som kan innlemmes i anskaffelsesregelverket før muligheten for gjennomføring av effektive anskaffelser og effektiv ressursbruk svekkes. Dette gjelder særlig når mål og hensyn følges opp med egne forskrifter som pålegger oppdragsgiverne nye og flere plikter. Det er grunn til å tro at kravene til kompetanse og risikoen for å trå feil øker proporsjonalt med økende antall krav i lovverket og større kompleksitet. Jo flere krav som stilles til oppdragsgiverne, jo større blir de administrative kostnadene knyttet til anskaffelsene og jo mer gripes det inn i det innkjøpsfaglige skjønnet.

Samfunnsbedriftene mener det bør utvises større nøkternhet knyttet til bruken av anskaffelsesreglene for å nå samfunnsmål. Mange samfunnsmål kan ivaretas på andre måter enn gjennom offentlige anskaffelser. I tilfeller der mål og hensyn allerede er ivaretatt helt eller delvis gjennom andre regelverk som offentlige oppdragsgivere skal følge, bør de etter vårt syn som et utgangspunkt ikke inntas i anskaffelsesreglene.

Samfunnsbedriftene mener også at vektingen av samfunnsmålene (når de først er innlemmet) bør kunne avpasses nærmere av oppdragsgiveren selv, slik at samfunnsmålene som skal nås står i et rimelig og proporsjonalt forhold til anskaffelsenes innhold, dens antatte økonomiske verdi og andre relevante omstendigheter. Dette kan man blant annet oppnå dersom samfunnsmålene kun reguleres overordnet i loven, uten at det fastsettes egne *forskrifter* med detaljerte regler om hvordan målene ivaretas gjennom anskaffelsene.

Når det gjelder ivaretagelse av samfunnsmål bør det ut fra proporsjonalitetsprinsippet også skilles mellom de større anskaffelsene med påvirkningskraft og samfunnsmessige effekter, og anskaffelser med antatt lavere verdi. Særlig viktige og lovfestede samfunnsmål kan eventuelt integreres direkte i prosedyrene for anskaffelsene over EØS-terskelverdiene, og uten regulering i egne forskrifter.<sup>4</sup>

## 3) Innføre felles og enklere regler for alle anskaffelser under EØS-terskelverdiene

Det rettslige utgangspunktet er at det foreligger et nasjonalt handlingsrom for å avgjøre hvilke regler som skal gjelde for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Samfunnsbedriftene mener dette handlingsrommet bør benyttes til å gjøre forenklinger i regelverket. På denne bakgrunn mener vi utvalget bør vurdere nærmere:

1. Felles regler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene
2. Heve terskelen for når regelverket kommer til anvendelse
3. Justere unntak fra anskaffelsesreglene
4. Dele opp anskaffelser under EØS-terskelverdiene

### 1) Felles regler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene

Fastsettelse av ett felles regelsett for alle anskaffelser under EØS-terskelverdiene kan bidra til et enklere, mer oversiktlig og anvendelig regelverk. Det vil i praksis bety at dagens ordning med ulike regler for anskaffelser over og under de nasjonale terskelverdiene kan oppheves. Det presiseres at det *ikke* vil bidra til forenkling dersom reglene om kunngjøringsplikt og tillatte anskaffelsesprosedyrer som i dag gjelder for anskaffelser etter FOA del II utvides til å omfatte alle anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Derimot kan de reglene som i dag gjelder for anskaffelser under 1,3 millioner kroner, med enkelte

<sup>2</sup> Høring - Forslag til endringer i regelverket om offentlige anskaffelser og byggherreforskriften:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag/id2931147/?uid=9e2e3de8-1496-4ed6-85b0-b1f59fc25957>

<sup>3</sup> Offentlig høring av forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-3/id2938509/?uid=2a30ee76-9470-4640-8b1e-4ff47c9a0af3>

<sup>4</sup> Ref. egen forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, m.fl.

tilpasninger være tilstrekkelig dekkende også for anskaffelser mellom nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdiene.

Eksempel på en bestemmelse som ved en delvis opphevelse av FOA del II trolig bør videreføres, er § 11-2 som gir oppdragsgiveren en viss adgang til å foreta endringer i kontrakten uten å måtte gjennomføre en ny anskaffelse. Det samme kan gjelde noen av unntakene i § 5-2.

Felles regler for alle anskaffelser under EØS-terskelverdiene bør innebære rammeregulering basert på de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, og mindre grad av detaljregulering. Dette vil kunne forenkle regelverket og gi lavere administrative kostnader for oppdragsgivere. Man kan eventuelt bruke løsningen i forsyningsforskriften som modell for utformingen.

Vi mener det sentrale er at oppdragsgiveren må sikre at de grunnleggende prinsippene etter anskaffelsesloven § 4 ivaretas, og har ansvaret for å dokumentere dette. Oppdragsgiveren bør få større handlingsrom til selv å vurdere hvordan anskaffelsen gjennomføres i praksis, herunder velge offentlig kunngjøring. Klare dokumentasjonsplikter og eventuelt standardiserte rapporteringsrutiner kan i noen grad oppveie for opphevelsen av prosedyreregler i del II. Sett fra oppdragsgivers ståsted kan det være både hensiktsmessig, forenkende og økonomisk besparende med mer generelle og overordnede krav til gjennomføringen av anskaffelsene. Behovet for kunnskap om hvordan reglene skal tolkes og anvendes kan møtes ved at fagdepartementet, DIFI eller annen sentral myndighet utarbeider et godt, digitalt og lett tilgjengelig veiledningsmaterieell som oppdateres regelmessig. Vi mener at dagens *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser* er informativ, velskrevet og har god struktur, og i så måte er et godt utgangspunkt.<sup>5</sup>

Forholdsmessighetsprinsippet står sentralt i anskaffelsesretten og tilsier at de rettslige kravene til gjennomføringen av en anskaffelse bør øke i takt med dens antatte verdi. En ordning med enklere fellesregler basert på anskaffelsesrettslige prinsipper for alle anskaffelser under EØS-terskelverdiene, uten absolutte krav til kunngjøring<sup>6</sup> eller krav om bruk av bestemte anskaffelsesprosedyrer, vil fortsatt være i samsvar med dette prinsippet.

Man må ellers kunne legge til grunn at offentlige oppdragsgivere generelt er i stand til å gjøre forsvarlige vurderinger av hvordan innkjøp for egen virksomhet kan gjøres på en egnet og effektiv måte. Kommunene har i kraft av det lokale selvstyret en viss handlefrihet knyttet til både innholdet og organiseringen av mange kommunale tjenester på sentrale velferdsområder. I lys av dette bør det også kunne åpnes for noe større grad av (innkjøpsfaglig) skjønn og handlingsrom for kommunale oppdragsgivere og interkommunale samarbeid og selskap når de foretar offentlige anskaffelser.

Selv om det vedtas at dagens FOA del II helt eller delvis oppheves, betyr ikke dette at det blir mindre åpenhet rundt anskaffelsene. De som i dag omfattes av anskaffelsesreglene er i hovedsak også omfattet av offentlighetsloven. Det vil dermed fortsatt være mulig for allmennheten, konkurrenter og tilsynsmyndigheter å få innsyn i opplysninger om anskaffelsene, kunne føre demokratisk og anskaffelsesfaglig kontroll med hvordan de er gjennomført og eventuelt påse at reglene er fulgt.

Det er videre grunn til å se anskaffelsesregelverket i sammenheng med andre lover og regler som bidrar til innsyn og åpenhet i offentlig sektor og offentlig eide selskap og samarbeid. Reguleringen av offentlig eide virksomheter mht. økonomiforvaltning og ressursbruk, samt kravene til rapportering, tilsyn og kontroll, har generelt tiltatt de siste 20-30 årene. Åpenhetsloven som nylig er innført er et eksempel på nytt lovverk som pålegger alle virksomheter av en viss størrelse å utvise aktsomhet og åpenhet, samt sørge for kartlegging og rapportering i forbindelse med produksjon og levering av varer og tjenester. Det er ikke bare anskaffelsesreglene som legger føringer og rammer for planlegging og gjennomføring av offentlige innkjøp. Behovet for detaljerte krav til gjennomføringen av innkjøpene, og hvilke hensyn som skal ivaretas, bør avpasses denne rettsutviklingen og reflekteres i anskaffelsesregelverket.

## 2) Heve terskelen for når regelverket kommer til anvendelse

---

<sup>5</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>

<sup>6</sup> Ved videreføring av kunngjøringsplikt for enkelte anskaffelser, bør dette være forenklet. I dag ledsages kravet til kunngjøring flere andre detaljerte krav og plikter knyttet til gjennomføringen.

Det bør vurderes om terskelen for når anskaffelsesreglene kommer til anvendelse kan heves fra 100 000 kroner ekskl. mva. Dette kan bidra til at de små/mindre innkjøpene kan gjennomføres raskt og effektivt, og ytterligere legge til rette for handel med aktører i det lokale næringslivet. Den nedre beløpsgrensen har stått fast lenge og inflasjon og prisstigning medfører at kjøp tilsvarende 100 000 kroner utgjør relativt mindre i dag enn da anskaffelsesreglene trådte i kraft.

### 3) Justere unntak fra anskaffelsesreglene

FOA § 5-2 fastsetter at FOA del II ikke kommer til anvendelse i nærmere bestemte tilfeller. Mange av de kommunale selskapene driver sin virksomhet innenfor bransjer der rammebetingelsene kan endre seg raskt og det oppstår behov for snarlige justeringer og tiltak. Hendelser som konkurser hos konkurrenter, pandemi, energikriser, akutt forurensing mv. medfører behov for å handle raskt for å ivareta blant annet lovpålagte og andre samfunnsrelevante oppgaver. Krav om offentlig kunngjøring og krav til bestemte anskaffelsesprosedyrer kan av og til fungere som en barriere for nødvendig handling til riktig tid.

I denne sammenhengen mener vi at det er behov både for å se på om de nevnte unntaksgrunnene (hjemlene for hasteanskaffelser) i FOA § 5-2 er tilstrekkelig dekkende, og om terskelen for lovlig å kunne benytte dem er for høy. Dette gjelder etter vår erfaring særlig unntaket i § 5-2 (1) bokstav c) som sier at oppdragsgiveren på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsette inngåelsen av en kontrakt i den tidsperioden det vil ta å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse.

### 4) Dele opp anskaffelser under EØS-terskelverdiene

Det følger av FOA § 19-4 at oppdragsgiveren for anskaffelser over EØS-terskelverdiene skal vurdere å dele opp anskaffelsen i delkontrakter, så lenge det ikke skjer med det formålet å unnta kontrakten fra anskaffelsesreglene, herunder kravet til offentlig kunngjøring. Norske myndigheter har oppfordret oppdragsgiverne til å dele opp anskaffelser slik at små og mellomstore leverandører kan delta i konkurransen der det samlet sett er snakk om større anskaffelser.<sup>7</sup> Det bør gå tydeligere frem av reglene at det også er anledning til å dele opp anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Oppdeling av en anskaffelse i mindre delkontrakter kan bidra til målet om at det skal være lettere for små og mellomstore bedrifter, dermed trolig også lokale bedrifter, å delta i konkurranser om offentlige kontrakter. Oppdragsgiveren må selv vurdere om en slik oppdeling er hensiktsmessig og kan håndteres uten for store administrative kostnader.

#### 4) Tydeliggjøre adgangen til å velge lokale leverandører<sup>89</sup>

En rekke varer og tjenester, bygge- og anleggsarbeider mv. som kommunale selskaper og andre mindre oppdragsgivere har behov for, vil kunne leveres av lokale og regionale aktører. Det er i denne sammenhengen positivt at lovutvalget ifølge mandatet «skal foreslå endringer som sikrer at offentlige anskaffelser har en utforming og størrelse som gjør det mulig for lokale og regionale aktører å delta i konkurransen om hele eller deler av oppdraget, og adgangen til å velge lokale og regionale leverandører innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet».

Det er også en sentral distriktpolitisk målsetting å bidra til utvikling av distriktene og sikre bosetting og arbeidsplasser både lokalt og regionalt. Adgangen til å ta hensyn til lokal nærhet når en offentlig oppdragsgiver gjennomfører anskaffelser kan ha en positiv effekt på evnen til å nå disse målene. Det kan bidra til å opprettholde et godt og variert lokalt næringsliv og med dette legge til rette for både arbeidsplasser og bosetting over hele landet.

Samfunnsbedriftene har ikke et klart svar på hvordan adgangen til å velge lokale aktører ved en anskaffelse bør innrettes rettslig, men hensynet til å opprettholde bosetting, aktivitet og arbeidsplasser lokalt og regionalt kan vurderes inntatt som et av flere samfunns mål i LOA (se dog punkt 2). Etter vår

<sup>7</sup> <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-22-20182019/id2641507/>

<sup>8</sup> <https://distriktssenteret.no/litteratur/kommunen-som-innkjoper/>

<sup>9</sup> <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/kommunene-kan-legge-til-rette-for-lokale-innkjop/id2947981/>

mening er dette distriktspolitiske målet i norsk sammenheng like viktig som flere av de andre samfunnsmålene som allerede er lovfestet.

Videre kan forslagene over om 1) innføring av felles regler og mer rammeregulering av anskaffelser under EØS-terskelverdiene, herunder 2) en tydeliggjøring av adgangen til å dele opp disse anskaffelsene, samt 3) en heving av fribeløpet fra kr. 100 000, samlet legge bedre til rette for at mindre lokale aktører har mulighet til delta i konkurranser og kan gå inn som parter i offentlige kontrakter.

Vi ser at innføring av regler som åpner for vektlegging av lokale hensyn potensielt kan komme i konflikt med andre regler etter anskaffelsesdirektivene, og prinsipper om ikke-diskriminering. Dette antas særlig å gjelde for anskaffelser over EØS-verdiene. Det synes imidlertid å være et rettslig handlingsrom for å kunne ta hensyn til og vektlegge nærhet og lokal tilhørighet for leverandøren i anskaffelser under EØS-terskelverdiene, og dette er et handlingsrom som bør benyttes.<sup>10</sup>

Bruk av lokale og regionale leverandører vil også kunne forenkle oppdragsgiverens samhandling, kontraktsoppfølging og kontroll med leverandøren etter at avtalen er inngått, og dermed bidra til å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser.

## 5) Klargjøre reglene om samarbeid i offentlig sektor

For mange kommuner og kommunale selskaper er reglene i FOA kapittel 3 om samarbeid i offentlig sektor, og særlig reglene i § 3-1 om utvidet egenregi, sentrale. Dette henger sammen med at de fleste norske kommuner i dag benytter selskaper som de helt eller delvis eier til å løse ulike offentlige oppgaver.<sup>11</sup>

Mange av selskapene er interkommunale i den forstand at de eies av to eller flere kommuner. Kommunenes eier- og ansvarsandeler i selskapene kan variere. Oppgaver og ansvar delegeres til selskapene via vedtak i kommunestyrene og det opprettes vedtekter eller selskapsavtale som angir selskapets formål og hovedvirksomhet. I en del tilfeller oppretter kommunale selskaper også egne datterselskaper. Dette er for eksempel tydelig innen avfallsbransjen, der husholdningsavfallet som er en lovpålagt kommunal oppgave gjerne håndteres av et morselskap i utvidet egenregi, mens enkelte andre oppgaver legges til heleide datterselskaper.

Vår erfaring er at selv om reglene om utvidet egenregi i stor grad brukes og er relevante for organisering av kommunale oppgaver, så er de samtidig vanskelige å forstå. Språket er krevende og tar utgangspunkt i anskaffelsesfaglige ord og uttrykk. Blant annet oppleves begrepet «kontrakter» som noe fremmedgjørende i tilfeller der en kommune ønsker å bruke eget selskap til å løse oppgaver på sine vegne. Vi har også erfart at enkelte kommuner velger å tildele enerett jf. FOA § 2-3 til selskaper de selv eier og har kontroll over, dvs. selv om vilkårene for å benytte selskapet i utvidet egenregi synes å være oppfylt.

Samfunnsbedriftene mener det er behov for å gjøre både strukturelle og språklige endringer på dette området og klargjøre reglene i FOA kapittel 3 om «tillatt samarbeid» i offentlig sektor slik at de kan bli enklere å forstå og anvende riktig.

Det kan i denne sammenhengen være hensiktsmessig at lovlige og helt vanlige måter å samarbeide om oppgaver og tjenester på innen kommunal sektor ikke fremstilles/fremstår som unntak fra anskaffelsesreglene.<sup>12</sup> Det kan på blant annet tydeliggjøres bedre i loven (eller FOA) som et rettslig utgangspunkt at offentlige organer (alltid) kan løse lovpålagte og andre delegerte oppgaver ved bruk av egne ressurser internt i egen organisasjon, uten at dette berøres av anskaffelsesreglene. Det kan godt vurderes om begrepet «egenregi» kan tas inn i lovverket, og ikke kun fremgå av veileder.<sup>13</sup> Dette kan bidra til at begrepet «utvidet egenregi» og andre bestemmelser om offentlig samarbeid blir enklere å få tak på og forstå, og bidra til at reglene praktiseres riktig.

---

<sup>10</sup> OE-rapport 2022-65: <https://distriktssenteret.no/wp-content/uploads/2022/10/Kommunen-som-innkjoper.pdf>

<sup>11</sup> Se figur som viser at alle norske kommuner deltar i minst et IKS. NIBR oversikt over omfanget av kommunale selskap.

<sup>12</sup> Se bl.a. pkt. 4.3 tredje avsnitt: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/?ch=6>

<sup>13</sup> Nærmere definert i dag i veilederen



Det bør videre tydeliggjøres nærmere hvordan samhandlingen og eventuelt utveksling av tjenester mellom offentlig eide selskaper *innen samme konsern* kan finne sted, uten at dette er kontrakter som omfattes av anskaffelsesreglene. Et praktisk eksempel er at selskapene i konsernet er så små at alle HR-tjenester og andre administrative tjenester ligger til ett av selskapene, men brukes av begge/flere. Dette er ganske vanlig for kommunal virksomhet innen f.eks. avfall og energi. Anskaffelsesreglene bør ikke være til hinder for denne type naturlig og nødvendig samarbeid, som for øvrig er fullt tillatt innen privateide konserner.

Med utgangspunkt i betraktningene over, mener vi også det bør utredes nærmere hvordan heleide kommunale selskaper og virksomheter som *ikke er konsernorganiserte* og/eller har til dels ulike eiere kan samarbeide og utveksle tjenester, uten at anskaffelsesreglene er til hinder for dette. Et praktisk eksempel i denne sammenhengen er at et heleid interkommunalt avfallsselskap (IKS) leverer lovpålagt innsamlet husholdningsavfall til et sorteringsanlegg (AS eller IKS) som også har andre eierkommuner. Et annet eksempel er at et kommunalt oppgavefelleskap (KO) etter kommuneloven kapittel 19 leverer sekretærtjenester eller andre administrative støttetjenester til et interkommunalt politisk råd (IPR) etter kommuneloven kapittel 18 (samme eierkommuner, men ingen konsernorganisering). Vi er usikre på om vilkårene for utvidet egenregi i FOA §§ 3-1 og 3-2 kan brukes som hjemmelsgrunnlag i disse tilfellene. Det samme gjelder unntaket i FOA § 3-3, da det blant annet er spørsmål om kravene som stilles til å etablere eller gjennomføre et (horisontalt offentlig-offentlig) samarbeid er oppfylt.

Med utgangspunkt i at det offentlige bør stå fritt til å organisere sin virksomhet på den måten som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver, bør det være adgang til stor grad av samhandling mellom kommunale selskaper og virksomheter om lovpålagte og andre naturlige tilleggsoppgaver, uten at anskaffelsesreglene griper inn og definerer dette som kontrakter. Dette handlingsrommet bør i større grad tydeliggjøres og gå klart frem av anskaffelsesregelverket. Det bør her vurderes om det er hensiktsmessig å unngå bruk av begrepet «kontrakter» der det er snakk om lovlig offentlig samarbeid og samhandling, da dette kan oppfattes som misvisende og gjøre reglene vanskeligere å forstå.

I tillegg til nevnte endringer i lov og forskrifter, er det ønskelig at det utarbeides veiledningsmateriell som på en samlet og egnet måte redegjør for de samarbeidsmåtene mellom ulike offentlige aktører og offentlig eide virksomheter som ikke omfattes av kontraktbegrepet og som ikke begrenses av anskaffelsesreglene.

## **6) Oppdatere reglene om tildeling av enerett**

Det følger av FOA § 2-3 (2) at anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Det synes riktig at denne typen kontraktsinngåelse utgjør et unntak fra anskaffelsesreglene, siden det etter forskriften ikke oppstilles noe krav om eierskap eller kontroll mellom hhv. det rettssubjektet som tildeler kontrakten og det rettssubjektet som får den tildelt.

Det er vår erfaring at det i de senere årene har oppstått en del usikkerhet knyttet til forståelsen av bestemmelsen. Videre har vi erfart at en del oppdragsgivere har benyttet FOA § 2-3 til å legge oppgaver til eget selskap, i stedet for å tildele oppgavene i utvidet egenregi. Det er ikke godt å si hva som kan være årsaken til en slik praksis, men det kan ikke utelukkes at det i noen grad henger sammen med de uklarhetene reglene om utvidet egenregi gir.

Samfunnsbedriftene mener uavhengig av dette at reglene om enerettstildeling må endres og klargjøres i samsvar med de senere vurderingene som er gjort i klagesaker for ESA om tildeling av enerett for håndtering av kommunalt næringsavfall. Spesielt mener vi det bør presiseres hvilke krav regelverket stiller til at oppdragsgiver må besitte en eksklusiv rettighet for å kunne tildele enerett. Videre kan det vurderes om også dette unntaket bør inntas i loven.

## **7) Klargjøre adgangen til samordnede innkjøp (innkjøpssentraler/-samarbeid)**

Oppdragsgiveren kan etter FOA § 7-8 kjøpe varer og tjenester direkte fra innkjøpssentraler, der innkjøpssentralen har anskaffet varer og tjenester i eget navn og for egen regning. Oppdragsgiver kan også kjøpe varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjennom innkjøpssentralen. Etter dette alternativet inngår innkjøpssentralen kontrakter på vegne av én eller flere oppdragsgivere.

Det er inngått en rekke innkjøpssamarbeid i kommunal sektor mellom kommuner, som trolig ikke er organisert som egne rettssubjekter, men som reguleres gjennom avtaler.<sup>14</sup>

Fra et kompetanse- og kostnadsperspektiv ville det vært hensiktsmessig dersom små og mellomstore kommunale selskaper<sup>15</sup> kan benytte de samme rammeavtalene og innkjøpssamarbeidene som én eller flere av deres eierkommuner har inngått.<sup>16</sup> Spørsmålet er imidlertid om de står fritt til dette innenfor rammene av anskaffelsesreglene, eller om bruk av et etablert kommunalt innkjøpssamarbeid i seg selv vil regnes som kjøp av tjenester som evt. krever anbudsutlysning og inngåelse av kontrakt. Det er ønskelig at dette avklares nærmere.

Poenget må være å finne løsninger innenfor rammen av anskaffelsesreglene som kan bidra til å profesjonalisere, effektivisere og samordne innkjøp fra mindre kommunale og andre offentlig eide virksomheter. Selv om dette er forhold som det ikke er naturlig å lovregulere direkte, bør det avklares rettslig og omtales i veileder til regelverket.

### 8) Endre regler om avvisning ved formalfeil

FOA § 9-4 og § 24-1 fastsetter regler som gir oppdragsgiveren enten en plikt eller en adgang til å avvise tilbudet eller leverandøren på grunn av formalfeil, dvs. feil som ikke omhandler leverandørens evne og egnethet til å gjennomføre kontrakten.

Dersom reglene i FOA del II helt eller delvis videreføres, bør den absolutte plikten etter FOA § 9-4 (1) til å avvise tilbudet når det ikke er mottatt innen tilbudsfristen, vurderes nærmere. Vi mener det er uheldig at det ikke i rimelig grad er mulig å ta hensyn til feil som ligger utenfor leverandørens kontroll eller andre hendelige omstendigheter, når forsinkelsen ikke er vesentlig. Dette kan være omstendigheter som strømbrudd, feil på nett ol. Det bør i alle fall være mulig å godta forsinket levering når forsinkelsen skyldes forhold på oppdragsgiverens side. I tilfeller av forsinkelse som ikke skyldes oppdragsgiveren, kan det eventuelt stilles krav om at leverandøren må kunne dokumentere årsaken til forsinkelsen.

Vennlig hilsen  
Samfunnsbedriftene

Øivind Brevik  
Administrerende direktør

Agnete Sommerset  
Juridisk direktør / advokat

Dette dokumentet er signert elektronisk og trenger ingen signatur.

Kopi:  
Nærings- og fiskeridepartementet (NFD, Konkurransopolitisk avdeling  
Kommunal- og distriktsdepartementet (KDD), Kommunalavdelingen

---

<sup>14</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/d1d16e57ad4b433d9c14cfc246f44269/innkjopssamarbeid-i-kommunesektoren.pdf>

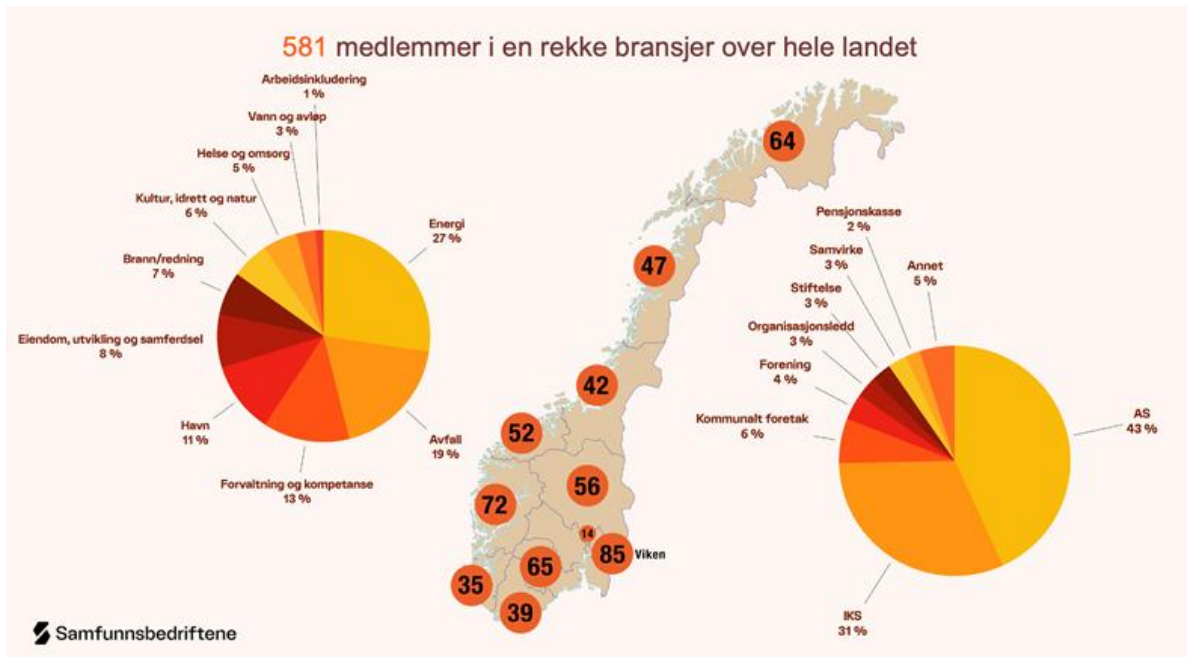
<sup>15</sup> Ca. 2 500 hel- og deleide kommunale selskaper på landsbasis.

<sup>16</sup> Alternativet er at selskapene selv bransjevis inngår egne innkjøpssamarbeid, men selskapene er spredt over hele landet, noe som kan gjøre samordningen krevende og som heller ikke alltid legger til rette for lokale anskaffelser. Derfor kan det være ønskelig å benytte et innkjøpsmiljø-/samarbeid med lokal eller regional forankring.



**Vedlegg 1**

Figur 1 – Medlemmer i Samfunnsbedriftene fordelt etter bransjer og plassering (alle foretaksformer)



Figur 2 – Medlemmer fordelt etter antall ansatte og omsetning (alle foretaksformer)

