



Lovutvalget for offentlige anskaffelser

Vår referanse: 2023/160425-1  
Saksbehandler: Bjørn-Yngve Knutsen  
Dato: 22. juni 2023  
Deres ref.:

## Innspill til lovutvalget for offentlige anskaffelser

*Innkjøp konsern er Bergen kommunes fagavdeling for offentlige anskaffelser, med ansvar for strategier, verktøy, instruksjer og veiledning. Innkjøp konsern gjennomfører også opplæringstiltak, samt kontroll og oppfølging på samfunnsansvarområdet. Seksjonen gir praktisk hjelp når kommunens enheter gjennomfører konkurranser og følger opp kontrakter. Innkjøp konsern inngår og forvalter felles rammeavtaler på vegne av Bergen kommune og samarbeidende kommuner og virksomheter.*

*Basert på våre erfaringer med gjeldende regelverk siden 2017, ønsker vi å komme med noen innspill til lovutvalget for offentlige anskaffelser – «Anskaffelsesutvalget», på områder hvor det etter vårt syn er rom for forbedring av anskaffelsesregelverket.*

### 1. Regelverkets virkeområde - terskelverdi

Det følger av lovens virkeområde at den gjelder for kontrakter med en verdi lik eller over 100.000 kroner eks.mva. Den reelle verdien reduseres år for år, i takt med inflasjonen. Utvalget bør derfor se på en måte å justere innslagspunktet for regelverket på, som over tid holder dette på et rimelig konstant nivå, når en tar hensyn til inflasjonen.

### 2. Forenkle regelverket under EØS-terskelverdi?

Etter vårt syn er det rom for betydelige forenklinger av reglene om anskaffelser under EØS-terskelverdi. Fundamentet vil alltid være kravet om utlyst konkurranse og de grunnleggende kravene som fremgår av LOA § 4. En viss grad av operasjonalisering av disse kravene, i form av forskriftsbestemmelser, vil nok være hensiktsmessig, men her bør Anskaffelsesutvalget gi rom for frimodige tanker om hvor mye det er mulig å forenkle.

Hvis en velger å foreta en vesentlig forenkling av denne delen av regelverket, vil det være helt sentralt at dette gjøres på en måte som ikke åpner for nedtrekk av regler fra regelverket over EØS-terskelverdiene til regelverket under EØS-terskelverdiene. Særlig KOFA har vist vilje til å la bestemmelser over EØS-terskelverdi få virkning også under EØS-terskelverdi når regelverket under EØS-terskelverdi ikke gir spesifikke bestemmelser. Det er ikke forenkling og det er nødvendig at det i regelverket settes opp skranker mot slikt nedtrekk av bestemmelser.

### 3. Et kortere regelverk er ikke nødvendigvis et enklere regelverk.

Anskaffelsesregelverket har etter hvert utviklet seg til å bli et ganske komplekst regelverk. Forholdsvist 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 ikke formuleres på en slik måte at det blir vanskelig for så vel innkjøpere som leverandører å forstå rekkevidden av regelverkets bestemmelser, selv om dette vil kunne føre til at regelverkets tekster blir noe lengre enn de ellers kunne ha vært.

Et klassisk eksempel som illustrerer dette, 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.

#### **4. Ulovlig direkte anskaffelser må defineres i loven**

I dag ilegger KOFA gebyr til oppdragsgivere for et regelverksbrudd som ikke er definert i regelverket. Verken lov eller forskrift definerer hva en ulovlig direkte anskaffelse er. I lengden er dette en uholdbar situasjon og Anskaffelsesutvalget må derfor bidra til at en klar definisjon av «ulovlig direkte anskaffelse» tas inn i anskaffelsesloven.

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.

#### **5. Taket på rammeavtaler, ref. EU-domstolen, må klart fremgå av regelverket.**

Gjennom to avgjørelser har EU-domstolen gjort det klart at det er et tak for hvor mye som kan avropes på en rammeavtale og at det taket skal fremgå av konkurranseutlysningen. Dette innebar utvilsomt en endring i forhold til praksis i både Norge og andre land, bl.a. Danmark. Også i forhold til KOFA-praksis innebar disse uttalelsene fra EU-domstolen en innstramning.

Det er nødvendig at denne avklaringen/innstramningen også fremgår klart av tekst i anskaffelsesforskriften, både i forhold til rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

Anskaffelsesutvalget bør i den forbindelse også se på om det er grunnlag for å anlegge en noe mindre strikt tilnærming til temaet for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

## **6. FOA del IV – som et mer komplett regelverk**

Anskaffelsesforskriftens del IV gir bestemmelser for anskaffelser av helse- og sosialtjenester med anslått verdi over terskelverdien som p.t. er 7,8 MNOK ekskl. mva. Disse bestemmelsene har i noen sammenhenger blitt omtalt som «konkurranse light» og inneholder flere bestemmelser som er tilpasset særtrekkene ved en del helse- og sosialtjenester.

I det store og hele fremstår disse reglene som mer liberale enn reglene i forskriftens del II og del III. Utad gir dette et inntrykk av et regelverk som er mer liberalt over terskelverdien enn under terskelverdien.

Bergen kommune har lagt til grunn at de bestemmelsene i del IV som fremstår som mer liberale enn bestemmelsene i delene II og III, også får anvendelse for anskaffelser med anslått verdi under terskelverdien 7,8 MNOK. Etter vårt syn bør dette prinsippet klart fremgå av forskriften. Herunder er det særlig behov for å klargjøre prinsippene for gjennomføring av konkurranser med forhandling, også over EØS-terskelverdien; her bør det -hvis mulig- legges opp til at en i størst mulig grad kan gjennomføre konkurransene i ett trinn.

## **7. Forhandlinger om 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.

I sin doktorgradsavhandling fremmer Linda Midtun det synet at det bakenforliggende direktivet ikke stenger for å forhandle om tilbud med vesentlige avvik, så lenge disse avvises før valg av leverandør hvis avviket ikke blir forhandlet bort, men at någjeldende forskriftstekst i FOA del III stenger for slike forhandlinger.

All den tid så vel KOFA som domstolen har lagt til grunn at slike forhandlinger er akseptable, vil nok de fleste oppdragsgivere også legge dette til grunn. Det er likevel behov for at dette avklares i arbeidet med revisjon av anskaffelsesregelverket.

## **8. KOFA's gebyrmyndighet – bør den få et «tak»?**

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 adressere 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 har 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. Den primære effekten av slike høye gebyr, er at allerede ikke særlig velfylte kommunekasser blir ytterligere tømt, til fordel for Staten.

Anskaffelsesutvalget bør derfor vurdere om det skal innføres et maksimalt beløp for illeggelse av overtredelsesgebyr fra KOFA.

## **9. Behandling av personopplysninger om ansatte**

Oppdragsgiver er pålagt flere krav til kontroll retter mot leverandørene, som innebærer behov for behandling av personopplysninger om ansatte hos leverandører og underleverandører. Dette kan bl.a. dreie seg om dokumentasjon av kompetanse, av bruk

av lærlinger og dokumentasjon av konkrete ansattes lønns- og arbeidsvilkår. Også i forbindelse med reserverte og såkalte «inkluderende» kontrakter kan det oppstå behov for å behandle personopplysninger, knyttet til kontraktens karakter.

I dag er den enkelte oppdragsgiver overgitt til seg selv når det kommer til å vurdere hvilke opplysninger som skal innhentes og hvordan opplysningene skal håndteres. Overskuddsopplysninger er også en del av dette bildet. Forholdet til arkivlovgivningen er en ytterligere kompliserende faktor.

Av hensyn til personvernet og for å sikre en trygg og lovlig behandling av personopplysningene, er det nødvendig med bestemmelser, minimum på forskriftsnivå, som gir klar hjemmel for behandlingen og som for øvrig legger rammene for hva som kan hentes inn og hvordan opplysningene skal behandles, herunder også slettes.

#### **10. 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 innsynsbegjæringer 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 u hensiktsmessige innsynskrav.

Vi oppfordrer derfor Anskaffelsesutvalget til å vurdere tiltak som kan begrense oppdragsgivernes ressursbruk knyttet til innsynsbegjæringer.

#### **11. Bedre regler om reserverte kontrakter**

Bergen kommune har en bevisst holdning til det å anvende anskaffelsesregelverkets handlingsrom for å skape grunnlag for arbeidsplasser til vanskeligstilt arbeidskraft. Dette er regler som bare i begrenset grad avklarer de vanskelige temaene som i praksis må avklares ved slike konkurranser. Ikke minst er det knyttet utfordringer til ordinære virksomheters anvendelse av arbeidsmarkedsbedrifter som underleverandør - og omvendt. Regelverket er også utydelig når det kommer til å stille krav om at det er den arbeidskraften som gir grunnlag for å reservere kontrakten, som skal utføre oppdraget. Også begrepet «program» har gitt utfordringer.

Vi tror at klarere regler på dette området kan bidra til at flere vil ta i bruk dette konseptet og vi oppfordrer derfor Anskaffelsesutvalget til å gjennomgå disse reglene, med sikte på å gjøre dem mer anvendbare enn i dag.

#### **12. Begrensning i bruk av underleverandører**

I enkelte anskaffelser er det helt nødvendig å begrense bruken av underleverandører. Dette er et behov på områder hvor det er essensielt å unngå ansvarspulverisering, slik som ved kjøp av vikartjenester og enkelte helse- og omsorgstjenester. I noen få tilfeller er vurderingen at det ikke i det hele tatt er forsvarlig å åpne opp for at underleverandører kan levere deler av tjenesteytelsen. I dag inneholder regelverket kun bestemmelser om begrensning av leverandørkjeden for kjøp av renholdstjenester og i bygge- og anleggskontrakter.

I tillegg til regler om konkrete områder hvor leverandørkjeden kan begrenses, bør regelverket derfor også gi regler som gir generelle føringer for når det er greit å begrense leverandørkjeden gjennom bestemmelser i konkurransen og i kontrakt.

### **13. Reglene om avklaring og ettersending av informasjon - FOA § 23-5**

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 nytt 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.

### **14. Krav om sertifisering eller merkeordning vs. alternativ dokumentasjon**

Det fremgår av anskaffelsesforskriften § 16-7 at oppdragsgiver kan kreve dokumentasjon for leverandørs oppfyllelse av visse kvalitetssikrings- og miljøledelsesstandarder, i form av sertifikat som dokumenterer oppfyllelse av angjeldende standarder. Av bestemmelsens 3. ledd fremgår det at oppdragsgiver likevel må godta annen dokumentasjon enn sertifikatet, «*dersom leverandøren ikke har mulighet til å få slike attester innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv.*» Med begrepet «*fristen*» menes det øyensynlig tilbudsfristen eller fristen for å søke om å bli kvalifisert.

Bestemmelsen er ny i den någjeldende forskriften. I tiden like etter at forskriften trådte i kraft tolket flere anskaffelsesjurister bestemmelsens 3. ledd slik at det åpnet for at en, en tid etter at regelverket trådte i kraft, ville kunne kreve sertifikater som dokumentasjon og at alternativ dokumentasjon da ville kunne avvises.

Senere har KOFA lagt til grunn en forståelse av 3. ledd som i realiteten torpederer hele muligheten til å kreve dokumentasjon gjennom sertifikat, ref. bl.a. sak 2020/687.

Status her er derfor at den nye bestemmelsen ble en «*papirtiger*»; den ser i utgangspunktet ut som en innstramning i oppdragsgivers favør, men er det i realiteten ikke.

Anskaffelsesutvalget må se på denne bestemmelsen, i den hensikt å fremme bruk av sertifikater og merkeordninger. Hvis utvalget kommer til at dette ikke lar seg gjøre, må den bindingen som i dag ligger mellom forskriftens del II og del III, ref. FOA § 8-7 (4), brytes – slik at handlingsrommet for å stille absolutte krav om sertifikater og merkeordninger i det minste ivaretas under EØS-terskelverdiene.

Problemstillingen omfatter også krav til merkeordninger for miljø, rettfærdig handel og dyrevelferd. Her er det sentralt at det kan stilles krav om at merket synes på produktet eller emballasjen, slik at det blir synlig for bestillere og brukere at viktige hensyn ved anskaffelsen er ivaretatt, med stor effekt og lite administrativ byrde. Dette er også viktig for oppdragsgivers omdømme.

## 15. Grunnleggende menneskerettigheter

Det fremgår av anskaffelsesloven at oppdragsgiver plikter å ha egnede rutiner for ivaretagelse av grunnleggende menneskerettigheter ved anskaffelser, men det gis ingen føringer for hvordan dette skal gjøres eller for hvilke kontrakter.

Dette er en bestemmelse som mange oppdragsgivere -og slett ikke bare de minste oppdragsgiverne, bakser med. Det hadde vært forenklende om regelverket ikke stilte krav om rutiner, men heller angav et krav om å stille krav i visse kontrakter over en viss verdi. Dette er et område hvor det kan være vanskelig for oppdragsgiverne å stille egnede krav og det bør derfor sentralt fastsettes retningslinjer for slike krav.

Det kan vurderes om slike krav kan knyttes til bestemmelser i åpenhetsloven, på en slik måte at leverandørene får en viss grad av forutsigbarhet om hva som blir forventet av dem.

## 16. Departementets veileder må suppleres/vedlikeholdes – anskaffelsesutvalget bør har det i tankene i arbeidet med sine utredninger.

For mange som anvender anskaffelsesregelverket, er departementets veileder til anskaffelsesforskriften en sentral kilde til fortolkning av forskriften. Veilederen ble sist revidert våren 2018. Rettsutviklingen siden våren 2018 er altså ikke reflektert i veilederen.

Dertil er en rekke tema ikke behandlet i veilederen; ved en rask gjennomgang fanget vi opp i alle fall følgende sentrale tema, hvor departementet selv anfører i veilederen at de vil komme tilbake med veiledning eller ytterligere veiledning, uten at de har gjort det de siste fem årene:

- veiledning til reglene om unntak i forskriften kapittel 2.
- veiledning til reglene om blandede anskaffelser i forskriften kapittel 6.
- veiledning om de frivillige avvisningsgrunnene på grunn av forhold ved leverandøren.
- veiledning om reglene i § 9-6 om avvisning på grunn av forhold ved tilbudet.
- veiledning til reglene om rammeavtaler i § 11-1.
- veiledning til reglene om kontraktsvilkår.
- ytterligere veiledning til reglene om kommunikasjon.
- veiledning til "kan" avvisningsgrunnene i § 24-2 tredje ledd, reglene om avvisning om forhold ved tilbudet i § 24-8 og reglene om unormalt lave tilbud i § 24-9.
- veiledning til reglene om avlysning i § 25-4.
- veiledning til reglene om rammeavtaler i forskriften kapittel 26.

Det er også områder hvor veilederen bare fremstår som en parafrase over forskriftsteksten, som igjen mer eller mindre er en oversettelse av direktivteksten. Dette begrenser sterkt nytten av veiledningen.

I sitt utredningsarbeid bør Anskaffelsesutvalget ha i bakhodet behovet for ajourført veiledning og veiledning på områder hvor departementet hittil ikke har gitt veiledning, slik at utredningene enkelt kan anvendes som en sentral kilde til departementets veiledning om det reviderte regelverket.

Med hilsen  
Innkjøp konsern

Birgitte Gullestad - leder  
Bjørn-Yngve Knutsen - saksbehandler

*Dokumentet er godkjent elektronisk.*  
Kopi til: [Klikk her for å skrive inn tekst.](#)