

Ny lov om offentlige anskaffelser

Andre delutredning



Norges offentlige utredninger

2024

Seriens redaksjon:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
Teknisk redaksjon

- | | |
|--|--|
| 1. Definisjon og registrering av ideelle velferdsaktører – Første delutredning
<i>Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet</i> | 6. Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2024
<i>Arbeids- og inkluderingsdepartementet</i> |
| 2. I samspill med naturen
<i>Klima- og miljødepartementet</i> | 7. Norge og EØS: Utvikling og erfaringer
<i>Utenriksdepartementet</i> |
| 3. Felles innsats mot ekstremisme: Bedre vilkår for det forebyggende arbeid
<i>Arbeids- og inkluderingsdepartementet</i> | 8. Likestillingens neste steg
<i>Kultur- og likestillingsdepartementet</i> |
| 4. Voldtekt – et uløst samfunnsproblem
<i>Justis- og beredskapsdepartementet</i> | 9. Ny lov om offentlige anskaffelser – Andre delutredning
<i>Nærings- og fiskeridepartementet</i> |
| 5. Maktens ansikt
<i>Justis- og beredskapsdepartementet</i> | |

Ny lov om offentlige anskaffelser

Andre delutredning

Utredning fra et utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022
Avgitt til Nærings- og fiskeridepartementet 16. mai 2024

ISSN 0806-2633 (online)
ISSN 0333-2306 (trykt utg.)

DepMedia

Til Nærings- og fiskeridepartementet

Anskaffelsesutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022, og ble bedt om å gjennomgå regelverket for offentlige anskaffelser og komme med forslag til endringer. Utvalget er bedt om å dele arbeidet i to. Første delutredning ble lagt frem 10. november 2023, og har tittelen NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*.

Andre delutredning gjelder spørsmål om sikkerhet og beredskap, lokale og regionale leverandører, åpenhet om eierskap og skatt, geografisk virkeområde, reglene om avvisning og håndheving. I tillegg fremlegger utvalget forslag til ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og ny lov om konsesjonskontrakter.

Oslo 16. mai 2024

Halvard Haukeland Fredriksen
Leder

Malin Arve

Mads Greaker

Kjersti Holum Karlstrøm

Marianne Breiland

Jon Reidar Gresseth

Svein Terje Tveit

Arnhild Dordi Gjønnnes

Beatrice Dankertsen
Hennyng

Samantha Tahir-Hafting
(sekretariatsleder)

Tone Bergh-Christensen

Lise Carlsen

Beate Gulbrandsen

Turid Mette Nilsen

Kort innhold

Del I	Innledning	17	15	Særlig om sanksjoner	206
1	Lovutkast	19	Del VII	Håndhevingssystemet	209
2	Sammendrag	84	16	Innledning	211
3	Utvalgets arbeid	90	17	Utviklingen av de norske håndhevingsreglene	214
Del II	Sikkerhet og beredskap	95	18	Dagens norske håndhevingssystem	216
4	Sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser	97	19	EØS-rettslige krav til håndhevingssystemet	224
Del III	Lokale og regionale leverandører	113	20	Håndhevingssystemet i øvrige nordiske land	227
5	Lokale og regionale leverandører	115	21	Utvalgets vurdering	240
Del IV	Åpenhet om eierskap og skatt	129	Del VIII	Gjennomføring av håndhevingsdirektivene	265
6	Åpenhet om eierskap og skatt	131	22	Innledning	267
Del V	Geografisk virkeområde	145	23	Klagegjensstand [artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt]	273
7	Anskaffelsesregelverkets geografiske virkeområde	147	24	Klageinteresse [artikkel 1 nr. 3]	276
Del VI	Avvisning	153	25	Plikt til først å underrette eller klage til oppdragsgiver [artikkel 1 nr. 4 og 5]	284
8	Innledning	155	26	Klagefrister [artikkel 2c]	286
9	Avvisningsgrunner [artikkel 57]	157	27	Krav til karenperiode [artikkel 2a og 2b]	291
10	Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner [artikkel 60 nr. 2]	182	28	Suspensjon [artikkel 2 nr. 3]	298
11	Avvisning som følge av unormalt lave tilbud [artikkel 69]	184	29	Midlertidige avgjørelser [artikkel 2 nr. 1 bokstav a]	302
12	Avvisningsbestemmelser som er utslag av prinsippene i anskaffelsesdirektivet	186	30	Tilsidesettelse av ulovlige beslutninger [artikkel 2 nr. 1 bokstav b]	309
13	Særlig om forsyningsdirektivet og konsesjonskontrakt- direktivet	201	31	Særlig om mulkt som alternativ i forsyningssektorene [artikkel 2 nr. 1 bokstav c]	312
14	Andre avvisningsbestemmelser	204			

32	Sanksjonen «uten virkning» [artikkel 2d]	313	Del X	Avsluttende del	395
33	Alternative sanksjoner [artikkel 2e]	324	39	Administrative bestemmelser	397
34	Erstatning	330	40	Økonomiske og administrative konsekvenser	402
35	Avlysning	349	41	Spesialmerknader	417
36	Omgjøring, signering av kontrakt og vedståelsesfrist	360		Forkortelser	433
37	Oppsigelse av kontrakt	367		Referanse- og litteraturliste	434
Del IX	Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet ...	373		Vedlegg	
			1	Gjennomføringstabell	453
38	Lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter	375			

Detaljert innhold

Del I	Innledning	17	3	Utvalgets arbeid	90
1	Lovutkast	19	3.1	Oppnevning og sammensetning av utvalget	90
1.1	Utkast til bestemmelser i ny lov om offentlige anskaffelser	19	3.2	Utvalgets mandat	90
1.2	Utkast til bestemmelser i forskrift om offentlige anskaffelser	27	3.3	Utvalgets forståelse av mandatet	93
1.3	Utkast til ny lov om forsynings-anskaffelser	27	3.4	Møter og arbeidsform	93
1.4	Utkast til ny lov om konsesjonskontrakter	63	3.5	Oppbygging av utredningen	94
1.5	Utkast til endringer i konkurranse-loven	79	Del II	Sikkerhet og beredskap	95
1.6	Mindretallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi	79	4	Sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser	97
1.6.1	Uvalgsmember Dankertsen Hennyng	79	4.1	Innledning	97
1.6.2	Uvalgsmember Gjønnnes	81	4.2	Samfunnssikkerhet, statssikkerhet og nasjonal sikkerhet	98
2	Sammendrag	84	4.3	Totalberedskapskommisjonens vurderinger	99
2.1	Norsk sammendrag	84	4.4	Gjeldende rett	100
2.1.1	Sikkerhet og beredskap, hensynet til lokale og regionale leverandører, åpenhet om eierskap og skatt og regelverkets geografiske virkeområde	84	4.4.1	Bakgrunn	100
2.1.2	Endringer i håndhevingssystemet	85	4.4.2	Anskaffelser som er unntatt anskaffelsesregelverket og EØS-avtalen	101
2.1.3	Oppdatert gjennomføring av håndhevingdirektivene	85	4.4.3	Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser under direktiv 2009/81/EF	102
2.1.4	Avvisningsreglene	86	4.4.4	Anskaffelser som er underlagt anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet	102
2.1.5	Lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter	86	4.4.5	Unntak av hensyn til offentlig sikkerhet	105
2.1.6	Økonomiske og administrative vurderinger	86	4.4.6	Sikkerhetsloven	105
2.2	English summary	86	4.5	Utvalgets vurdering	107
2.2.1	Security and Preparedness, Local and Regional Supplier Considerations, Transparency, and the Geographic Scope of the Procurement legislation	87	Del III	Lokale og regionale leverandører	113
2.2.2	National system of remedies	87	5	Lokale og regionale leverandører	115
2.2.3	Updated Implementation of the Remedies Directives	88	5.1	Innledning	115
2.2.4	Compensation for damages	88	5.2	Definisjoner	116
2.2.5	Exclusion grounds	88	5.3	Betydningen av lokale og regionale leverandører	117
2.2.6	The utilities sector and concession contracts	88	5.3.1	Distriktpolitiske målsetninger	117
2.2.7	Economic and Administrative Considerations	88	5.3.2	Beredskapshensyn	117
			5.3.3	Konkurransehensyn	117
			5.4	Omfanget av kontakter som går til lokale og regionale leverandører ...	117
			5.5	Ivaretagelse av lokale og regionale leverandører i dagens regelverk og i utvalgets forslag til ny lov	118

5.5.1	Innledning	118	6.5	Utvalgets vurdering	139
5.5.2	Ivaretagelse av lokale og regionale leverandører i anskaffelser under EØS-terskelverdi	118	6.5.1	Åpenhet om skatt og skattemessige forhold	139
5.5.3	Ivaretagelse av lokale og regionale leverandører i anskaffelser over EØS-terskelverdi	119	6.5.2	Land-for-land-rapportering som en restriksjon som må kunne rettferdiggjøres	140
5.5.4	OECDs veiledning om oppdeling av kontrakter	121	6.5.3	Åpner anskaffelsesdirektivet for et krav til land-for-land-rapportering?	140
5.6	Utvalgets vurdering	122	6.5.4	Formålet med land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser	141
5.6.1	Innledning	122	6.5.5	Er land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser egnet og nødvendig for å bekjempe skatteunndragelser?	142
5.6.2	Øremerking av kontrakter til lokale eller regionale leverandører	123	6.5.6	Er land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser egnet og nødvendig for å sikre åpenhet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging?	143
5.6.3	Anskaffelser under EØS-terskelverdi	123	6.5.7	Samfunnsøkonomiske vurderinger	143
5.6.4	Anskaffelser over EØS-terskelverdi	123	6.5.8	Avsluttende merknader	144
5.6.5	Adgang til å klage på begrunnelsen for ikke å dele opp en kontrakt	124	Del V	Geografisk virkeområde	145
5.6.6	Oppdragsgivers praktisering av regelverket	125	7	Anskaffelsesregelverkets geografiske virkeområde	147
5.6.7	Mat fra lokale matprodusenter og mat til representasjonsformål	126	7.1	Innledning	147
Del IV	Åpenhet om eierskap og skatt	129	7.2	Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften	147
6	Åpenhet om eierskap og skatt	131	7.3	Anskaffelsesdirektivenes geografiske virkeområde	147
6.1	Innledning	131	7.4	Nærmere om Svalbard	149
6.2	Åpenhet om eierskap	131	7.5	Utvalgets vurdering	149
6.2.1	Innledning	131	Del VI	Avvisning	153
6.2.2	Større åpenhet om aksjeeiere	131	8	Innledning	155
6.2.3	Lov om register over reelle rettighetshavere	132	8.1	Generell innledning	155
6.2.4	Krav til å opplyse om eierskap i offentlige kontrakter	132	8.2	Innledning om utvalgets vurderinger og forslag	155
6.2.5	Utvalgets vurdering	133	9	Avvisningsgrunner [artikkel 57]	157
6.3	Åpenhet om skatt	134	9.1	Innledning	157
6.3.1	Innledning	134	9.2	Avvisningsplikt som følge av straffbare forhold [artikkel 57 nr. 1 første avsnitt]	157
6.3.2	Skattelovutvalget	135	9.2.1	Gjeldende rett	157
6.3.3	Skattemessige forhold i offentlige anskaffelser	135	9.2.2	Utvalgets vurdering	158
6.4	Land-for-land-rapportering	136	9.3	Identifikasjon [artikkel 57 nr. 1 andre avsnitt]	160
6.4.1	Hva er land-for-land-rapportering?	137	9.3.1	Gjeldende rett	160
6.4.2	Land-for-land-rapportering i OECD	137			
6.4.3	Land-for-land-rapportering i Norge	138			
6.4.4	Land-for-land-rapportering i EU/EØS	139			

9.3.2	Utvalgets vurdering	160	10	Dokumentasjon for fravær	
9.4	Avvisning som følge av brudd på forpliktelser til å betale skatter og avgifter [artikkel 57 nr. 2]	161	10.1	av avvisningsgrunner	
9.4.1	Gjeldende rett	161	10.2	[artikkel 60 nr. 2]	182
9.4.2	Utvalgets vurdering	162		Gjeldende rett	182
9.5	Unntak fra avvisningsplikten [artikkel 57 nr. 3]	163	11	Avvisning som følge	
9.5.1	Gjeldende rett	163	11.1	av unormalt lave tilbud	
9.5.2	Utvalgets vurdering	163	11.2	[artikkel 69]	184
9.6	Frivillige avvisningsgrunner [artikkel 57 nr. 4]	164	12	Avvisningsbestemmelser	
9.6.1	Utgangspunkter	164		som er utslag av prinsippene	
9.6.2	Brudd på forpliktelsene i artikkel 18 nr. 2 [artikkel 57 nr. 4 bokstav a]	164	12.1	i anskaffelsesdirektivet	186
9.6.3	Konkurs, insolvensbehandling mv. [artikkel 57 nr. 4 bokstav b] ...	165	12.2	Innledning	186
9.6.4	Alvorlige yrkesmessige forsømmelser [artikkel 57 nr. 4 bokstav c]	166	12.2.1	Avvisning på grunn av formalfeil [anskaffelsesforskriften § 24-1]	186
9.6.5	Avtaler inngått for å vri konkurransen [artikkel 57 nr. 4 bokstav d]	168	12.2.2	Innledning	186
9.6.6	Interessekonflikt [artikkel 57 nr. 4 bokstav e]	169	12.2.2	Avvisningsplikt ved for sent innleverte tilbud [§ 24-1 første ledd bokstav a]	187
9.6.7	Rådgiverhabilitet [artikkel 57 nr. 4 bokstav f]	170	12.2.3	Avvisningsplikt som følge av brudd på krav til kommunikasjonsmiddel [§ 24-1 første ledd bokstav b]	187
9.6.8	Mangelfull gjennomføring av tidligere kontrakter [artikkel 57 nr. 4 bokstav g]	172	12.2.4	Avvisningsrett ved for sent levert forespørsel om deltakelse [§ 24-1 andre ledd bokstav a]	188
9.6.9	Grovt uriktige opplysninger [artikkel 57 nr. 4 bokstav h]	173	12.2.5	Avvisningsrett som følge av brudd på kravene til utforming [§24-1 andre ledd bokstav b]	188
9.6.10	Utilbørlig påvirkning av oppdragsgivers beslutnings- prosesser mv. [artikkel 57 nr. 4 bokstav i]	174	12.2.6	Utvalgets vurdering – samlet	188
9.7	Unntak fra avvisningsretten [artikkel 57 nr. 4 andre avsnitt]	175	12.3	Avvisnings om følge av forhold ved leverandøren som ikke gjennomfører artikkel 57 [anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a og tredje ledd bokstav d]	189
9.7.1	Gjeldende rett	175	12.3.1	Avvisningsplikt som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav [§ 24-2 første ledd bokstav a]	189
9.7.2	Utvalgets vurdering	175	12.3.2	Avvisningsrett som følge av interessekonflikt [§ 24-2 tredje ledd bokstav d]	190
9.8	Tidspunktet for avvisning [Artikkel 57 nr. 5]	175	12.4	Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet	191
9.8.1	Gjeldende rett	175	12.4.1	Innledning	191
9.8.2	Utvalgets vurdering	176	12.4.2	Avvisningsplikt for tilbud som ikke kan anses bindende [§ 24-8 første ledd bokstav a]	192
9.9	Self cleaning [artikkel 57 nr. 6]	177	12.4.3	Avvisningsplikt for tilbud som inneholder vesentlige avvik [§ 24-8 første ledd bokstav b]	192
9.9.1	Gjeldende rett	177			
9.9.2	Utvalgets vurdering	178			
9.10	Utestengesperiode [artikkel 57 nr. 7]	179			
9.10.1	Gjeldende rett	179			
9.10.2	Utvalgets vurdering	180			

12.4.4	Avvisningsrett for tilbud som inneholder avvik eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige [§ 24-8 andre ledd bokstav a]	197	19	EØS-rettslige krav til håndhevingssystemet	224
12.4.5	Avvisningsrett for tilbud som ikke oppfyller bestemte bestemmelser om miljø, arbeidsforhold mv. [§ 24-8 andre ledd bokstav c]	198	19.1	Nasjonal prosessautonomi	224
12.4.6	Avvisningsrett for tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett [§ 24-8 andre ledd bokstav d]	199	19.2	Håndhevingsdirektivene	224
12.4.7	Avvisningsrett for tilbud som oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere [§ 24-8 andre ledd bokstav e]	199	19.3	Kostnader	225
13	Særlig om forsyningsdirektivet og konsesjonskontrakt-direktivet	201	20	Håndhevingssystemet i øvrige nordiske land	227
13.1	Forsyningsdirektivet	201	20.1	Innledning	227
13.1.1	Gjeldende rett	201	20.2	Danmark	227
13.1.2	Utalgets vurderinger	201	20.2.1	Innledning	227
13.2	Konsesjonskontraktdirektivet	202	20.2.2	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som tilsyn	227
13.2.1	Gjeldende rett	202	20.2.3	Klagenævnet for Udbud som håndhevingsorgan	228
13.2.2	Utalgets vurdering	202	20.2.4	Håndheving i domstolene	229
14	Andre avvisningsbestemmelser	204	20.2.5	Håndheving av anskaffelser uten EU-rettslig tilknytning	229
15	Særlig om sanksjoner	206	20.3	Sverige	229
Del VII	Håndhevingssystemet	209	20.3.1	Innledning	229
16	Innledning	211	20.3.2	Konkurrensverket som tilsyn	229
17	Utviklingen av de norske håndhevingsreglene	214	20.3.3	Forvaltningsdomstolene	230
18	Dagens norske håndhevingssystem	216	20.3.4	Håndheving i domstolene	231
18.1	Innledning	216	20.3.5	Håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi	231
18.2	Klagenemnda for offentlige anskaffelser	216	20.4	Finland	231
18.3	EFTAs overvåkningsorgan	219	20.4.1	Innledning	231
18.4	Nærings- og fiskeridepartementet	220	20.4.2	Konkurrens- och konsumentverket som tilsyn	232
18.5	Sivilombudet	221	20.4.3	Marknadsdomstolen som håndhevingsorgan	233
18.6	Konkurransetilsynet	221	20.4.4	Håndheving i domstolene	236
18.7	Arbeidstilsynet og Havindustritilsynet	221	20.4.5	Håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi	236
18.8	Riksrevisjonen	222	20.5	Island	236
18.9	Kommunerevisjonen	222	20.5.1	Innledning	236
18.10	Økokrim	223	20.5.2	Tilsyn	236
			20.5.3	Kæruneftnd útboðsmála	236
			20.5.4	Håndheving i domstolene	239
			20.5.5	Håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi	239
			21	Utalgets vurdering	240
			21.1	Innledning – formålene som håndhevingssystemet må ivareta	240
			21.2	Sammenligning av håndhevings-systemene i Norden	241
			21.3	Nemndsmodell eller domstolmodell?	247
			21.4	Spørsmålet om det bør opprettes et tilsyn for offentlige anskaffelser	248
			21.4.1	Tilsyn	248

21.4.2	Nærmere om varslingsdirektivet, direktiv (EU) 2019/1937	250	22.4	Krav om håndheving i anskaffelsesdirektivene	270
21.4.3	Nærmere om forslaget til lovbestemmelser som gjelder Konkurransetilsynet	251	22.4.1	Gjeldende rett	270
21.5	KOFA som klageorgan i håndhevingsdirektivenes forstand	251	22.5	Utvalgets vurdering	271
21.6	Konsekvenser for KOFAs organisering og saksbehandling ...	252	22.5.1	Generelle forpliktelser	271
21.6.1	Overordnet	252	22.5.2	Oppbevaring av kontrakt og innsyn	271
21.6.2	Klagenemndas tilgang til sakens dokumenter	253	23	Klagegjenstand [artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt]	273
21.6.3	Saksomkostninger	254	23.1	Innledning	273
21.6.4	Effektiv saksavvikling	254	23.2	EU-domstolens praksis	273
21.6.5	Gebyr for klage til klagenemnda	254	23.3	Gjennomføring i Danmark og Sverige	274
21.7	Domstolsprøving av klagenemndas avgjørelser	255	23.4	Gjennomføring i norsk rett	274
21.8	Håndhevingsorganenes prøving av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn	256	23.5	Utvalgets vurdering	274
21.9	Særlig om behandling av krav på erstatning	257	24	Klageinteresse [artikkel 1 nr. 3]	276
21.10	Særlig om håndheving under EØS-terskelverdi	257	24.1	Innledning	276
21.10.1	Innledning	257	24.2	Typetilfeller	276
21.10.2	Håndheving under EØS-terskelverdi i de andre nordiske landene	258	24.2.1	Leverandører som har deltatt i konkurransen om en kontrakt	276
21.10.3	Håndheving under EØS-terskelverdi i gjeldende norsk rett	258	24.2.2	Leverandører som er blitt avvist fra konkurransen	276
21.10.4	Utvalgets vurdering	258	24.2.3	Leverandører som blir møtt med at de skulle ha vært avvist fra konkurransen	277
21.11	Særlig om håndheving av reglene om samfunnshensyn	260	24.2.4	Deltakere i et leverandørfellesskap	278
21.12	Subsidiært: En revidert domstolmodell	262	24.2.5	Potensielle leverandører	278
21.13	Åpenhet om offentlige anskaffelser	262	24.2.6	Oppdragsgivere	279
Del VIII Gjennomføring av håndhevingsdirektivene	265		24.2.7	Andre aktører	280
22 Innledning	267		24.3	Gjennomføring i Danmark og Sverige	280
22.1	Innledning	267	24.4	Gjennomføring i norsk rett	280
22.2	Gjeldende rett	267	24.4.1	Innledning	280
22.2.1	Innledning	267	24.4.2	Ulovlige direkteanskaffelser	280
22.2.2	Konsoliderte versjoner av håndhevingsdirektivene	267	24.4.3	Øvrige brudd på anskaffelsesregelverket	281
22.2.3	Direktiv 89/665/EØF	268	24.5	Utvalgets vurdering	282
22.2.4	Direktiv 92/13/EØF	268	25	Plikt til først å underrette eller klage til oppdragsgiver [artikkel 1 nr. 4 og 5]	284
22.2.5	Direktiv 2007/66/EF	269	25.1	Innledning	284
22.3	Struktur i nytt regelverk om håndheving	269	25.2	Plikt til først å underrette oppdragsgiver	284
			25.3	Plikt til først å klage til oppdragsgiver	284
			25.4	Gjennomføring i Danmark og Sverige	284
			25.5	Gjennomføring i norsk rett	285
			25.6	Utvalgets vurdering	285

26	Klagefrister [artikkel 2c]	286	28.5.1	Suspensjon ved klage til klagenemnda eller midlertidig forføyning	300
26.1	Innledning	286	28.5.2	Underrette oppdragsgiver	300
26.2	Starttidspunktet for klagefristen – krav til begrunnelse	286	29	Midlertidige avgjørelser [artikkel 2 nr. 1 bokstav a]	302
26.3	Klagefristens lengde	287	29.1	Innledning	302
26.4	Fristavbrytelse	287	29.2	Krav om midlertidige avgjørelser	302
26.5	Nærmere om handlingsrommet til å fastsette preklusive frister	287	29.3	Vilkår for midlertidige avgjørelser	303
26.6	Gjennomføring i Danmark og Sverige	288	29.4	Gjennomføring i Danmark og Sverige	303
26.7	Gjennomføring i norsk rett	288	29.5	Gjennomføring i norsk rett	304
26.8	Utvalgets vurdering	289	29.6	Utvalgets vurdering	305
26.8.1	Innledning	289	29.6.1	Midlertidig avgjørelse i klagenemnda for offentlige anskaffelser	305
26.8.2	Frist for å klage på oppdragsgivers beslutning om å avvise en leverandør	289	29.6.2	Midlertidig forføyning i tingretten	306
26.8.3	Frist for å klage på feil i anskaffelsesdokumentene	289	29.6.3	Midlertidig avgjørelse mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelser	307
26.8.4	Frist for å klage på avlysning av konkurransen	290	29.6.4	Nærmere om forholdet til tvisteloven § 32-11	307
26.8.5	Andre preklusive frister	290	30	Tilsidesettelse av ulovlige beslutninger [artikkel 2 nr. 1 bokstav b]	309
27	Krav til karensperiode [artikkel 2a og 2b]	291	30.1	Innledning	309
27.1	Innledning	291	30.2	Krav til tilsidesettelse	309
27.2	Nærmere om direktivenes krav til karensperiode	291	30.3	Gjennomføring i Danmark og Sverige	309
27.3	Unntak fra krav til karensperiode	292	30.4	Gjennomføring i norsk rett	310
27.4	Gjennomføring i Danmark og Sverige	293	30.5	Utvalgets vurdering	310
27.5	Gjennomføring i norsk rett	293	30.5.1	Overordnet	310
27.6	Utvalgets vurdering	293	30.5.2	Hvilke beslutninger skal settes til side	310
27.6.1	Suspensjon ved klage til håndhevingsorganet	293	30.5.3	Virkningene av at en beslutning settes til side	311
27.6.2	Karensfristens lengde	293	30.5.4	Nærmere om sammenhengen med bestemmelsen om oppsigelsesplikt	311
27.6.3	Unntak fra krav til karensperiode	294	31	Særlig om mulkt som alternativ i forsyningssektorene [artikkel 2 nr. 1 bokstav c]	312
27.6.4	Nærmere om karensperiode under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger	294	32	Sanksjonen «uten virkning» [artikkel 2d]	313
27.6.5	Krav til å opplyse om karensperioden	295	32.1	Innledning	313
27.6.6	Krav til begrunnelse	295	32.2	Vilkår for sanksjonen «uten virkning»	313
27.6.7	Mangelfull eller manglende begrunnelse	296			
28	Suspensjon [artikkel 2 nr. 3] ...	298			
28.1	Innledning	298			
28.2	Krav til suspensjon	298			
28.3	Gjennomføring i Danmark og Sverige	299			
28.4	Gjennomføring i norsk rett	299			
28.5	Utvalgets vurdering	300			

32.3	Rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning»	314	34.4.1	Danmark	332
32.4	Unntak	315	34.4.2	Sverige	334
32.4.1	Unntak begrunnet i tvingende hensyn knyttet til en allmenn interesse	315	34.5	Gjennomføring i norsk rett	335
32.4.2	Unntak ved intensjonskunngjøring	316	34.6	Antall erstatningssøksmål i Norge og utvalgte andre land	337
32.4.3	Unntak for kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger	317	34.6.1	Norge	337
32.5	Gjennomføring i Danmark og Sverige	317	34.6.2	Danmark og Sverige	337
32.6	Gjennomføring i norsk rett	318	34.6.3	EØS for øvrig	338
32.7	Utalgets vurdering	319	34.6.4	Analyse	339
32.7.1	Innledning	319	34.7	Utalgets vurdering	340
32.7.2	Endringer i anskaffelsesdokumentene underveis i anskaffelsesprosessen	320	34.7.1	Generelt	340
32.7.3	Vesentlige endringer av en kontrakt	320	34.7.2	Relevante tap	341
32.7.4	Unntaket «tvingende hensyn knyttet til en allmenn interesse» ...	321	34.7.3	Ansvarsgrunnlaget	341
32.7.5	Ex tunc eller ex nunc	321	34.7.4	Årsaksvilkåret	342
32.7.6	Når inntreffer «uten virkning»	322	34.7.5	Erstatningsrettslig vern	343
32.7.7	Kontrakter som allerede er oppfylt	322	34.7.6	Medvirkning og tapsbegrensningsplikt	345
32.7.8	Klagefrist	322	34.7.7	Utmåling	345
32.7.9	Andre prosessuelle særregler	323	34.7.8	Frist for å fremme søksmål om erstatning	347
			34.7.9	Erstatningsansvar i anskaffelser under EØS-terskelverdi	347
33	Alternative sanksjoner [artikkel 2e]	324	35	Avlysning	349
33.1	Innledning	324	35.1	Innledning	349
33.2	Anvendelsesområde	324	35.2	Gjeldende rett	350
33.3	Krav til utformingen av de alternative sanksjonene	324	35.2.1	Anskaffelsesdirektivet	350
33.4	Gjennomføring i Danmark og Sverige	325	35.2.2	Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet	351
33.5	Gjennomføring i norsk rett	326	35.2.3	Anskaffelsesforskriften	351
33.6	Utalgets vurdering	327	35.2.4	Forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften	352
33.6.1	Avkortning av kontrakten	327	35.3	Utalgets vurdering	352
33.6.2	Overtredelsesgebyr	327	35.3.1	Avlysningsrett	352
33.6.3	Avkortning og sanksjoner på nasjonalt grunnlag	328	35.3.2	Avlysningsplikt	357
			35.3.3	Avlysningsrett og avlysningsplikt under EØS-terskelverdi	358
34	Erstatning	330	36	Omgjøring, signering av kontrakt og vedståelsesfrist	360
34.1	Innledning	330	36.1	Omgjøring	360
34.2	Nærmere om EØS-rettens krav til nasjonal erstatningsrett	331	36.1.1	Gjeldende rett	360
34.3	Reguleringen av erstatningsansvaret i håndhevingsdirektivet i forsyningssektorene [artikkel 2 nr. 7]	332	36.1.2	Utalgets vurdering	361
34.4	Kort om gjennomføringen i Danmark og Sverige	332	36.2	Signering av kontrakt	362
			36.2.1	Gjeldende rett	362
			36.2.2	Utalgets vurdering	363
			36.3	Vedståelsesfrist	363
			36.3.1	Gjeldende rett	363
			36.3.2	Utalgets vurdering	365
			37	Oppsigelse av kontrakt	367
			37.1	Innledning	367
			37.2	Utalgets vurdering	367

37.2.1	Oppsigelsesrett som følge av brudd på bestemmelser om samfunnshensyn	367	38.5	Utvalgets vurdering	389
37.2.2	Oppsigelsesrett som følge av en ulovlig direkteanskaffelse	368	38.5.1	Overordnet om utvalgets forslag	389
37.2.3	Oppsigelsesrett etter anskaffelsesdirektivet artikkel 73 bokstav b	369	38.5.2	Formålsbestemmelser	389
37.2.4	Oppsigelsesrett i kontraktsperioden som følge av visse avvisningsgrunner	369	38.5.3	Samfunnshensyn	389
37.2.5	Oppsigelsesplikt som følge av ulovlig tildelingsbeslutning	369	38.5.4	Anskaffelser under EØS-terskelverdi	390
37.2.6	Kontraktsrettslige følger	371	38.5.5	Bestemmelser om håndheving	391
Del IX	Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet ...	373	38.5.6	Vurdering av om det kan oppstilles krav om vekting av tildelingskriterier etter konsesjonskontraktdirektivet	392
38	Lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter	375	Del X	Avsluttende del	395
38.1	Innledning	375	39	Administrative bestemmelser	397
38.2	Forsyningsdirektivet	375	39.1	Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan	397
38.2.1	Innledning	375	39.1.1	Innledning	397
38.2.2	Forsyningsdirektivets virkeområde	376	39.1.2	Anskaffelsesdirektivet	397
38.2.3	Omfattede oppdragsgivere	377	39.1.3	Forsyningsdirektivet	397
38.2.4	Forsyningsaktivitetene	378	39.1.4	Konsesjonskontraktdirektivet	398
38.2.5	Terskelverdier	380	39.2	Utvalgets vurdering	399
38.2.6	Kunngjøring av konkurransen	380	39.3	Forskrifter	400
38.2.7	Tildeling av kontrakt	380	39.3.1	Utvalgets vurdering	400
38.2.8	Prosedyreregler	380	39.4	Ikrafttredelse og overgangsregler	401
38.2.9	Kvalifikasjonskrav	381	39.4.1	Utvalgets vurdering	401
38.2.10	Avvisning	381	40	Økonomiske og administrative konsekvenser	402
38.2.11	Kvalifikasjonsordning	381	40.1	Innledning	402
38.2.12	Endringer i kontrakt	382	40.2	Statistikk om offentlige anskaffelser	402
38.3	Konsesjonskontraktdirektivet	382	40.2.1	Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)	402
38.3.1	Innledning	382	40.2.2	Utviklingen i antall saker i håndhevingsorganer i øvrige nordiske land	403
38.3.2	Forholdet mellom konsesjonskontraktdirektivet og de øvrige anskaffelsesdirektivene	382	40.2.3	Statistikk for anskaffelser i forsyningssektorene og konsesjonskontrakter	404
38.3.3	Virkeområde	383	40.3	Vurderinger av økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag	404
38.3.4	Terskelverdier	384	40.3.1	Sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser	404
38.3.5	Kunngjøring av konkurransen	385	40.3.2	Lokale og regionale leverandører	405
38.3.6	Tildeling av kontrakt	385	40.3.3	Åpenhet om eierskap	406
38.3.7	Prosedyreregler	385	40.3.4	Land-for-land rapportering	406
38.3.8	Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier	386	40.3.5	Tydeliggjøring av geografisk virkeområde	406
38.3.9	Valg av tilbud når det foreslås en innovativ løsning	386	40.3.6	Endringer i avvisningsregler	407
38.3.10	Konsesjonens varighet	386	40.3.7	Endringer i håndhevings-systemet	407
38.3.11	Avvisning	387	40.3.8	Erstatningsreglene	410
38.3.12	Endringer i kontrakt	387			
38.4	Statistikk	387			

40.3.9	Gjennomføring av håndhevingsdirektivene	411	41.2	Utkast til bestemmelser i forskrift om offentlige anskaffelser	432
40.3.10	Endringer i avlysningsregler	413	41.3	Utkast til endringer i konkurranseloven	432
40.3.11	Omgjøring, signering av kontrakt og vedståelsesfrist	413		Forkortelser	433
40.3.12	Oppsigelse av kontrakt	414		Referanse- og litteraturliste	434
40.3.13	Oppbevaring og innsyn i kontrakt	414		Vedlegg	
40.3.14	Offentlige anskaffelser i forsyningssektorene og i form av konsesjonskontrakter	415	1	Gjennomføringstabell	452
41	Spesialmerknader	417			
41.1	Utkast til bestemmelser i ny lov om offentlige anskaffelser	417			

Digitale vedlegg

1	Konsolidert forslag til ny lov om offentlige anskaffelser
2	Forslag til spesialmerknader til ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
3	Forslag til spesialmerknader til ny lov om konsesjonskontrakter
4	Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark
5	Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor
6	Håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene

Del I
Innledning

Kapittel 1

Lovutkast

1.1 Utkast til bestemmelser i ny lov om offentlige anskaffelser¹

§ 1-1 *Formål*

(1) Loven gir regler om fremgangsmåten for offentlige anskaffelser. Loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

(2) Dette innebærer blant annet at loven skal bidra til

- at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte
- omstilling til et lavutslippssamfunn
- at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres
- innovasjon
- anstendige arbeidsforhold
- konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører
- at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte
- at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning
- å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn.

(3) Sammen med lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsanskaffelser gjennomfører loven Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.

§ 1-4 *Geografisk virkeområde*

(1) Loven gjelder også for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, hvis kontrakten har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. En slik tilknytning foreligger dersom det er klart at

den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

(2) Departementet kan i forskrift bestemme at loven også skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

§ 1-6 *Offentlighet*

(1) For allmennhetens innsyn i dokumenter knyttet til en offentlig anskaffelse gjelder offentleglova.

(2) *Oppdragsgiver som ikke er omfattet av offentleglova, skal gi allmennheten innsyn i vare- og tjenestekontrakter med en verdi på minst 10 millioner kroner eksklusive merverdiavgift, og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst 100 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Reglene i offentleglova om unntak fra innsyn gjelder tilsvarende.*

(3) *Oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden.*

§ 2-11 *Sikkerhet og beredskap*

Oppdragsgiver kan stille krav eller kriterier for å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn, og bør vurdere å stille slike krav i anskaffelser der det er relevant.

§ 14-9 *Meddelelse fra oppdragsgiver*

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig, skriftlig og samtidig, gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutning som er truffet om å inngå en rammeavtale, å tildele en kontrakt eller opptak i et dynamisk innkjøpssystem.

(2) *Meddelelse om tildelingsbeslutningen skal inneholde informasjon om hvilken leverandør som har vunnet kontrakten og hvorfor. Oppdragsgiver skal også opplyse om karenperioden jf. § 25-4 tredje ledd.*

(3) Oppdragsgiver skal begrunne en beslutning om ikke å inngå en rammeavtale som har vært kunngjort, ikke å inngå en kontrakt som har vært kunngjort, for å starte en konkurranse på nytt eller ikke å implementere et dynamisk innkjøpssystem.

¹ I dette delkapittelet fremsettes forslag til nye bestemmelser i utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsene som ble foreslått i første delutredning er i utgangspunktet ikke gjengitt, med mindre utvalget har foreslått endringer i enkeltbestemmelser. Dette er i så fall markert med kursivert tekst. En konsolidert versjon av hele utvalgets forslag er inntatt som digitalt vedlegg nr. 1 til denne utredningen.

Kapittel 16 Avvisning

I. Avvisning på grunn av formalfeil

§ 16-1 *Avvisning på grunn av formalfeil*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør eller et tilbud

- a. når tilbudet ikke er mottatt innen tilbudsfristen
- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør eller et tilbud dersom det ikke er uforholdsmessig

- a. når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er mottatt innen fristen
- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller kravene til utføring som oppdragsgiver har fastsatt.

II. Avvisning på grunn av forhold ved leverandør

§ 16-2 *Avvisning knyttet til betaling av skatt, avgift og trygdeavgift*

(1) Leverandøren skal avvises når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter denne bestemmelsen dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

(4) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren.

§ 16-3 *Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av straffbare forhold*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold

- a. deltakelse i en kriminell organisasjon
- b. korrupsjon
- c. bedrageri
- d. terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- e. hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- f. barnearbeid og andre former for menneskehandel.

(2) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren.

(3) Dersom utelukkelsesperioden ikke er fastsatt gjennom endelig dom, skal leverandøren maksimalt utestenges i fem år fra datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget i tilfellene nevnt i første ledd.

§ 16-4 *Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av habilitet*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 1-8

(2) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og det er skjedd en urimelig konkurransevridding som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 12-2. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiver gi leverandøren en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridding

§ 16-5 *Frivillige avvisningsgrunner*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når

- a. oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X
- b. som er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess
- c. dersom oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlig yrkesmessig forsømmelse, som medfører tvil om leverandørens integritet

- d. når oppdragsgiver har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen
- e. som tidligere har vist betydelige eller vedvarende kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av et vesentlig krav i en tidligere offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivene. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner.
- f. som har gitt grovt uriktige opplysninger, har tilbakeholdt opplysninger eller ikke har inngitt supplerende dokumenter knyttet til avvisning og utvelging.
- g. som utilbørlig har forsøkt å påvirke beslutningsprosessen hos oppdragsgiver, å innhente fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren urettmessige konkurransefordeler ved tildeling, eller uaktsomt å gi villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger om avvisning, utvelging eller tildeling.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør etter § 16-5 bokstav a, c, d og e i inntil tre år fra den relevante hendelsen.

§ 16-6 Identifikasjon etter §§ 16-3 til 16-5

(1) Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises etter § 16-3, skal oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(2) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 16-4 og 16-5, kan oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av personer som nevnt i første ledd, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(3) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 16-3 til 16-5 kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfelleskap og styrefelleskap, og omgåelsesbetraktninger.

§ 16-7 Tiltak for å unngå avvisning etter §§ 16-3 til 16-5

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter §§ 16-3 til 16-5, dersom leverandøren kan

dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak som viser at leverandøren likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart

- a. betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,
- b. aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og
- c. truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.

(2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiver legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiver ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal oppdragsgiver gi leverandøren en begrunnelse.

(3) En leverandør som ved en endelig dom er utelukket fra å delta i en offentlig anskaffelse, kan ikke unngå avvisning ved å vise til self cleaning tiltak i henhold til denne bestemmelsen i løpet av avvisningsperioden som følger av den endelige dommen i den medlemsstaten der dommen er gyldig.

§ 16-8 Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner

(1) Oppdragsgiver skal godta følgende dokumentasjon som tilstrekkelig bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner

- a. vandsattest eller et tilsvarende dokument utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 16-3
- b. attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 16-2 første og andre ledd og § 16-5 bokstav b.

(2) Dersom det ikke utstedes dokumenter som nevnt i første ledd i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, eller dersom de ikke dekker alle avvisningsgrunnene som nevnt i §§ 16-2 første ledd, 16-3 og 16-5 bokstav b, skal oppdragsgiver godta det europeiske egenerklæringsskjemaet som tilstrekkelig bevis. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren i stedet skal fremlegge en erklæring avgitt under ed eller en forsikring avgitt for et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den stat hvor leverandøren er etablert, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene.

§ 16-9 *Avvisning av leverandør som følge av andre forhold*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når det foreligger en interessekonflikt mellom oppdragsgiver og leverandør som kan ha negativ innvirkning på kontraktoppfyllelsen.

III. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

§ 16-10 *Avvisning av unormalt lave tilbud*

(1) Oppdragsgiver skal avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 18-6, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg X.

(2) Oppdragsgiver kan avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 18-6, av andre grunner enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Dersom oppdragsgiver fastslår at et tilbud er unormalt lavt fordi leverandøren har mottatt statsstøtte, kan tilbudet bare avvises på dette grunnlag alene etter samråd med leverandøren, og dersom leverandøren innen en tilstrekkelig frist som oppdragsgiver fastsetter, ikke kan godtgjøre at den aktuelle støtten er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 61.

§ 16-11 *Obligatoriske avvisningsgrunner knyttet til tilbudet*

Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud

- a. som ikke anses bindende
- b. som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

§ 16-12 *Frivillig avvisningsgrunner knyttet til tilbudet*

Oppdragsgiver kan avvise tilbud

- a. som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige
- b. i medhold av § 15-1 andre ledd
- c. som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt på forhånd
- d. oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til c og § 16-10.

IV. Fremgangsmåten ved avvisning

§ 16-13 *Beslutning om avvisning*

(1) Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet. Oppdragsgiver kan

på ethvert tidspunkt i konkurransen avvise en leverandør fra konkurransen dersom det viser seg at vilkårene for å avvise er oppfylt.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avvisningen.

(3) Leverandøren må påklage en avvisningsbeslutning i en to-trinns prosedyre i henhold til § 30-1.

Kapittel 21 – Oppsigelse av kontrakter

§ 21-1 *Oppsigelsesrett*

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

- a. det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 20-1.
- b. leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt §§ 16-2 til 16-5
- 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
- d. *leverandøren i løpet av kontraktens løpetid blir omfattet av en av avvisningsgrunnene i §§ 16-2 til 16-5 og ikke kan dokumentere sin pålitelighet etter § 16-7.*

§ 21-2 *Oppsigelsesplikt*

(1) Oppdragsgiver skal si opp en kontrakt som er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som er satt til side ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolen. Kontrakten skal sies opp med et passende varsel.

(2) Plikten i første ledd gjelder ikke der det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres.

(3) Oppdragsgivers eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten skal offentliggjøres samme sted som anskaffelsesdokumentene senest syv kalenderdager etter offentliggjøringen av den endelige avgjørelsen av klagenemnda eller domstolene.

(4) Bestemmelsen gjelder ikke der § 27-1 om uten virkning kommer til anvendelse.

(5) Er det under en klagesak nedlagt påstand om å sette til side en tildelingsbeslutning, kan klagenemnda etter påstand fra klager eller oppdragsgiver avgi en ikke-bindende og foreløpig uttalelse av om det foreligger særlige forhold, som tilsier at kontrakten videreføres, jf. første ledd.

(6) En klage på oppdragsgivers videreføring av en kontrakt som er satt til side i henhold til første ledd må påklages til klagenemnda innen 20 kalenderdager fra dagen etter at oppdragsgiver har meddelt sin beslutning.

Del IV – Håndheving

Kapittel 25 Innledende bestemmelser

§ 25-1 *Formål og virkeområde*

(1) Formålet med bestemmelsene i del IV er å sikre effektiv, tilgjengelig, rask og tillitsskapende håndheving av regelverket om offentlige anskaffelser.

(2) Reglene i kapittel 26 og 27 gjelder bare anskaffelser som følger reglene i del III.

§ 25-2 *Håndhevingsorganer*

(1) Klagenemnda for offentlige anskaffelser og de alminnelige domstoler er å anse som håndhevingsorganer etter håndhevingsdirektivene.

(2) Klagenemnda og domstolene kan treffe midlertidige beslutninger og sette til side beslutninger som oppdragsgiver har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Dette gjelder bare dersom saken har kommet inn til nemnda eller retten før kontrakt er inngått.

(3) Etter at kontrakt er inngått kan klagenemnda og domstolene ilegge sanksjoner mot ulovlig direkteanskaffelser.

(4) Domstolene kan tilkjenne erstatning som følge av oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene jf. §§ 28-1 og 28-2.

(5) Departementet kan gi forskrift om klagenemndas virksomhet og saksbehandling.

§ 25-3 *Konkurransetilsynet*

(1) Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med etterlevelsen av anskaffelsesregelverkets forbud mot ulovlig direkteanskaffelser.

(2) Enhver som mener at en offentlig oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse kan klage til Konkurransetilsynet. Klagen kan fremsettes anonymt.

(3) Dersom Konkurransetilsynet kommer til at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, skal tilsynet:

- fremme sak til klagenemnda med påstand om å ilegge sanksjoner etter kapittel 27, eller
- ilegge overtredelsesgebyr jf. § 27-4 eller § 27-7.

(4) Klage over Konkurransetilsynets vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan klages inn til klagenemnda for offentlige anskaffelser.

§ 25-4 *Andre tilsynsorganer*

(1) Arbeidstilsynet fører tilsyn med at bestemmelsene i §§ 2-5 og 2-10 blir overholdt.

(2) Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak som er nødvendige for gjennom-

føring av bestemmelsene nevnt i første ledd. Arbeidsmiljøloven § 18-5, § 18-6 første, annet, sjette, sjuende og åttende ledd samt §§ 18-7, 18-8 og 18-10 får tilsvarende anvendelse.

(2) Havindustritilsynet har tilsvarende tilsynsansvar og myndighet som nevnt i første og andre ledd, innenfor sitt myndighetsområde.

§ 25-5 *Klagegjensstand og klageinteresse*

(1) Klage til klagenemnda må gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger i forbindelse med gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelseslovene eller forskrifter gitt med hjemmel i disse.

(2) Klage kan fremsettes av enhver som har reelt behov for å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning.

(3) En forening eller stiftelse kan inngi klage om forhold som det ligger i dens formål eller naturlige virkeområde å ivareta.

(4) Offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser kan på tilsvarende måte inngi klage for å ivareta disse.

Kapittel 26 Karensperiode og suspensjon

§ 26-1 *Karensperiode*

(1) Oppdragsgiver kan tidligst inngå kontrakt etter utløpet av en karensperiode på ti dager, regnet fra dagen etter at meddelelse om valg av leverandør er sendt.

(2) Ved bruk av andre kommunikasjonsmidler enn elektronisk kommunikasjon, skal karensperioden være femten dager, regnet fra dagen etter at meddelelse om valg av leverandør er sendt.

(3) Karensperiodens utløp skal meddeles sammen med tildelingsbeslutningen jf. § 14-9, og angis ved dato og klokkeslett.

§ 26-2 *Unntak fra karensperiode*

Kravet om karensperiode gjelder ikke

- når oppdragsgiver ikke har plikt til å kunne gjøre konkurransen
- når valgte leverandør er eneste berørte leverandør
- når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en rammeavtale
- når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en dynamisk innkjøpsordning.

§ 26-3 *Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt*

(1) Ved klage på tildelingsbeslutningen til klagenemnda i karensperioden suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt.

(2) Klager skal orientere oppdragsgiver om klagen senest dagen før karensperiodens utløp.

(3) Suspensjonen varer frem til klagenemnda har avgjort saken, eller har truffet en midlertidig avgjørelse jf. fjerde ledd om at suspensjonen oppheves. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karensperioden eller etter ti dager regnet fra dagen etter datoen for intensjonskunngjøringen.

(4) Dersom oppdragsgiver ber om det skal klagenemnda treffe en midlertidig avgjørelse av om suspensjonen skal oppheves før klagenemnda har avgjort saken. Den midlertidige avgjørelsen skal i så fall treffes innen 30 dager etter at klagen er inngitt. Klagenemnda kan oppheve suspensjonen dersom den finner grunn til det.

(5) Med mindre klagen trekkes, eller saken forlikes, etter at klagenemnda har truffet en midlertidig avgjørelse etter fjerde ledd, skal klagenemnda ta stilling til om oppdragsgivers beslutning skal settes til side.

§ 26-4 *Suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning*

(1) Twisteloven gjelder for behandlingen av begjæringer om midlertidig forføyning med mindre annet er bestemt i denne loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

(2) Oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt suspenderes dersom begjæring om midlertidig forføyning fremsettes i karensperioden.

(3) Twisteloven § 32-11 gjelder ikke, med mindre saksøkeren visste eller burde vite at kravet ikke bestod da sikringen ble besluttet.

Kapittel 27 Uten virkning og alternative sanksjoner

§ 27-1 *Uten virkning*

Klagenemnda eller retten skal kjenne en kontrakt uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse i følgende tilfeller

- når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt.
- når kontrakten tildeles under en rammeavtale med flere leverandører i strid med regler om gjenåpning av konkurransen, eller tildeles under en dynamisk innkjøpsordning i strid med loven
- når oppdragsgiver har brutt reglene om karensperiode eller suspensjon og med dette fratatt leverandøren muligheten til prekontraktuell håndheving, og bruddet er kombinert

med et brudd på anskaffelsesdirektivene som har påvirket leverandørens mulighet til å vinne kontrakten.

§ 27-2 *Unntak av hensyn til allmennhetens interesser*

Dersom allmenne interesser gjør det påkrevd å opprettholde kontrakten, skal håndhevingsorganet i stedet ilegge alternative sanksjoner etter § 27-4.

§ 27-3 *Unntak ved intensjonskunngjøring*

(1) Håndhevingsorganet kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter § 27-1 første ledd bokstav a dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen. Kunngjøringen skal inneholde

- navn og kontraktopplysninger for den offentlige oppdragsgiveren
- en beskrivelse av formålet med kontrakten
- en begrunnelse for oppdragsgivers beslutning om å tildele kontrakten uten kunngjøring
- navn på valgte leverandør
- andre relevante opplysninger.

(2) Håndhevingsorganet kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter § 27-1 første ledd bokstav b dersom oppdragsgiveren har sendt meddelelse om valget av leverandør til berørte leverandører og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av en frivillig karensperiode.

§ 27-4 *Alternative sanksjoner*

(1) Håndhevingsorganet skal avkorte kontraktens varighet eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr i følgende tilfeller:

- hvis en kontrakt allerede er oppfylt, og kontrakten derfor ikke kan kjennes uten virkning
- hvis en kontrakt bare kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse
- hvis kontrakten ikke kan kjennes uten virkning som hensynet til allmenne interesser jf. § 27-2.
- hvis oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon enn dem som er omfattet av § 27-1 første ledd bokstav c

(2) Ved fastsettelse av sanksjoner kan håndhevingsorganet utøve skjønn. Retten kan kombinere sanksjonene.

(3) Overtredelsesgebyret skal ikke settes høyere enn ti prosent av anskaffelsens verdi, og aldri høyere enn femten millioner kroner.

§ 27-5 Prosessuelle særregler

(1) Ved søksmål eller klage om brudd som gjelder sanksjonen uten virkning, skal saksøker eller klager varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet, senest samtidig med klagen eller søksmålet.

(2) Håndhevingssorganet skal, uavhengig av par-tenes påstander, idømme sanksjoner etter §§ 27-1 eller 27-4 dersom vilkårene for det er oppfylt.

(3) En rettskraftig dom som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning, eller at en kontrakts varighet avkortes, er bindende for alle og enhver og skal legges til grunn i alle forhold.

(4) Sanksjoner etter §§ 27-1 og 27-4 kan bare idømmes når søksmål reises eller klage fremmes innen seks måneder etter at kontrakt er inngått.

§ 27-6 Sanksjoner mot ulovlig direkteanskaffelser på nasjonalt grunnlag

(1) Klagenemnda og domstolene kan avkorte kontraktens varighet dersom oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

(2) Konkurransetilsynet, klagenemnda og domstolene kan idømme oppdragsgiver et over-tredelsesgebyr dersom oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, og klage eller søks-mål fremmes innen to år etter at kontrakt er inn-gått.

(3) Det er ingen frist for klage eller søksmål etter første ledd.

(4) § 27-4 andre og tredje ledd gjelder tilsva-rende.

§ 27-7 Midlertidig forføyning mot ulovlig direkte-anskaffelser

Etter at kontrakt er inngått kan retten likevel behandle en midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse dersom hovedkravet gjelder en ulovlig direkteanskaffelse som kan føre til at kontrakten blir kjent uten virkning.

Kapittel 28 Erstatning**§ 28-1 Erstatning for tilbudskostnader (negativ kon-traktsinteresse)**

En leverandør kan kreve erstatning for påreg-nelige kostnader som vedkommende har hatt ved å delta i konkurransen dersom

- oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelver-ket på et vis som har fratatt leverandøren en reell mulighet til å bli tildelt kontrakten, eller
- oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregel-verket er kvalifisert og leverandøren ikke ville deltatt i konkurransen dersom vedkommende hadde visst om bruddet.

§ 28-2 Erstatning for tapt fortjeneste (positiv kon-traktsinteresse)

(1) En leverandør kan kreve erstattet tapt for-tjeneste dersom det foreligger et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket som har fratatt leve-randøren en kontrakt som leverandøren ellers kunne og ville fått.

(2) Erstatning for tapt fortjeneste forutsetter at leverandøren har forsøkt å avverge tapet gjen-nom bruk av klagemulighetene i § 25-2 andre ledd.

(3) Ved utmåling av erstatning for tapt fortje-neste skal retten blant annet ta hensyn til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leve-randøren ville oppnådd det forventede deknings-bidraget og vil lykkes med å begrense tapet gjen-nom andre oppdrag.

Kapittel 29 Særskilte regler for klager som gjelder nasjonale vare- og tjenesteanskaffel-ser og bygge- og anleggsanskaffelser**§ 29-1 Klager som gjelder nasjonale anskaffelser**

(1) Enhver som oppfyller vilkårene i § 25-5 kan klage til klagenemnda for å få en avgjørelse på om oppdragsgiver har overholdt regelverket.

(2) Klage må fremsettes senest innen en måned etter kontrakt er inngått.

(3) Klage som gjelder habilitetsregler eller favoriseringsforbudet er ikke omfattet av fristen i andre ledd.

Kapittel 30 Preklusive frister**§ 30-1 Frist for å påklage på en beslutning om avvis-ning**

(1) Oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen etter §§ 16-1 til 16-5 og 16-9 må påklages innen 10 dager regnet fra dagen etter at oppdragsgiver sender en meddelelse etter 16-13 er sendt i følgende konkur-ranser

- i en konkurranse etter §§ 10-6 (begrenset anbudskonkurranse),
- 10-9 (konkurranse med forhandling etter for-utgående kunngjøring),
- 10-15 (konkurransepreget dialog) eller
- 10-20 (konkurranse om innovasjonspartner-skap)

(2) Hvis oppdragsgivers meddelelse ikke sen-des med elektronisk kommunikasjon er fristen 15 dager.

(3) Oppdragsgiver skal angi fristen i meddelel-sen til leverandøren om at forespørselen er avvist.

(4) Klagen kan fremsettes til klagenemnda eller til domstolene.

§ 30-2 Frist for å påklage på en beslutning om ikke å velge ut en leverandør

(1) Oppdragsgivers beslutning om beslutning om ikke å velge ut en leverandør etter § 17-12 femte ledd må påklages innen ti dager regnet fra dagen etter at oppdragsgiver har sendt en meddelelse etter 16-13 i følgende konkurranser

- a. i en konkurranse etter §§ 10-6 (begrenset anbudskonkurranse),
- b. 10-9 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring),
- c. 10-15 (konkurransepreget dialog) eller
- d. 10-20 (konkurranse om innovasjonspartner-skap)

(2) Hvis oppdragsgivers meddelelse ikke sendes med elektronisk kommunikasjon er fristen 15 dager.

(3) Oppdragsgiver skal angi fristen i meddelelsen til leverandøren om at forespørselen ikke er valgt ut.

(4) Klagen kan fremsettes til klagenemnda eller til domstolene.

§ 30-3 Frist for å bringe avgjørelser fra klagenemnda til domstolene

En avgjørelse fra klagenemnda for offentlige anskaffelser kan bringes inn for domstolene senest åtte uker etter at avgjørelsen er meddelt partene. Tas saken ikke videre innen utløpet av denne fristen, er avgjørelsen endelig.

§ 30-4 Frist for å fremme søksmål om erstatning

(1) Et erstatningssøksmål må bringes inn for de alminnelige domstoler innen ett år etter at leverandøren ble kjent med, eller burde ha kjent, at det er inngått kontrakt.

(2) Dersom det er rettskraftig avgjort at vilkårene for å kjenne en kontrakt uten virkning eller alternative sanksjoner må erstatningssøksmål reises innen ett år etter at avgjørelsen er endelig.

Kapittel 31 Regler om klagegebyr og sakskostnader

§ 31-1 Klagegebyr ved klage til klagenemnda

Klagegebyret til klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være ____ kroner.

§ 31-2 Sakskostnader ved klage til klagenemnda

(1) Partene skal som hovedregel dekke egne kostnader i forbindelse med klagebehandlingen.

(2) Dersom klagenemnda finner at oppdragsgiver har gjort seg skyld i et grovt brudd på regelverket, kan klager tilkjennes erstatning for nødvendige kostnader med inntil 100 000 kroner.

(3) Dersom klagenemnda finner at klagen er fremsatt uten aktverdig formål, kan oppdragsgiver tilkjennes erstatning for nødvendige kostnader med inntil 100 000 kroner

(4) Beløpsgrensen i andre ledd kan fravikes dersom det foreligger i særlige tilfeller.

§ 31-3 Sakskostnader ved søksmål

Reglene om sakskostnader i tvisteloven gjelder for anskaffelsestvister som behandles for domstolene.

Kapittel 32 Bestemmelser om avlysning, omgjøring og vedståelsesfrist

§ 32-1 Avlysning

(1) Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn.

(2) Oppdragsgiver skal avlyse konkurransen dersom det avdekkes feil som kan virke inn på utfallet av konkurransen og som ikke kan rettes opp på annen måte.

(3) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene skriftlig meddelelse om avlysningen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse, og opplyse om det vil bli gjennomført en ny konkurranse om den samme anskaffelsen.

(4) En leverandør som bestrider oppdragsgivers adgang til å avlyse konkurransen må inngi klage til klagenemnda innen ti dager etter at meddelelsen om avlysningen er sendt. Fristen er femten dager dersom oppdragsgiver ikke benytter elektronisk kommunikasjon.

(5) Dersom avlysningen er begrunnet i rettslig usikkerhet knyttet til avlysningsplikt, skal klagenemnda ta stilling til om det foreligger avlysningsplikt.

§ 32-2 Omgjøring av tildelingsbeslutning før kontraktsinngåelse

(1) Oppdragsgiver skal omgjøre tildelingsbeslutningen dersom det avdekkes feil som har virket inn på valget av leverandør og feilen ikke kan rettes på annen måte.

(2) Omgjøring av tildelingsbeslutning kan skje frem til kontrakten er inngått.

(3) Kontrakt anses inngått når begge parter har signert kontrakten.

§ 32-3 Vedståelsesfrist

(1) Oppdragsgiver skal fastsette en forholdsmessig vedståelsesfrist som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. Fristen skal være minst 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen.

(2) Vedståelsesfristen kan forlenges så fremt dette ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud.

Del V Administrative og avsluttende bestemmelser

Kapittel 33 Administrative bestemmelser

§ 33-1 Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

(1) Enhver oppdragsgiver som gjennomfører anskaffelser etter denne lov, plikter å gi EFTAs overvåkningsorgan de opplysninger som organet kan kreve i henhold til EØS-avtalen.

(2) Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgiver å formidle opplysninger knyttet til gjennomføringen av en anskaffelse til EFTAs overvåkningsorgan.

§ 33-2 Forskrifter

Departementet kan gi forskrift om følgende

- beregning av tidsfrister i EØS-avtalen
- om gjennomføring av vedleggene til anskaffelsesdirektivene
- om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser
- om gjennomføringsbestemmelser av rettsakter i EØS-avtalen vedlegg XVI
- om gjennomføringsbestemmelser av rettsakter i EØS-avtalen for øvrig og som gjelder anskaffelser som er omfattet av loven.

Kapittel 34 Avsluttende bestemmelser

§ 34-1 Ikrafttredelse og overgangsregler

(1) Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves [gjeldende anskaffelsesregelverk].

(2) Departementet kan gi forskrift om overgangsregler.

1.2 Utkast til bestemmelser i forskrift om offentlige anskaffelser

Kapittel 3 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser

[Overlates til departementet].

Kapittel 4 – Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

§ 4-1 Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

I anskaffelser som følger reglene i lov om offentlige anskaffelser skal oppdragsgiver gi opplysninger til Nærings- og fiskeridepartementet

hvis oppdragsgiver avviser en leverandør på grunnlag av anskaffelsesloven § 16-10 tredje ledd.

§ 4-2 Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

I anskaffelser som følger reglene i lov om anskaffelser i forsyningssektorene skal oppdragsgiver gi opplysninger til Nærings- og fiskeridepartementet hvis oppdragsgiver avviser en leverandør på grunnlag av forsyningsloven § 17-10 tredje ledd.

§ 4-3 Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

I anskaffelser som følger reglene i lov om konsesjonskontrakter skal oppdragsgiver gi opplysninger til Nærings- og fiskeridepartementet hvis oppdragsgiver benytter unntaksadgangen i konsesjonskontraktloven § 10-4.

1.3 Utkast til ny lov om forsyningsanskaffelser

Forslag til ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene (forsyningsloven)

Del I Innledende bestemmelser

Kapittel 1 Formål og virkeområde

§ 1-1 Formål

(1) Loven gir regler om fremgangsmåten for inngåelsen av kontrakter innenfor forsyningssektorene. Loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

(2) Dette innebærer blant annet at loven skal bidra til

- at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte
- omstilling til et lavutslippssamfunn
- at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres
- innovasjon
- anstendige arbeidsforhold
- konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører
- at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte
- at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning
- å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn.

(3) Sammen med lov om offentlige anskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forvarsanskaffelser gjennomfører loven Norges

EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.

§ 1-2 *Hvilke anskaffelser som er omfattet av loven*

Loven gjelder når oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 har til hensikt å inngå varekontrakter, tjenestekontrakter eller bygge- og anleggskontrakter med en antatt verdi over 300 000 kroner. Loven gjelder bare dersom kontrakten inngår som ledd i utøvelsen av forsyningsaktiviteter jf. §§ 4-3 til 4-9, eller på annen måte er knyttet til utøvelsen av slike aktiviteter.

§ 1-3 *Hvem loven gjelder for*

(1) Loven gjelder for statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter, offentligrettslige organer og sammenslutninger med en eller flere slike oppdragsgivere.

(2) Loven gjelder også for offentlige foretak, og andre virksomheter som utøver en eller flere forsyningsaktiviteter som nevnt i kapittel 4 på grunnlag av en enerett eller særrett.

§ 1-4 *Geografisk virkeområde*

(1) Loven gjelder også for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, hvis kontrakten har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. En slik tilknytning foreligger dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

(2) Departementet kan i forskrift bestemme at loven også skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

§ 1-5 *Rettighetshavere*

Rettighetshavere etter loven er

- a. virksomheter etablert i Norge
- b. virksomheter etablert i andre EØS-stater, i det omfang som følger av EØS-avtalen
- c. virksomheter etablert i en stat som er part til WTO-avtalen om offentlige innkjøp, i det omfang som følger av denne avtalen
- d. virksomheter etablert i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av den aktuelle avtalen.

(2) Virksomheter som ikke omfattes av første ledd kan ikke delta i konkurransen om kontrakter etter denne lov uten godkjenning fra departementet.

§ 1-6 *Offentlighet*

(1) For allmennhetens innsyn i dokumenter knyttet til en anskaffelse etter denne lov gjelder offentliglova.

(2) Oppdragsgiver som ikke er omfattet av offentliglova, skal gi allmennheten innsyn i vare- og tjenestekontrakter med en verdi på minst 10 millioner kroner eksklusive merverdiavgift, og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst 100 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Reglene i offentliglova om unntak fra innsyn gjelder tilsvarende.

(3) Oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden.

§ 1-7 *Taushetsplikt*

(1) Reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av anskaffelser etter denne lov. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven § 13 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte informasjon av fortrolig karakter som gjøres tilgjengelig for dem i forbindelse med en anskaffelse.

§ 1-8 *Habilitet*

(1) Ved gjennomføringen av en anskaffelse gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven §§ 11-10 og 13-3. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven §§ 6 til 10 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet.

§ 1-9 *Omgåelsesforbud*

En anskaffelse må ikke utformes med det formål å utelukke den fra anvendelsesområdet til lovens bestemmelser.

Kapittel 2 Samfunnshensyn

[Eventuelle bestemmelser om samfunnshensyn]

Del II Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Kapittel 3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

§ 3-1 *Anskaffelser under EØS-terskelverdi*

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette kan for eksempel skje ved at oppdragsgiver

- a. gjennomfører en markedsundersøkelse, og på grunnlag av denne innhenter tilbud
- b. innhenter to eller flere tilbud

c. annonserer anskaffelsen, for eksempel på en relevant nettside eller ved frivillig kunngjøring i Doffin

(2) Hvis oppdragsgiver etter første ledd mottar mer enn ett tilbud skal oppdragsgiver samtidig underrette alle leverandører som har inngitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. Etter anmodning skal oppdragsgiver begrunne beslutningen.

(3) Oppdragsgiver skal sikre at bruken av mulighetene i første ledd ikke over tid medfører favorisering av en eller et fåtall av leverandører.

(4) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal offentliggjøre at kontrakt er inngått.

§ 3-2 Anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi som likevel har klar grensekryssende interesse innen EØS, som følge av særlige forhold knyttet til anskaffelsens karakter og leverandørmarkedet, skal oppdragsgiver

- a. annonsere kontrakten
- b. fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakten og gjøre denne kjent for interesserte leverandører
- c. underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning.

(2) Bestemmelsen gjelder bare for anskaffelser av varer og tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel.

Del III Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Kapittel 4 Virkeområde, definisjoner og forsyningsaktiviteter

§ 4-1 Virkeområde

Reglene i denne delen av loven gjennomfører forsyningsdirektivet i norsk rett, og får anvendelse hvis verdien av anskaffelsen overstiger terskelverdiene i kapittel 6.

§ 4-2 Definisjoner

I loven menes med

- a. kontrakt: gjensidig bebyrdende kontrakt som inngås skriftlig mellom én eller flere leverandører og én eller flere oppdragsgivere, og som gjelder utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester

b. bygge- og anleggskontrakter: kontrakter som gjelder ett av følgende:

- I. utførelse eller både prosjektering og utførelse av bygge- og anleggsarbeid i tilknytning til én av virksomhetene definert i vedlegg I
- II. oppføring eller både prosjektering og oppføring av et bygg
- III. oppføring, uansett på hvilken måte, av et bygg som oppfyller kravene fastsatt av oppdragsgiver som har en avgjørende innflytelse på typen eller prosjekteringen av bygget

d. bygg: resultatet av bygge- og anleggsarbeid eller ingeniørarbeid sett under ett, som i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon

e. kontrakter om varekjøp: kontrakter som gjelder innkjøp, leasing, leie eller kjøp på avbetaling, med eller uten en kjøpsopsjon, av varer. En kontrakt om varekjøp kan også omfatte monterings- og installasjonsarbeid

f. tjenestekontrakt: kontrakter som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i bokstav b

g. leverandør: enhver fysisk eller juridisk person, eller en enhet eller gruppe av slike personer og/ eller enheter, herunder midlertidige sammenslutninger av foretak, som på markedet tilbyr utførelse av bygge- og anleggsarbeid og/ eller oppføring av bygg, levering av produkter eller tjenesteyting

h. anskaffelsesdokument: ethvert dokument som er utarbeidet eller vises til av oppdragsgiver for å beskrive eller bestemme elementer i anskaffelsen eller framgangsmåten, herunder kunngjøringen av konkurranse, den veiledende kunngjøringen dersom den benyttes som metode for utlysning av konkurranse, de tekniske spesifikasjonene, det beskrivende dokumentet, foreslåtte kontraktsvilkår, former for framlegging av dokumenter, opplysninger om alminnelige forpliktelser samt eventuelle ytterligere dokumenter

i. skriftlig: ethvert uttrykk som består av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres, herunder opplysninger som sendes og lagres ved hjelp av elektroniske midler,

j. elektroniske midler: elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler

- k. livssyklus: de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning
- l. plan- og designkonkurranser: de framgangsmåtene som gjør det mulig for oppdragsgiver å innhente, hovedsakelig på områdene by- og regionplanlegging, arkitektur, ingeniørarbeid eller databehandling, en plan eller et prosjekt valgt ut av en jury etter å ha vært satt ut til konkurranse med eller uten utdeling av premier
- m. innovasjon: innføring av nye eller vesentlig forbedrede produkter, tjenester eller prosesser, herunder, men ikke begrenset til, produksjons-, bygge- eller konstruksjonsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, organisering av arbeidsplassen eller eksterne forbindelser, blant annet med sikte på å bidra til å løse samfunnsmessige utfordringer
- n. merke: ethvert dokument eller sertifikat eller enhver attestasjon som bekrefter at de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene oppfyller visse krav,
- o. merkekrav: de kravene som de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene skal oppfylle for å oppnå det berørte merket.

§ 4-3 Gass og varme

(1) Loven gjelder for følgende aktiviteter

- a. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på å yte tjenester til offentligheten i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av gass og varme
 - b. å forsyne slike nettverk med gass eller varme. Forsyning omfatter produksjon, grossistsalg og detaljalg.
- (2) Loven gjelder likevel ikke for aktiviteter som definert i første ledd bokstav b som en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 andre ledd utøver, når
- a. oppdragsgivers produksjon av gass eller varme er en uunngåelig følge av utøvelsen av en annen aktivitet enn dem som er definert i første ledd eller § 4-4, § 4-5 eller § 4-6 og
 - b. forsyningen til nettverket bare tar sikte på en økonomisk utnyttelse av denne produksjonen

og ikke overstiger 20 prosent av oppdragsgivers omsetning. Omsetningen beregnes på grunnlag av gjennomsnittet for de siste tre årene, medregnet inneværende år.

§ 4-4 Elektrisitet

(1) Loven gjelder for følgende aktiviteter

- a. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på å yte tjenester til offentligheten i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av elektrisitet
- b. å forsyne slike nettverk med elektrisitet. Forsyning av elektrisitet omfatter produksjon, grossistsalg og detaljalg.

(2) Loven gjelder likevel ikke for aktiviteter som definert i første ledd bokstav b som en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 andre ledd utøver, når

- a. oppdragsgivers produksjon av elektrisitet er nødvendig for å utøve en annen aktivitet enn dem som er definert i første ledd eller § 4-3, § 4-5 eller § 4-6, og
- b. forsyningen til nettverket skyldes overskuddskapasitet som avhenger utelukkende av oppdragsgivers eget forbruk, og ikke overstiger 30 prosent av oppdragsgivers samlede energiproduksjon. Produksjonen beregnes på grunnlag av gjennomsnittet for de siste tre årene, medregnet inneværende år.

§ 4-5 Drikkevann

(1) Loven gjelder for følgende aktiviteter

- a. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på å yte tjenester til offentligheten i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av drikkevann
- b. å forsyne slike nettverk med drikkevann. Forsyning av drikkevann omfatter produksjon, grossistsalg og detaljalg.

(2) Loven gjelder også når en oppdragsgiver som utøver en aktivitet som nevnt i første ledd, inngår kontrakter knyttet til

- a. vannbyggingsprosjekter, irrigasjon eller drenering, forutsatt at vannmengden som er beregnet på forsyning av drikkevann, utgjør mer enn 20 prosent av den totale vannmengden som stilles til rådighet, eller
- b. å lede bort eller rense avløpsvann.

(3) Loven gjelder likevel ikke for aktiviteter som definert i første ledd bokstav b som en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 andre ledd utøver, når

- a. oppdragsgivers produksjon av drikkevann er nødvendig for å utøve en annen aktivitet enn dem som er definert i første eller annet ledd eller § 4-3, § 4-4 eller § 4-6, og

- b. forsyningen til nettverket skyldes overskuddskapasitet som avhenger av oppdragsgivers eget forbruk, og ikke overstiger 30 prosent av oppdragsgivers samlede produksjon av drikkevann. Produksjonen beregnes på grunnlag av gjennomsnittet for de siste tre årene, medregnet inneværende år.

§ 4-6 Transport

(1) Loven gjelder for aktivitetene å stille til rådighet eller drive rutenett beregnet på å yte transporttjenester til offentligheten med jernbane, automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss eller kabel.

(2) Et rutenett foreligger dersom driftsvilkårene for tjenesten er fastlagt av en offentlig myndighet. Driftsvilkår kan for eksempel være krav til hvilke ruter som skal betjenes, hvor stor kapasiteten skal være og hvor ofte rutene skal betjenes.

§ 4-7 Havner og lufthavner

Loven gjelder for aktivitetene å utnytte et geografisk område for å stille til rådighet luft-, sjø- eller innlandshavner eller andre terminalanlegg for luft-, sjø- eller elvetransportører.

§ 4-8 Post

(1) Loven gjelder for følgende aktiviteter

- a. posttjenester
- b. andre tjenester enn posttjenester dersom de leveres av en oppdragsgiver som også leverer posttjenester, og vilkårene i direktiv 2014/25/EU artikkel 34 nr. 1 ikke er oppfylt for posttjenester.
 - (2) I denne bestemmelsen menes med
- a. posttjenester: tjenester som består av å samle inn, sortere, transportere og dele ut postsendinger. Dette gjelder både tjenester som er omfattet og som ikke er omfattet av leveringsplikten som følger av postloven og tilhørende forskrifter.
- b. postsending: en adressert sending i den endelige formen som den har på innleveringstidspunktet, uansett vekt. I tillegg til brev, omfatter slike sendinger for eksempel bøker, kataloger, aviser, tidsskrifter og postpakker som inneholder varer med eller uten kommersiell verdi, uansett vekt
- c. andre tjenester enn posttjenester:
 - i. forvaltning av kurer-tjenester, både før og etter forsendelse, for eksempel postromforvaltning
 - ii. tjenester knyttet til postsendinger som ikke er omfattet av bokstav b, for eksempel uadressert reklame.

§ 4-9 Olje, gass, kull og andre typer fast brensel

Loven gjelder for aktivitetene å utnytte et geografisk område til

- a. utvinning av olje eller gass
- b. leting etter, eller utvinning av, kull eller andre typer fast brensel.

§ 4-10 Samordnede innkjøpsaktiviteter for oppdragsgivere i forsyningssektorene

Anskaffelser som foretas av en innkjøpssentral med henblikk på å utøve samordnede innkjøp til eller for oppdragsgivere som utøver forsyningsaktiviteter som nevnt i § 1-3, skal anses å være anskaffelser knyttet til utøvelsen av slike forsyningsaktiviteter.

Kapittel 5 Blandede anskaffelser

§ 5-1 Blandede anskaffelser

(1) Reglene i § 5-2 gjelder for blendede anskaffelser som er omfattet av forsyningsdirektivet.

(2) Reglene i § 5-3 gjelder for blendede anskaffelser som er omfattet av forsyningsdirektivet, anskaffelsesdirektivet, konsesjonskontraktdirektivet og forsvarsanskaffelsesdirektivet.

§ 5-2 Blandede anskaffelser som inneholder kontrakter som er omfattet av forsyningsdirektivet

(1) Kontrakter som innebærer en kombinasjon av flere typer ytelser (varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider) skal inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Hvis en blandet anskaffelse består av forskjellige typer tjenester, skal hovedformålet fastsettes i overensstemmelse med den høyeste anslåtte verdi. Det samme gjelder for kontrakter som både innebærer varer og tjenester.

§ 5-3 Blandede anskaffelser som er omfattet av flere direktiver

(1) Hvis en kontrakt objektivt kan deles opp gjelder reglene i § 5-4. Hvis en kontrakt ikke objektivt kan deles opp gjelder reglene i § 5-5.

(2) Hvis deler av en kontrakt kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, eller er underlagt reglene om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, så gjelder reglene i §§ 8-2 til 8-4.

§ 5-4 Blandede anskaffelser som kan deles opp på en objektiv måte

(1) Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av forsyningsdirektivet, og delvis ikke, kan oppdragsgiver velge å inngå separate kontrakter etter reglene som gjelder for den

enkelte kontrakten, eller en blandet kontrakt etter reglene i forsyningsdirektivet.

(2) Hvis en kontrakt inneholder elementer av varer, tjenester, bygge- og anleggsarbeider og konsesjoner, skal oppdragsgiver følge reglene i forsyningsdirektivet så fremt verdien av den delen av kontrakten som er omfattet av forsyningsdirektivet overstiger terskelverdien jf. § 6-1.

§ 5-5 Blandede anskaffelser som ikke kan deles opp på en objektiv måte

Hvis forskjellige deler av en kontrakt ikke kan deles fra hverandre på en objektiv måte, skal oppdragsgiver følge de reglene som gjelder for det som er kontraktens hovedgjenstand.

§ 5-6 Blandede anskaffelser knyttet til utøvelsen av flere aktiviteter

(1) Reglene i denne bestemmelsen får anvendelse hvis en blandet kontrakt inneholder flere former for aktivitet.

(2) Oppdragsgiver kan velge å tildele separate kontrakter, eller tildele en samlet kontrakt, dersom anskaffelsen gjelder flere former for aktivitet.

(3) En kontrakt som skal dekke flere former for aktivitet, skal omfattes av de reglene som gjelder for aktiviteten som kontrakten hovedsakelig er beregnet på.

(4) Hvis det ikke er mulig å fastslå hvilken form for aktivitet kontrakten hovedsakelig er beregnet på, gjelder følgende

- a. kontrakten skal følge anskaffelsesloven dersom en av formene for aktivitet som kontrakten er beregnet på er omfattet av forsyningsdirektivet og en annen er omfattet av anskaffelsesdirektivet
- b. kontrakten skal følge denne loven dersom en av formene for aktivitet som kontrakten er beregnet på er omfattet av forsyningsdirektivet og en annen er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet
- c. kontrakten skal følge denne loven dersom en av formene for aktivitet som kontrakten er beregnet på er omfattet av forsyningsdirektivet, og de andre formene for aktivitet ikke er omfattet av forsyningsdirektivet, anskaffelsesdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet.

(5) Dersom en blandet kontrakt som nevnt i første ledd inneholder forsvars- eller sikkerhets-elementer, gjelder i stedet §§ 8-2 og 8-3.

Kapittel 6 Terskelverdier

§ 6-1 Terskelverdier

Loven del III gjelder for kontrakter med en anslått verdi lik eller høyere enn

- a. 4,6 millioner kroner for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser
- b. 57,8 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter
- c. 10,4 millioner kroner for sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser.

§ 6-2 Utgangspunkter for beregning av anskaffelsens verdi

(1) Oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen eksklusive merverdiavgift, inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene, og eventuelle fornyelser av kontrakten som er angitt i anskaffelsesdokumentene. Eventuelle betalinger eller premier til leverandørene skal tas med i beregningen.

(2) Beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen. For anskaffelser som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen.

(3) Dersom oppdragsgiver består av flere atskilte driftsenheter, skal den samlede anslåtte verdien for alle driftsenhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder likevel ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.

(4) Oppdragsgiver skal ikke velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften.

§ 6-3 Beregning av verdi ved visse former for anskaffelser

(1) Ved rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal oppdragsgiver legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som oppdragsgiver forventer å inngå i løpet av avtalens eller ordningens varighet.

(2) Ved konkurranse om innovasjonspartner-skap skal oppdragsgiver legge til grunn den maksimale verdien av forsknings- og utviklingsaktivitetene som skal utføres i løpet av partnerskapet. I tillegg skal oppdragsgiver ta med i beregningen verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver forventer å få utviklet og anskaffet ved det planlagte partnerskapets opphør.

(3) Ved bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiver ta hensyn til verdien av både bygge- og anleggsarbeidene og alle varene og tjenestene som oppdragsgiver stiller til leverandørens rådighet, og som er nødvendige for å utføre arbeidene.

(4) Dersom oppdragsgiver planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 5-1, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av loven som gjelder for hver enkelt delkontrakt.

(5) Uavhengig av fjerde ledd, for anskaffelser der den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger en terskelverdi i § 5-1, gjelder likevel bare del I for delkontrakter om varer og tjenester med en anslått verdi under 800 000 kroner og delkontrakter om bygge- og anleggsarbeider med en anslått verdi under 10 millioner kroner, når verdien av de respektive delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene som anskaffelsen er delt opp i.

§ 6-4 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter som inngås regelmessig eller fornyes

Ved vare- og tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår regelmessig eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom, skal oppdragsgiver beregne kontraktens verdi på grunnlag av

- a. den samlede faktiske verdien av liknende kontrakter som er tildelt i løpet av de foregående 12 månedene eller det foregående regnskapsåret, om mulig justert for forventede endringer i løpet av de 12 etterfølgende månedene, eller
- b. den samlede anslåtte verdien av de kontraktene som vil bli tildelt i løpet av 12 måneder fra den første leveransen, eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder.

§ 6-5 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp for varer

Ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp av varer gjelder følgende

- a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 12 måneder eller kortere skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi
- b. for tidsbegrensede kontrakter med varighet over 12 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi, inkludert anslått restverdi
- c. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter der varigheten ikke kan fastsettes nærmere, skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

§ 6-6 Beregning av anskaffelsens verdi for visse tjenestekontrakter

(1) Ved beregningen av verdien av visse tjenestekontrakter skal følgende verdier inkluderes

- a. forsikringstjenester: premier og andre former for vederlag
- b. banktjenester og andre finansielle tjenester: gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag
- c. kontrakter vedrørende prosjektering: honorarer, provisjoner og andre former for vederlag.

(2) Ved tjenestekontrakter uten en fastsatt samlet pris gjelder følgende

- a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 48 måneder eller mindre skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede verdien for hele kontraktens varighet
- b. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter med en varighet på over 48 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

Kapittel 7 Unntak

§ 7-1 Unntak for kontrakter som inngås med sikte på videresalg eller utleie til tredjeperson

(1) Loven gjelder ikke for kontrakter som oppdragsgiver inngår med sikte på videresalg eller utleie til tredjeperson, når oppdragsgiver ikke har en enerett eller særrett til å selge eller leie ut de ytelser kontrakten gjelder, og andre virksomheter derfor har adgang til å selge eller leie dem ut på samme vilkår som oppdragsgiver.

(2) Unntaket i første ledd gjelder ikke for kontrakter som inngås av innkjøpssentraler med henblikk på å foreta samordnede innkjøpsaktiviteter.

§ 7-2 Unntak for anskaffelser knyttet til andre aktiviteter eller til utøvelsen av forsyningsaktiviteter i tredjeland

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver foretar knyttet til utøvelsen av andre aktiviteter enn forsyningsaktiviteter som nevnt i kapittel 4.

(2) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver foretar knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter i en stat som ikke er part i EØS-avtalen. Dette gjelder bare når aktiviteten ikke innebærer fysisk utnyttelse av et nettverk eller et geografisk område i en stat som er part i EØS-avtalen.

§ 7-3 Unntak for anskaffelser som er omfattet av internasjonale regler

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver er forpliktet til å gjennomføre etter reglene i en internasjonal avtale

- a. med offentlige myndigheter utenfor EØS-området, og som gjelder bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser som er beregnet på et felles prosjekt som avtalepartene gjennomfører eller utnytter
- b. som er fastsatt av en internasjonal organisasjon, eller
- c. om stasjonering av tropper

(2) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver velger å gjennomføre etter anskaffelsesregler som er fastsatt av en internasjonal organisasjon eller finansieringsinstitusjon, forutsatt at organisasjonen eller institusjonen fullt ut finansierer anskaffelsen. Dersom en slik organisasjon eller institusjon finansierer hoveddelen av anskaffelsen, skal partene avtale hvilke regler som skal gjelde.

§ 7-4 Unntak for visse tjenestekontrakter

Loven gjelder ikke for tjenestekontrakter om

- a. erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom
- b. leie av bygning som skal oppføres. Dette gjelder likevel ikke dersom avtalen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt som definert i § 4-2
- c. kontrakter om sendetider eller programtilbud som oppdragsgiver inngår med en kringkaster eller tjenestetilbyder
- d. voldgifts- og meglings tjenester
- e. følgende juridiske tjenester
 - i. representasjon ved advokat i tvistesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller mekling
 - ii. juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i nr. 1 eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjenstand for en slik sak
 - iii. notarialforretninger
 - iv. tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd
 - v. juridiske tjenesteavtaler som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet

f. følgende finansielle tjenester

- i. tjenester i forbindelse med emisjon, salg, kjøp eller annen overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter
- ii. sentralbanktjenester
- iii. prosjekter som oppdragsgiver utfører sammen med European Financial Stability Facility eller European Stability Mechanism

g. lån

h. ansettelser

i. sivilforsvars-, beredskaps- eller forebyggings-tjenester som oppdragsgiver inngår med ideelle organisasjoner, og som er omfattet av CPV-kodene 75250000 (brannvesen og redningstjenester), 75251000 (tjenester utført av brannvesenet), 75251100 (brannbekjempelse), 75251110 (brannforebygging), 75251120 (bekjempelse av skogbranner), 75252000 (redningstjenester), 75222000 (sivilforsvarstjenester), 98113100 (kjernefysiske sikkerhetstjenester) eller 85143000 (ambulansetjenester) med unntak av pasienttransport med ambulanse

j. kontrakter om offentlig persontransport med jernbane eller t-bane.

§ 7-5 Unntak for tjenestekontrakter som tildeles på grunnlag av en enerett

Loven gjelder ikke for tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen.

§ 7-6 Unntak for kontrakter om kjøp av vann, levering av energi og levering av brensel til energi-produksjon

Loven gjelder ikke for kontrakter om

- a. kjøp av vann, som inngås av en oppdragsgiver som utøver aktiviteter som nevnt i § 4-5 første ledd
- b. levering av energi, eller brensel til energi-produksjon, som inngås av en oppdragsgiver som utøver aktiviteter som nevnt i §§ 4-3 første ledd, 4-4 første ledd eller 4-9.

§ 7-7 Fritak for liberaliserte sektorer

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser knyttet til utøvelsen av en forsyningsaktivitet, dersom EFTAs overvåkingsorgan har fattet vedtak om å unnta aktiviteten etter direktiv 2004/17/EF artikkel 30 eller etter direktiv 2014/25/EU artikkel 34 og 35 fordi aktiviteten er konkurranseutsatt og det er fri adgang til markedet.

(2) Oppdragsgiver kan sende søknad om fritak til EFTAs overvåkingsorgan i samsvar med kravene i direktiv 2014/25/EU og krav som er fastsatt av overvåkingsorganet.

(3) Søknaden skal inneholde en uttalelse fra Konkurransetilsynet. Tilsynet skal avggi en uttalelse innen 60 virkedager fra oppdragsgivers forespørsel.

Kapittel 8 Anskaffelser som inneholder forsvars- og sikkerhetselementer

§ 8-1 Forsvar og sikkerhet

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser

- som er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser
- som ikke er omfattet lov om forsvarsanskaffelser på grunnlag av [direktiv 2009/81/EF artikkel 8, 12 og 13]
- når beskyttelsen av vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser ikke kan sikres ved mindre inngripende tiltak
- når anskaffelsen eller oppfyllelsen av kontrakten er erklært hemmelig eller skal følges av særlige sikkerhetstiltak, og oppdragsgiver har bestemt at de berørte vesentlige sikkerhetsinteressene ikke kan sikres med mindre inngripende tiltak.

§ 8-2 Blandede anskaffelser som inneholder forsvars- eller sikkerhetsmessige aspekter

(1) En oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser som delvis er omfattet av forsyningsloven, og delvis inneholder forsvars- eller sikkerhetselementer, kan velge å inngå

- separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller
- en samlet kontrakt, dersom dette kan rettferdiggjøres av objektive grunner.

(2) Det samme gjelder en oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser knyttet til utøvelsen av flere aktiviteter der den ene aktiviteten er omfattet av loven og den andre aktiviteten inneholder forsvars- eller sikkerhetselementer.

§ 8-3 Blandede anskaffelser der oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt

Hvis oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt, gjelder følgende

- hvis deler av en kontrakt er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, kan kontrakten tildeles uten at reglene i forsyningsloven følges.
- hvis deler av kontrakten er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser, skal anskaffelsen følge reglene i nevnte lov.
- hvis en kontrakt knyttet til utøvelsen av flere aktiviteter der en aktivitet er omfattet denne

lov og en annen aktivitet er omfattet av lov om forsvarsanskaffelser og i tillegg omfatter aktivitet omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 kan kontrakten tildeles uten at reglene i forsyningsloven følges.

§ 8-4 Blandede anskaffelser som ikke kan deles opp på en objektiv måte

Når de forskjellige deler av en anskaffelse ikke objektivt kan deles opp, kan oppdragsgiver tildele en samlet kontrakt uten at reglene i forsyningsloven får anvendelse. Dette gjelder bare hvis kontrakten inneholder elementer som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, og hvis ikke skal oppdragsgiver følge reglene i lov om forsvarsanskaffelser.

Kapittel 9 Særlige situasjoner

I. Samarbeid, foretak i samme gruppe og fellesforetak

§ 9-1 Utvidet egenregi

(1) Loven gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd inngår kontrakter med et annet rettssubjekt

- som oppdragsgiver utøver en kontroll med som tilsvare den kontroll som utøves over egne avdelinger
- som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer, og
- som det ikke er direkte private eierandeler i.

(2) Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer på samme måte.

(3) Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder heller ikke loven når det kontrollerte rettssubjektet, som selv er en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd, inngår kontrakter med

- det kontrollerende rettssubjektet, eller
- andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det ikke er direkte private eierandeler i rettssubjektene som angitt i bokstav a og b.

§ 9-2 Felles kontroll

Selv om oppdragsgiver ikke alene oppfyller vilkårene i § 9-1 første ledd, gjelder loven heller ikke når det inngås kontrakter med et annet rettssubjekt

- a. som oppdragsgiver og andre oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 første ledd i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sine egne avdelinger
 - b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer og
 - c. som det ikke er direkte private eierandeler i.
- (2) Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når
- a. det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne
 - b. de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og
 - c. det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser.

§ 9-3 Samarbeidsavtaler

Loven gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 første ledd, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

- a. som har til formål å sikre at offentlige tjenester blir utført for å oppnå et felles mål
- b. som blir utført utelukkende av hensyn til allmennhetens interesse og
- c. der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført på det åpne markedet av de deltakende oppdragsgiverne.

§ 9-4 Beregning av aktivitet

(1) Beregningen av den prosentvise aktiviteten etter § 9-1 første ledd bokstav b, § 9-2 første ledd bokstav b og § 9-3 bokstav c skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

(2) Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

§ 9-5 Kontrakter med foretak i samme gruppe

(1) Loven gjelder ikke for kontrakter

- a. som oppdragsgiver inngår med et foretak i samme gruppe, eller
- b. som et fellesforetak, som er sammensatt utelukkende av oppdragsgivere for å utøve forsyningsaktivitet, inngår med et foretak i samme gruppe som en av disse oppdragsgiverne.

(2) Et foretak i samme gruppe er et foretak som

- a. har årsregnskaper som er konsolidert med oppdragsgivers årsregnskaper i samsvar med regnskapsloven
- b. oppdragsgiver direkte eller indirekte kan utøve bestemmende innflytelse over
- c. kan utøve bestemmende innflytelse over oppdragsgiver, eller
- d. sammen med oppdragsgiver er under bestemmende innflytelse fra et annet foretak i kraft av eierskap, annen økonomisk deltakelse eller reglene for virksomheten.

(3) Første ledd gjelder bare

- a. for varekontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av varer skriver seg fra varekontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.
- b. for tjenestekontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av tjenester skriver seg fra tjenestekontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.
- c. for bygge- og anleggskontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av bygge- og anleggsarbeider skriver seg fra bygge- og anleggskontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.

(4) Beregningen etter tredje ledd skal baseres på foretakets leveranser av henholdsvis varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeider, de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dersom det ikke finnes relevante omsetningstall for de siste tre årene, fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt i perioden, er det tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

(5) Dersom flere foretak i samme gruppe leverer de samme eller lignende varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, skal beregningen baseres på den samlede omsetningen av henholdsvis varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider i foretakene i gruppen.

§ 9-6 Kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak

- (1) Loven gjelder ikke for kontrakter
- som et fellesforetak inngår med en eller flere av oppdragsgiverne som fellesforetaket er satt sammen av, eller
 - som oppdragsgiver inngår med et fellesforetak som oppdragsgiver er en del av.
- (2) Første ledd gjelder bare fellesforetak som er sammensatt utelukkende av oppdragsgivere med det formål å utøve forsyningsaktivitet i minst tre år, og der oppdragsgiverne har angitt i stiftelsesdokumentet at de vil være en del av fellesforetaket i minimum den samme perioden.

II. FOU-kontrakter

§ 9-7 Tjenestekontrakter som gjelder forsknings- og utviklingstjenester

- Loven gjelder bare for tildelingen av kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, som er omfattet av CPV-kodene 73000000-2 til 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 og 73430000-5 dersom
- utbyttet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet, og
 - oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten.

Kapittel 10 Generelle regler

§ 10-1 Prinsipper for offentlige anskaffelser

- (1) En offentlig oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser.
- (2) En offentlig anskaffelse må ikke utformes med formål kunstig å begrense konkurransen. Konkurransen anses kunstig begrenset dersom anskaffelsen utformes i den hensikt å favorisere eller forfordle visse leverandører.

§ 10-2 Leverandørens organisering

- (1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten vedkommende er etablert.
- (2) Oppdragsgiver kan kreve at en leverandør som er en juridisk person, oppgir navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. Opplysningene skal gis i forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet. Dette gjelder bare ved anskaffelser av tjenester, bygge- og anleggskontrakter og varekontrakter som også inneholder tjenesteytelser eller monterings- og installasjonsarbeid.

§ 10-3 Sammenslutninger av leverandører

- (1) Sammenslutning av leverandører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan ikke kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt juridisk form.
- (2) Oppdragsgiver kan presisere hvordan sammenslutninger av leverandører må oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Presiseringen må være objektiv begrunnet og forholdsmessig.
- (3) Alle vilkår for gjennomføringen av en kontrakt som pålegges en sammenslutning av leverandører og som avviker fra vilkår som pålegges individuelle leverandører, skal være objektivt begrunnet og være forholdsmessig.
- (4) Uavhengig av første til tredje ledd kan oppdragsgiver kreve at en sammenslutning av leverandører antar en bestemt juridisk form når de er tildelt kontrakten, dersom dette er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende utførelse av kontrakten.

§ 10-4 Kontrakter som reserveres for virksomheter med personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer

Oppdragsgiver kan begrense deltakelse i en konkurranse til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har nedsatt funksjonsevne eller er vanskeligstilt. Kunngjøringen skal inneholde en henvisning til direktiv 2014/25/EU artikkel 38.

§ 10-5 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon

- (1) All kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.
- (2) Muntlig kommunikasjon kan likevel brukes, unntatt i forbindelse med utveksling av anskaffelsesdokumenter, forespørsel om å delta i konkurransen, bekreftelse av interesse og tilbud. Muntlig kommunikasjon skal dokumenteres i tilstrekkelig grad, for eksempel i form av skriftlige notater, lydopptak eller sammendrag av hovedelementene i kommunikasjonen. Oppdragsgiver skal tilpasse omfanget av dokumentasjon til den betydningen innholdet i den muntlige kommunikasjonen kan ha for forståelsen av anskaffelsesdokumentene.

§ 10-6 *Generelle krav til verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon*

(1) Verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon, skal være ikke-diskriminerende og allment tilgjengelige og ikke begrense leverandørenes muligheter for å delta i konkurransen. De skal også kunne fungere sammen med alminnelig brukte IKT-produkter.

(2) Spesifikasjoner og andre opplysninger som er nødvendige for å kunne levere forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud elektronisk, inkludert opplysninger om kryptering og tidsstempling, skal være tilgjengelige for alle leverandørene.

(3) Oppdragsgiver kan kreve bruk av bestemte verktøy og løsninger som ikke er allment tilgjengelige, dersom de er nødvendige for å utveksle relevante dokumenter. Oppdragsgiver skal i så fall tilby alternative tilgangsmuligheter. Oppdragsgiver anses å ha tilbudt egnede alternative tilgangsmuligheter dersom det

- a. gis gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til de aktuelle verktøyene og løsningene fra kunngjøringstidspunktet eller fra den dagen det sendes invitasjon til å bekrefte interessen. Oppdragsgiver skal angi internettadressen hvor verktøyene og løsningene er tilgjengelige, i kunngjøringen eller i invitasjonen;
- b. gir leverandørene muligheten til å delta i konkurransen ved bruk av midlertidige passord eller andre midlertidige adgangstegn som stilles gratis til disposisjon for leverandørene. Oppdragsgiver er likevel ikke forpliktet til å gi en slik tilgang hvis mangelen på tilgang skyldes leverandøren; eller
- c. tilbyr en alternativ kanal for å gi tilbud elektronisk.

§ 10-7 *Krav til mottak og oppbevaring av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud mv.*

(1) Oppdragsgiver skal sikre at forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud holdes fortrolig, og at innholdet beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring.

(2) Ingen skal ha tilgang til innholdet i forespørslene om å delta i konkurransen eller i tilbudene før fristen for mottak har løpt ut.

§ 10-8 *Unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon*

(1) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler dersom

- a. anskaffelsens art innebærer at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve

særlige verktøy, løsninger eller filformater som ikke er allment tilgjengelige eller ikke kan behandles av allment tilgjengelig programvare, og oppdragsgiver ikke kan tilby alternative tilgangsmuligheter som nevnt i § 10-6 tredje ledd

- b. de filformatene som ville vært egnet for utformingen av tilbudene, ikke kan behandles av en åpen eller allment tilgjengelig programvare, eller er omfattet av en lisensordning og ikke kan lastes ned av oppdragsgiver eller gjøres tilgjengelig over internett eller på en annen lett tilgjengelig måte
- c. opplysningene som skal utveksles, forventes å være av en slik art eller et slikt format at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve særlig utstyr som ikke er allment tilgjengelig for oppdragsgiver.

(2) Oppdragsgiver er heller ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler til levering av fysiske modeller eller skala-modeller som ikke kan leveres ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(3) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler hvis bruk av andre kommunikasjonsmidler er nødvendig

- a. som følge av sikkerhetsbrudd i den elektroniske kommunikasjonsløsningen, eller
- b. fordi sensitive opplysninger ikke kan beskyttes på tilfredsstillende måte ved bruk av elektroniske verktøy og løsninger som er allment tilgjengelig for leverandørene, eller som kan gjøres tilgjengelig på en alternativ måte som nevnt i § 10-6 tredje ledd.

(4) Dersom oppdragsgiver ikke krever bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, skal det brukes ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter, eventuelt kombinert med elektroniske hjelpemidler.

§ 10-9 *Bruk av elektroniske signaturer mv.*

(1) Oppdragsgiver kan kreve at leverandørene ved levering av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud bruker løsninger som gir tilfredsstillende sikkerhet for at det kan sannsynliggjøres hvilken leverandør som har levert den enkelte forespørselen og det enkelte tilbudet, og knytte avsenderen til innholdet. Oppdragsgiver kan kreve bruk av

- a. elektronisk signatur
- b. elektronisk segl
- c. elektronisk identitetsbevis eller midlertidige adgangstegn dersom det brukes en tredjeparts innsendingsløsning som støtter dette og

kan knytte avsenderen til innholdet i forespørselen eller tilbudet.

(2) Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget angi kravene til sikkerhetsnivå for elektronisk signatur, elektronisk segl, elektronisk identitetsbevis og øvrige sikkerhetstiltak ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Sikkerhetsnivået skal ikke være høyere enn det som er nødvendig av hensyn til relevante risikofaktorer.

(3) Når oppdragsgiver krever bruk av elektronisk signatur, skal vedkommende godta avanserte elektroniske signaturer som er understøttet av et kvalifisert sertifikat som er utstedt av et organ som er oppført på en liste over tilbydere av tillitstjenester i henhold til lov av 15. juni 2018 nr. 44 om elektroniske tillitstjenester.

(4) Oppdragsgiver kan etter en risikovurdering kreve bruk av avansert elektronisk signatur. Når oppdragsgiver krever bruk av en slik signatur eller elektronisk segl, skal kravene til formater for signaturen eller seglet være basert på formater som er fastsatt i forskrift av 21.11.2019 nr. 1577 om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner § 5. Oppdragsgiver skal iverksette de tiltakene som er nødvendige for å kunne behandle formaterne teknisk. Oppdragsgiver kan velge å godta andre formater for signaturer og segl som vedkommende er i stand til å validere på grunnlag av opplysningene i signaturen, seglet eller tilknyttet informasjon.

§ 10-10 CPV-koder

Når loven krever at oppdragsgiver bruker CPV-koder til å klassifisere en anskaffelse, skal oppdragsgiver bruke CPV-koder som er fastlagt i EU. Departementet kan gi forskrift om hvilke CPV-koder som oppdragsgiver skal bruke.

Kapittel 11 Anskaffelsesprosedyrer

I. Innledning

§ 11-1 Tillatte anskaffelsesprosedyrer

Anskaffelser kan gjennomføres på en av følgende måter

- a. åpen anbudskonkurranse, jf. §§ 11-3 og 11-4
- b. begrenset anbudskonkurranse, jf. §§ 11-5 og 11-6
- c. konkurranse med forhandling, jf. §§ 11-7 og 11-8
- d. konkurransepreget dialog, jf. §§ 11-9 til 11-14
- e. innovasjonspartnerskap, jf. §§ 11-15 til 11-19
- f. konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. §§ 11-20 til 11-23
- g. plan- og designkonkurranse, jf. §§ 25-1 til 25-5.

§ 11-2 Kunngjøring av konkurransen

(1) Når oppdragsgiver skal inngå en kontrakt ved en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurranse om et innovasjonspartnerskap, konkurransepreget dialog eller innføre en dynamisk innkjøpsordning, skal oppdragsgiver kunngjøre konkurransen ved en alminnelig kunngjøring.

(2) Ved en begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan oppdragsgiver i stedet kunngjøre konkurransen ved en veiledende kunngjøring i henhold til § 14-2.

(3) Når oppdragsgiver bruker en kvalifikasjonsordning, jf. § 19-1, vil kravet til kunngjøring av konkurransen være oppfylt gjennom kunngjøringen av kvalifikasjonsordningen i henhold til § 15-3.

II Åpen anbudskonkurranse

§ 11-3 Åpen anbudskonkurranse

(1) Alle interesserte leverandører kan gi tilbud.

(2) Kunngjøring av en åpen anbudskonkurranse må inneholde informasjon som angitt i § 15-6 jf. § 15-4.

(3) Tilbudet må inneholde informasjon som angitt i kunngjøringen.

§ 11-4 Frister i åpen anbudskonkurranse

(1) I en åpen anbudskonkurranse skal fristen for mottak av tilbud være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 35 dager.

(2) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i første ledd til minst 15 dager dersom

oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring etter § 15-1 tidligst 12 måneder og senest 35 dager før kunngjøringen, og

(3) den veiledende kunngjøringen inneholder alle opplysningene som skal fylles ut i kunngjøringsskjemaet for slike kunngjøringer i tråd med forsyningsdirektivet vedlegg VI del A avsnitt I og II, så langt disse opplysningene foreslå på tidspunktet for publisering av den veiledende kunngjøringen.

(4) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen til minst 15 dager dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristen i første ledd.

III Begrenset anbudskonkurranse

§ 11-5 *Begrenset anbudskonkurranse*

(1) I en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(3) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 19-1.

§ 11-6 *Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen og å inngi tilbud*

(1) I en begrenset anbudskonkurranse skal fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen som hovedregel være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring, regnes fristen fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å bekrefte interessen. Fristen kan ikke være kortere enn 15 dager.

(2) Oppdragsgiver kan fastsette fristen for mottak av tilbud i samarbeid med leverandørene som vil bli invitert til å gi tilbud. Forutsetningen er at den samme tilbudsfristen gjelder for alle leverandørene. Dersom oppdragsgiver og leverandørene ikke blir enige om en frist, skal tilbudsfristen være minst 10 dager fra den dagen invitasjonen ble sendt.

IV Konkurransen med forhandling

§ 11-7 *Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring*

(1) Alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(3) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 19-1.

§ 11-8 *Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen og å inngi tilbud*

Det gjelder de samme frister som for begrenset anbudskonkurranse, jf. § 11-6.

V Konkurransenpreget dialog

§ 11-9 *Konkurransenpreget dialog*

(1) I en konkurransenpreget dialog kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(3) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 19-1.

(4) Oppdragsgiver kan bare velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet i samsvar med § 20-1.

§ 11-10 *Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen og å inngi tilbud*

Det gjelder de samme frister som for begrenset anbudskonkurranse, jf. § 11-6.

§ 11-11 *Informasjon i anskaffelsesdokumentene*

(1) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 15-4 jf. § 15-6.

(2) I tillegg må kunngjøringen eller et annet anskaffelsesdokument inneholde informasjon om:

- oppdragsgivers behov
- krav
- tildelingskriteriene og en foreløpig tidsplan
- om oppdragsgiver tilbyr premier eller betaling til leverandørene som deltar i dialogen
- om dialogen skal gjennomføres i faser, se § 11-13.

§ 11-12 *Gjennomføring av dialogen*

(1) Oppdragsgiver skal innlede dialog med alle leverandørene, med mindre antallet løsninger reduseres, jf. § 11-13, med formål å identifisere og definere hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles.

(2) Oppdragsgiver kan drøfte alle sider ved anskaffelsen med leverandørene i dialogen.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i dialogen. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under dialogen skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

§ 11-13 *Dialog i faser*

(1) En konkurransenpreget dialog kan gjennomføres i flere faser for å redusere antallet løsninger. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Første reduksjon kan gjøres på bakgrunn av løsningsforslaget.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall

løsninger, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

§ 11-14 *Avslutning av dialog*

(1) Når oppdragsgiver har funnet de løsningene som kan oppfylle behovet, skal dialogen avsluttes.

(2) Oppdragsgiver skal invitere de gjenværende leverandørene i dialogen til å gi endelige tilbud basert på løsningene de har fremlagt og presisert i dialogen. De endelige tilbudene skal inneholde alle elementene som er obligatoriske og nødvendige for å gjennomføre løsningene

(3) På forespørsel fra oppdragsgiver kan leverandørene avklare, presisere og forbedre tilbudene. Avklaringene, presiseringene og forbedringene kan ikke innebære endringer i grunnleggende sider ved tilbudene eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er sannsynlig at slike endringer fører til konkurransevriddning eller forskjellsbehandling.

(4) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(5) Oppdragsgiver kan ferdigforhandle kontraktvilkårene med den valgte leverandøren for å få bekreftet finansielle forpliktelser eller andre vilkår i tilbudet. Forhandlingene kan ikke føre til endringer i grunnleggende sider ved tilbudet eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er risiko at slike endringer fører til konkurransevriddning eller forskjellsbehandling.

VI Innovasjonspartnerskap

§ 11-15 *Konkurranse om innovasjonspartnerskap*

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse om innovasjonspartnerskap for å utvikle og anskaffe innovative varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider.

(2) Alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen. Bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver, kan gi tilbud. Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 19-1.

(3) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som fremgår av § 15-6.

(4) I tillegg til informasjonen som må angis i kunngjøringen, skal anskaffelsesdokumentene inneholde informasjon om følgende

- a. beskrivelse av behovet for den innovative varen, tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet,
- b. minstekrav som alle leverandører må oppfylle,
- c. krav til leverandørens kvalifikasjoner innen forskning og utvikling, inkludert utvikling og gjennomføring av innovative løsninger,
- d. tildelingskriterier,
- e. hvilke ordninger som gjelder for de immaterielle rettigheter
- f. om oppdragsgiver forbeholder seg retten til å redusere antall tilbud, se § 19-1, og
- g. om konkurransen skal gjennomføres i faser, se § 11-17

(5) Oppdragsgiver kan bare velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet i samsvar med § 20-1.

(6) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal som hovedregel være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring, regnes fristen fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen til å bekrefte interessen. Fristen kan ikke være kortere enn 15 dager.

(7) Oppdragsgiver kan inngå innovasjonspartnerskap med en eller flere partnere som gjennomfører separate forsknings- eller utviklingsaktiviteter.

§ 11-16 *Gjennomføring av forhandlingene*

(1) Minstekrav og tildelingskriteriene skal ikke endres gjennom forhandling. Det samme gjelder endelige tilbud.

(2) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte i opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(3) Under forhandlingene skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(4) Eventuelle endringer i anskaffelsesdokumentene som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiver gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene.

§ 11-17 *Forhandlinger i faser*

(1) Oppdragsgiver kan beslutte at forhandlingene skal skje i flere faser for å redusere antallet tilbud eller løsninger. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å redusere antall tilbud skal det angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

§ 11-18 *Gjennomføring av innovasjonspartnerskap*

(1) Innovasjonspartnerskapet skal sette delmål for forsknings- og innovasjonsprosessen som partneren eller partnerne skal oppfylle.

(2) Innovasjonspartnerskapet skal struktureres i faser etter rekkefølgen av trinnene i forsknings- og innovasjonsprosessen. Prosessen kan inkludere produksjonen av varene, utførelsen av tjenestene eller ferdigstillelsen av bygge- og anleggsarbeidene.

(3) Oppdragsgiver skal sørge for at innovasjonspartnerskapets struktur, og særlig varigheten og verdien av dets faser, reflekterer graden av innovasjon i den foreslåtte løsningen og rekkefølgen av forsknings- og utviklingsaktivitetene som er nødvendige for å utvikle en innovativ løsning som foreløpig ikke er tilgjengelig på markedet. Den anslåtte verdien av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe, skal stå i forhold til investeringene som er nødvendige for å utvikle dem.

(4) Etter hvert trinn i prosessen kan oppdragsgiver avslutte innovasjonspartnerskapet eller redusere antallet partnere ved å si opp individuelle kontrakter på grunnlag av de avtalte delmålene. Dette gjelder bare når oppdragsgiver har forbeholdt seg denne retten og angitt vilkårene for å bruke den i anskaffelsesdokumentene.

(5) I et innovasjonspartnerskap med flere partnere kan oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige partnere tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en partner har gitt innenfor rammene av partnerskapet. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(6) Oppdragsgiver skal betale vederlag i passende avdrag til partneren eller partnerne i innovasjonspartnerskapet.

§ 11-19 *Avslutning av innovasjonspartnerskapet*

Oppdragsgiver kan bare anskaffe de utviklede varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene når de oppfyller de avtalte ytelsesmålene og ikke overstiger de avtalte maksimumskostnadene.

VII Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring

§ 11-20 *Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for vare-, tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter*

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved inngåelse av vare-, tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter i tilfellene omtalt i andre til femte ledd.

(2) Oppdragsgiver i en forutgående åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke mottok forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver bare mottok forespørsler eller tilbud som skulle eller kunne avvises etter §§ 17-2 til 17-5 eller bare mottok tilbud som åpenbart ikke oppfylte oppdragsgivers behov eller krav som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene;

(3) Oppdragsgiver skal inngå kontrakt utelukkende for forsknings-, forsøks-, undersøkelses- eller utviklingsformål, og ikke for å oppnå fortjeneste eller dekke forsknings- og utviklingskostnader. Dette gjelder likevel ikke dersom inngåelse av kontrakten påvirker muligheten til å gjennomføre en konkurranse om etterfølgende kontrakter som hovedsakelig har samme formål.

(4) Anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere fordi

- i. formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring
- ii. konkurranse er umulig av tekniske årsaker eller
- iii. leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter.

Unntakene i punkt ii og iii gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

(5) Det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig.

§ 11-21 *Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for varekontrakter*

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved varekontrakter i tilfellene omtalt i andre til femte ledd.

(2) Oppdragsgiver skal inngå en varekontrakt om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren. Tilleggsleveransene skal være beregnet på enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner eller å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner. Dette gjelder bare når skifte av leverandør ville tvinge oppdragsgiver til å anskaffe varer med tekniske egenskaper som er uforenlige med de opprinnelige leveransene eller installasjonene, eller som ville gjøre drift og vedlikehold uforholdsmessig teknisk vanskelig.

(3) Anskaffelsen gjelder varer som noteres og kjøpes på en varebørs.

(4) Anskaffelsen gjelder varer eller tjenester som oppdragsgiver kan anskaffe på særlig fordelaktige vilkår hos en leverandør som har stanset forretningsførselen, eller hos en forvalter av et konkursbo, en gjeldsforhandling eller en tilsvarende prosess med hjemmel i lov eller forskrift.

(5) Oppdragsgiver kan anskaffe varer til en pris som ligger vesentlig under normale markedspriser, på grunnlag av et usedvanlig fordelaktig tilbud som foreligger i et meget begrenset tidsrom.

§ 11-22 *Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenstekontrakter*

Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenstekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en tjenstekontrakt med vinneren eller en av vinnerne i en plan- og designkonkurranse. I sistnevnte tilfelle skal oppdragsgiver invitere alle vinnerne til forhandlinger.

§ 11-23 *Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygg- og anlegg og tjenstekontrakter*

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygg- og anlegg og tjenstekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en kontrakt om nye tjenester eller bygg- og anleggsarbeider som er en

gjentakelse av lignende tjenester eller bygg- og anleggsarbeider som er utført i forbindelse med en tidligere kontrakt mellom oppdragsgiver og den samme leverandøren.

(2) Første ledd gjelder bare når

- a. den tidligere kontrakten er inngått etter en konkurranse som er kunngjort etter reglene i kapittel 15 og de nye tjenestene eller bygg- og anleggsarbeidene er i samsvar med det prosjektet som denne kontrakten gjaldt,
- b. oppdragsgiver har angitt i anskaffelsesdokumentene for den opprinnelige konkurransen omfanget av slike nye tjenester eller bygg- og anleggsarbeider, vilkårene for å inngå en ny kontrakt om disse ytelsene, og at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å inngå kontrakten uten konkurranse og
- c. kontrakt inngås inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakten ble inngått.

(3) Oppdragsgiver skal inkludere den anslåtte verdien av de nye tjenestene eller bygg- og anleggsarbeidene i beregningen av verdien av den opprinnelige kontrakten.

Kapittel 12 Elektroniske og samlede anskaffelser

I Rammeavtaler

§ 12-1 *Rammeavtaler*

(1) Oppdragsgiver skal bruke én av de tillatte anskaffelsesprosedyrer jf § 11-1, ved inngåelse av en rammeavtale.

(2) Oppdragsgiver skal tildele kontrakter under en rammeavtale på grunnlag av objektive regler og kriterier, som kan innebære en gjenåpning av konkurransen mellom leverandørene i rammeavtalen. Reglene og kriteriene skal sikre likebehandling av leverandørene og skal angis i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen.

(3) Dersom konkurransen gjenåpnes, skal oppdragsgiver

- a. fastsette en frist som er tilstrekkelig for at tilbud kan inngis, og
- b. tildele kontrakt til den leverandøren som har inngitt det beste tilbudet basert på tildelingskriteriene oppgitt i rammeavtalen

(4) Oppdragsgiver skal ikke misbruke rammeavtaler på en måte som forhindrer, begrenser eller vrir konkurransen i markedet.

(5) Oppdragsgiver kan ikke inngå rammeavtaler for mer enn åtte år, med mindre det foreligger særlige forhold.

II Dynamiske innkjøpsordninger

§ 12-2 *Generelle regler om dynamiske innkjøpsordninger*

(1) Oppdragsgiver kan bruke en dynamisk innkjøpsordning til å anskaffe ytelser som ikke trenger særlige tilpasninger for å oppfylle oppdragsgivers krav, for eksempel hyllevarer eller standardiserte tjenester.

(2) Alle leverandører skal gis muligheten til å søke om opptak i ordningen under hele dens varighet.

(3) Oppdragsgiver skal gjennomføre ordningen som en fullt ut elektronisk prosess. All kommunikasjon skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(4) Ordningen kan deles inn i kategorier som er objektivt definert på grunnlag av egenskapene ved anskaffelsene som skal gjennomføres innenfor den enkelte kategori. Slike egenskaper kan blant annet være den maksimalt tillatte størrelsen på kontraktene eller det geografiske området hvor kontraktene skal utføres.

(5) Oppdragsgiver kan ikke kreve gebyr fra leverandørene for søknader om opptak i eller gjennomføringen av ordningen.

§ 12-3 *Etablering av en dynamisk innkjøpsordning*

(1) Ved etableringen av en dynamisk innkjøpsordning skal oppdragsgiver bruke en begrenset anbudskonkurranse.

(2) Oppdragsgiver skal kunngjøre etableringen av ordningen etter § 15-4.

(3) Oppdragsgiver skal angi ordningens varighet i kunngjøringen. Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i ordningens varighet

- a. ved en kunngjøring som nevnt i andre ledd, dersom ordningen ikke avsluttes
- b. ved en kunngjøring av kontraktsinngåelse, jf. § 15-5, dersom ordningen avsluttes

(4) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene under hele ordningens varighet. Anskaffelsesdokumentene skal inneholde følgende opplysninger

- a. hvilke ytelser og den anslåtte mengden oppdragsgiver planlegger å anskaffe
- b. eventuelle kategorier ordningen er delt inn i, egenskapene som definerer dem, og hvilke kvalifikasjonskrav som gjelder for hver enkelt kategori
- c. andre opplysninger av betydning, inkludert hvordan ordningen virker, hvilket elektronisk utstyr som brukes, og tekniske ordninger og spesifikasjoner for tilkobling.

§ 12-4 *Opptak i en dynamisk innkjøpsordning*

(1) Alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, skal tas opp i den dynamiske innkjøpsordningen. Oppdragsgiver kan ikke sette grenser for antallet leverandører som vil bli tatt opp i ordningen.

(2) Oppdragsgiver skal fastsette en frist for mottak av søknader om opptak i ordningen før oppdragsgiver sender invitasjonene til å gi tilbud på den første anskaffelsen under ordningen. Fristen skal som hovedregel være minst 30 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender den alminnelige kunngjøringen til TED-databasen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Fristen kan ikke være kortere enn 15 dager. Det gjelder ingen frist for mottak av søknader etter at oppdragsgiver har sendt invitasjonen til å gi tilbud på den første anskaffelsen.

(3) Oppdragsgiver skal kontrollere om en leverandør oppfyller kvalifikasjonskravene senest 10 virkedager etter mottak av søknaden om opptak i ordningen. Fristen kan forlenges til 15 virkedager i særlig begrunnede tilfeller, særlig når det er nødvendig for å vurdere supplerende dokumentasjon eller på annen måte kontrollere om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene.

(4) Oppdragsgiver kan fastsette en lengre frist enn angitt i tredje ledd i anskaffelsesdokumentene for å vurdere søknader som mottas før oppdragsgiver sender ut den første invitasjonen til å gi tilbud under ordningen.

(5) Oppdragsgiver skal snarest mulig informere leverandørene om de er tatt opp i ordningen.

§ 12-5 *Anskaffelser under en dynamisk innkjøpsordning*

(1) For hver anskaffelse under den dynamiske innkjøpsordningen skal oppdragsgiver invitere alle leverandørene som er tatt opp i ordningen, til å gi tilbud, jf. § 15-9. Dersom ordningen er delt inn i kategorier, skal oppdragsgiver bare invitere leverandørene som er tatt opp i kategorien som anskaffelsen gjelder.

(2) Oppdragsgiver kan ikke sende invitasjonen til å gi tilbud på den første anskaffelsen før oppdragsgiver har vurdert alle søknadene om opptak i ordningen som oppdragsgiver har mottatt innen fristen i § 12-4 andre ledd.

(3) Oppdragsgiver kan fastsette fristen for mottak av tilbud i samarbeid med leverandørene som vil bli invitert til å gi tilbud. Forutsetningen er at den samme tilbudsfristen gjelder for alle leverandørene. Dersom oppdragsgiver og leverandørene ikke blir enige om en frist, skal tilbudsfristen være minst 10 dager fra den dagen invitasjonen ble sendt.

(4) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse, eller ved anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning i invitasjonen til å gi tilbud. Tildelingskriteriene kan presiseres i invitasjonen til å gi tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre inngåelsen av kontrakten etter § 15-4 fjerde ledd.

(6) Oppdragsgiver som bruker kvalifikasjonskrav angitt i anskaffelsesloven kan på et hvilket som helst tidspunkt kreve at leverandørene som er tatt opp i ordningen, leverer en oppdatert egen-erklæring, jf. anskaffelsesloven § 17-5, senest etter fem virkedager. Under hele ordningens varighet gjelder anskaffelsesloven § 17-6.

III Elektroniske auksjoner

§ 12-6 *Generelle regler om elektroniske auksjoner*

(1) Ved en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan oppdragsgiver bruke en elektronisk auksjon før tildeling av kontrakt. Dette gjelder bare når innholdet i anskaffelsesdokumentene, særlig kravspesifikasjonene, kan fastsettes nøyaktig.

(2) Oppdragsgiver kan ikke bruke en elektronisk auksjon ved anskaffelser av tjenester eller bygge- og anleggsarbeider som omfatter intellektuelle ytelser som gjør at tilbudene ikke kan rangeres med automatiske evalueringsmetoder.

(3) Oppdragsgiver kan bruke en elektronisk auksjon ved gjenåpning av konkurransen under en rammeavtale, jf. § 12-1, og ved tildeling av kontrakter under en dynamisk innkjøpsordning.

§ 12-7 *Forberedelse av en elektronisk auksjon*

(1) Oppdragsgiver skal strukturere den elektroniske auksjonen som en elektronisk prosess hvor leverandørene gjentatte ganger tilbyr lavere priser eller lavere verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet.

(2) Auksjonen skal baseres på

- a. pris alene dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste prisen
- b. pris, verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet eller en kombinasjon av pris og slike verdier dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

(3) Dersom oppdragsgiver skal bruke en elektronisk auksjon, skal dette fremgå av kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Ved anskaffelser som gjennomføres ved

bruk av en kvalifikasjonsordning, skal opplysningene angis i invitasjonen til å gi tilbud. Anskaffelsesdokumentene skal inneholde de opplysninger som fremgår av forsyningsdirektivet vedlegg VII.

(4) Før oppdragsgiver gjennomfører auksjonen, skal tilbudene evalueres i henhold til tildelingskriteriene og deres angitte vekt.

§ 12-8 *Gjennomføring av en elektronisk auksjon*

(1) Oppdragsgiver skal samtidig invitere alle leverandørene som ikke er avvist, til å delta i den elektroniske auksjonen.

(2) Invitasjonen skal inneholde følgende opplysninger

- a. en evaluering av leverandørens tilbud, jf. § 12-7 fjerde ledd
- b. den matematiske formelen som skal brukes til å rangere tilbudene automatisk på grunnlag av de nye prisene eller verdiene som leverandørene tilbyr. Dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, skal formelen inneholde tildelingskriterienes vekt. Når vekten er angitt innenfor et område med et passende maksimalt utslag, skal oppdragsgiver fastsette en bestemt verdi. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal det angis en egen formel for hvert alternative tilbud
- c. alle relevante opplysninger for individuell tilkobling, samt dato og klokkeslett for auksjonen

(3) Auksjonen kan tidligst begynne to virkedager etter at oppdragsgiver sender invitasjonen.

(4) Auksjonen kan foregå i flere faser. I hver fase skal oppdragsgiver umiddelbart gi leverandørene tilstrekkelige opplysninger til at de til enhver tid kan fastslå sin respektive rangering. Oppdragsgiver kan gi opplysninger om tilbudte priser eller verdier dersom dette er angitt i anskaffelsesdokumentene. Under auksjonen kan oppdragsgiver også opplyse om antallet gjenværende deltakere, men ikke deres identitet.

§ 12-9 *Avslutning av en elektronisk auksjon*

(1) Oppdragsgiver skal avslutte den elektroniske auksjonen på en eller flere av følgende måter

- a. på den dagen og på det klokkeslettet som tidligere er angitt
- b. når oppdragsgiver ikke mottar nye priser eller verdier som oppfyller kravene til minste tillatte forskjeller mellom tilbudene, innen fristen som oppdragsgiver har satt for hvor lang tid

som skal gå fra mottak av den sist tilbudte prisen eller verdien til auksjonen vil bli avsluttet

c. når det angitte antallet faser er gjennomført.

(2) Dersom oppdragsgiver vil avslutte auksjonen etter første ledd bokstav c, eventuelt kombinert med bokstav b, skal invitasjonen til å delta i auksjonen inneholde en tidsplan for hver fase.

(3) Etter at auksjonen er avsluttet, skal oppdragsgiver velge tilbud basert på tildelingskriteriene på grunnlag av resultatet av auksjonen.

IV Elektroniske kataloger

§ 12-10 *Elektroniske kataloger*

(1) Oppdragsgiver kan kreve eller tillate at leverandørene gir tilbud i form av en elektronisk katalog, eller at tilbudet omfatter en elektronisk katalog. Tilbud som gis i form av en elektronisk katalog, kan ledsages av andre dokumenter som gjør tilbudet fullstendig.

(2) Elektroniske kataloger skal opprettes av tilbyderne med sikte på å delta i en gitt anskaffelsesprosedyre i samsvar med de tekniske spesifikasjonene og formatet fastsatt av den offentlige oppdragsgiver.

(3) Oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse om leverandørene skal eller kan gi tilbud i form av elektroniske kataloger. Ved anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning, skal opplysningene angis i invitasjonen til å gi tilbud. Oppdragsgiver skal gi alle nødvendige opplysninger om format, hvilket elektronisk utstyr som brukes, og tekniske ordninger og spesifikasjoner for tilkobling i anskaffelsesdokumentene, jf. § 9-6 og § 9-9.

(4) Dersom oppdragsgiver har inngått en rammeavtale med flere leverandører etter en konkurranse hvor tilbudene er gitt i form av elektroniske kataloger, kan gjenåpningen av konkurransen om en bestemt kontrakt skje på grunnlag av oppdaterte kataloger. Oppdragsgiver skal i så fall

- a. invitere leverandørene til å levere katalogene på nytt, slik at de er tilpasset kravene til den bestemte kontrakten, eller
- b. informere leverandørene om at hensikten er å bruke opplysningene som er relevante for den bestemte kontrakten, i de allerede mottatte katalogene. Denne fremgangsmåten kan oppdragsgiver bare bruke når det er opplyst om det i anskaffelsesdokumentene for rammeavtalen.

(5) Dersom oppdragsgiver gjenåpner konkurransen om en bestemt kontrakt etter fjerdeledd bokstav b, skal leverandørene få informasjon om dato og klokkeslett som opplysningene vil hentes

ut. Leverandørene skal få mulighet til å nekte uthenting av opplysninger. Før tildeling av kontrakten, skal oppdragsgiver fremlegge opplysningene for den enkelte leverandøren og gi vedkommende muligheten til å bekrefte eller avkrefte at tilbudet, basert på disse opplysningene, ikke inneholder faktiske feil.

(6) Dersom oppdragsgiver har etablert en dynamisk innkjøpsordning, kan det kreves at leverandørene gir tilbud på en bestemt kontrakt i form av en elektronisk katalog. Oppdragsgiver kan også inngå kontrakt etter fjerde ledd bokstav b og femte ledd dersom søknaden om opptak i den dynamiske innkjøpsordningen inneholder en elektronisk katalog som oppfyller spesifikasjonene for katalogen og er levert i det formatet oppdragsgiver har fastsatt. Når oppdragsgiver informerer leverandørene om at det vil inngås kontrakt etter fjerde ledd bokstav b, skal leverandørene ferdigstille katalogene.

V Sentraliserte innkjøpsaktiviteter

§ 12-11 *Innkjøpssentraler*

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe

- a. varer og tjenester fra innkjøpssentraler
- b. varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjennom innkjøpssentraler. Dette kan skje ved at oppdragsgiver bruker kontrakter som er tildelet, rammeavtaler som er inngått eller dynamiske innkjøpsordninger som er etablert av en innkjøpssentral. Dersom en dynamisk innkjøpsordning som er etablert av en innkjøpssentral kan brukes av andre oppdragsgivere, skal dette angis i kunngjøringen som etablerer ordningen.

(2) En oppdragsgiver som anskaffer ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral, benytter en dynamisk innkjøpsordning etablert av innkjøpssentralen eller som benytter en rammeavtale inngått av innkjøpssentralen, anses for å ha oppfylt forpliktelsene etter denne lov. Oppdragsgiver er likevel ansvarlig for å overholde reglene for de delene av anskaffelsen som gjennomføres av oppdragsgiver selv, inkludert å tildele kontrakter innenfor rammen av en dynamisk innkjøpsordning etablert av innkjøpssentralen eller å gjenåpne en konkurranse i henhold til en rammeavtale som er inngått av en innkjøpssentral.

(3) Oppdragsgiver kan inngå kontrakter om samordnede innkjøp med en innkjøpssentral uten å følge loven. Slike kontrakter kan også inkludere tilknyttede innkjøpstjenester. Med samordnede innkjøp menes virksomhet som utføres på permanent basis om anskaffelser av varer og tjenester til bruk for oppdragsgivere eller tildeling av kontrak-

ter eller inngåelse av rammeavtaler om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider for oppdragsgivere. Med tilknyttede innkjøpstjenester menes støtte til innkjøpsaktiviteter særlig i form av å stille til rådighet teknisk infrastruktur som gjør det mulig for oppdragsgivere å inngå kontrakter, å gi råd om gjennomføringen eller utformingen av anskaffelser og å forberede og gjennomføre anskaffelser på vegne av oppdragsgivere.

VI Samordnede innkjøp

§ 12-12 Anskaffelser som gjennomføres i fellesskap

(1) Flere oppdragsgivere kan gjennomføre anskaffelser i fellesskap.

(2) Når flere oppdragsgivere gjennomfører anskaffelser i fellesskap i alle oppdragsgivernes navn, er de solidarisk ansvarlige for å overholde loven. Dette gjelder også når en av oppdragsgiverne gjennomfører anskaffelsen på vegne av de andre oppdragsgiverne.

(3) Når flere oppdragsgivere gjennomfører deler av anskaffelsen i fellesskap, er de solidarisk ansvarlige for å overholde loven bare for de delene som de gjennomfører i fellesskap. Hver av oppdragsgiverne er ansvarlige for å overholde loven for de delene som de gjennomfører på egne vegne.

§ 12-13 Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral i en annen EØS-stat. Innkjøpssentralen skal gjennomføre sine anskaffelser etter reglene i den staten hvor sentralen er lokalisert. Dette gjelder også dersom oppdragsgiver selv tildeler en kontrakt under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

(2) Oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater kan i fellesskap inngå en kontrakt eller rammeavtale eller etablere en dynamisk innkjøpsordning. De kan også i fellesskap tildele kontrakter under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning.

(3) Med mindre annet følger av en internasjonal avtale, skal oppdragsgivere som foretar en anskaffelse i fellesskap etter andre ledd, inngå en avtale som fastsetter

- a. oppdragsgivernes ansvarsområder og hvilke nasjonale regler som skal gjelde. Oppdragsgiverne kan fordele ansvaret til en eller flere av oppdragsgiverne og velge reglene i en EØS-stat hvor minst en av oppdragsgiverne er lokalisert. Fordelingen skal angis i anskaffelsesdokumentene; og
- b. den interne organiseringen av anskaffelsen, inkludert gjennomføringen av konkurransen, fordelingen av varene, tjenestene eller bygge-

og anleggsarbeidene som skal anskaffes, og inngåelsen av kontrakter.

(4) Oppdragsgiver anses å ha overholdt loven når det foretas en anskaffelse fra en oppdragsgiver som er ansvarlig for gjennomføringen av anskaffelsen etter tredje ledd.

(5) Når oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater har etablert en juridisk enhet som skal gjennomføre felles anskaffelser for oppdragsgiverne, kan de begrense samarbeidet til en bestemt periode, visse typer kontrakter eller til en eller flere bestemte kontrakter. Samarbeidet kan også gjelde for en ubestemt periode dersom dette er fastsatt i stiftelsesdokumentet. Følgende regler skal gjelde når den juridiske enheten gjennomfører anskaffelser:

- a. reglene i EØS-staten hvor enheten er lokalisert, eller
- b. reglene i EØS-staten hvor enheten utøver sine aktiviteter.

Det kompetente organet under den juridiske enheten skal beslutte hvilke nasjonale regler som skal gjelde.

(6) Oppdragsgiver skal ikke bruke fremgangsmåtene i denne bestemmelsen for å unngå at nasjonale regler i lov eller forskrift skal gjelde.

Kapittel 13 Markedsundersøkelser

§ 13-1 Forberedende undersøkelser

(1) Før iverksettelsen av en anskaffelsesprosess kan oppdragsgiver foreta innledende markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og underrette leverandører om sine anskaffelsesplaner og krav.

(2) For dette formål kan oppdragsgiver for eksempel søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter eller markedsaktører. Rådene kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, så lenge slik rådgivning ikke har konkurransevridende effekt eller medfører brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

§ 13-2 Dialog med leverandører før konkurransen

(1) Når en leverandør eller en virksomhet tilknyttet leverandøren har gitt råd til oppdragsgiver i forkant av konkurransen, skal oppdragsgiver treffe egnede tiltak for å sikre at konkurransen ikke vrir. Det samme gjelder dersom leverandøren har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte.

(2) Egnede tiltak skal omfatte å sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren i plan-

leggingen av konkurransen, og å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud.

(3) Tiltakene som treffes skal omtales i anskaffelsesprotokollen.

Kapittel 14 Kravspesifikasjon

§ 14-1 *Kravspesifikasjoner*

(1) Kravspesifikasjonene skal fastsette egenskapene som kreves av ytelsen som skal anskaffes.

(2) Egenskapene kan også omfatte produksjonsprosessen og -metoden, levering eller en spesifikk prosess i en annen del av livssyklusen til kontraktsgjenstanden. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold, forutsatt at de er knyttet til kontraktsgjenstanden og står i forhold til dens verdi og formål.

(3) Krav om overføring av immaterielle rettigheter kan også fastsettes i kravspesifikasjonene.

(4) Kravspesifikasjonene skal inntas i anskaffelsesdokumentene.

§ 14-2 *Plikt til å ta hensyn til universell utforming i visse anskaffelser*

Kravspesifikasjonene skal ta hensyn til universell utforming når ytelsen skal brukes av personer, enten det er privatpersoner eller personale hos oppdragsgiver, med mindre unntak kan begrunnes særskilt. Hvis obligatoriske krav til universell utforming er vedtatt i lov eller forskrift, skal kravspesifikasjonene utformes gjennom en henvisning til slik lovgivning.

§ 14-3 *Utforming av kravspesifikasjoner*

(1) Kravspesifikasjonene må ikke skape uberegtigete hindringer for at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse.

(2) Med mindre noe annet er fastsatt i ufravelige tekniske regler, skal kravene utformes på en av følgende måter

- a. som ytelses- eller funksjonskrav, inkludert miljøegenskaper. Kravene må utformes slik at leverandørene kan identifisere kontraktsgjenstanden og oppdragsgiver kan tildele kontrakten
- b. ved henvisninger til tekniske spesifikasjoner og, i rangert rekkefølge, nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske vurderinger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referansesystemer utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer. Dersom ingen av disse finnes, skal kravspesifikasjonene vise til nasjonale standarder,

nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner for prosjektering, beregning og gjennomføring av bygge- og anleggsarbeidene og bruk av produktene. Henvisningene skal følges av uttrykket «eller tilsvarende»

- c. som kombinasjoner av bokstav a og b.

§ 14-4 *Alternativ dokumentasjon på oppfyllelse av kravspesifikasjoner*

(1) Dersom oppdragsgiver stiller ytelses- eller funksjonskrav kan et tilbud ikke avvises dersom ytelsen oppfyller nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske vurderinger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referanser, og disse standardene gjelder ytelses- eller funksjonskravene. Leverandøren skal i tilbudet godtgjøre på egnet måte at ytelsen som er i samsvar med en slik standard, oppfyller ytelses- eller funksjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise et tilbud med den begrunnelsen at de tilbudte varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene ikke oppfyller spesifikasjonene som nevnt i § 14-3 andre ledd bokstav b, dersom leverandøren på en egnet måte godtgjør i tilbudet at de løsningene som foreslås på en likeverdig måte oppfyller kravene i spesifikasjonene.

§ 14-5 *Merkevarehenvisninger mv.*

Kravspesifikasjonene kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer, eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon, som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. En slik henvisning er likevel tillatt dersom en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden ikke er mulig å utforme i henhold til § 14-3 andre ledd. Henvisningen skal følges av uttrykket «eller tilsvarende».

§ 14-6 *Merker*

(1) Oppdragsgiver kan kreve et bestemt merke som dokumentasjon for at ytelsen har miljømessige, sosiale eller andre egenskaper som angitt i kravspesifikasjoner, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Oppdragsgiver kan bare kreve merke dersom

- a. samtlige merkekrav har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive egenskaper ved denne
- b. merkekravene er basert på etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier

- c. merkene er utviklet i en åpen og gjennomiktig prosedyre hvor alle relevante interessenter kan delta
- d. merkene er tilgjengelig for alle interessenter og
- e. merkekravene er fastsatt av en tredjepart som leverandøren som søker om merket ikke kan utøve noen avgjørende innflytelse på.

(2) Dersom et merke bare oppfyller vilkårene i første ledd bokstav b til e, kan oppdragsgiver utforme kravspesifikasjonene ved henvisning til merkekravene som har tilknytning til leveransen og er egnet til å beskrive egenskaper ved denne.

(3) Hvis oppdragsgiver ikke krever at ytelsen skal oppfylle alle merkekravene, skal det angis hvilke merkekrav som må være oppfylt.

§ 14-7 Andre merker og annen egnet dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver som krever et bestemt merke, skal godta alle merker som bekrefter at kontraktsgjenstanden oppfyller likeverdige merkekrav.

(2) Dersom en leverandør ikke hadde noen mulighet til å oppnå det bestemte merket eller et likeverdig merke innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen egnet dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt.

§ 14-8 Prøvingsrapporter, sertifikater og annen dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver kan kreve at leverandørene leverer en prøvingsrapport fra et samsvarsvurderingsorgan, eller et sertifikat som er utstedt av et slikt organ, som dokumentasjon for at ytelsen oppfyller kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene. Med samsvarsvurderingsorgan menes et organ som utøver samsvarsvurderingsvirksomhet, inkludert kalibrering, testing, sertifisering og inspeksjon, og som er akkreditert etter forordning (EF) nr. 765/2008.

(2) Oppdragsgiver som krever et sertifikat som er utstedt av et bestemt samsvarsvurderingsorgan, skal også godta sertifikat fra tilsvarende organer.

(3) Dersom leverandøren ikke har tilgang til prøvingsrapporter eller sertifikater som nevnt i første ledd, eller ikke har mulighet til å få dem utstedt innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv, skal oppdragsgiver godta annen egnet dokumentasjon. Dokumentasjonen skal påvise at ytelsen oppfyller kravspesifikasjonene, tildelingskriteriene eller kontraktsvilkårene.

§ 14-9 Tilgang til regelmessig brukte kravspesifikasjoner

(1) Oppdragsgiver skal på forespørsel gi interesserte leverandører gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til kravspesifikasjoner som regelmessig brukes i kontrakter, eller til kravspesifikasjoner som planlegges brukt i en anskaffelse som er omfattet av en veiledende kunngjøring.

(2) Dersom det av grunner som nevnt i § 1-7 andre ledd eller § 10-8, ikke kan gis gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til alle dokumenter, skal oppdragsgiver gi tilgang på annen måte.

§ 14-10 Alternative tilbud

(1) Oppdragsgiver kan tillate eller kreve alternative tilbud. I så fall skal dette angis i anskaffelsesdokumentene.

(2) Oppdragsgiver skal angi hvilke minstekrav de alternative tilbudene skal oppfylle, og eventuelle særlige krav som gjelder for utformingen av disse tilbudene, i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan fastsette at leverandøren bare kan gi alternative tilbud når de samtidig gir tilbud som er i samsvar med løsningene som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(3) Oppdragsgiver som tillater eller krever alternative tilbud skal sikre at tildelingskriteriene kan anvendes ved evalueringen av både de alternative tilbudene og tilbud som er i samsvar med løsningen som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(4) I en vare- eller tjenesteanskaffelse kan oppdragsgiver ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende fordi den tilbudte løsningen vil endre kontrakten fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt.

§ 14-11 Oppdeling av kontrakter

(1) Oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. Oppdragsgiver bestemmer selv størrelsen på og innholdet i delkontraktene.

(2) Oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse om leverandørene kan gi tilbud på én, flere eller alle delkontraktene. Ved anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning skal opplysningene angis i invitasjonen til å gi tilbud.

(3) Oppdragsgiver kan begrense antallet delkontrakter som kan tildeles til én leverandør, forutsatt at det maksimale antallet er angitt i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse. Ved anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning skal opplysningene

gene angis i invitasjonen til å gi tilbud. Dette gjelder også når leverandørene kan gi tilbud på flere eller alle delkontraktene. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette objektive og ikke-diskriminerende kriterier for vurderingen av hvilke delkontrakter som skal tildeles hvilke leverandører, dersom evalueringen av tilbudene etter tildelingskriteriene ellers ville ført til at en leverandør ville fått tildelt flere delkontrakter enn det maksimale antallet.

(4) Dersom oppdragsgiver har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter, kan oppdragsgiver likevel tildele en samlet kontrakt til én leverandør. Dette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, når det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre. Dersom oppdragsgiver vil forbeholde seg retten til å gjøre dette, skal det angis i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse. Det skal også angis hvilke delkontrakter som kan slås sammen i en samlet kontrakt. Ved anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning skal opplysningene angis i invitasjonen til å gi tilbud.

§ 14-12 *Fastsettelse av frister*

(1) Når oppdragsgiver setter frister for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen, skal det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsel eller tilbud.

(2) Når det bare er mulig å gi tilbud etter en befarings eller en gjennomgang av supplerende anskaffelsesdokumenter på stedet, skal oppdragsgiver sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen.

(3) Oppdragsgiver skal forlenge tilbudsfristen forholdsmessig dersom

- det foretas endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud, eller
- oppdragsgiver gir tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller senere enn fire dager i hastetilfeller, jf. § 11-4 fjerde ledd.

(4) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å forlenge fristen etter tredje ledd bokstav b dersom tilleggsopplysningene er ubetydelige for utarbeidelsen av tilbudet, eller leverandøren ikke har bedt om tilleggsopplysninger i rimelig tid før utløpet av fristen.

Kapittel 15 Kunngjøring av konkurransen

§ 15-1 *Veiledende kunngjøring*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre sine planlagte anskaffelser kjent ved å publisere en veiledende kunngjøring.

(2) Oppdragsgiver kan publisere den veiledende kunngjøringen i TED-databasen eller publisere den på sin kjøperprofil. Hvis oppdragsgiver skal publisere en veiledende kunngjøring på sin kjøperprofil, skal det også sendes en kunngjøring om dette til TED-databasen.

§ 15-2 *Veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring*

(1) Oppdragsgivere kan ved begrenset konkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring bruke en veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring av konkurransen hvis kunngjøringen oppfyller følgende betingelser

- angir presist hvilke ytelser kontrakten omfatter
- angir at kontrakten vil bli inngått uten annen kunngjøring av konkurransen, og at interesserte leverandører inviteres til å melde sin interesse
- inneholder opplysninger som angitt i direktivet vedlegg VI, del A avsnitt I og II og
- sendes til offentliggjøring tidligst 12 måneder og senest 35 dager før den dagen oppdragsgiver inviterer leverandørene til å bekrefte sin interesse

(2) Kunngjøringer etter første ledd skal kunngjøres i TED-databasen, og kan ikke dekke en periode på mer enn 12 måneder fra den dato oppdragsgiver sender kunngjøringen. Veiledende kunngjøringer kan dekke en lengre periode dersom anskaffelsen følger reglene i lovens kapittel 23.

§ 15-3 *Kunngjøring av en kvalifikasjonsordning*

(1) Når oppdragsgiver etablerer en kvalifikasjonsordning etter § 19-1, skal ordningen kunngjøres med en beskrivelse av formålet med kvalifikasjonsordningen og hvordan interesserte leverandører kan få tilgang til reglene som gjelder for ordningen.

(2) Oppdragsgiver skal i kunngjøringen angi kvalifikasjonsordningens varighet. Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i ordningens varighet

- ved en kunngjøring som nevnt i første ledd dersom ordningen ikke avsluttes, eller
- ved en kunngjøring av kontraktsinngåelsen, jf. § 15-5, dersom ordningen avsluttes.

(3) Når oppdragsgiver gjennomfører en anskaffelse ved bruk av en kvalifikasjonsordning, jf. § 19-3, vil kravet til kunngjøring av konkurransen være oppfylt gjennom kunngjøringen av kvalifikasjonsordningen.

§ 15-4 Alminnelig kunngjøring

Oppdragsgiver kan kunngjøre konkurransen for alle prosedyrer ved å offentliggjøre en kunngjøring. Kunngjøringen skal skje i TED-databasen og skje på et offisielt EU-språk.

§ 15-5 Kunngjøring av kontraktsinngåelse

(1) Når oppdragsgiver har inngått en kontrakt, skal oppdragsgiver kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 30 dager etter at kontrakten ble inngått.

(2) Oppdragsgiver har ikke plikt til å kunngjøre avrop under rammeavtaler.

(3) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring og ikke vil inngå flere kontrakter i tidsrommet som kunngjøringen dekker, skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen.

(4) Oppdragsgiver skal kunngjøre kontraktsinngåelse som er inngått under en dynamisk innkjøpsordning, og kan sende dette kvartalsvis.

(5) Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen dersom en offentliggjøring vil

- hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser
- skade bestemte offentlige eller private virksometers legitime økonomiske interesser eller
- skade konkurransen mellom leverandørene.

(6) Ved kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester kan oppdragsgiver i kunngjøringen begrense opplysningene om tjenestenes art og omfang på følgende måte

- dersom kontrakt er inngått etter § 11-20 flg kan opplysningene begrenses til tjenester vedrørende forskning og utvikling
- dersom konkurransen er kunngjort, kan opplysningene begrenses til opplysningene som er gitt i kunngjøringen av konkurransen.

§ 15-6 Krav til innholdet i kunngjøringer

(1) Kunngjøringer som nevnt i §§ 15-1 til 15-5 skal inneholde opplysninger som fremgår av vedlegg VI del A og del B, og vedlegg X, XI og XII til forsyningsdirektivet. Opplysningene skal gis i kunngjøringsskjema. Departementet kan gi forskrift om hvilke opplysninger som skal fremgå av kunngjøringer, og hvilken informasjon som skal fremgå av kunngjøringsskjema.

(2) Kunngjøringen skal være på ett av de offisielle EU-språkene, og det er bare kunngjøringen på EU-språket som er gyldig.

(3) Oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøringen.

(4) Oppdragsgiver kan kunngjøre anskaffelser som ikke er omfattet av direktivets regler om obligatorisk kunngjøring. I så fall skal det skje etter de regler og i det format som følger av direktivet.

§ 15-7 Nasjonal kunngjøring

(1) Kunngjøringene i §§ 15-1 til 15-4, eller opplysningene i disse, skal ikke kunngjøres nasjonalt eller på annen måte gjøres kjent før den dagen de publiseres i TED-databasen. Dette gjelder likevel ikke hvis TED-databasen ikke har publisert kunngjøringen innen 48 timer etter at oppdragsgiver har mottatt bekreftelse på mottak av kunngjøringen.

(2) Den nasjonale kunngjøringen skal ikke inneholde andre opplysninger enn dem som blir publisert i TED-databasen eller på en kjøperprofil.

(3) Oppdragsgiver kan ikke offentliggjøre veiledende kunngjøringer på sin kjøperprofil før den dagen offentliggjøring om bruk av kjøperprofilen sendes til TED-databasen. Oppdragsgiver skal angi dato for oversendelsen.

§ 15-8 Elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene

(1) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene. Kunngjøringen eller invitasjonen skal inneholde internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig.

(2) For anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning, skal slik tilgang gis så snart som mulig, og senest når oppdragsgiver inviterer leverandører til å inngi tilbud eller til å delta i forhandlinger. Kunngjøringen eller invitasjonen skal inneholde internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig.

(3) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene av grunner som angitt i § 10-8 første eller andre ledd, skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen, eller i invitasjonen til å bekrefte interesse hvordan leverandørene kan få tilgang til disse dokumentene. Ved anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning skal opplysningene angis i invitasjonen til å gi tilbud. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, bortsett fra i hastetilfeller, jf., og der tilbuds-

fristen er fastsatt ved en felles avtale, jf. § 11-6 andre ledd.

(4) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene fordi det inneholder opplysninger underlagt taushetsplikt, skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen eller invitasjonen til å bekrefte interesse hvilke tiltak som er nødvendige for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene. Ved anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning, skal opplysningene angis i invitasjonen til å gi tilbud. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, unntatt i hastetilfeller, jf. § 11-4 fjerde ledd, og der tilbudsfristen er fastsatt ved en felles avtale, jf. § 11-6 andre ledd.

(5) På forespørsel fra en leverandør skal oppdragsgiver gi supplerende opplysninger om konkurransen senest seks dager før tilbudsfristens utløp, forutsatt at leverandøren har bedt om dem i tilstrekkelig tid i forkant. I hastetilfeller, jf. § 11-4 fjerde ledd, er fristen for å gi slike opplysninger fire dager. Opplysninger som gis på forespørsel fra en leverandør, skal sendes til alle leverandørene som deltar i konkurransen.

§ 15-9 Invitasjon

(1) Ved begrensede konkurranser, konkurransepreget dialog, innovasjonspartnerskap, og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig invitere leverandørene til å gi tilbud. Ved konkurransepreget dialog skal oppdragsgiver skriftlig og samtidig invitere leverandørene til å delta i dialogen.

(2) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring jf. § 15-2, skal vedkommende skriftlig og samtidig invitere leverandørene som har meldt sin interesse, til å bekrefte interessen. Oppdragsgiver skal angi internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig, i invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke har gitt gratis, direkte og ubegrenset tilgang til anskaffelsesdokumentene av grunner som nevnt i § 10-8 første eller annet ledd, og dokumentene ikke er gjort tilgjengelige på andre måter, skal de oversendes sammen med invitasjonen.

§ 15-10 Meddelelse fra oppdragsgiver

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig, skriftlig og samtidig, gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutninger som er truffet om å

inngå en rammeavtale, å tildele kontrakt eller opp-tak i et dynamisk innkjøpssystem.

(2) Meddelelse om tildelingsbeslutningen skal inneholde informasjon om hvilken leverandør som har vunnet kontrakten og hvorfor. Oppdragsgiver skal også opplyse om karenperioden.

(3) Oppdragsgiver skal begrunne en beslutning om ikke å inngå en rammeavtale som har vært kunngjort, ikke å inngå en kontrakt som har vært kunngjort, for å starte en konkurranse på nytt eller ikke å implementere et dynamisk innkjøpssystem.

§ 15-11 Meddelelse etter forespørsel fra en berørt leverandør

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiver så fort som mulig, og uansett innen femten dager fra å ha mottatt en skriftlig henvendelse informere

- a. en avvist leverandør om grunnlaget for avvisningen
- b. en leverandør som har inngitt et tilbud om grunnlaget for hvorfor tilbudet er avvist
- c. en leverandør som har deltatt i konkurransen, men som ikke har vunnet, om hvorfor de ikke har vunnet, herunder egenskaper og relative fordeler sammenlignet med det vinnende tilbud. Oppdragsgiver skal også informere om navnet på vinnende leverandør eller partene i en rammeavtale
- d. en leverandør som har inngitt et gyldig tilbud om gjennomføringen av forhandlingene eller dialogen.

§ 15-12 Opplysninger som kan unntas fra meddelelser

Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra begrunnelsen dersom utsendelse vil hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene.

Kapittel 16 Overordnet om tildeling av kontrakt

§ 16-1 Generelle regler for valg av leverandør og tildeling av kontrakt

(1) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt på grunnlag av tildelingskriteriene i §§ 20-1 til 20-6. Oppdragsgiver skal kontrollere at

- a. tilbudet oppfyller krav og kriterier som fremgår av kunngjøringen og anskaffelsesdokumentene

- b. leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, og
- c. at det ikke foreligger andre grunner til avvisning.

(2) Oppdragsgiver kan beslutte ikke å tildele kontrakt til en leverandør som har levert det økonomiske mest fordelaktige tilbudet, hvis det er fastslått at tilbudet ikke er i overensstemmelse med forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i direktiv 2014/25/EU vedlegg XIV.

(3) Ved en åpen anbudskonkurranse kan oppdragsgiver velge å evaluere tilbudene før oppdragsgiver kontrollerer om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, eller om det foreligger andre grunner til avvisning.

§ 16-2 *Oppdragsgivers adgang til å be om avklaring*

Hvis informasjon eller dokumentasjon som fremkommer av et tilbud, synes å være ufullstendig, feil eller hvis spesifikke dokumenter mangler, kan oppdragsgiver be leverandøren om å etterseende, supplere, avklare eller utfylle relevante opplysninger og dokumentasjon. Oppdragsgiver skal fastsette en rimelig frist, og må overholde prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet.

§ 16-3 *Endring av leverandør eller underleverandør underveis i konkurransen*

(1) En oppdragsgiver kan akseptere endringer hos en leverandør såfremt prinsippene i § 10-1 overholdes, blant annet i følgende tilfeller:

- a. Når en underleverandør erstattes på grunn av forhold utenfor leverandørens kontroll. Dette gjelder likevel ikke dersom underleverandøren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 18-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 18-3 eller ved evalueringen av tilbudene.
- b. Når en deltaker i en sammenslutning av leverandører går ut, med mindre deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 18-1 flg. eller utvelgelseskriteriene jf. § 18-3 eller ved evaluering av tilbudene.
- c. Når en deltaker i en sammenslutning av leverandører erstattes på grunn av forhold, som er utenfor de øvrige deltakernes kontroll. En deltaker kan ikke erstattes, når deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 18-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 18-3 eller ved evalueringen av tilbudene.

- d. Når en leverandør foretar en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Dette gjelder likevel ikke dersom omstruktureringen ville hatt betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene jf. § 18-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 18-3 eller ved evalueringen av tilbudene, dersom den hadde vært gjort forut for oppdragsgivers vurdering.

(2) Oppdragsgiver kan bare akseptere endringer, hvis leverandøren etter endringen oppfyller kvalifikasjonskravene.

(3) Oppdragsgiver skal påse at leverandøren etter en endring som er omfattet av første ledd ikke er omfattet av §§ 17-2 og 17-3. Oppdragsgiveren er forpliktet til å avvise en leverandør, når leverandøren etter endringen er omfattet av avvisningsgrunnene i §§ 17-2 og 17-3, og 17-5 hvis relevant.

(4) Oppdragsgiver kan ikke akseptere at en sammenslutning av leverandører utvides med ytterligere deltakere etter fristen for prekvalifisering eller inngivelse av tilbud.

Kapittel 17 Avvisning

I. Avvisning på grunn av formalfeil

§ 17-1 *Avvisning på grunn av formalfeil*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør eller et tilbud

- a. når tilbudet ikke er mottatt innen tilbudsfristen
- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør eller et tilbud dersom det ikke er uforholdsmessig

- a. når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er mottatt innen fristen
- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller kravene til utforming som oppdragsgiver har fastsatt

II. Avvisning på grunn av forhold ved leverandør

§ 17-2 *Avvisning knyttet til betaling av skatt, avgift og trygdeavgift*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig.

(2) Oppdragsgiver kan også avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 første ledd skal avvise en leverandør for overtredelser nevnt i første ledd.

(4) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter denne bestemmelsen dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

(5) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren.

§ 17-3 *Avvisningsgrunner som følge av straffbare forhold*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når leverandøren er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold:

- a. deltakelse i en kriminell organisasjon
- b. korrupsjon
- c. bedrageri
- d. terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- e. hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- f. barnearbeid og andre former for menneskehandel.

(2) Oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 første ledd skal avvise en leverandør for overtredelser nevnt i første ledd.

(3) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren.

(4) Dersom utelukkelsesperioden ikke er fastsatt gjennom endelig dom, skal leverandøren maksimalt utestenges i fem år fra datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget i tilfellene nevnt i første ledd.

§ 17-4 *Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av habilitet*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 1-8.

(2) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen

og det er skjedd en urimelig konkurransevridding som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 13-2. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiver gi leverandøren en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridding.

§ 17-5 *Frivillige avvisningsgrunner*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når

- a. oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg XIV.
- b. som er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess
- c. dersom oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlig yrkesmessig forsømmelse, som medfører tvil om leverandørens integritet
- d. når oppdragsgiver har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen
- e. som tidligere har vist betydelige eller vedvarende kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av et vesentlig krav i en tidligere offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivene. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner.
- f. som har gitt grovt uriktige opplysninger, har tilbakeholdt opplysninger eller ikke har inngitt supplerende dokumenter knyttet til avvisning og utvelgning.
- g. som utilbørlig har forsøkt å påvirke beslutningsprosessen hos oppdragsgiver, å innhente fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren urettmessige konkurransefordeler ved tildeling, eller uaktsomt å gi villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger om avvisning, utvelgning eller tildeling.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør etter § 17-5 bokstav a, c, d og e i inntil tre år fra den relevante hendelsen.

§ 17-6 *Identifikasjon etter §§ 17-3 til 17-5*

(1) Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises etter § 17-3, skal oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leve-

randørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(2) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 17-4 og 17-5, kan oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av personer som nevnt i første ledd, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(3) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 17-3 til 17-5 kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

§ 17-7 Tiltak for å unngå avvisning etter §§ 17-3 til 17-5

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter §§ 17-3 til 17-5, dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak som viser at leverandøren likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart

- a. betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,
- b. aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og
- c. truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.

(2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiver legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiver ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal oppdragsgiver gi leverandøren en begrunnelse.

(3) En leverandør som ved en endelig dom er utelukket fra å delta i en offentlig anskaffelse, kan ikke unngå avvisning ved å vise til self cleaning tiltak i henhold til denne bestemmelsen i løpet av avvisningsperioden som følger av den endelige dommen i den medlemsstaten der dommen er gyldig.

§ 17-8 Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner

(1) Oppdragsgiver skal godta følgende dokumentasjon som tilstrekkelig bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner

a. vandsattest eller et tilsvarende dokument utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 17-3.

b. attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 17-2 første og andre ledd og § 17-5 bokstav b.

(2) Dersom det ikke utstedes dokumenter som nevnt i første ledd i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, eller dersom de ikke dekker alle avvisningsgrunnene som nevnt i §§ 17-2 første ledd, 17-3 og 17-5 bokstav b, skal oppdragsgiver godta det europeiske egenerklæringsskjemaet som tilstrekkelig bevis. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren i stedet skal fremlegge en erklæring avgitt under ed eller en forsikring avgitt for et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den stat hvor leverandøren er etablert, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene.

§ 17-9 Avvisning av leverandør som følge av andre forhold

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når det foreligger en interessekonflikt mellom oppdragsgiver og leverandør som kan ha negativ innvirkning på kontraktoppfyllelsen.

III Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

§ 17-10 Avvisning av unormalt lave tilbud

(1) Oppdragsgiver skal avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 20-6, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg XIV.

(2) Oppdragsgiver kan avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 20-6, av andre grunner enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Dersom oppdragsgiver fastslår at et tilbud er unormalt lavt fordi leverandøren har mottatt statsstøtte, kan tilbudet bare avvises på dette grunnlag alene etter samråd med leverandøren, og dersom leverandøren innen en tilstrekkelig frist som oppdragsgiver fastsetter, ikke kan godtgjøre at den aktuelle støtten er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 61.

§ 17-11 *Obligatorisk avvisningsgrunn knyttet til tilbud*

Oppdragsgiver har plikt til å avvise

- a. tilbud som ikke anses bindende
- b. tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene

§ 17-12 *Frivillig avvisningsgrunner knyttet til tilbud* Oppdragsgiver kan avvise tilbud

- a. som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige
- b. i medhold av § 16-1 andre ledd
- c. som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt på forhånd
- d. oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til c og § 16-10

IV. Fremgangsmåten ved avvisning

§ 17-13 *Beslutning om avvisning*

(1) Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet. Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen avvise en leverandør fra konkurransen dersom det viser seg at vilkårene for å avvise er oppfylt.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avvisningen.

(3) Leverandøren må påklage en avvisningsbeslutning i en to-trinns prosedyre i henhold til anskaffelsesloven § 30-1.

Kapittel 18 Kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører

§ 18-1 *Kvalifikasjonskrav*

(1) Oppdragsgiver kan fastsette objektive regler og kriterier for kvalifisering av leverandørene. Slike kvalifikasjonskrav skal angis i anskaffelsesdokumentene.

(2) Kvalifikasjonskravene kan omfatte kvalifikasjonskrav som er angitt i anskaffelsesloven §§ 17-1 til 17-4 på de vilkår og betingelser som er fastsatt i disse bestemmelsene. Dersom oppdragsgiver er en offentlig oppdragsgiver, jf. § 1-3 første ledd, skal disse kriteriene og reglene også omfatte avvisningsgrunnene som oppført i anskaffelsesloven §§ 16-2 og 16-3.

(3) Ved fastsettelse av kvalifikasjonskrav gjelder anskaffelsesloven §§ 17-5 til 17-7 tilsvarende.

§ 18-2 *Standarder for kvalitetssikring og miljøledelse*

(1) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse

kvalitetssikringsstandarder, inkludert krav til universell utforming. Standarden skal være basert på relevante serier av europeiske standarder som er sertifisert av akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(2) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse miljøledelsesordninger eller -standarder. Oppdragsgiver skal vise til EU-ordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS), andre anerkjente miljøledelsesordninger i forordning (EF) nr. 1221/2009 artikkel 45, eller andre miljøledelsesstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(3) Oppdragsgiver skal godta annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak dersom leverandøren ikke har mulighet til å få sertifikater etter første eller andre ledd innen fristen, og dette ikke skyldes leverandøren selv. Leverandøren må dokumentere at tiltakene er likeverdige med dem som kreves i henhold til den påkrevde standarden for kvalitetssikring eller miljøledelse.

§ 18-3 *Utselgelse av leverandører*

(1) Oppdragsgiver kan i en begrenset anbuds-konkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurransepreget dialog eller konkurranse om innovasjonspartnerskap begrense antallet leverandører som velges ut til å gi tilbud, forhandle eller delta i dialogen.

(2) Oppdragsgiver skal i kunngjøringen eller i invitasjonen til å bekrefte interesse, angi objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for utvelgelsen av leverandører blant eventuelle overtallige kvalifiserte leverandører.

(3) Oppdragsgiver skal velge ut et antall deltakere som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

(4) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene som ikke blir valgt ut, en skriftlig meddelelse om utvelgelsen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse.

§ 18-4 *Utnyttelse av andre enheters kapasitet*

(1) En leverandør kan for en bestemt kontrakt eller for opptak i en kvalifikasjonsordning, utnytte andre enheters kapasitet for å oppfylle krav til økonomisk og finansiell evne og teknisk og faglige dyktighet. Dette gjelder uavhengig av den rettslige arten av forbindelsen mellom dem.

(2) Leverandøren må dokumentere at vedkommende råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra støttende enhet. Ved søknad om opptak i en kvalifikasjonsordning skal leverandøren kunne dokumentere rådighet over ressursene gjennom hele kvalifikasjonsordningens varighet.

(3) Oppdragsgiver skal kontrollere at enhetene som leverandøren utnytter kapasiteten til, oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene, og at det for øvrig ikke foreligger avvisningsgrunner etter §§ 17-2 til 17-5. Oppdragsgiver skal kreve at enheten byttes ut dersom den ikke oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene eller det foreligger avvisningsplikt. Dersom det foreligger forhold ved enheten som gir avvisningsrett, kan oppdragsgiver kreve at enheten byttes ut.

(4) Dersom en leverandør utnytter andre enheters kapasitet for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell evne, kan oppdragsgiver kreve at de er solidarisk ansvarlige for gjennomføringen av kontrakten.

(5) Dersom en leverandør utnytter andre enheters kapasitet for å oppfylle kravene til utdanning og faglige kvalifikasjoner eller kravene til relevant yrkeserfaring, skal disse enhetene utføre tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som krever slike kvalifikasjoner.

(6) Leverandører som deltar i fellesskap kan utnytte kapasiteten til deltakerne i fellesskapet samt andre virksomheter.

§ 18-5 *Krav om at visse kritiske oppgaver utføres av leverandøren selv*

Ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- og installeringsarbeid, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiver kreve at visse kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv eller av en bestemt deltaker i et fellesskap.

Kapittel 19 Kvalifikasjonsordninger

§ 19-1 *Etablering av en kvalifikasjonsordning*

(1) En eller flere oppdragsgivere kan etablere en kvalifikasjonsordning hvor leverandører til enhver tid skal kunne søke om opptak. Etableringen av ordningen skal kunngjøres etter § 15-3.

(2) Kvalifikasjonsordningen kan omfatte ulike kvalifikasjonstrinn.

(3) Oppdragsgiver skal fastsette objektive regler og kriterier som omfatter

- a. avvisning og utvelgelsen av leverandørene som søker om opptak i ordningen
- b. forvaltningen av ordningen, herunder opplysninger om ordningens varighet, registrering i

ordningen og eventuelle regelmessige oppdateringer av kvalifikasjoner

c. eventuelle kravspesifikasjoner; i så fall gjelder §§ 14-1 til 14-3

(4) Reglene og kriteriene skal på forespørsel gjøres tilgjengelig for interesserte leverandører og kan oppdateres ved behov. Leverandørene skal informeres om oppdateringer.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i ordningens varighet i samsvar med § 15-3 andre ledd.

(6) Oppdragsgiver kan slutte seg til en allerede etablert kvalifikasjonsordning, og skal kunngjøre tilslutningen, jf. § 15-3.

§ 19-2 *Opptak i en kvalifikasjonsordning*

(1) Leverandørene skal innen rimelig tid underrettes om de er tatt opp i ordningen. Dersom det vil ta lenger tid enn fire måneder å behandle søknadene, skal leverandørene senest to måneder etter at søknadene er mottatt underrettes om når avgjørelsen vil bli tatt, samt grunnen til at en forlenget saksbehandlingstid er nødvendig. Saksbehandlingstiden kan uansett ikke overstige seks måneder.

(2) Leverandørene som ikke blir tatt opp i ordningen skal snarest mulig, og senest 15 dager etter at avgjørelsen er tatt, skriftlig meddeles avslaget. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse, basert på kriteriene i § 19-1 tredje ledd.

(3) Det skal føres en liste over leverandørene som er tatt opp i ordningen. Listen kan deles inn i kategorier etter hvilke typer kontrakter de ulike kvalifikasjonene gjelder for.

(4) En leverandør kan fjernes fra ordningen bare dersom leverandøren ikke lenger oppfyller kriteriene for opptak i § 19-1 tredje ledd. Leverandøren skal skriftlig meddeles en begrunnet avgjørelse senest 15 dager før leverandøren blir fjernet.

(5) Eventuelle gebyrer som kreves i forbindelse med søknader om opptak i ordningen eller i forbindelse med oppdatering eller opprettholdelse av en allerede oppnådd kvalifikasjon, skal stå i rimelig forhold til de faktiske kostnadene.

§ 19-3 *Anskaffelser som gjennomføres ved bruk av en kvalifikasjonsordning*

(1) En oppdragsgiver som vil gjennomføre en anskaffelse ved bruk av en kvalifikasjonsordning, skal inngå kontrakten etter reglene for begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurransepreget dialog eller konkurranse om innovasjonspartnerskap.

(2) Oppdragsgiver skal bare invitere leverandørene som allerede er tatt opp i ordningen til å delta i konkurransen.

(3) Når oppdragsgiver skal treffe kvalifikasjonsbeslutningen for en konkret kontrakt, eller når de objektive regler og kriterier nevnt i § 19-1 tredje ledd skal oppdateres, skal oppdragsgiver ikke

- a. stille administrative, tekniske eller finansielle krav til noen leverandører som ikke stilles til andre, eller
- b. kreve prøver eller dokumentasjon som allerede finnes i tilgjengelig objektiv dokumentasjon.

Kapittel 20 Tildelingskriterier

§ 20-1 Tildelingskriterier

(1) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt basert på den laveste prisen, den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet. Ved tildeling på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet, skal oppdragsgiver bruke en kostnadseffektivitetsberegning, for eksempel en beregning av livssyklus kostnader etter § 20-5.

§ 20-2 Tildeling basert på pris eller kostnad og kvalitet

(1) Ved tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, kan de kvalitative kriteriene blant annet gjelde

- a. kvalitet, inkludert teknisk verdi, estetiske, funksjonelle, sosiale, miljømessige og innovative egenskaper, tilgjengelighet og universell utforming, og handelsbetingelser
- b. organiseringen av og kvalifikasjonene og erfaringen til det tilbudte personalet dersom kvaliteten på personalet er av stor betydning for utførelsen av kontrakten
- c. kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser, for eksempel leveringsmåte og leveringsdato eller ferdigstillelse, forpliktelser med hensyn til deler og forsyningssikkerhet.

(2) Pris- eller kostnadskriteriet kan bestå av en fast pris eller kostnad, slik at leverandørene bare konkurrerer på kvalitative kriterier.

(3) Oppdragsgiver skal angi tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesdokumentene. Vekten kan angis som en ramme med et passende maksimalt utslag. Dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte tildelingskriteriene, skal kriteriene angis i prioritert rekkefølge.

§ 20-3 Tildelingskriterienes tilknytning til leveransen

(1) Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i

- a. produksjonen av, leveringen av eller handelen med kontraktsgjenstanden
- b. en spesifikk prosess på et annet stadium i livssyklusen.

(2) Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker ytelsens materielle innhold.

§ 20-4 Dokumentasjonskrav og kontroll av informasjonen i tilbudet

(1) Tildelingskriteriene skal ikke gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. De skal sikre mulighet for effektiv konkurranse, og ha tilhørende dokumentasjonskrav som gjør det mulig å kontrollere opplysningene i tilbudet på en effektiv måte for å kunne vurdere hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. I tvilstilfeller skal oppdragsgiver kontrollere at informasjonen i tilbudet er korrekt.

§ 20-5 Beregning av livssyklus kostnader

(1) Dersom oppdragsgiver skal evaluere kostnadskriteriet gjennom beregning av livssyklus kostnader, skal det angis i anskaffelsesdokumentene hvilke opplysninger leverandørene skal gi, og hvilke beregningsmetode som skal brukes.

(2) I beregning av livssyklus kostnader skal alle eller noen av de følgende kostnadene inngå, så langt de er relevante

- a. kostnader som oppdragsgiver eller andre brukere dekker, inkludert kostnader ved anskaffelsen, brukskostnader, vedlikeholdskostnader og kostnader ved kassering
- b. kostnader som skyldes miljøbelastninger ved ytelsen i dens livssyklus, inkludert kostnader ved utslipp av klimagasser og andre forurensende utslipp, og andre kostnader knyttet til begrensning av klimaendringer. Dette gjelder bare dersom verdien kan tallfestes og etterprøves.

(3) Metoden for å beregne kostnader som skyldes miljøbelastninger skal være basert på objektivt etterprøvbare og ikke-diskriminerende kriterier, tilgjengelig for alle interesserte parter og basert på opplysninger som leverandørene skal kunne fremskaffe med rimelig innsats.

§ 20-6 Unormalt lave tilbud

(1) Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiver skriftlig kreve at leverandøren forklarer prisen eller kostnaden. Forklaringene kan særlig gjelde

- a. besparelser ved fremstillingen av varene, utførelsen av tjenestene eller ved byggemetoden
- b. de valgte tekniske løsningene, eller særlig gunstige vilkår som er tilgjengelige for leverandøren
- c. ytelsens nyskapende karakter
- d. hvordan forpliktelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i anskaffelsesdirektivet vedlegg XIV er oppfylt
- e. leverandørens mulighet til å få statsstøtte.

(2) Dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra leverandørens forklaring, gjelder § 17-10.

Kapittel 21 Kontraktsgjennomføring

§ 21-1 Kontraktsvilkår

(1) Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføring av en kontrakt. Vilkårene skal ha tilknytning til leveransen, jf. § 20-3 og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Vilkårene kan gjelde økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn.

(2) Der det finnes fremforhandlede og balanserte standardkontrakter skal oppdragsgiver bruke disse, med mindre konkrete forhold begrunner avvik fra standarden. Avvik fra standarden skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

§ 21-2 Underleverandør

(1) Oppdragsgiver kan angi i anskaffelsesdokumentene at leverandøren i tilbudet skal oppgi hvilke deler av kontrakten leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og hvilke underleverandører vedkommende planlegger å bruke.

(2) Bruk av underleverandører har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar ovenfor oppdragsgiver.

(3) Ved anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider, og tjenester på steder som er under oppdragsgivers direkte tilsyn, skal oppdragsgiver kreve at leverandøren oppgir navn, kontaktopplysninger og hvem som har signaturrett for underleverandøren. Opplysningene skal innleveres, senest ved kontraktsoppstart, dersom opplysningene er kjent på dette tidspunktet. Oppdragsgiver skal også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperio-

den, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(4) Oppdragsgiver kan ved varekontrakter og tjenestekontrakter utover de som er angitt i tredje ledd kreve at leverandørene oppgir navn og kontaktopplysninger og hvem som har signaturrett for underleverandører som benyttes i forbindelse med utførelse av kontrakten. Oppdragsgiver skal i så fall også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperioden, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(5) Oppdragsgiver kan kreve opplysninger som angitt i tredje og fjerde ledd også for leverandører lenger ned i leverandørkjeden.

(6) Oppdragsgiver kan innhente dokumentasjon som nevnt i anskaffelsesloven §§ 17-5 til 17-7 for å kontrollere om en underleverandør i en situasjon som nevnt i §§ 17-2 til 17-5. Hvis underleverandøren er i en situasjon som nevnt i §§ 17-2 første ledd, 17-3 og 17-4 skal oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter underleverandør. Dersom underleverandør er i en situasjon som nevnt i §§ 17-2 andre ledd og 17-5 kan oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter ut underleverandør.

Kapittel 22 Endring av kontrakt

§ 22-1 Endringer i inngått kontrakt

(1) Kontrakter og rammeavtaler kan endres uten ny anskaffelsesprosess når endringene ikke er vesentlige. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

(2) En endring er alltid vesentlig når den

- a. innfører vilkår som ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,
- b. endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,
- c. utvider kontraktens omfang betydelig, eller
- d. gjelder bytte av leverandøren som ble tildelt kontrakten i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 22-3.

§ 22-2 Endringsklausuler

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom endringen er gjort i medhold av en endringsklausul.

(2) Endringsklausuler skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausuler

kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede art blir endret.

§ 22-3 *Bytte av kontraktspart*

(1) Oppdragsgiver kan erstatte leverandøren som opprinnelig ble tildelt kontrakten med en ny leverandør når denne helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens posisjon i kontraktsforholdet som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Den nye leverandøren må oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og det kan ikke gjøres andre vesentlige endringer i kontrakten. Utskiftning av leverandøren må ikke skje for å omgå loven.

(2) Oppdragsgiver kan også skifte ut leverandøren dersom dette fremgår av en endringsklausul som oppfylder vilkårene i § 22-2 (2).

§ 22-4 *Nødvendige endringer*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom det blir nødvendig med tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette gjelder bare dersom bytte av leverandøren ikke kan gjøres av økonomiske eller tekniske årsaker, og vil medføre betydelige ulemper eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver.

(2) Det kan også gjøres endringer uten ny anskaffelsesprosess dersom endringene er nødvendig på grunn av omstendigheter som en akt-som oppdragsgiver ikke kunne forutse, og anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i medhold av denne bestemmelsen etter § 15-6 og kunngjøringen skal inneholde opplysningene som nevnt i forsyningsdirektivet vedlegg XVI.

§ 22-5 *Endringer med lav verdi*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess og uten at det vurderes om vilkårene i §§ 22-1 til 22-4 er oppfylt dersom verdien av endringen er lavere enn begge de følgende verdiene

- a. terskelverdiene i § 6-1, og
- b. 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for vare- og tjenestekontrakter eller 15 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien for bygge- og anleggskontrakter.

(2) Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede nettoverdien av alle endringene.

(4) Dersom kontrakten inneholder en prisindeksklausul, skal den indeksjusterte prisen være referanseverdien.

Kapittel 23 Oppsigelse av kontrakt

§ 23-1 *Oppsigelsesrett*

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

- a. det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. kapittel 22.
- b. leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt i §§ 17-2 til 17-5 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.
- d. leverandøren i løpet av kontraktens løpetid blir omfattet av en av avvisningsgrunnene i §§ 17-2 til 17-5 og ikke kan dokumentere sin pålitelighet etter § 17-7.

§ 23-2 *Oppsigelsesplikt*

(1) Oppdragsgiver skal si opp en kontrakt som er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som er satt til side ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene. Kontrakten skal sies opp med et passende varsel.

(2) Plikten i første ledd gjelder ikke der det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres.

(3) Oppdragsgivers eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten skal offentliggjøres samme sted som anskaffelsesdokumentene senest syv kalenderdager etter offentliggjøringen av den endelige avgjørelsen av klagenemnda eller domstolene.

(4) Bestemmelsen gjelder ikke der § 27-1 i anskaffelsesloven om uten virkning kommer til anvendelse.

(5) Er det under en klagesak nedlagt påstand om å sette til side en tildelingsbeslutning, kan klagenemnda etter påstand fra klager eller oppdragsgiver avgi en ikke-bindende foreløpig uttalelse av om det foreligger særlige forhold, som tilsier at kontrakten videreføres, jf. første ledd.

(6) En klage på oppdragsgivers videreføring av en kontrakt som er satt til side i henhold til første ledd må påklages til klagenemnda innen 20 kalenderdager fra dagen etter at oppdragsgiver har meddelt sin beslutning.

Kapittel 24 Sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser

§ 24-1 Virkeområde

Offentlige anskaffelser som gjelder sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser jf. vedlegg XVII til forsyningsdirektivet, skal tildeles i overensstemmelse med reglene i dette kapitlet.

§ 24-2 Kunngjøring

(1) Oppdragsgiver som har til hensikt å tildele en offentlig kontrakt for tjenesteytelsene omfattet av dette kapitlet, skal kunngjøre konkurransen på én av følgende måter

- a. ved en kunngjøring
- b. ved en periodisk veiledende kunngjøring, som skal oppdateres kontinuerlig. Det skal fremgå av kunngjøringen at kontraktene vil bli tildelt uten videre offentliggjøring, og at interesserte leverandører kan gi uttrykk for sin interesse i å delta skriftlig
- c. ved hjelp av en kunngjøring om at det foreligger en kvalifikasjonsordning, som skal oppdateres kontinuerlig.

(2) Første ledd gjelder likevel ikke hvis vilkårene for å forhandle uten forutgående kunngjøring ville vært oppfylt jf. §§ 11-20 til 11-23 for tildeling av en tjenestekontrakt.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre kontraktsinngåelsen. Oppdragsgiver kan samle opp flere kunngjøringer, og sende disse til kunngjøring kvartalsvis. De samlede kunngjøringene må sendes inn senest tretti dager etter utgangen av hvert kvartal.

(4) Kunngjøringene nevnt i første og tredje ledd skal inneholde opplysninger som angitt i vedlegg XVIII, i henholdsvis del A, B, C eller D.

(5) Kunngjøringer nevnt i denne artikkel skal offentliggjøres i samsvar med § 15-6.

§ 24-3 Prinsipper for tildeling av kontrakter

Offentlig oppdragsgiver skal ved anskaffelse av sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakt i overensstemmelse med prinsippene i § 10-1.

§ 24-4 Reserverte kontrakter for visse tjenesteytelser

(1) Oppdragsgiver kan reservere retten til å delta i enkelte konkurranser til organisasjoner som oppfyller vilkårene opplistet i a til d. Kontraktslengden skal ikke overstige tre år, og kunngjøringen skal vise til direktiv 2014/25/EU artikkel 94.

- a. organisasjonens formål er å utføre offentlige oppdrag knyttet til slike tjenester,

- b. de ansatte eier eller medvirker i ledelsen av organisasjonen, eller de ansatte, brukere eller interessenter deltar aktivt i ledelsen,
- c. organisasjonens overskudd blir brukt til å oppnå organisasjonens mål. Eventuell utdeling eller omfordeling av overskudd skal skje i tråd med kravene til medvirkning eller deltakelse som nevnt i bokstav b, og
- d. organisasjonen har ikke hatt kontrakt om levering av de samme tjenestene i løpet av de siste tre årene med den samme oppdragsgiver etter denne bestemmelsen.

(2) Reservasjonsadgangen etter denne bestemmelsen gjelder bare offentlige kontrakter som gjelder helse-, sosial-, og kulturtjenester som er nevnt i § 22-1 og omfattet av CPV-kodende 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, fra 85000000-9 til 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 og 98133110-8.

Kapittel 25 – Plan- og designkonkurranser

§ 25-1 Anvendelsesområde

(1) Oppdragsgiver kan gjennomføre en plan- og designkonkurranse

- a. som skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt med eller uten premier eller utbetalinger til deltakerne, eller
- b. utelukkende med premier eller utbetalinger til deltakerne

(2) Dersom plan- og designkonkurranse skal lede til inngåelsen av en tjenestekontrakt etter første ledd bokstav a, skal oppdragsgiver beregne verdien på grunnlag av kontraktens anslåtte verdi i tillegg til eventuelle betalinger eller premier til deltakerne i konkurranse.

(3) Ved plan- og designkonkurranser etter første ledd bokstav b skal oppdragsgiver beregne verdien på grunnlag av betalinger eller premier til deltakerne i konkurransen.

§ 25-2 Kunngjøring

(1) Ved en plan- og designkonkurranse med en anslått verdi som er lik eller overstiger EØS-terskelverdiene i § 6-1, jf. skal oppdragsgiver kunngjøre konkurransen etter § 15-6. Dersom oppdragsgiver planlegger å inngå en etterfølgende tjenestekontrakt, jf. § 25-1, skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjonen som fremgår av forsyningsdirektivet vedlegg XIX.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre resultatet av en plan- og designkonkurranse innen 30 dager etter at konkurransen er avsluttet.

(4) Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen av resultatet dersom en offentliggjøring vil

- a. hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser,
- b. skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser, eller
- c. skade konkurransen mellom leverandørene

§ 25-3 *Regler for gjennomføring av konkurranse og utvelgelse av deltakere*

(1) Ved gjennomføringen av en plan- og designkonkurranse gjelder bestemmelsene i dette kapitlet og reglene i kapittel 5 til 10.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten oppdragsgiver er etablert.

(3) Dersom oppdragsgiver begrenser antallet deltakere i en plan- og designkonkurranse, skal oppdragsgiver fastsette klare og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier. Antall deltakere som oppdragsgiver velger ut, skal være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

§ 25-4 *Juryens sammensetning*

(1) Juryen skal utelukkende bestå av fysiske personer som er uavhengige av deltakerne i konkurransen.

(2) Dersom oppdragsgiver krever at deltakerne har særskilte faglige kvalifikasjoner, skal minst en tredjedel av medlemmene i juryen ha tilsvarende kvalifikasjoner.

§ 25-5 *Juryens avgjørelser*

(1) Juryen skal foreta selvstendige og uavhengige vurderinger.

(2) Deltakerne skal levere sine planer og prosjekter anonymt. Anonymiteten skal bevares frem til juryens beslutning eller uttalelse foreligger.

(3) Juryen skal evaluere planene og prosjektene i henhold til kriteriene angitt i kunngjøringen. Juryen skal dokumentere evalueringen i en protokoll som alle medlemmene skal signere. Protokollen skal inneholde juryens merknader og eventuelle spørsmål som krever klargjøring. Spørsmålene kan gjelde alle sider ved prosjektene.

(4) Juryen kan be deltakerne om å svare på spørsmålene angitt i protokollen. Det skal føres et

fullstendig referat av kommunikasjonen mellom medlemmene i juryen og deltakerne.

Kapittel 26 Dokumentasjon om kontraktsgjennomføring

§ 26-1 *Dokumentasjonsplikt*

(1) Oppdragsgiver skal oppbevare dokumentasjon fra anskaffelsesprosessen som er tilstrekkelig til å begrunne beslutninger som gjelder:

- a. avvisning jf. kapittel 17.
- b. valg av leverandør jf. § 16-1
- c. bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring jf. §§ 11-20 – 11-23
- d. bruk av unntak jf. kapittel 7
- e. bruk av reserverte kontrakter jf. §§ 10-4 og 24-4
- f. bruk av unntak fra kravet om elektroniske kommunikasjonsmidler jf. § 10-8

(2) Dersom kunngjøringen av kontraktinngåelsen inneholder opplysninger som nevnt i første ledd, kan oppdragsgiver henvise til kunngjøringen for disse opplysningene

§ 26-2 *Oppbevaring av dokumentasjon*

(1) Oppdragsgiver skal dokumentere gjennomføringen av en anskaffelse ved å oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon til å begrunne beslutninger i anskaffelsesprosessen.

(2) Dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for tildelingen av kontrakten.

Del IV Håndheving

Kapittel 27 Håndheving

§ 27-1 *Håndheving*

Reglene i lov om offentlige anskaffelser kapittel 25 til 33 gjelder tilsvarende for kontrakter som er omfattet av denne lov.

§ 27-2 *Vernetting for anskaffelser i oljesektoren mv.*

Søksmål om brudd på loven reises for Sør-Rogaland tingrett, når oppdragsgiver utøver aktiviteter som definert i § 4-9.

Del V Avsluttende bestemmelser

Kapittel 28 Avsluttende bestemmelser

§ 28-1 *Ikrafttredelse og overgangsregler*

(1) Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves [gjeldende anskaffelsesregelverk].

(2) Departementet kan gi forskrift om overgangsregler.

1.4 Utkast til ny lov om konsesjonskontrakter

Ny lov om konsesjonskontrakter

Del I Innledende bestemmelser

Kapittel 1 Formål og innledende bestemmelser

§ 1-1 Formål

(1) Loven fastsetter regler for offentlige kontrakter som gjelder bygge- og anleggskonsesjoner eller tjenstekonsesjoner. Loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

(2) Dette innebærer blant annet at loven skal bidra til

- at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte
- omstilling til et lavutslippssamfunn
- at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres
- innovasjon
- anstendige arbeidsforhold
- konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører
- at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte
- at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning
- å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn.

(3) Sammen med lov om offentlige anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser og lov om forsvarsanskaffelser gjennomfører loven Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.

§ 1-2 Hvilke anskaffelser som er omfattet av loven

Loven gjelder når oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 har til hensikt å inngå konsesjonskontrakter med en antatt verdi over 300 000 kroner. En konsesjonskontrakte er en bygge- og anleggskontrakt eller en tjenstekontrakt der vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte bygge- og anleggsarbeidene eller å utføre tjenestene eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiver til konsesjonsinnehaver.

§ 1-3 Hvem loven gjelder for

(1) Loven gjelder for statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Loven gjelder også for

sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i første punktum.

(2) Loven gjelder også for offentlige foretak og andre virksomheter som på bakgrunn av en enerett eller særrett inngår konsesjonskontrakter knyttet til utøvelsen av aktiviteter som fremkommer av konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II.

§ 1-4 Geografisk virkeområde

(1) Loven gjelder også for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, hvis kontrakten har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. En slik tilknytning foreligger dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

(2) Departementet kan i forskrift bestemme at loven også skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

§ 1-5 Rettighetshavere

Rettighetshavere etter loven er

- virksomheter etablert i Norge
- virksomheter etablert i andre EØS-stater, i det omfang som følger av EØS-avtalen
- virksomheter etablert i en stat som er part til WTO-avtalen om offentlige innkjøp, i det omfang som følger av denne avtalen
- virksomheter etablert i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av den aktuelle avtalen

(2) Virksomheter som ikke omfattes av første ledd kan ikke delta i konkurransen om offentlige kontrakter i Norge uten godkjenning fra departementet.

§ 1-6 Offentlighet

(1) Oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden.

(2) Oppdragsgiver som ikke er omfattet av offentleglova, skal gi allmennheten innsyn i vare- og tjenstekontrakter med en verdi på minst 10 millioner kroner eksklusive merverdiavgift, og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst 100 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Reglene i offentleglova om unntak fra innsyn gjelder tilsvarende.

(3) Oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden.

§ 1-7 Taushetsplikt

(1) Reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. For oppdragsgivere som ikke er

omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven § 13 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte informasjon av fortrolig karakter som gjøres tilgjengelig for dem i forbindelse med en anskaffelse.

§ 1-8 *Habilitet*

(1) Ved gjennomføring av en anskaffelse gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven §§ 11-10 og 13-3. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven §§ 6 til 10 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet.

§ 1-9 *Omgåelsesforbud*

En offentlig anskaffelse må ikke utformes med det formål å utelukke den fra anvendelsesområdet til lovens bestemmelser.

Kapittel 2 Samfunnshensyn

[Eventuelle bestemmelser om ivaretagelse av samfunnshensyn].

Del II Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Kapittel 3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

§ 3-1 *Anskaffelser under EØS-terskelverdi*

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette kan for eksempel skje ved at oppdragsgiver

- gjennomfører en markedsundersøkelse, og på grunnlag av denne innhenter tilbud
- innhenter to eller flere tilbud
- annonserer anskaffelsen, for eksempel på en relevant nettside eller ved frivillig kunngjøring i Doffin

(2) Hvis oppdragsgiver etter første ledd mottar mer enn ett tilbud skal oppdragsgiver samtidig underrette alle leverandører som har inngitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. Etter anmodning skal oppdragsgiver begrunne beslutningen.

(3) Oppdragsgiver skal sikre at bruken av mulighetene i første ledd ikke over tid medfører favorisering av en eller et fåtall av leverandører.

(4) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(5) Oppdragsgiver skal offentliggjøre at kontrakt er inngått.

§ 3-2 *Anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse*

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi som likevel har klar grensekryssende interesse innen EØS, som følge av særlige forhold knyttet til anskaffelsens karakter og leverandørmarkedet, skal oppdragsgiver

- annonser kontraktene
- fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontraktene og gjøre denne kjent for interesserte leverandører
- underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning.

(2) Bestemmelsen gjelder bare for anskaffelser av tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel.

Del III Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Kapitel 4 Virkeområde og generelle prinsipper

§ 4-1 *Virkeområde*

Denne delen av loven gjennomfører konsesjonskontraktdirektivet i norsk rett, og får anvendelse når oppdragsgivere som nevnt i § 1-3 inngår konsesjonskontrakter om bygge- og anleggsarbeider eller tjenester, og konsesjonskontraktens anslåtte verdi overstiger terskelverdien i kapittel 6.

§ 4-2 *Prinsipper for offentlige anskaffelser*

(1) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser.

(2) Fremgangsmåten ved tildelingen av en konsesjonskontrakt må ikke utformes med formål kunstig å begrense konkurransen. Konkurransen anses kunstig begrenset dersom anskaffelsen utformes i den hensikt å favorisere eller forfordle visse leverandører.

Kapitel 5 Definisjoner

§ 5-1 *Definisjoner*

I loven menes med

- konsesjonsinnehaver: en leverandør som er tildelt en konsesjon,
- bygg: resultatet av bygge- og anleggsarbeid eller ingeniørarbeid sett under ett, som i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon,

- c. elektroniske midler: elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler,
- d. enerett: en rettighet som er gitt av en myndighet i en medlemsstat i henhold til en lov eller offentliggjort forskrift som er forenlig med EØS-avtalen, som medfører at utøvelsen av en virksomhet forbeholdes én enkelt leverandør, og som i vesentlig grad påvirker andre leverandørs muligheter til å utøve slik virksomhet,
- e. særrett: en rettighet som nevnt i bokstav d, men som forbeholdes to eller flere leverandører.
- f. konsesjonsdokument: ethvert dokument som oppdragsgiver har utarbeidet eller viser til for å beskrive eller bestemme elementer i konsesjonen eller prosedyren,
- g. innovasjon: innføring av nye eller vesentlige forbedrede produkter, tjenester eller prosesser, herunder, men ikke begrenset til, produksjons-, bygge- eller konstruksjonsprosesser, en ny markedsføringsmetode eller en ny organisasjonsmetode innen forretningspraksis, organisering av arbeidsplassen eller eksterne forbindelser, blant annet med sikte på å bidra til å løse samfunnsmessige utfordringer.

Kapittel 6 Terskelverdi og beregning av konsesjonskontraktens verdi

§ 6-1 Terskelverdi

Del III gjelder for konsesjonskontrakter med en anslått verdi lik eller høyere enn 57,8 millioner kroner.

§ 6-2 Utgangspunkter for beregning av konsesjonskontraktens verdi

(1) Oppdragsgiveren skal beregne konsesjonskontraktens verdi på grunnlag av konsesjonsinnehaverens forventede samlede omsetning i konsesjonskontraktens løpetid, eksklusiv merverdiavgift. Verdien skal omfatte vederlaget for bygge- og anleggsarbeidene og tjenestene, og for varer som skal leveres i forbindelse med utførelsen av konsesjonskontrakten.

(2) Beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøring av konkurransen. For konsesjoner som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på tidspunktet oppdragsgiver innleder konsesjonsprosedyren. Deres anskaffelsesverdi på tidspunktet for tildelingen av konsesjonen er mer enn 20 prosent høy-

ere enn den anslåtte verdien ved kunngjøringen, skal verdien på tildelingstidspunktet legges til grunn.

(3) Oppdragsgiver skal ikke velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å omgå loven.

§ 6-3 Metode for beregning av konsesjonskontraktens verdi

Metoden for beregningen av konsesjonskontraktens verdi skal beskrives i konsesjonsdokumentene. Ved beregningen skal oppdragsgiver, der dette er relevant, særlig ta hensyn til:

- a. verdien av enhver form for opsjon og eventuelle forlengelser av konsesjonen,
- b. inntekter fra betaling av gebyrer og bøter fra brukerne av bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, ut over dem som kreves inn på vegne av oppdragsgiver,
- c. betaling eller økonomiske fordeler i enhver form fra oppdragsgiver eller en annen offentlig myndighet til konsesjonsinnehaveren, herunder godtgjøring for å oppfylle en forpliktelse til å yte en offentlig tjeneste og offentlige investeringstilskudd,
- d. verdien av tilskudd eller økonomiske fordeler i enhver form fra tredjemann til gjennomføringen av konsesjonen,
- e. inntekter fra salg av eiendeler som er en del av konsesjonen,
- f. verdien av alle varer og tjenester som oppdragsgiverne stiller til rådighet for konsesjonsinnehaveren, forutsatt at de er nødvendige for å utføre bygge- og anleggsarbeidene eller yte tjenestene, og
- g. eventuelle premier eller betaling til konsesjonsinnehaveren

§ 6-4 Beregning av verdi ved visse former for anskaffelser

Dersom oppdragsgiver planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger terskelverdien i § 6-1, kommer loven til anvendelse.

Kapittel 7 Unntak

I. Generelle unntak

§ 7-1 Unntak for tjenestekonsesjonskontrakter som inngås på grunnlag av enerett

(1) Loven gjelder ikke for tjenestekonsesjon som tildeles en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 på

grunnlag av en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare hvis eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak.

(2) Loven gjelder ikke for tjenestekonsesjonskontrakter som tildeles en leverandør på grunnlag av en enerett til å utføre tjenesten. Unntaket gjelder bare hvis eneretten er tildelt i samsvar med EØS-regler om adgang til å utøve forsyningsaktiviteter som nevnt i konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II. Dersom EØS-reglene ikke fastsetter krav til gjennomsiktighet, skal oppdragsgiveren kunngjøre kontraktsinngåelsen etter § 10-5.

§ 7-2 Unntak for konsesjonskontrakter om lufttransport eller offentlig persontransport

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter om lufttransport eller offentlig persontransport som oppdragsgiveren inngår på grunnlag av en lisens etter forskrift 12. august 2011 nr. 833 om lufttransporttjenester i EØS, eller forskrift 17. desember 2010 nr. 1673 om offentlig persontransport.

§ 7-3 Anskaffelser som er omfattet av internasjonale regler

(1) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver er forpliktet til å tildele etter andre regler, og som er innført ved følgende

- a. en internasjonal avtale med offentlige myndigheter utenfor EØS-området, og som gjelder bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser som er beregnet på et felles prosjekt som avtalepartene gjennomfører eller utnytter, eller
- b. som er fastsatt av en internasjonal organisasjon.

(2) Loven gjelder ikke for anskaffelser som oppdragsgiver velger å gjennomføre etter anskaffelsesregler som er fastsatt av en internasjonal organisasjon eller finansieringsinstitusjon, forutsatt at organisasjonen eller institusjonen fullt ut finansierer anskaffelsen. Dersom en slik organisasjon eller institusjon finansierer hoveddelen av anskaffelsen, skal partene avtale hvilke regler som skal gjelde.

(3) Unntaket i denne bestemmelsen gjelder ikke for konsesjoner på forsvars- og sikkerhetsområdet, som er regulert av forsvarsanskaffelsesdirektivet.

§ 7-4 Unntak for konsesjonskontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet

Loven gjelder for konsesjoner på forsvars- og sikkerhetsområdet, med mindre

- a. konsesjonen er omfattet av særlige saksbehandlingsregler jf. forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 12 bokstavene a til c.
- b. konsesjonen kan unntas på grunnlag av forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 13 bokstavene c, f eller g, eller som på annet grunnlag er unntatt fra virkeområdet til denne loven.

§ 7-5 Unntak av hensyn til vesentlige sikkerhetsinteresser

Loven gjelder ikke dersom anvendelsen av denne vil forhindre oppdragsgiveren fra å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser. Loven gjelder likevel dersom oppdragsgiveren kan ivareta disse interessene ved mindre inngripende tiltak, for eksempel ved å pålegge leverandørene taushetsplikt.

§ 7-6 Unntak for visse tjenestekonsesjonskontrakter

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter om

- a. erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom
- b. leie av bygning som skal oppføres. Dette gjelder likevel ikke dersom avtalen i realiteten er en bygge- og anleggsanskaffelse.
- c. anskaffelse, utvikling, produksjon eller samproduksjon av programmateriale som er beregnet på kringkasting eller audiovisuelle bestillingstjenester, og som en kringkaster eller tjenestetilbyder inngår, eller konsesjonskontrakter om sendetider eller programtilbud som oppdragsgiveren inngår med en kringkaster eller tjenestetilbyder
- d. voldgifts- og meglingstjenester
- e. følgende juridiske tjenester:
 - i. representasjon ved advokat i tvistesaker for nasjonale eller internasjonale domstoler, nemnder, offentlige myndigheter eller institusjoner, eller ved nasjonal eller internasjonal voldgift eller megling
 - ii. juridisk rådgivning ved advokat til forberedelse av en sak som nevnt i nr. 1 eller der det er klar sannsynlighetsovervekt for at spørsmålene rådgivningen gjelder, vil bli gjensstand for en slik sak
 - iii. notarialforretninger
 - iv. tjenester som blir utført av en formuesforvalter, verge eller annen person som er oppnevnt av en domstol eller nemnd eller ved lov til å utføre bestemte oppgaver under tilsyn fra en domstol eller nemnd

- v. juridiske tjenesteaftaler som er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet
- f. følgende finansielle tjenester:
 - i. tjenester i forbindelse med emisjon, salg, kjøp eller annen overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter
 - ii. sentralbanktjenester
 - iii. prosjekter som oppdragsgiveren utfører sammen med European Financial Stability Facility eller European Stability Mechanism
- g. lån
- h. sivilforsvars-, beredskaps- eller forebyggings-tjenester som oppdragsgiveren inngår med ideelle organisasjoner, og som er omfattet av CPV-kodene 75250000 (brannvesen og redningstjenester), 75251000 (tjenester utført av brannvesenet), 75251100 (brannbekjempelse), 75251110 (brannforebygging), 75251120 (bekjempelse av skogbranner), 75252000 (redningstjenester), 75222000 (sivilforsvarstjenester), 98113100 (kjernefysiske sikkerhetstjenester) eller 85143000 (ambulansetjenester) med unntak av pasienttransport med ambulanse

§ 7-7 Unntak for lotteritjenester

Loven gjelder ikke for tjenestekonsesjoner for lotteritjenester som omfattes av CPV-kode 92351100-7, og som tildeles på grunnlag av en enerett kunngjort i Den Europeiske Unions Tidende.

§ 7-8 Unntak for konsesjonskontrakter knyttet til utøvelsen av aktiviteter i tredjeland

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som oppdragsgivere tildeler for å kunne utøve sin aktivitet i en stat som ikke er part i EØS-avtalen. Unntaket gjelder bare når aktiviteten etter konsesjonskontrakten ikke innebærer fysisk utnyttelse av et nettverk eller et geografisk område innenfor EØS.

§ 7-9 Konsesjonskontrakter som gjelder elektronisk kommunikasjon

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som hovedsakelig har til formål å sette oppdragsgiver i stand til å stille til rådighet eller drive et offentlig kommunikasjonsnett eller levere en eller flere offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester.

§ 7-10 Unntak for konsesjonskontrakter knyttet til drikkevannsaktiviteter

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som gir adgang til å utøve aktiviteter eller er knyttet til utøvelse av oppdragsgivers aktiviteter som

nevnt i lov om anskaffelser i forsyningssektorene § 4-5 første og andre ledd.

§ 7-11 Unntak for aktivitet som er direkte utsatt for konkurranse

Loven gjelder ikke for konsesjonskontrakter som tildeles av oppdragsgivere, dersom det er fastsatt at aktiviteten er direkte utsatt for konkurranse i henhold til lov om anskaffelser i forsyningssektorene § 7-7.

II. Samarbeid i offentlig sektor

§ 7-12 Utvidet egenregi

(1) Loven gjelder ikke ved utvidet egenregi, det vil si når oppdragsgiver inngår kontrakter med et annet rettssubjekt

- a. som oppdragsgiver utøver en kontroll med som tilsvarende den kontroll som utøves over egne avdelinger
- b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for oppdragsgiver eller andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer, og
- c. som det ikke er direkte private eierandeler i.

(2) Kravet til kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når oppdragsgiver utøver bestemmende innflytelse over både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet. Slik kontroll kan også utøves gjennom andre rettssubjekter som oppdragsgiver kontrollerer på samme måte. Når vilkårene i første ledd er oppfylt, gjelder heller ikke loven når det kontrollerte rettssubjektet inngår kontrakter med

- a. det kontrollerende rettssubjektet, eller
- b. andre rettssubjekter som det kontrollerende rettssubjektet kontrollerer. Dette gjelder bare når det ikke er direkte private eierandeler i rettssubjektene som angitt i bokstav a og b.

§ 7-13 Felles kontroll

(1) Selv om oppdragsgiver ikke alene oppfyller vilkårene i § 7-12 første ledd, gjelder loven heller ikke når det inngås kontrakter med et annet rettssubjekt

- a. som oppdragsgiver og andre oppdragsgivere i fellesskap utøver en kontroll over som svarer til den kontroll de utøver over sine egne avdelinger
- b. som utfører mer enn 80 prosent av sin aktivitet for de kontrollerende oppdragsgiverne eller andre rettssubjekter som oppdragsgiverne kontrollerer og
- c. som det ikke er direkte private eierandeler i.

(2) Kravet til felles kontroll i første ledd bokstav a er oppfylt når

- a. det kontrollerte rettssubjektets styrende organer er sammensatt av representanter for alle de kontrollerende oppdragsgiverne. En representant kan representere flere av eller alle oppdragsgiverne
- b. de kontrollerende oppdragsgiverne i fellesskap utøver bestemmende innflytelse både strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, og
- c. det kontrollerte rettssubjektet ikke forfølger interesser som er i strid med de kontrollerende oppdragsgivernes interesser

§ 7-14 Samarbeidsavtaler

Loven gjelder ikke for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid

- a. som har til formål å sikre at offentlige tjenester blir utført for å oppnå et felles mål
- b. som blir utført utelukkende av hensyn til allmennhetens interesse og
- c. der mindre enn 20 prosent av aktivitetene som samarbeidet gjelder, blir utført på det åpne markedet av de deltakende oppdragsgiverne

§ 7-15 Beregning av aktivitet

Beregningen av den prosentvise aktiviteten etter §§ 7-12 første ledd bokstav b, 7-13 første ledd bokstav b og 7-14 bokstav c skal baseres på enten en gjennomsnittlig omsetning eller annen egnet aktivitetsbasert metode, for eksempel kostnader som er pådratt i tilknytning til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene.

Beregningen skal baseres på virksomhetens aktiviteter de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dette gjelder ikke dersom det ikke finnes relevante omsetningstall eller andre opplysninger for den aktuelle perioden fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt eller endret i perioden. Det er tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

§ 7-16 Kontrakter med foretak i samme gruppe

(1) Loven gjelder ikke for kontrakter

- a. som oppdragsgiver inngår med et foretak i samme gruppe, eller
- b. som et fellesforetak, som er sammensatt utelukkende av oppdragsgivere for å utøve forsyningsaktivitet, inngår med et foretak i samme gruppe som en av disse oppdragsgiverne.

(2) Et foretak i samme gruppe er et foretak som

- a. har årsregnskaper som er konsolidert med oppdragsgivers årsregnskaper i samsvar med regnskapsloven

- b. oppdragsgiver direkte eller indirekte kan utøve bestemmende innflytelse over,
- c. kan utøve bestemmende innflytelse over oppdragsgiver, eller
- d. sammen med oppdragsgiver er under bestemmende innflytelse fra et annet foretak i kraft av eierskap, annen økonomisk deltakelse eller reglene for virksomheten.

(3) Første ledd gjelder bare

- a. for varekontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av varer skriver seg fra varekontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.
- b. for tjenestekontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av tjenester skriver seg fra tjenestekontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.
- c. for bygge- og anleggskontrakter, når minst 80 prosent av foretakets gjennomsnittlige omsetning av bygge- og anleggsarbeider skriver seg fra bygge- og anleggskontrakter som er utført for oppdragsgiver eller andre foretak i gruppen.

(4) Beregningen etter tredje ledd skal baseres på foretakets leveranser av henholdsvis varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeider, de siste tre årene før kontrakten blir inngått. Dersom det ikke finnes relevante omsetningstall for de siste tre årene, fordi virksomheten ble stiftet eller aktivitetene ble igangsatt i perioden, er det tilstrekkelig å vise at beregningen av fremtidig aktivitet er troverdig, særlig ved hjelp av forventet forretningsutvikling.

(5) Dersom flere foretak i samme gruppe leverer de samme eller lignende varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, skal beregningen baseres på den samlede omsetningen av henholdsvis varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider i foretakene i gruppen.

§ 7-17 Kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak

(1) Loven gjelder ikke for kontrakter

- a. som et fellesforetak inngår med en eller flere av oppdragsgiverne som fellesforetaket er satt sammen av, eller
- b. som oppdragsgiver inngår med et fellesforetak som oppdragsgiver er en del av.

(2) Første ledd gjelder bare fellesforetak som er sammensatt utelukkende av oppdragsgivere med det formål å utøve forsyningsaktivitet i minst tre år, og der oppdragsgiverne har angitt i stiftelsesdokumentet at de vil være en del av fellesforetaket i minimum den samme perioden.

Kapittel 8 Generelle bestemmelser

I. Konsesjonens varighet og særlige tjenesteytelser

§ 8-1 *Konsesjonens varighet*

(1) Konsesjonskontrakter skal være tidsbegrenset. Varigheten fastsettes av oppdragsgiver på grunnlag av bygge- og anleggsarbeidene som skal utføres, eller tjenestene som skal ytes.

(2) Hvis oppdragsgiver fastsetter en kontraktsvarighet på mer enn fem år, skal varigheten ikke overstige tiden konsesjonsinnehaveren trenger for å tjene inn igjen investeringene, samt få en avkastning på den investerte kapitalen. I vurderingen skal det tas hensyn til hvilke investeringer som kreves for å nå de særskilte målene i konsesjonskontrakten.

(3) Investeringene som det tas hensyn til ved fastsettelse av kontraktslengden skal omfatte både de første investeringene og eventuelle ytterligere investeringer under konsesjonskontraktens løpetid.

§ 8-2 *Sosiale og andre særlige tjenesteytelser*

Konsesjoner for sosialtjenester og andre særlige tjenesteytelser som er listet i vedlegg IV til konsesjonskontraktdirektivet, skal kun oppfylle forpliktelsene som følger av §§ 10-2, 10-5, og 16-1.

II. Blandede kontrakter

§ 8-3 *Blandede kontrakter*

(1) Reglene i § 8-4 gjelder for blandede kontrakter som gjelder flere typer kontrakter som alle er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet.

(2) Reglene i §§ 8-5 til 8-8 gjelder for blandede kontrakter som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet, og delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, og forsvarsanskaffelsesdirektivet.

§ 8-4 *Blandede kontrakter som inneholder flere konsesjoner som er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet*

(1) Kontrakter som gjelder både bygge- og anleggsarbeider og tjenesteytelser, skal tildeles etter reglene som gjelder for den ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Hvis en blandet anskaffelse består delvis av sosiale og andre særlige tjenesteytelser jf. § 8-2 og delvis av andre tjenester, skal hovedgjenstanden fastsettes i overensstemmelse med den høyeste anslåtte verdi.

§ 8-5 *Blandede kontrakter som er omfattet av flere direktiver*

Hvis en kontrakt objektivt kan deles opp, gjelder reglene i §§ 8-6 og 8-7. Hvis en kontrakt ikke objektivt kan deles opp gjelder reglene i § 8-8.

Hvis deler av en kontrakt kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, eller er underlagt reglene om forsvarsanskaffelser, så gjelder reglene i § 8-9.

Hvis en kontrakt skal dekke flere former for virksomhet, herunder forsyningsaktiviteter, gjelder reglene i § 8-10 og reglene i lov om anskaffelser i forsyningssektorene § 5-6.

§ 8-6 *Blandede kontrakter som kan deles opp på en objektiv måte*

(1) Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet, og delvis ikke, kan oppdragsgiver velge å inngå separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten.

(2) Hvis oppdragsgiver velger å tildele én kontrakt, skal oppdragsgiver følge reglene i konsesjonskontraktdirektivet, med mindre noe annet følger av §§ 8-7 eller 8-9.

§ 8-7 *Blandede kontrakter som delvis er regulert av konsesjonskontraktdirektivet, og delvis av anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet*

Hvis en kontrakt inneholder elementer som delvis er omfattet av reglene i konsesjonskontraktdirektivet og delvis av anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet, skal den blandede kontrakten tildeles i samsvar med reglene i anskaffelsesloven eller lov om anskaffelser i forsyningssektorene.

§ 8-8 *Blandede kontrakter som ikke kan deles opp på en objektiv måte*

(1) Dersom de forskjellige delene av en kontrakt ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, skal kontrakt inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Dersom slike kontrakter både omfatter elementer av en tjenestekonsesjon og en varekontrakt, er det ytelsen som har den høyeste verdien som er kontraktens hovedgjenstand.

§ 8-9 *Blandede kontrakter som omfatter forsvars- og sikkerhetslementer*

(1) Reglene i denne bestemmelsen skal få anvendelse hvis en blandet kontrakt inneholder elementer av en konsesjon som er omfattet av loven, og anskaffelse eller andre elementer som er

omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet.

(2) For kontrakter som dekker flere former for aktiviteter, der en av disse er omfattet av enten forsyningsaktivitet jf. vedlegg II til konsesjonskontraktdirektivet eller av forsyningsdirektivet, og en annen av EØS-avtalen artikkel 123 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet, gjelder § 8-11 og § 8-3 i forsyningsloven.

(3) Hvis en kontrakt inneholder elementer som kan deles opp på en objektiv måte, kan oppdragsgiver velge å inngå separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller å tildele én kontrakt.

(4) Hvis oppdragsgiver i tilfeller nevnt i tredje ledd velger å tildele én kontrakt, gjelder følgende:

- a. dersom en del av kontrakten er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, eller forskjellige deler er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 eller forsvarsanskaffelsesdirektivet, kan kontrakten tildeles uten å anvende loven, forutsatt at tildelingen av én samlet kontrakt er objektivt begrunnet.
- b. dersom en del av kontrakten er omfattet av forsvarsanskaffelsesdirektivet kan oppdragsgiver velge om reglene i loven eller reglene i forsvarsanskaffelsesdirektivet skal anvendes, forutsatt at tildelingen av én samlet kontrakt er objektivt begrunnet.

(4) Dersom de forskjellige delene av kontrakten ikke kan skilles fra hverandre på en objektiv måte, og kontrakten inneholder elementer som omfattes av EØS-avtalen artikkel 123, kan oppdragsgiver tildele kontrakten uten å anvende loven. I andre tilfeller kan oppdragsgiver velge om reglene i denne loven eller forsvarsanskaffelsesdirektivet skal anvendes.

§ 8-10 Kontrakter som omfatter elementer av forsyningsaktiviteter

(1) Reglene i denne bestemmelsen skal få anvendelse hvis en blandet kontrakt inneholder aktivitet som nevnt i konsesjonskontraktdirektivet vedlegg II, eller andre former for aktivitet som er regulert i lov om anskaffelser for forsyningssektorene.

(2) Oppdragsgiver kan velge å tildele separate kontrakter, eller tildele én samlet kontrakt, dersom anskaffelsen gjelder flere former for aktivitet nevnt i første ledd.

(3) En kontrakt som skal dekke flere former for aktivitet, bør omfattes av de reglene som gjelder

der for virksomheten som kontrakten hovedsakelig er beregnet på.

(4) Hvis det ikke er mulig å fastslå hvilken form for aktivitet kontrakten hovedsakelig er beregnet på, gjelder følgende

- a. konsesjonen skal tildeles i samsvar med denne lovens bestemmelser, som gjelder for oppdragsgivere nevnt i § 1-3 første ledd, dersom konsesjonen gjelder aktivitet som er omfattet av denne loven
- b. kontrakten skal følge reglene i anskaffelsesdirektivet, dersom én av formene for aktivitet som kontrakten er beregnet på er omfattet av denne loven, og de andre formene for virksomhet er omfattet av anskaffelsesdirektivet
- c. kontrakten skal følge reglene i denne loven dersom én av formene for virksomhet som kontrakten er beregnet på, er omfattet av denne loven og de andre formene for aktivitet ikke er omfattet av denne loven, anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet.

§ 8-11 Konsesjoner som omfatter forsyningsaktivitet og virksomhet som omfatter forsvars- og sikkerhets-elementer

(1) Oppdragsgiver kan velge å tildele separate kontrakter, eller tildele én samlet kontrakt.

(2) Hvis en kontrakt gjelder virksomhet omfattet av denne loven og annen virksomhet som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 kan oppdragsgiver tildele kontrakt uten å anvende reglene i dette direktivet.

(3) Hvis en kontrakt gjelder virksomhet omfattet av denne loven og annen virksomhet som er omfattet av forsvarsanskaffelsesdirektivet kan oppdragsgiver velge mellom å følge reglene i denne loven eller reglene i forsvarsanskaffelsesdirektivet.

(4) Reglene i andre og tredje ledd gjelder bare dersom tildelingen av én samlet kontrakt er objektivt begrunnet.

Kapittel 9 Særlige situasjoner

§ 9-1 Konsesjonskontrakter med forbehold

Oppdragsgiver kan begrense deltakelse i en konkurranse til virksomheter eller programmer som har som hovedformål å integrere personer med nedsatt funksjonsevne eller vanskeligstilte personer i arbeidslivet. Dette gjelder bare når minst 30 prosent av de ansatte i virksomheten eller programmet har nedsatt funksjonsevne eller er vanskeligstilt. Konsesjonskunngjøringen skal inneholde en henvisning til direktiv 2014/23/EU artikkel 24.

§ 9-2 Konsesjonskontrakter som gjelder forsknings- og utviklingstjenester

Loven gjelder bare for tildelingen av kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, som er omfattet av CPV-kodene 73000000-2 til 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 og 73430000-5 dersom

- a. utbyttet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet, og
- b. oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten.

§ 9-3 Leverandørens organisering

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten vedkommende er etablert.

(2) Oppdragsgiver kan kreve at en leverandør som er en juridisk person, oppgir navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. Opplysningene skal gis i forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet.

§ 9-4 Sammenslutninger av leverandører

(1) Sammenslutning av leverandører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan ikke kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt juridisk form.

(2) Oppdragsgiver kan presisere hvordan sammenslutninger av leverandører må oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Presiseringen må være objektiv begrunnet og forholdsmessig.

(3) Alle vilkår for gjennomføringen av en kontrakt som pålegges en sammenslutning av leverandører og som avviker fra vilkår som pålegges individuelle leverandører, skal være objektivt begrunnet og være forholdsmessig.

(4) Uavhengig av første til tredje ledd kan oppdragsgiver kreve at en sammenslutning av leverandører antar en bestemt juridisk form når de er tildelt kontrakten, dersom dette er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende utførelse av kontrakten.

§ 9-5 CPV-koder

Når loven krever at oppdragsgiver bruker CPV-koder til å klassifisere en anskaffelse, skal oppdragsgiver bruke CPV-koder som er fastlagt i EU. Departementet kan gi forskrift om hvilke CPV-koder oppdragsgiver skal bruke.

§ 9-6 Regler for kommunikasjon

(1) All kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(2) Verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon skal være ikke-diskriminerende og allment tilgjengelige og ikke begrense leverandørens mulighet til å delta i konkurransen.

(3) Kommunikasjonsmidler skal være kompatible med alminnelige teknologiske løsninger og produkter.

(4) Unntakene i anskaffelsesloven § 9-8 gjelder tilsvarende.

Kapittel 10 Regler for tildeling av konsesjonskontrakter

I. Alminnelige regler

§ 10-1 Generelle prosedyreregler

(1) Oppdragsgiver kan fritt organisere prosedyren som fører til valget av konsesjonsinnehaver, forutsatt at reglene i denne loven overholdes.

(2) Prosedyren ved tildeling av konsesjonskontrakter skal være i samsvar med prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Oppdragsgiver skal ved tildelingen av konsesjonskontrakter ikke gi opplysninger på en måte som innebærer forskjellsbehandling, eller som kan gi enkelte leverandører en fordel i forhold til andre.

II. Kunngjøring

§ 10-2 Konsesjonskunngjøring

(1) Oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen om en konsesjonskontrakt gjennom en konsesjonskunngjøring.

(2) Konsesjonskunngjøring skal inneholde opplysninger som nevnt i vedlegg V, og eventuelt andre opplysninger som oppdragsgiver anser som nyttige, i samsvar med standardskjemaene for kunngjøring.

(3) Konsesjoner som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser jf. § 8-2, skal gjøre sine planlagte konsesjonstildelinger kjent gjennom offentliggjøring av en veiledende kunngjøring som inneholder opplysninger angitt i vedlegg VI.

§ 10-3 Unntak fra kunngjøring

(1) Kunngjøring er ikke påkrevet dersom bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytelsen kun kan leveres av én bestemt leverandør som følge av at

- a. formålet er å skape eller anskaffe et unikt kunstnerisk verk eller en unik kunstnerisk fremføring
- b. konkurranse er umulig av tekniske årsaker
- c. leverandøren har en enerett, inkludert immaterielle rettigheter.

(2) Unntakene i første ledd bokstavene b og c gjelder bare når det ikke foreligger andre rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset konsesjonsdokumentene til en bestemt leverandør.

§ 10-4 Unntak for gjentatt kunngjøring

Kunngjøring er ikke påkrevet dersom oppdragsgiver ikke mottok forespørsler om å delta eller tilbud, eller dersom disse ikke var egnede. Oppdragsgiver kan i så fall ikke gjøre vesentlige endringer i vilkårene for konsesjonskontrakten.

§ 10-5 Kunngjøring av konsesjonstildeling

(1) Oppdragsgiver skal kunngjøre tildeling av en konsesjonskontrakt senest innen 48 dager etter at konsesjonskontrakten er tildelt. Kunngjøringen skal inneholde opplysninger som angitt i vedlegg VII.

(2) For kontraktstildelinger som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser jf. § 8-2, skal kunngjøringen inneholde opplysninger angitt i vedlegg VIII, og sendes samlet innen 48 dager etter utgangen av hvert kvartal.

(3) Kunngjøringen av kontraktsinngåelsen skal offentliggjøres i samsvar med § 10-6.

§ 10-6 Krav til innholdet i kunngjøringer

(1) Kunngjøringer som nevnt i §§ 10-2 til 10-5 skal inneholde opplysninger som fremgår av vedlegg V, VI, VII, VIII og XI til konsesjonskontrakt-direktivet. Opplysningene skal gis i kunngjørings-skjema.

(2) Departementet kan gi forskrift om hvilke opplysninger som skal fremgå av kunngjøringer, og hvilken informasjon som skal fremgå av kunngjørings-skjema.

(2) Kunngjøringen skal være på ett av de offisielle EU-språkene, og det er bare kunngjøringen på EU-språket som er gyldig.

(3) Oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøringen.

§ 10-7 Nasjonal kunngjøring

(1) Kunngjøringene i §§ 10-2 til 10-5, eller opplysningene i disse, skal ikke kunngjøres nasjonalt eller på annen måte gjøres kjent før den dagen de publiseres i TED-databasen. Dette gjelder likevel ikke hvis TED-databasen ikke har publisert kunn-

gjøringen innen 48 timer etter at oppdragsgiver har mottatt bekreftelse på mottak av kunngjøringen.

(2) Den nasjonale kunngjøringen skal ikke inneholde andre opplysninger enn dem som blir publisert i TED-databasen eller på en kjøperprofil.

(3) Oppdragsgiver kan ikke offentliggjøre veiledende kunngjøringer på sin kjøperprofil før den dagen offentliggjøring om bruk av kjøperprofilen sendes til TED-databasen. Oppdragsgiver skal angi dato for oversendelsen.

§ 10-8 Elektronisk tilgang til konsesjonsdokumenter

(1) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til konsesjonsdokumentene fra kunngjøringsdatoen, eller fra det tidspunktet invitasjon til å inngi tilbud ble sendt. Konsesjonskunngjøringen skal inneholde internettadressen der konsesjonsdokumentene er tilgjengelig.

(2) Dersom det i særlige tilfeller, av ekstraordinære sikkerhetsmessige eller tekniske årsaker som følge av særlig følsomme opplysninger som krever en høy grad av beskyttelse, ikke kan tilbys jf. første ledd, skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen eller i invitasjonen at dokumentene blir oversendt på annen måte. Tilbudsfristen skal i disse tilfeller forlenges.

(3) Oppdragsgiver skal svare på spørsmål eller levere tilleggsopplysninger knyttet til konsesjonsdokumentene til alle leverandører som deltar i tildelingsprosedyren. Dette gjelder likevel så langt forespørselen er fremsatt i tide, og senest seks dager før tilbudsfristen.

Kapittel 11 Planlegging og gjennomføring av konkurransen

§ 11-1 Kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonen skal angi kravene som stilles til egenskapene til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som konsesjonskontrakten gjelder, i form av tekniske eller funksjonelle krav. Kravene skal ha tilknytning til leveransen og angis i konsesjonsdokumentene.

(2) Kravspesifikasjonen kan vise til alle sider av og trinn i livssyklusen til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene

(3) Kravspesifikasjonen kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. En slik henvisning er likevel tillatt dersom en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden ikke er mulig å utarbeide.

Henvisningen skal følges av uttrykket «eller tilsvarende»

(4) Oppdragsgiver kan ikke avvise et tilbud med den begrunnelsen at de tilbudte bygge- og anleggsarbeidene og tjenestene ikke oppfyller de tekniske kravene og funksjonskravene, dersom leverandøren på egnet måte godtgjør i tilbudet at de løsningene som foreslås på en likeverdig måte oppfyller de tekniske kravene i spesifikasjonen.

§ 11-2 *Generelle krav til gjennomføring av konkurransen*

(1) Konesesjoner skal tildeles på grunnlag av tildelingskriterier som er fastsatt av oppdragsgiveren i samsvar med § 11-11, forutsatt at følgende vilkår er oppfylt

- a. tilbudet oppfyller minstekravene
- b. leverandøren oppfyller vilkårene for å delta i konkurransen jf. § 11-3
- c. tilbyderen ikke er avvist jf. reglene i kapittel 12

(2) Oppdragsgiver kan begrense antallet leverandører til et hensiktsmessig antall, forutsatt at dette gjøres på en åpen måte og på grunnlag av objektive kriterier. Antallet leverandører skal være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

(3) Oppdragsgiveren skal oversende alle deltakerne beskrivelsen av plan for organiseringen av prosedyren og en veiledende frist for gjennomføring. Alle endringer skal formidles til alle deltakere, og hvis endringene gjelder opplysninger som er angitt i konsesjonskunngjøringen, skal alle potensielle leverandører orienteres.

(4) Oppdragsgiver skal sørge for egnet dokumentasjon av trinnene i anskaffelsesprosessen.

(5) Oppdragsgiver kan gjennomføre forhandlinger med leverandører. Konesesjonens gjennstand, tildelingskriteriene og kvalifikasjonskravene skal ikke endres under forhandlingene.

§ 11-3 *Kvalifikasjonskrav*

(1) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner, inkludert krav til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner.

(2) Oppdragsgivere skal kontrollere kvalifikasjonskravene som gjelder leverandørens faglige og tekniske dyktighet og finansielle og økonomiske evne, på grunnlag av egenerklæringer eller referanser. Dette skal framlegges som dokumentasjon i samsvar med kravene angitt i konsesjonskunngjøringen.

(3) Kravene skal være ikke-diskriminerende og stå i rimelig forhold til hva konsesjonskontrakten gjelder.

(4) Kravene skal ha tilknytning til leveransen og være relevante for å sikre at leverandøren har kvalifikasjonene til å utføre konsesjonskontrakten. Det skal tas hensyn til hva konsesjonskontrakten gjelder og målet om å sikre reell konkurranse.

§ 11-4 *Andre aktørers kapasitet*

(1) For å oppfylle kvalifikasjonskravene kan en leverandør, når det er relevant og i forbindelse med en bestemt konsesjonskontrakt, utnytte andre leverandørers kapasitet, uavhengig av hvordan vedkommende rettslig sett er tilknyttet de aktuelle leverandørene.

(2) Dersom en leverandør ønsker å utnytte andre leverandørers kapasitet, skal vedkommende dokumentere overfor oppdragsgiveren at den vil ha rådighet over de nødvendige ressursene i konsesjonsperioden, for eksempel ved å framlegge en erklæring om dette fra de aktuelle leverandørene.

(3) Når det gjelder finansiell evne, kan oppdragsgiveren kreve at leverandøren og de andre leverandørene er solidarisk ansvarlige for gjennomføringen av konsesjonskontrakten.

(4) På samme vilkår kan en gruppe av leverandører som nevnt i § 9-4 utnytte kapasiteten til deltakere i gruppen eller til andre leverandører.

§ 11-5 *Fastsettelse av frister*

(1) Når oppdragsgiver setter frister for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen, skal det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsel eller tilbud.

(2) Når det bare er mulig å gi tilbud etter en befaring eller en gjennomgang av supplerende konsesjonsdokumenter på stedet, skal oppdragsgiver sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen.

§ 11-6 *Minimumsfrister*

(1) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager fra den datoen da konsesjonskunngjøringen sendes til TED-databasen. Dette gjelder uavhengig av om forespørselen inkluderer tilbud.

(2) Dersom konkurransen foregår i flere trinn, skal fristen for mottak av det innledende tilbudet være minst 22 dager fra den datoen oppdragsgiver sender invitasjon til å gi tilbud.

§ 11-7 *Inngivelse av tilbud*

(1) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud skal være minst

25 dager regnet fra den dagen den alminnelige kunngjøringen sendes til TED-databasen. Dersom oppdragsgiveren ikke krever at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 30 dager.

(2) I konkurranser hvor bare leverandørene som blir invitert av oppdragsgiveren, kan gi tilbud, skal fristen for mottak av det første tilbudet være minst 22 dager regnet fra den dagen oppdragsgiveren sender invitasjonen til å gi tilbud.

§ 11-8 Meddelelse fra oppdragsgiver

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutning om å tildele en konsesjonskontrakt, herunder:

- a. navn på valgte leverandør
- b. begrunnelsen for at leverandørens forespørsel eller tilbud ble avvist
- c. begrunnelse for å avlyse eller gjenoppta konkurransen

(2) Meddelelse om tildelingsbeslutningen skal inneholde informasjon om hvilken leverandør som har vunnet kontrakten og hvorfor. Oppdragsgiver skal også opplyse om karenperioden.

§ 11-9 Meddelelse etter forespørsel fra en berørt leverandør

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiver så fort som mulig, og uansett innen femten dager fra å ha mottatt en skriftlig henvendelse, informere enhver leverandør som har innlevert et gyldig tilbud, om egenskapene og de relative fordelene ved det valgte tilbudet.

§ 11-10 Opplysninger som kan unntas fra meddelelser

Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra begrunnelsen dersom utsendelse vil hindre håndhevingen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene.

§ 11-11 Tildelingskriterier

(1) Konsesjonskontrakter skal tildeles på grunnlag av objektive tildelingskriterier som er i samsvar med prinsippene i § 4-2, og som sikrer at tilbudene vurderes på reelle konkurransevilkår. Kriteriene skal angis i prioritert rekkefølge.

(2) Tildelingskriteriene skal være knyttet til det konsesjonen gjelder og skal ikke gi oppdragsgiveren ubegrenset valgfrihet. Tildelingskriteri-

ene kan blant annet omfatte miljøkriterier, sosiale kriterier eller kriterier som fremmer innovasjon.

(3) Oppdragsgiver skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium. Dokumentasjonskravene skal gjøre det mulig å kontrollere leverandørens opplysninger på en effektiv måte. Oppdragsgiveren skal kontrollere om det er reell overensstemmelse mellom tilbudene og tildelingskriteriene.

§ 11-12 Valg av tilbud når det foreslås en innovativ løsning

(1) Dersom oppdragsgiver mottar et tilbud som inneholder en innovativ løsning med en usdvanlig god funksjonell ytelse som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne ha forutsett, kan oppdragsgiver endre rekkefølgen på tildelingskriteriene for å ta hensyn til denne innovative løsningen.

(2) I slike tilfeller skal oppdragsgiver meddele alle leverandører som har inngitt tilbud om endringen i prioriteringsrekkefølgen og kunngjøre en ny konkurranse som tar hensyn til minstefristene som er nevnt i § 11-6 andre ledd. Oppdragsgiveren skal kunngjøre konkurransen på nytt i samsvar med minstefristene som er nevnt i § 11-6 første ledd dersom tildelingskriteriene ble publisert samtidig med kunngjøring av konkurransen.

(3) Endringen av prioriteringsrekkefølgen skal ikke føre til forskjellsbehandling.

Kapittel 12 Regler om avvisning

I. Avvisning på grunn av formalfeil

§ 12-1 Avvisning på grunn av formalfeil

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør eller et tilbud

- a. når tilbudet ikke er mottatt innen tilbudsfristen
- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør eller et tilbud dersom det ikke er uforholdsmessig

- a. når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er mottatt innen fristen
- b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller kravene til utforming som oppdragsgiver har fastsatt

II. Avvisning på grunn av forhold ved leverandør

§ 12-2 Avvisning knyttet til betaling av skatt, avgift og trygdeavgift

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren

ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig.

(2) Oppdragsgiver kan også avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandør er etablert, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Oppdragsgivere som nevnt i § 1-3, første ledd skal avvise en leverandør for overtredelser som nevnt i første ledd.

(4) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter denne bestemmelsen dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

(5) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren.

12-3 *Avvisningsgrunner som følge av straffbare forhold*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold:

- a. deltakelse i en kriminell organisasjon
- b. korrupsjon
- c. bedrageri
- d. terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- e. hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- f. barnearbeid og andre former for menneskehandel.

(2) Oppdragsgivere som nevnt i § 1-3, første ledd skal avvise en leverandør for overtredelser som nevnt i første ledd.

(3) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren.

(4) Dersom utelukkelsesperioden ikke er fastsatt gjennom endelig dom, skal leverandøren maksimalt utestenges i fem år fra den datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget i tilfellene nevnt i første ledd.

§ 12-4 *Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av habilitet*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 1-8

(2) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og det er skjedd en urimelig konkurransevridding som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiver gi leverandøren en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridding.

§ 12-5 *Frivillige avvisningsgrunner*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når

- a. oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg X
- b. som er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess
- c. dersom oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlig yrkesmessig forsømmelse, som medfører tvil om leverandørens integritet
- d. når oppdragsgiver har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen
- e. som tidligere har vist betydelige eller vedvarende kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av et vesentlig krav i en tidligere offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivene. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner.
- f. som har gitt grovt uriktige opplysninger, har tilbakeholdt opplysninger eller ikke har inngitt supplerende dokumenter knyttet til avvisning og utvelgning.
- g. som utilbørlig har forsøkt å påvirke beslutningsprosessen hos oppdragsgiver, å innhente fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren urettmessige konkurransefordeler ved tildeling, eller uaktsomt å gi villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på

beslutninger om avvisning, utvelging eller til-
deling.

- h. når oppdragsgiver skal inngå en konsesjons-
kontrakt på forsvars- og sikkerhetsområdet
som nevnt i direktiv om forsvarsanskaffelser
der det kan dokumenteres at den økonomiske
aktøren ikke er tilstrekkelig pålitelig til å ute-
lukke sikkerhetsrisiko

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør
etter bokstavene a, c, d og e i inntil tre år fra den
relevante hendelsen.

§ 12-6 Identifikasjon etter §§ 12-3 til 12-5

(1) Ved vurderingen av om en leverandør skal
avvises etter § 12-3, skal oppdragsgiver sidestille
feil eller overtredelser begått av en person i leve-
randørens administrasjons-, ledelses- eller kon-
trollorgan, eller som har kompetanse til å repre-
sentere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike
organer, med feil eller overtredelser begått av
leverandøren selv.

(2) Ved vurderingen av om en leverandør kan
eller skal avvises etter §§ 12-4 og 12-5, kan opp-
dragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått
av personer som nevnt i første ledd, med feil eller
overtredelser begått av leverandøren selv.

(3) Ved vurderingen av om en leverandør kan
eller skal avvises etter §§ 12-3 til 12-5 kan feil eller
overtredelser begått av en annen juridisk person
sidestilles med feil eller overtredelser begått av
leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal
særlig bero på en vurdering av graden av tilknyt-
ning mellom virksomhetene, inkludert person-
felleskap og styrefelleskap, og omgåelses-
betraktninger.

§ 12-7 Tiltak for å unngå avvisning etter §§ 12-3 til 12-5

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leveran-
dør etter §§ 12-3 til 12-5, dersom leverandøren kan
dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak
som viser at leverandøren likevel har den nødven-
dige integriteten som kontraktspart

- betalt erstatning som leverandøren er pålagt
for eventuelle tap som følge av forholdet, eller
gitt tilsagn om slik betaling,
- aktivt samarbeidet med ansvarlige myndig-
heter for å klargjøre fakta og omstendigheter
ved forholdet og
- truffet egnede tekniske, organisatoriske og
personalmessige tiltak for å forebygge gjenta-
kelser.

(2) Ved vurderingen av om tiltakene som
nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdrags-
giver legge vekt på grovheten av og de særlige

omstendighetene ved feilen eller overtredelsen.
Dersom oppdragsgiver ikke vurderer tiltakene
som tilstrekkelige, skal oppdragsgiver gi leveran-
døren en begrunnelse.

(3) En leverandør som ved en endelig dom er
utelukket fra å delta i en offentlig anskaffelse, kan
ikke unngå avvisning ved å vise til self cleaning til-
tak i henhold til denne bestemmelsen i løpet av
avvisningsperioden som følger av den endelige
dommen i den medlemsstaten der dommen er gyl-
dig.

§ 12-8 Dokumentasjon for fravær av avvisnings- grunner

(1) Oppdragsgiver skal godta følgende doku-
mentasjon som tilstrekkelig bevis for at det ikke
foreligger avvisningsgrunner

- vandelsattest eller et tilsvarende dokument
utstedt av et kompetent organ i leverandørens
hjemstat eller den staten hvor leverandøren er
etablert, som viser at det ikke foreligger avvis-
ningsgrunner som nevnt i § 12-3.
- attest utstedt av et kompetent organ i leveran-
dørens hjemstat eller den staten hvor leveran-
døren er etablert, som viser at det ikke fore-
ligger avvisningsgrunner som nevnt i § 12-1
første og andre ledd og § 12-5 bokstav b.

(2) Dersom det ikke utstedes dokumenter
som nevnt i første ledd i leverandørens hjemstat
eller den staten hvor leverandøren er etablert,
eller dersom de ikke dekker alle avvisnings-
grunnene som nevnt i § 12-1 første ledd, 12-3 og
§ 12-5 bokstav b, kan oppdragsgiver godta en
egenerklæring som tilstrekkelig bevis. Oppdrags-
giver kan kreve at leverandøren i stedet skal frem-
legge en erklæring avgitt under ed eller en forsik-
ring avgitt for et kompetent organ i leverandørens
hjemstat eller den stat hvor leverandøren er eta-
blert, når dette er angitt i anskaffelsesdokument-
ene.

§ 12-9 Avvisning av leverandør som følge av andre forhold

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør
som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan avvise når det fore-
ligger en interessekonflikt mellom oppdragsgiver
og leverandør som kan ha negativ innvirkning på
kontraktoppfølgelsen.

III. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

§ 12-10 Obligatorisk avvisningsgrunn knyttet til tilbudet

Oppdragsgiver har plikt til å avvise

- a. tilbud som ikke anses bindende
- b. tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene

§ 12-11 *Frivillig avvisningsgrunner knyttet til tilbudet*

Oppdragsgiver kan avvise tilbud

- a. som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige
- b. ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg X
- c. som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt på forhånd
- d. oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til c

IV. Fremgangsmåten ved avvisning

§ 12-12 *Beslutning om avvisning*

(1) Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet. Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen avvise en leverandør fra konkurransen dersom det viser seg at vilkårene for å avvise er oppfylt.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avvisningen.

Kapittel 13 Regler for gjennomføring av konsesjoner

§ 13-1 *Underleverandører*

(1) Oppdragsgiver kan angi i konsesjonsdokumentene at leverandøren i tilbudet skal oppgi hvilke deler av kontrakten som det er planlagt at en underleverandør skal utføre. Dette har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver.

(2) Ved bygge- og anleggskonsesjoner, og tjenester på steder som er under oppdragsgivers direkte tilsyn, skal oppdragsgiver kreve at leverandøren oppgir navn, kontaktopplysninger og hvem som har signaturrett for underleverandøren. Opplysningene skal innleveres senest ved kontraktsoppstart, dersom opplysningene er kjent på dette tidspunktet. Oppdragsgiver skal også stille krav om å bli informert om endringer i slike opplysninger i kontraktsperioden, inkludert opplysninger om nye underleverandører.

(3) Oppdragsgiver kan kreve opplysninger som angitt i andre ledd også for leverandører lenger ned i leverandørkjeden.

(4) Oppdragsgiver kan kontrollere om en underleverandør i en situasjon som nevnt i §§ 12-2 til 12-5. Oppdragsgivere som ønsker å kontrollere om en underleverandør er i en situasjon som nevnt i §§ 12-1 første og andre ledd, 12-3 og 15 bokstav b kan innhente dokumentasjon som nevnt i § 12-8. Hvis underleverandøren er i en situasjon som nevnt i §§ 12-2 til 12-4 skal oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter underleverandør. Dersom underleverandør er i en situasjon som nevnt i § 12-5, kan oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter ut underleverandør.

§ 13-2 *Endringer i inngått kontrakt*

(1) Kontrakter kan endres uten ny konkurranse når endringene ikke er vesentlige. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

(2) En endring er alltid vesentlig når den

- a. innfører vilkår som ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør
- b. endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren
- c. utvider kontraktens omfang betydelig eller
- d. gjelder bytte av leverandøren som ble tildelt kontrakten i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 13-4.

§ 13-3 *Endringsklausuler*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt uten ny anskaffelsesprosess dersom endringen er gjort i medhold av en endringsklausul.

(2) Endringsklausuler skal angis i konsesjonsdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausuler kan ikke åpne for at konsesjonens overordnede art blir endret.

§ 13-4 *Bytte av kontraktspart*

(1) Oppdragsgiver kan erstatte leverandøren som opprinnelig ble tildelt kontrakten med en ny leverandør, når denne helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens posisjon i kontraktsforholdet som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Den nye leverandøren må oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og det kan ikke gjøres andre vesentlige endringer i kontrakten. Utskiftning av leverandøren må ikke skje for å omgå loven.

(2) Oppdragsgiver kan også skifte ut leverandøren dersom dette fremgår av en endringsklausul som oppfyller vilkårene i § 13-3 andre ledd.

§ 13-5 *Nødvendige endringer*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt uten ny anskaffelsesprosess dersom det blir nødvendig med tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette gjelder bare dersom bytte av leverandøren ikke kan gjøres av økonomiske eller tekniske årsaker, og vil medføre betydelige ulemper eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver.

(2) Det kan også gjøres endringer uten ny anskaffelsesprosess dersom endringene er nødvendige på grunn av omstendigheter som en akt-som oppdragsgiver ikke kunne forutse, og anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) For kontrakt som ikke er forsyningsaktivitet som er omfattet av konsesjonskontraktdirektivet vedlegg 2, kan endringer i medhold av denne bestemmelsen ikke medføre en verdiøkning som overstiger 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Gjøres det flere endringer etter hverandre, gjelder denne begrensningen for hver enkelt endring. Slike påfølgende endringer må ikke gjøres for å omgå loven.

(4) Når det gjelder beregningen av verdien nevnt i første til tredje ledd, skal den oppdaterte verdien være referanseverdien dersom konsesjonen inneholder en indekssklausul. Dersom konsesjonen ikke inneholder en indekssklausul, skal den oppdaterte prisen beregnes ved å ta hensyn til den gjennomsnittlige inflasjonen i Norge.

(5) Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i medhold av denne bestemmelsen etter § 10-2.

§ 13-6 *Endringer med lav verdi*

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt uten ny anskaffelsesprosess og uten at det vurderes om vilkårene i §§ 13-2 til 13-5 oppfylt dersom verdien av endringen er lavere enn begge de følgende verdiene

- a. terskelverdien i § 6-1 og
- b. 10 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien

(2) Dette gjelder bare når anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Dersom det foretas flere endringer etter hverandre, skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede nettoverdien av alle endringene. Bestemmelsen i § 13-5 fjerde ledd gjelder tilsvarende.

§ 13-7 *Oppsigelsesrett*

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

- a. det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. §§ 13-2 til 13-6
- b. leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt i §§ 12-2 til 12-5
- 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
- d. leverandøren i løpet av kontraktens løpetid blir omfattet av en av avvisningsgrunnene i §§ 12-2 til 12-5 og ikke kan dokumentere sin pålitelighet etter § 12-7.

§ 13-8 *Oppsigelsesplikt*

(1) Oppdragsgiver skal si opp en kontrakt som er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som er satt til side ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene. Kontrakten skal sies opp med et passende varsel.

(2) Plikten i første ledd gjelder ikke der det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres.

(3) Oppdragsgivers eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten skal offentliggjøres samme sted som anskaffelsesdokumentene senest syv kalenderdager etter offentliggjøringen av den endelige avgjørelsen av klagenemnda eller domstolene.

(4) Bestemmelsen gjelder ikke der § 27-1 i anskaffelsesloven om uten virkning kommer til anvendelse.

(5) Er det under en klagesak nedlagt påstand om å sette til side en tildelingsbeslutning, kan klagenemnda etter påstand fra klager eller oppdragsgiver avgi en ikke-bindende og foreløpig uttalelse av om det foreligger særlige forhold, som tilsier at kontrakten videreføres, jf. første ledd.

(6) En klage på oppdragsgivers videreføring av en kontrakt som er satt til side i henhold til første ledd må påklages til klagenemnda innen 20 kalenderdager fra dagen etter at oppdragsgiver har meddelt sin beslutning.

Del IV Håndheving

§ 14-1 *Håndheving*

Reglene i lov om offentlige anskaffelser kapittel 25 til 33 gjelder tilsvarende for konsesjonskontrakter som er omfattet av denne lov.

Del V Avsluttende bestemmelser

Kapittel 15 Avsluttende bestemmelser

§ 15-1 Ikrafttredelse og overgangsregler

(1) Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves [gjeldende anskaffelsesregelverk].

(2) Departementet kan gi forskrift om overgangsregler.

1.5 Utkast til endringer i konkurranseloven

§ 9 Konkurransetilsynets oppgaver

Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å

- a. kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes,
- b. foreta nødvendige inngrep mot foretaks sammenslutninger,
- c. iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet,
- d. håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og
- e. påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal det organ som forestår tiltaket, svare Konkurransetilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivare tatt.
- f. føre tilsyn og ta imot klager for brudd på anskaffelsesregelverkets bestemmelser om ulovlig direkteanskaffelser og ilegge sanksjoner for slike brudd. Tilsynet kan også håndheve andre brudd på anskaffelsesregelverket som er til skade for konkurransen i markedet.

§ 35 Konkurranseskilagenemndas oppgaver mv.

Konkurranseskilagenemnda skal behandle klager over Konkurransetilsynets vedtak og avgjørelser, med unntak av vedtak etter pristiltaksloven og vedtak som er knyttet til brudd på anskaffelsesregelverket.

Departementet behandler klager over vedtak eller avgjørelser Konkurranseskilagenemnda treffer i første instans.

1.6 Mindretallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi

1.6.1 Utvalgsmedlem Dankertsen Hennyng

Del II Anskaffelser under EØS-terskelverdi

I Vare- og tjenesteanskaffelser

§ 3-1 Vare- og tjenesteanskaffelser

[Lik som flertallets forslag]

II Bygge- og anleggsanskaffelser

§ 3-2 Bygge- og anleggsanskaffelser

(1) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 3 millioner kroner, gjelder § 3-1 tilsvarende.

(2) Ved anskaffelser av bygge- og anleggskontrakter med antatt verdi lik eller over tre millioner kroner skal oppdragsgiver kunngjøre anskaffelsen i Doffin.

(3) Kunngjøringsplikten gjelder ikke når oppdragsgiver etter kunngjort konkurranse ikke mottar tilbud, eller alle tilbud i en forutgående kunngjort konkurranse ble avvist eller det foreligger andre særlige forhold.

§ 3-3 Markedsdialog

(1) Oppdragsgiver kan gjennomføre markedsdialog for å forberede anskaffelsen og gi informasjon til leverandørene om sine planer og behov.

(2) Oppdragsgiver kan søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører. Rådene kan brukes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen. Forutsetningen er at rådene ikke har konkurransevridende effekt.

§ 3-4 Generelle prosedyreregler

(1) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsmessige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(2) Oppdragsgiver skal fastsette regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres i tilbudsinnskydelsen, herunder hvilke forhold oppdragsgiver vil vurdere ved valg av tilbud.

(3) Frem til signering av kontrakten kan oppdragsgiveren foreta endringer i anskaffelsesdokumentene som ikke er vesentlige.

(4) Oppdragsgiver kan fritt innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av man-

glende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, samt avklare og forhandle om alle sider av tilbudet.

(5) Oppdragsgiver må i anskaffelsesdokumentene opplyse om han planlegger å gjennomføre forhandlinger. Dersom oppdragsgiveren planlegger å forhandle, skal oppdragsgiver angi hva forhandlingene vil gjelde og så vidt mulige beskrive hvordan forhandlingene vil bli gjennomført.

§ 3-5 *Kravspesifikasjoner*

(1) Kravspesifikasjoner skal angi kravene som stilles til egenskapene til bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe.

(2) Kravene skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. De kan vise til alle sider av, og trinn i, livssyklusen til bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder.

§ 3-6 *Kvalifikasjonskrav*

Oppdragsgiver kan fastsette krav til leverandørens kvalifikasjoner sammen med tilhørende dokumentasjonskrav. Kravene skal ha tilknytning, og stå i forhold, til leveransen.

§ 3-7 *Tildelingskriterier*

(1) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier som skal angis i prioritert rekkefølge i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium.

(2) Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene skal ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet.

(3) Oppdragsgiver kan bruke det samme vurderingstemaet både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium.

§ 3-8 *Tilbudets form, tilbuds- og vedståelsesfrist*

(1) Tilbudet skal være skriftlig. Oppdragsgiver kan kreve at tilbudet skal leveres kun i elektronisk format.

(2) Ved angivelse av frist for å inngi tilbud og eventuell forespørsel om å delta i konkurransen, skal oppdragsgiveren ta hensyn til anskaffelsens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud.

(3) Oppdragsgiver skal fastsette en forholdsmessig vedståelsesfrist som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. Fristen skal være minst 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen.

(4) *Vedståelsesfristen kan forlenges så fremt dette ikke fører til en vesentlig endring av grunn-*

laget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud. § 3-9 *Alternative tilbud*

Oppdragsgiver kan tillate alternative tilbud, dersom de alternative tilbud oppfyller de minstekrav som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan bestemme at alternative tilbud ikke kan mottas.

§ 3-10 *Kontraktsvilkår*

Kontraktsvilkår skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse.

§ 3-11 *Avvisning*

Reglene i §§ 16-1 til 16-12 gjelder tilsvarende.

§ 3-12 *Tidspunkt for avvisning*

Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet, og gi leverandører en skriftlig meddelelse om avvisningen.

§ 3-13 *Avlysning*

(1) Oppdragsgiver har rett til å avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avlysning. Meddelsen skal inneholde en kort begrunnelse og opplyse om det vil gjennomføres en ny konkurranse om den samme kontraktsgjenstanden.

§ 3-14 *Meddelelse om valg leverandør*

(1) Oppdragsgiver skal gi en skriftlig meddelelse til berørte leverandører om hvilken leverandør som har vunnet, før kontrakten inngås. Oppdragsgiver skal i meddelelsen gi en begrunnelse for valget, og angi en karenperiode i meddelelsen.

(2) Oppdragsgiver kan tidligst inngå en kontrakt etter utløpet av en rimelig karenperiode som er fastsatt av oppdragsgiveren.

(3) Kravet om karenperiode gjelder ikke i følgende tilfeller

- når oppdragsgiver ikke har plikt til å kunngjøre konkurransen
- når valgte leverandør er eneste berørte leverandør.

§ 3-15 *Omgjøring*

Dersom oppdragsgiver finner at beslutning om valg av leverandør eller tildeling av kontrakt er i strid med reglene for konkurransen kan beslutningen omgjøres frem til kontrakt er inngått.

§ 3-16 Dokumentasjon

Oppdragsgiver skal sikre at vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen dokumenteres skriftlig i en anskaffelsesprotokoll.

§ 3-17 Endringer i kontrakt

Oppdragsgiver kan foreta endringer som ikke er vesentlige i kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse. Endringer i leveransen i medhold av justerings- eller endringsklausuler i kontrakt eller anskaffelsesdokumentene er ikke vesentlig endringer.

Del IV Håndheving

Følgende særregulering for anskaffelser under EØS-terskelverdi:

§ 29-1 Klager på anskaffelser med antatt verdi under EØS-terskelverdi

(1) Enhver som oppfyller vilkårene i § 25-5 kan klage til klagenemnda for å få en avgjørelse på om oppdragsgiver har overholdt regelverket.

(2) Klage må fremsettes senest innen en måned etter kontrakt er inngått.

(3) Klage som gjelder habilitetsregler eller favoriseringsforbudet er ikke omfattet av fristen i andre ledd.

§ 29-2 Ulovlig direkteanskaffelser

(1) Dersom KOFA kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, skal organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Dersom organet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, kan organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr.

(2) Overtredelsesgebyr etter første ledd kan ikke legges dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring, og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

(3) Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal legges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkteanskaffelser og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 5 prosent av anskaffelsens verdi, oppad begrenset til femten millioner kroner og nedad begrenset til 40 000 kroner.

1.6.2 Utvalgsmedlem Gjønnnes

Del II Anskaffelser under EØS-terskelverdi

I Vare- og tjenesteanskaffelser

§ 3-1 Vare- og tjenesteanskaffelser

[Lik som flertallets forslag]

II Bygge- og anleggsanskaffelser

§ 3-2 Bygge- og anleggsanskaffelser

(1) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 3 millioner kroner, gjelder § 3-1 tilsvarende.

(2) Ved anskaffelser av bygge- og anleggskontrakter med antatt verdi lik eller over tre millioner kroner skal oppdragsgiver kunngjøre anskaffelsen i Doffin.

(3) Kunngjøringsplikten gjelder ikke når oppdragsgiver etter kunngjort konkurranse ikke mottar tilbud, eller alle tilbud i en forutgående kunngjort konkurranse ble avvist eller det foreligger andre særlige forhold.

§ 3-3 Markedsdialog

(1) Oppdragsgiver kan gjennomføre markedsdialog for å forberede anskaffelsen og gi informasjon til leverandørene om sine planer og behov.

(2) Oppdragsgiver kan søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter, leverandører eller andre markedsaktører. Rådene kan brukes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsen. Forutsetningen er at rådene ikke har konkurransevridende effekt.

§ 3-4 Generelle prosedyreregler

(1) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsmessige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

(2) Oppdragsgiver skal fastsette regler for hvordan konkurransen skal gjennomføres i tilbudsinnsendelsen, herunder hvilke forhold oppdragsgiver vil vurdere ved valg av tilbud.

(3) Frem til signering av kontrakten kan oppdragsgiveren foreta endringer i anskaffelsesdokumentene som ikke er vesentlige.

(4) Oppdragsgiver kan fritt innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, samt avklare og forhandle om alle sider av tilbudet.

(5) Oppdragsgiver må i anskaffelsesdokumentene opplyse om han planlegger å gjennomføre

forhandlinger. Dersom oppdragsgiveren planlegger å forhandle, skal oppdragsgiver angi hva forhandlingene vil gjelde og så vidt mulige beskrive hvordan forhandlingene vil bli gjennomført.

§ 3-5 *Kravspesifikasjoner*

(1) Kravspesifikasjoner skal angi kravene som stilles til egenskapene til bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiver skal anskaffe.

(2) Kravene skal ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. De kan vise til alle sider av, og trinn i, livssyklusen til bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder.

§ 3-6 *Kvalifikasjonskrav*

Oppdragsgiver kan fastsette krav til leverandørens kvalifikasjoner sammen med tilhørende dokumentasjonskrav. Kravene skal ha tilknytning, og stå i forhold, til leveransen.

§ 3-7 *Tildelingskriterier*

(1) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av objektive tildelingskriterier som skal angis i prioritert rekkefølge i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium.

(2) Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene skal ikke være så skjønnspregede at de gir oppdragsgiveren en ubegrenset valgfrihet.

(3) Oppdragsgiver kan bruke det samme vurderingstemaet både som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium.

§ 3-8 *Tilbudets form, tilbuds- og vedståelsesfrist*

(1) Tilbudet skal være skriftlig. Oppdragsgiver kan kreve at tilbudet skal leveres kun i elektronisk format.

(2) Ved angivelse av frist for å inngi tilbud og eventuell forespørsel om å delta i konkurransen, skal oppdragsgiveren ta hensyn til anskaffelsens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud.

(3) Oppdragsgiver skal fastsette en forholdsmessig vedståelsesfrist som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. Fristen skal være minst 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen.

(4) Vedståelsesfristen kan forlenges så fremt dette ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud.

§ 3-9 *Alternative tilbud*

Oppdragsgiver kan tillate alternative tilbud, dersom de alternative tilbud oppfyller de minstekrav som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan bestemme at alternative tilbud ikke kan mottas.

§ 3-10 *Kontraktsvilkår*

Kontraktsvilkår skal ha tilknytning til leveransen og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Der det finnes fremforhandlede og balanserte kontraktstandarder, skal oppdragsgiveren som hovedregel bruke disse.

§ 3-11 *Avvisning*

Reglene i §§ 16-1 til 16-12 gjelder tilsvarende.

§ 3-12 *Tidspunkt for avvisning*

Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet, og gi leverandører en skriftlig meddelelse om avvisningen.

§ 3-13 *Avlysning*

(1) Oppdragsgiver har rett til å avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avlysning. Meddelsen skal inneholde en kort begrunnelse og opplyse om det vil gjennomføres en ny konkurranse om den samme kontraktsgjenstanden.

§ 3-14 *Meddelelse om valg leverandør*

(1) Oppdragsgiver skal gi en skriftlig meddelelse til berørte leverandører om hvilken leverandør som har vunnet, før kontrakten inngås. Oppdragsgiver skal i meddelelsen gi en begrunnelse for valget, og angi en karenperiode i meddelelsen.

(2) Oppdragsgiver kan tidligst inngå en kontrakt etter utløpet av en rimelig karenperiode som er fastsatt av oppdragsgiveren.

(3) Kravet om karenperiode gjelder ikke i følgende tilfeller

- når oppdragsgiver ikke har plikt til å kunngjøre konkurransen
- når valgte leverandør er eneste berørte leverandør.

§ 3-15 *Omgjøring*

Dersom oppdragsgiver finner at beslutning om valg av leverandør eller tildeling av kontrakt er i strid med reglene for konkurransen kan beslutningen omgjøres frem til kontrakt er inngått.

§ 3-16 Dokumentasjon

Oppdragsgiver skal sikre at vesentlige forhold og viktige beslutninger i anskaffelsesprosessen dokumenteres skriftlig i en anskaffelsesprotokoll.

§ 3-17 Endringer i kontrakt

Oppdragsgiver kan foreta endringer som ikke er vesentlige i kontrakt uten å gjennomføre en ny konkurranse. Endringer i leveransen i medhold av justerings- eller endringsklausuler i kontrakt eller anskaffelsesdokumentene er ikke vesentlig endringer.

Del IV Håndheving

§ 29-1 Klager på anskaffelser med antatt verdi under EØS-terskelverdi

(1) Enhver som oppfyller vilkårene i § 25-5 kan klage til klagenemnda for å få en avgjørelse på om oppdragsgiver har overholdt regelverket.

(2) Klage må fremsettes senest innen en måned etter kontrakt er inngått.

(3) Klage som gjelder habilitetsregler eller favoriseringsforbudet er ikke omfattet av fristen i andre ledd.

(4) Reglene om suspensjon i kapittel 26 gjelder tilsvarende for bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi mellom tre millioner kroner og opp til EØS-terskelverdi.

§ 31-2 Ulovlig direkteanskaffelser

(1) Dersom KOFA kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, skal organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Dersom organet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, kan organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr.

(2) Overtredelsesgebyr etter første ledd kan ikke ilegges dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring, og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

(3) Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte ulovlige direkteanskaffelser og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 5 prosent av anskaffelsens verdi, oppad begrenset til femten millioner kroner og nedad begrenset til 40 000 kroner.

Kapittel 2

Sammendrag

2.1 Norsk sammendrag

2.1.1 Sikkerhet og beredskap, hensynet til lokale og regionale leverandører, åpenhet om eierskap og skatt og regelverkets geografiske virkeområde

Utvalgets vurdering er at dagens anskaffelsesregelverk gir et betydelig handlingsrom for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser i anskaffelser, både over og under EØS-terskelverdiene. Utvalget har gått gjennom regelverket og vist hvor det finnes slikt handlingsrom. Det er imidlertid behov for oppdatert veiledning knyttet til hvordan oppdragsgivere kan ivareta sikkerhet og beredskap i konkrete anskaffelser. Utvalget har også foreslått at sikkerhet- og beredskap tas inn i formålsbestemmelsen og får en egen bestemmelse i kapittelet om samfunns-hensyn. Med dette får brukerne av regelverket en påminnelse om at sikkerhet og beredskapshensyn kan, og av og til bør, hensyntas.

Hensynet til lokale og regionale leverandører er et eget punkt i utvalgets mandat. Lokale og regionale leverandører vil ofte være i kategorien små og mellomstore leverandører, som er en gruppe som EU-lovgiver uttrykkelig anerkjenner at anskaffelsesregelverket må ta særskilt hensyn til. Utvalget viser hvordan oppdeling av kontrakter vil kunne legge til rette for at lokale og regionale leverandører kan konkurrere om dem. Utvalget fremhever også hvordan reell konkurransen om kontraktene er til fordel for oppdragsgiver, og for de lokale og regionale leverandørene som utsettes for konkurranse. Utvalget har fått flere innspill om lokale og regionale leverandører, noe som blant annet har ledet til en redegjørelse for adgangen til å kjøpe mat fra lokale matprodusenter.

Utvalget har videre sett nærmere på om, og eventuelt hvordan, anskaffelsesregelverket kan legge bedre til rette for åpenhet om eierskap og skatt. Når det gjelder åpenhet om eierskap, viser utvalget til at det til at det pågår egne regelverksprosesser om dette. For det første har Nærings-

og fiskeridepartementet nedsatt en arbeidsgruppe som skal utrede de nærmere rammene for et aksjeregister, og for det andre holder Finansdepartementet på å rulle ut et register over reelle rettighetshavere. Etableringen av slike registre krever grundige vurderinger av ulike problemstillinger og kryssende hensyn. Utvalget viser til at disse to registrene vil kunne ha positive virkninger for økt grad av åpenhet i offentlige anskaffelser, uten at det krever særregulering i ny anskaffelseslov. Ettersom det ikke er lagt opp til at det foreslåtte registeret over reelle rettighetshavere vil være tilgjengelig for alle oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket, men bare for offentlige myndigheter, mener utvalget det er behov for å sikre også andre oppdragsgivere tilgang til registeret.

Når det gjelder åpenhet om skatt, forstår utvalget dette som et spørsmål om hvordan man kan hindre at offentlige kontrakter går til leverandører som unndrar fortjeneste fra beskatning gjennom aggressiv skatteplanlegging. Utvalget deler denne bekymringen, men anbefaler likevel ikke at det stilles krav til offentlig land-for-land-rapportering i anskaffelsesregelverket. Offentlige oppdragsgivere har ikke forutsetninger for å vurdere om den skatteplanlegging som store, internasjonale selskaper driver med, er lovlig eller ulovlig. Såfremt skatteplanleggingen er lovlig, tillater ikke EØS-retten at offentlige oppdragsgivere avviser leverandører som man ikke mener betaler så mye i skatt som man mener de burde. Store selskapers mulighet til å minimere egen skatt gjennom aggressiv skatteplanlegging er et internasjonalt problem som må løses gjennom internasjonalt samarbeid, og håndteres av skattemyndighetene.

Med hensyn til anskaffelsesregelverkets geografiske virkeområde, foreslår utvalget å kodifisere den EØS-rettslige tilnærmingen som følger av EFTA-domstolens rettspraksis. Anskaffelsesregelverket gjelder også for offentlige kontrakter som helt eller delvis oppfylles utenfor EØS, så fremt anskaffelsen klart kan ha interesse for leverandører etablert i Norge eller andre EØS-land.

Utvalget foreslår å videreføre særreguleringen om at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet ikke får anvendelse for Svalbard, med mindre noe annet fastsettes i forskrift. I lov om forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter det inntatt tilleggsbestemmelser om geografisk virkeområde, som skyldes at regelverket på enkelte punkt inneholder en særskilt regulering av det geografiske anvendelsesområdet.

2.1.2 Endringer i håndhevingssystemet

Et velfungerende håndhevingssystem en forutsetning for at utvalgets forslag til ny anskaffelseslov skal fungere etter sin intensjon. Utvalget er særskilt bedt om å se på innretningen av erstatningsreglene som gjelder ved brudd på anskaffelsesregelverket, men mener at dette mandatpunktet ikke kan besvares uten en helhetlig gjennomgang av håndhevingssystemet. Etter utvalgets syn er håndhevingen av anskaffelsesregelverket i dag i for stor grad rettet inn mot etterfølgende erstatningssøksmål, hvor tidvis store krav om erstatning for tapt fortjeneste, «positiv kontraktsinteresse», fremsettes etter at kontrakten er inngått og kontrakten helt eller delvis er oppfylt. Samtidig mener utvalget at det er problematisk om mulighetene for å nå frem med erstatningskrav begrenses mer enn de allerede er, uten at dette kompenseres gjennom andre endringer i håndhevingssystemet, som bedre legger til rette for at feil kan påtales og rettes opp før kontrakt inngås.

Utvalget foreslår å endre dagens håndhevingssystem ved å dreie håndhevingen mot prekontraktsuell fase, og slik begrense behovet for etterfølgende erstatningssøksmål. For utvalget har det vært viktig å finne løsninger som sikrer også små og mellomstore leverandører reelle muligheter til å få stanset en kontraktstildeling og få en avgjørelse som pålegger oppdragsgiver å rette opp eventuelle feil, slik at kontrakten deretter kan tildeles rette leverandør. Utvalget har videre vært opptatt av at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) fortsatt skal være et lavterskeltilbud som tilbyr kostnadseffektiv og rask prøving av påståtte brudd på regelverket. Det er ikke ønskelig å endre KOFA til en særdomstol med fast ansatte dommere og kostnadsdrivende muntlige forhandlinger. Utvalget viser i denne sammenheng til den klagenemndsmodellen som er innført i Danmark og Island, og som har tjent som inspirasjon for utvalgets forslag.

Hovedpunktene i utvalgets forslag til håndhevingssystem er som følger:

- Klagenemndas avgjørelser gjøres bindende
- Klage til Klagenemnda innen utløpet av karensperioden suspenderer oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakten. Suspensjonen varer inntil klagenemnda har avgjort saken, eller klagenemnda kommer frem til at den oppheves
- Det overlates til domstolene å ta stilling til om det er grunnlag for å holde oppdragsgiver erstatningsansvarlig for tilbudskostnader eller tapt fortjeneste. Samtidig avskjæres muligheten for å kreve erstatning for tapt fortjeneste som følge av feil som kunne og burde vært anført alt før kontrakten ble inngått.
- Konkurransetilsynet fører tilsyn med at oppdragsgivere overholder kunngjøringsplikten.
- Konkurransetilsynet kan fremme sak til KOFA om at en kontrakt skal kjennes «uten virkning»
- Konkurransetilsynet kan også ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlig direkteanskaffelser, og eventuelle klager over Konkurransetilsynets vedtak overprøves av KOFA.

2.1.3 Oppdatert gjennomføring av håndhevingsdirektivene

Utvalget foreslår en oppdatert gjennomføring av Norges EØS-rettslige forpliktelser i håndhevingsdirektivene. Håndhevingsdirektivene inneholder bestemmelser om hva det kan klages over (klagegjensstand), hvem som kan klage (klageinteresse), plikt til å underrette eller klage til oppdragsgiver, adgangen til å få midlertidige avgjørelser, adgangen til å få tilsidesatt beslutninger truffet av oppdragsgiver, adgangen til å få erstatning, regler om karensperiode og suspensjon samt sanksjoner mot ulovlig direkteanskaffelser.

Håndhevingsdirektivene er allerede gjennomført i norsk rett, dels gjennom bestemmelser i anskaffelsesloven, og dels gjennom bestemmelser i anskaffelsesforskriften. Ettersom utvalget har foreslått en ny innretning av håndhevingssystemet, og gjennomgått direktivene på nytt for å klargjøre forholdet til EØS-retten, har dette også foranlediget at utvalget fremsetter forslag til nye og oppdaterte lovbestemmelser som gjennomfører direktivene.

Utvalget foreslår i stor grad å videreføre gjeldende rett, men med følgende endringer:

- reglene om rettslig klageinteresse harmoniseres med de tilsvarende bestemmelsene om søksmålsadgang etter tvisteloven
- suspensjon inntreffer ved klage til klagenemnda i karensperioden

- sanksjonen «uten virkning» gjøres til hovedreaksjonen mot ulovlig direkteanskaffelser, men kun i en kort periode etter kontraktsinngåelse
- kontrakter kan bare kjennes «uten virkning» med virkning fremover i tid
- nasjonale regler om å avkorte kontrakt og overtredelsesgebyr mot ulovlig direkteanskaffelser for å styrke håndhevingen mot ulovlig direkteanskaffelser
- to nye lovbestemmelser om erstatning, en som regulerer erstatning for tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse) og en som gjelder erstatning for fortjenestetap (positiv kontraktsinteresse).

Utvalget har også sett på reglene for avlysning av konkurranser, omgjøring, vedståelsesfrist og signering av kontrakt. Utvalget foreslår også nye bestemmelser som regulerer oppdragsgivers adgang eller plikt til å si opp en kontrakt i visse tilfeller.

Håndhevingsdirektivene er opprinnelig fra henholdsvis 1989 og 1992, med ble betydelig endret i 2007, og delvis endret i 2014. Som følge av dette er det krevende for rettsanvendere å få et komplett bilde av direktivene dersom de skal leses på norsk, ettersom det ikke er utarbeidet norske konsoliderte versjoner av direktivene slik som det gjøres i EU. Utvalget har derfor utarbeidet konsoliderte versjoner av begge håndhevingsdirektivene, og disse er inntatt som digitale vedlegg til utredningen. Det er også gjort enkelte EØS-tilpasninger i de konsoliderte versjonene, og et par uheldige oversettelser er markert med fotnoter som inneholder en nærmere forklaring.

2.1.4 Avvisningsreglene

Utvalget har gjennomgått reglene om avvisning. I gjennomgangen har utvalget tydeliggjort hvilke bestemmelser som er basert på EØS-retten, og redegjort for oppdaterte kilder om innholdet i bestemmelsene. Utvalgets gjennomgang har vist at de avvisningsbestemmelsene som ikke har sitt direkte motstykke i en direktivbestemmelse, er et utslag av EØS-prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, og forholdsmessighet.

I første delutredning fremsatte utvalget et forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, og i lovutkastet ble det holdt av plass til avvisningsreglene i ny lov kapittel 16. Utvalgets forslag til oppdaterte bestemmelser om avvisning har derfor fått nummerering i anskaffelsesloven, slik at de kan innplasseres i kapittel 16. Utvalget har, av hensyn til helhet, inntatt en «konsolidert» versjon

av utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser som et digitalt vedlegg til utredningen, slik at utvalgets forslag til ny lov kan leses i sammenheng.¹

2.1.5 Lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter

Parallelt med arbeidet med å ferdigstille forslaget til ny lov om offentlige anskaffelser, har utvalget også utarbeidet forslag til ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og ny lov om konsesjonskontrakter. Begge disse lovutkastene er sydd over samme lest som utkastet til ny lov om offentlige anskaffelser, men med visse særregler som gir oppdragsgiver større fleksibilitet i tilfeller hvor de underliggende EØS-direktivene gir rom for det. Lovutkastene er inntatt i denne utredningen kapittel 1, men forslaget til spesialmerknader er tatt inn som et digitalt vedlegg.

2.1.6 Økonomiske og administrative vurderinger

Utvalgets forslag til regelendringer vil få økonomiske og administrative konsekvenser for oppdragsgivere, leverandører, offentlig sektor og samfunnet som helhet. Det forventes at regelendringene samlet sett vil få vesentlige gevinster for samfunnet. Utvalget vil særlig fremheve forslaget om å endre dagens håndhevingssystem ved å dreie håndhevingen mot prekontraktuell fase, og slik begrense behovet for etterfølgende erstatningssøksmål. Utvalgets forslag antas å kunne gi vesentlige gevinster både for samfunnet, oppdragsgivere og leverandører gjennom blant annet økt tillit til offentlige anskaffelser, god konkurranse om offentlige anskaffelser, effektiv håndheving, lavere ressursbruk, færre tvister og færre ulovlige direkteanskaffelser. Utvalget vil understreke at det ideelt sett skulle vært et bedre kunnskapsgrunnlag for å vurdere hvordan et håndhevingssystem best kan utformes, og anbefaler at det settes av midler til forskning for å skaffe et bedre kunnskapsgrunnlag.

2.2 English summary

By Royal Decree of 4 November 2022, the Norwegian Government appointed a Commission to review the procurement legislation and set forth a

¹ Se digitalt vedlegg 1 Ny lov om offentlige anskaffelser

proposal for a new regulatory framework. The Commission was asked to deliver its proposal in two separate reports and the first report was published 10 November 2023 and was titled NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*.

In the second part of the Commissions work, the Commission has been asked to look into more specific topics, such as security and preparedness considerations in public procurements, possible changes in procurement legislation in order to open procurements to local and regional suppliers, transparency in procurements procedures and to clarify the geographic scope of the procurement legislation. Furthermore, the Commission has been asked to review the rules on exclusion grounds and compensation for damages.

2.2.1 Security and Preparedness, Local and Regional Supplier Considerations, Transparency, and the Geographic Scope of the Procurement legislation

In the Commissions view, the current legislation allow for flexibility in addressing preparedness and national security in procurement procedures both above and below the EEA thresholds. However, updated guidance is needed for integrating security and preparedness into specific procurements where these considerations are relevant. The Commission has proposed that security and preparedness considerations should be included in two provisions in the new procurement acts, proposed by the Commission. The provisions are not grounds for specific obligations on contracting authorities but will serve as a clarification and a reminder of the flexibility already inherent in the legislation.

Local and regional suppliers are often categorized as small and medium-sized enterprises (SME's). The EU legislator has included statements and some provision in the directives in order to facilitate SME participation in public procurement procedures. The Commission has reviewed and explained in what way contracting authorities can design the competition in order to facilitate and encourage SME participation.

There are several legislative or ongoing processes that discuss transparency with regards to ownership and tax. These regulatory efforts aim to establish a shareholder registry and a beneficial owner registry. The Commission propose that all contracting authorities should be granted access to the registry of beneficial ownership and also points out the benefits of these registers in procurement matters.

Although there is a legitimate concern to prevent public contracts to be awarded to companies evading taxation through aggressive or illegal tax planning, this report show that public country-by-country reporting is neither a cost-effective measure, nor will it achieve the intended purpose, if used in public procurement proceedings. In addition to this, such measures are not coherent with the EU-directives due to an insufficient link to the subject matter of a contract. Furthermore, the Commission underlines that tax evasion is a global problem that also requires solutions on an international level.

When it comes to the geographical scope of the procurement legislation, the Commission set forth a proposal to codify the EEA legal approach following the EFTA Court's case law in the new procurement acts. Hence, the procurement acts apply to public contracts that are wholly or partially fulfilled outside the geographical area of the EEA, provided that the procurement clearly is of interest to suppliers established in Norway or other EEA countries. The Commission further propose to continue the special provision that the procurement legislation do not apply to Svalbard, unless otherwise decided by the Ministry through a regulation. The directives on Utilities and Concession Contracts includes additional provisions that define the geographical scope, and these are proposed to be continued in these new procurement acts.

2.2.2 National system of remedies

Each Member State can determine how to set up the institutional framework for the enforcement on public procurement rules but the Remedies Directive imposes certain requirements which these systems must fulfil. The Norwegian legislator has chosen to steer the enforcement of public procurement legislation to the ordinary courts, and from 2003 the national complaints board (KOFA) has served as an informal supplement to the courts with its advisory opinions.

The Commission set forth a proposal to change the national remedies system by making a number of institutional changes. The purpose of the changes is to make it easier to achieve legal measures before the contract is awarded in order to stop or rectify illegal decisions taken by a contracting authority. It is in the Commissions view that this will reduce the frequency of subsequent action for damages. Overall, this approach will ensure efficiency and will align the Norwegian remedies system with the other Nordic countries.

The key elements in the Commissions proposal includes:

- formal and binding decisions from KOFA,
- a complaint addressed to KOFA within the standstill period suspends the contracting authority's ability to enter into the contract. The suspension remains in effect until KOFA has resolved the case, or until KOFA determines to set it aside,
- the competence to take interim measures, set aside decisions and impose sanctions are placed with KOFA and the courts,
- determination of whether there are grounds to hold the contracting authority liable for damages (both bid costs or lost profits) is deferred to the courts,
- the Competition Authority supervise compliance with the duty to publish contract notices,
- the Competition Authority may bring a case to be reviewed by KOFA in order to have a the sanction «ineffectiveness» imposed upon a contract,
- the Competition Authority is also empowered to impose fines for illegal direct awards, and complaints against the Competition Authority's decisions are reviewed by KOFA.

2.2.3 Updated Implementation of the Remedies Directives

The Commission has drafted a proposal for updated provisions on enforcement in public procurement proceedings. The proposal includes a loyal and transparent implementation of the remedies directives. This includes, inter alia, that:

- the courts and the KOFA are designated as enforcement bodies and are conferred the relevant competences from the remedies directives,
- the remedies directives requirements about standstill period and suspension will be continued,
- the remedy of «ineffectiveness» is established as the primary sanction against illegal direct awards, but only within a short period following contract conclusion,
- contracts can only be declared «ineffective» for the future performance of a contract (ex nunc),
- additional national regulations to sanction illegal direct award in order to enhance enforcement against illegal direct awards,
- two new legal provisions on compensation for damages are introduced, one governing compensation for bid costs (negative contract interest) and the other concerning compen-

sation for loss of profit (positive contract interest).

2.2.4 Compensation for damages

The Commission has reviewed the current legal basis for damages in its report. The Commission proposes to implement new provisions regarding damages, that implements current case law. The Commission proposes one regulation regarding damages for bids costs and one for lost profit.

Furthermore, the Commission has proposed that a claim for damages must be brought within one year after the contract was signed. In respect to damages for lost profit the Commission has proposed to regulate in the new procurement act that the opportunity to claim such damages requires that the supplier has complained either to KOFA or the courts before the contract was concluded. Also, the Commission has also proposed guidelines on how the amount should be calculated.

2.2.5 Exclusion grounds

The procurement directives include provisions on exclusion grounds and the Commission has reviewed these rules and set forth legislative proposals in order to implement these into the new act on public procurement. Inherent in the presentation of the provisions and in the special commentaries there is established a clear link to the relevant directives which provide a formal indication as to which provisions are based upon EEA-law. The review shows that some of the provisions are not directly stemming from the procurement directives but reflect the principles of equal treatment, transparency, and proportionality.

2.2.6 The utilities sector and concession contracts

In addition to a new act on public procurement, the Commission set forth a draft for two additional acts: a draft proposal for procurement for the utilities sector and a draft proposal for concession contracts. Both of these draft acts are construed in order to facilitate for more flexible procedures than the public procurement act.

2.2.7 Economic and Administrative Considerations

The anticipated economic and administrative outcome of the proposed regulatory changes are expected to be beneficial, enhancing transpar-

ency, trust, competition, and efficiency in public procurement while reducing disputes and illegal direct awards. However, further research and

information is recommended for an optimal remedies system design.

Kapittel 3

Utvalgets arbeid

3.1 Oppnevning og sammensetning av utvalget

Anskaffelsesutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022 for å gjennomgå regelverket for offentlige anskaffelser og komme med forslag til endringer. Utvalgets sammensetning fremgår av boks 3.1.

Boks 3.1 Utvalgets sammensetning

Halvard Haukeland Fredriksen, professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Bergen (leder)
Malin Arve, professor i økonomi ved Norges Handelshøyskole, Bergen
Marianne Breiland, Cand.polit sammenlignende politikk,, Landsorganisasjonen i Norge, Oslo
Arnhild Dordi Gjønnnes, advokat i Næringslivets Hovedorganisasjon, Oslo
Mads Greaker, professor i økonomi ved Oslo-Met, Oslo
Jon Reidar Gresseth, partner og advokat, Trondheim
Beatrice Dankertsen Hennyng, advokat, Kommunesektorens organisasjon, Oslo
Kjersti Holum Karlstrøm, partner og advokat, Tromsø
Svein Terje Tveit, partner og advokat, Oslo

Utvalget har vært bistått av et sekretariat som har vært ledet av utredningsleder Samantha Tahir-Hafting i Nærings- og fiskeridepartementet. Sekretariatets medlemmer i andre delutredning har vært Beate Gulbrandsen, Tone Bergh-Christensen og Turid Mette Nilsen. I tillegg har Bente Hagelien bistått sekretariatet.

3.2 Utvalgets mandat

Utvalget fikk ved oppnevningen følgende mandat:

«Innledning

Regjeringen vil revidere anskaffelsesregelverket. Hovedmålet er å gjøre regelverket enklere og lettere tilgjengelig, blant annet gjennom endringer i strukturen, materielle endringer og gjennomgang av reglene om samfunnshensyn. Arbeidet skal også ha fokus på å styrke klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser samt legge til rette for aktivitet og verdiskaping i hele landet. Utvalget skal se hen til at samfunnet hurtig må omstilles til et mer bærekraftig samfunn. Bærekraft har tre dimensjoner, miljømessig bærekraft (klima- og miljø, løse klimakrisen), sosial bærekraft (sikre menneskerettighetene, motvirke sosial dumping og bekjempe arbeidslivskriminalitet) og økonomisk bærekraft (sikre mennesker og samfunn økonomisk trygghet).

Formålet med anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Det offentlige kjøper varer og tjenester for rundt 650 mrd. kroner årlig. Siden offentlige midler er knappe, er det viktig at anskaffelsene gjennomføres effektivt. Et godt regelverk om offentlige anskaffelser kan bidra til dette. Effektiv konkurranse om kontraktene er et viktig virkemiddel for velfungerende markeder. I forbindelse med overgang til en grønn økonomi, kan offentlige oppdragsgiveres praksis påvirke omstillingen i næringslivet. I tillegg til klima- og miljøhensyn inneholder anskaffelsesregelverket en rekke samfunnshensyn som skal ivaretas. Dette gjelder blant annet grunnleggende menneskerettigheter, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold.

Bakgrunn

Anskaffelsesreglene ble revidert i 2013–2016 ved gjennomføring av tre EØS-direktiver i norsk rett. I tillegg foreslo Forenklingsutvalget i utredning NOU 2014: 4 endringer i den nasjonale delen av regelverket. Den 1. januar 2017 trådte lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i kraft. Regelverket består av en nasjonal og en EØS-basert del. I den nasjonale delen, under EØS-terskelverdi, står norske myndigheter ganske fritt til å bestemme innholdet i reglene, så lenge grunnleggende prinsipper overholdes. I den EØS-baserte delen, over EØS-terskelverdi, er Norge bundet av anskaffelsesdirektivene.

Forenkling av regelverkets struktur

Anskaffelsesloven er i store trekk en hjemmel-slov. Hovedtyngden av reglene er gitt i forskrifter som inneholder prosedyreregler og utdypning av regler om samfunnshensyn. Dette avviker fra vanlig regelverksstruktur i Norge, og skaper et fragmentert og til dels komplisert rettskildelbilde. Det er viktig at nasjonalt regelverk som gjennomfører EØS-regler inneholder grundige lovforarbeider som beskriver EØS-rettens betydning.

Omfanget og kompleksiteten i regelverket kan føre til betydelig ressursbruk for både innkjøper og tilbyder. Regelverk som er enklere å orientere seg i kan redusere kostnadene for deltakere i konkurranser. For innkjøpere kan et mer oversiktlig regelverk bidra til å effektivisere innkjøpene. En gjennomgang kan også bidra til å redusere behovet for bistand for innkjøpere og leverandører. I tillegg kan potensialet for og omfanget av tvister reduseres.

Forenkling av innholdet i regelverket

Anskaffelsesregelverket har potensial for forenkling både over og under EØS-terskelverdiene. Reglene i den nasjonale delen er i dag i stor grad like reglene i den EØS-baserte delen. Skillet mellom de ulike delene av forskriftene blir mindre tydelig, samtidig som det kan være utfordrende å vite hvor stor innvirkning EØS-retten har på tolkningen av reglene. Over EØS-terskelverdi må forenkling skje innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet. Det kan likevel tenkes at endringer i struktur kan gjøre også denne delen av regelverket lettere tilgjengelig.

I løpet av de fem årene siden regelverket trådte i kraft, har det skjedd en rettsutvikling nasjonalt, i EU-domstolen og i EFTA-domstolen som gjør at det er behov for å vurdere behovet for å endre ordlyden i enkelte av bestemmelsene i regelverket.

Forenkling og tydeliggjøring av bestemmelsene om klima og miljø og andre samfunnshensyn

Anskaffelsesregelverket vil i tiden fremover bli et stadig viktigere virkemiddel for å nå klima- og miljømål, herunder regjeringens omstillingsmål, som ledd i det grønne skiftet. I tillegg inneholder anskaffelsesregelverket forpliktelser til å ivareta andre samfunns mål, som arbeid mot arbeidslivskriminalitet og ivaretagelse av sosiale forhold. Dette øker kompleksiteten i regelverket. Det er derfor behov for å se regelverket og de ulike hensynene det skal fremme i sammenheng, samtidig som det anerkjennes at klima- og miljøhensyn er av særlig viktighet, og at det er uutnyttet potensiale for videreutvikling innenfor de EØS-rettslige rammene på dette området. Det er også behov for å foreta en gjennomgang av samfunnshensynene i lys av målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Arbeidet skal utføres med sikte på at regelverket skal bli mer brukervennlig, slik at det blir enklere å legge til rette for grønn omstilling og andre samfunns mål som er tatt inn i anskaffelsesregelverket. Hensynene skal fremmes effektivt og til lavest mulig kostnad for samfunnet.

Oppdrag

Organisering

For å revidere anskaffelsesregelverket settes det ned et lovutvalg. Utvalget skal vurdere hvordan dagens regelverk fungerer, og foreslå endringer som vil gjøre det mer brukervennlig, samt bidra til bedre ressursbruk og bedre måloppnåelse. Utvalget vil bestå av jurister og økonomer. I tillegg inviteres LO, NHO og KS til å utpeke hvert sitt medlem i utvalget.

Utvalget står for utredningens innhold og anbefalinger. Utvalgets forslag til ny lov og endrede forskrifter skal i sin form være klare til å sendes på høring. Utvalget skal foreslå en samlet struktur for hele anskaffelsesregelverket.

Det skal opprettes en referansegruppe med representanter fra oppdragsgivere, leverandører og andre relevante aktører. Referanse-

gruppen skal komme med innspill til utvalget underveis i arbeidet.

Utvalget skal levere sitt arbeid i to delleveranser. I den første delleveransen skal utvalget foreslå forenkling av regelverkets struktur, forenkling av innholdet i regelverket og forenkling og tydeliggjøring av bestemmelse om samfunnshensyn.

Den første delleveransen skal omfatte følgende tema:

- Vurdering av hvordan offentlige innkjøp i praksis kan fremskynde overgangen til en grønn sirkulær økonomi, herunder:
 - om miljøkrav skal stilles i alle trinn av anskaffelsesprosessen
 - om eventuelle miljøkrav skal gjelde både over og under terskelverdiene
 - om det bør utvikles sentralt fastsatte standardiserte minimumskrav på prioriterte områder.
- Vurdering av hvordan kravene til sosial bærekraft, herunder menneskerettigheter og bekjempelse av sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, bør tydeliggjøres.
- Oversikt over regelverksutviklingen i EU innenfor offentlige anskaffelser, blant annet som ledd i omstilling til en mer sirkulær økonomi, for å vurdere hvordan dette påvirker norsk rett, f.eks. fremtidig behov for nye lov- eller forskriftsbestemmelser.
- Hvordan det offentlige skal fremme innovasjon i anskaffelser, og spesielt innovasjon for å fremme grønn omstilling.
- Ny struktur for anskaffelsesregelverket samlet sett, hvor en større del av regelverket tas inn i lov.
- Forslag til lovforarbeider som er veiledende for brukerne av regelverket, hvor det blant annet gjøres klart om bestemmelser er basert på EØS-rett eller ikke, og på denne måten også klargjøre hvor det finnes et nasjonalt handlingsrom.
- Endringer for å gjøre regelverket enklest mulig for brukerne, særlig materielle forenklinger i den nasjonale delen av regelverket og strukturelle forenklinger i den EØS-baserte delen av regelverket.
- Oppdatering og klargjøring i regelverket som følge av rettspraksis.
- Vurdering av hvordan forslag til endringer i størst mulig grad kan oppnå formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Utvalget skal anslå nytten og kostnadene ved forenklingene som foreslås.
- En samlet vurdering av hvordan bestemmelsene om samfunnshensyn fungerer i dag, og forslag til endringer som kan bidra til en bedre måloppnåelse, herunder mulige endringer i bestemmelsenes anvendelsesområde.

I den andre delleveransen skal utvalget foreslå endringer på mer avgrensede områder i regelverket. Den andre delleveransen skal omfatte følgende tema:

- Hvordan regelverket kan endres for å skjerpe kravene til åpenhet om eierskap og skatt i offentlige anskaffelser. Utvalget skal også utrede om offentlige innkjøpere bør sette offentlig land-for-land-rapportering som vilkår i større anskaffelsesprosesser.
- 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.
- Innretningen av erstatningsreglene.
- Endringer i avvisningsreglene.
- Hvordan regelverkets geografiske virkeområde kan klargjøres.
- Tydeliggjøre muligheten for å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser.

Utvalget skal se hen til rettsutviklingen i EØS og reguleringen i de andre nordiske landene. Utredningen skal bygge på Utredningsinstruksen, herunder Utredningsinstruksens seks spørsmål. Justis- og beredskapsdepartementets veileder Lovteknikk og lovforberedelse skal benyttes.

Det avholdes et oppstartmøte mellom utvalgsleder og departementet, og minst ett møte i løpet av utvalgets arbeid. Ved tvil om innholdet i mandatet skal utvalgsleder ta kontakt med departementet. Departementet kan foreta nødvendige avklaringer av og justeringer i mandatet.

Tidsplan

Første delleveranse legges frem 4. november 2023. Andre delleveranse legges frem 4. mai 2024. Begge rapporter vil være offentlige.»

3.3 Utvalgets forståelse av mandatet

Mandatet for andre delutredning lister opp seks tema hvor utvalget er bedt om å se på behovet for endringer av dagens regelverk. Av disse er det bare punktene om innretningen av erstatningsreglene og krav til sikkerhet og beredskap hvor utvalget ser behov for å redegjøre nærmere for utvalgets forståelse av mandatet, i lys av avgrensninger foretatt i første delutredning.

Av mandatet fremgår det at utvalget i andre delutredning skal se på «innretningen av erstatningsreglene». Andre rettsvirkninger av brudd på anskaffelsesregelverket, som for eksempel kontraktsrettslige konsekvenser eller overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser, er ikke nevnt, og det er heller ikke håndhevingssystemet mer generelt. Samtidig er det klart at reglene for håndheving av regelverket henger uløselig sammen med de mange materielle spørsmålene som utvalget har fått i oppdrag å utrede. Et vel fungerende håndhevingssystem er en forutsetning for at utvalgets forslag til ny anskaffelseslov skal fungere etter intensjonene. Utvalget forstår oppdraget om å utarbeide et nytt, helhetlig lovforslag, slik at det også må omfatte en gjennomgang av bestemmelsene om håndheving i dagens anskaffelseslov og tilhørende forskrifter, slik at disse innarbeides i den nye strukturen, og tilpasses de endringer, som utvalget foreslår i de materielle reglene.

Utvalget legger til grunn at bakteppet for oppdraget med å se på innretningen av erstatningsreglene er den kritikk av disse reglene som er fremkommet fra ulike hold. Det er en utbredt oppfatning blant flere offentlige oppdragsgivere at håndhevingen av anskaffelsesregelverket i for stor grad er rettet inn mot etterfølgende erstatningssøksmål, hvor betydelige krav om erstatning for tapt fortjeneste («positiv kontraktsinteresse») fremsettes lenge etter at kontrakt er inngått. Frykten for erstatningsansvar kan føre til at oppdragsgivere avstår fra å prøve ut det handlingsrom som ligger i regelverket, og av den grunn ikke får utnyttet potensialet for best mulig anskaffelser. Utvalget har mottatt flere innspill fra medlemmer av utvalgets referansegruppe som tar til orde for at erstatningsreglene bør strammes inn.

Samtidig er kostnadene knyttet til domstolsbehandling i Norge så høye at det primært er saker med krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse som er store nok til at leverandørene er villige til å forfølge dem, og slik bidra til påkrevd rettsavklaring av ulike anskaffelsesrettslige spørsmål. En annen innvending fra leverandørsiden er

at det er vanskelig å nå frem med krav om positiv kontraktsinteresse gitt kravene til kvalifisert brudd, årsakssammenheng (klar sannsynlighetsovervekt) og økonomisk tap. Det er derfor problematisk om muligheten for å anlegge erstatningskrav ytterligere begrenses uten at dette kompenseres gjennom andre endringer i håndhevingssystemet, som legger bedre til rette for at feil kan påtales og rettes opp før kontrakt inngås. Det er betegnende at land som har færre høye erstatningsbeløp tilkjent i anskaffelsessaker for domstolene eller færre erstatningssaker generelt enn Norge, som Danmark og Sverige, har innrettet håndhevingssystemet slik at det er mindre ressurskrevende, og færre hindre for leverandørene å få prøvd påståtte brudd på regelverket før kontrakten tildeles.¹ Det er dette som er bakgrunnen for at utvalget i første delutredning uttalte at det er behov for å se spørsmålene knyttet til erstatning i sammenheng med håndhevingssystemet mer generelt, og at dette vil bli gjort i andre delutredning.²

For så vidt gjelder mandatpunktet om tydeliggjøring av muligheten for å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser, viser utvalget til at det i første delutredning, av kapasitetsgrunner, så seg nødt til å avgrense mot forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.³ Utvalgets vurderinger av muligheten for å stille krav til sikkerhet og beredskap i kapittel 4 er av denne grunn avgrenset til andre anskaffelser enn de som faller inn under direktivet om forsvarsanskaffelser. Avgrensningen mot forsvars- og sikkerhetsanskaffelser gjelder også for øvrige deler av andre delutredning.

3.4 Møter og arbeidsform

Anskaffelsesutvalget har i andre delutredning hatt syv møter. Fire av møtene har vært holdt over to dager, og tre møter ble avholdt digitalt. To av de fysiske møtene ble avholdt i Oslo, ett i Bergen og ett i Tromsø.

Utvalget har åpnet for å motta innspill på sin nettside.⁴ Utvalget har fått ni innspill via nettsiden. Referansegruppen som ble opprettet i forbindelse med arbeidet med første delutredning har bistått utvalget også i andre delutredning. Det har vært

¹ Se nærmere omtale i kapittel 20.

² NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 2.1.1

³ Ibid. kapittel 26

⁴ www.anskaffelsesutvalget.no

avholdt ett fysisk møte med referansegruppen, og på møtet deltok Sykehusinnkjøp HF, Hovedorganisasjonen Virke, Diffia AS, Kongsberg Defence & Aerospace AS, Oslo kommune, Forsvarsmateriell og Statsbygg.

Utvalget har hatt enkelte eksterne foredragsholdere på sine møter. Dette har i andre delutredning vært Henning Kristiansen, tingrettsdommer i Oslo tingrett, Luke Butler, professor ved Universitetet i Nottingham, og Kristian Strømsnes, postdoktor ved Universitetet i Bergen. Videre har utvalget besøkt Konkurransetilsynet i Bergen, og Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Tema for møtene var håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser, og formålet var å få innblikk og innspill i hvordan håndhevingssystemet fungerer.

For arbeidet i andre delutredning har utvalget innhentet tre eksterne rapporter. Rapportene har tjent som bakgrunnsmateriale til utvalgets diskusjoner og er innarbeidet i utvalgets endelige rapport. En oversikt over rapportene er inntatt i boks 3.2. Utvalget har også brukt rapportene fra første delutredning i sitt arbeid.⁵

3.5 Oppbygging av utredningen

Utvalget har delt utredningen i ti deler. Del I er innledningen til utredningen, og inneholder lovutkast, sammendrag og en nærmere redegjørelse for utvalgets arbeid i andre delutredning. I del II ser utvalget nærmere på sikkerhet og beredskap. Lokale og regionale leverandører er behandlet i del III. Del IV omhandler åpenhet om eierskap og skatt, og i del V behandles geografisk virkeområde.

I del VI gjennomgås reglene om avvisning, og utvalget redegjør for forslaget til et nytt håndhe-

Boks 3.2 Oversikt over rapporter som har vært innhentet av utvalget til bruk i andre delutredning

1. Advokatfirmaet Haavind AS – Utredning om håndhevelsesdirektivene
2. Advokatfirmaet Wiersholm AS – Gjennomgang av avvisningsreglene i anskaffelsesregelverket
3. Arntzen de Besche Advokatfirma AS – Håndhevingssystemet på Island

vingssystem er drøftet i del VII. Den oppdaterte gjennomgangen av håndhevingsdirektivene er inntatt i del VIII.

I del IX har utvalget gitt en overordnet fremstilling av forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet, og de vurderingene som ligger til grunn for utvalgets forslag til ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene, og lov om konsesjonskontrakter. Utkast til disse lovene er inntatt i kapittel 1, men spesialmerknadene fremgår av digitale vedlegg nr. 2 og 3 til utredningen.

I del X som er avsluttende del er det redegjort for administrative bestemmelser, og i tillegg har utvalget gjennomgått de økonomiske og administrative konsekvensene som utvalgets forslag vil få. I denne delen finnes også spesialmerknadene til lovutkastet, for så vidt gjelder ny lov om offentlige anskaffelser.

Avslutningsvis følger det ett vedlegg som er inkludert i utredningen.

Utvalget vil for øvrig vise til innholdsfortegnelsen for en mer detaljert oversikt over utredningens innhold.

⁵ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*: side 3

Del II
Sikkerhet og beredskap

Kapittel 4

Sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser

4.1 Innledning

Utvalget er bedt om å tydeliggjøre muligheten for å stille krav i offentlige anskaffelser for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser. Beredskap er planlagte og forberedte tiltak som gjør samfunnet i stand til å håndtere uønskede hendelser slik at konsekvensene blir minst mulig.¹ Samfunnssikkerhet handler om samfunnets evne til å verne seg mot og håndtere hendelser som truer grunnleggende verdier og funksjoner, og setter liv og helse i fare.² Nasjonal sikkerhet dreier seg om statens eksistens, suverenitet, territoriell integritet og politiske handlefrihet.³ Utvalget har redegjort nærmere for innholdet i begrepene sikkerhet og beredskap i kapittel 4.2.

Utvalget legger til grunn at det mandatet etter spør, er en overordnet redegjørelse om det er adgang til å ivareta hensyn til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser, og da særlig innenfor de EØS-rettslige rammene for anskaffelser som omfattes av EØS-avtalens virkeområde. Utvalget har ikke gjort nærmere vurderinger av når en offentlig oppdragsgiver bør stille nærmere angitte krav knyttet til sikkerhet og beredskap. Dette vil bero på den konkrete anskaffelsen og dens tilknytning til relevante sikkerhets- og beredskapshensyn på det aktuelle området. Utvalget vil samtidig understreke viktigheten av at offentlige oppdragsgivere er oppmerksomme på hvilke anskaffelser som har betydning for sikkerhet og beredskap. Utvalget har også drøftet om sikkerhets- og beredskapshensyn bør synliggjøres i formålsbestemmelsen.

Etter utvalgets syn gir dagens anskaffelsesregelverk handlingsrom til å bruke offentlige anskaffelser for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser, både over og under EØS-terskelverdiene. Utvalgets forslag i

første delutredning til forenklinger av regelverket under EØS-terskelverdiene og visse justeringer i gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet, endrer ikke på dette. Utvalget ser derfor ikke behov for regelendringer for å tydeliggjøre muligheten for å stille krav knyttet til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser, og bemerker at mandatet heller ikke synes å legge opp til dette. I dette kapitlet vil utvalget forsøke å klargjøre de eksisterende mulighetene for å stille krav knyttet til sikkerhet og beredskap, og de vurderingene som må legges til grunn ved bruken av sikkerhets- og beredskapshensyn i offentlige anskaffelser. Utvalget har mottatt innspill fra referansegruppen om at det er ønskelig med tydeligere regler og veiledning om adgangen til å ta hensyn til sikkerhet og beredskap, og hvordan man stiller krav til sikkerhet i offentlige anskaffelser.

I vurderingen av offentlige anskaffelser som et verktøy for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser, er det viktig å sonde mellom forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og andre anskaffelser. Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er enten helt unntatt fra EØS-avtalen i henhold til hoveddelens artikkel 123 eller særregulert gjennom direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. I første delutredning avgrenset utvalget mot gjennomføringen av dette direktivet, og denne avgrensningen gjelder tilsvarende for utvalgets drøftelse av sikkerhets- og beredskapshensyn i dette kapitlet.⁴ Denne avgrensningen gjelder tilsvarende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som er helt unntatt fra EØS-avtalen i henhold til avtalens artikkel 123, som bør sees i sammenheng med gjennomføringen av direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. For helheten i fremstillingen i dette kapitlet er det likevel gitt en overordnet omtale av unntakene og særreglene for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, jf. kapittel 4.4.3. Utvalgets inn-

¹ Meld. St. 5 (2020–2021) kapittel 1.6

² Ibid. kapittel 1.6

³ NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 1.3

⁴ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 26. Se også kapittel 3.3 i denne utredning om utvalgets forståelse av mandatet for andre delutredning.

trykk er for øvrig at det ikke er disse reglene som det har vært reist spørsmål ved, men derimot hvordan beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser kan og bør ivaretas i anskaffelser som følger det øvrige anskaffelsesregelverket, jf. senest Totalberedskapskommisjonens utredning fra 2023.

Også for anskaffelser som ikke regnes som forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er det behov for å sonde mellom anskaffelser som direkte handler om sikkerhet og beredskap, og anskaffelser som mer indirekte kan ha betydning for sikkerhet og beredskap. Denne sondringen er ikke av rettslig karakter, men likevel viktig for en opplyst debatt om muligheten for å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser. For anskaffelser som direkte handler om sikkerhet og beredskap i tradisjonell forstand er det grunn til å understreke at regelverket for offentlige anskaffelser som utgangspunkt og klar hovedregel overlater til oppdragsgiver å avgjøre hva som skal anskaffes. Med anskaffelser som direkte handler om sikkerhet og beredskap i tradisjonell forstand menes anskaffelser der sikkerhet og beredskap er det som er oppdragsgivers behov. Det er opp til relevante myndigheter å avgjøre om det skal anskaffes beredskapslagre for mat og medisiner og hvordan disse skal innrettes, hva slags utstyr politiet, sivilforsvaret, sykehus og rednings-tjenestene skal ha tilgjengelig, hvor robuste datasystemer som skal anskaffes og så videre. Anskaffelsesregelverkets funksjon i denne sammenheng er å sikre kostnadseffektiv behovsdekning, gjennom konkurranse om kontraktene. Utvalget vil understreke at uten konkurranse om kontraktene ville det offentlige fått mindre beredskap og sikkerhet for pengene.

Spørsmålet om offentlige anskaffelser kan brukes som et verktøy for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser er vanskeligere når det handler om beredskap og sikkerhet i videre forstand. Med dette menes anskaffelser der sikkerhet og beredskap ikke er primærbehovet, men at det er en anskaffelse der det i tillegg til å stille krav som dekker oppdragsgivers behov er relevant å stille krav og/eller kriterier til sikkerhet og beredskap. Dersom man trekker beredskapshensynet svært langt og samtidig anlegger et rent nasjonalt perspektiv, kan nær sagt enhver avhengighet av utenlandske leverandører for å dekke beredskapsrelaterte behov betraktes som en sårbarhet. En slik tilnærming, hvor offentlige kontrakter av beredskapshensyn ønskes forbeholdt nasjonale leverandører, lar seg ikke forene med EØS-avtalens prin-

sipper og målsetning om et felles marked. EØS-avtalen har riktignok unntaksbestemmelser for offentlig sikkerhet som kan være relevante også for andre offentlige anskaffelser enn de som omfattes av avtalens artikkel 123 eller direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Disse kan likevel ikke rettferdiggjøre at offentlige kontrakter forbeholdes nasjonale leverandører.

EØS-avtalen er ikke til hinder for at nasjonale myndigheter anlegger en vid tilnærming til beredskap og sikkerhet, men krever langt på vei at dette skjer i et europeisk perspektiv, fremfor et rent nasjonalt anliggende. Med dette bidrar EØS-avtalen også til å forhindre at nasjonale leverandører i de ulike EØS-landene, under henvisning til en vid forståelse av nasjonal sikkerhet og beredskap, skjermes fra konkurranse, med de konsekvensene det ville kunne få for deres konkurransekraft på lengre sikt og for målsettingen om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den europeiske tilnærmingen til sikkerhet og beredskap som preger utviklingen i EU mer generelt, og som i hvert fall et stykke på vei gjenspeiles i EØS-avtalen, er for øvrig årsaken til at Totalberedskapskommisjonen omtaler hele EØS-avtalen som et beredskapsverktøy av stor betydning for forebyggende tiltak, kapasitetsbygging og krisehåndtering.⁵ Utvalget vil legge til at også et næringsliv med konkurransekraft inngår i en vid forståelse av nasjonal sikkerhet og beredskap.

Så lenge en ikke mener at beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser krever at offentlige kontrakter forbeholdes nasjonale leverandører, er utvalgets syn at EØS-retten ikke er til hinder for at offentlige oppdragsgivere innretter sine anskaffelser på et vis som ivaretar disse hensynene, se kapittel 4.4.4.

4.2 Samfunnssikkerhet, statssikkerhet og nasjonal sikkerhet

Samfunnssikkerhet handler om samfunnets evne til å verne seg mot og håndtere hendelser som truer grunnleggende verdier og funksjoner, og setter liv og helse i fare.⁶ Dette omfatter hendelser som skyldes naturen, tekniske feil, menneskelige feil og bevisste handlinger. Arbeidet med samfunnssikkerhet kan ses på som en sammenhengende kjede bestående av forebygging, bered-

⁵ NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 6.2.1

⁶ Meld. St. 5 (2020–2021) kapittel 1.6

skap, håndtering, gjenoppretting og læring.⁷ I alle ledd er kunnskapsoppbygging og tilpasning til endringer i risiko- og sårbarhetsbildet en del av beredskapsarbeidet.

Nasjonal sikkerhet (statssikkerhet) handler om statens eksistens, suverenitet, territoriell integritet og politiske handlefrihet.⁸ Denne typen sikkerhet er tradisjonelt knyttet til militærmakt, men kan også legitimere bruk av andre virkemidler. Der samfunnssikkerheten er truet har sivile myndigheter som oppgave å beskytte sivilsamfunnet og støtte Forsvarets militære innsats. Samfunnssikkerheten og statssikkerheten er gjensidig avhengige av hverandre. Sivile varer som drivstoff eller tilgang til transportinfrastruktur er kritiske for samfunnssikkerheten, men vil også være nødvendige for at Forsvaret skal kunne ivareta statssikkerheten. Nye sikkerhetsutfordringer, som anslag fra ikke-statlige aktører, kan true begge former for sikkerhet. Ny teknologi gjør trusler mot staten mer tilgjengelig enn før. Sammensatte trusler gjør det i dag vanskeligere å identifisere sikkerhetstruende virksomhet, og å forstå det samlede trusselbildet og hvilke aktører som står bak.

Begrepet nasjonal sikkerhet er knyttet til sikkerhetsloven, og innebærer å trygge nasjonale sikkerhetsinteresser.⁹ I loven forstås begrepet som landets suverenitet, territoriell integritet og demokratiske styreform, samt overordnede sikkerhetspolitiske interesser knyttet til de øverste statsorganenes virksomhet, sikkerhet og handlefrihet, forsvar, sikkerhet og beredskap, forholdet til andre stater og internasjonale organisasjoner, økonomisk stabilitet og handlefrihet og samfunnets grunnleggende funksjonalitet og befolkningens grunnleggende sikkerhet. Sikkerhetslovens virkeområde er statssikkerhetsområdet og den delen av samfunnssikkerhetsområdet som er av vesentlig betydning for statens evne til å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser.

Beredskap er planlagte og forberedte tiltak som gjør samfunnet i stand til å håndtere uønskede hendelser slik at konsekvensene blir minst mulig.¹⁰ Beredskapsarbeidet i Norge deles inn i to systemer: totalforsvarsarbeid og den offentlige organiserte redningstjenesten.¹¹ Gjennom totalforsvaret håndterer det militære forsvaret og den

sivile beredskapen hendelser når det trengs. Den offentlige redningstjenesten skal stå for akuttberedskap for å redde liv og helse. Den offentlige redningstjenesten utgjør grunnberedskapen i det norske samfunnet, mens totalforsvaret er ment å kunne trå til i situasjoner hvor grunnberedskapen utfordres. Beredskap handler ikke om krig alene, men samfunnssikkerhet innenfor ulike områder, som IKT-anskaffelser, cybersikkerhet, særskilt infrastruktur, matberedskap og helseberedskap for å nevne noen områder. Beredskap handler om å sikre seg mot uforutsette situasjoner. Eksempler på offentlige anskaffelser der beredskapshensyn er relevant er anskaffelser av beredskapslagre av medisiner og mat.

4.3 Totalberedskapskommisjonens vurderinger

Totalberedskapskommisjonen ble oppnevnt ved kongelig resolusjon den 21. januar 2021 for å vurdere hvordan de samlede beredskapsressursene i Norge kan benyttes på en best mulig måte. Kommisjonen fikk i oppdrag å vurdere det helhetlige risiko-, sårbarhets- og trusselbildet i Norge med utgangspunkt i stormaktrivalisering, teknologisk utvikling, klimaendringer og demografiske endringer.¹² Arbeidet har resultert i en utredning av samfunnssikkerhet og beredskap, med konkrete anbefalinger for hvordan Norge kan styrke sin beredskap de neste 10 til 20 årene. Utredningen tar for seg sentrale beredskapsområder som blant annet forsyningssikkerhet, næringslivets rolle i beredskapen og helseberedskap. Kommisjonens konklusjon er at en styrking av norsk beredskap haster.

Totalberedskapskommisjonens rapport slår fast at lovverket setter rammene for beredskapsarbeidet mellom myndighetene og næringslivet.¹³ Etter innspill fra næringslivet har kommisjonen tatt for seg de sentrale utfordringene rundt bruken av offentlige anskaffelser til beredskapsformål. Her blir manglende krav til sikkerhet og beredskap i «klassiske» anskaffelser problematisert.¹⁴

Totalberedskapskommisjonen fremhever at offentlig sikkerhet etter EØS-avtalen er et legitimt hensyn som kan begrunne unntak fra avtalens regelverk. Dette gjelder blant annet EØS-avtalens

⁷ NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 4.1

⁸ Ibid. kapittel 1.3

⁹ Meld. St. 5 (2020–2021) kapittel 1.6

¹⁰ Ibid. kapittel 1.6

¹¹ NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 4.1

¹² Ibid. kapittel 3.1

¹³ Ibid. kapittel 12.3.1

¹⁴ «Klassiske» anskaffelser er anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet.

hoveddel artikkel 13 (varer), 33 (etablering) og 39 (tjenester), i tillegg til den generelle unntaksbestemmelsen i artikkel 123 (sikkerhet og forsvar). Unntaksreglene er snevre, og skal kun brukes etter en konkret og individuell vurdering.¹⁵

Overfor Totalberedskapskommisjonen har parter fra næringslivet gitt uttrykk for at offentlig sektor i for liten grad vektlegger beredskap i sine anskaffelser. For å kunne foreta kostbare investeringer og for å være i stand til å levere i henhold til etterspørsel, har næringslivet behov for langsiktighet. En kontraktsvarighet på fire år etter forskrift om offentlige anskaffelser, og syv år etter forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, anses utilstrekkelig for å kunne forsvare de tunge investeringene i beredskap som kreves for å være i stand til å oppfylle denne typen kontrakter.

Kommisjonen viser til at Finland i større grad praktiserer reglene på en måte som hensyntar nasjonal beredskap.¹⁶ Den finske forsyningsberedskapssentralen (NESA) er sentral i beredskapssystemet, hvor industrien samarbeider med myndighetene og forsvaret. Det finske forsvaret benytter seg også av strategiske partnerskap med forskjellige industriaktører i fred, krise og krig. Avtalene om strategisk partnerskap er ikke tidsbegrenset, men de konkrete leveransene som springer ut av dem inngås med varighetsbegrensning. Kommisjonen skriver at manglende bruk av denne typen avtaler i Norge synes å bero på en mer restriktiv tolkning av anskaffelsesregelverket enn i Finland.

Totalberedskapskommisjonen trekker videre frem bruken av lokale virksomheter som et beredskapstiltak. I dag opplever mange små og mellomstore bedrifter at de ikke når opp i nasjonale offentlige anskaffelser, fordi de ikke kan konkurrere på pris eller volum. I krisetid vil det kunne være nødvendig å benytte seg av lokalt næringsliv. Sann situasjonen er i dag vil man ved en eventuell krise ikke ha nødvendig trening eller ressurser i disse bedriftene til å håndtere myndighetenes behov for bistand. Kommisjonen mener at praktiseringen av anskaffelsesregelverket i dag kan være til hinder for oppbygning av lokal og regional beredskap gjennom små- og mellomstore bedrifter. De trekker også frem at myndighetene har lagt vekt på et styrket samarbeid med denne typen bedrifter, gjennom blant annet forsvarsindustriell strategi.¹⁷ Kommisjonen fremhever at kommunenes anskaffelsespraksis er et viktig vir-

kemiddel for økt beredskap og økt kunnskap om beredskap i kommunene og næringslivet. Kommisjonen viser til at beredskap kan inngå som et viktig element i kommunens anskaffelsesstrategier, tilsvarende som for bærekraft i anskaffelser.¹⁸

I gjennomgangen av Norges internasjonale avtaler viser Totalberedskapskommisjonen til at i relasjon til forebyggende tiltak, kapasitetsbygging og krisehåndtering er EØS-avtalen av stor betydning.¹⁹ Videre vises det til at det er understreket, overfor Kommisjonen, at EØS-avtalen er et verktøy for å oppnå beredskap i Norge. Kommisjonen viser til at Norge gjennom EØS-avtalen har innflytelse i flere viktige prosesser i EU, og blir invitert til å delta i prosesser om nye rettsakter, som land utenfor EU ikke har tilgang til. Viktigheten av dette er også understreket i relasjon til norske interesser ved krise og beredskap.

Endelig fremhever Totalberedskapskommisjonen viktigheten av EØS-avtalen for forsyning av varer og tjenester. Det vises til at denne avtalen, sammen med WTO-avtalen og frihandelsavtaler, har vært viktige for at forsyninger av varer og tjenester i hovedsak har vært normale under pandemien og tiden etter.²⁰ En rekke nye rettsakter fra EU har også beredskapsperspektiver, blant annet Net Zero Industry Act og Critical Raw Material Act. Disse er nærmere omtalt i første delutredning kapittel 10.3.

4.4 Gjeldende rett

4.4.1 Bakgrunn

Ved ivaretagelse av sikkerhet og/eller beredskapshensyn i en offentlig anskaffelse er det ulike regelverk som kan komme til anvendelse. En offentlig anskaffelse som overstiger EØS-terskelverdiene må følge reglene i anskaffelsesdirektivene, slik de til enhver tid er gjennomført i norsk rett. I tillegg til anskaffelsesdirektivene har sikkerhetsloven særregler som gjelder for sikkerhetsanskaffelser.²¹

Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet utarbeidet i 2019 en veileder til ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser.²² Formålet var å synliggjøre handlings-

¹⁵ NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 12.3.1

¹⁶ Ibid. kapittel 12.3.1

¹⁷ Ibid. kapittel 12.3.1 med videre henvisninger

¹⁸ Ibid. kapittel 12.3.1

¹⁹ Ibid. kapittel 6.2.1

²⁰ Ibid. kapittel 13.6

²¹ Lov om nasjonal sikkerhet (Sikkerhetsloven) 2019

²² Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019

rommet i anskaffelsesregelverket, og gjennom dette hvordan offentlige oppdragsgivere kan ivareta norske sikkerhetsinteresser når de gjennomfører anskaffelser. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser tar for seg sammenhengen mellom de ulike regelverkene som har betydning for sikkerhet på anskaffelsesområdet, risikovurderinger i anskaffelser og hvordan oppdragsgiver etter anskaffelsesforskriften kan stille krav for å ivareta sikkerhet i en anskaffelse. Den omtaler også relevante unntak fra anskaffelsesregelverket for nærmere angitte sikkerhetsanskaffelser. Nedenfor redegjøres det for de ulike regelverkene, med utgangspunkt i veilederen.²³

4.4.2 Anskaffelser som er unntatt anskaffelsesregelverket og EØS-avtalen

Anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 1 nr. 3 fastslår at anvendelsen av direktivene «*er underlagt artikkel 346 i TEUV*». EØS-komiteen har vedtatt en tilpasningstekst i forbindelse med innlemmelsen av direktivene i EØS-avtalen, som angir at dette i EØS-rettslig sammenheng skal leses som en henvisning til EØS-avtalen artikkel 123. EØS-avtalen artikkel 123 og TEUV artikkel 346 er utformet med en nokså lik ordlyd, men det er noen forskjeller mellom bestemmelsene. Felles for begge bestemmelsene er at de eksplisitt unntar visse forhold fra traktatenes eller avtalens virkeområde, og den konkrete henvisningen fra direktivene til bestemmelsen er en påminnelse om at visse kontrakter er unntatt både direktivene og EØS-avtalens hoveddel.^{24 25}

For offentlige oppdragsgivere skal direktivenes artikkel 1 nr. 3 forstås som en påminnelse om at enkelte kontrakter er unntatt fra direktivene og EØS-avtalens hoveddel. Dette betyr at i saker som berører «*vesentlige sikkerhetsinteresser*» må oppdragsgiver vurdere om den aktuelle kontrakten er fullstendig unntatt anskaffelsesregelverket og EØS-avtalens hoveddel.²⁶ For en nærmere gjennomgang av vilkårene i artikkel 123 vises det til *Veileder om forskrift om forsvars- og sikkerhets-*

anskaffelser, som er utarbeidet av Forsvarsdepartementet.²⁷

EØS-avtalen artikkel 123 er gjennomført i norsk rett i anskaffelsesloven § 2 andre ledd. Bestemmelsen angir at loven ikke kommer til anvendelse på anskaffelser som kan unntas i henhold til EØS-avtalen artikkel 123. I utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, følger det tilsvarende unntaket av bestemmelsene i kapittel 8, se særlig forslag til ny § 8-3 første ledd bokstav c og § 8-5 første ledd bokstav a.

Dersom vilkårene for å benytte EØS-avtalen artikkel 123 er oppfylt, blir konsekvensene at anskaffelsesloven ikke kommer til anvendelse på den aktuelle anskaffelsen.²⁸ Selv om anskaffelsesloven ikke kommer til anvendelse står oppdragsgiver ikke fritt ved en anskaffelse. Som redegjort for i første delutredning kapittel 22.4 vil alminnelig norsk bakgrunnsrett gjelde. Som redegjort for her vil kompetansegrunnlaget for den offentlige oppdragsgiveren være den private autonomi, med den følge at alminnelige privatrettslige regler kommer til anvendelse.²⁹ I tillegg vil forvaltningslovens alminnelige regler i kapittel II og III komme til anvendelse. For en nærmere gjennomgang av dette vises det til første delutredning kapittel 22.4.

Dette innebærer også at sikkerhetsloven fortsatt vil kunne komme til anvendelse på en anskaffelse, selv om den er unntatt i henhold til EØS-avtalen artikkel 123.³⁰ I tillegg kan andre interne regelverk og/eller instruksjoner komme til anvendelse på en konkret anskaffelse.

I anskaffelsesloven § 2 andre ledd andre punkt åpnes det for at departementet kan fastsette ytterligere unntak fra lovens virkeområde. Unntak i medhold av denne bestemmelsen er inntatt i de ulike forskriftene. Anskaffelsesforskriften § 2-2 første ledd bokstav b gir i tillegg adgang til å unnta anskaffelser fra anskaffelsesregelverket dersom anskaffelsen gjelder sikkerhetsmessige forhold eller er erklært hemmelige, eller bare kan utføres under særlige sikkerhetstiltak. Sikkerhetstiltaket må være hjemlet i lov, forskrift eller forvaltningsvedtak. Forskrift om offentlige anskaf-

²³ Ibid.

²⁴ Roberta Caranta 2021: side 13 kapittel 11.45

²⁵ Arrowsmith 2018: side 159

²⁶ Forsvarsdepartementet. Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 2019: Veilederen redegjør for det nærmere innholdet av unntaket i EØS-avtalen artikkel 123.

²⁷ Ibid. kapittel 7.2

²⁸ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 6.2.1

²⁹ Privat autonomi er når det offentlige inngår avtaler om kjøp av varer og tjenester på lik linje med andre private virksomheter, eller inngår leieavtaler og disponerer over eiendom i kraft av sin eiendomsrett.

³⁰ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 2.1

felser § 2-2 andre ledd hjemler unntak fra anskaffelsesregelverket der det hindrer oppdragsgiver fra å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser. Av bestemmelsens andre ledd følger det at anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder dersom anvendelsen av disse vil forhindre oppdragsgiver fra å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser, og kun dersom det ikke er mulig å ivareta disse hensynene ved mindre inngripende tiltak. Bestemmelsen er foreslått videreført i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 8-3. Det vises til første delutredning kapittel 24.11 for en nærmere gjennomgang av dette.

Staten som oppdragsgiver står i utgangspunktet fritt til å definere hva som er dens vesentlige sikkerhetsinteresser.³¹ Bruken av unntakene med hensyn til vesentlige sikkerhetsinteresser må imidlertid oppfylle EU/EØS-rettens proporsjonalitetsprinsipp, som innebærer at det må være forholdsmessighet mellom målet man vil oppnå og tiltaket.³² Tiltaket må være egnet for å oppnå målet om ivaretagelse av sikkerhet, og det må være nødvendig. Hvis det finnes mindre inngripende tiltak som kan gi samme beskyttelsesgrad er ikke unntaket fra regelverket nødvendig. Som redegjort for i første delutredning kapittel 24.11 skal unntaket tolkes strengt, og EU-domstolen foretar en grundig prøving av medlemsstatenes begrunnelser.³³

4.4.3 Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser under direktiv 2009/81/EF

Direktiv 2009/81/EF er utarbeidet som et prosedyredirektiv for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og har mer fleksible regler enn det klassiske direktivet.³⁴ Det åpner for å stille krav til sikkerhet og ivareta beredskapshensyn, og ivaretar de særegenheter som gjør seg gjeldende for denne typen anskaffelser. Etter direktivet er det, til forskjell fra det klassiske direktivet, blant annet adgang til å stille krav om forsyningssikkerhet, og kreve dokumentasjon for behandling og oppbevaring av graderte opplysninger. Kontraktene kan dessuten ha en maksimal varighet på syv år.³⁵ I forsvarsanskaffelsesdirektivet fremgår det av artikkel 23 at oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene skal spesifi-

sere sine krav til forsyningssikkerhet, og i andre ledd bokstavene a til h er det gitt en rekke eksempler på slike krav, se nærmere i boks 4.1.

Direktivet omfatter også regler for inngåelse av sensitive kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet.³⁶ Dette gjelder anskaffelser av gradert materiell, herunder delkomponenter, graderte bygge- eller anleggsarbeider eller graderte tjenester, jf. artikkel 2 bokstav b og e. For at materiellet eller tjenesten skal anses som gradert må den være til sikkerhetsformål og inneholde eller kreve behandling av gradert informasjon, jf. direktivets artikkel 1 premiss 8. Dette er kontrakter som gjelder suverenitetshevdelse, politivirksomhet, krisehåndtering, antiterrorberedskap, felles beredskapshåndtering mellom politi og forsvar, eller beskyttelse av skjermingsverdige objekter eller infrastruktur.³⁷

Etter norsk rett er gradert informasjon tildelt et graderingsnivå etter lov eller instruks, jf. forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 4-1 bokstav j. Gradert informasjon er etter norsk rett ikke begrenset til gradering etter sikkerhetsloven.³⁸ Per dags dato er det kun beskyttelsesinstruksen som delvis kan regnes som grunnlag for gradering etter direktivet i tillegg til sikkerhetsloven.³⁹ Dersom en sikkerhetsgradert anskaffelse etter sikkerhetsloven omfattes av virkeområdet til forskriften som gjennomfører direktivet, vil oppdragsgiver være pålagt å følge sikkerhetslovens bestemmelser, jf. forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser §§ 1-3 første ledd og 3-3.

4.4.4 Anskaffelser som er underlagt anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet

4.4.4.1 Generelt

Anskaffelsesdirektivet åpner for at det kan oppstilles krav til sikkerhet i ulike trinn i en anskaffelsesprosess. Kravene kan stilles i kravspesifikasjonen, angis som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller i kontraktsvilkårene. Det følger uttrykkelig av fortalen til anskaffelsesdirektivet at direktivets bestemmelser ikke er til hinder for å pålegge eller gjennomføre tiltak som er nødvendige for å beskytte offentlig sikkerhet.⁴⁰ Konsesjonskon-

³¹ C-187/16 Kommissjonen mot Østerrike avsnitt 75

³² Ibid. avsnitt 78

³³ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.11 med videre henvisninger

³⁴ Forsvarsdepartementet. Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 2019 kapittel 2.2

³⁵ Ibid. kapittel 2.2

³⁶ Ibid. kapittel 6.3

³⁷ Ibid. kapittel 6.3

³⁸ Ibid. kapittel 6.3

³⁹ Ibid. kapittel 6.3

⁴⁰ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 41

Boks 4.1 Artikkel 23 – forsyningssikkerhet

- «a) sertifisering eller dokumentasjon som til oppdragsgivers/offentlig oppdragsgivers tilfredshet viser at anbyderen vil kunne oppfylle sine forpliktelser vedrørende eksport, overføring og transitt av varer i forbindelse med kontrakten, herunder all tilleggskdokumentasjon mottatt fra berørte medlemsstater,
- b) opplysninger om eventuelle begrensninger, som følge av eksportkontroll eller sikkerhetsordninger, for oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver med hensyn til offentliggjøring, overføring eller bruk av produktene og tjenestene eller eventuelle resultater av disse produktene og tjenestene,
- c) sertifisering eller dokumentasjon som viser at organisering og plassering av anbyderens forsyningskjede vil gjøre denne i stand til å overholde oppdragsgivers/offentlig oppdragsgivers krav til forsyningssikkerhet fastsatt i anbudsgrunnlaget, samt en forpliktelse til å sikre at eventuelle endringer i forsyningskjeden i løpet av utførelsen av kontrakten ikke vil påvirke overholdelsen av disse kravene på en negativ måte,
- d) en forpliktelse fra anbyderens side om å etablere og/eller opprettholde den kapasitet som kreves for å oppfylle tilleggsbehov som oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver måtte kreve som følge av en krise, i samsvar med de vilkår og betingelser som blir avtalt,
- e) all tilleggskdokumentasjon som er mottatt fra anbyderens nasjonale myndigheter om oppfyllelse av tilleggsbehov hos oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver som følge av en krise,
- f) en forpliktelse fra anbyderen om å utføre vedlikehold, modernisering eller tilpassing av de varene som omfattes av kontrakten,
- g) en forpliktelse fra anbyderen om å underrette oppdragsgiveren i tide om eventuelle endringer i anbyderens organisasjon, omsetningskjede eller industrielle strategi som måtte påvirke anbyderens forpliktelser overfor oppdragsgiveren,
- h) en forpliktelse fra anbyderen om å legge fram for oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver, i samsvar med de vilkår som avtales, alt som er nødvendig for produksjon av reservedeler, komponenter, enheter til montering og særlig prøvingsutstyr, herunder tekniske tegninger, lisenser og instruksjoner for bruk, i tilfelle det ikke lenger er mulig for anbyderen å levere disse varene.»

trakttdirektivet og forsyningsdirektivet inneholder i hovedsak tilsvarende bestemmelser for de ulike trinnene av en anskaffelse. Dette innebærer at det i utgangspunktet er samme adgang til å stille krav knyttet til sikkerhet og beredskap ved anskaffelser etter disse direktivene, som etter anskaffelsesdirektivet.⁴¹

Nedenfor vil det kort redegjøres for adgangen til å stille krav om sikkerhet og beredskap innenfor de ulike trinnene i anskaffelsesprosessen. For en nærmere gjennomgang vises det til veilederen om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser.⁴²

I tillegg til å stille krav og kriterier for å ivareta sikkerhet og beredskap er det også andre grep oppdragsgiver kan gjøre for å ivareta disse hen-

synene. Ett av disse er å vurdere hvilket regelverk som gir mest fleksibilitet dersom oppdragsgiver står overfor en blandet kontrakt.

For blandende kontrakter som innehar sikkerhet- eller forsvarselementer, kan oppdragsgiver velge å ikke følge reglene i anskaffelsesdirektivet, under visse forutsetninger.⁴³ Tilsvarende unntak er gitt i de øvrige direktivene. Å unnlate å følge reglene i anskaffelsesdirektivet innebærer at oppdragsgiver vil kunne stille krav til sikkerhet og beredskap uten at reglene i anskaffelsesdirektivet gjelder. Dette vil kunne gi oppdragsgiver mer fleksibilitet til å ivareta disse hensynene. Det er imidlertid ikke et krav at oppdragsgiver bruker forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet fremfor anskaffelsesdirektivet på slike kontrakter, dersom oppdragsgiver ønsker å benytte anskaffelsesdirektivet.⁴⁴ Tilsvarende gjelder for konsesjonskon-

⁴¹ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 5.1

⁴² Ibid.

⁴³ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 13

⁴⁴ Ibid. fortalen premiss 13

trakter etter konsesjonskontraktdirektivet og forsyningskontrakter etter forsyningsdirektivet.^{45 46}

Et annet grep oppdragsgiver kan vurdere er størrelsen og antall kontrakter som skal inngås. Oppdeling av kontrakter kan tilrettelegge for at forsyningsikkerhet ivaretas. Det følger av anskaffelsesdirektivets fortale premiss 79 at dersom oppdragsgiver velger å dele opp en anskaffelse i flere delkontrakter, så kan det samtidig begrenses hvor mange delkontrakter en leverandør kan henholdsvis inngi tilbud på og vinne. Dersom oppdragsgiver benytter seg av denne muligheten vil oppdragsgiver sikre at de har kontrakt med flere leverandører, slik at oppdragsgiver ikke er like sårbar dersom en av leverandørene ikke skulle kunne levere i henhold til det avtalte. Dette er uttrykkelig fremholdt i veiledning til udbudslovens bestemmelser om oppdeling av kontrakt.⁴⁷ I tillegg vil det gi økt erfaring og kompetanse for flere leverandører, og gjerne da mindre leverandører, som igjen er med på å styrke lokal sikkerhet og beredskap. Se mer om lokale og regionale leverandører i kapittel 5.

4.4.4.2 Kravspesifikasjoner

Det er adgang til å stille krav til sikkerhet og beredskap i kravspesifikasjonen.

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 42 nr. 1 at kravene som stilles må være forholdsmessige ut fra kontraktens gjenstand og dens verdi og formål.^{48 49} Sikkerhetshensyn må vektes mot de øvrige interessene i anskaffelsen. For strenge krav vil kunne påvirke antall leverandører som vil delta i konkurransen.⁵⁰

Kravspesifikasjoner kan utformes på en måte som ivaretar krav til sikkerhet i alle trinn av livssyklusen til leveransen og krav som omfatter delkomponenter, støttefunksjoner og andre tekniske aspekter.⁵¹ Kravene kan utformes som både absolute krav og bør-krav. En forutsetning for dette er at kravene må ha tilknytning til leveransen og stå i forhold til anskaffelsens formål og verdi. Det er

viktig å merke seg at direktivet åpner for at oppdragsgiver ikke trenger å kunngjøre fortrolige opplysninger, jf. anskaffelsesdirektivets fortale premiss 51 og EU-domstolens praksis.⁵²

Hva gjelder adgangen til å stille krav knyttet til sikkerhet og beredskap gir forsyningsdirektivet i tillegg egne regler om adgang til å stille krav om fysisk sikkerhet, som for eksempel adgangs-kontroll, og informasjonssikkerhet, som for eksempel krav til konfidensialitet, jf. artikkel 42.⁵³ Dette tydeliggjør handlingsrommet til å stille slike krav i forsyningssektoren.⁵⁴

4.4.4.3 Kvalifikasjonskrav

Gjennom kvalifikasjonskrav kan oppdragsgiver stille krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner om sikkerhet.

I relasjon til sikkerhet er det særlig relevant å stille krav til erfaring fra lignende eller tilsvarende oppdrag eller så kan oppdragsgiver kreve dokumentasjon på oppfyllelse av visse kvalitets-sikringsstandarder, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 58 nr. 4.

4.4.4.4 Tildelingskriterier

Også tildelingskriterier kan knytte seg til sikkerhet og beredskap. Tildelingskriterier vil imidlertid som et utgangspunkt være mindre egnet til å stille krav som er nødvendige for å ivareta sikkerheten i virksomheten eller de offentlige tjenestene. Tildelingskriterier kan imidlertid brukes for å oppnå en økt verdi utover minstekravene som er satt til sikkerhet.⁵⁵ Eksempel på dette er kriterier som kompetanse hos tilbudt personell eller kortere responstid. Det er også adgang til å teste leveransen for å få kjennskap til de sikkerhetsmessige sidene av leveransen.⁵⁶ Det følger også uttrykkelig av forsyningsdirektivet at det er adgang til å knytte tildelingskriterier opp mot forsyningsikkerhet.⁵⁷ Denne presiseringen er også foreslått tatt inn i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene, for å tydeliggjøre handlingsrommet her.

⁴⁵ Forsyningsdirektivet 2014 fortalen premis 29 og 30

⁴⁶ Konsesjonskontraktdirektivet 2014 fortalen premiss 15

⁴⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Opdel kontrakten eller forklar

⁴⁸ Konsesjonskontraktdirektivet 2014 artikkel 36 nr. 1

⁴⁹ Forsyningsdirektivet 2014 artikkel 60 nr. 1

⁵⁰ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 5.1

⁵¹ Ibid. kapittel 5.2

⁵² C-450/06 Varec SA mot Belgia avsnitt 35

⁵³ Forsyningsdirektivet 2014 artikkel 60

⁵⁴ Konsesjonskontraktdirektivet 2014 artikkel 36

⁵⁵ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 5.4

⁵⁶ Ibid. kapittel 5.4

⁵⁷ Forsyningsdirektivet 2014 artikkel 82 nr. 2 bokstav c

Boks 4.2 Adgang til å stille krav til sikkerhet og beredskap i en anskaffelse

Krav til sikkerhet og beredskap kan stilles på alle trinn i en anskaffelse:

- kvalifikasjonskrav
- kravspesifikasjon
- tildelingskriterier
- kontraktsvilkår.

4.4.4.5 Avvisning

Også avvisningsgrunnene kan bidra til å oppnå ønsket sikkerhet i en anskaffelse. Avvisningsgrunner etter artikkel 57 i anskaffelsesdirektivet vil kunne utelukke leverandører etter de absolutte avvisningsgrunnene som har lite kredibilitet sikkerhetsmessig. For eksempel grunnet deltakelse i kriminelle organisasjoner eller der foretaket er knyttet til terrorhandlinger, som er absolutte avvisningsgrunner.^{58 59} Se mer om avvisningsgrunner i kapittel 8 til 15.

Gjennom utformingen av kvalifikasjonene til leverandørene og kravspesifikasjonen kan oppdragsgiver bruke valgfrie avvisningsgrunner til å utelukke leverandører som ikke oppfyller sikkerhetskravene som er satt i kravspesifikasjonen eller i kvalifikasjonene, grunnet reglene som gjelder avvisning av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og der tilbudet inneholder vesentlige avvik.

4.4.4.6 Kontraktsvilkår

Også kontraktsvilkår kan knytte seg til sikkerhet og beredskap. Avgjørende er at disse har tilknytning til leveransen, og fremgår av anskaffelsesdokumentene.⁶⁰ Krav til konfidensialitet og mulighet for revisjon og stedlig kontroll er eksempler på kontraktsvilkår knyttet til sikkerhet som kan stilles.⁶¹

4.4.5 Unntak av hensyn til offentlig sikkerhet

Totalberedskapskommisjonen fremhever som redegjort for i kapittel 1.3 at offentlig sikkerhet etter EØS-avtalen er et legitimt hensyn som kan begrunne unntak fra avtalens regelverk. Dette gjelder blant annet EØS-avtalens hoveddel artikkel 13 (varer), 33 (etablering) og 39 (tjenester), i tillegg til den generelle unntaksbestemmelsen i artikkel 123 (sikkerhet og forsvar). Unntaksreglene er snevre, og skal kun brukes etter en konkret og individuell vurdering.⁶² Disse unntakene er reflektert i fortalen til anskaffelsesdirektivet. Av fortalen premiss 41 fremgår det at bestemmelsene i direktivet ikke er i veien for å beskytte blant annet offentlig sikkerhet, forutsatt at disse tiltakene er i samsvar med TEUV. Fortalen premiss 79 viser også til at forsyningssikkerhet er relevant ved oppdeling av kontrakter. At offentlig sikkerhet kan hjemle unntak fra direktivet er også regulert i anskaffelsesdirektivet artikkel 15 til 17 som gjelder adgangen til å unnta anskaffelser fra direktivet grunnet forsvars- og sikkerhetsaspekter. I tillegg har forsvars- og sikkerhetsdirektivet egne bestemmelser som ivaretar hensyn til sikkerhet og beredskap, som redegjort for i kapittel 4.4.3.

4.4.6 Sikkerhetsloven

Loven gjelder for alle statlige, fylkeskommunale og kommunale organer.⁶³ Den gjelder også for virksomheter som råder over informasjon, informasjonssystemer, objekter eller infrastruktur eller driver aktivitet som har avgjørende betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner. Det samme gjelder for virksomheter som behandler sikkerhetsgradert informasjon. I tillegg følger det av sikkerhetsloven § 1-3 at departementet kan fatte vedtak om at visse virksomheter må underlegges sikkerhetsloven.⁶⁴ Dette gjelder blant annet for virksomheter som råder over informasjon, informasjonssystemer, objekter eller infrastruktur som har avgjørende betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner eller som driver aktivitet som har avgjørende betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner.⁶⁵ Nasjonale funksjoner er

⁵⁸ Konesjonskontraktdirektivet 2014 artikkel 38

⁵⁹ Forsyningsdirektivet 2014 artikkel 80

⁶⁰ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 5.5

⁶¹ Ibid. kapittel 5.5

⁶² NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 12.3.1

⁶³ Prop. 153 L (2016–2017) *Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven)* side 9

⁶⁴ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 2.2

⁶⁵ Lov om nasjonal sikkerhet (Sikkerhetsloven) 2019

definert i sikkerhetsloven § 1-5 nr. 2 som tjenester, produksjon og andre former for virksomhet som ved helt eller delvis bortfall vil få konsekvenser for statens evne til å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser. Hva som utgjør nasjonale sikkerhetsinteresser er definert i § 1-5 nr. 1 bokstav a til e. 44 grunnleggende nasjonale funksjoner var identifisert per 24. august 2023.⁶⁶ Dette er blant annet helseberedskap, trygg vannforsyning, matvareforsyning, satellittbasert overvåkning, romvarslings tjenester, nasjonal kraftforsyning, for å nevne noen.

Sikkerhetsloven omfatter som et utgangspunkt ikke offentligrettslige organer, offentlige foretak eller andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet som følge av en særrett eller enerett. Dette innebærer at selv om en oppdragsgiver er omfattet av anskaffelsesreglene så vil den ikke nødvendigvis være omfattet av sikkerhetsloven. Om en slik oppdragsgiver er omfattet beror på om det er fattet vedtak i medhold av sikkerhetsloven § 1-3. Samtidig innebærer angivelse av lovens virkeområde at en oppdragsgiver kan være omfattet av sikkerhetsloven, selv om oppdragsgiveren ikke er omfattet av anskaffelsesreglene.^{67 68}

Sikkerhetsloven er en dynamisk og fleksibel rammelov, som skal sette myndigheter og virksomheter i stand til å sikre sentrale nasjonale interesser mot et trussel- og risikobilde i stadig endring.^{69 70} Lovens formål er å trygge overordnede nasjonale sikkerhetsinteresser, og særlig landets suverenitet, territoriell integritet og demokratiske styreform.⁷¹ Loven søker å forebygge, motvirke og avdekke sikkerhetstruende virksomhet, som tilsiktede handlinger der målet er å ramme nasjonale sikkerhetsinteresser og tilsiktede handlinger som indirekte kan true disse interessene.⁷² Sikkerhetstiltak skal gjennomføres med grunnleggende rettsprinsipper og verdier i et demokratisk samfunn.⁷³

Det nærmere virkeområdet defineres av grunnleggende nasjonale funksjoner.⁷⁴ Med dette menes tjenester, produksjon eller andre former for virksomheter som er av en slik betydning at helt eller delvis bortfall vil få konsekvenser for statens evne til å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser, jf. sikkerhetsloven § 1-5 andre ledd. Nasjonal sikkerhetsmyndighet har det sektorovergripende ansvaret med å følge opp at forebyggende sikkerhetsarbeid i virksomhetene skjer i samsvar med loven.⁷⁵

Sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter stiller krav til hvordan oppdragsgivere og leverandører må ta hensyn til sikkerhet i anskaffelser.⁷⁶

Sikkerhetsgraderte anskaffelser er regulert i sikkerhetsloven kapittel 9. Det følger av forarbeidene til sikkerhetsloven at en sikkerhetsgradert anskaffelse i utgangspunktet er omfattet av lov om offentlige anskaffelser og forsvars- og sikkerhetsforskriften.⁷⁷ Videre fremholdes at lov og forskrift imidlertid ikke kommer til anvendelse der en anskaffelse er unntatt i medhold av artikkel 123 i EØS-avtalen.^{78 79}

Om forholdet til EØS-retten har departementet fremholdt i forarbeidene til sikkerhetsgraderte anskaffelser at reglene i loven vedrørende dette ikke vil være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, ettersom eventuelle begrensninger i konkurransen grunnet hensyn til Norges nasjonale sikkerhet ikke går lenger enn det som er strengt nødvendig.⁸⁰ Departementet viser videre til at EØS-avtalen artikkel 123 vil komme til anvendelse ved flere høyt graderte anskaffelser, slik at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse i det hele tatt, som redegjort for ovenfor.

Det er i § 9-1 nærmere angitt hva som er en sikkerhetsgradert anskaffelse. Her fremgår det at dette er anskaffelser som innebærer at leverandøren av varen eller tjenesten kan få tilgang til eller tilvirker sikkerhetsgradert informasjon eller får tilgang til et skjermingsverdig objekt eller infrastruktur. § 5-3 angir hva som er sikkerhetsgradert

⁶⁶ Oversikt over innmeldte nasjonale funksjoner – <https://nsm.no/regelverk-og-hjelp/rad-og-anbefalinger/grunnleggende-nasjonale-funksjoner/oversikt-over-innmeldte-grunnleggende-nasjonale-funksjoner/>

⁶⁷ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 2.2

⁶⁸ Nasjonal sikkerhetsmyndighet – Veileder i anskaffelser etter sikkerhetsloven 2020

⁶⁹ Lov om nasjonal sikkerhet (Sikkerhetsloven) 2019 § 1-1 bokstav a

⁷⁰ Prop. 153 L (2016–2017) *Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven)* side 8

⁷¹ Ibid. side 8

⁷² Lov om nasjonal sikkerhet (Sikkerhetsloven) 2019 § 1-1

⁷³ Prop. 153 L (2016–2017) *Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven)* side 8

⁷⁴ Ibid. side 8

⁷⁵ Ibid. side 9

⁷⁶ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019 kapittel 2.1

⁷⁷ Prop. 153 L (2016–2017) *Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven)* side 138

⁷⁸ Ibid. side 138

⁷⁹ Severin Vikanes – «note til 9-1» Karnov lovkommentar: Sikkerhetsloven på Lovdata.no – sist revidert 31. oktober 2023

⁸⁰ Prop. 153 L (2016–2017) *Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven)* kapittel 13.4.6

informasjon, mens § 7-1 gir regler om skjermingsverdige objekter og infrastruktur.

§ 9-2 angir at oppdragsgiver må inngå en sikkerhetsavtale med leverandørene før en sikkerhetsgradert anskaffelse iverksettes. Det er sikkerhetsmyndigheten som må godkjenne en leverandør før en sikkerhetsavtale inngås dersom leverandøren eller dens personell er utenlandsk. Videre følger det av bestemmelsen at sikkerhetsavtalen skal tydeliggjøre og konkretisere partenes plikter og ansvar etter loven.

§ 9-3 gir regler om leverandørerklæring. Det følger av første ledd at før en leverandør får tilgang til informasjon som er gradert som konfidensielt eller høyere, må leverandøren ha en sikkerhetsklarering som svarer til sikkerhetsgraden. Utgangspunktet etter andre ledd er at en leverandørklarering bare skal gis dersom det ikke er noen rimelig grunn til å tvile på at leverandøren er sikkerhetsmessig skikket.

Etter § 9-4 er det gitt regler om varslingsplikt og myndighet til å fatte vedtak ved anskaffelser til skjermingsverdig informasjonssystem, objekt og infrastruktur.

Videre er det gitt regler om personellklarering i kapittel 8, som må følges ved sikkerhetsgraderte anskaffelser.

I anskaffelser der oppdragsgiver skal stille sikkerhetskrav, må oppdragsgiver foreta en vurdering av hvilke sikkerhetsrisikoer som kan oppstå og hvordan anskaffelsen bør legges opp. Sikkerhetsloven stiller krav til risikostyring av anskaffelser som er omfattet av sikkerhetsloven. Det vises til Nasjonal sikkerhetsmyndighets veileder i sikkerhetsstyring for en nærmere redegjørelse av dette.⁸¹

Veilederen om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser inneholder ytterligere informasjon om sikkerhetsloven, dens graderingsystem og hvilke krav som skal stilles i hvilke anskaffelser.⁸²

4.5 Utvalgets vurdering

Utvalget ønsker å fremheve at offentlige anskaffelser er et egnet verktøy for å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn på en kostnadseffektiv måte, men at dette forutsetter at oppdragsgiver er

oppmerksom på det handlingsrom som regelverket gir. I lys av et endret trusselbilde vil det være aktuelt å stille krav til sikkerhet og beredskap i en rekke offentlige anskaffelser. Dette gjelder både for anskaffelser som direkte handler om beredskap, slik som anskaffelser av beredskapslagre av medisiner og mat, og for anskaffelser som handler om å dekke andre behov, men som likevel har en side også til samfunnssikkerhet og beredskap.

I vurderingen av offentlige anskaffelser som et verktøy for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser er det viktig å sonde mellom forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og andre anskaffelser. Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er enten helt unntatt fra EØS-avtalen i henhold til hoveddelens artikkel 123 eller særregulert gjennom direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Utvalget viser til anbefalingen i første delutredning om at Forsvarsdepartementet bør utarbeide og fremme forslag til en egen lov om forsvarsanskaffelser som oppdaterer gjennomføringen av dette direktivet og eventuelt også regulerer anskaffelser som er omfattet av unntaket i EØS-avtalen artikkel 123.⁸³

Også for anskaffelser som ikke regnes som forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er det etter utvalgets syn behov for å sonde mellom anskaffelser som direkte handler om sikkerhet, og beredskap og anskaffelser som mer indirekte kan ha betydning for sikkerhet og beredskap. Denne sondringen er ikke avgjørende for hvilket regelverk som kommer til anvendelse, og slik sett ikke av rettslig karakter, men likevel viktig for en opplyst debatt om muligheten for å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser. For anskaffelser som direkte handler om sikkerhet og beredskap i tradisjonell forstand er det grunn til å understreke at regelverket for offentlige anskaffelser som utgangspunkt og klar hovedregel overlater til oppdragsgiver å avgjøre hva som skal anskaffes. Det er opp til relevante myndigheter å avgjøre om det skal anskaffes beredskapslagre for mat og medisiner og hvordan disse skal innrettes, hva slags utstyr politiet, sivilforsvaret, sykehus og redningstjenestene skal ha tilgjengelig, hvor robuste datasystemer som skal anskaffes osv. Anskaffelsesregelverkets funksjon i denne sammenheng er å sikre kostnadseffektiv behovsdekning, gjennom konkurranse om kontraktene. Utvalget vil understreke at uten konkurranse om kontraktene ville det offentlige fått mindre beredskap og sikkerhet for pengene.

⁸¹ Lov om nasjonal sikkerhet (Sikkerhetsloven) 2019 §§ 4-1 og 4-2

⁸² Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019

⁸³ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 26

Spørsmålet om offentlige anskaffelser kan brukes som et verktøy for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser er vanskeligere når det handler om beredskap og sikkerhet i videre forstand. Dersom en trekker beredskapshensynet svært langt og samtidig anlegger et rent nasjonalt perspektiv, kan nær sagt enhver avhengighet av utenlandske leverandører for å dekke beredskapsrelaterte behov betraktes som en sårbarhet. En slik tilnærming, hvor offentlige kontrakter av beredskapshensyn ønskes beholdt nasjonale leverandører, lar seg ikke forene med EØS-avtalens prinsipper om et felles marked. EØS-avtalen har riktignok unntaksbestemmelser for offentlig sikkerhet som kan være relevante også for andre offentlige anskaffelser enn de som omfattes av avtalens artikkel 123 eller direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, men disse kan ikke rettferdiggjøre at offentlige kontrakter beholdes nasjonale leverandører.

EØS-avtalen er ikke til hinder for at nasjonale myndigheter anlegger en vid tilnærming til beredskap og sikkerhet, men krever langt på vei at dette skjer i et europeisk fremfor et rent nasjonalt perspektiv. Med dette bidrar EØS-avtalen også til å forhindre at nasjonale leverandører i de ulike EØS-landene, under henvisning til en vid forståelse av nasjonal sikkerhet og beredskap, skjermes fra konkurranse, med de konsekvensene det ville kunne få for deres konkurransekraft på lengre sikt og for målsettingen om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den europeiske tilnærmingen til sikkerhet og beredskap som preger utviklingen i EU mer generelt, og som i hvert fall et stykke på vei gjenspeiles i EØS-avtalen, er for øvrig årsaken til at Totalberedskapskommisjonen omtaler hele EØS-avtalen som et beredskapsverktøy av stor betydning for forebyggende tiltak, kapasitetsbygging og krisehåndtering.⁸⁴ Utvalget er enig i denne vurderingen, og vil vise til at dette er løftet frem i NOU 2024: 7 *Norge og EØS: Utvikling og erfaringer*. Utvalget vil også legge til at et næringsliv med konkurransekraft og omstillings-evne inngår i en vid forståelse av nasjonal sikkerhet og beredskap.

Det er utvalgets syn at dagens anskaffelsesregelverk gir vesentlig handlingsrom til å bruke offentlige anskaffelser for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser, både over og under EØS-terskelverdiene. Det er imidlertid ikke adgang i medhold av regelverket til å

bruke hensyn til beredskap og nasjonale sikkerhetsinteresser som begrunnelse for å forbeholde nasjonale leverandører offentlige kontrakter. Utvalgets forslag i første delutredning til forenklinger av regelverket under EØS-terskelverdiene og visse justeringer i gjennomføringen av anskaffelsesdirektivet endrer ikke på dette. Utvalget ser derfor ikke behov for regelendringer for å tydeliggjøre muligheten for å stille krav knyttet til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser.

Utvalget har fått innspill av referansegruppen om at forsvars- og sikkerhetsforskriften § 8-8 gir særlige regler om krav som kan stilles til forsyningssikkerhet og beredskap, og pekt på at behovet for å stille slike krav kan gjøre seg gjeldende utenfor forsvarsanskaffelser. Utvalget har derfor vurdert om det bør innføres en egen bestemmelse i anskaffelsesloven som gjelder adgangen til å stille krav til sikkerhet og beredskap for å tydeliggjøre handlingsrommet. Utvalget er enig i at en slik bestemmelse kan minne oppdragsgivere om adgangen til å stille slike krav, men vil understreke at den ikke vil tilføye noe utover dette og at rettslig sett overflødige lovbestemmelser i et allerede omfattende regelverk bør unngås. Utvalget vil av denne grunn ikke anbefale en egen bestemmelse som sier konkret hvilke krav som kan stilles sikkerhet og beredskap, utover at dette angis som et samfunnshensyn, men viser til at oppdragsgiver kan se hen til § 8-8 og vurdere om disse kravene kan være relevante i en konkret anskaffelse.

Utvalget drøftet i første delutredning, hvorvidt sikkerhet og beredskapshensyn burde vært omtalt i formålsbestemmelsen til ny lov. Diskusjonene ble foreløpig satt på vent, slik at utvalget kunne se formålsbestemmelsen i sammenheng med diskusjonene om sikkerhet og beredskap i andre delutredning. Utvalget vil peke på at sikkerhet og beredskap er et tema som har økt aktualitet som følge av den endrede geopolitiske situasjonen internasjonalt. Utvalget mener derfor at et formål ved offentlige anskaffelser er at det skal bidra til å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn. Utvalget vil derfor foreslå at det legges til et strekpunkt i formålsbestemmelsene til alle lovene på anskaffelsesområdet om at loven skal bidra til å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn.

I forlengelsen av dette har utvalget også notert seg at Justis- og beredskapsdepartementet (JD) i en høringsuttalelse til departementet har spilt inn at samfunnssikkerhets- og beredskapshensyn bør inkluderes i et nytt kapittel 2 om samfunnshensyn i nye lover. Helt konkret viser JD til at det i «vurderingen av krav til sikkerhet og beredskap bør vurderes om det bør være særskilte krav til vurde-

⁸⁴ NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 6.2.1

ringskriterier for enkelte IT-anskaffelser av systemer eller tjenester og at disse bidrar til å sikre tilstrekkelig grad av nasjonal kontroll der det er relevant». Utvalget deler JDs oppfatning om at det for enkelte IT-anskaffelser kan være viktig å sikre tilstrekkelig grad av nasjonal kontroll. Samtidig er utvalget av den oppfatning at kapittel 2, som samler samfunnshensynene i ny lov, først og fremst stiller mer overordnede krav. Etter utvalgets syn vil det innebære en svært detaljert føring å regulere IT-anskaffelser i kapittel 2. Utvalget foreslår likevel at samfunnssikkerhet- og beredskapshensyn overordnet inkluderes i et nytt kapittel 2 om samfunnshensyn i nye lover, hvor det angis at oppdragsgiver skal vurdere om det er relevant å stille krav eller kriterier for ivareta sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser. Dette vil etter utvalgets syn bidra til bevissthet hos oppdragsgivere til å vurdere i forkant av om det er særlige sikkerhets- og beredskapshensyn som er relevante i en konkret anskaffelse. Utvalget vil anbefale at veilederen om sikkerhet i offentlige anskaffelser oppdateres, og at den bør hensynta både sikkerhets- og beredskapsperspektivet. Videre, når veilederen oppdateres, så er det hensiktsmessig at den *også* gir en oversikt over eventuelle kategorier av anskaffelser hvor det er særlig aktuelt å hensynta sikkerhet og beredskap. Utvalgsmedlem *Breiland* vil legge til at det er viktig at slike veiledere rutinemessig oppdateres, og at en veileder med konkrete tiltak som kan benyttes i anskaffelser vil bidra til god beredskap gjennom bruk av fagekspertise.

Utvalget har merket seg ny digitalsikkerhetslov, som vil ha betydning for sikkerhet og beredskap i IT-anskaffelser.⁸⁵ Formålet med loven er etter lovens § 1 å sikre grunnleggende krav til digital sikkerhet i virksomheter med særlig betydning for samfunnet. I tillegg fremgår det at loven skal legge til rette for å ivareta sikkerhet i IKT-produkter, IKT-prosesser og IKT-tjenester. Loven gjelder for leverandører av sikkerhetskritiske funksjoner og digitale tjenester, og vil gjelde som et tillegg til kravene som følger av sikkerhetsloven. Hvilke sikkerhets- og beredskapshensyn den enkelte oppdragsgiver bør hensynta i en konkret anskaffelse, vil variere over tid. Utvalget vil vise til at det fremlegges oppdaterte kunnskapsgrunnlag om dette fra ulike samfunnsaktører. Det utgis årlig offentlige trussel- og risikovurderinger fra NSM, PST og Etterretningstjenesten. NSMs risikorapport beskriver hvordan trusselaktører kan utnytte sårbarheter hos virksomheter og i samfun-

net, og hvilken risiko dette medfører.⁸⁶ I rapporten trekkes det frem hvordan sårbarheter bør reduseres. Rapportens mål er å gi virksomheter bedre forutsetninger for å se sikkerhetsarbeidet i en større sammenheng. Rapporten om trusselvurdering fra PST er en analyse av forventet utvikling i trusler innenfor PSTs ansvarsområder i det kommende året. Dette er med på å skape bevissthet rundt de mest alvorlige truslene i Norge, slik at beslutningstakere kan hensynta dette i sitt forebyggende sikkerhetsarbeid.⁸⁷ Etterretningstjenesten utgir årlig en rapport kalt «Fokus» som inneholder etterretningstjenestens vurdering av aktuelle sikkerhetsutfordringer.⁸⁸

Ved anskaffelser hvor sikkerhetsloven gjelder er oppdragsgiver pålagt å gjennomføre risikovurderinger. For anskaffelser hvor sikkerhetsloven ikke gjelder foreligger det ingen slik plikt. Det kan imidlertid også ved disse anskaffelsene være relevant å foreta en vurdering av mulige trusler og mulige konsekvenser av sikkerhetsbrudd. Forvaltningsorganer er gjennom eForvaltningsforskriften pålagt internkontroll på informasjonssikkerhetsområdet.⁸⁹ Det vises til *Veileder til ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser* for en nærmere gjennomgang av disse risikovurderingene.⁹⁰ Det sentrale er at oppdragsgiver, gjennom å foreta slike vurderinger i planleggingen av en anskaffelse, får kartlagt hvilke sikkerhetsrisikoer anskaffelsen vil inneholde.

Når risikoene og relevant regelverk er kartlagt, kan oppdragsgiver vurdere hvilke krav og kriterier som kan og bør oppstilles, innenfor de rammene som utvalget har redegjort for ovenfor.

I relasjon til valg av regelverk vil utvalget også peke på at anskaffelsesregelverket har unntak fra anskaffelsesprosedyrene i visse situasjoner, typisk i krisesituasjoner. Artikkel 32 i direktivet åpner for å unnlate kunngjøring i visse tilfeller, blant annet ved uforutsette hendelser. I hastetilfeller er det også adgang til å forkorte tilbudsfristen, på nærmere bestemte vilkår. Innholdet av disse bestemmelsene er redegjort for i første delutredning, kapittel 24.20. EU-kommisjonen utarbeidet veiledning til disse unntakene og bruk av forkortede prosedyrer ved anskaffelser under pandemien.⁹¹

⁸⁶ Nasjonal sikkerhetsmyndighet – Risiko

⁸⁷ Politiets sikkerhetstjeneste – Nasjonal trusselvurdering

⁸⁸ Etterretningstjenesten – Fokus

⁸⁹ Forskrift om elektronisk kommunikasjon med og i forvaltningen (eForvaltningsforskriften) 2004

⁹⁰ Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 2019

⁹¹ EU-kommisjonen 2020/C 108 I/01 2020

⁸⁵ LOV-2023-12-20-108 Digitalsikkerhetslov 2023

Et poeng utvalget vil trekke frem her, er adgangen til å stille krav i kontrakten for å sikre sikkerhet og beredskap. Som nevnt ovenfor er det adgang til dette når et slikt krav har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Samtidig er det, som Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening påpeker i sitt innspill til utvalget, viktig at slike kontraktsskrav er klare, slik at oppdragsgiver faktisk får den sikkerheten og beredskapen det er behov for. Dette har samtidig en side til den risikovurderingen oppdragsgiver bør utføre i forkant. Utvalget viser også til adgangen til å gjøre endringer i medhold av en endringsklausul i henhold til anskaffelsesdirektivet artikkel 72 nr. 1 bokstav a. I kontrakter hvor det erfaringsmessig kan tenkes å oppstå et senere behov for endringer grunnet sikkerhet og beredskap, bør dette reguleres gjennom en forhåndsfastsatt endringsklausul.

Når det gjelder Totalberedskapskommisjonens vektlegging av lokale leverandører som en beredskapsressurs, viser utvalget til drøftelsene i kapittel 5 om hvordan offentlige anskaffelser kan gis en utforming og størrelse som gjør det mulig for lokale og regionale aktører å delta i konkurransen om hele eller deler av oppdraget. Anskaffelsesregelverket gir vid adgang til å dele opp anskaffelser slik at små og mellomstore leverandører kan konkurrere om dem, og så sant det har tilknytning til kontraktsgjenstanden kan det også stilles beredskapsrelaterte krav som fordrer lokal tilstedeværelse. Utvalget vil også peke på at forsyningsberedskap kan rettferdiggjøre at en oppdelt anskaffelse fordeles på flere leverandører, ved at oppdragsgiver legger begrensninger på hvor mange av kontraktene en enkelt leverandør kan konkurrere om og vinne.

Utvalget har også merket seg Totalberedskapskommisjonens påpekning av at kortvarige kontrakter er et hinder for å sikre bedre beredskap. Til dette vil utvalget peke på at anskaffelsesregelverket ikke opererer med noen absolutt tidsbegrensning på en kontrakt, utover rammeavtaler. Dette følger forutsetningsvis av anskaffelsesforskriften § 5-4 tolvte ledd som angir regler for beregning av tidsbestemte kontrakter. Det er imidlertid fremholdt i teorien, at prinsippet om konkurranse i forskriften (slik det gjelder i dag) innebærer at en kontrakt ikke kan ha en for lang varighet, og må lyses ut på nytt.^{92 93}

Dette er også lagt til grunn i tidligere praksis fra KOFA.^{94 95}

For rammeavtaler følger det av anskaffelsesforskriften § 26-1 fjerde ledd at varigheten som et utgangspunkt er fire år. Det kan imidlertid gjøres unntak fra dette, altså at kontrakten kan ha lengre varighet dersom det foreligger særlige behov. Bestemmelsens ordlyd viser til at slike særlige forhold kan være knyttet nettopp til avtalens formål, investeringskostnader eller brukerens behov. Dersom oppdragsgiver ser at det er behov for en lengre varighet enn fire år, skal dette dokumenteres i forkant av en anskaffelse. For en nærmere gjennomgang av denne bestemmelsen vises det til utvalgets første delutredning, kapittel 24.21. Tilsvarende gjelder i utgangspunktet for for rammeavtalers varighet i forsyningsdirektivet, men her er utgangspunktet åtte års varighet. Etter utvalgets syn innebærer dette at oppdragsgiver har adgang til å inngå kontrakter med en lengre varighet dersom det kan begrunnes i for eksempel investeringskostnader og formålet med avtalen. I tilfeller hvor for eksempel en rammeavtale på henholdsvis fire og åtte år er for kort til at nye leverandører er beredt til å foreta nødvendige investeringer, vil det være i tråd med anskaffelsesdirektivets formål å åpne for lengre varighet, for slik å sikre bedre konkurranse om kontrakten. Forutsetningen er imidlertid at oppdragsgiver har god dialog med leverandørmarkedet og på det grunnlag kan begrunne på behørig vis behovet for en lengre rammeavtale.

Totalberedskapskommisjonen har videre fremhevet at det stilles for få krav til sikkerhet og beredskap knyttet til anskaffelser i klassisk sektor.⁹⁶ Utvalget deler denne forståelsen og understreker viktigheten av at offentlige oppdragsgivere stiller krav til sikkerhet og beredskap i alle anskaffelser hvor dette er relevant. Samtidig er det viktig at slike krav ikke fører til unødig begrensning av konkurransen om offentlige kontrakter. Det offentliges ressurser er begrensede, og et helhetlig beredskapsarbeid må være kostnadseffektivt. Offentlige oppdragsgivere må være forberedt på at beredskap og sikkerhet koster, men nettopp av denne grunn er det viktig at det sikres god konkurranse også om beredskaps- og sikkerhetsrelaterte anskaffelser.

Totalberedskapskommisjonen har også fremhevet at det bør ses nærmere på den forståelse og

⁹² Oda Ekre mfl. «note til § 4» Karnov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 23. august 2023

⁹³ Thue 2018 kapittel 3

⁹⁴ KOFA-2010-23 Helse Sunnmøre HF

⁹⁵ KOFA-2010-361 Bærum kommune

⁹⁶ Det vil si anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet

praktisering som er lagt til grunn i Finland.⁹⁷ I rapporten vises det til at det ser ut til at det i Finland tas større grad av hensyn til nasjonal beredskap, ved praktiseringen av regelverket.⁹⁸ Det vises blant annet til at det er opprettet en forsyningsberedskapssentral i Finland som er sentral i beredskapssystemet. I lys av tiden utvalget har hatt til rådighet har utvalget ikke hatt tid til å se nærmere på forståelsen og praktiseringen av regelverket i Finland hva gjelder sikkerhet og beredskap. Utvalget er imidlertid enig med Totalberedskapskommisjonens syn om at dette bør utredes. Utvalget overlater derfor til Nærings- og fiskeridepartementet og eventuelt andre relevante departementer å vurdere om det er grunn til å se nærmere på dette.

I lys av utvalgets tydeliggjøring av mulighetene for oppdragsgivere til å ta hensyn til sikkerhet og beredskap anbefaler utvalget at Nærings- og fiskeridepartementet ser nærmere på behovet for ny veiledning om dette temaet. Etter utvalgets syn er dette særlig viktig i lys av økt aktualitet knyttet til sikkerhet og beredskap i dagens samfunn. Adgangen til å ta hensyn til sikkerhet og beredskap er krevende for oppdragsgivere, samtidig som det er viktig fra et samfunnsmessig perspektiv at dette faktisk hensyntas i anskaffelser der det er behov og adgang til dette. Dersom oppdragsgivere stiller feil eller uforholdsmessige krav kan dette medføre unøvendige kostnader. Det samme gjelder dersom oppdragsgivere ikke tar slike hensyn, der det er relevant, i frykt for å trå feil.

Utvalget vil også vise til at beredskaps- og sikkerhetshensyn også kan være relevant etter at en kontrakt er inngått etter anskaffelsesreglene. Samtidig er utgangspunktet at anskaffelsesreglene ikke gjelder for kontraktsfasen. Det er imidlertid gjort enkelte unntak fra dette, og adgangen til å gjøre endringer i inngåtte kontrakter er regulert i anskaffelsesforskriften. Dette er nærmere omtalt i utvalgets første delutredning, kapittel 24.38. En sikkerhetsrisiko etter at kontrakt er inngått kan være at en leverandør blir kjøpt opp av et selskap som det offentlige av sikkerhetsmessige årsaker ikke ønsker å være involvert i. Investeringsutvalget, som har foreslått en investeringskontroll for visse investeringer, har i relasjon til inngåtte kontrakter fremholdt at også investeringer i leverandører som har kontrakt med det offentlige kan omfattes når kontrakten er innenfor en sikkerhetssensitiv sektor.⁹⁹ Dette gjelder uav-

hengig av reglene om hvilke endringer som er tillatt i anskaffelsesreglene, og viser at andre regelverk også ivaretar sikkerhetshensyn i offentlige anskaffelser.

Avslutningsvis vil utvalget også peke på at det som følge av politiske prioriteringer i EU er under utvikling flere rettslige forpliktelser til å hensynta sikkerhet og beredskap, for eksempel ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Et eksempel er at EU-kommisjonen har foreslått en ny forordning «Single Market Emergency Instrument» som har til hensikt å forutse, forberede og respondere på kriser.¹⁰⁰ Bakgrunnen er pandemien, Ukraina-krigen og energikrisen. Det følger av forslaget at en eller flere medlemsstater kan anmode om at EU-kommisjonen anskaffer kritiske varer og tjenester som er relevant i en krise på deres vegne.

Boks 4.3 Utvalgets forslag

Utvalget vil fremheve:

- at god planlegging i forkant i form av risikovurderinger og valg av riktig regelverk er viktig for å kunne stille nødvendige krav til sikkerhet og beredskap
- at oppdragsgiver kan vurdere å dele opp anskaffelsen i delkontrakter og begrense antall delkontrakter som kan tildeles en leverandør
- at det er vid adgang til å stille krav og kriterier på de ulike trinnene av en anskaffelse som ivaretar hensyn til sikkerhet og beredskap innenfor det relevante regelverket
- at oppdragsgiver kan vurdere behovet for lengre kontraktsvarighet

Utvalget vil foreslå:

- at sikkerhet og beredskap tas inn som et formål og samfunnshensyn i nye lover på anskaffelsesområdet
- at relevante myndigheter lager en oppdatert veileder om sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser, herunder identifiserer spesielle kategorier av anskaffelser som er særlig utsatt med tanke på sikkerhet og beredskap.

⁹⁷ NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 12.5.1

⁹⁸ Ibid. kapittel 12.3.1

⁹⁹ NOU 2023: 28 *Investeringskontroll – En åpen økonomi i usikre tider* kapittel 15.7.3

¹⁰⁰ Forslag til forordning om opprettelse af et nødinstrument for det indre marked COM(2022) 459 final

Del III
Lokale og regionale leverandører

Kapittel 5

Lokale og regionale leverandører

5.1 Innledning

Utvalget er bedt om å vurdere endringer som sikrer at offentlige anskaffelser har en utforming og størrelse som gjør det mulig for lokale og regionale leverandører å delta i konkurransen om hele eller deler av oppdraget. I tillegg er utvalget bedt om å vurdere adgangen til å velge lokale og regionale leverandører, innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet. Mandatpunktet må sees i sammenheng med et punkt i regjeringserklæringen om at offentlige anskaffelser må utformes, og kontraktstørrelsen må tilpasses slik at norske bedrifter kan delta i konkurransen.¹ Ønsket om å legge bedre til rette for lokale og regionale leverandører har ikke bare en distriktpolitisk dimensjon, det inngår også som et element i nasjonal beredskap, som påpekt i Totalberedskapskommisjonens utredning fra 2023.²

Utvalget legger til grunn at det med lokale og regionale aktører siktes til små eller mellomstore leverandører som er etablert i eller nær det området hvor kontrakten skal oppfylles og/eller hvor oppdragsgiver hører til, og som i all hovedsak bare opererer i dette området. Også større (norske) leverandører er nødvendigvis lokalisert på ett eller flere steder i Norge, og slik sett lokale eller regionale i eget nærområde, men det er ikke hensynet til slike leverandører som står i sentrum i dette kapittelet. I lys av den uttalte målsettingen om at offentlige anskaffelser må utformes, og kontraktstørrelsen må tilpasses, slik at norske bedrifter kan delta i konkurransen, har likevel utvalget funnet grunn til en kort omtale av hvordan også hensynet til større norske leverandører kan ivaretas innenfor EØS-avtalens rammer.³

Undersøkelser av offentlige anskaffelser i EU tilsier at de fleste kontraktene går til leverandører som er etablert i samme stat som oppdragsgiver,

og at det er få kontraktstildelinger over landegrensene.⁴ Det samme må, etter utvalgets vurdering, også antas å gjelde i Norge. For anskaffelser under EØS-terskelverdi, som i antall antas å utgjøre godt over 60 prosent av kontraktene, må det antas at nær samtlige kontrakter går til norske leverandører. For anskaffelser over EØS-terskelverdi vil innslaget av utenlandske leverandører være høyere, men utvalgets inntrykk er at det først og fremst er store kontakter, godt over EØS-terskel, som tiltrekker seg utenlandske leverandører. Basert på EU-tall for Sverige for perioden 2011 til 2021, er det grunn til å anta at det bare er om lag tre prosent av kontraktene over EØS-terskel som går til leverandører etablert i andre EØS-land.⁵ Dersom dette også inkluderer underleverandører, er det grunn til å anta at noen flere enn bare tre prosent av kontraktene involverer aktører fra andre deler av EØS. Samtidig er det grunn til å tro at en hel del av de kontraktene som går direkte til utenlandske leverandører, involverer en eller flere norske underleverandører. Det er gjerne snakk om særlig store kontrakter, med mange involverte underleverandører og hvor utvalgets inntrykk er at norske aktører normalt er godt representert. Som påpekt av EUs revisjonsrett finnes det imidlertid ikke pålitelig statistikk på dette.⁶

Konkurrentene til lokale og regionale leverandører er derfor i langt de fleste tilfeller andre norske leverandører, ikke leverandører fra utlandet.

I vurderingen av de muligheter som lovgiver har til å legge til rette for at lokale og regionale leverandører kan hevde seg i konkurransen om offentlige kontrakter, går det et skille mellom kontrakter som faller inn under EØS-avtalens virkeområde, og kontrakter som ikke gjør det.

For kontrakter som ikke reguleres av EØS-avtalen, står lovgiver i utgangspunktet fritt til å

¹ Regjeringsplattform for en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet 2021–2025 (Hurdalsplattformen).

² NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid*

³ Se kapittel 5.5.3

⁴ Den Europæiske Revisjonsret – Særberetning om Offentlige Udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder 2023

⁵ Ibid. kapittel 1

⁶ Ibid.

innføre regler som forbeholder nærmere angitte kontrakter til lokale eller regionale leverandører, eller som gir oppdragsgiver anledning til selv å øremerke kontrakter til slike leverandører. Etter utvalgets syn vil imidlertid en slik regulering kunne føre til betydelig svekkelse av konkurransen om offentlige kontrakter, og slik stride mot formålet om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser, jf. utvalgets forslag til formålsbestemmelse i ny anskaffelseslov.⁷ Øremerking av kontrakter til lokale leverandører vil også innebære uheldig forskjellsbehandling av norske leverandører ut fra hvor de er etablert, og kunne hindre lokale eller regionale leverandører fra å vinne kontrakter utenfor eget nærområde. Det vil også kunne oppstå vanskelige grensespørsmål knyttet til hvilke leverandører som er tilstrekkelig lokale eller eventuelt regionale, ikke minst knyttet til mellomstore leverandører som har større eller mindre tilstedeværelse på flere steder. Utvalget vil sterkt fraråde en slik løsning. Etter utvalgets syn gir utvalgets utkast til forenklede regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi tilstrekkelig fleksibilitet til at oppdragsgiver kan legge til rette for at lokale og regionale leverandører kan hevde seg i konkurransen om kontraktene, så lenge de leverer konkurransedyktige tilbud.

For anskaffelser som reguleres av EØS-avtalen, enten fordi kontraktsverdien er over relevant EØS-terskelverdi eller fordi kontrakten uansett har klar grensekryssende interesse, er EØS-avtalens krav til likebehandling av leverandørene til

⁷ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*: kapittel 11

hinder for øremerking av kontrakter til lokale eller regionale leverandører. EØS-retten er imidlertid ikke til hinder for at offentlige anskaffelser gis en utforming og størrelse som gjør det mulig for lokale og regionale aktører å delta i konkurransen om hele eller deler av oppdraget.

5.2 Definisjoner

Små og mellomstore virksomheter utgjør 99 prosent av alle virksomheter i EU. Disse virksomhetene har mindre enn 250 personer ansatt og har en årlig omsetning på under 50 millioner euro eller en årlig balanse som ikke overstiger 43 millioner euro.⁸

I Norge er definisjonen av små og mellomstore bedrifter knyttet til antall ansatte i virksomheten, og de bedriftene som har 100 eller færre ansatte er normalt ansett å være små eller mellomstore.⁹ Små og mellomstore virksomheter utgjør 99 prosent av alle virksomheter i Norge, se tabell 5.1. I tillegg er det vanlig å definere bedrifter med 1 til 20 ansatte som små, bedrifter med 21 til 100 ansatte som mellomstore og over 100 ansatte som store.¹⁰

Tabell 5.1 viser at det er 656 410 aktive virksomheter i Norge 1. januar 2024. Over 99 prosent av disse har mindre enn 100 ansatte.

⁸ EU-kommisjonen 2003/361/EF Kommissionens henstilling af 6. maj 2003 om definitionen af mikrovirksomheder

⁹ Departementene – Småbedriftslivet 2019

¹⁰ NHO – Fakta om små og mellomstore bedrifter (SMB)

Tabell 5.1 Aktive virksomheter i Norge per 1. januar 2024

		2024	2023–2024
	Antall virksomheter	Prosent	Endring i prosent
Alle størrelsesgrupper	656 410	100	1,5
Ingen ansatte	447 938	68,2	2,2
1–4 ansatte	103 429	15,8	-0,2
5–9 ansatte	40 977	6,2	-0,7
10–19 ansatte	31 063	4,7	0,1
20–49 ansatte	22 052	3,4	0,3
50–99 ansatte	6 923	1,1	0
100–249 ansatte	3 075	0,5	2,6
250 ansatte og over	953	0,1	1,5

Kilde: SSB

5.3 Betydningen av lokale og regionale leverandører

5.3.1 Distriktpolitiske målsetninger

Det følger av Meld. St. 27 (2022–2023) *Eit godt liv i heile Noreg – distriktpolitikk for framtida* at målet for regjeringens distrikts- og regionalpolitikk er at det skal være rom for utvikling og verdiskapning i alle lokalsamfunn.¹¹ I stortingsmeldingen er det fremholdt at eksistensen av lokale og regionale leverandører bidrar til å nå distriktpolitiske målsetninger, og at offentlige anskaffelser kan bidra til dette.

5.3.2 Beredskapshensyn

Det følger av Totalberedskapskommisjonens utredning at en vanskelig konkurranse situasjon for små og mellomstore bedrifter utgjør en utfordring for lokal og regional beredskap.¹² Kommisjonen knytter dette til offentlige anskaffelser, og påpeker at mange kontrakter er for store for lokale og regionale leverandører, eller av andre grunner innrettet slik at det er vanskelig for lokale og regionale leverandører å hevde seg mot større konkurrenter. Resultatet er at lokale og regionale leverandører ikke får trening i beredskapssituasjoner, og heller ikke kan bistå det offentlige i en krisesituasjon. Kommisjonen peker på at kommunenes anskaffelsespraksis vil være et viktig virkemiddel for å bedre beredskapen lokalt.¹³ Kommisjonen viser særlig til at kommunene kan legge inn beredskapsbehov i kravspesifikasjonen, i anskaffelser der dette er relevant.

5.3.3 Konkurransehensyn

Konkurranse om offentlige kontrakter bidrar til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Leverandørene på markedet som kjemper om kontraktene kan være lokale, regionale, nasjonale eller utenlandske. Flere tilbydere gir grunnlag for at det offentlige får tilgang til leveranser av bedre kvalitet og til lavere pris. Konkurransen fra utenlandske bedrifter gjør norske bedrifter mer skjerpet og effektive, og dermed også mer konkurransedyktige i internasjonale markeder.

5.4 Omfanget av kontakter som går til lokale og regionale leverandører

Det fremgår av utvalgets første delutredning at 61 prosent av alle anskaffelser som ble gjennomført i 2022 hadde en verdi under 1,3 millioner kroner.¹⁴ Ettersom EØS-terskel for vare- og tjenesteanskaffelser i 2022 var på henholdsvis 1,4 millioner kroner for statlige oppdragsgivere og 2,2 millioner for øvrige oppdragsgivere, og det også gjelder høyere terskler for andre kategorier av anskaffelser, synes det klart at et klart flertall av det offentliges anskaffelser er under EØS-terskelverdi. Disse anskaffelsene kunngjøres bare i Norge, og utvalget antar at kontraktene nær sagt uten unntak går til norske leverandører.

Også for anskaffelser over EØS-terskel går langt de fleste kontrakter til norske leverandører. Utfordringer knyttet til språk, påkrevde kunnskaper om norsk rett og kjennskap til norske forhold, gjør nok at det skal en del til før utenlandske leverandører fatter interesse for oppdrag i Norge. For anskaffelser som involverer transport av varer og/eller personer, medfører også Norges geografiske plassering i utkanten av EØS til at det først og fremst er store anskaffelser som leverandører fra andre EØS-land finner det verdt å konkurrere om. Her vil det imidlertid kunne være visse lokale forskjeller, for eksempel knyttet til områder som ligger nær Sverige. Nærhet til Sverige innebærer imidlertid ikke bare at lokale og regionale leverandører utsettes for konkurranse fra svenske leverandører, det gir dem også mulighet til å konkurrere om offentlige kontrakter fra svenske oppdragsgivere. Utvalget er ikke kjent med undersøkelser av om det er høyere innslag av utenlandske leverandører i grensetraktene.

I rapporten *Offentlige udbud i EU* fra 2023 omtaler EUs revisjonsrett hvor mange TED-utlyste offentlige kontrakter i de ulike medlemslandene som gikk til en leverandør etablert i en annen medlemsstat i perioden 2011 til 2021.¹⁵ Gjennomsnittet i EU-27 er omkring fem prosent, men det er betydelige variasjoner mellom medlemslandene.¹⁶

Tallet på fem prosent gjelder tildelinger til leverandører i land som ikke er etablert i samme land som oppdragsgiver. Rapporten viser til at

¹¹ Meld. St. 27 (2022–2023) *Eit godt liv i heile Noreg – distriktpolitikk for framtida* kapittel 1.1

¹² NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid* kapittel 12.3

¹³ Ibid. kapittel 12.3

¹⁴ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 29.2.1.1.1

¹⁵ Den Europæiske Revisjonsret – Særberetning om Offentlige Udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder 2023 (Revisjonsretten er EUs parallell til Riksrevisjonen.)

¹⁶ Ibid. side 25

antallet grensekryssende tildelinger er høyere dersom det også inkluderes en mer indirekte tilknytning, såkalt indirekte grensekryssende kontraktstildeling. Dette foreligger hvis kontrakt tildeles konsortier av leverandører som er etablert i flere medlemsstater, eller lokale datterselskaper av utenlandske virksomheter. I så fall antar EUs revisjonsrett at for kontrakter med antatt verdi under 200 millioner kroner, er tallet på indirekte grensekryssende tildelinger om lag 20 prosent. For kontrakter over 200 millioner kroner er tallet om lag 28 prosent.¹⁷

For Finland og Sverige er tallet omkring tre prosent, mens Danmark ligger så vidt over fem prosent. Dersom geografi er noe av forklaringen på tallene fra Finland og Sverige, er det grunn til å anta at tre prosent er noenlunde dekkende også for Norge. Denne antagelsen styrkes av at Danmark er et langt tettere befolket land enn Finland og Sverige, noe som nok fører til flere større kontrakter, som igjen tiltrekker seg større interesse fra utenlandske leverandører. Selv om tallet for Norges del skulle vise seg å være noe over, eller eventuelt noe under, tre prosent, er det klart at konkurrentene til lokale og regionale leverandører i langt de fleste tilfeller er andre leverandører etablert i Norge, ikke leverandører fra utlandet.

I hvert fall for kontraktene under EØS-terskelverdi, men trolig også for mange av kontraktene rett over terskelverdiene, antar utvalget videre at konkurrentene til lokale og regionale leverandører i de fleste tilfeller er andre små og mellomstore leverandører. De minste kontraktene er ikke interessante for større leverandører. Målt ut fra antall kontrakter må det kunne legges til grunn at langt de fleste av kontraktene går til små og mellomstore norske leverandører, etter konkurranser som stort sett bare involverer små og mellomstore norske leverandører.

5.5 Ivaretagelse av lokale og regionale leverandører i dagens regelverk og i utvalgets forslag til ny lov

5.5.1 Innledning

Anskaffelsesregelverket gir regler om fremgangsmåten ved offentlige anskaffelser. Dette innebærer at en offentlig oppdragsgiver som skal anskaffe varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider må følge en lovpålagt fremgangsmåte for å inngå en kontrakt. Hvilke regler som gjelder for den enkelte anskaffelse beror på anskaffelsens

verdi. Hvis anskaffelsens verdi overstiger EØS-terskelverdi, må oppdragsgiver gjennomføre en konkurranse i tråd med den relevante EØS-delen av regelverket for offentlige anskaffelser.

Når oppdragsgiver skal utarbeide anskaffelsesdokumenter, må oppdragsgiver gi en nærmere beskrivelse av relevante krav og kriterier som skal benyttes i konkurransen. Dette kan være krav til ytelsen, krav til leverandøren, tildelingskriterier og kontraktsvilkår. Innenfor hver av disse fire hovedkategoriene har oppdragsgiver handlingsrom til å innrette konkurransen på en måte som gjør at lokale og regionale leverandører kan hevde seg i konkurransen om kontrakten.

5.5.2 Ivaretagelse av lokale og regionale leverandører i anskaffelser under EØS-terskelverdi

5.5.2.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften fra 2016 gir regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dersom en anskaffelse har antatt verdi mellom 100 000 kroner og 1,3 millioner kroner gjelder reglene i anskaffelsesforskriften del I. I henhold til disse reglene kan oppdragsgiver innrette anskaffelsen slik vedkommende oppdragsgiver finner hensiktsmessig, men oppdragsgiver må overholde prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Dette er prinsippene om «konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet». Prinsippene i anskaffelsesloven § 4 vil være et hinder for å favorisere nasjonale, herunder lokale og regionale leverandører. Oppdragsgiver plikter, i henhold til gjeldende anskaffelsesregelverk, å utforme anskaffelsen i samsvar med EØS-reglene, inkludert prinsippet om likebehandling. Dette vil stenge for å øremerke kontrakter til lokale og regionale leverandører.

For statlige anskaffelser mellom 1,3 og 1,4 millioner kroner, og kommunale eller fylkeskommunale anskaffelser mellom 1,3 og 2,2 millioner kroner gjelder reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften del II. I denne delen av regelverket er det stilt en rekke krav til hvordan en konkurranse skal gjennomføres. Disse vil sette rammene for hvordan oppdragsgiver kan innrette konkurransen. På samme måte som i anskaffelser over EØS-terskelverdi, vil en oppdragsgiver kunne innrette konkurransen gjennom å stille krav eller kriterier som er gunstige for lokale og regionale leverandører, men da begrenset av EØS-rettens krav til likebehandling jf. anskaffelses-

¹⁷ Ibid. side 27

loven § 4. På samme måte som for anskaffelser i del I, vil prinsippene i § 4 stenge for at oppdragsgiver øremerker kontrakter til lokale og regionale leverandører.

Felles for del I og del II anskaffelser etter dagens regelverk, er at det er adgang til å hensynta klima, miljø og beredskapshensyn. Dersom konkurransen lovlig innrettes for å ivareta slike hensyn, vil det kunne være fordelaktig for lokale og regionale leverandører. Slike leverandører kan i mange tilfeller vise til et lavere klimaavtrykk som følge av geografisk nærhet. I enkelte tilfeller kan geografisk nærhet også medføre at lokale og regionale leverandører kan levere bedre på beredskap.

5.5.2.2 Utvalgets forslag til nytt regelverk

Utvalget har i første delutredning foreslått vesentlige forenklinger for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Utvalget har også foreslått at konkurranse, herunder for små og mellomstore bedrifter, omtales i formålsbestemmelsen.

I utvalgets forslag til nytt anskaffelsesregelverk i første delutredning, er det gjennomgående gjort klare avgrensninger når det gjelder EØS-retten, slik at EØS-retten i hovedsak bare regulerer anskaffelser som er omfattet av den. Dette har i utvalgets forslag, for eksempel, gitt utslag ved at prinsippene i direktivene bare får anvendelse i anskaffelser over EØS-terskelverdi.

For anskaffelser som etter utvalgets forslag, har en antatt verdi under EØS-terskelverdi for varer og tjenester og under femten millioner kroner for bygge- og anleggsanskaffelser, er hovedkravet at anskaffelsen skal skje på markedsmessig vilkår. Siden EØS-rettens krav til likebehandling av aktører i EØS-området ikke får anvendelse under EØS-terskelverdi, medfører det – som et formelt utgangspunkt – at kontrakter kan øremerkes til lokale og regionale leverandører. Oppdragsgiver må overholde lovens krav om at anskaffelsen skal skje på markedsmessige vilkår, noe som i praksis medfører at kontrakter likevel ikke kan øremerkes til lokale og regionale leverandører. Det vil etter utvalgets syn ikke være mulig å fastslå markedspris gjennom å avgrense deler av et marked ved å skjerme mot konkurranse fra nasjonale eller utenlandske foretak.¹⁸

¹⁸ Det kan tenkes unntak, for eksempel hvis det offentlige rent faktisk skal anskaffe en vare som bare tilbys av lokale og regionale leverandører. I disse tilfellene vil de lokale og regionale virksomhetene kunne tilby markedspris.

Utvalgets forslag om at oppdragsgiver over tid ikke må favorisere en eller et fåtall av leverandører, jf. forslag til ny lov § 3-1 tredje ledd, vil også utgjøre en skranke for offentlige oppdragsgivere. Bestemmelsen vil stenge for at oppdragsgiver favoriserer lokale og regionale leverandører.

Oppdragsgivers plikt til å opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre lik behandling av leverandørene som inngir tilbud, vil også utgjøre en skranke mot forskjellsbehandling som følge av formell status som lokal eller regional til forskjell fra nasjonal leverandør.

5.5.3 Ivaretagelse av lokale og regionale leverandører i anskaffelser over EØS-terskelverdi

5.5.3.1 Utgangspunktet om konkurranse

Det følger av fortalen til anskaffelsesdirektivet at et formål med direktivet er å åpne opp for at offentlige kontrakter blir gjenstand for konkurranse.¹⁹ Direktivet inneholder bestemmelser som skal sikre dette, blant annet gjennom å etablere felles fremgangsmåter for å inngå offentlige kontrakter.

Hensynet til konkurranse kommer til uttrykk i direktivet artikkel 18 nr. 2. Det følger av bestemmelsen at en anskaffelse ikke kan utformes «i den hensikt» å unngå at anskaffelsen omfattes av direktivet, eller for kunstig å begrense konkurransen. Det følger videre at konkurransen begrenses på en kunstig måte dersom anskaffelsen utformes i den hensikt «å favorisere eller forfordle visse markedsdeltakere».

Bestemmelsen må leses i sammenheng med andre deler av fortalen til direktivet, og andre bestemmelser i direktivet. Å dele opp kontrakter for å legge til rette for at små og mellomstore bedrifter kan delta i konkurransen er anerkjent av EU-lovgiver, gjennom uttalelsene i fortalen til direktivet og gjennom den konkrete direktivbestemmelsen om å dele opp kontrakter, omtalt i kapittel 5.5.3.2. Hensynet til konkurranse om offentlige kontrakter er således ikke til hinder for oppdeling av kontrakt for å legge til rette for deltakelse fra små og mellomstore bedrifter. En slik oppdeling vil på sikt utvikle leverandørene i det aktuelle markedet, og legge til rette for bedre konkurranse – selv om en oppdeling isolert kan redusere konkurransen i et enkelt tilfelle som følge av at større leverandører velger å utebli.

¹⁹ Anskaffelsesdirektivet 2014 premiss 1 siste punktum

5.5.3.2 EU-lovgivers ivaretagelse av små og mellomstore leverandører

Det fremgår av fortalen til anskaffelsesdirektivet fra 2014 at anskaffelsesreglene skal bidra til smart, bærekraftig og inkluderende vekst.²⁰ Videre at reglene skal sikre effektiv bruk av offentlige midler. For dette formål viste EU til at reglene måtte revideres og moderniseres, «ved særlig å gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter (SMB-er) ...» å delta i konkurransen om offentlige kontrakter. EU-lovgiver oppfordret også offentlige oppdragsgivere til å benytte reglene i en «Code of Best Practices», som spesifikt omhandler hvordan offentlige anskaffelsesprosesser kan benyttes på en måte som gjør det lettere for SMB-er å delta.^{21 22} I fortalen viser EU-lovgiver til at offentlige oppdragsgivere kan øke konkurransen om offentlige kontrakter ved å dele opp store kontrakter i delkontrakter. På denne måten kan kontraktene bedre være tilpasset SMB-ers kapasitet. Den rettslige adgangen til å dele opp kontrakter fremgår av anskaffelsesdirektivet artikkel 46 nr. 1, og ble redegjort for i første delutredning på følgende måte:

«Artikkel 46 nr. 1 fastsetter at oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelser i delkontrakter. Å dele opp større anskaffelser i delkontrakter kan gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter å gi tilbud på offentlige kontrakter.

Det er oppdragsgiver som bestemmer størrelsen på, og innholdet i delkontraktene. Oppdelingen må likevel være saklig begrunnet. Kontrakten kan eksempelvis ikke deles opp med det formål at den enkelte delkontrakten skal unntas anskaffelsesreglene. Dette følger også av verdiberegningsreglene i artikkel 5, som fastslår at verdiberegningen skal baseres på den samlede verdien av delkontraktene, se gjennomgangen i kapittel 24.5.

I vurderingen av om det er hensiktsmessig å dele opp anskaffelsen eller ikke, har oppdragsgiver et vidt skjønn. Det kan blant annet legges vekt på økonomiske hensyn, som stør driftsfordeler, eller markedsmessige hensyn, som at markedet består av små, lokale leverandører. Et praktisk vanlig eksempel er at kommunale kontrakter om vintervedlikehold deles opp geografisk, slik at det konkurreres om å

levere tjenester innenfor en eller flere angitte roder. Oppdelingen kan være kvantitativ, for eksempel ved at oppdragsgiver deler opp en større vareleveranse i flere små. Oppdelingen kan også være kvalitativ, ved at oppdragsgiver deler opp en sammensatt anskaffelse slik at forskjellige delytelser leveres av forskjellige leverandører.»

Det følger av fortalen til anskaffelsesdirektivet, at oppdragsgivere er oppfordret til å dele opp kontrakter på en måte som gjør det enklere for små og mellomstore bedrifter å delta.²³ Videre er det slik at artikkel 46 ikke gir leverandører rett til å få en kontrakt delt opp. Direktivet stiller krav om at oppdragsgivere som ikke deler opp kontrakten, skal gi en kort begrunnelse for dette, enten i anskaffelsesdokumentene, eller i anskaffelsesprotokollen. Tanken med å ha en begrunnelsesplikt er at oppdragsgiver, gjennom å måtte vurdere om kontrakten skal deles opp, oftere vil ende opp med å dele opp kontrakten.

Forsyningsdirektivet har en nokså lik omtale av SMB-er i fortalen, og inneholder også en bestemmelse om oppdeling av kontrakter, i artikkel 65. Bestemmelsen inneholder likevel ingen forpliktelse til å begrunne hvorfor en kontrakt ikke er delt opp.

Konsesjonskontraktdirektivet er noe mindre eksplisitt, men nevner også SMB-er tidlig i fortalen. Ettersom direktivet den gang var «nytt», er det rettet mer oppmerksomhet til det å gi SMB-er tilgang til å konkurrere om konsesjonskontrakter. Konsesjonskontraktdirektivet har ingen bestemmelser om oppdeling av kontrakt.

5.5.3.3 Rapport om det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille krav og kriterier ved offentlige anskaffelser av fartøy

Menon Economics og Arntzen de Besche Advokatfirma har utarbeidet en rapport på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet som gjelder det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille krav og kriterier ved offentlige anskaffelser av fartøy.²⁴ Rapporten ble levert 25. januar 2023. Rapporten gjelder hvilket handlingsrom det er for anskaffelser som gjennomføres etter dagens del III i anskaffelsesforskriften, altså reglene som gjennomfører anskaffelsesdirektivet.

²⁰ Ibid. premiss 2

²¹ Ibid. premiss 78

²² EU-kommisjonen SEC(2008) 2193 2008

²³ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 78

²⁴ Utredning av det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille kvalitetskrav i anskaffelser av fartøy 2023

Boks 5.1 Relevante tiltak for å innrette konkurransen slik at lokale og regionale leverandører kan delta i konkurransen om offentlige kontrakter for anskaffelser over EØS-terskelverdi

Lovligheten av krav og kriterier som er angitt nedenfor beror på begrunnelsen for kravet/kriteriene i den enkelte anskaffelse.

- Dele opp kontrakten i flere delkontrakter.
- Oppstille krav eller kriterier av økonomisk og ikke-økonomisk art som medfører at lokale og regionale leverandører kan delta.
- Eksempler på krav som kan stilles dersom de er saklig begrunnet:
 - Krav til at tilbud utformes på norsk
 - Krav om norsk i kontraktsfasen
 - Responstid
- Utforme skjønnsmessige kriterier, innenfor lovens øvrige rammer.
- Eksempler på forhold som kan vektlegges:
 - Forhold på produksjonsstedene
 - Klima og miljø

I rapporten er det fremhevet at oppdragsgivere som er omfattet av anskaffelsesregelverket vil ha et relativt stort spillerom til å stille krav i kvalifikasjonsfasen eller konkurransefasen for å nå et bestemt formål, så fremt dette er i tråd med EØS-avtalens artikkel 11 eller de anskaffelsesrettslige prinsippene.²⁵ Videre fremholdes det at det er en relativt vid adgang til å oppstille krav og kriterier av økonomisk og ikke-økonomisk art, forutsatt at det ikke tas rent proteksjonistiske hensyn, og at kravene eller kriteriene er saklig begrunnet og forholdsmessige.²⁶ Eksempler på dette kan være språkkrav og krav til responstid. Videre pekes det på at anskaffelsesreglene til en viss grad også åpner for å vektlegge forhold som går ut over fartøyets egenskaper, som for eksempel forholdene på produksjonsstedene.²⁷ Det vises videre til at adgangen til å oppstille krav og kriterier som er begrunnet i miljø og bærekraft er vid.²⁸

Videre peker rapporten på at også ved utformingen av tildelingskriteriene har oppdragsgiver

et skjønn, og adgang til å vektlegge kvalitet over pris i den enkelte anskaffelse.²⁹ I tillegg til påvirkning gjennom utforming av krav og kriterier reddegjør rapporten for andre forhold som kan ha betydning for handlingsrommet. Her trekkes adgangen til å dele opp en anskaffelse i flere delkontrakter særlig frem som et tiltak som kan styrke konkurransen til norske verft i anskaffelser av fartøy.³⁰ Oversikt over mulige tiltak er inntatt i boks 5.1.

Samtidig presiserer rapporten at det ikke er tillatt å ta proteksjonistiske hensyn ved utformingen av krav og kriterier. Krav eller kriterier som er særlig tyngende for utenlandske leverandører å oppfylle, som krav til lokalt nærvær, vil sjeldent være lovlige.

5.5.4 OECDs veiledning om oppdeling av kontrakter

Ifølge OECDs undersøkelser er det flere grunner til å dele opp en kontrakt, og rapporten peker særlig på følgende elementer:

- fremme deltakelse fra SMB og andre nye leverandører på markedet
- øke deltakelsen i konkurransen om offentlige kontrakter
- fremme eller begunstige konkurransen i markedet
- unngå avhengighet av én leverandør
- fordele risiko.

Veilederen fra OECD viser til at anskaffelsesdirektivet stiller krav om at offentlige oppdragsgivere i planleggingen av en konkurranse, skal vurdere å dele opp en kontrakt. Samtidig følger det av direktivet at kontrakter ikke kunstig må oppdeles for å unngå at anskaffelsesdirektivet får anvendelse. Som følge av disse to betraktningene er det viktig å vurdere og tydelig begrunne en beslutning om ikke å dele opp en kontrakt.

Det følger videre av veilederen at det ikke finnes noe enhetlig svar på hvorvidt en kontrakt bør deles opp, og det er derfor viktig at oppdragsgiver gjør konkrete vurderinger i hver enkelt anskaffelse.

Elementer som det kan være relevant å vurdere er det konkrete markedet, antall og type leverandører som opererer i det, tekniske og kvalitative elementer ved anskaffelsen, den relevante teknologiske utviklingen og hvilken risiko det innebærer eventuelt å være avhengig av én leve-

²⁵ Ibid. kapittel 1

²⁶ Ibid. kapittel 1

²⁷ Ibid. kapittel 1

²⁸ Ibid. kapittel 1

²⁹ Ibid. kapittel 1

³⁰ Ibid. kapittel 8

randør. Veiledningen peker på at det kan forekomme flere negative konsekvenser hvis en oppdragsgiver gjør feil i vurderingen av om og hvordan en kontrakt skal deles opp. Dette inkluderer for eksempel manglende konkurranse, dårlig verdi eller lav kvalitet på tilbudene, mindre deltakelse fra SMB eller nye leverandører eller ulovlig samarbeid mellom leverandører.

Veilederen gjennomgår anskaffelsesdirektivets bestemmelser om oppdeling av kontrakt, og inneholder flere eksempler.³¹

Hvis en kontrakt deles opp i flere delkontrakter, kan det potensielt gjøre det lettere for leverandører å arrangere samarbeidsavtaler eller kartellvirksomhet. Dette kan ha konkurransevridende effekt og medføre høyere priser.

I OECDs «Public Procurement Toolbox» er det utarbeidet en egen sjekkliste for hvordan oppdragsgiver kan beskytte konkurransen i markedet når en kontakt deles opp.³²

Innledningsvis er det vist til at SMB-er eller spesialiserte leverandører kan være uegnet til å fremskaffe alle varer og tjenester som den offentlige oppdragsgiveren er ute etter i en konkret anskaffelse. Den offentlige innkjøperen kan derfor oppleve at intensiteten i konkurransen blir lavere, og dermed også slik at den opplevde effekten eller verdien for oppdragsgiver kan oppfattes lavere.

Det er også pekt på at å tildele en kontrakt til én leverandør på et marked der den offentlige kontrakten utgjør hele eller mesteparten av et marked, kan medføre en reduksjon av leverandører i fremtidige anskaffelser. En slik tildeling vil derfor kunne øke markedsmakten til valgte leverandør.

5.6 Utvalgets vurdering

5.6.1 Innledning

Utvalget vil fremheve at det er viktig med konkurranse om offentlige kontrakter, fordi godt innrettede konkurranser fører til kostnadseffektiv behovsdekning for det offentlige og dermed til effektiv bruk av samfunnets ressurser.³³ Dette gjelder også for kontrakter som er av interesse for små og mellomstore leverandører, eller som kan bli det etter oppdeling av et større oppdrag i mindre kontrakter. Dersom konkurransen om slike

kontrakter reelt sett avgrenses til lokale leverandører, vil manglende konkurransepress kunne føre til at offentlige oppdragsgivere ikke får god kvalitet til en god pris. Det vil for eksempel kunne være risiko for at lokale og regionale leverandører øker prisene eller reduserer kvaliteten dersom de ikke må konkurrere om kontrakter.

Også av hensyn til lokale og regionale leverandørers egen konkurranseevne er det viktig at de utsettes for konkurranse fra leverandører i andre deler av landet og eventuelt også fra andre EØS-land. Teknologit utviklingen går raskt på mange områder, og samfunnet skal gjennom en omfattende grønn omstilling som vil stille store krav til leverandørene som ønsker å konkurrere om offentlige kontrakter i fremtiden. De utfordringer dette vil kunne medføre for små og mellomstore leverandører, må løses på andre måter enn ved å skjerme dem fra konkurranse.

Samtidig er det en forutsetning for at lokale og regionale leverandører skal kunne hevde seg i konkurransen om offentlige kontrakter at konkurransene har en utforming og størrelse som gjør det mulig for små og mellomstore leverandører å delta i konkurransen om hele eller deler av oppdraget. Også EU-lovgiver er opptatt av dette, jf. omtalen av små og mellomstore leverandører i fortalet til anskaffelsesdirektivet som omtalt i kapittel 5.3.2. Ved at også små og mellomstore leverandører får være med å konkurrere, legges det til rette for mer innovasjon, større bredde i tilbudene som oppdragsgiver kan velge i og større konkurranse i leverandørmarkedet. Samtidig får små og mellomstore leverandører mulighet til å vokse og utvikle seg, noe som er særlig viktig for oppstartsbedrifter og gründere.

Etter utvalgets syn bør hensynet til kostnadseffektiv behovsdekning og hensynet til lokale og regionale leverandører avveies slik at det etterstrebes konkurranse om offentlige kontrakter på vilkår som også gir små og mellomstore leverandører mulighet til å hevde seg, men uten at dette knyttes særskilt til om disse leverandørene er lokale, regionale eller fra andre deler av landet (eller fra andre EØS-land). Som påpekt i første delutredning kan oppdeling av kontrakter for å gi små og mellomstore leverandører mulighet til å konkurrere om dem, i noen tilfeller føre til at større leverandører mister interessen for den aktuelle anskaffelsen.³⁴ Det er likevel klart at oppdragsgiver har full anledning til å gjøre dette, og at det etter omstendighetene kan være riktig av hensyn til fremtidig konkurranse i det aktuelle

³¹ SIGMA – Division of Contracts into Lots 2016: side 3 til 10

³² OECD – Tool: Checklist for protection competition when splitting contracts into lots

³³ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 11

³⁴ Ibid. kapittel 11.3.3

leverandørmarkedet. Hvorvidt fleksibiliteten i regelverket benyttes, er et annet spørsmål.

5.6.2 Øremerking av kontrakter til lokale eller regionale leverandører

Utvalget er særskilt bedt om å vurdere adgangen til å *velge* lokale og regionale leverandører. Utvalget forstår dette som et spørsmål om offentlige oppdragsgivere kan øremerke visse kontrakter for lokale og regionale aktører. For anskaffelser som reguleres av EØS-avtalen, er det uten videre klart at det ikke er anledning til dette. EØS-avtalen er også til hinder for annen forskjellsbehandling av interesserte leverandører, for eksempel ved å la lokal tilhørighet telle positivt i tildelingsvurderingen. Dette er noe helt annet enn oppstilling av objektive tildelingskriterier knyttet til for eksempel klima og/eller beredskap, selv om disse etter omstendighetene kan være til fordel for lokale leverandører.

For kontrakter som ikke reguleres av EØS-avtalen, står derimot lovgiver i utgangspunktet fritt til å innføre regler som forbeholder nærmere angitte kontrakter til lokale eller regionale leverandører, eller som gir oppdragsgiver anledning til selv å øremerke kontrakter til slike leverandører. Etter utvalgets syn vil imidlertid en slik regulering kunne føre til betydelig svekkelse av konkurransen om offentlige kontrakter, og slik stride mot formålet om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser, jf. utvalgets forslag til formålsbestemmelse i ny anskaffelseslov.³⁵ Øremerking av kontrakter til lokale leverandører vil også innebære uheldig forskjellsbehandling av norske leverandører ut fra hvor de er etablert, og vil kunne hindre lokale eller regionale leverandører fra å vinne kontrakter utenfor eget nærområde. Det vil også kunne oppstå vanskelige grense-spørsmål knyttet til hvilke leverandører som er tilstrekkelig lokale eller eventuelt regionale, ikke minst knyttet til mellomstore leverandører som har større eller mindre tilstedeværelse på flere steder. Utvalget vil sterkt fraråde en slik løsning.

5.6.3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

For anskaffelser under EØS-terskelverdi er reglene gjennomgående mer fleksible. Som det fremgår av redegjørelsen i kapittel 5.5.2 over, er det mer fleksibilitet i utvalgets nye forslag til regler under EØS-terskelverdi sammenlignet med gjeldende regler.

Under EØS-terskelverdi står oppdragsgiver friere til å bestemme fremgangsmåten for å anskaffe en vare eller tjeneste. Ettersom regelverket ikke oppstiller detaljerte krav til gjennomføringen av konkurransen, gir dette oppdragsgiver fleksibilitet til å innrette konkurransen slik at lokale og regionale leverandører kan delta. Oppdragsgiver kan, i helt enkle anskaffelser, operere med enkle beskrivelser av kontraktsgjenstand og legge til rette for at nyetablerte leverandører kan delta ettersom regelverket ikke oppstiller detaljerte føringer med hensyn til for eksempel kvalifikasjonskrav. Etter utvalgets syn vil dette bidra til økte muligheter for lokale og regionale leverandører til å delta i konkurransen om offentlige kontrakter.

Når det gjelder utvalgets forslag til bygge- og anleggsanskaffelser med en antatt verdi over femten millioner kroner, viser utvalget til fremstillingen i neste kapittel. Det vil være adgang til å legge til rette for lokale og regionale leverandører, samtidig vil de fleksible elementene som utvalget har foreslått, og som er unntak fra EØS-retten, gi oppdragsgiver fleksibilitet i gjennomføringen av disse anskaffelsesprosessene som også vil komme leverandører til gode. For eksempel er det gitt unntak for bruk av ESPD-skjema og gitt en videre adgang til å avklare forhold i tilbudet, ved fritt å kunne innhente dokumentasjon om oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Det er også fri adgang til å benytte konkurranse med forhandling.

5.6.4 Anskaffelser over EØS-terskelverdi

For anskaffelser over EØS-terskelverdi må disse anskaffelsene følge reglene i anskaffelsesdirektivet, det vil si del III i dagens forskrift og i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget mener at det innenfor reglene er et vidt handlingsrom for oppdragsgivere til å tilrettelegge for at lokale og regionale leverandører deltar i konkurranser om offentlige kontrakter.

Utvalget vil understreke at EU-lovgiver har hatt eksplisitte ambisjoner om å hensynta små- og mellomstore leverandører i forbindelse med forrige regelverksrevisjon, og dette har gitt utslag i konkrete bestemmelser. Selv om EU og Norge har ulike definisjoner av hva som utgjør små og mellomstore bedrifter, er det etter utvalgets syn klart at de grepene som er gjort på EU-nivå for å bedre konkurransesituasjonen for små og mellomstore bedrifter, også vil komme lokale og regionale leverandører i Norge til gode.

For eksempel kan oppdragsgiver velge å dele opp kontrakten i flere delkontrakter. Dette vil

³⁵ Ibid. kapittel 11.3

innebære at den enkelte kontrakt er mindre, slik at flere mindre leverandører kan konkurrere om kontraktene. Statsbygg har i innspill til utvalget fremhevet at det bør være opp til oppdragsgiver å vurdere størrelsen på kontraktene, og hvordan kontraktene skal deles opp. Statsbygg sier uttrykkelig at det ikke er ønskelig med bestemmelser som pålegger oppdragsgiver å dele opp kontrakter. Videre viser Statsbygg til at oppdragsgivere ofte legger til rette for lokale leverandører. Forsvarsmateriell finner dagens regelverk om «del opp eller begrunn» tilstrekkelig for å hensynta små og mellomstore bedrifter. Utvalget er enig i at direktivets regler om «del opp eller begrunn» er en god løsning, og at det ikke bør innføres noen plikt for oppdragsgiver til å dele opp kontrakter, se imidlertid neste kapittel om adgangen til å klage på begrunnelsen for ikke å dele opp en kontrakt.

Videre vil oppdragsgiver kunne tilpasse krav til ytelsen, krav til leverandøren, tildelingskriterier og kontraktsvilkår, slik at det er mulig for lokale og regionale leverandører å delta. Utvalget viser til punktene i boks 5.1, om hvilke muligheter oppdragsgiver har til å innrette konkurransen slik at lokale og regionale leverandører kan delta i konkurransen om offentlige kontrakter over EØS-terkskelverdi.

Utvalget vil også trekke frem at det i første delutredning er foreslått flere lovbestemmelser som kodifiserer EU-rettens forhold til konsortium, altså når flere leverandører deltar sammen i konkurransen om offentlige kontrakter. Dette vil etter utvalgets syn særlig komme lokale og regionale leverandører til gode, ettersom dette bidrar til mer forutsigbarhet i forbindelse med deltakelsen i konkurranser om offentlige kontrakter. Utvalgets forslag til ny § 15-3 regulerer hvilke endringer som kan foretas i leverandørenes identitet, underveis i en konkurranse.

Utvalget vil også understreke at å stille krav slik at lokale og regionale leverandører kan delta i offentlige anskaffelser etter omstendighetene *kan* misbrukes til å utøve proteksjonisme, for eksempel ved å favorisere. Utvalget vil derfor understreke at adgangen til å stille krav slik at lokale og regionale leverandører kan delta må skje i henhold til regelverket og på en måte som ikke favoriserer nasjonale leverandører i strid med EØS-retten.

I forlengelsen av dette vil utvalget understreke at selv om et norsk språkkrav i visse tilfeller kan være tillatt, vil det også i andre anskaffelser være ulovlig. Det må altså foretas en konkret vurdering av lovligheten av det enkelte krav. Utvalget vil nevne at regjeringen har vedtatt visse krav til

språk i bygge- og anleggsanskaffelser i forbindelse med Norgesmodellen.³⁶ I korte trekk er det stilt visse språkkrav, men formålet er ikke å tilgodese lokale og regionale leverandører, men å sikre overholdelsen av HMS-krav på byggeplasser.

Dersom oppdragsgiver stiller krav eller kriterier i en anskaffelse for å ivareta hensyn eller lovpålagte krav om klima, miljø eller beredskap, vil dette kunne være til fordel for lokale og regionale virksomheter. I mange tilfeller vil for eksempel lokale og regionale leverandører kunne levere varer og tjenester med lavere klimavtrykk som følge av nærhet, og også kortere responstid med tanke på beredskap. I et innspill til utvalget har det blitt understreket at lokal tilstedeværelse vil kunne være avgjørende i et sikkerhets- og beredskapsperspektiv. Det vises til at det gjelder tilgjengelighet, både når det gjelder varer og tjenester. Det gis uttrykk for at myndighetene må kunne stille denne type krav dersom det vurderes som nødvendig. Utvalget vil vise til den nærmere fremstillingen i del II om sikkerhet og beredskap.

Lystgården og Bybonden i Bergen har i innspill til utvalget sagt at anskaffelsesregelverket oppleves som et hinder mot å kjøpe mat fra lokale bønder og matprodusenter. Videre er det foreslått at utvalget endrer enkelte elementer i utformingen av forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 6-4 fjerde og femte ledd, slik at regelverket bedre legger til rette for at oppdragsgivere kan utnytte handlingsrommet i regelverket. Den konkrete lovbestemmelsen regulerer beregning av anskaffelsens verdi i tilfeller av flere delkontrakter. Utvalget er enig i at gjennomføringen av anskaffelsesregelverket bør legge til rette for økt bruk av handlingsrommet, men vil overlate til departementet å vurdere eventuelle endringer i utvalgets forslag som ble fremsatt i første delutredning.

5.6.5 Adgang til å klage på begrunnelsen for ikke å dele opp en kontrakt

Utvalget har vurdert om oppdragsgivers begrunnelse for ikke å dele opp en kontrakt kan eller bør kunne påklages av en leverandør.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 46 inneholder en plikt for oppdragsgiver til å vurdere om en kontrakt skal deles opp. Samtidig følger det av fortalen til direktivet at delkontraktenes størrelse og gjenstand bør fastlegges fritt av oppdragsgiver.³⁷

³⁶ FOR-2008-02-08-112 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter mv: § 5d

Videre, at beslutningen om å dele opp en kontrakt er en beslutning oppdragsgiver kan ta selvstendig og fritt, og på grunnlag av enhver årsak den finner relevant. Det følger eksplisitt av fortalen at beslutningen skal skje «uten å være underlagt forvaltningsmessig eller rettslig tilsyn». Basert på ordlyden i fortalen, er det som et utgangspunkt vanskelig å se for seg at det skal være adgang til å overprøve oppdragsgivers begrunnelse for ikke å dele opp en kontrakt. Dette er også lagt til grunn i departementets høringsnotat ved gjennomføring av anskaffelsesdirektivet artikkel 46, og i Nærings- og fiskeridepartementets veileder.^{38 39} Dette ble derfor også lagt til grunn i utvalgets første delutredning. I lys av tematikken om lokale og regionale leverandører, har utvalget sett nærmere på rekkevidden av uttalelsen i fortalen.

Praksis fra KOFA har en noe sprikende tilnærming til problemstillingen av om det er adgang til å overprøve manglende begrunnelse for at en kontrakt ikke deles opp. I KOFA-2017-84 fremholdt klagenemnda at nemnda ikke kunne overprøve begrunnelsen.⁴⁰

I KOFA-2018-483 vurderte KOFA om det var adgang til å sette til side en begrunnelse på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene i lov om offentlige anskaffelser § 4.⁴¹ KOFA tok i denne saken til orde for at ordlyden i fortalen til direktivet kanskje ikke kan tas bokstavelig, under henvisning til artikkel 18 i direktivet.⁴² Ettersom oppdragsgiver hadde gitt en tilstrekkelig begrunnelse kom det imidlertid ikke på spissen i saken.

I veiledningen til bestemmelsen om oppdeling av kontrakter i udbudsloven ser det imidlertid ut til at begrunnelsen kan overprøves, når den strider mot de grunnleggende prinsippene. Det følger av veiledningen at «Ordregivers skøn er meget bredt i forhold til vurderingen af, hvorvidt det er hensigtsmæssigt med en opdeling. Skønnet kan ikke tilsidesættes, medmindre der er sket en tilsidesættelse af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.»^{43 44}

I juridisk teori i Norge har det også vært diskutert om begrunnelsen om ikke å dele opp en kontrakt skal kunne prøves. Thue tar til orde for at det på et tidspunkt må være adgang til å overprøve begrunnelsen og viser til artikkel 18 nr. 1 andre setning i direktivet.⁴⁵ Dragsten tar til orde for at det i visse tilfeller er plikt til å dele opp en kontrakt.⁴⁶ Karnovforfatterne (Oda Ekre mfl.) fremholder at det er uklart, og at en eventuell overprøving kun gjelder om begrunnelsen er reell, og at det må være noe mer enn brudd på konkurranse som skal til før en begrunnelse eventuelt settes til side.⁴⁷ De fremholder at «Det kan først være når en manglende oppdeling av anskaffelsen begrenser konkurransen så sterkt at det er en risiko for favorisering, i strid med likebehandlingsprinsippet, at en eventuell overprøving av oppdragsgivers begrunnelse kan være aktuell, slik også Thue mfl. argumenterer for.»

Utvalget vil konstatere at det er usikkert hvorvidt uttalelsen i fortalen kan tas på ordet, men er uansett enig i at oppdragsgivers beslutning om ikke å dele opp en kontrakt må kunne være gjensstand for prøving opp mot anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 andre avsnitt om at konkurransen ikke kunstig kan begrenses.⁴⁸

Forsyningsdirektivet inneholder også en bestemmelse om oppdeling av kontrakter, men det er ikke oppstilt noen forpliktelse for oppdragsgiver til å begrunne hvorfor en kontrakt ikke er delt opp. Etter utvalgets syn er det naturlig å trekke slutningen om at det da heller ikke vil være noen prøving av vurderingen om ikke å dele opp en kontrakt. Dette stemmer nok som et utgangspunkt, men forbudet mot kunstig å begrense konkurransen gjelder uavhengig av oppdragsgivers begrunnelsesplikt, og dette kan prøves av EU-domstolen.

Utvalgets vurdering medfører at oppdragsgivers begrunnelse for ikke å dele opp en kontrakt kan prøves i visse situasjoner.

5.6.6 Oppdragsgivers praktisering av regelverket

Utvalget vil fremheve at det er flere elementer ved hvordan oppdragsgiver praktiserer regelverket,

³⁷ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortale premiss 78 andre avsnitt

³⁸ Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften, : Kapittel 3.12.12

³⁹ Nærings- og fiskeridepartementet 2017: kapittel 30.33

⁴⁰ KOFA-2017-84 Sandefjord kommune avsnitt 47

⁴¹ KOFA-2018-483 Stavanger kommune

⁴² Ibid. avsnitt 39

⁴³ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven 2016: side 135

⁴⁴ I dansk rett er det også adgang til å gebyrlegge en oppdragsgiver, som ikke begrunner at kontrakt ikke er delt opp. Se LOV nr 884 af 21/06/2022 § 2, ny §§ 13a og 13b i lov om klagenævnet for udbud.

⁴⁵ Thue 2018 side 60

⁴⁶ Dragsten 2020 kommentarer til § 19-4

⁴⁷ Oda Ekre mfl. «note 8 til 24-8» Karnov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 17. februar 2023

⁴⁸ NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.12.5

som kan motivere lokale og regionale leverandører til å delta i konkurransen om offentlige kontrakter.

Oppdragsgiver kan for eksempel:

- Dele opp kontraktene
- Begrense antall delkontrakter som kan tildeles en leverandør
- Stille åpne krav i kravspesifikasjon
- Ikke stille for strenge kvalifikasjonskrav til leverandørene
- Markedsføre konkurranser i flere kanaler slik at kontraktene blir bedre kjent og attraktive å delta i.

Å stille åpne krav i kravspesifikasjon, betyr for eksempel at oppdragsgiver ikke stiller for detaljerte spesifikasjoner dersom det ikke er grunnlag for det. Dette kan for eksempel gjøres gjennom ytelses- eller funksjonskrav. Små og mellomstore virksomheter kan ha nye, andre eller mer innovative løsninger enn det oppdragsgiver har kjennskap til. En åpen og teknologinøytral kravspesifi-

kasjon kan således gjøre det enklere for SMB-er å delta i konkurranser.

Når det gjelder punktet om ikke å stille for strenge kvalifikasjonskrav, vil utvalget trekke frem at unødvendig strenge kvalifikasjonskrav i en konkurranse, kan gjøre det krevende for SMB-er å delta i konkurranser. Unødvendige eller uforholdsmessige kvalifikasjonskrav vil også, på generelt grunnlag, kunne bidra til at oppdragsgiver får en dyrere pris på en kontrakt enn det er reelt grunnlag for.

Utvalget vil også vise til at det finnes gode eksempler på lokale initiativer for å fremme lokale og regionale leverandører, gjennom å endre praksis, se nærmere omtale i boks 5.2.

5.6.7 Mat fra lokale matprodusenter og mat til representasjonsformål

Utvalget har mottatt innspill, hvor det er bedt om at utvalget drøfter om lokalprodusert mat til representasjonsformål kan forankres i anskaffel-

Boks 5.2 Beredskap og SMB

Leverandørutvikling Forsvaret ble etablert og startet opp 15. juni 2020 og ledet av Troms og Finnmark fylkeskommune. Prosjektet ble etablert på initiativ fra Porsanger kommune for å bidra til å styrke lokal verdiskapning tilknyttet re-etableringen av Finnmark landforsvar og Forsvarets tilstedeværelse i Finnmark.

Prosjektet startet opp 15. juni 2020 med to års finansiering, men har siden blitt utvidet ved to anledninger til å vare ut 2023. Troms og Finnmark fylkeskommune og Sapmi Næringshage har stått for organiseringen, i samarbeid med blant annet NHO, NHO Arktis og Forsvarsbygg. Hovedmålet i prosjektet har vært å få flere lokale små og mellomstore bedrifter i Finnmark inn i forsvarssektorens leverandørportefølje, samt gjøre leverandørene i regionen mer bevisst og bedre rustet til å gripe mulighetene i forsvarsmarkedet. Prosjektet har søkt å oppnå dette gjennom:

- Mobilisering og kompetanseheving innen faget offentlige anskaffelser blant regionens små og mellomstore bedrifter.
- Nasjonal politisk påvirkning for å få forsvarssektoren til å rigge anbudskonkurranser slik at også lokale små og mellomstore bedrifter har mulighet til å delta.

Leverandørutvikling Forsvaret har høy aktualitet i en tid da Troms, og spesielt Finnmark, opplever en negativ befolkningsutvikling, næringsmessige tap knyttet til bruddet med Russland og samtidig ser starten på en gjenoppbygging av Forsvarets tilstedeværelse i Nord-Norge.

I lys av Russlands angrepskrig mot Ukraina er det også en økt vilje til å se betydningen av sterke lokalsamfunn for forsvar og beredskap i nord. Prosjektet har vært ledet av fylkeskommunen i samarbeid med Sapmi Næringshage, med bidrag fra NHO, NHO Arktis, Forsvarsbygg og Finnmark Landforsvar m.fl. NORCE har evaluert Leverandørutvikling Forsvaret. Prosjektet har vært en suksess når det gjelder kontrakter til Forsvarsbygg.

Forsvaret, herunder FLO, er i dag etablert som en innkjøpsenhet. Denne formen innebærer at det er svært begrensede muligheter for å løse behov for varer og tjenester lokalt og produksjon stopper opp i påvente av at behov skal løses sentralt. Forsvarsstaben etablerer nå innkjøpsuavhengige enheter i Forsvaret.

Kilde: Rapport om Leverandørutvikling Forsvaret.

sesregelverket, og om det kan stilles krav til leverandører å preferere varer fra lokale produsenter (særlig landbruksprodukter i sesong).

Når det gjelder *mat til representasjonsformål*, antar utvalget at de fleste oppdragsgivere har et nokså lavt eller sporadisk behov for å gjennomføre anskaffelser til et slikt formål. På bakgrunn av dette legger utvalget til grunn at anskaffelser til representasjonsformål normalt vil være anskaffelser med antatt verdi under EØS-terskelverdi, og er anskaffelser som gjennomføres utenom de vanlige rammeavtalene for mat eller mat tjenester hos en aktuell oppdragsgiver.

Utvalget vil bemerke at oppdragsgiver står fritt til å konkretisere hva som skal anskaffes, og der formålet er å representere Norge, mener utvalget at det også vil være tillatt å kjøpe norskproduserte matvarer, eller kjøpe cateringtjenester som benytter norske råvarer. Dersom oppdragsgivers behov er å vise frem norsk sjømat til utenlandske gjester, er dette et behov som ikke kan dekkes gjennom å importere sjømat fra Middelhavet.

Etter utvalgets syn må denne argumentasjonsrekken også, til en viss utstrekning, gjøre seg gjeldende over EØS-terskelverdi. Oppdragsgivers behov, så fremt det er saklig begrunnet, må også tillate at oppdragsgiver anskaffer norske råvarer/norsk mat til representasjonsformål. Utvalget kan ikke se behov for å lovfeste dette i nytt regelverk, ettersom det ikke er gitt øvrige regler om hvordan oppdragsgiver kan eller skal definere *hva* som skal anskaffes.

Når det gjelder *kjøp av lokale råvarer eller lokalprodusert mat*, vil svaret bero på hvilken del av regelverket som oppdragsgiver opererer i. Utvalget antar at offentlige oppdragsgivere ofte vil ha på plass rammeavtaler for anskaffelser som gjelder mat, og at det gjøres fortløpende avrop på disse avtalene.

Over EØS-terskelverdi vil utvalget vise til at DFØ har veiledning om hvordan oppdragsgivere kan innrette konkurransen for å fremme lokalprodusert mat.⁴⁹ Dette kan for eksempel være å beskrive egenskaper ved maten, stille krav om at informasjon om produktenes opprinnelsesland fremgår tydelig i bestillingsløsningen, dele opp kontrakten i ulike kategorier, inngå rammeavtaler som også åpner for at det kan gjøres anskaffelser i tillegg og ha interne rutiner som legger til rette for bestilling av kortreiste lokale produkter. Utval-

get legger også til grunn at en oppdragsgiver innenfor større rammeavtaler av mat står fritt til å bestemme hva vedkommende vil kjøpe, og således kan legge inn konkrete varelinjer for sesongbaserte varer. Gjennom å benytte veiledningen fra DFØ, i kombinasjon med klima- og miljøkrav, for eksempel krav knyttet til CO₂-utslipp fra produksjon og transport, kan dette bidra til å fremme deltakelse fra lokale produsenter i visse tilfeller.

Under terskelverdi, etter flertallets forslag til regler foreslått i første delutredning, vil utvalget vise til at oppdragsgiver fritt kan definere hva oppdragsgiver ønsker å kjøpe. Oppdragsgiver trenger ikke å overholde det EØS-rettslige ikke-diskrimineringsprinsippet, og kan således innrette konkurransen på en måte som i praksis diskriminerer utenlandske varer, uten at dette er i strid med EØS-retten.⁵⁰ Selv om oppdragsgiver ikke kan avgrense hvilke leverandører som vedkommende ønsker å kjøpe av, jf. kapittel 5.6.2, mener utvalget det vil være lovlig for oppdragsgiver, tidvis, å velge og kjøpe nasjonalt produserte varer og tjenester.

Boks 5.3 Utvalgets forslag

Utvalget vil vise til:

- at det er positivt at lokale og regionale virksomheter får konkurranse fra nasjonale og utenlandske virksomheter, det øker deres konkurranseevne
- at grønn omstilling forutsetter konkurranse og rask teknologiutvikling i alle markeder
- at anskaffelsesregelverket inneholder egne bestemmelser som tilrettelegger for at små og mellomstore bedrifter kan delta i konkurransen om offentlige kontrakter
- at oppdragsgiver skal begrunne en beslutning om ikke å dele opp en kontrakt, og denne vurderingen kan være gjenstand for rettslig prøving i visse tilfeller
- at anskaffelsesregelverket tillater at oppdragsgiver kjøper norsk mat til representasjonsformål, og mat fra lokale matprodusenter.

⁴⁹ <https://anskaffelser.no/nm/hva-skall-du-kjope/mat-og-mal-tidstjenester/lokalprodusert-mat>

⁵⁰ Dette gjelder ikke for anskaffelser som etter særlige omstendigheter er omfattet av bestemmelsen om anskaffelser med klar grensekryssende interesse, se utvalgets forslag til § 3-3 i første delutredning.

Del IV
Åpenhet om eierskap og skatt

Kapittel 6

Åpenhet om eierskap og skatt

6.1 Innledning

Utvalget er bedt om å vurdere hvordan regelverket for offentlige anskaffelser kan endres for å skjerpe kravene til åpenhet om eierskap og skatt i offentlige anskaffelser. Mandatet inneholder ingen nærmere redegjørelse for bakgrunnen for mandatpunktet, men det er generelt oppmerksomhet om temaet i ulike sammenhenger, og utvalget vil ta utgangspunkt i dette for den videre fremstillingen. Åpenhet om eierskap og skatt behandles som to separate tema i den videre fremstillingen, ettersom formålene med åpenhet om eierskap og skatt ikke er fullt ut sammenfallende.

Utvalget legger til grunn at mandatets ordlyd «åpenhet» i utgangspunktet skal forstås på samme måte som «transparency», blant annet basert på det politiske ordskiftet om økt åpenhet om eierskap og skatt. Innen offentlige anskaffelser kan det også være mulig å snakke om åpenhet mellom leverandør og oppdragsgiver. Denne åpenheten er annerledes, siden denne ikke er umiddelbart tilgjengelig for allmennheten. Allmennheten kan imidlertid kreve innsyn i opplysninger hos offentlige oppdragsgivere, og med unntak av informasjon som er taushetsbelagt, er oppdragsgiver forpliktet etter norsk rett til å gi innsyn. Begge former for åpenhet er derfor behandlet i denne fremstillingen.

6.2 Åpenhet om eierskap

6.2.1 Innledning

Åpenhet om eierskap er viktig. I Norge omfatter dette åpenhet om hvem som eier aksjer i norske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det er et bredt politisk ønske om økt åpenhet om hvem som er eiere i norske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.¹

I et anmodningsvedtak fra 2014 ba Stortinget den daværende regjeringen om å etablere en offentlig løsning med informasjon om eiere av aksjeselskaper som sikrer større åpenhet.²

6.2.2 Større åpenhet om aksjeeiere

I dag er det lovpålagt for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper å føre oversikter over sine aksjeeiere i enten en aksjeeierbok eller i et aksjeeierregister hos en verdipapirsentral.^{3 4} Enhver har rett til innsyn i hvem som er innført i aksjeeierboken eller aksjeeierregisteret. Opplysningene om hvem som er aksjeeiere, må etterspørres hos det enkelte selskap eller hos en verdipapirsentral, i enkelte tilfeller mot betaling.

Enhver kan også få tilgang til opplysninger om aksjeeiere i Skatteetatens oversikt over aksjeeiere (aksjonærregisteret).⁵ Det gis tilgang til opplysninger om hvem som er aksjeeiere i selskapene per 31. desember for hvert inntektsår, og opplysningene gjøres tilgjengelig for uttrekk i mai påfølgende år.

Nærings- og fiskeridepartementet nedsatte i 2024 en arbeidsgruppe som har fått i oppdrag å utrede mulige løsninger for større åpenhet om aksjeeiere.⁶ Arbeidsgruppen skal vurdere hvordan tilgang til eierskapsinformasjon i aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper og SE-selskaper kan reguleres.⁷ Mandatet til arbeidsgruppen inneholder en rekke hensyn og interesser som særlig skal tas i betraktning: åpenhet, tillit, nasjonal sikkerhet, informasjonssikkerhet, kontroll (for eksempel avdekke ulovlige forhold), hensynet til

¹ Prop. 136 LS (2020–2021) *Endringer i aksjelovgivningen mv. (åpenhet om eierskap og deltakelse på generalforsamlingen) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 235/2020 og 236/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2017/828 og forordning (EU) 2018/1212*: side 33

² Innst. 261 L (2013–2014): kapittel 8.3

³ Aksjeloven §§ 4-5 og 4-6

⁴ Allmennaksjeloven §§ 4-4 og 4-5

⁵ <https://www.skatteetaten.no/deling/aksjonarregisteret/>

⁶ Næringsministeren lanserer fempunktsplan for å skape større åpenhet om aksjeeiere, jf. pressemelding 19. januar 2024

⁷ <https://www.regjeringen.no/contentassets/871f5a2c6fd645dd8f9eb4d871bd7670/oppdrag-arbeidsgruppe.pdf>

kapitaltilgang og ønsket om stabile finansmarkeder, personvern og privatliv, unngå misbruk av opplysninger og ressursbruk. Arbeidsgruppen skal levere sin anbefaling til departementet innen utgangen av juni 2024.

6.2.3 Lov om register over reelle rettighetshavere

Lov om register over reelle rettighetshavere har til formål å legge til rette for tilgang til opplysninger om reelle rettighetshavere.⁸ Reelle rettighetshavere er definert som «den eller de fysiske personene som i siste instans eier eller kontrollerer en juridisk person, arrangement, enhet eller annen sammenslutning».⁹ Bakgrunnen for loven fremgår av innledningen til lovproposisjonen, der Finansdepartementet har vist til økt oppmerksomhet internasjonalt knyttet til tilgang på opplysninger om juridiske og arrangementers reelle rettighetshavere. Finansdepartementet har også vist til at større åpenhet om reelle rettighetshavere er et vesentlig tiltak for å motvirke at juridiske personer misbrukes til hvitvasking, terrorfinansiering og annen kriminalitet.¹⁰ Stortinget har også tidligere bedt regjeringen om å opprette et register over reelle rettighetshavere.¹¹

Bakgrunnen for lovforslaget var også anbefalinger fra Den internasjonale samarbeidsgruppen for tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering, Financial Action Task Force (FATF). Enkelte av anbefalingene fra FATF omhandler tilgangen på opplysninger om reelle rettighetshavere. EU har fulgt opp dette i fjerde hvitvaskingsdirektiv, herunder bestemt at alle land skal opprette registre over reelle rettighetshavere.¹² Registrene skal være offentlig tilgjengelige for allmennheten.

EU-domstolen har i forente saker C-37/20 og C-601/20 *Luxembourg Business Registrars* kommet frem til at direktivets krav til at registeret skal være åpent for allmennheten er i strid med EUpakten om grunnleggende rettigheter artikkel 7

og 8 om vern av privatliv og beskyttelse av personopplysninger.¹³ Som følge av EU-domstolens avgjørelse er den omtvistede direktivbestemmelsen ugyldig i EU, men det er ikke nærmere kjent hvilke konsekvenser dette vil få etter EØS-avtalen.

Finansdepartementet har som følge av den rettslige usikkerheten etter avgjørelsen fra EU-domstolen, sendt et forslag på offentlig høring som tilrettelegger for en trinnvis åpning av registeret over reelle rettighetshavere.¹⁴ Finansdepartementet viser i høringsnotatet til at det er usikkert hvilken grad av åpenhet som vil ligge i EU-regelverkene i fremtiden.¹⁵

Den offentlige høringen ble avsluttet 19. januar 2024. I en lovproposisjon fra Finansdepartementet av 5. april 2024 er det foreslått at offentlige myndigheter er blant kretsen av berettigede som skal få lovfestet tilgang til opplysningene i register for reelle rettighetshavere.¹⁶ Det er også foreslått en forskriftshjemmel, hvor Finansdepartementet foreslår at det kan åpnes for å gi innsyn til andre grupper enn de som gis tilgang i loven.¹⁷

6.2.4 Krav til å opplyse om eierskap i offentlige kontrakter

Anskaffelsesdirektivene inneholder i utgangspunktet ingen plikt om å opplyse om eierskap i offentlige anskaffelser. Gjennom å følge direktivets regler for å gjennomføre konkurranser, må virksomheter som innleverer tilbud navngi egen virksomhet, og eventuelle underleverandører de ønsker å støtte seg på. Leverandørene som deltar i konkurransen må være etablert i EØS, eller andre land som Norge har avtaler med.¹⁸ Oppdragsgiver må også kunngjøre at kontrakt er tildelt, og angi hvilken virksomhet som har vunnet konkurransen. Opplysningene gis i første omgang til oppdragsgiver, men oppdragsgiver er forpliktet til å kunngjøre for eksempel kontraktstildeling, noe som medfører at disse opplysningene også blir tilgjengelige for allmennheten. Selv om oppdragsgiver må kunngjøre hvilken leverandør som har vunnet konkurransen, innebærer det kun åpenhet

⁸ LOV-2019-03-01-2: Lov om register over reelle rettighetshavere § 1

⁹ Ibid. § 3 andre ledd

¹⁰ Prop. 109 L (2017–2018) *Lov om register over reelle rettighetshavere*: kapittel 1

¹¹ Ibid. kapittel 2.1. Vedtaket fra Stortinget er datert 5. juni 2015

¹² Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, om endring av europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 648/2012 og om oppheving av europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EF og kommisjonsdirektiv 2006/70/EF: artikkel 30

¹³ Forente saker C-37/20 og C-601/20 *Luxembourg Business Registrars*

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid. side 7

¹⁶ Prop. 74 LS (2023–2024) *Endringer i finansmarkedslovgivningen (samleproposisjon) og samtykke til godkjenning av fire beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsakter på finansmarkedsområdet*

¹⁷ Ibid. 7.2.5

¹⁸ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*: kapittel 24.19

om eierskap i den grad disse opplysningene finnes i registre som er allment tilgjengelige.

Direktivene åpner for at oppdragsgiver ved gjennomføring av en offentlig anskaffelse selv kan definere sitt behov, herunder å angi relevante krav for å ivareta eventuelle sikkerhets- og beredskapshensyn. For enkelte kontrakter kan det være aktuelt for oppdragsgiver å vite hvilke virksomheter og eventuelle underleverandører som skal bidra til kontraktsoppfyllelsen, herunder også registrerte og reelle eierinteresser.

Dersom det er en sikkerhetsgradert anskaffelse i henhold til sikkerhetsloven gjelder kapittel 9 i sikkerhetsloven. Forholdet mellom anskaffelsesreglene og sikkerhetsloven er redegjort for i kapittel 4. Av § 9-2 følger det at oppdragsgiver må inngå en sikkerhetsavtale med leverandøren før en sikkerhetsgradert anskaffelse iverksettes. Av § 9-3 følger det at dersom leverandøren får tilgang til informasjon minst gradert som konfidensielt må det inngås en leverandørerklæring. De nærmere rammene for vurderingen av om klarering kan gis er gitt i klareringsforskriften § 33. Her følger det at det blant annet skal legges vekt på organisasjonsform og eierstruktur.

I sikkerhetsloven § 9-3 fjerde ledd følger det at leverandøren snarest mulig skal orientere om blant annet endringer i eierstrukturen som kan påvirke vurderingen av om leverandøren er sikkerhetsmessig skikket.

Avvisningsreglene gir også foranledning til at oppdragsgiver etterspør informasjon om eierskap for å kunne ta stilling til om vilkårene for avvisning er oppfylt, ved at handlinger foretatt av et morselskap i visse tilfeller kan likestilles med handlinger foretatt av leverandøren. Identifikasjonsreglene er redegjort for i kapittel 9.3. I tillegg inneholder Sanksjonsforskrift Ukraina § 8n forbud mot å inngå kontrakter med leverandører som er 50 prosent eller mer eid av russiske statsborgere.¹⁹

Allmennheten kan også ha interesse i å følge med på hvilke virksomheter som tildeles offentlige kontrakter, og direktivene inneholder regler om oppbevaring av kontrakt og innsyn i kontrakt.²⁰

6.2.5 Utvalgets vurdering

Utvalget vil vise til at åpenhet er en kjerneverdi i det norske demokratiet. Når det gjelder åpenhet i relasjon til offentlige anskaffelser, legger utvalget

til grunn at det er ønskelig å ha en stor grad av åpenhet til allmennheten om hvilke aktører som er leverandører til det offentlige, og hvilke foretak eller eventuelt personer som er eiere, både formelt og reelt.

Offentlige anskaffelser er bruk av offentlige midler til å kjøpe varer og tjenester, og utvalget mener det er naturlig at det er åpenhet til allmennheten om hvem som tildeles kontrakter av det offentlige. Dette ivaretas av regelverket, som krever åpenhet om hvilke(n) leverandør(er) som er tildelt en kontrakt.²¹

Åpenhet om eierskap kan også bidra til å hindre at kontrakter tildeles leverandører som skulle vært avvist fra konkurransen, eller fra leverandører som kunne og burde vært avvist. Særlig i kontrakter knyttet til sikkerhet og beredskap er det viktig med åpenhet om involverte eierinteresser.

Utvalget mener samtidig at det ikke er behov for særregulering av åpenhet om eierskap for allmennheten innen offentlige anskaffelser. Åpenhet om eierskap er et formål som bør tilstrebes for alle virksomheter i Norge, ikke bare de som er leverandør til det offentlige. I ytterste konsekvens kan særkrav til åpenhet om eierskap i offentlige anskaffelser medføre at leverandører lar være å delta i konkurransen om offentlige kontrakter. Dette vil kunne medføre økte priser for det offentlige.

Utvalget har i den generelle fremstillingen i kapittel 6.2.2 og 6.2.3 redegjort for to pågående regelverksprosesser knyttet til økt grad av åpenhet. Begge prosessene illustrerer at økt åpenhet fordrer grundige vurderinger av komplekse problemstillinger og motstridende hensyn. Etter utvalgets syn vil det å gjøre endringer i anskaffelsesregelverket som fremmer økt åpenhet om eierskap, forutsette tilsvarende grundige vurderinger. Utvalget har ikke funnet det hensiktsmessig å behandle de problemstillingene som behandles av Finansdepartementet eller Arbeidsgruppen for større åpenhet om aksjeeiere. I stedet, og når det gjelder åpenhet om aksjeeiere, vil utvalget oppfordre departementet til å vurdere om det er behov for særlige tiltak på anskaffelsesområdet i lys arbeidsgruppens vurderinger.

Utvalget vil fremheve at et aksjeregister, og et register over reelle rettighetshavere vil kunne ha positive følger for åpenhet i offentlige anskaffelser. Direktivenes regler om oppbevaring av kontrakt og innsyn, kan gi leverandører og allmennheten informasjon om hvilke virksomheter som er

¹⁹ FOR-2014-08-15-1076 Sanksjonsforskrift Ukraina

²⁰ Dette er nærmere redegjort for i kapittel 39

²¹ Se utvalgets forslag til § 3-1 femte ledd og regler om kunngjøring av kontraktstildeling i forslag til § 14-4.

leverandør til det offentlige, som igjen kan gjenfinnes i registre som viser formelle og reelle eiere av virksomheten. Dette vil etter utvalgets syn gi økt åpenhet om eierskap i offentlige anskaffelser, uten at det er behov for særregulering i anskaffelsesloven.

Et annet eksempel er i tilfeller en offentlig oppdragsgiver har stilt krav til å opplyse om eierskap i en anskaffelse, der det er relevant av hensyn til enten sikkerhet, sanksjonsregelverk eller beredskap. En oppdragsgiver kan i forbindelse med å verifisere informasjonen som er sendt inn av en leverandør, konsultere eventuelle registre som har tilsvarende informasjon. Alternativt kan også leverandører som er registrert i slike registre, vise til oppføringene i det. Utvalget vil vise til at nå som Finansdepartementet har foreslått at offentlige myndigheters rett til tilgang til opplysninger fra registeret fremgår direkte av loven, så vil det omfatte de fleste oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket. Utvalget vil anbefale at Finansdepartementet benytter forskriftshjemmelen til å sikre at alle oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket får tilgang til registeret.

I henhold til Sanksjonsforskriften Ukraina, er det i § 8n oppstilt et forbud mot å tildele eller fortsette gjennomføringen av kontrakter omfattet av anskaffelsesregelverket til eller med fysiske eller juridiske personer bosatt eller etablert i Russland.²² Forbudet gjelder også for virksomheter etablert innenfor EU, men med en viss andel av russiske eierinteresser. Det er vanskelig å si noe om hvilken aktualitet dette har for norske oppdragsgivere, men utvalget mener at et offentlig register over aksjeeiere og reelle rettighetshavere vil gjøre det lettere å dokumentere og ettergå eierskap og reelle rettighetshavere for å kunne overholde forbudet i forskriften.

Boks 6.1 Utvalgets forslag

Utvalget vil vise til:

- at dagens regelverk gir oppdragsgiver anledning til å etterspørre informasjon om eierskap i tilfeller hvor dette har saklig relevans for anskaffelsen og/eller for å avgjøre om det foreligger plikt eller adgang til å avvise en leverandør
- at det pågår prosesser knyttet til økt åpenhet om eierskap (aksjeregister og register over reelle rettighetshavere) som vil kunne ha positive virkninger for åpenhet i offentlige anskaffelser, uten behov for særregulering i ny anskaffelseslov

Utvalget vil foreslå:

- at alle oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket bør få tilgang til registeret over reelle rettighetshavere.

6.3 Åpenhet om skatt

6.3.1 Innledning

OECD fremholder at «Tax transparency» handler om å sette en stopper for bankhemmelighold og skatteunndragelse gjennom globalt skattesamarbeid.²³ Nåværende regjering har et punkt i sin regjeringsplattform om økt åpenhet om skatt i offentlige anskaffelser, og punktet er satt i sammenheng med målsetninger om å skjerpe kampen mot skatteunndragelser.²⁴ Finansdepartementet har fremholdt at «Utfordringene med internasjonale skattetilpasninger og skadelig skattekonkurranse har lenge vært høyt på den politiske dagsorden i Norge og internasjonalt.»

Ulike politiske partier har oppmerksomhet rettet mot økt åpenhet om skatt, og temaet har vært diskutert på Stortinget ved flere anledninger. I diskusjonene på Stortinget har det særlig vært trukket frem som relevant å etablere en forsterket innsats mot skatteunndragelse, og redusere bruken av skatteparadiser for å unnsnippe beskatning.²⁵ Bakgrunnen for økt oppmerksomhet om skatteunndragelser, handler også om at åpenhet om store selskapers pengestrømmer er viktig for

²² FOR-2014-08-15-1076

²³ <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-transparency/>

²⁴ Regjeringsplattform for en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet: kapittelet om «En rettferdig skatte- og avgiftspolitik»

å understøtte demokrati, likeverd og arbeidstakeres sosiale og økonomiske rettigheter både nasjonalt og internasjonalt. Videre har Finanskomiteen på Stortinget uttalt at «... finansiell åpenhet er et viktig virkemiddel for å motvirke kapitalflukt, skatteunndragelse og aggressiv skatteplanlegging. Dette er også en forutsetning for å opprettholde legitimitet til og oppslutning om en markedsøkonomi og et skattesystem som bidrar til mest verdiskaping og velferd til alle. Hemmelighold av finansiell informasjon legger til rette for ulovlige pengestrømmer, undergraver skattegrunnlagene og bidrar til å gjøre korrupsjon, hvitvasking og terrorfinansiering mulig. I kjølvannet av Russlands invasjon av Ukraina har også åpenhet om reelle eiere fått fornyet oppmerksomhet.»²⁶

6.3.2 Skattelovutvalget

Det norske skattesystemet bygger på prinsippene om brede skattegrunnlag og likbehandling av næringer, virksomhetsformer og investeringer.²⁷

Skattelovutvalget har i sin utredning vist til at globalisering og digitalisering har medført at flernasjonale konsern gradvis har økt sin markedsrett.²⁸ Gjennom teknologisk utvikling har det oppstått nye forretningsmodeller, som for eksempel gjør det mulig å betjene et marked uten fysisk tilstedeværelse. Det eksisterende internasjonale skatterammeverket, som ble utarbeidet i en tid da selskapene hadde sterkere geografisk tilhørighet, er mindre tilpasset slike forretningsmodeller.

Skattelovutvalget peker på at flernasjonale konsern har mulighet til å utnytte forskjeller i skattereglene mellom land, og kan for eksempel flytte overskudd til land med lave skattesatser. Videre er det pekt på at skattekonkurranse mellom land kan ha andre uheldige effekter.²⁹

Skattelovutvalget viser til at disse utfordringene skaper skattemessige problemstillinger som berører mange land, og som derfor krever globale løsninger.

OECD og G20-landene har gjennom prosjektet «Base Erosion and Profit Shifting Project» (BEPS-

prosjektet) diskutert tiltak å kjempe mot overskuddsflytting. Prosjektet viste til behov for å reformere de internasjonale reglene for skattlegging av den digitaliserte økonomien. I oktober 2021 ble det oppnådd politisk enighet om en internasjonal reform for skattlegging av store flernasjonale konsern, og som består av to pilarer:

- «Den første delen (pilar 1) dreier seg om hvordan beskatningsretten til selskapsoverskudd skal fordeles mellom land. I hovedtrekk skal omfordelingen gjennomføres ved at de største og mest lønnsomme flernasjonale konsernene skal skattlegges for en del av sitt globale overskudd i de markedene hvor de har inntjening, uavhengig av fysisk tilstedeværelse.»³⁰
- «Den andre delen (pilar 2) handler om minimumsbeskatning av store flernasjonale konsern, og skal begrense skattekonkurransen mellom stater og svekke insentivene til internasjonal skatteplanlegging og overskuddsflytting. Avtalen innebærer at det skal etableres et minimum effektivt globalt skattenivå på 15 pst. for store flernasjonale konsern.»³¹

BEPS-prosjektet følges opp av et samarbeidsorgan som består av mer enn 140 medlemsland, «OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS (Inclusive Framework)». Den 11. juli 2023 publiserte medlemmene av OECD/G20s Inclusive Framework on BEPS en uttalelse om resultatene fra arbeidet med å gjennomføre to-pilarløsningen, i form av en «Outcome Statement». Hovedbudskapet fra meldingen var å anerkjenne de viktige fremstegene som er gjort, og tilrettelegging for videre oppfølging i nasjonale jurisdiksjoner.

6.3.3 Skattemessige forhold i offentlige anskaffelser

Det danske konkurranse- og forbrukertilsynet har foretatt en nærmere vurdering av udbudslovens regler, med særlig henblikk på skattemessige forhold i offentlige anskaffelser.³² Rapporten inneholder flere vurderinger av adgangen til å hensynta skattemessige forhold ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser, både over og under EØS-terskelverdiene. Bakgrunnen for veilederen var en politisk avtale om styrket innsats mot internasjonal skatteunndragelse.³³

²⁵ Se for eksempel Innst. 228 S (2022–2023) Innstilling fra finanskomiteen om Representantforslag fra stortingsrepresentantene Marie Sneve Martinussen, Seher Aydar og Bjørnar Moxnes om å begrense skjult eierskap og sikre økt åpenhet om skatt og økonomiske forskjeller

²⁶ Ibid.

²⁷ NOU 2022: 20 *Et helhetlig skattesystem*

²⁸ Ibid. kapittel 1.2.1

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid. kapittel 4.2

³¹ Ibid.

³² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Skattemæssige forhold i offentlige udbud 2022

³³ Ibid. kapittel 1

I Danmark er det obligatorisk å utelukke en virksomhet som er etablert i et land som er listeført på EUs liste over ikke-samarbeidsvillige skattejurisdiksjoner. EUs liste over ikke-samarbeidsvillige skattejurisdiksjoner er en del av EUs arbeid mot skatteunndragelse og skatteminimalisering.³⁴ Listen offentliggjøres i EU-tidende, og siste liste som ble publisert var 20. februar 2024, og på dette tidspunktet inneholdt listen 12 land.³⁵ Listen oppdateres jevnlig, og prosessen med å vurdere land inneholder flere ulike kriterier, herunder for eksempel «tax transparency», «fair taxation» og «measures against base erosion and profit shifting».

Når det gjelder skattemessige forhold som kvalifikasjonskrav, følger det av anskaffelsesdirektivet artikkel 58 nr. 1 at adgangen er begrenset til å gjelde leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, økonomisk og finansiell evne, og teknisk og faglig dyktighet. Ved valg av kvalifikasjonskrav må oppdragsgiver overholde prinsippene, og oppdragsgiver kan ikke velge kvalifikasjonskrav med formål om å begrense konkurransen eller favorisere bestemte leverandører.³⁶ I den danske veilederen er det vurdert at skattemessige forhold ikke umiddelbart kan ha tilknytning til egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, eller til virksomhetens tekniske eller faglige dyktighet.³⁷ Videre fremgår det av veilederen, at hvis det skal oppstilles krav til økonomisk og finansiell evne, må kravet ha tilknytning til oppdragsgivers evne til å gjennomføre kontrakten.

I rapporten konkluderes det med at udbudsloven, som gjennomfører direktivets bestemmelser om kvalifikasjonskrav, ikke eksplisitt utelukker skattemessige forhold som kvalifikasjonskrav. Det fremgår imidlertid at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering er at en virksomhets skattemessige forhold som et utgangspunkt ikke kan formuleres som et kvalifikasjonskrav.³⁸ Videre følger det at skattemessige forhold i enkelte tilfeller vil kunne påvirke virksomhetens regnskaper, og gjennom dette kan skattemessige forhold få betydning for vurderingen av en virksomhets økonomiske og finansielle evne.

Når det gjelder adgangen til å vektlegge skattemessige forhold som tildelingskriterium, opp-

stiller anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nærmere regler om at kontrakter skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Tildelingskriteriene må ha tilknytning til ytelsen, jf. artikkel 67 nr. 3. Tildelingskriteriene kan ikke gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet, jf. artikkel 67 nr. 4, og må være ledsaget av dokumentasjonskrav som muliggjør effektiv kontroll.³⁹ Tildelingskriteriene skal gjøre det mulig å sammenligne tilbudene, og tildelingskriteriene må derfor utgjøre et konkurranseparameter. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens konklusjon er at det ikke er mulig å formulere skattemessige forhold som tildelingskriterier, fordi dette vil mangle tilknytning til kontraktsgjenstanden ettersom det gjelder virksomheten mer generelt.⁴⁰ Videre viser bestyrelsen til at et tildelingskriterium om største skattebetalinger til Danmark, EU/EØS, eller GPA-landene, ville ikke ha tilstrekkelig tilknytning, og uansett være vanskelig å verifisere en virksomhets skattebetalinger.⁴¹

Når det gjelder adgangen til å stille skattemessige forhold som kontraktsvilkår, følger det av anskaffelsesdirektivet artikkel 70 at oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for kontraktsgjennomføringen, så fremt de har tilknytning til kontraktsgjenstanden. Kontraktsvilkår fastlegger spesifikke krav til hvordan kontrakten skal gjennomføres, og har ikke betydning for vurdering av tilbudene i konkurransegjennomføringen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering er at skattemessige vilkår ikke kan inngå som kontraktsvilkår, ettersom det mangler tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjenstanden fordi det knytter seg til virksomheten mer generelt.⁴² Videre viser styrelsen til at oppdragsgiver i enkelte tilfeller er forpliktet til å gjennomføre kontroll av hvorvidt en leverandør utfører en kontrakt i henhold til kontraktsvilkårene, og hvis det forutsetningsvis var stilt lovlige kontraktsvilkår om skattemessige forhold, så ville det vært vanskelig å kontrollere.

6.4 Land-for-land-rapportering

Land-for-land-rapportering har sitt utspring i ønsket om å forhindre skatteunndragelser, for

³⁴ <https://www.consilium.europa.eu/da/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>

³⁵ Ibid.

³⁶ C-27-29/86 CEI og Bellini: avsnitt 48 flg

³⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Skattemæssige forhold i offentlige udbud 2022: side 24

³⁸ Ibid. side 24

³⁹ C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH: avsnitt 49 til 52

⁴⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Skattemæssige forhold i offentlige udbud 2022: side 28

⁴¹ Se også vurderingene i kapittel 6.5.

⁴² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Skattemæssige forhold i offentlige udbud 2022 side 32

eksempel ved hjelp av skatteparadiser. Multinasjonale selskaper kan utnytte sin tilknytning til flere land til å flytte overskudd til jurisdiksjoner med lav skatt, og på denne måten unndra seg beskatning. En stor mengde overskudd flyttes til skatteparadis, herunder har en global rapport om skatteunndragelse anslått at overskudd på 1000 milliarder amerikanske dollar flyttes til skatteparadis.^{43 44} Ifølge rapporten er tapte inntekter fra selskapsskatt betydelige, tilsvarende nesten 10 prosent av selskapsskatteinntektene som samles inn globalt. Videre framgår det av rapporten at amerikanske multinasjonale selskaper er ansvarlige for omtrent 40 prosent av den globale profittflyttingen, og at kontinentaleuropeiske land ser ut til å være mest berørt av denne unndragelsen. Til tross for ambisiøse politiske initiativ viser overskuddsflytting ifølge rapporten få tegn til å avta. For Norge er det anslått at flyttet overskudd er 8 milliarder amerikanske dollar, og at tapte skatteinntekter er 1,3 milliarder amerikanske dollar.⁴⁵

Ved å kreve at multinasjonale selskaper rapporterer «land-for-land», blir det enklere for skattemyndighetene å avdekke tilpasninger som ikke er i samsvar med skattelovgivningen. Land-for-land-rapportering kan også avdekke behov for endringer av skattelovgivningen for fremtiden.

Utvalget er bedt om å vurdere om offentlige oppdragsgivere bør stille land-for-land-rapportering som vilkår i større anskaffelsesprosesser. Mandatpunktet har sitt opphav i regjeringsplattformen.⁴⁶ Siden det uttrykkelig bes om vurdering i «større anskaffelsesprosesser», vil den videre fremstillingen ta utgangspunkt i at større anskaffelsesprosesser er anskaffelser over EØS-terskelverdi.

6.4.1 Hva er land-for-land-rapportering?

Land-for-land-rapportering er en rapporteringsstandard for store multinasjonale selskaper. Med

store multinasjonale selskap menes konsern som har en internasjonal omsetning av et visst omfang, vanligvis en omsetning som er større enn 750 millioner euro.⁴⁷ Rapporteringsstandarden omfatter blant annet opplysninger om overskudd, kostnader, skatt, finansielle verdier og antall ansatte fordelt på hvert land som selskapet opererer i.

Det finnes forskjellige land-for-land-rapporteringer, der noen rapporter er offentlig tilgjengelige, mens andre er unntatt offentlighet. Land-for-land-rapportering for skatteformål er vanligvis ikke offentlig tilgjengelig. Hovedformålet med land-for-land-rapportene som leveres til skattemyndighetene, er at de skal danne grunnlag for overordnede risikoanalyser og statistikk. Rapportene inneholder opplysninger om inntekt og skatt fordelt på land, i tillegg til en beskrivelse av aktiviteten i hvert enkelt land og det enkelte foretaket i landene.⁴⁸

6.4.2 Land-for-land-rapportering i OECD

OECD utarbeidet i 2013 en rapport om overskuddsflytting og uthuling av skattegrunnlag – såkalt «Base Erosion and Profit Shifting» (BEPS). Rapporten pekte på en rekke områder der det var behov for tiltak, både i form av å harmoniserte nasjonale regler, og oppdatert internasjonalt regelverk om fordeling av skattegrunnlag mellom land når en inntekt eller skatteyter har tilknytning til flere jurisdiksjoner.⁴⁹ I rapporten ble det pekt på at tilgang til relevant informasjon om inntekter, skatt og virksomhet er helt sentralt for at skattemyndighetene i de ulike landene skulle kunne fastsette riktig skattegrunnlag for den enkelte skatteyter.

Rapporten ble fulgt opp med en 15-punkts handlingsplan i regi av OECD og G20-landene. I punkt 13 om internprisingsdokumentasjon, anbefales det at deltakerlandene innfører regler om at flernasjonale konsern skal ha plikt til å rapportere nøkkeldata om fordelingen av inntekt, skatt og den økonomiske aktiviteten i de landene konsernene har virksomhet (land-for-land-rapportering).⁵⁰

⁴³ <https://www.taxobservatory.eu/publication/global-tax-evasion-report-2024/>

⁴⁴ Rapporten er ikke begrenset til å omhandle skatteunndragelse i betydningen av bedrageri, og omtaler heller ikke enhver form for skatteunndragelse. Det følger av rapporten side 6 at rapporten har fokusert på de temaene som det har vært rettet oppmerksomhet mot de seneste tiårene, og det er skatleggingen av multinasjonale selskaper og enkelte individer med stor formue. Det følger videre at de praksisene som rapporten studerer nærmere er både de ulovlige formene for skatteunndragelse, tilfeller som er i en rettslig gråsoner mellom skatteunndragelse og skatteminimalisering og også andre former for lovlig skatteplanlegging.

⁴⁵ <https://atlas-offshore.world/country/NOR>

⁴⁶ Regjeringsplattform for en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet

⁴⁷ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project

⁴⁸ Skatteetaten – Veileder til land-for-land rapportering for skatteformål

⁴⁹ <https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/rapportering-og-bransjer/bransjer-med-egne-regler/internprising/land-for-land-rapportering/om-land-for-land-rapportering/>

⁵⁰ Ibid.

Boks 6.2 Krav til land-for-land-rapporten

Forskrift om land-for-land-rapportering for virksomhet innen utvinningsindustrien eller skogsdrift innen ikke-beplantet skog stiller i § 4 krav om at rapporten foretakene skal utarbeide minst inneholder følgende opplysninger om betalinger til myndigheter:

- a. Den samlede betalingen til hver myndighet i løpet av regnskapsåret, fordelt per land og fordelt per type betaling som nevnt i § 3 nr. 5 bokstav a) til h).
- b. Betalinger knyttet til et prosjekt skal også rapporteres per prosjekt og per type betaling som nevnt i § 3 nr. 5 bokstav a) til h).

Opplysningskravet i første ledd gjelder ikke for betalinger som tilsvarende mindre enn 800 000 kroner, som gjøres enkeltvis eller som flere sammenhørende betalinger innenfor samme regnskapsår. Når det er plikt til å gi opplysninger om betalinger til myndigheter, skal rapporten også inneholde opplysninger om foretakets investeringer, salgsinntekt, produksjonsvolum og kostnader, fordelt på de enkelte land hvor foretaket driver virksomhet. Det skal i rapporten også opplyses om foretakets rentekostnad til andre foretak i samme konsern som er hjemmehørende i andre jurisdiksjoner enn foretaket. Opplysningene i første og annet punktum skal

så vidt mulig hentes fra årsregnskapet, og eventuelle forskjeller skal forklares.[.]»

Betaling er definert i § 3 nr. 5:

«Med 'betaling' menes følgende typer overføringer, enten i form av penger eller in natura, for virksomhet som nevnt i nr. 1 og 2:

- a. produksjon som avgis til myndighet, herunder finansielle instrumenter som gir rett til produksjon eller produksjonens verdi,
- b. skatter og avgifter som pålegges foretakets inntekt, produksjon eller resultat, unntatt skatter og avgifter som pålegges forbruk, for eksempel merverdiavgift, inntektsskatt for personer eller omsetningsavgift,
- c. royaltyer,
- d. utbytte,
- e. signatur-, funn- og produksjonsbonuser,
- f. lisens-, leie- og adgangsgebyr, samt andre vederlag for lisenser og/eller konsesjoner,
- g. betaling for forbedret infrastruktur, og
- h. aksjer, andeler eller andre eierrettigheter som myndigheten får i foretaket eller i foretakets datterselskaper eller i nærstående parter til foretaket, jf. regnskapsloven § 7-30b».

6.4.3 Land-for-land-rapportering i Norge

I Norge er det innført land-for-land-rapportering for skatteformål. Land-for-land-rapportene som skal sendes til skattemyndighetene, er konfidensielle. Skatteforvaltningsloven § 8-12 regulerer hva de skal inneholde.⁵¹ Plikten til å sende rapport gjelder for foretak i flernasjonale konsern som har en samlet inntekt på 6,5 milliarder kroner eller mer i året før regnskapsåret.⁵²

Norge har også vedtatt egne krav til land-for-land-rapportering for utvinnings- og skogsdriftselskaper. Disse rapportene er offentlige.⁵³ For-

målet er å «bidra til økt åpenhet om virksomheten til foretak som driver med uttak av ikke-fornybare naturressurser, for dermed å ansvarliggjøre myndighetene for forvaltningen av inntektene av landets naturressurser i land hvor slik virksomhet drives». Rapportering skal også bidra til økt åpenhet om foretakenes skatteposisjonering, jf. § 2. Se nærmere om kravene i forskriften i boks 6.2.

Det er videre krav om offentlig land-for-land-rapportering for finansforetak, foranlediget av EUs fjerde kapitalkravsdirektiv fra 2013, CRD IV.⁵⁴ Dette er innført i Norge gjennom CCR/CRD IV-forskriften § 43.⁵⁵

⁵¹ Skatteforvaltningsloven 2016

⁵² Skatteeetaten – Veileder til land-for-land rapportering for skatteformål: side 3

⁵³ Forskrift om land-for-land-rapportering 2013

⁵⁴ EUs fjerde kapitalkravsdirektiv CRD IV 2013

⁵⁵ FOR-2014-08-22-1097

6.4.4 Land-for-land-rapportering i EU/EØS

EU vedtok regler om offentlig land-for-land-rapportering i 2021, i et endringsdirektiv til regnskapsdirektivet.⁵⁶ Bakgrunnen er behovet for et verktøy for økt åpenhet og offentlig innsyn for å bekjempe skatteunndragelse. Endringsdirektivet innebærer at medlemsland skal kreve at store konsern skal offentliggjøre visse skattemessige opplysninger. Store konsern er i endringsdirektivet definert som konsern som har en samlet årlig omsetning på 750 millioner euro eller mer for hvert av de to siste regnskapsårene, jf. artikkel 48b. Konsern som møter disse kriteriene, må utarbeide og offentliggjøre en rapport med nøkkelinformasjon for sin virksomhet og skatteformål, jf. artikkel 48b og artikkel 48c.

Endringsdirektivet er ansett som EØS-relevant, men er så langt ikke tatt inn i EØS-avtalen.⁵⁷ I EØS-notat fra juni 2017 fremgår det at en eventuell innlemmelse i EØS-avtalen av endringsdirektivet vil kreve endring i norsk rett «herunder trolig regnskapsloven og verdipapirhandelloven».⁵⁸ Utvidet land-for-land-rapportering etter regnskapsloven omtales i Finansdepartementets Prop. 1 S for (2023–2024) i forbindelse med anmodningsvedtak fra Stortinget i 2021, der Stortinget ber regjeringen om at en forskrift om utvidet land-for-land-rapportering blir utformet slik at selskaper blir pliktige til å opplyse om regnskapsstørrelser for alle land, inkludert støtteland hvor skatt ikke betales. Det framgår av proposisjonen at Finansdepartementet tar sikte på å utarbeide og sende på høring forslag til lovendringer.⁵⁹ Det er så langt ikke sendt forslag til lovendringer på høring.

6.5 Utvalgets vurdering

6.5.1 Åpenhet om skatt og skattemessige forhold

Utvalget er enig i at åpenhet om skatt er et viktig og svært dagsaktuelt tema, både i nasjonal politisk

sammenheng og i flere internasjonale organisasjoner. Utvalget vil innledningsvis understreke at Norge har et godt etablert regelverk og system for innbetaling av skatt.

Når det gjelder åpenhet om skatt i offentlige anskaffelser vil utvalget vise til at leverandører, inkludert underleverandør, som vinner en offentlig kontrakt må levere en skatteattest til oppdragsgiver. Attest for skatt og merverdiavgift er en attest som dokumenterer om virksomheten skylder skatt, avgifter eller merverdiavgift, inkludert renter. Formålet med bestemmelsen er å hindre at virksomheter som mangler evne eller vilje til å betale skatt ikke får tildelt offentlige kontrakter. I gjeldende anskaffelsesregelverk er bestemmelsen som stiller krav til å innlevere skatteattest kun anvendbar i offentlige kontrakter som har en estimert verdi på mer enn 500 000 kroner. Etter utvalgets forslag i første delutredning, vil kravet gjelde for alle anskaffelser som er omfattet av loven, altså fra 300 000 kroner.⁶⁰ Utvalget har på dette punkt utvidet antall anskaffelser som er omfattet av krav til skatteattest. Etter utvalgets vurdering var det naturlig å gi kravet anvendelse for alle anskaffelser omfattet av loven, ettersom det nå ble en mindre avstand mellom lovens innslagspunkt og terskelverdien for skatteattest. I tillegg ønsket ikke utvalget å videreføre en særskilt terskelverdi for kravet til skatteattest.

Utvalget vil også vise til at en leverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter skal avvises, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2.⁶¹

Utvalget har merket seg vurderingene som er gjort i Danmark av hvilke skattemessige forhold som det er lovlig å hensynta i en anskaffelsesprosess. Etter utvalgets syn vil flere av vurderingene i den danske veilederen være relevant etter norsk rett, så langt vurderingene er gjort opp mot bestemmelsene i anskaffelsesdirektivene. Veilederens konklusjoner er at skattemessige forhold ikke kan benyttes, verken som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterium eller kontraktsvilkår i anskaffelser over terskelverdiene. Veilederen viser til at direktivet og praktiske forhold utgjør en skranke, og spesielt kravet om tilknytning til kontraktsgjstanden og særlig muligheten for kontroll.

Utvalgets vurderinger er at adgangen til å hensynta skattemessige forhold som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktskrav ville utgjøre en krevende oppgave for offentlige oppdragsgivere. Slike krav eller kriterier ville i prak-

⁵⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2021/2101 av 24. november 2021 om ændring af direktiv 2013/34/EU for så vidt angår offentliggørelse af selskabsskatteoplysninger for visse virksomheder og filialer (EØS-relevant tekst)

⁵⁷ <https://europolov.no/rechtsakt/regnskapsdirektivet-endringsbestemmelser-om-opplysningsplikt-om-inntektskatt/id-9018>

⁵⁸ <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/nov/forslag-til-offentlig-land-for-land-rapportering-for-skatteformal/id2525236/>

⁵⁹ Prop. 1 S (2023–2024): kapittel 3.2 Stortingssesjon 2021–2022

⁶⁰ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*: kapittel 21

⁶¹ Se nærmere i kapittel 9.4.

sis medføre at oppdragsgiver måtte hatt kompetanse til å vurdere informasjonen som inngis, og dette er en krevende oppgave som best ivaretas av skattemyndighetene. I tillegg vil det å hensynta skattemessige forhold være begrenset av reglene i anskaffelsesdirektivet, og således tilsvarende etter norsk rett.⁶² Utvalget har redegjort nærmere for de praktiske utslagene dette har i den videre vurderingen av land-for-land-rapportering. Utvalget vil også nevne at norske oppdragsgivere vil kunne avvise leverandører som er etablert i de landene som er oppført på EUs liste over ikke-samarbeidsvillige jurisdiksjoner, ettersom disse landene, så langt utvalget kan se, ikke er rettighetshavere etter anskaffelsesregelverket.

Et konkret virkemiddel for å bidra til økt åpenhet om skatt er land-for-land-rapportering. Dette drøftes særskilt i det følgende.

6.5.2 Land-for-land-rapportering som en restriksjon som må kunne rettferdiggjøres

Et særskilt krav til land-for-land-rapportering for markedsaktører fra EØS som ønsker å levere varer eller tjenester til offentlige oppdragsgivere i Norge vil utgjøre en restriksjon på en eller flere av EØS-avtalens grunnfriheter – hovedreglene om fri bevegelse av varer og tjenester og eventuelt også etableringsfriheten.⁶³ Hvor ressurskrevende det er å utarbeide land-for-land-rapporter, avhenger av krav som stilles til rapportene. Det er imidlertid, uansett innretning, snakk om et krav som gjør forskjell på leverandører som bare opererer i Norge og leverandører som opererer i flere land, og da nær unntaksfritt også flere EØS-land. Internt i EØS vil den grensekryssende aktiviteten som vil kunne utløse rapporteringsplikten være et utslag av bruk av EU/EØS-rettens hovedregler om fri bevegelse.

Restriksjoner på EØS-avtalens grunnfriheter er i mange tilfeller tillatt, men de må da være begrunnet i formål som EØS-retten anerkjenner. De må være egnet og nødvendige for å ivareta de angitte formål og de må være forholdsmessige.⁶⁴

I vurderingen av om en restriksjon kan rettferdiggjøres, må det sees hen til vurderingene fra

EU-lovgiver som kommer til uttrykk i sekundærretten. Selv om anskaffelsesdirektivene ikke uttrykkelig regulerer spørsmålet om land-for-land-rapportering, må det undersøkes om direktivenes generelle regler åpner for eller eventuelt stenger for et slikt krav. Dersom konklusjonen blir at direktivene stenger for land-for-land-rapportering, er det ikke egentlig behov for også å vurdere spørsmålet opp mot hovedreglene i EØS-avtalens hoveddel. Av hensyn til den offentlige diskusjonen omkring land-for-land-rapportering kan det likevel være på sin plass å vurdere hvilke hensyn som kan anføres til støtte for et slikt krav, og om det er slik at disse hensynene ikke kan ivaretas på andre måter enn gjennom en restriksjon på EØS-avtalens grunnfriheter.

6.5.3 Åpner anskaffelsesdirektivet for et krav til land-for-land-rapportering?

Anskaffelsesdirektivet artikkel 60 regulerer hvilke krav til dokumentasjon som kan stilles til et tilbud, men dette er spesifikt knyttet opp til oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og som dokumentasjon for at det ikke foreligger grunner for avvising etter artikkel 57.⁶⁵ Kvalifikasjonskrav må ha tilknytning til den aktuelle anskaffelsen, jf. direktivets artikkel 58 nr. 1. Kvalifikasjonskrav kan gjelde leverandørenes økonomiske og finansielle kapasitet, men da knyttet til leverandørens evne til å gjennomføre den aktuelle kontrakten.

Informasjon om leverandørens skattebetaling i ulike land, utbytte, salgsinntekter, rentekostnader til selskaper i andre land mv. lar seg etter utvalgets syn vanskelig henføre til en vurdering av leverandørens evne til å oppfylle en konkret kontrakt.

Selv om man skulle strekke tilknytningskravet langt, og mene at det er tilstrekkelig at land-for-land-rapporter kan være et nyttig verktøy i risikovurderinger og oppfølging av en kontrakt, så krever anskaffelsesdirektivet artikkel 58 nr. 1 at kvalifikasjonskravene er forholdsmessige. I tilfeller hvor det er behov for å stille kvalifikasjonskrav om økonomiske og finansielle forhold for å sikre seg at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, kan imidlertid dette sikres gjennom krav til leverandørens omsetning eller kredittrating eller krav om ulike former for garantier. Direktivet har utførlige regler for dette i artikkel 58 nr. 3, og utvalget kan da vanskelig se at en EØS-stat, eller

⁶² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Skattemessige forhold i offentlige udbud 2022. Veilederen inneholder ikke egne vurderinger av anskaffelser etter forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet, men det må antas at vurderingene vil langt på vei være tilsvarende.

⁶³ EØS-avtalen 1992: artikkel 11, 36 og 31

⁶⁴ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen 2022: side 136 flg.

⁶⁵ Bestemmelsen er nærmere redegjort for i kapittel 10 og NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.35.1.1.

en konkret oppdragsgiver, kan vinne frem med at land-for-land-rapportering er påkrevd for å kunne vurdere en leverandørs evne til å gjennomføre den aktuelle kontrakten.

Etter utvalgets syn må konklusjonen derfor bli at anskaffelsesdirektivet ikke åpner for land-for-land-rapportering som et kvalifikasjonskrav.

Alternative grunnlag for krav til land-for-land-rapportering kan tenkes å være direktivets bestemmelser om tildelingskriterier og kontraktsvilkår. Også her krever imidlertid direktivet at kriterier og vilkår har tilknytning til kontraktsgjensstanden, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 67 nr. 3 og 70.

At tildelingskriterier og kontraktsvilkår må ha tilknytning til anskaffelsen, begrenser muligheten for å stille krav som gjelder leverandørens generelle virksomhet. Dette fremgår også av anskaffelsesdirektivets fortale, premiss 97:

«Betingelsen for en forbindelse med kontraktens genstand udelukker dog kriterier og vilkår vedrørende en virksomheds generelle politik, som ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser. [...]»

Utvalget kan ikke se at direktivets regler om tildelingskriterier og kontraktsvilkår gir videre adgang til å kreve land-for-land-rapportering enn direktivets regler om hvilke kvalifikasjonskriterier som kan oppstilles. Etter utvalgets syn må konklusjonen derfor bli at anskaffelsesdirektivet heller ikke åpner for land-for-land-rapportering som tildelingskriterium eller kontraktsvilkår.

Når anskaffelsesdirektivet ikke åpner for land-for-land-rapportering verken som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterium eller kontraktsvilkår, har utvalget vanskelig for å se at direktivet tillater noe slikt krav overhodet.

Samtidig følger det av direktivets fortale premiss 41 at direktivets bestemmelser ikke er til hinder for å pålegge eller gjennomføre tiltak som er nødvendige for, blant annet, å beskytte offentlig orden og moral, forutsatt at tiltakene er i samsvar med TEUV (i EØS-sammenheng: EØS-avtalens hoveddel). I sak C-63/18 *Vitali* viste EU-domstolen til dette og slo fast at italienske myndighets mål om å bekjempe mafiaens tilgang til offentlige kontrakter er at legitimt formål «som kan begrunde en restriksjon af de af EUF-traktatens grundlæggende regler og generelle principper, som finder anvendelse i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer».⁶⁶ Den konkrete vurderingen av nødvendigheten av det aktuelle tiltaket, en lovbestemmelse om at maksimalt 30 prosent av

kontraktsarbeidene kunne utføres av underleverandører, ble imidlertid knyttet opp mot anskaffelsesdirektivets regulering.⁶⁷ EU-domstolen kom til at kravet ikke fremstod som nødvendig fordi formålet kunne ivaretas gjennom andre og mindre inngripende tiltak, og konkluderte med at det derfor var i strid med direktivet, men uten å knytte det til noen konkrete bestemmelser. I den konkrete vurderingen viste EU-domstolen til at italiensk lovgivning allerede hadde iverksatt flere andre tiltak, som uttrykkelig forbød virksomheter som var mistenkt for å ha tilknytning til mafiaen eller ha forbindelser til større kriminelle organisasjoner som opererer i Italia, å delta i offentlige anskaffelser.⁶⁸

Etter utvalgets syn kan et krav til land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser vanskelig anses som noen nødvendig restriksjon, når det ikke har den tilknytning til kontrakten som direktivet krever for kvalifikasjonskriterier, tildelingskriterier og kontraktsvilkår. Av hensyn til den offentlige diskusjonen omkring land-for-land-rapportering har utvalget likevel funnet det riktig å foreta en nærmere vurdering av hvilke hensyn som eventuelt kan anføres til støtte for et slikt krav, og om det er slik at disse hensynene ikke kan ivaretas på andre måter enn gjennom en restriksjon på EØS-avtalens grunnfriheter.

6.5.4 Formålet med land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser

For vurderingen av om et krav om land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser kan forenes med TEUV/EØS-avtalens hoveddel er det påkrevd at formålet med et slikt krav klargjøres. Det fremgår ikke direkte av mandatet hva som er formålet med land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser, men utvalget legger til grunn at det i hvert fall er et mål å unngå at offentlige kontrakter tildeles leverandører som på rettsstridig vis unndrar seg beskatning, det være seg i Norge eller i andre land. Det er selvfølgelig svært uheldig om offentlige kontrakter går til leverandører som ikke overholder skattelovgivningen, ikke bare av hensyn til skatteinntektene, men også av hensyn til leverandører som betaler sin skatt som forutsatt. At dette er hensyn som EØS-retten anerkjenner, er ikke tvilsomt.⁶⁹

⁶⁶ C-63/18 *Vitali*: avsnitt 37

⁶⁷ *Ibid.* avsnitt 39 til 43

⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 42

⁶⁹ *Ibid.* avsnitt 34 flg.

Et annet og mer vidtrekkende formål med land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser kan være å unngå at offentlige kontrakter tildeles leverandører som gjennom aggressiv skatteplanlegging ikke betaler så mye i skatt som lovgiver (eller eventuelt den konkrete oppdragsgiver) mener at de helst burde. Problemet med et slikt formål ligger imidlertid i dagen: det vil ramme leverandører som rettslig sett ikke har gjort noe ulovlig. Utvalget kan ikke se at EØS-retten tillater at oppdragsgiver avviser eller på annet vis straffer en leverandør etablert i EØS ut fra betraktninger om at leverandøren har minimert egen skatteplikt gjennom lovlig (om enn politisk uønsket) skatteplanlegging.

Dette er særlig klart dersom skatteplanleggingen involverer bruk av EØS-avtalens grunnfriheter, som etableringsfriheten, grensekryssende tjenesteytelser eller kapitalbevegelser mellom EØS-stater, men vil nok gjelde også for leverandører som inkluderer land utenfor EU/EØS i skatteplanleggingen sin. Så lenge skatteplanleggingen er lovlig, kan den ikke sanksjoneres av offentlige oppdragsgivere. Uønsket skatteplanlegging kan for øvrig også skje internt i Norge, og regler som utelukkende retter seg mot grensekryssende skatteplanlegging vil være EØS-rettslig problematisk også av den grunn. En målsetting om å forhindre at offentlige kontrakter går til leverandører som på lovlig vis har redusert skatteplikten sin til Norge, kan ikke anses som et formål som kan begrunne en restriksjon på EØS-avtalens grunnfriheter.

Et tredje og mer generelt formål med land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser kan være et ønske om større offentlighet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging. Et av målene med forskrift om land-for-land-rapportering er å «bidra til økt åpenhet om foretakenes skatteposisjoneringer», jf. § 2. En av interesseorganisasjonene som jobber for innføring av land-for-land-rapportering, Tax Justice Norge, trekker frem at land-for-land-rapportering skal synliggjøre overskuddsflytting og skatteomgåelser hos multinasjonale selskaper.⁷⁰ Utvalget antar at et ønske om åpenhet omkring multinasjonale selskapers skatteplanlegging er et hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på EØS-avtalens grunnfriheter, og viser til de eksisterende kravene til land-for-land-rapportering i Norge og i EU som det er redegjort for i kapittel 6.4.

6.5.5 Er land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser egnet og nødvendig for å bekjempe skatteunndragelser?

Dersom man legger til grunn at formålet med et krav om land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser er å unngå at offentlige kontrakter går til leverandører som driver ulovlig skattetilpasning, er spørsmålet om kravet er egnet og nødvendig for å ivareta dette formålet.

Anskaffelsesregelverket inneholder allerede en plikt til å leverandører som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter, jf. kapittel 6.5.1 ovenfor. Anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2 andre ledd åpner for avvisning også ut over tilfellene hvor det foreligger en dom eller et endelig forvaltningsvedtak, men forutsetningen er at oppdragsgiver er «kjent med» at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten han er etablert, eller i Norge.⁷¹ Det er usikkert om denne bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan foreta en egen skatterettslig vurdering av en leverandør. Dersom det antas at bestemmelsen åpner for dette, kan det hevdes at offentlig land-for-land-rapportering vil gi oppdragsgiver et bedre faktisk grunnlag for å foreta slike vurderinger.

I praksis vil det imidlertid være helt umulig for oppdragsgiver å vurdere om et multinasjonalt selskap har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter, det være seg i Norge eller i andre land. Dette er også påpekt i dansk veileder som behandler skattemessige opplysninger i anskaffelsesprosesser mer generelt.⁷² Selv for skattemyndighetene, med en helt annen tilgang på informasjon og helt andre ressurser, er det krevende å vurdere skatteplikten til multinasjonale selskaper. For utvalget er det klart at det ikke er hensiktsmessig å legge opp til en ordning hvor oppdragsgiver på egen hånd skal vurdere om en leverandør med aktivitet i flere land har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter. Det er langt bedre at ressursene som trengs for å sikre korrekt beskatning av multinasjonale selskaper konsentreres hos skattemyndighetene. Det er heller ikke rimelig å utsette oppdragsgiver for den risiko som ligger i eventuell avvisning av en leverandør ut fra

⁷¹ Se nærmere i kapittel 9.4

⁷² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Skattemæssige forhold i offentlige udbud 2022 kapittel 1.3.3 og 1.5.1

⁷⁰ Skjult – Skatteparadis, kapitalflukt og hemmelighold 2023

oppdragsgivers egne vurderinger av leverandørens skatteplikt, som leverandøren forutsetningsvis vil bestride.

Dersom land-for-land-rapportering skal innføres med den begrunnelse at oppdragsgiver skal vurdere om en multinasjonal leverandør skal avvises fra konkurransen som følge av skatteunndragelse, må det følges opp med konkrete tiltak som setter oppdragsgivere i stand til å håndtere denne oppgaven. For eksempel kompetansehevende tiltak som gjelder økt forståelse av skattesystemer, skatterett og opplysningshåndtering. Uten slike tiltak kan utvalget vanskelig se at kravet kan anses egnet for det angitte formålet. Etter utvalgets syn vil slike tiltak medføre for store økonomiske og administrative kostnader og byrder for oppdragsgivere.

6.5.6 Er land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser egnet og nødvendig for å sikre åpenhet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging?

Dersom det legges til grunn at formålet med et krav om land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser er å bidra til økt åpenhet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging, er spørsmålet om kravet er egnet og nødvendig for å ivareta dette formålet.

Selv om en målsetting om åpenhet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging er et hensyn som EU/EØS-retten anerkjenner som legitimt, er det vanskelig å se at regelverket for offentlige anskaffelser er et egnet, nødvendig eller tilstrekkelig virkemiddel for å oppnå dette. Staten har andre og langt mer virkningsfulle muligheter og tiltak for å sikre økt åpenhet om internasjonal skatteplanlegging, som illustrert med reglene om offentlig land-for-land-rapportering for utvinnings- og skogdriftsselskaper og finansforetak, omtalt i kapittel 6.4.3 ovenfor.

Gjennomføringen av det nye endringsdirektivet til regnskapsdirektivet vil gi et nytt eksempel på generelle krav til land-for-land-rapportering, se omtalen i kapittel 6.4.4. Direktivets rapporteringsplikt gjelder for konsern som har en samlet årlig omsetning på 750 millioner euro, men utvalget antar at staten har anledning til å gi kravet anvendelse også på mindre selskaper. Utvalget viser i denne sammenheng til EU-domstolens tilnærming i nevnte sak C-63/18 *Vitali*, hvor det ble fremhevet at italiensk lovgiver hadde andre muligheter til å bekjempe mafiaens tilgang til offentlige kontrakter enn en generell begrensning av hvor

mye av kontraktsarbeidene som kunne utføres av underleverandører.⁷³

I vurderingen av om anskaffelsesregelverket kan brukes for å ivareta et generelt ønske om åpenhet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging, må det for øvrig veie tungt at anskaffelsesdirektivet ikke tillater at informasjonen som fremkommer i land-for-land-rapporter vektlegges av oppdragsgiver i den konkrete anskaffelsesprosessen. Unntaket er av tilfeller hvor oppdragsgiver mener å kunne dokumentere at det foreligger brudd på skattereglene, jf. kapittel 6.5.3. Som redegjort for i kapittel 6.5.3, krever direktivet at kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier og kontraktsvilkår har tilknytning til den aktuelle kontrakten. Generell informasjon om leverandørens eventuelle skatteplanlegging oppfyller ikke dette vilkåret, og det er da vanskelig å se at nasjonale myndigheter, eller en konkret oppdragsgiver, kan rettferdiggjøre et krav om at slik informasjon skal fremlegges for oppdragsgiver. Informasjon som oppdragsgiver ikke kan bruke, kan ikke kreves fremlagt.

6.5.7 Samfunnsøkonomiske vurderinger

I en samfunnsøkonomisk vurdering vurderes nytten for samfunnet som helhet og de enkelte oppdragsgiverne opp mot kostnadene disse påføres. Land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser vil kunne bidra til mer åpenhet om leverandørers betaling av skatt og andre økonomiske opplysninger fordelt på ulike land der leverandøren har virksomhet. Det er imidlertid lite sannsynlig at denne informasjonen ville kunne brukes til noe nyttig i en anskaffelsesprosess. Det ville vært krevende for oppdragsgiver å avdekke eventuelle ulovlige forhold eller alvorlige feil som kunne gitt et godt nok grunnlag for å avvise leverandører. Nyten for samfunnet som helhet og de enkelte oppdragsgiverne ved at å innhente informasjon fra leverandører om skatt og andre opplysninger fordelt på ulike land er derfor trolig lav.

Land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser ville medført økt ressursbruk hos oppdragsgivere og leverandører, og enkelte leverandører ville valgt ikke å delta i anbudskonkurranser. Svekket konkurranse kan føre til høyere priser og dårligere kvalitet på anskaffelsene, og den negative effekten ville vært størst i markeder med få konkurrenter. For oppdragsgivere ville det kreve spesialisert økonomisk og skattemessig kompetanse for å vurdere opplysningene fra leverandø-

⁷³ C-63/18 *Vitali*: avsnitt 42

rer, og trekke konklusjoner ut fra disse. Slik kompetanse er det ikke hensiktsmessig at enhver offentlig oppdragsgiver besitter. Etter utvalgets vurdering ville derfor kostnadene for samfunnet ved land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser vært høyere enn nytten.

6.5.8 Avsluttende merknader

Utvalget vil understreke at åpenhet om skatt og skattemessige forhold er viktig for å sikre et vel fungerende skattesystem i en globalisert verden. Utvalgets vurdering er imidlertid at regelverket om offentlige anskaffelser ikke er et egnet virkemiddel for økt åpenhet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging, og at EØS-avtalen av nettopp denne grunn heller ikke tillater at det innføres et slikt krav. Ulovlig skatteplanlegging må etterforskes og sanksjoneres av skattemyndighetene, ikke av offentlige oppdragsgivere som mangler både ressurser og forutsetninger for å vurdere leverandørenes skatterettslige forhold. Lovlig, men politisk uønsket, skatteplanlegging må håndteres gjennom endringer av skattelovgivningen og internasjonalt samarbeid om bedre regulering av skatteparadiser.

Et generelt ønske om økt åpenhet om multinasjonale selskapers skatteplanlegging må ivaretas gjennom målrettede regler om offentlig land-for-land-rapportering, slik vi alt har for utvinnings- og skogdriftsselskaper og finansforetak og slik vi vil få også for andre store foretak når direktiv (EU) 2021/2101 blir gjennomført i norsk rett.

Utvalget mener at utfordringer relatert til internasjonale skattetilpasninger og skadelig skattekonkurranse bør løses gjennom andre mer effektive og egnede virkemidler enn offentlige anskaffelser. For eksempel har Stortinget nylig vedtatt en ny lov om suppleringskatt på underbeskattet inntekt i konsern, med en bestemmelse om en effektiv global selskapsskattesats på minimum 15 prosent for konsern med en årlig samlet

inntekt på minst 750 millioner euro.⁷⁴ Bakgrunnen for forslaget er at globalisering og digitalisering har gitt nye utfordringer for landenes skattesystemer, og at utviklingen har økt problemene knyttet til internasjonale skattetilpasninger og skadelig skattekonkurranse.⁷⁵ Å løse disse utfordringene krever omforente globale løsninger.

Boks 6.3 Utvalgets forslag

Utvalget vil konstatere:

- at det er internasjonal og politisk oppmerksomhet knyttet til å motvirke skatteunndragelse
- at det er flere internasjonale samarbeid og rammeverk som jobber for omforente internasjonale løsninger mot skatteunndragelse
- at det generelt er god åpenhet om skatt for virksomheter etablert i Norge
- at utvalgets forslag til å utvide kravet om skatteattest vil medføre økt åpenhet om skatt for norske virksomheter som vinner kontrakter med det offentlige
- at anskaffelsesdirektivene i liten grad synes å åpne for å hensynta skattemessige forhold i anskaffelsesprosesser.

Utvalget foreslår:

- at det ikke innføres et krav til offentlig land-for-land-rapportering i anskaffelsesregelverket
- at mer åpenhet om skatt og skatteplanlegging må ivaretas gjennom målrettede regler på andre rettsområder.

⁷⁴ Innst. 159 L (2023–2024)

⁷⁵ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/norge-vil-innfore-regler-om-skattlegging-av-multinasjonale-konsern/id3015877/>

Del V
Geografisk virkeområde

Kapittel 7

Anskaffelsesregelverkets geografiske virkeområde

7.1 Innledning

Det fremgår av mandatet for andre delutredning at utvalget skal vurdere hvordan anskaffelsesregelverkets geografiske virkeområde kan klargjøres.

Bakgrunnen for dette mandatpunktet må antas å være EFTA-domstolens rådgivende uttalelse 16. juli 2020 i sak E-8/19 *Scanteam*, hvor domstolen slo fast at anskaffelsesdirektivet kommer til anvendelse også på anskaffelser foretatt av en norsk ambassade i et land utenfor EØS så lenge anskaffelsen har tilstrekkelig nær tilknytning til det indre marked i EØS.¹

7.2 Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften

Anskaffelsesloven har ingen egen bestemmelse som regulerer lovens geografiske virkeområde. Heller ikke anskaffelsesforskriften inneholder noen presisering av det geografiske virkeområdet.

I anskaffelsesloven § 2 er det inntatt en generell bestemmelse om lovens virkeområde. Siste ledd i bestemmelsen gir departementet hjemmel til å forskriftsfeste at loven skal gjelde på Svalbard, noe som må tolkes slik at loven i utgangspunktet ikke gjelder på Svalbard. En tilsvarende hjemmel fremgikk av anskaffelseslovene av 1999 og 2006, og det fremgår av forarbeidene til 1999-loven at formålet var å unngå usikkerhet om lovens anvendelse på Svalbard og for å få et ryddig regelverk.² Forskriftskompetansen er ikke benyttet, og Svalbard er derfor per i dag ikke omfattet av anskaffelsesregelverket.

I 2009 kom Fornyings- og administrasjonsdepartementet med en tolkningsuttalelse om det geografiske virkeområdet til den daværende anskaffelsesloven av 2006. Departementet konkluderte med at loven, herunder de generelle kravene

i § 5, gjaldt uavhengig av hvor i verden anskaffelsen fant sted, forutsatt at den var gjennomført av en oppdragsgiver som var omfattet av lovens § 2.³ Denne konklusjonen var basert på en tolkning av anskaffelsesloven, med særlig vekt på dens formål, og uten at anskaffelsesregelverkets EØS-rettslige bakgrunn ble trukket inn i tolkningen.

Departementet uttalte samtidig at reglene i anskaffelsesforskriften av 2006 bare kom til anvendelse utenfor EØS «i den grad oppdragsgiver finner det hensiktsmessig for å nå lovens formål».⁴ Uttalelsen synes å bygge på en forutsetning om at EØS-avtalen ikke krever at EØS-anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse utenfor EØS. Uttalelsen må imidlertid leses i sammenheng med departementets etterfølgende drøftelse av hvilke anskaffelser som er innenfor eller utenfor EØS, der det legges til grunn at spørsmålet om tilknytning til EØS må vurderes konkret.⁵ I vurderingen skal det sees hen til hvilken tilknytning oppdragsgiver, varen eller tjenesten og relevante potensielle tilbydere har til EØS. Det er først dersom verken oppdragsgiver eller potensielle tilbydere befinner seg i EØS, og varen/tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet verken skal leveres, utføres eller utnyttes i EØS, at departementet anser det klart at anskaffelsen ikke omfattes av EØS-regelverket.

7.3 Anskaffelsesdirektivenes geografiske virkeområde

Anskaffelsesdirektivet har ingen bestemmelser om betydningen av den offentlige oppdragsgivers geografiske tilhørighet eller faktiske plassering, eller hvor kontraktens oppfylleelsessted er.⁶ Direk-

¹ E-8/19 *Scanteam*

² Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) kapittel 13 merknader til § 2

³ Fornyings- og administrasjonsdepartementet – tolkningsuttalelse vedrørende det geografiske virkeområdet for offentlige anskaffelser 2006 kapittel 2.1.

⁴ Ibid. kapittel 2.2

⁵ Ibid. kapittel 3

⁶ Anskaffelsesdirektivet 2014

tivet regulerer kun hvilke kontrakter som er omfattet, samt hvilke pliktsubjekter som er pålagt å følge regelverket.

Heller ikke konsesjonskontraktdirektivet inneholder noen eksplisitt regulering av det geografiske virkeområdet. Forsyningsdirektivet artikkel 19 nr. 1 angir imidlertid at direktivet ikke får anvendelse på virksomhet i et tredjeland som ikke medfører fysisk bruk av et nettverk eller geografisk område i EØS. Også direktivet om forsvarsanskaffelser har en særregel om geografisk anvendelsesområde. Artikkel 13 bokstav d fastsetter at direktivet ikke får anvendelse på kontrakter tildelt i et tredjeland som gjennomføres når tropper er utstasjonert utenfor EØS-territoriet, og hvor operasjonelle behov krever at kontraktene inngås med markedsdeltakere i området der operasjonen gjennomføres.

I KOFA-2018-157 *Scanteam* kom spørsmålet om anskaffelsesdirektivets geografiske virkeområde på spissen. Saken gjaldt en anskaffelse av konsulenttjenester i forbindelse med planlegging, administrering og gjennomføring av et menneskerettighetsprosjekt i Angola, gjennomført av den norske ambassaden i Luanda, til en verdi av 20 millioner kroner. Til tross for at anskaffelsens verdi oversteg EØS-terskel, ble konkurransen bare lyst ut i den nasjonale kunngjøringsdatabasen, Doffin. Utenriksdepartementet var av den oppfatning at anskaffelsen ikke var regulert av de EØS-rettslige anskaffelsesreglene ettersom den ble gjennomført utenfor EØS. Klager brakte saken inn til KOFA og anførte at det forelå en ulovlig direkteanskaffelse, fordi konkurransen ikke også var kunngjort i TED-databasen.

KOFA besluttet å innhente EFTA-domstolens syn på om anskaffelsesdirektivet (2014) kom til anvendelse på en anskaffelse foretatt utenfor EØS. Etter EFTA-domstolens syn kommer anskaffelsesdirektivet til anvendelse utenfor EØS dersom den aktuelle anskaffelsen har «tilstrekkelig nær tilknytning» til EØS («sufficiently closely linked to the EEA»).⁷ EFTA-domstolen slo fast at EØS-avtalens geografiske virkeområde ikke er til hinder for at EØS-retten kan få virkninger utenfor EØS-territoriet, og viste i denne sammenheng til EU-domstolens praksis knyttet til EU-rettsens anvendelse på ulike aktiviteter som utøves utenfor EU-territoriet.⁸ EU-domstolen har blant annet slått fast at EU-retten kan få anvendelse på yrkesaktiviteter som utøves utenfor EUs

territorium, så lenge arbeidsforholdet har en tilstrekkelig nær tilknytning til EU.⁹

EFTA-domstolen fremholdt videre at vilkåret «tilstrekkelig nær tilknytning» er oppfylt dersom en anskaffelse «kan ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer».¹⁰ Momenter av betydning for vurderingen er for eksempel språket i anbudsinnbydelsen, språkkrav, den lovgivning som får anvendelse på tildelingsprosessen eller den lovgivning som får anvendelse på den tildelte kontrakt, beliggenheten til den kompetente klageinstans eller til domstoler med eksklusiv jurisdiksjon, nasjonale registreringskrav, publiseringen av konkurransekunngjøringen i EØS, eller om det er utarbeidet en konkurranse for å engasjere markedsdeltakere etablert i EØS.¹¹

Samtidig ble det fremholdt at anskaffelser foretatt utenfor EØS som ikke har «noen som helst tilknytning til EØS», ikke omfattes av EØS-retten.¹² Det er altså ikke slik at den omstendighet at oppdragsgiver er underlagt EØS-anskaffelsesregelverket, gir direktivet anvendelse på alle anskaffelser som oppdragsgiver foretar. Departementets oppfatning i den nevnte tolkningsuttalelsen fra 2009 om at anskaffelsesloven gjelder uavhengig av hvor i verden anskaffelsen fant sted, forutsatt at den gjennomføres av en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven, går dermed lenger enn det som er påkrevet av EØS-retten.

Klagenemnda la EFTA-domstolens tolkningsuttalelse til grunn og fant at den aktuelle anskaffelsen samlet sett hadde nær tilknytning til EØS, og at departementet derfor hadde foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.¹³ Staten brakte gebyrvedtaket inn for tingretten med anførsel om at det var tale om unnskyldelig rettsvillfarelse. EFTA-domstolens forståelse av anskaffelsesdirektivets geografiske virkeområde ble imidlertid ikke bestridt. Også tingretten la EFTA-domstolens uttalelse til grunn, og frifant klagenemnda. Staten valgte ikke å påanke dommen.¹⁴

Forsyningsforskriften § 2-6 regulerer forskriftens geografiske virkeområde tilsvarende forsyningsdirektivet artikkel 19 nr. 1. Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-3 andre ledd bokstav i regulerer det geografiske virkeområdet

⁷ E-8/19 *Scanteam* avsnitt 68 med videre henvisninger.

⁸ Ibid. avsnitt 66 og 67

⁹ Ibid. se henvisningene i avsnitt 67

¹⁰ Ibid. avsnitt 72

¹¹ Ibid. avsnitt 69

¹² Ibid. avsnitt 70

¹³ KOFA-2018-157 Utenriksdepartementet avsnitt 36 og 37

¹⁴ TOSL-2020-185751

til forskriften for enkelte kontraktstyper, tilsvarende forsvarsanskaffelsesdirektivet artikkel 13 bokstav d.

7.4 Nærmere om Svalbard

EØS-avtalen gjelder ikke for Svalbard, jf. EØS-avtalen protokoll 40 og EØS-loven § 6.

Det følger av Svalbardloven § 2 første ledd at privatrettslig lovgivning, samt strafferettslige regler og regler om rettspleien gjelder på Svalbard. Av bestemmelsens andre ledd følger det at øvrige bestemmelser ikke gjelder for Svalbard, men mindre det er særskilt fastsatt. Bestemmelsen innebærer følgelig at offentligrettslig lovgivning, bortsett fra strafferett eller prosessrett, kun gjelder når det er særskilt fastsatt.¹⁵

I stortingsmelding (2008–2009) om Svalbard ble det vurdert om prinsippet i svalbardloven § 2 burde snus slik at utgangspunktet er at norske lovbestemmelser gjelder for Svalbard, med mindre annet fremgår.¹⁶ Det ble imidlertid konkludert med at om en enkelt lov skal få anvendelse på Svalbard bør vurderes i egne prosesser, slik at utgangspunktet i svalbardloven § 2 skal videreføres. Bakgrunnen for dette var særlig at rammene for lokalsamfunnet på Svalbard er annerledes enn for fastlandet.¹⁷ Samtidig ble det fremholdt at det var grunn til å forvente en fortsatt økende innføring av lover og forskrifter på Svalbard.

I stortingsmelding (2015–2016) om Svalbard ble det foretatt en ny vurdering av spørsmålet.¹⁸ Meldingen konkluderte med at spørsmålet om lov skal gis anvendelse på Svalbard må vurderes konkret ut fra behovet for stedlige tilpasninger.¹⁹ Relevante behov for stedlige tilpasninger kan være knyttet til for eksempel klima, geografi, administrative eller andre lokale forhold. I tillegg ble det vist til at det i de senere årene var en rekke lover som hadde utvidet virkeområdet til også å gjelde på Svalbard, eksempelvis konkurranse-loven.²⁰

7.5 Utvalgets vurdering

I lys av EFTA-domstolens tilnærming i Scanteam-saken mener utvalget at det er hensiktsmessig at ny lov om offentlige anskaffelser uttrykkelig angir at loven kommer til anvendelse på alle anskaffelser som har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, uavhengig av hvor kontrakten skal oppfylles. EFTA-domstolens uttalelse må anses som uttrykk for gjeldende EØS-rett, og det er ønskelig at denne rettsstilstanden også kommer til uttrykk i lovteksten. Utvalget foreslår derfor å kodifisere rettsstilstanden i ny lov.

En tilsvarende bestemmelse bør også tas inn i lov om forsyningsanskaffelser og lov om konsesjonskontrakter. I lov om forsyningsanskaffelser og en fremtidig lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør det også tas inn særregler som gjennomfører unntakene i geografisk virkeområde som fremgår av forsyningsdirektivet artikkel 19 nr. 1 og direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser artikkel 13 bokstav d.

En bestemmelse som slår fast at anskaffelsesloven kommer til anvendelse på alle anskaffelser med tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, vil samtidig klargjøre at det ikke er slik at loven kommer til anvendelse på enhver anskaffelse foretatt av en offentlig oppdragsgiver, uansett hvor i verden anskaffelsen finner sted. Forutsatt at oppdragsgivere har forholdt seg til tolkningen av det geografiske virkeområdet, slik det fremgikk av departementets tolkningsuttalelse knyttet til 2006-loven, vil utvalgets forslag på dette punktet innebære en endring av gjeldende rett.

Når det gjelder det nærmere innholdet i vilkåret «tilstrekkelig nær tilknytning» («sufficiently closely linked to the EEA»), viser utvalget til EFTA-domstolens klargjøring av dette. Utvalget forstår EFTA-domstolen slik at det er avgjørende om det er leverandører etablert i EØS som har interesse av den aktuelle kontrakten. Vilket har slik sett likhetstrekk ved vurderingen av når en anskaffelse under EØS-terskelverdi må antas å ha klar grensekryssende interesse,²¹ men med den viktige forskjellen at det er tilstrekkelig at kontrakten er av interesse for leverandører i én EØS-stat, så lenge verdien er over EØS-terskelverdi.²² Selv om «tilstrekkelig nær tilknytning»-kriteriet stammer fra EU-domstolens generelle retts-

¹⁵ Meld. St. 22 (2008–2009) kapittel 5.2.3

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid. kapittel 5.2.3

¹⁸ Meld. St. 32 (2015–2016) *Svalbard* kapittel 5.1. Vurderingen fra stortingsmeldingen fra 2009, og føringene som fremgikk her om lovers anvendelse på Svalbard ble lagt til grunn for den nye stortingsmeldingen.

¹⁹ Ibid. kapittel 5.1

²⁰ Ibid. kapittel 5.2

²¹ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 23

²² KOFA-2018-157 Utenriksdepartementet avsnitt 37: Klagenemnda la til grunn at «nær sagt alle potensielle leverandører var etablert i EØS», uten at det ble problematisert om noen av disse potensielle leverandørene var fra noen andre EØS-stater enn Norge

praksis knyttet til EU-rettens «ekstraterritoriale» virkning, særpreges anskaffelsesretten av at vurderingen av om en kontrakt er av interesse for EØS-leverandører må skje i forkant. Dette er samme utfordring som oppdragsgiver står overfor i vurderingen av om en kontrakt under EØS-terskelverdi er av interesse for leverandører fra andre EØS-stater, og hvor EU-domstolen har angitt vurderingstemaet «klar grensekryssende interesse». Utvalget er derfor av den oppfatning at dette vurderingstemaet vil være retningsgivende også for vurderingen av når oppdragsgiver skal måtte legge til grunn at leverandører etablert i EØS vil ha interesse av en kontrakt som skal oppfylles utenfor EØS. Utvalget viser til at EFTA-domstolen presiserte at vilkåret «tilstrekkelig nær tilknytning» er oppfylt dersom anskaffelsen «kan ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer» («liable to have a direct impact on the functioning of the internal market within the EEA»).23 Utvalget mener på denne bakgrunn at vurderingskriteriet i loven kan og bør presiseres dithen at den aktuelle kontrakten har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS dersom den *klart kan ha interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS*.

Når det gjelder anskaffelsesregelverkets anvendelse på Svalbard, mener utvalget at rettstilstanden er noe uklar. På den ene side tilsier EFTA-domstolens tilnærming i Scanteam-saken at også kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles på Svalbard vil kunne omfattes av EØS-anskaffelsesregelverket dersom oppdragsgiver er underlagt anskaffelsesloven, og kontrakten klart kan ha interesse for leverandører etablert i fastlands-Norge eller andre deler av EØS. På den annen side kan det hevdes at EØS-unntaket for Svalbard er en spesialregulering, som helt unntar kontrakter som skal oppfylles på Svalbard fra EØS-retten og således også anskaffelsesdirektivenes virkeområde. Utvalget heller mot førstnevnte standpunkt, og mener også at det vil være en hensiktsmessig regulering av hvilke offentlige kontrakter som skal oppfylles på Svalbard som bør reguleres av anskaffelseslovene. Samtidig erkjenner utvalget at det kan være særlige forhold knyttet til Svalbard som utvalget ikke overskuer. Utvalget er derfor blitt stående ved at det fremdeles bør være opp til departementet å vurdere om loven skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene. I lys av

EFTA-domstolens tilnærming i Scanteam-saken mener samtidig utvalget at departementet bør ta i bruk denne forskriftshjemmelen og klargjøre hvilke kontrakter knyttet til Svalbard som omfattes av anskaffelsesregelverket.

Når det gjelder lovenes anvendelse på kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, vil utvalget peke på at de fleste kontraktene som skal oppfylles i utlandet, men som likevel oppfyller vilkåret om klart å kunne ha interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS, trolig vil være over EØS-terskelverdi. Dette medfører at leverandører i hele EØS-området kan konkurrere om disse kontraktene. Dersom det skulle være kontrakter under EØS-terskelverdi som er av interesse for norske leverandører, er utvalgets vurdering at det er rimelig at oppdragsgiver, som jo forutsetningsvis er underlagt anskaffelseslovene, følger de forenklede reglene i lovens del II også i disse tilfellene. Utvalget tilføyer for ordens skyld at spørsmålet om også leverandører etablert i andre EØS-stater kan melde seg på i konkurransen om slike kontrakter, avhenger av om kontrakten omfattes av EØS-avtalens hovedregler om fri bevegelighet, jf. utkastet til § 1-5 første ledd bokstav b.

Utvalget tilføyer avslutningsvis at EFTA-domstolens klargjøring av EØS-anskaffelsesregelverkets anvendelse på kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, kan by på utfordringer i tilfeller hvor kontrakten er underlagt fremmed rett og eventuelt også fremmede domstoler. Spørsmålet var fremme for EFTA-domstolen i Scanteam-saken, men EFTA-domstolen nøyde seg med å påpeke at det må skilles mellom lovgivning som får anvendelse på tildelingsprosessen, som vil være underlagt EØS-retten, og den som får anvendelse på kontrakten som inngås i ettertid.²⁴ Utvalget er enig i dette, men vil samtidig påpeke at dette ikke løser komplikasjoner som kan oppstå dersom det skulle være foretatt en ulovlig direkteanskaffelse og håndhevingsdirektivenes vilkår for å kjenne kontrakten uten virkning er oppfylt. Utvalget antar imidlertid at oppdragsgiver et stykke på vei kan gardere seg ved å ta inn en klausul i kontrakten som åpner for å si opp kontrakten dersom KOFA eller en norsk domstol konstaterer at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse. Det vil likevel bero på oppfyllelseslandets nasjonale rett om en slik klausul kan håndheves.

²³ E-8/19 Scanteam avsnitt 69

²⁴ Ibid. avsnitt 71

Boks 7.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å regulere det geografiske virkeområdet til nytt anskaffelsesregelverk gjennom å kodifisere EFTA-domstolens tilnærming i Scan-team-saken i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 1-4 første ledd
- å videreføre særreguleringen om at regelverket i utgangspunktet ikke får anvendelse for Svalbard, med mindre dette forskriftsreguleres
- å videreføre særregler om geografisk virkeområde fra forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet i nye respektive lover om slike kontrakter.

Del VI
Avvisning

Kapittel 8

Innledning

8.1 Generell innledning

Anskaffelsesforskriften har en rekke avvisningsbestemmelser. I anskaffelsesforskriften kapittel 24 er avvisningsbestemmelsene inndelt i tre kategorier. Dette er avvisning som følge av formalfeil (§ 24-1), avvisning som følge av forhold ved leverandøren (§ 24-2 flg.), og avvisning som følge av forhold ved tilbudet (§ 24-8 flg.).¹

§ 24-1 gir regler for avvisningsplikt og rett knyttet til formalfeil.

§ 24-2 inneholder bestemmelser om rett og plikt til avvisning som følge av forhold ved leverandøren. I tillegg til å gjennomføre deler av anskaffelsesdirektivet artikkel 57, inneholder § 24-2 regler om avvisningsplikt som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav (første ledd bokstav a) og avvisningsrett som følge av interessekonflikt som (tredje ledd bokstav d).

§ 24-8 gir regler for avvisningsplikt og rett knyttet til forhold ved tilbudet.

Enkelte avvisningsbestemmelser gjennomfører direktivbestemmelser, mens øvrige avvisningsbestemmelser har vært omtalt som særnorske bestemmelser. Utvalget vil i det følgende ta for seg samtlige avvisningsgrunner som følger av anskaffelsesforskriften. Utvalget vil redegjøre for bakgrunnen for bestemmelsen, dens innhold, og en vurdering av om den skal videreføres.

Reglene som angir en *plikt* til å avvise leverandører ivaretar hensynet til lik behandling av leverandørene eller øvrige hensyn av samfunnsmessig betydning. Reglene om *rett* til avvisning er derimot begrunnet i hensynet til oppdragsgiver.²

Reglene om avvisning er viktig og danner grunnlaget for en stor del av klagen i anskaffelsesprosessene. I perioden 2017 til 2023 utgjorde 42 prosent av klagen KOFA behandlet avvisninger.³

8.2 Innledning om utvalgets vurderinger og forslag

I henhold til mandatet er utvalget bedt om å vurdere endringer i avvisningsreglene, men uten at mandatet gir noen ytterligere forklaring på hva som er ønsket endret.

Utvalget har mottatt innspill om at det er behov for å tydeliggjøre og forenkle avvisningsreglene. Mandatet til utvalget inneholder også generelle føringer om at regelverket skal tydeliggjøres og forenkles, samt at forholdet til EØS-retten skal synliggjøres. Utvalget legger til grunn at disse målsetningene er relevante også når det gjelder avvisningsreglene i anskaffelsesregelverket.

Utvalget har gjennomgått anskaffelsesdirektivet og det norske anskaffelsesregelverket. Etter utvalgets syn er det ikke behov for store endringer i dagens bestemmelser om avvisninger. Utvalget foreslår derfor i utgangspunktet å videreføre dagens avvisningsbestemmelser.

Utvalget har imidlertid tydeliggjort hvilket handlingsrom direktivet gir og foreslått enkelte endringer i ordlyd og struktur for bedre å samsvare med direktivets ordlyd. Der utvalget har foreslått endring i struktur er det gjort for å gjøre sammenhengen mellom ulike bestemmelser mer tilgjengelige, samt å synliggjøre hvilke bestemmelser som er utslag av direktivbestemmelser.

I tillegg har utvalget gjennomgått de såkalte særnorske bestemmelsene. Etter utvalgets syn er disse bestemmelsene utslag av enten direktivbestemmelser, anskaffelsesrettslige prinsipper eller kodifisering av EØS-rettens hovedregler om fri bevegelighet. Dette har betydning for tolkning av bestemmelsene, og dette har utvalget redegjort for i relasjon til de enkelte bestemmelsene. Etter utvalgets syn blir det derfor ikke helt treffende å omtale disse som særnorske bestemmelser. Bestemmelsene er snarere et utslag av EØS-retten. Dette er relevant ved tolkningen av bestemmelsene.

Avvisningsreglene følger av direktivet, og det er etter utvalgets syn naturlig at disse reglene gjel-

¹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.1

² Ibid. kapittel 25.1

³ Basert på tall hentet fra KOFA's hjemmeside

der ved anskaffelser som følger reglene i del III i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalgets mindretall, *Gjønnes* og *Dankertsen Hennyng*, mener at avvisningsbestemmelsen også skal

gjelde for bygg- og anleggsanskaffelser ned til tre millioner kroner. Mindretallets forslag er inntatt i kapittel 1.6.

Kapittel 9

Avvisningsgrunner [artikkel 57]

9.1 Innledning

I anskaffelsesdirektivet artikkel 57 er det gitt regler om avvisning av leverandører grunnet forhold ved leverandøren. Bestemmelsen regulerer blant annet avvisning av leverandører som er straffedømt for alvorlige lovbrudd, samt manglende betaling av skatter og avgifter. Bestemmelsen gir også avvisningsrett for en rekke forhold som på overordnet nivå knytter seg til leverandørens integritet.

Avvisningsbestemmelsene i artikkel 57 skal sikre at offentlige oppdragivere ikke inngår kontrakter med leverandører som har begått alvorlige lovbrudd, eller av andre grunner ikke har den nødvendige integriteten som kontraktsmotpart.¹

Direktivbestemmelsen skiller mellom grunner som gir oppdragsgiver en rett til å avvise en leverandør (frivillige avvisningsgrunner) og forhold ved leverandøren som gir oppdragsgiver en plikt til avvisning (obligatoriske avvisningsgrunner). Dersom det foreligger avvisningsplikt, må oppdragsgiver avvise leverandøren. Når det gjelder spørsmålet om avvisningsrett, så er det opp til oppdragsgiver å vurdere om avvisningsretten skal benyttes. Denne vurderingen er begrenset av prinsippene i anskaffelsesdirektivet artikkel 18, slik som også er beskrevet i fortalen.²

Artikkel 57 inneholder også regler om unntak fra avvisningsplikten, tidspunkt for avvisning, identifikasjon, self cleaning og avvisningsperiode.

9.2 Avvisningsplikt som følge av straffbare forhold [artikkel 57 nr. 1 første avsnitt]

9.2.1 Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1 at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør dersom oppdragsgiver ved kontroll i samsvar

med artikkel 59, 60 og 61 har fastslått eller fått kjennskap til at leverandøren er dømt ved rettskraftig dom for opplistede straffbare forhold.

De straffbare forholdene er deltakelse i en kriminell organisasjon,³ korrupsjon,⁴ ⁵ ⁶ bedrageri,⁷ terrorhandlinger eller handlinger knyttet til terrorisme,⁸ hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme,⁹ og barnarbeid og andre former for menneskehandel,¹⁰ slik nærmere definert i bestemmelsen. Rettsaktene direktivet viser til for definisjon av begrepene er rettsakter som ikke er inntatt i EØS-avtalen, med unntak av direktiv 2005/60/EF og norsk rett.¹¹

Artikkel 57 nr. 1 pålegger oppdragsgivere en avvisningsplikt dersom en leverandør er rettskraftig dømt for en av de opplistede forholdene. Opp-

³ Som definert i Rådets rammebeslutning 2008/841/JIS av 24. oktober 2008 om bekjempelse av organisert kriminalitet artikkel 2

⁴ Som definert i Rådets rammebeslutning 2003/568/JIS av 22. juli 2003 om bekjempelse av korrupsjon i privat sektor artikkel 2 nr. 1

⁵ Konvensjonen om bekjempelse av korrupsjon som tjenestemenn i De europeiske felleskap eller tjenestemenn i Den Europeiske unions medlemsstater er delaktige i artikkel 3

⁶ Bestemmelsen omfatter også korrupsjon som definert i nasjonal rett som gjelder for oppdragsgiver eller leverandøren

⁷ Bedrageri som definert i konvensjonen om vern av De europeiske felleskaps finansielle interesser artikkel 1

⁸ Terrorhandlinger eller handlinger knyttet til terrorisme-Rådets rammebeslutning 2002/475/JIS av 13. juni 2002 om bekjempelse av terrorisme i artikkel 1 og 3. Bestemmelsen omfatter også medvirkning og tilskyndelse eller forsøk på å begå slike handlinger, jf. artikkel 4 i nevnte rammebeslutning

⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, om endring av europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 648/2012 og om oppheving av europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EF og kommisjonsdirektiv 2006/70/EF artikkel 1

¹⁰ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/36/EU av 5. april om forebygging og bekjempelse av menneskehandel og vern av ofrene for menneskehandel artikkel 2

¹¹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.1

¹ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 100 og 101

² Ibid. fortalen premiss 1

listingen er uttømmende, og andre straffbare forhold gir ikke avvisningsplikt.^{12 13}

Avvisningsplikten er ikke absolutt. Oppdragsgiver kan blant annet unnlate å avise dersom allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren, jf. artikkel 57 nr. 3. Avvisningsplikten begrenses også av retten leverandøren har til å føre bevis for at det er gjennomført tiltak for å unngå nye straffbare forhold, såkalt «self cleaning-tiltak». En leverandør som kan vise til at det har blitt gjennomført tilstrekkelig korrigerende tiltak i egen virksomhet, kan ikke avvises, jf. artikkel 57 nr. 6.

Avvisningsplikten etter artikkel 57 nr. 1 inntreder først når leverandøren er «dømt ved endelig dom». Hvorvidt det foreligger en endelig dom avhenger av strafferettslige regler i den enkelte medlemsstat.¹⁴ I en norsk kontekst anses normalt en dom som endelig når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler.¹⁵

Bestemmelsen fastsetter videre at avvisningsplikten oppstår dersom oppdragsgiver «ved kontroll i samsvar med artikkel 59, 60 og 61 har fastslått eller på annen måte får kjennskap til» at leverandøren er dømt. Artikkel 59, 60 og 61 gjelder ESPD-skjemaet, dokumentasjon og nettbasert lager for sertifikater (e-Certis). Det er følgelig opplysninger og dokumentasjon inngitt i medhold av disse bestemmelsene som danner utgangspunktet for oppdragsgivers informasjonsgrunnlag for å fastslå eller få kjennskap til om det foreligger avvisningsplikt.¹⁶

Bestemmelsen er forstått som at oppdragsgiver ikke er pålagt en plikt til å undersøke om en leverandør er endelig dømt for de straffbare forholdene.¹⁷ Det gjelder følgelig et krav om faktisk kunnskap før avvisningsplikten etter artikkel 57 nr. 1 inntreder. Der oppdragsgiver har grunn til å tro at det foreligger straffbare forhold, er det i praksis og i juridisk teori lagt til grunn at det foreligger en plikt til å etterspørre dokumentasjon.^{18 19}

Artikkel 57 nr. 1 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 andre ledd. § 24-2 andre ledd avviker noe fra direktivbestemmelsen. Hovedforskjellene mellom direktivbestemmelsen og forskriftsbestemmelsen er at sistnevnte også oppstiller en avvisningsplikt for vedtatte forelegg. Direktivets definisjoner av de straffbare forholdene er også utelatt i den norske bestemmelsen.

9.2.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1 første avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser, men med enkelte språklige justeringer for bedre å samsvare med norsk lovtradisjon. I tillegg foreslår utvalget å dele opp artikkelen i flere bestemmelser for å gjøre bestemmelsene mer tilgjengelig.

Direktivbestemmelsen er gjennomført i norsk rett i dag med en noe annen ordlyd enn det som følger av direktivet. Det gjelder angivelsen av de straffbare forholdene og det at vedtatt forelegg er likestilt med rettskraftig dom. Disse to forholdene drøftes nedenfor.

Etter § 24-2 andre ledd vil vedtatt forelegg ha de samme virkningene som rettskraftig dom. Et forelegg er vedtatt når siktede har påtegnet forelegget, jf. straffeprosessloven § 257. Forskriftsbestemmelsen favner dermed videre enn direktivbestemmelsen, ettersom direktivbestemmelsen etter sin ordlyd kun omfatter situasjoner der leverandøren er rettskraftig dømt.

I forkant av vedtakelsen av gjeldende forskriftsbestemmelse, ble det drøftet om vedtatt forelegg burde sidestilles med rettskraftig dom.²⁰

Forenklingsutvalget mente det ville gi størst fleksibilitet om vedtatt forelegg ikke ble sidestilt med rettskraftig dom. Oppdragsgiver vil da kunne se hen til hvor grov overtredelsen faktisk er, og eventuelt avise leverandøren etter den generelle bestemmelsen i § 24-2 tredje ledd bokstav i, som gir avvisningsrett for alvorlige feil som medfører tvil om leverandørens yrkesmessige integritet. I tillegg fremholdt Forenklingsutvalget at forelegg kan vedtas selv om leverandøren ikke har erkjent skyld. Forenklingsutvalget pekte også på at en sidestilling kan gi uheldige konsekvenser til ikke å vedta forlik. Forslaget ble ikke fulgt opp av departementet.²¹ Departementet viste på sin side i høringsnotatet til ny forskrift til at en sidestilling

¹² Ibid. kapittel 25.3.2.1

¹³ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.2

¹⁴ Prinsippet om nasjonal prosessuell autonomi

¹⁵ Straffeprosessloven 1986 § 50: en dom er rettskraftig når den er vedtatt av partene, fristen for anke er utløpt eller er avgjort i høyere instans

¹⁶ Bestemmelsene er beskrevet i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.35. Se også kapittel 10 om hvilken dokumentasjon oppdragsgiver må godta for at det ikke foreligger avvisningsgrunner etter artikkel 57 (artikkel 60 nr. 2)

¹⁷ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.1

¹⁸ T-457/10 Evropaiki Dynamiki avsnitt 49

¹⁹ Arrowsmith 2014 kapittel 12-130

²⁰ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.10

²¹ Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften

er et viktig redskap for å motvirke kriminalitet, bidra til allmennhetens tillit og skape like konkurransevilkår.

Utvalget har vurdert om avvisningsbestemmelsen i ny lov skal omfatte vedtatt forelegg, slik det følger av anskaffelsesforskriften.

Et første spørsmål for utvalget er om det er adgang til å utvide bestemmelsens virkeområde til å omfatte vedtatte forelegg. I teorien er det tatt til orde for at direktivet kun åpner for at det kan være en rettskraftig dom, slik at det ikke er adgang til å likestille, gitt konsekvensene for konkurransen avvisningsplikt har.²² Forenklingsutvalget mente at det klart var lovlig å utvide bestemmelsen til å omfatte vedtatte forelegg.²³ Utvalget kan ikke se at direktivet stenger for å sidestille rettskraftig dom med vedtatt forelegg, selv om ordlyden kun viser til rettskraftig dom. Etter utvalgets syn er hensynet bak bestemmelsen å motvirke kriminalitet og å skape like konkurransevilkår. Etter utvalgets syn vil det å likestille rettskraftig dom med vedtatt forelegg være i samsvar med disse hensynene. Utvalget viser også til at rettskraftig dom er likestilt med vedtatt «bødeforlæg» i udbudsloven § 135.

Utvalget anbefaler å sidestille vedtatt forelegg med en rettskraftig dom. Utvalget ser at en sidestilling kan gi insentiv til ikke å vedta et forelegg, samtidig som at et vedtatt forelegg ikke nødvendigvis innebærer en erkjennelse av skyld, slik Forenklingsutvalget fremholdt. Likevel mener utvalget at hensynet til bekjempelse av kriminalitet er viktig. I tillegg vil en likestilling etter utvalgets syn skape like konkurransevilkår. Utvalget ser det derfor som hensiktsmessig også i forslag til ny lov å sidestille vedtatt forelegg med rettskraftig dom.

§ 24-2 andre ledd som gjennomfører direktivbestemmelsen inneholder en uttømmende opplysning over hvilke straffbare forhold som medfører avvisningsplikt som artikkel 57 nr. 1. I den norske oppramsingen er imidlertid ingen av begrepene nærmere definert, slik de til dels er i direktivbestemmelsen. Det følger derfor ikke direkte av bestemmelsen hvordan begrepene skal forstås.²⁴ I Nærings- og fiskeridepartementets veileder fremgår det at de straffbare forholdene sammenfaller med straffbare handlinger som omfattes av den norske straffeloven.²⁵ Utvalget har vurdert

om det i forslag til ny bestemmelse skal vises til definisjonene i anskaffelsesdirektivet, eller om definisjonene skal knyttes opp mot definisjonene i norsk straffeprosess, slik det er i dag.

Utvalget foreslår at de straffbare forholdene som omfattes av bestemmelsen samsvarer med de straffbare forholdene i straffeloven. Dette innebærer at flere forhold vil omfattes av avvisningsplikten enn det som følger av direktivet. Forenklingsutvalget tok til orde for at kun straffbare handlinger slik de er definert i direktivet skal gi grunnlag for avvisningsplikt, under henvisning til at definisjonene angir uttømmende hvilke straffbare forhold som er omfattet.²⁶ I tillegg er det i juridisk teori vist til at avvisningsgrunner har en negativ effekt på konkurransen og det er derfor ikke rom til å utvide virkeområdet.²⁷

Likevel mener utvalget at dette ikke er avgjørende. Etter utvalgets vurdering gir det lite mening å kun oppstille avvisningsplikt for direktivets straffbare forhold etter norsk rett, når disse rettsaktene i hovedsak ikke er gjennomført i norsk rett. Utvalget viser også til at flere EU-land har vist til nasjonale definisjoner.²⁸ I tillegg er dette innarbeidede begreper i norsk rett og hensynet til bekjempelse av kriminalitet er viktig.

I teorien er det stilt spørsmål ved betydningen av at en dom er avsagt i et annet land enn der anskaffelsen gjennomføres. Det fremgår ikke uttrykkelig av bestemmelsen, men ut fra sammenhengen i regelverket og formålet bak bestemmelsen, gjelder avvisningsplikten også overfor leverandører som er endelig dømt i en annen medlemsstat enn landet der anskaffelsen gjennomføres.^{29 30 31} Det samme må etter utvalgets syn gjelde for vedtatte forelegg.

Et særlig spørsmål er om avvisningsplikten også gjelder for leverandører dømt i land utenfor EU. Spørsmålet er i liten grad behandlet i praksis og teori. Fabricius skriver om problemstillingen, i relasjon til udbudsloven, at de straffbare forhold-

²² Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.15

²³ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.10

²⁴ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

²⁵ Nærings- og fiskeridepartementet – veileder til reglene om offentlige anskaffelser – 2017 kapittel 36.3.6

²⁶ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.1

²⁷ Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.10

²⁸ Ibid. kapittel 57.10. Kapittel 57.11: viser samtidig til at det i praksis ofte vises til bestemmelsene i nasjonal strafferett

²⁹ Arrowsmith 2014 kapittel 12-117

³⁰ Nærings- og fiskeridepartementet 2017 kapittel 36.3.6.2

³¹ Dette kan også sies å følge av at artikkel 57 nr. 1 ikke er ment å ivareta konkrete anskaffelsesrettslige hensyn, men EUs målsetting om å bekjempe alvorlig kriminalitet i Europa. De obligatoriske avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 1 er et instrument for å nå denne målsettingen, jf. også henvisningen til EUs rådsakter i artikkel 57 nr. 1 som bl.a. pålegger medlemsstatene å kriminalisere de samme forholdene i sin lovgivning.

ene som leder til avvisning må tolkes i en internasjonal kontekst.³² Videre fremholdes at avvisningsbestemmelsene kommer til anvendelse også der leverandøren har overtrådt tilsvarende bestemmelser i andre land.³³ Dette kan forstås slik at avvisningsplikten også gjelder overfor leverandører som er dømt etter tilsvarende forhold i tredjeland. Standpunktet er ikke nærmere begrunnet, og rekkevidden av uttalelsen er uklar.

Utvalget mener at en gjennomføring av direktivet bør begrense seg til EU/EØS-land, slik at det ikke er en avvisningsplikt på grunnlag av endelig dom eller vedtatt forelegg utenfor EU. Her vil ulike hensyn kunne gjøre seg gjeldende, og det er store variasjoner i hvordan straffebudene er utformet, og hvilken straffeprosessordning det enkelte land har. Oppdragsgiver vil etter omstendighetene ha en avvisningsrett etter bestemmelsen om avvisning av en leverandør som er skyldig i alvorlig yrkesmessig forsømmelse som medfører tvil om leverandørens evne til å levere ytelsen.

Boks 9.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1 første avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-3.

9.3 Identifikasjon [artikkel 57 nr. 1 andre avsnitt]

9.3.1 Gjeldende rett

Avvisningsplikten etter artikkel 57 nr. 1 første ledd knytter seg til *leverandøren*, jf. også definisjonen i anskaffelsesdirektivet artikkel 2 nr. 10. Artikkel 57 nr. 1 andre avsnitt utvider avvisningsplikten til også å gjelde personer som er nært tilknyttet leverandøren når disse er straffedømt for forholdene opplistet i artikkel 57 nr. 1.

Identifikasjon innebærer at oppdragsgiver sidestiller overtredelser og forsømmelser begått av personer med nær tilknytning til leverandøren, med leverandøren. Begrunnelsen for reglene om identifikasjon er dels at de skal motvirke omgåelse av avvisningsbestemmelsene.³⁴ De skal videre operasjonalisere avvisningsreglene i juris-

diksjoner i EU som ikke opererer med foretaksstraff.³⁵

Det stilles krav om at personen som har begått overtredelsen, må være en person «i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer». Dette gjelder personer som har et visst ansvar i leverandørens virksomhet, eksempelvis eiere, daglig leder, styremedlemmer osv.³⁶ Underordnet personell uten kontroll- eller beslutningskompetanse faller derfor i utgangspunktet utenfor kretsen av personer som omfattes.

I KOFA-2009-28 kom klagenemnda til at det var riktig å identifisere en straffedømt person i et selskap som hadde myndighet til å representere leverandøren utad, og som fremstod som daglig leder eller nøkkelperson, med leverandøren.³⁷ Personer som er sentrale for driften av selskapet kan derfor etter omstendighetene omfattes av personkretsen selv om vedkommende ikke har en formell lederrolle.

Det er ikke av betydning om personen som har begått de straffbare handlingene, handlet på vegne av leverandøren, jf. Borgarting lagmannsretts dom LB-2016-1675.³⁸ I dommen fant lagmannsretten vilkårene for identifikasjon oppfylt, selv om det straffbare forholdet var begått under frivillig arbeid.

I KOFA-2013-111 fant klagenemnda at det ikke lenger var grunnlag for identifikasjon mellom en fysisk person og tilbyderselskapet når ansettelsesforholdet formelt var avsluttet, selv om det forelå en forpliktelse om å betale lønn i et halvt år.³⁹ Det forelå ingen rett eller plikt til arbeid knyttet til utbetalingen, og eierposisjonen til personen var alene ikke tilstrekkelig for å foreta identifikasjon.

Artikkel 57 nr. 1 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-3 første ledd. Anskaffelsesforskriften regulerer ytterligere to tilfeller av identifikasjon i § 24-3 andre og tredje ledd.

9.3.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1 andre avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår imidlertid enkelte språklige justeringer for bedre å samsvare med norsk lovtradisjon.

³² Fabricius 2017 side 488

³³ Ibid. side 488

³⁴ T-457/10 Evropaiki Dynamiki avsnitt 56

³⁵ Arrowsmith 2014 kapittel 12-125

³⁶ C-178/16 Impresa di Costruzioni avsnitt 33 flg.

³⁷ KOFA-2009-28 GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet LB-2016-1675

³⁹ KOFA-2013-111 Rana kommune

Bestemmelsen om identifikasjon gjelder etter anskaffelsesforskriften § 24-3 andre ledd også for andre tilfeller enn der det foreligger avvisningsplikt som følge av straffbare forhold, eksempelvis ved avvisningsrett.

Utvalget har vurdert om bestemmelsene om identifikasjon for andre obligatoriske avvisningsgrunner og de frivillige grunnene, som ikke følger av direktivet, skal videreføres. EU-domstolens sak C-178/16 støtter at det er adgang til å identifisere også for de frivillige avvisningsgrunnene.⁴⁰ ⁴¹ Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at det er adgang til å identifisere også ved de frivillige avvisningsgrunnene, og foreslår å regulere dette i ny lov.

Videre åpner den norske identifikasjonsbestemmelsen for at det kan foretas identifikasjon mellom juridiske personer, herunder selskaper i samme konsern, jf. § 24-3 tredje ledd. Formålet bak denne regelen er å unngå at selskaper kan organisere seg bort fra avvisning, ved å opprette selskaper for å delta i offentlige anskaffelser.⁴² Direktivet behandler ikke identifikasjon mellom selskap, slik den norske regelen gjør. Arrowsmith legger til grunn at oppdragsgiver bør ha anledning til å avvise et heleid datterselskap når morselskapet er rettskraftig dømt for de straffbare forholdene i artikkel 57 nr. 1. Dette standpunktet begrunnes med at morselskapets misligheter kan «smitte over» på datterselskapet, og skape tvil om sistnevntes integritet. Arrowsmith trekker frem at omgåelseshensynet også taler for identifikasjon mellom selskap som har en så nær forbindelse med hverandre. Hun legger videre til grunn at det ikke foreligger noen plikt til identifikasjon mellom selskaper, og at medlemsstatene er gitt et vidt spillerom med hensyn til utformingen av identifikasjonsregler i nasjonal rett.⁴³ Også Hammersvik tar til orde for at identifikasjon også kan finne sted i konsernforhold, men at rekkevidden er omdiskutert.⁴⁴ Under henvisning til EU-domstolens praksis, viser Hammersvik til at det ikke er tilstrekkelig at det foreligger selskapsrettslig kontroll fra et selskap som er straffedømt for at det inntreffer avvisningsplikt.⁴⁵ Motsetningsvis vil omgåelsestilfeller innebære at det foreligger

avvisningsplikt.⁴⁶ Identifikasjon mellom juridiske personer samsvarer også best med EU-domstolens praksis i relasjon til konkurransereglene, hvor kontrollerende innflytelse i utgangspunktet fører til identifikasjon.⁴⁷ ⁴⁸ Etter utvalgets syn er identifikasjon av selskaper i samsvar med forbud om omgåelse av anskaffelsesreglene, ettersom manglende identifikasjonsadgang for selskaper kan gjøre det enkelt å omgå avvisningsbestemmelsene. Etter utvalgets syn følger det implisitt av direktivet å ha en slik avvisningsadgang, og foreslår derfor å videreføre bestemmelsen i anskaffelsesforskriften om dette.

Boks 9.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 57 nr. 1 andre avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-6 første ledd
- å regulere at identifikasjon kan finne sted ved de frivillige grunnene i § 16-6 andre ledd
- å regulere at identifikasjon kan finne sted mellom juridiske personer i § 16-6 tredje ledd.

9.4 Avvisning som følge av brudd på forpliktelser til å betale skatter og avgifter [artikkel 57 nr. 2]

9.4.1 Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2 første avsnitt at en leverandør skal avvises dersom oppdragsgiver får kjennskap til at leverandøren ikke oppfyller sine forpliktelser til å betale skatter og trygde- eller pensjonspremier dersom dette er slått fast ved en rettsavgjørelse eller et forvaltningsvedtak som har endelig og bindende virkning i samsvar med lovbestemmelser i den staten leverandøren eller oppdragsgiveren er etablert.

Bestemmelsen er ment å bidra til at skatter og avgifter blir innbetalt.⁴⁹

⁴⁰ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.2

⁴¹ C-178/16 Impresa di Costruzioni

⁴² Dragsten 2020 kommentarer til § 24-3

⁴³ Arrowsmith 2014 kapittel 12-69 og 12-125 til 12-128

⁴⁴ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.2 med videre henvisninger

⁴⁵ Ibid. kapittel 15.5.2 med videre henvisninger

⁴⁶ Ibid. kapittel 15.5.2 med videre henvisninger

⁴⁷ T-47/10 Akzo Nobel NV og andre mot Kommisjonen

⁴⁸ C-516/15 P Akzo Nobel NV og andre mot Kommisjonen

⁴⁹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.5 med videre henvisninger

Vilkåret «får kjennskap til» angir et krav til positiv kunnskap, og oppdragsgiver har som et klart utgangspunkt ingen undersøkelsesplikt.⁵⁰ Blir oppdragsgiver imidlertid oppmerksom på forhold som tilsier at det kan foreligge en avvisningsplikt, kan det være uforsvarlig å ikke undersøke forholdet nærmere.^{51 52}

Bestemmelsen retter seg bare mot manglende innbetaling av skatter og avgifter i det landet leverandøren er etablert, eller i den medlemsstaten oppdragsgiveren er etablert.

Bestemmelsen angir ikke når forpliktelsene om å betale skatter og avgifter skal være oppfylt. EU-domstolen har i forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* uttalt at fristen kan fastsettes i den nasjonale lovgivningen eller av den offentlige oppdragsgiveren. Dette kan eksempelvis være ved utløpet av fristen for å inngi forespørsel om deltakelse, utløpet av tilbudsfristen, tidspunktet for oppdragsgivers vurdering av tilbudene eller rett før tildelingstidspunktet.⁵³ Det sentrale er at fristen fastsettes og kommuniseres på en måte som sikrer at leverandørene får kjennskap til den.⁵⁴

Det følger av artikkel 57 nr. 2 andre avsnitt at oppdragsgiver kan avvise, eller pålegges av medlemsstatene en plikt til å avvise, dersom oppdragsgiver på en hensiktsmessig måte kan dokumentere at leverandøren ikke oppfyller sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter. Dette kan være aktuelt dersom den manglende betaling av skatter og avgifter ikke er endelig fastslått i rettsavgjørelse eller forvaltningsvedtak.

Hensynet bak bestemmelsen er at oppdragsgivere skal ha mulighet til å ekskludere leverandører som har utestående krav til offentlige myndigheter.⁵⁵

Avvisningsadgangen etter artikkel 57 nr. 2 andre avsnitt er betinget av at det på en «hensiktsmessig måte» kan dokumenteres at leverandøren har misligholdt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter.

Det følger av artikkel 57 nr. 2 tredje avsnitt at avvisningsadgangen etter bestemmelsen bortfaller dersom forpliktelsen til å betale oppfylles, eller det er inngått en bindende ordning med sikte på å betale skyldige beløp, herunder eventuelt påløpte

renter eller bøter. Begrepet «bindende ordning» omfatter en bindende betalingsforpliktelse der betaling skal skje. Det er lagt til grunn i praksis at betalingshensikt, ikke er tilstrekkelig for at unntaket kommer til anvendelse.^{56 57} Det er heller ikke tilstrekkelig å vise til at leverandøren har økonomi til å oppfylle betalingsforpliktelsene (betalings-evne).⁵⁸

Artikkel 57 nr. 2 første avsnitt er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav b.⁵⁹ Artikkel 57 nr. 2 andre avsnitt er gjennomført som en bestemmelse om avvisningsrett i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav a. Artikkel 57 nr. 2 tredje avsnitt er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-5 tredje ledd.

9.4.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår enkelte språklige justeringer for bedre å samsvare med norsk lovtradisjon. Utvalget foreslår å videreføre ordlyden i anskaffelsesforskriften trygdeavgifter, og ikke dele opp i trygd- og pensjonsavgifter, slik det er gjort i den norske direktivoversettelsen. Etter utvalgets syn vil trygd også omfatte pensjon og utvalgets forslag er derfor ikke ment å gjøre avvik fra direktivet.

Bestemmelsen er i anskaffelsesforskriften delt opp i tre bestemmelser. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at reglene om avvisning knyttet til avgifter og skatt samles i en bestemmelse, slik det er gjort i direktivet. Dette innebærer at utvalgets forslag til gjennomføring av bestemmelsen avviker fra dagens oppdeling, selv om det reelle innholdet er det samme.

Det følger av avvisningsadgangen etter artikkel 57 nr. 2 andre avsnitt at oppdragsgiver på en «hensiktsmessig måte» må dokumentere at leverandøren har misligholdt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter. Ordlyden tilsier at en mistanke ikke vil være tilstrekkelig. Forenklingsutvalget la til grunn at avvisningsretten inntreffer når misligholdet kan sannsynliggjøres med passende midler, herunder et krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁶⁰ I teorien er det tatt til orde for at oppdragsgivers bevismidler må ses i sammen-

⁵⁰ Ibid. kapittel 25.3.2.1

⁵¹ LB-2017-156250 som viser at oppdragsgiveres innkjøpsfaglige vurderinger kan tilsidesettes dersom de fremstår som uforsvarlige.

⁵² Se også KOFA-2013-79 Karmøy kommune

⁵³ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* avsnitt 31

⁵⁴ Ibid. avsnitt 32

⁵⁵ C-358/12 *Libor* avsnitt 32 flg.

⁵⁶ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* avsnitt 33

⁵⁷ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

⁵⁸ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* avsnitt 33

⁵⁹ Den norske forskriftsbestemmelsen er stort sett likelydende med direktivbestemmelsen, med unntak av at pensjonspremier ikke er direkte nevnt i forskriftsbestemmelsen

heng med bestemmelsen om dokumentasjon oppdragsgiver må akseptere som bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner, jf. artikkel 60 nr. 2 første avsnitt bokstav b og andre avsnitt.⁶¹ Utvalget er enig i dette.

Boks 9.3 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 57 nr. 2 i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-2.

9.5 Unntak fra avvisningsplikten [artikkel 57 nr. 3]

9.5.1 Gjeldende rett

Det følger av artikkel 57 nr. 3 første avsnitt at medlemsstatene kan fastsette unntak fra de obligatoriske avvisningsgrunnene nevnt i artikkel 57 nr.1 (straffbare forhold) og artikkel 57 nr. 2 (manglende betaling av skatter og avgifter) av tvingende allmenne hensyn.

Formålet med bestemmelsen er å gi oppdragsgiver mulighet til å inngå kontrakt med en leverandør som er omfattet av de obligatoriske avvisningsgrunnene i ekstraordinære tilfeller. Bestemmelsen er en snever unntaksregel. Terskelen for å benytte seg av dette unntaket er høy.^{62 63 64}

Bestemmelsen nevner folkehelse og miljøvern som eksempler på tvingende allmenne hensyn. I anskaffelsesdirektivets fortale er det vist til at unntaksbestemmelsen er anvendelig i situasjoner der det eksisterer et pressende behov for vaksiner eller nødutstyr som bare kan anskaffes av en leverandør som ellers skulle vært avvist.⁶⁵ Unntaket omfatter også kontrakter som blir inngått for å sikre liv, forsyningssikkerhet, ødeleggelser på eiendom og for å ivareta andre viktige samfunnsinteresser.⁶⁶ Rene økonomiske hensyn vil som den klare hovedregel ikke være tilstrekkelig.⁶⁷

⁶⁰ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.5

⁶¹ Arrowsmith 2014 kapittel 12-95

⁶² C-328/92 Kommisjonen mot Spania avsnitt 15

⁶³ C-385/02 Kommisjonen mot Italia avsnitt 19 og 37

⁶⁴ Arrowsmith 2014 kapittel 12-122

⁶⁵ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 100

⁶⁶ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.1

⁶⁷ Ibid. kapittel 25.3.2.1

Artikkel 57 nr. 3 andre avsnitt gir medlemsstatene adgang til å fastsette unntak fra avvisningsplikten i artikkel 57 nr. 2 første avsnitt dersom en avvisning vil være klart uforholdsmessig. Det skal være et klart misforhold mellom de hensyn regelen søker å ivareta og de hensyn som begrunner et unntak, jf. ordlyden «klart uforholdsmessig». Som eksempel på situasjoner hvor unntak er anvendelig, nevner direktivbestemmelsen små ubetalte beløp, eller der leverandøren ble informert om det nøyaktige skyldige beløpet på et tidspunkt der leverandøren ikke hadde mulighet til å betale eller inngå betalingsavtale før utløpet av tilbudsfristen eller fristen for å søke om deltakelse i konkurransen.

I KOFA-2004-238 kom klagenemnda til at avvisning på grunnlag av en skatterestanse på 3281 kroner var uforholdsmessig. Motsetningsvis kom klagenemnda i sak 2011/320 til at en avvisning på bakgrunn av en skatterestanse på litt over 200 000 kroner ikke var uforholdsmessig.

Artikkel 57 nr. 3 første avsnitt er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 fjerde ledd.⁶⁸ Artikkel 57 nr. 3 andre avsnitt er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav b og § 24-2 tredje ledd bokstav b.⁶⁹

9.5.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 3 i ny lov om offentlige anskaffelser. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at det angis unntak fra avvisningsbestemmelsene. Direktivteksten angir et eksempel på hva som kan anses som allmenne hensyn. Etter utvalgets syn er det ikke nødvendig å ta med henvisningen til dette eksempelet i lovteksten. Direktivet viser også til *tvingende* allmenne hensyn. Etter utvalgets syn er dette en høyere terskel enn kun allmenne hensyn. Etter utvalgets syn vil rene økonomiske hensyn ikke være tilstrekkelig for å begrunne bruk av unntaket. Utvalget foreslår derfor å innta dette i ordlyden. Dette er i samsvar med reguleringen i udbudsloven og lag om offentlig opphandling. Utvalget foreslår enkelte øvrige språklige justeringer for bedre å samsvare med norsk lovtradisjon.

Bestemmelsen er i anskaffelsesforskriften oppdelt i to bestemmelser. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at reglene om unntak angis i

⁶⁸ Begrepet «tvingende» er ikke inntatt i forskriftsteksten – det er kun vist til allmenne hensyn

⁶⁹ Eksempelene som er nevnt i direktivteksten, er ikke nevnt i den norske bestemmelsen

relasjon til bestemmelsene det gjøres unntak fra. Selv om dette er en annen inndelingen enn det som i dag følger av anskaffelsesforskriften innebærer forslaget imidlertid ingen materielle avvik fra innholdet av dagens bestemmelse.

Unntaket i relasjon til avvisning knyttet til manglende betaling av skatt og avvik som følge av at det er uforholdsmessig, videreføres slik det er formulert i anskaffelsesforskriften.

Boks 9.4 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 57 nr. 3 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 16-2 fjerde ledd og 16-3 andre ledd.

9.6 Frivillige avvisningsgrunner [artikkel 57 nr. 4]

9.6.1 Utgangspunkter

Anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 4 angir situasjoner der oppdragsgiver kan avvise en leverandør som er omfattet av avvisningsgrunnene opplistet i bestemmelsen. EU-domstolen har fremholdt at medlemsstatene er forpliktet til å innføre avvisningsgrunnene i nasjonal lovgivning.⁷⁰ Bestemmelsen åpner for at medlemsstatene kan pålegge oppdragsgiver en avvisningsplikt for de samme forholdene.

EU-domstolen har i forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* og i sak C-213/07 *Michaniki* slått fast at avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4 er uttømmende angitt.^{71 72} Dette hindrer likevel ikke at det kan eksistere en avvisningsadgang på bakgrunn av prinsippene i artikkel 18 nr. 1 om likebehandling og ikke-diskriminering mv.⁷³

Fortalen til anskaffelsesdirektivet angir at det må legges særlig vekt på forholdsmessighetsprinsippet ved anvendelsen av frivillige avvisningsgrunner, og at mindre uregelmessigheter bare unntaksvis bør føre til avvisning.⁷⁴ Gjentatte tilfeller av mindre uregelmessigheter kan imidlertid reise

tvil om leverandørens pålitelighet, og danne grunnlag for avvisning.⁷⁵

9.6.2 Brudd på forpliktelsene i artikkel 18 nr. 2 [artikkel 57 nr. 4 bokstav a]

9.6.2.1 Gjeldende rett

Artikkel 57 nr. 4 bokstav a fastslår at oppdragsgiver har avvisningsrett der oppdragsgiver på hensiktsmessig måte kan dokumentere et brudd på gjeldende forpliktelser etter artikkel 18 nr. 2. Dette omfatter miljø-, sosial-, og arbeidsrettslige forpliktelser fastsatt i unionsretten, nasjonal rett, kollektive avtaler eller i internasjonale miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige bestemmelser som nevnt i vedlegg X i direktivet. Det nærmere innholdet i bestemmelsen er beskrevet i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.12.2.1.

Avvisningsbestemmelsen springer ut av den mer generelle regelen om avvisning ved alvorlig yrkesmessig forsømmelse etter artikkel 57 nr. 4 bokstav c.⁷⁶ Det er antatt at bestemmelsen om avvisningsrett som følge av brudd på forpliktelser etter 18 nr. 2 i artikkel 57 nr. 4 bokstav a skal bidra til å synliggjøre viktigheten av hensynene bak artikkel 18 nr. 2.⁷⁷

For å avvise en leverandør som handler i strid med forpliktelsene etter artikkel 18 nr. 2, må bruddet være dokumentert «på hensiktsmessig måte».

Artikkel 57 nr. 4 bokstav a viser ikke til hvilket subjekt som kan avvises i medhold av bestemmelsen. Dette står i motsetning til de fleste øvrige avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4 som spesifikt viser til leverandøren.

Problemstillingen ble behandlet av EU-domstolen i sak C-395/18 *Tim SpA*.⁷⁸ Det konkrete spørsmålet var om anskaffelsesdirektivet var til hinder for nasjonal lovgivning som innebar at oppdragsgiver automatisk pliktet å avvise en leverandør når avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4 bokstav a var oppfylt for en angitt underleverandør. Domstolen henviste til ordlydens upersonlige formulering og påpekte at den vide ordlyden, sett i sammenheng med fortalen premiss 101 (om upålitelige leverandører mv.), gir oppdragsgiver rett til å avvise en leverandør når underleverandøren har brutt forpliktelsene etter artikkel 18 nr. 2.⁷⁹

⁷⁰ C-66/22 *Infraestruturas de Portugal SA* avsnitt 49 og 50

⁷¹ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* avsnitt 21 flg.

⁷² C-213/07 *Michaniki* avsnitt 46 flg.

⁷³ Ibid. avsnitt 44 og 46

⁷⁴ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 101 tredje avsnitt

⁷⁵ Ibid. fortalen premiss 101 tredje avsnitt

⁷⁶ Arrowsmith 2014 kapittel 12-99

⁷⁷ Ibid. kapittel 12-101

⁷⁸ C-395/18 *Tim SpA*

⁷⁹ Ibid. avsnitt 35

EU-domstolen påpekte samtidig at en automatisk avvisningsplikt i slike tilfeller ville være i strid med forholdsmessighetsprinsippet.⁸⁰

Artikkel 57 nr. 4 bokstav a er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav c. Etter denne bestemmelsen kan oppdragsgiver avvise en leverandør når oppdragsgiver kan dokumentere alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5, dersom avvisning ikke er uforholdsmessig.

9.6.2.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1 bokstav a i ny lov om offentlige anskaffelser.

Utvalget har vurdert om bestemmelsen skal formuleres som en avvisningsplikt, slik direktivet åpner for, men har ikke funnet dette hensiktsmessig. Utvalget foreslår derfor å beholde dette som en avvisningsrett.

For å avvise en leverandør som handler i strid med forpliktelsene etter artikkel 18 nr. 2, må bruddet være dokumentert «på hensiktsmessig måte». Dom eller annen formell dokumentasjon er etter utvalgets vurdering ikke nødvendig, og konkrete bevis er tilstrekkelig.⁸¹

Ordlyden i art. 57 nr. 4 bokstav a inneholder ikke et krav til at bruddet på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler skal være alvorlig. I teorien er det tatt til orde for at det må innfortolkes et alvorlighetskrav.⁸² I mangel av noen klar kvalifisering av alvorlighetsgrad i direktivteksten, finner utvalget ikke grunn til å oppstille et krav om «alvorlig eller gjentatte brudd» slik dagens forskrift gjør. Dette har også støtte i den fremskutte rolle miljø- og samfunnshensyn er gitt i EU/EØS-regelverket for øvrig. Tilsvarende krav er heller ikke inntatt i den tilsvarende bestemmelsen i udbudsloven eller lag om offentlig opphandling. Derimot vil det følge av forholdsmessighetsprinsippet at ikke ethvert brudd vil gi avvisningsrett.

En avvisning må være forholdsmessig. Dette følger også av fortalen til direktivet.

Kravet til forholdsmessighet gjelder for samtlige av de frivillige avvisningsgrunnene. Dette er også slik bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften i dag.

9.6.3 Konkurs, insolvensbehandling mv. [artikkel 57 nr. 4 bokstav b]

9.6.3.1 Gjeldende rett

Artikkel 57 nr. 4 bokstav b gir oppdragsgiver avvisningsrett dersom leverandøren er konkurs eller under insolvensbehandling eller under avvikling, dersom eiendelene er under administrasjon av et avviklingsstyre eller av retten, dersom den er i en frivillig gjeldsordning, dersom den har innstilt sin virksomhet eller befinner seg i en lignende situasjon som følge av en tilsvarende prosess med hjemmel i nasjonal lov og forskrift. Bestemmelsen gir følgelig oppdragsgiver avvisningsrett der leverandørens økonomi må antas å være svært svak. Ved vurderingen av avvisningsspørsmålet, må det ses hen til om leverandøren er i en av de opplistede situasjonene nevnt i bestemmelsen.

EU-domstolen har i sak C-101/18 *Idi* slått fast at en tilbyder fra tidspunktet for innlevering av begjæring om tvangsakkord skal anses for å være omfattet av en tvangsakkordprosedyre som nevnt i bestemmelsen.⁸³ Sentralt her var at en slik begjæring etter italiensk rett fikk rettsvirkninger for både rekvirenten og kreditorens rettigheter og plikter, blant annet ved at kreditorer ikke kan ta utlegg i skyldners formue, og at rekvirenten har begrensede rettigheter over egen formue.⁸⁴

Det ble også vist til at leverandøren, ved en slik begjæring, hadde erkjent at den befant seg i økonomiske vanskeligheter som kunne skape tvil om dens økonomiske stilling.⁸⁵ Det var etter domstolens syn nettopp denne risikoen bestemmelsen om avvisningsrett har til hensikt å redusere. At leverandøren i begjæringen hadde forbeholdt seg muligheten til å fremlegge en plan for videre drift av virksomheten, endret ikke dette.⁸⁶ Domstolen

⁸⁰ Ibid. avsnitt 53

⁸¹ Arrowsmith 2014 kapittel 12-100 der hun fastslår at «this explicit exclusion makes it clear that no conviction or other formal adjudication of the violation in question is required merely proof by appropriate means, which [...] requires 'reliable evidence'»

⁸² Ibid. kapittel 12-100

⁸³ Den norske språkversjonen av artikkel 57 nr. 4 bokstav b benytter begrepet «frivillig gjeldsordning» istedenfor «tvangsakkord», slik det heter i den danske versjonen.

⁸⁴ C-101/18 *Idi Srl* avsnitt 38. Saken gjaldt anskaffelsesdirektivet 2004 artikkel 45 nr. 2 bokstav b, men er relevant for tolkningen av anskaffelsesdirektivet 2014 artikkel 57 nr. 4, jf. Forenklingsutvalgets uttalelser i NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.2

⁸⁵ Ibid. avsnitt 40

⁸⁶ Ibid. avsnitt 42

fant imidlertid at det ikke var grunnlag for avvisning dersom leverandøren, sammen med begjæringen, hadde inngitt en plan for videre drift.⁸⁷

Artikkel 57 nr. 4 bokstav b er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav b.⁸⁸

9.6.3.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å videreføre artikkel 57 nr. 4 bokstav b som en frivillig avvisningsgrunn. Dette innebærer at dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften videreføres.

Det er i teorien tatt til orde for at private gjeldsordninger og tilfeller der selskapet har erklært betalingsstans eller delvis opphør av eget tiltak, ikke omfattes av avvisningsretten. Det er fordi dette ikke kan ansees som en «lignende situasjon som følge av en tilsvarende prosess med hjemmel i nasjonal lov og forskrift».⁸⁹ Etter utvalgets syn er det usikkert om dette vil omfattes av bestemmelsen. Det er imidlertid samtidig fremholdt i teorien at en slik situasjon kan innebære at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske stilling og som følge av dette avvises.⁹⁰ Utvalget slutter seg til dette resonnementet.

9.6.4 Alvorlige yrkesmessige forsømmelser [artikkel 57 nr. 4 bokstav c]

9.6.4.1 Gjeldende rett

Artikkel 57 nr. 4 bokstav c gir oppdragsgiver avvisningsrett dersom oppdragsgiver på en hensiktsmessig måte kan dokumentere at leverandøren er skyldig i alvorlig yrkesmessig forsømmelse som medfører tvil om leverandørens evne til å levere ytelsen.

I sak C-470/13 *Generali* aksepterte EU-domstolen at et selskap ble avvist som følge av at selskapet hadde overtrådt konkurranserettslige regler og blitt ilagt bot ved en rettskraftig dom.⁹¹ Anskaffelsesdirektivets fortale åpner for tilsvarende løsning.⁹²

Den yrkesmessige forsømmelsen må videre være *alvorlig*. EU-domstolen slo fast i sak C-465/11 *Forposta* at kriteriet «alvorlig feil» i anskaffelsesdirektivet (2004) artikkel 45 nr. 2 bokstav d, som svarer til *alvorlig* yrkesmessig forsømmelse i dagens direktiv, henviser til atferd som viser misligholdshensikt eller uaktsomhet av en viss alvorlighetsgrad.⁹³ For å konstatere at forsømmelsen kan gis en slik karakteristikk, må det foretas en konkret og individuell vurdering av leverandørens atferd.^{94 95} I tillegg til alvorlighetsgraden og leverandørens atferd, kan det ses hen til om det er tale om gjentatte forsømmelser og tidsforløpet mellom forsømmelsen og avvisningen.⁹⁶ En avvisning må ikke være uforholdsmessig.⁹⁷

Forsømmelsen må videre medføre tvil om leverandørens integritet. Den yrkesmessige forsømmelsen må altså etter en objektiv vurdering være av en slik karakter at den er egnet til å svekke leverandørens egnethet som kontraktspart.^{98 99} Ifølge forarbeidene til udbudsloven innebærer det at det er adferden som begrunner en avvisning, og ikke virkningen av den alvorlige forsømmelsen.¹⁰⁰

I sak C-178/16 *Impresa di Costruzioni* ble en leverandør identifisert med en administrerende direktør som hadde begått straffbare handlinger.¹⁰¹ EU-domstolen la til grunn at utstedelse av falske fakturaer kunne være en straffbar handling som var egnet til å reise tvil om leverandørens faglige integritet. At den administrerende direktøren hadde fratrådt var ikke til hinder for bruk av avvisningsretten.

Av forarbeidene til bestemmelsen i udbudsloven fremgår det at bestemmelsen kan omfatte manglende overholdelse av miljømessige eller sosiale forpliktelser, overtredelse av skatteregler, konkurranseregler eller regler for intellektuell eiendomsrett.¹⁰²

Anskaffelsesdirektivet (2004) inneholdt en bestemmelse om avvisning av leverandører som

⁸⁷ Ibid. avsnitt 43

⁸⁸ Frivillig gjeldsordning og at leverandørens virksomhet er innstilt er ikke nevnt i forskriftsbestemmelsen

⁸⁹ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

⁹⁰ Ibid. kommentarer til § 24-2

⁹¹ C-470/13 *Generali* avsnitt 19 flg.

⁹² Anskaffelsesdirektivet 2014 fortale premiss 105 angir at «[o]ffentlige oppdragsgivere bør videre gis mulighet til å utelukke markedsdeltakere som har vist seg å være upålitelige, for [...] alvorlig yrkesmessig forsømmelse, for eksempel brudd på konkurransereglene [...]»

⁹³ C-465/11 *Forposta* avsnitt 30

⁹⁴ Ibid. avsnitt 29 til 31

⁹⁵ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

⁹⁶ Ibid. kommentarer til § 24-2

⁹⁷ KOFA-2012-205 Helse Førde HF avsnitt 20

⁹⁸ Ibid. avsnitt 20

⁹⁹ C-465/11 *Forposta* avsnitt 29 hvor det uttales at bestemmelsen rammer enhver culpøs opptreden som «har indvirkning på den pågældende operatørs faglige trodsævdighed [...]»

¹⁰⁰ Erhvervsministeren 2022 kommentarer til nr. 20 (på side 26)

¹⁰¹ C-178/16 *Impresa di Costruzioni* avsnitt 35 flg.

¹⁰² Erhvervsministeren 2022 kommentarer til nr. 20 (på side 26)

er rettskraftig dømt for straffbare forhold knyttet til yrkesmessig vandel. Denne ble ikke videreført i anskaffelsesdirektivet. Slike forhold omfattes imidlertid av någjeldende anskaffelsesdirektiv artikkel 57 nr. 4 bokstav c om alvorlige forsømmelser, men slik at det ikke behøver å foreligge en rettskraftig dom for forholdene.¹⁰³ Anskaffelsesdirektivet åpner dermed opp for at oppdragsgiver kan avvise en leverandør etter artikkel 57 nr. 4 bokstav c for visse straffbare forhold som i utgangspunktet er underlagt avvisningsplikt etter artikkel 57 nr. 1, før forholdet er rettskraftig avgjort. Oppdragsgiver må fremdeles oppfylle beviskravet i bestemmelsen om avvisningsrett, og kravet til forholdsmessighet må ivaretas.^{104 105 106}

Bevisbyrden innebærer at oppdragsgiver må kunne vise til objektive og konkrete bevis for at leverandøren har begått relevante feil av tilstrekkelig alvorlighetsgrad som er egnet til å svekke leverandørens integritet.¹⁰⁷ I sak C-178/16 *Impresa di Costruzioni* ble det konstatert at en ikke rettskraftig dom kan tjene som bevis for at leverandøren har begått en alvorlig feil i utøvelsen av sitt yrke.¹⁰⁸ Det vil trolig også være forsvarlig å legge til grunn opplysninger som fremkommer av en offentlig granskningsrapport.¹⁰⁹ Sannsynligheten for at de beskrevne forhold faktisk foreligger må imidlertid alltid vurderes konkret.¹¹⁰ I juridisk teori er det fremholdt at tilstrekkelige bevis vil kunne være administrative eller rettslige beslutninger, siktelser og forelegg.¹¹¹

Artikkel 57 nr. 4 bokstav c er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav i. Det er visse forskjeller i bestemmelsene. Forskjellen mellom direktivbestemmelsen og den norske bestemmelsen, er at vilkåret om alvorlige forsømmelser ikke er direkte knyttet opp mot leverandørens yrkesutøvelse, slik den er i direktivbestemmelsen.

9.6.4.2 Utvalgets vurdering

Utvalget har vurdert om artikkel 57 nr. 4 bokstav c bør gjennomføres som en avvisningsplikt i ny lov om offentlige anskaffelser, slik direktivet åpner for.¹¹² Utvalget viser til at denne avvisnings-situasjonen ble endret fra å være en rett til plikt i udbudsloven i 2023.

Selv om utvalget er enig i at det offentlige ikke bør inngå kontrakt med en leverandør som ikke har tilstrekkelig integritet, har utvalget landet på å videreføre dette som en avvisningsrett slik det er i dag. Bestemmelsen kan omfatte mange ulike situasjoner, og oppdragsgiver er nærmest til å vurdere avvisning i det enkelte tilfellet.

Anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav i oppstiller en avvisningsrett når det kan dokumenteres «at leverandøren for øvrig har begått alvorlige feil som medfører tvil om hans yrkesmessige integritet». I direktivet kreves det at leverandøren «er skyldig i alvorlig yrkesmessig forsømmelse, som medfører tvil om vedkommendes integritet».

Basert på ordlyden kan det virke som at den norske bestemmelsen omfatter flere feil enn de yrkesmessige, noe som forsterkes av at den er omtalt som en nasjonal avvisningsregel.¹¹³ For at leverandøren kan avvises, må feilen imidlertid medføre tvil om den yrkesmessige integriteten. Til sammenligning krever direktivbestemmelsen at den yrkesmessige feilen medfører tvil om leverandørens integritet. Forskjellen knytter seg til hvor «yrkesmessig» er plassert i teksten, og en kan derfor stille seg spørsmålet om hvor stor denne forskjellen egentlig er. For å forhindre usikkerhet om dette foreslår utvalget å legge seg tett opp til direktivets ordlyd ved utformingen av bestemmelsen.

Utvalget vil samtidig påpeke at EU-domstolen i flere saker har uttalt at det skal legges til grunn en vid fortolkning av hvilke forsømmelser som kan anses som *yrkesmessige*. Artikkel 57 nr. 4 bokstav c gir med dette også avvisningsrett overfor leverandører som kan knyttes til brudd på grunnleggende menneskerettigheter. Det samme må gjelde for leverandører som kan knyttes til brudd

¹⁰³ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.4

¹⁰⁴ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 101

¹⁰⁵ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.4

¹⁰⁶ Dragsten 2013 kapittel 71.6.5

¹⁰⁷ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

¹⁰⁸ C-178/16 *Impresa di Costruzioni* avsnitt 47

¹⁰⁹ KOFA-2006-153 Forsvarets Logistikkorganisasjon – her var dette tilfellet, men uten at klagenemnda tok stilling til hvorvidt dette var tilstrekkelig

¹¹⁰ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

¹¹¹ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.2

¹¹² Bestemmelsens første setning: «Contracting authorities may exclude or may be required by Member States to exclude [...]»

¹¹³ Nærings- og fiskeridepartementet – veileder til reglene om offentlige anskaffelser – 2017 kapittel 25.5.4

Boks 9.5 Behov for veiledning

Utvalget har merket seg at regjeringen har gått ut med tydelig beskjed til næringslivet, hvor det fremkommer at regjeringen fraråder norske selskaper å drive handel og næringsvirksomhet som bidrar til å opprettholde de folkerettsstridige israelske bosetningene.¹ Utenriksministeren viser videre til at norsk næringsliv bør være oppmerksomme på at selskaper, gjennom økonomiske eller finansiell aktivitet i de folkerettsstridige israelske bosetningene, risikerer at de bidrar til brudd på internasjonal humanitærrett eller menneskerettighetene. Etter utvalgets syn må det samme gjelde for offentlige oppdragsgivere, dersom de gjennom sine leverandører har tilknytninger til de samme områdene. Samtidig kan ikke utvalget se at det er kommet veiledning om dette rettet mot offentlige oppdragsgivere. Etter utvalgets syn kunne det være behov for avklaringer fra myndighetene om hvordan offentlige oppdragsgivere skal forholde seg til pågående konflikter.

¹ Utenriksdepartementet 2024

på internasjonal humanitærrett eller annen folkerett, for eksempel i konfliktområder.¹¹⁴

Når det gjelder bevisets styrke, er det fremholdt av Forenklingsutvalget og i juridisk teori at det trolig er tilstrekkelig at det foreligger alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det er alvorlig yrkesmessig forsømmelse.^{115 116} Utvalget slutter seg til dette. Se også boks 9.5 om at det bør gis tydelige signaler og veiledning til offentlige oppdragsgivere om dette.

9.6.5 Avtaler inngått for å vri konkurransen [artikkel 57 nr. 4 bokstav d]**9.6.5.1 Gjeldende rett**

Etter artikkel 57 nr. 4 bokstav d har oppdragsgiver avvisningsrett dersom leverandøren har inngått

avtaler med andre leverandører med sikte på å vri konkurransen.

Ordlyden tilsier at bestemmelsen omfatter avtaler som rammes av konkurransereglens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid – det vil si avtaler mellom konkurrenter, og antakelig samordning mellom konkurrenter, jf. EØS-avtalen artikkel 53 og TEUF artikkel 101.¹¹⁷ Avtaler som direkte eller indirekte består i å fastsette priser eller andre forretningsvilkår vil typisk rammes.

Det er imidlertid slått fast av EU-domstolen i sak C-416/21 *K. Reisen* at avvisningsretten etter bestemmelsen har et videre anvendelsesområde sammenlignet med artikkel 101 i TEUF (som svarer til EØS-avtalen artikkel 53).¹¹⁸ Dette begrunnet EU-domstolen med at bestemmelsene har ulike formål: der TEUF artikkel 101 har til formål å straffe virksomheters konkurransebegrensende adferd, skal artikkel 57 nr. 4 bokstav d sikre at leverandøren har den nødvendige integriteten som kontraktspart.¹¹⁹ EU-domstolen uttalte videre at en slik tolkning også støttes av at begrepet *markedsdeltaker* i anskaffelsesdirektivet artikkel 2 første ledd nr. 10 ikke viser til virksomhetsbegrepet i TEUF artikkel 101.¹²⁰

Bestemmelsen aktualiserer også spørsmål om tilknyttede selskaper kan inngi tilbud i samme konkurranse. Praksis fra EU-domstolen viser at det ikke gjelder et generelt forbud mot at virksomheter som er tilknyttet hverandre, inngir tilbud i den samme konkurransen idet et slikt forbud vil stride med formålet om effektiv praktisering av EU-retten.^{121 122} Automatisk avvisning av leverandører som står i et kontroll- eller tilknytningsforhold til øvrige konkurrenter, går lengere enn det som er nødvendig for å sikre likebehandling og gjennomsiktighet.^{123 124} Dersom tilknyttede selskaper inngir tilbud i samme konkurranse, så må tilbudene imidlertid være selvstendige og uavhengige av hverandre.¹²⁵

I sak C-376/08 *Serrantoni and Consorzio stabile edili* vurderte EU-domstolen lovligheten av en italiensk regel som bestemte at oppdragsgiver automatisk skulle avvise tilbud fra et fast konsor-

¹¹⁴ Se tilsvarende i Mads Harlem og Mark B. Taylor 2022 kapittel 2.4.2.1

¹¹⁵ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

¹¹⁶ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.6.1

¹¹⁷ EU-kommisjonens meddelelse «tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground» 2021

¹¹⁸ C-416/21 *K. Reisen* avsnitt 39

¹¹⁹ Ibid. avsnitt 41 og 42

¹²⁰ Ibid. avsnitt 47

¹²¹ C-531/16 *Ecoservice* avsnitt 21

¹²² C-538/07 *Assitur* avsnitt 26 flg.

¹²³ C-144/17 *Lloyd's of London* avsnitt 35 flg.

¹²⁴ KOFA-2017-96 Larvik kommune

¹²⁵ C-531/16 *Ecoservice* avsnitt 29

tium, og deltakerne i dette konsortiet, dersom begge innga tilbud i samme konkurranse. EU-domstolen konkluderte med at en slik regel ikke åpnet for en konkret vurdering av om tilbudene er inngitt helt uavhengig av hverandre, og dermed om det foreligger risiko for påvirkning av konkurransen. En slik regel var i strid med prinsippet om konkurranse og gikk lenger enn nødvendig.¹²⁶

Dersom oppdragsgiver får kunnskap om objektive forhold som reiser tvil om tilbudenes selvstendighet og/eller uavhengighet, kan oppdragsgiver ha plikt til å foreta nærmere undersøkelser av hvorvidt tilbudene er selvstendige.¹²⁷ I dette ligger blant annet en plikt til å anmode leverandørene om å levere opplysninger om tilbudene.¹²⁸

I sak C-531/16 *Ecoservice* påpekte EU-domstolen at likebehandlingsprinsippet i alle tilfeller vil være tilsidesatt dersom det tillates at leverandører, som ikke opptre som en økonomisk enhet, avgir koordinerte eller samordnede tilbud som verken er selvstendige eller uavhengige. Det er fordi leverandørene da gis en uberettiget konkurransefordel sammenlignet med øvrige tilbydere.¹²⁹ Dette gjelder uten hensyn til om TEUF artikkel 101 er overtrådt.¹³⁰ Avgjørelsen er i teorien tolket slik at det etter omstendighetene kan foreligge en avvisningsplikt, dersom det påvises at tilbudene ikke er selvstendige eller uavhengige.¹³¹

Artikkel 57 nr. 4 bokstav d er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav e.

9.6.5.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 bokstav d i ny lov om offentlige anskaffelser, som en avvisningsrett.

Forskjellen mellom direktivbestemmelsen og anskaffelsesforskriften, er at den norske reguleringen etter sin ordlyd synes å operere med et strengere beviskrav.

Om kravet til bevis benytter direktivbestemmelsen formuleringen «tilstrekkelig mulige indi-

kasjoner». Den danske versjonen benytter begrepet «tilstrekkelig plausible indikationer».

Etter anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav e kan oppdragsgiveren avvise når det foreligger «klare holdepunkter» for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen, med mindre leverandøren kan vise til tilstrekkelige self cleaning-tiltak. Ordlyden «klare holdepunkter» er en annen ordlyd enn direktivet benytter. Det er fremholdt i juridisk teori at det er uklart om forskjellen er tiltenkt, herunder om den norske bestemmelsen opererer med et strengere beviskrav.^{132 133} Departementet fremholdt i høringsnotatet at direktivbestemmelsen operer med et annet beviskrav enn de øvrige frivillige avvisningsgrunnene.¹³⁴ Det kan derfor etter utvalgets syn se ut til at departementet ikke har ment å angi en høyere terskel enn det direktivet angir.

For å forhindre uklarhet om dette foreslår utvalget uansett å gjennomføre bestemmelsen i tråd med direktivets ordlyd. Utvalget foreslår å bruke begrepet «tilstrekkelige holdepunkter».

Hva som er relevante holdepunkter gir direktivet ikke nærmere anvisning på. Men EU-kommisjonen har vist til at oppdragsgiver blant annet vil kunne se hen til om tilbyder allerede har inngått en underleverandøravtale med en annen tilbyder i samme anskaffelse, eller har bestilt materialer til å utføre den konkrete kontrakten lenge før evalueringen; og nevner at andre relevante «røde flagg» kan være den generelle markedsatferden (tilbydere som aldri byr samme sted osv.); teksten i tilbudene (plagiat mv.); prisene i tilbudene (unormalt høye eller lave priser mv.) eller andre formaliteter (tilbud inngitt av samme representant mv.).¹³⁵

9.6.6 Interessekonflikt [artikkel 57 nr. 4 bokstav e]

9.6.6.1 Gjeldende rett

Det følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav e at oppdragsgiver har avvisningsrett dersom det foreligger en interessekonflikt etter artikkel 24 som ikke kan avhjelpes effektivt med andre mindre inngripende tiltak enn avvisning. Bestemmelsen om interessekonflikt er behandlet i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.18. For

¹²⁶ C-376/08 *Serrantoni and Consorzio edili* avsnitt 37 til 40

¹²⁷ C-531/16 *Ecoservice* avsnitt 33

¹²⁸ *Ibid.* avsnitt 37 og 38

¹²⁹ *Ibid.* avsnitt 29

¹³⁰ *Ibid.* avsnitt 29

¹³¹ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2. Dragsten synes å legge avgjørende vekt på at adgang til deltakelse i slike tilfeller vil bryte med prinsippet om likebehandling og derfor innebære en plikt for oppdragsgiver til å avvise.

¹³² *Ibid.* kommentarer til § 24-2 kapittel 3.6

¹³³ Thue 2018 side 912 og 913

¹³⁴ Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften, side 25

¹³⁵ EU-kommisjonens meddelelse «tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground» 2021

sammenhengens skyld vil det redegjøres kort for relevante deler av bestemmelsen i lys av avvisningsretten som følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav e. For øvrig vises det til første delutredning.

Begrepet *interessekonflikt* omtales normalt som inhabilitet i Norge. Bestemmelsen skal sikre likebehandling av leverandørene og unngå konkurransevridding.^{136 137} Hva som utgjør en interessekonflikt, er definert i anskaffelsesdirektivet artikkel 24. Begrepet interessekonflikt skal som et minimum omfatte situasjoner der ansatte hos oppdragsgiver eller oppdragsgivers rådgiver som er involvert i anskaffelsen, eller som kan påvirke denne, har en direkte eller indirekte økonomisk eller personlig interesse som kan antas å sette deres upartiskhet og uavhengighet i fare.

Dersom det foreligger en *interessekonflikt* i direktivets forstand, inntreffer avvisningsretten kun dersom interessekonflikten ikke kan avhjelpes med andre mindre inngripende tiltak. Hvorvidt det foreligger interessekonflikt som kan avhjelpes på mindre inngripende måter enn ved avvisning, beror på hva interessekonflikten består i og konsekvensene den har fått i konkurransen. Knytter interessekonflikten seg til inhabilitet hos personer i oppdragsgivers evalueringsgruppe og som har hatt innvirkning på tildelingsbeslutningen, kan et tilstrekkelig tiltak etter omstendighetene være å gjennomføre en ny tilbudsevaluering uten de inhabile medlemmene.¹³⁸

Muligheten for å gjennomføre avhjelpende tiltak vil gjennomgående være større jo tidligere interessekonflikten oppdages. Det er bakgrunnen for at artikkel 24 første avsnitt pålegger medlemsstatene en plikt til å sikre at oppdragsgiver treffer tiltak for å identifisere, forebygge og avhjelpe interessekonflikter, ettersom avvisning som følge av interessekonflikter er svært inngripende.¹³⁹ Det skal derfor som et utgangspunkt en del til før en interessekonflikt som oppdages tidlig i prosessen ikke kan avhjelpes med andre midler enn avvisning. Motsatt vil en interessekonflikt som oppdages sent lettere kunne medføre avvisning. Bevisbyrden for at det ikke har vært mulig å treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe interessekonflikt, slik at avvisning er uunngåelig, påhviler oppdragsgiver.¹⁴⁰

Artikkel 57 nr. 4 bokstav e er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav c.

9.6.6.2 Utvalgets vurdering

Utvalget har vurdert om artikkel 57 nr. 4 bokstav e skal gjennomføres som en avvisningsplikt, slik det er gjort i anskaffelsesforskriften i dag.

Av hensyn til likebehandlingsprinsippet ser utvalget det som hensiktsmessig å gjennomføre bestemmelsen som en avvisningsplikt.

9.6.7 Rådgiverhabilitet [artikkel 57 nr. 4 bokstav f]

9.6.7.1 Gjeldende rett

Det følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav f at oppdragsgiver har avvisningsrett dersom leverandørens deltakelse i forberedelsen av en anskaffelse har ledet til en konkurransevridding som nevnt i artikkel 41, og dette ikke kan avhjelpes effektivt med mindre inngripende tiltak. Avvisningsretten omfatter situasjoner der en leverandørs deltakelse i forberedelsen av konkurransen vrir konkurransen på en måte som ikke kan avhjelpes uten avvisning.

Leverandøren må ha deltatt i forberedelsen av konkurransen for at avvisningsretten skal aktualiseres. Dette inkluderer også å gi råd til oppdragsgiver, jf. artikkel 41 første avsnitt. I rettspraksis er det lagt til grunn at det er av sentral betydning om rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget, se Borgarting lagmannsretts dom LB-2010-201985.¹⁴¹ Dette kan for eksempel være at leverandøren har foretatt en forundersøkelse for oppdragsgiveren eller har utarbeidet konkurransegrunnlaget.¹⁴²

Bestemmelsen tar sikte på å regulere situasjoner der leverandøren har forberedt en anskaffelse, og deretter deltatt i den etterfølgende konkurransen, jf. sak T-403/12 *Intrasoft International mot Kommisjonen*.¹⁴³ Bestemmelsen kommer som et utgangspunkt ikke til anvendelse der leverandøren ikke har hatt en rådgivende og deltakende rolle i en og samme anskaffelse. Det kan imidlertid stille seg annerledes hvis leverandørens bistand under forberedelsen av en anskaf-

¹³⁶ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 29.3.2

¹³⁷ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.18.1

¹³⁸ KOFA-2020-413 Ørland Sparebank avsnitt 33 flg.

¹³⁹ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 44

¹⁴⁰ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

¹⁴¹ LB-2010-201985 *Norconsult*

¹⁴² NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.7

¹⁴³ T-403/12 *Intrasoft International mot Kommisjonen* avsnitt 84

felse, har hatt betydning for konkurransesituasjonen i en annen anskaffelse. Dette kan for eksempel være tilfelle hvis den samme underlagsdokumentasjonen benyttes i flere anskaffelser.¹⁴⁴

Det følger videre av direktivbestemmelsen at leverandørens rolle ved forberedelsen av konkurransen må ha medført *konkurransevridding*. Deltakelse i forberedelsen av konkurransen er derfor ikke alene tilstrekkelig.¹⁴⁵ Det er lagt til grunn at konkurransevriddingen må være av en viss størrelse og betydning. Habilitetsregelen må ikke praktiseres så strengt at oppdragsgiver hindres helt i å innhente relevant bistand for å tilrettelegge konkurransen.¹⁴⁶ Det må i tillegg foreligge årsakssammenheng mellom deltakelsen og konkurransevriddingen.¹⁴⁷ Et eksempel på situasjoner som etter omstendighetene kan medføre konkurransevridding, er at leverandøren settes i en bedre posisjon enn konkurrentene i form av informasjonsfordeler, eller ved at kravene i konkurransegrunnlaget er tilpasset leverandøren som følge av leverandørens rolle i forberedelsen av anskaffelsen.

Når det gjelder mulige avhjelpende tiltak, så er slike nevnt i artikkel 41 som det er vist til i artikkel 57 nr. 4 bokstav f.¹⁴⁸ Artikkel 41 nevner blant annet utjevning av informasjonsfordeler, ved at alle leverandører mottar samme informasjon som ble utvekslet i forbindelse med leverandørens deltakelse i forberedelsen, samt fastsettelse av tilstrekkelig lange frister for å inngi tilbud.

Det følger videre av artikkel 41 andre avsnitt siste setning at leverandøren kun kan avvises fra konkurransen dersom det ikke finnes andre måter å sikre kravet til likbehandling på. Leverandøren har rett til kontradiksjon før beslutning om avvisning tas, jf. artikkel 41 tredje avsnitt. Dette går ut på at leverandøren skal gis mulighet til å bevise at vedkommendes deltakelse i forberedelsen av konkurransen ikke har ført til konkurransevridding.

Artikkel 57 nr. 4 bokstav f er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav d.

¹⁴⁴ Ibid. avsnitt 85

¹⁴⁵ Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 33 flg.

¹⁴⁶ Graver – «Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser» 2005 side 361 flg., side 453

¹⁴⁷ T-403/12 *Intrasoft International mot Kommisjonen* avsnitt 78 flg.

¹⁴⁸ Se blant annet NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.28

9.6.7.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 bokstav e som en bestemmelse om avvisningsplikt i ny lov om offentlige anskaffelser, slik det er gjort i anskaffelsesforskriften i dag.

Etter utvalgets syn vil det på den ene siden være hensiktsmessig at avvisning i rådgivertilfellene kun er en rett, for å forhindre at leverandører ikke påtar seg slike oppdrag i frykt for senere å bli avvist. Dette vil etter utvalgets syn være en fordel for å øke interessen for slike oppdrag.

Samtidig ser utvalget at det lett vil være i strid med likebehandlingsprinsippet om en leverandør ikke avvises dersom det ikke har vært mulig å avhjelpe konkurransevriddingen. I de fleste tilfeller er utvalget imidlertid av den oppfatning at en oppdragsgiver vil avvise en leverandør, slik at denne ikke vil volde problemer i praksis. Utvalget har også merket seg at det i juridisk teori er stilt spørsmål ved hvorfor bestemmelsen er angitt som en frivillig avvisningsgrunn, ettersom likebehandlingsprinsippet tilsier at det må være en avvisningsplikt der det foreligger konkurransevridding som ikke kan avhjelpes.¹⁴⁹

Etter direktivet er terskelen for avvisning at det gjelder en konkurransevridding. Dette henger også sammen med ordlyden i artikkel 41. Av dagens bestemmelse i forskriften fremgår det at leverandøren har oppnådd en urimelig konkurransefordel. Ordlyden gir etter utvalgets vurdering anvisning på en høyere terskel for avvisning enn ordlyden i direktivet, som viser til «konkurransevridding». Både praksis fra lagmannsretten og KOFA viser til at konkurransevriddingen må være urimelig.^{150 151}

Etter utvalgets syn er det ikke adgang etter direktivet til å operere med en kvalifisert terskel her. Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsen i tråd med direktivets terskel.

Utvalget vil imidlertid understreke at selv om inngangsvilkåret for å vurdere avvisning senkes sammenlignet med ordlyden i anskaffelsesforskriften, mener utvalget at det i praksis ikke vil medføre flere avvisninger. Dette skyldes etter utvalgets syn at i de fleste tilfeller av konkurransevridding vil det være adgang til å utjevne dette i form av avhjelpende tiltak.

¹⁴⁹ Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.93

¹⁵⁰ KOFA-2022-9130 Bergen kommune

¹⁵¹ LB-2010-201985 Norconsult

9.6.8 Mangelfull gjennomføring av tidligere kontrakter [artikkel 57 nr. 4 bokstav g]

9.6.8.1 Gjeldende rett

Det følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav g at oppdragsgiver har avvisningsrett dersom leverandøren har vist betydelig eller vedvarende mangler i gjennomføringen av et grunnleggende krav ved en tidligere offentlig kontrakt, en tidligere kontrakt med en oppdragsgiver eller en tidligere konsesjonskontrakt som førte til at kontrakten ble hevet før tiden, eller ledet til erstatning eller andre lignende sanksjoner.

Bestemmelsen omfatter mislighold av tidligere kontrakter med det offentlige. Det er kun de kvalifiserte misligholdene som danner grunnlag for avvisning, jf. formuleringen *betydelige mangler*.¹⁵² Bestemmelsen åpner videre for at de kan foretas kumulasjon av mangler, jf. formuleringen «vedvarende mangler». Mangler som enkeltvis ikke når opp til terskelen, kan samlet danne grunnlag for avvisning.

I tillegg til at det må foreligge et kvalifisert mislighold, stilles det krav til at misligholdet må ha ført til heving, erstatning eller andre tilsvarende misligholds sanksjoner i løpet av kontraktstiden. For å kunne avvise etter denne bestemmelsen, må kontrakten med leverandøren derfor ha blitt hevet, leverandøren må ha blitt ilagt erstatning eller møtt med tilsvarende sanksjoner. Det er dermed ikke tilstrekkelig å kun vise til at leverandøren har misligholdt kontrakten på en kvalifisert måte.

Det fremgår av fortalen premiss 101 at formålet med bestemmelsen er å kunne avvise leverandører som følge av at tidligere kontrakter med det offentlige har vist at leverandøren er uegnet for formålet med anskaffelsen. I samsvar med fortalen har EU-domstolen fremholdt at oppdragsgiver bør kunne avvise en leverandør som har misligholdt en tidligere kontrakt på en kvalifisert måte, ettersom dette er egnet til å si noe om leverandørens pålitelighet.¹⁵³

Det følger av praksis fra EU-domstolen at oppdragsgiver ikke er bundet av tidligere vurderinger som er foretatt i forbindelse med en heving av kontrakt, og at oppdragsgiver må foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt leverandørens mislighold av en tidligere offentlig kontrakt påvirker leverandørens pålitelighet.¹⁵⁴

I sak C-682/21 *HSC Baltic and Others* konkluderte EU-domstolen med at medlemsstater kan føre midlertidige lister over upålitelige leverandører som har misligholdt offentlige kontrakter på en kvalifisert måte. Forutsetningen for å operere med en slik liste er at den overholder bestemmelser om maksimal utestengelsesperiode etter artikkel 57 nr. 7, ivaretar retten til self cleaning etter artikkel 57 nr. 6, og legger opp til en konkret vurdering av leverandørens pålitelighet som følge av misligholdet.¹⁵⁵ Listen må som følge av disse kravene være av en midlertidig karakter, hvor leverandørene som er oppført på listen gis mulighet til å vise til gjennomførte self cleaning-tiltak før avvisning besluttes.

I sak C-41/18 *Meca* hadde oppdragsgiver hevet en kontrakt om levering av skolemat på grunn av tilfeller av matforgiftning forårsaket av bakterier i maten.¹⁵⁷ Leverandøren utfordret lovligheten av hevingen i et søksmål mot oppdragsgiveren. EU-domstolen la til grunn at den omstendighet at det var tatt ut søksmål for å få prøvd rettmessigheten av hevingen, ikke var til hinder for at oppdragsgiver kunne avvise leverandøren.

Artikkel 57 nr. 4 bokstav g er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav f.

9.6.8.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 bokstav g i ny lov om offentlige anskaffelser som en avvisningsrett. Dette svarer til dagens gjennomføring i anskaffelsesforskriften.

Direktivet angir at manglene må være *betydelige* eller *vedvarende* og knytte seg til et grunnleggende krav. Til forskjell fra direktivbestemmelsen, benyttes formuleringen «vesentlig kontraktsbrudd» i anskaffelsesforskriften i dag. Vesentlig kontraktsbrudd er tilstrekkelig, men ikke nødvendig, for å oppfylle direktivets noe lavere terskel. For å unngå sammenblanding med vesentlighetslæren etter alminnelig kontraktsrett, foreslår utvalget derfor å benytte direktivets ordlyd, fremfor ordlyden i anskaffelsesforskriften i dag.

I dagens forskrift vises det til at det må gjelde en kontrakt med en oppdragsgiver som er omfattet av anskaffelsesloven. Utvalget kan ikke se at ordlyden kun åpner for at kontrakter med opp-

¹⁵² C-267/18 *Delta Antrepriză* avsnitt 27

¹⁵³ C-682/21 *HSC Baltic* avsnitt 36

¹⁵⁴ C-267/18 *Delta Antrepriză* avsnitt 29

¹⁵⁵ C-682/21 *HSC Baltic* avsnitt 39, 40 og 47

¹⁵⁶ C-927/19 *Klaipėdos* avsnitt 157 som angir at oppdragsgiveren må foreta en individuell vurdering av tilbyderens handlinger i lys av proporsjonalitetsprinsippet

¹⁵⁷ C-41/18 *Meca*

dragsgivere etter anskaffelsesloven gir avvisningsrett. Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsen i tråd med ordlyden, slik at også kontrakter etter forsyning- og konsesjonskontraktdirektivet, samt forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet kan gi avvisningsrett.

9.6.9 Grovt uriktige opplysninger [artikkel 57 nr. 4 bokstav h]

9.6.9.1 Gjeldende rett

Det følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav h at oppdragsgiver har avvisningsrett dersom leverandøren har gjort seg skyldig i grov fordreining av de opplysningene som kreves for kontrollen av at det ikke foreligger avvisningsgrunner og av om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Bestemmelsen omfatter også situasjoner der leverandøren har holdt slike opplysninger tilbake eller ikke er i stand til å framlegge underlagsdokumenter i henhold til artikkel 59.

Bestemmelsen regulerer situasjonene der leverandøren oppgir uriktige opplysninger, holder tilbake opplysninger eller ikke er i stand til å framlegge opplysninger/dokumenter som er nødvendige for oppdragsgivers vurdering av om det foreligger avvisningsgrunner, og om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. Avvisningsbestemmelsen skal disiplinere leverandørene til å oppgi korrekte opplysninger. Dette er særlig viktig etter innføringen av ESPD-skjemaet, der oppdragsgiver må legge til grunn leverandørens egenerklæring som foreløpig dokumentasjon.¹⁵⁸

En leverandør som har opptrådt på den beskrevne måten, kan skape tvil om leverandøren har den nødvendige integriteten som kontraktpart. Oppdragsgiver skal derfor ikke være forpliktet til å la leverandøren delta i konkurransen i slike tilfeller.¹⁵⁹

Avvisningsretten er som følge av uriktige opplysninger betinget av at leverandøren har «gjørt seg skyldig i grov fordreining» av opplysningene. Det følger av EU-domstolens praksis at det ikke er et krav om leverandøren må ha utvist forsett ved angivelsen av opplysningene. Det er følgelig ikke et krav om at leverandøren må ha oppgitt eller holdt tilbake opplysninger med hensikt, for at avvisning kan skje etter bestemmelsen.¹⁶⁰ Det er tilstrekkelig at leverandøren har utvist uaktsomhet, der opplysningene eller mangelen på disse

kan ha hatt avgjørende betydning for oppdragsgivers avvisnings- og kvalifikasjonsvurdering.¹⁶¹ Som eksempel kan unnlatelse av å opplyse om at daglig leder er straffedømt, medføre avvisning etter denne bestemmelsen.¹⁶²

Opplysningene må kunne ha vesentlig innflytelse på oppdragsgiverens beslutninger. Det innebærer at opplysninger som i seg selv ikke er vesentlige for avvisning- eller kvalifikasjonsvurderingen, ikke omfattes. Illustrerende er KOFA-2014-136 der klagenemnda konkluderte med at det ikke var anledning til å avvise en leverandør som ikke hadde oppgitt kontaktperson for referanser, selv om dette var et krav.¹⁶³

Videre gir bestemmelsen avvisningsrett dersom leverandøren som ikke er i stand til å levere underlagsdokumenter i henhold til artikkel 59. Artikkel 59 gir regler om det felles europeiske egenerklæringsskjemaet (ESPD-skjema). Leverandørens egenerklæring trer i stedet som foreløpig dokumentasjon på fravær av avvisningsgrunner, oppfyllelse av kvalifikasjonskrav og eventuelle utvelgelseskriterier. Oppdragsgiver er kun forpliktet til å innhente underlagsdokumentasjonen til leverandøren som tildeles kontrakt. Oppdragsgiver kan imidlertid på ethvert stadium i konkurransen kreve fremlagt underlagsdokumentasjonen. Avvisningsretten etter artikkel 57 nr. 4 bokstav h inntreffer når leverandøren ikke kan fremlegge dette. Bestemmelsen om avvisningsrett for manglende underlagsdokumentasjon har en side til avvisningsplikten for manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, ettersom det er en nær sammenheng mellom oppfyllelse av dokumentasjonskrav og kvalifikasjonskrav.¹⁶⁴

Artikkel 57 nr. 4 bokstav h er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 bokstav g og h.

9.6.9.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 bokstav h som en bestemmelse om avvisningsrett i anskaffelsesforskriften.

Bestemmelsen er i dag gjennomført sammen med artikkel 57 nr. 4 bokstav i. Dette innebærer at alle situasjonene knyttet til uriktige opplysninger er samlet i én bestemmelse, og ikke delt slik som i

¹⁵⁸ Arrowsmith 2014 kapittel 12-96

¹⁵⁹ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

¹⁶⁰ C-387/14 Esaprojekt avsnitt 70

¹⁶¹ Ibid. avsnitt 71 og 72. Avgjørelsen er avsagt etter tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesdirektivet 2004 artikkel 45 nr. 2 bokstav g, men antas å ha overføringsverdi for tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesdirektivet 2014

¹⁶² C-178/16 Impresa di Costruzioni avsnitt 48

¹⁶³ KOFA-2014-136 Sverresborg Trøndelag Folkemuseum

¹⁶⁴ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.6

direktivet. I direktivet skilles det mellom grovt uriktige opplysninger som har påvirket avvisning- og kvalifikasjonsvurderingen (artikkel 57 nr. 4 bokstav h), og villedende opplysninger knyttet til avvisning, utvelgelse og tildeling (artikkel 57 nr. 4 bokstav i).

Det har på bakgrunn av sammenslåingen av direktivbestemmelsene blitt diskutert i teorien hvorvidt den norske gjennomføringen har medført en regel som avviker fra anskaffelsesdirektivet. Det er blant annet pekt på at anskaffelsesforskriften opererer med et vilkår om at de uriktige eller misvisende opplysningene må ha medført vesentlig innflytelse på oppdragsgivers beslutninger.¹⁶⁵ Det er vist til i teorien at artikkel 57 nr. 4 bokstav h ikke opererer med et tilsvarende strengt innvirkningskrav.¹⁶⁶ For å unngå uklarhet knyttet til den norske gjennomføringen og forholdet til direktivbestemmelsen, foreslår utvalget å gjennomføre bestemmelsen i tråd med direktivets ordlyd. Dette innebærer en endring fra dagens gjennomføring i anskaffelsesforskriften.

9.6.10 Utilbørlig påvirkning av oppdragsgivers beslutningsprosesser mv. [artikkel 57 nr. 4 bokstav i]

9.6.10.1 Gjeldende rett

Det følger av artikkel 57 nr. 4 bokstav i at oppdragsgiver kan avvise en leverandør som på utilbørlig måte har forsøkt å påvirke oppdragsgivers beslutningsprosess. Bestemmelsen angir videre at oppdragsgiver kan avvise en leverandør som har forsøkt å innhente fortrolige opplysninger som kan gi utilbørlige fordeler i konkurransen. Oppdragsgiver kan også avvise en leverandør som uaktsomt har gitt villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger knyttet til utelukkelse, utvelgelse eller tildeling av kontrakt.

Når det gjelder villedende opplysninger, synes det å være en viss overlap mellom denne bestemmelsen og artikkel 57 nr. 4 bokstav h, som regulerer avvisning på grunn av grovt uriktige eller manglende opplysninger. Artikkel 57 nr. 4 bokstav i dekker imidlertid ikke bare opplysninger som gjelder avvisning- og kvalifikasjonsvurderingen, men også tildeling, jf. formuleringen «villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger vedrørende utelukkelse, utvelgelse eller tildeling».¹⁶⁷

I likhet med bestemmelsen om grovt uriktige opplysninger, ivaretar artikkel 57 nr. 4 bokstav i hensynet til at oppdragsgiver ikke skal være tvunget til å la en leverandør som har forsøkt å påvirke oppdragsgivers beslutninger, eller prøvd å få tilgang til fortrolige opplysninger, delta i konkurransen. En slik opptreden viser uetisk adferd som berettiger avvisning.¹⁶⁸

Det er ikke et krav om at leverandøren faktisk har påvirket oppdragsgivers beslutninger eller innhentet fortrolige opplysninger. Det er tilstrekkelig at leverandøren har forsøkt dette. I relasjon til det første alternativet – påvirke oppdragsgivers beslutninger – kreves det at forsøket har skjedd på en utilbørlig måte.

Direktivbestemmelsen i bokstav i er ut over dette i liten grad behandlet i teorien og praksis.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 4 bokstav i er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav g og h.

9.6.10.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 bokstav i som en avvisningsrett som i anskaffelsesforskriften.

Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsen tett opp til direktivets ordlyd. Dette innebærer en annen ordlyd enn den som følger av anskaffelsesforskriften i dag. I dagens gjennomføring av bestemmelsen er det blant annet ikke angitt et aktsomhetskrav, slik det følger av direktivet.¹⁶⁹

Direktivet bruker begrepet *utilbørlig*. Bestemmelsen gir ingen nærmere veiledning på hva som ligger begrepet *utilbørlig*, men etter utvalgets syn vil ordlyden ramme uredelig og urettmessig adferd på leverandørens side. Utvalget foreslår å benytte direktivets begrep her. Selv om dette innebærer endret begrepsbruk sammenlignet med anskaffelsesforskriften, er utilbørlig ellers et kjent begrep i norsk rett og er mye benyttet i domstolspraksis på arve- og strafferettens område.

I teorien legges det til grunn at bestemmelsen tar sikte på handlinger som skjer i den aktuelle anskaffelsen. Det er samtidig antatt at handlinger som begås i en anskaffelse og som rammes av artikkel 57 nr. 4 bokstav i, kan danne grunnlag for avvisning i fremtidige anskaffelser etter bestemmelsen om alvorlig yrkesmessig forsømmelser (artikkel 57 nr. 4 bokstav c) eller etter bestemmelsen om grovt uriktige opplysninger (artikkel 57

¹⁶⁵ Anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav g

¹⁶⁶ Thue 2018 side 915

¹⁶⁷ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.8

¹⁶⁸ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

¹⁶⁹ Thue 2018 side 915

nr. 4 bokstav h).¹⁷⁰ Utvalget er enig at dette må være en nærliggende tolkning.

Boks 9.6 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 første avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-5
- å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 første avsnitt bokstav e og f som avvisningsplikter i § 16-4.

9.7 Unntak fra avvisningsretten [artikkel 57 nr. 4 andre avsnitt]

9.7.1 Gjeldende rett

Bestemmelsen fastsetter et unntak fra avvisningsretten i artikkel 57 nr. 4 første avsnitt bokstav b, som gjelder avvisningsrett som følge av leverandørens konkurs, insolvens mv.

Artikkel 57 nr. 4 andre avsnitt fastsetter at medlemsstatene kan kreve eller gi oppdragsgiver mulighet til ikke å avvise en leverandør som omfattes av første avsnitt bokstav b, dersom oppdragsgiver har fastslått at leverandøren er i stand til å gjennomføre kontrakten, i lys av nasjonale regler og tiltak for fortsatt drift av virksomheten.

Direktivbestemmelsen er ikke direkte gjennomført i anskaffelsesforskriften.

9.7.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår ikke å gjennomføre artikkel 57 nr. 4 andre avsnitt. Etter utvalgets syn vil forholdsmessighetsbegrensningen som gjelder ved bruk av avvisningsretten i artikkel 57 nr. 4 antagelig lede til tilsvarende vurderinger i enkelte tilfeller. Videre er det kun en avvisningsrett slik at oppdragsgiver ikke er pålagt å avvise ved disse tilfellene.

Boks 9.7 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å ikke gjennomføre artikkel 57 nr. 4 andre avsnitt i ny lov om offentlige anskaffelser.

9.8 Tidspunktet for avvisning [Artikkel 57 nr. 5]

9.8.1 Gjeldende rett

Artikkel 57 nr. 5 inneholder bestemmelser om tidspunktet for avvisning av leverandører ved forhold som etter direktivet kan eller skal føre til avvisning.

Direktivbestemmelsen er ifølge Forenklingsutvalget et resultat av at anskaffelsesdirektivet gir oppdragsgiver adgang til å evaluere tilbudene før det vurderes om det foreligger en avvisningsgrunn. Forenklingsutvalget uttalte videre at bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver ikke nødvendigvis vurderer om en leverandør skal avvises, eller at dette gjøres på et sent tidspunkt i konkurransen.¹⁷¹

Artikkel 57 nr. 5 første avsnitt angir at oppdragsgiver når som helst i anskaffelsesprosessen skal avvise en leverandør som befinner seg i en situasjon som skal lede til avvisning i medhold av artikkel 57 nr. 1 og 2. Det er uten betydning om omstendigheten som fører til at leverandøren befinner seg i den aktuelle situasjonen har oppstått før eller under den pågående anskaffelsesprosedyren.

Artikkel 57 nr. 5 andre avsnitt angir at oppdragsgiver når som helst i anskaffelsesprosessen kan avvise en leverandør som befinner seg i en situasjon som kan lede til avvisning i medhold av artikkel 57 nr. 4. Også her er det uten betydning om den aktuelle omstendigheten inntraff før eller under den pågående anskaffelsesprosedyren.

Artikkel 57 nr. 5 viser til tidspunktet for avvisning av leverandøren i relasjon til avvisningsgrunnene som er nevnt i artikkel 57 nr. 1, 2 og 4. Etter sin ordlyd gjelder bestemmelsen derfor ikke avvisning utover avvisning som følge av forhold ved leverandøren slik angitt i nevnte punkter i artikkel 57.

Praksis fra EU-domstolen fastslår at oppdragsgivers vurdering av hvorvidt det foreligger en avvisningsgrunn skal skje snarest mulig.¹⁷² Sentralt her står hensynet til leverandørene, herunder at de har interesse i å få fastlagt deltakelsesmuligheten så tidlig som mulig for ikke å binde opp ressurser lengere enn nødvendig. I tillegg bør avvisningen komme så tidlig at leverandøren kan påklage beslutningen før tildelingen har funnet

¹⁷⁰ Arrowsmith 2014 kapittel 12-145

¹⁷¹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.5.2

¹⁷² Forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* avsnitt 43 og 44

sted. Oppdragsgiver må samtidig innvilges tilstrekkelig tid til å foreta en forsvarlig vurdering av avvisningsspørsmålet, og ses i lys av oppdragsgivers adgang til å evaluere tilbudene før avvisningsgrunnene i artikkel 57 vurderes.

Det følger av norsk praksis knyttet til bestemmelsen at forhold ved leverandøren eller tilbudet som gir avvisningsplikt alltid vil kunne gjøres gjeldende, til tross for at avvisningsspørsmålet ikke har blitt vurdert så snart som mulig.¹⁷³ Begrunnelsen er at avvisningsplikten gjelder på ethvert stadium av en konkurranse, og at denne ikke bortfaller selv om oppdragsgiver ikke har vurdert avvisningsspørsmålet tilstrekkelig raskt.¹⁷⁴ Motsetningsvis kan oppdragsgiveren som hovedregel ikke påberope avvisningsretten etter tildeling, med mindre oppdragsgiver blir kjent med nye faktiske forhold som kan gi grunnlag for avvisningsrett.^{175 176}

Artikkel 57 nr. 5 er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 24-2 femte ledd og 24-10 første ledd andre setning.

9.8.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 5 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften i dag.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 5 viser til at avvisning kan skje på bakgrunn av handlinger som er foretatt før eller underveis i konkurransen.¹⁷⁷ Utvalget ser det ikke som nødvendig å presisere dette i ordlyden, da dette følger av sammenhengen i regelverket.

Forskriftsbestemmelsen som gjennomfører bestemmelsen er ikke begrenset til å gjelde avvisning som følge av forhold ved leverandøren, slik artikkel 57 nr. 5 synes å være. Anskaffelsesforskriften § 24-10 omfatter etter sin ordlyd avvisning på generelt grunnlag, herunder avvisning som følge av formale feil og avvisning som følge av forhold ved tilbudet. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at bestemmelsen gis et videre anvendelsesområde enn kun for forhold knyttet til leverandøren, og foreslår derfor å videreføre dagens løsning knyttet til dette.

Utover ovennevnte, gjennomfører ikke anskaffelsesforskriften § 24-10 direktivbestemmelser. Utvalget har vurdert om bestemmelsen om at avvisningsspørsmålet skal vurderes snarest mulig skal videreføres, selv om det ikke følger av direktivet. Ettersom dette er kodifisering av EU-domstolens praksis, foreslår utvalget å videreføre dette.

Utvalget ser det imidlertid ikke som hensiktsmessig å videreføre dagens bestemmelse om at avvisning kan utsettes til etter at avklaringer er foretatt, som fremgår av anskaffelsesforskriften § 24-10 tredje ledd. Etter utvalgets syn følger dette allerede av bestemmelsen, og det er ikke nødvendig at dette lovfestes i egen bestemmelse.

Hva gjelder anskaffelsesforskriften § 24-10 tredje ledd, som angir at oppdragsgiver snarest mulig skal gi leverandøren en skriftlig meddelelse om avvisningen, har denne bestemmelsen ingen direkte parallell i anskaffelsesdirektivet. Anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2 bokstav a og b fastsetter imidlertid at oppdragsgiver skal gi en meddelelse til avviste leverandører om grunnlaget for avvisning, dersom leverandøren ber om det. Det vises i denne forbindelse til første delutredning NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.33.9. Ettersom oppdragsgiver er forpliktet til å gi begrunnelse på forespørsel, samt at prinsippet om gjennomsiktighet tilsier at det gis en begrunnelse, er utvalgets syn at dagens bestemmelse om begrunnelse bør videreføres. Etter utvalgets syn vil derfor praksis knyttet til denne bestemmelsen videreføres. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse. Bestemmelsen bygger på hensynet til leverandøren, herunder at begrunnelsen skal gjøre leverandøren i stand til å vurdere om avvisningen bygger på korrekt grunnlag, og om det er grunnlag for å utfordre beslutningen. Kravet til begrunnelse vil være oppfylt dersom det vises til hjemmelen for avvisning og hvilke faktiske forhold som ligger til grunn for avvisningen.¹⁷⁸ Det stilles ingen andre formkrav enn skriftlighet.¹⁷⁹

Utvalget har merket seg at spørsmålet om begrunnelse ved avvisning nylig ble behandlet av EU-domstolen i C-66/22 *Infraestructuras de Portugal SA*. EU-domstolen fremholdt at begrunnelsesplikten etter artikkel 55 nr. 2 også innebærer at oppdragsgiver må begrunne hvorfor oppdragsgiver ikke benytter en avvisningsrett etter artikkel 57 nr. 4 i de tilfeller en leverandør er omfattet av en avvisningsgrunnene i bestemmelsen.¹⁸⁰ At

¹⁷³ KOFA-2008-197 Utlendingsdirektoratet avsnitt 21 med videre henvisninger

¹⁷⁴ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-10

¹⁷⁵ LH-2014-168975

¹⁷⁶ Rt-1998-1398 Torghatten

¹⁷⁷ Merk at den norske oversettelsen viser til handlinger som er foretatt før eller etter konkurransen. I lys av ordlyden i den danske og engelske versjonen som sier «underveis i konkurransen», mener utvalget at det må være riktig forståelse.

¹⁷⁸ KOFA-2014-55 Bergen kommune Trafikketaten avsnitt 72

¹⁷⁹ Ibid. Her ble en avvisningsbeslutning sendt via e-post akseptert.

oppdragsgiver ikke velger å avvise kan skyldes at dette vil være uforholdsmessig. Domstolen fremholder at begrunnelsen for ikke å avvise kan inn tas i tildelingsbeslutningen, slik at øvrige leverandører kan vurdere om denne vurderingen bør prøves rettslig.¹⁸¹ Det vises til kapittel 27 som redegjør for innholdet av begrunnelsen i tildelingsbeslutningen.

Boks 9.8 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 57 nr. 5 i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-13
- å videreføre kravet om begrunnelse ved avvisning i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-13.

9.9 Self cleaning [artikkel 57 nr. 6]

9.9.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet pålegger oppdragsgivere en plikt til å avvise en leverandør som har begått alvorlige straffbare forhold, og en rett til å avvise en leverandør som av andre grunner heller ikke har den nødvendige integriteten som kontraktspart til det offentlige, jf. artikkel 57 nr. 1 og 4.

Anskaffelsesdirektivet gir imidlertid leverandører som har begått slike misligheter muligheten til å unngå avvisning hvis leverandøren kan vise til at det er «ryddet opp» i egen virksomhet. Dette kalles «self cleaning», og reguleres av anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 6.

Det følger av artikkel 57 nr. 6 første ledd at en leverandør som er omfattet av en av situasjonene i nr. 1 og 4 kan legge frem bevis på at leverandøren har truffet tiltak som er tilstrekkelig til å dokumentere leverandørens pålitelighet. Anses de fremlagte bevisene som tilstrekkelige skal leverandøren ikke avvises fra konkurransen.

Bestemmelsen gir altså leverandører som er omfattet av en avvisningsgrunn mulighet til å unngå avvisning dersom det kan dokumenteres at leverandørene likevel har den nødvendige pålitelighet. Bestemmelsen er også et utslag av likebehandlingsprinsippet, ved at leverandører som har ryddet opp i egen organisasjon ikke skal like-

stilles med leverandører som ikke har gjennomført avbøtende tiltak.¹⁸² Det kan i tillegg være uforholdsmessig å reagere med avvisning overfor en leverandør som har satt i verk slike tiltak, og på den måten gjenopprettet nødvendig integritet. Reglene om self cleaning gir også leverandørene insentiver til å innrette virksomheten sin på en måte som forhindrer nye overtredelser.

Etter sin ordlyd retter bestemmelsen om self cleaning seg mot tilbydererselskapet, jf. formuleringen *leverandøren*. Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at underleverandører også er omfattet av bestemmelsen, og kan benytte seg av retten til self cleaning, blant annet for å unngå utskiftning.¹⁸³

Artikkel 57 nr. 6 andre avsnitt lister opp ulike self cleaning-tiltak leverandørene kan gjennomføre for å demonstrere tilstrekkelig integritet. Dette er:

- Betaling av erstatning eller at leverandøren har påtatt seg å betale erstatning for eventuell skade som har oppstått som følge av overtredelsen,
- Aktivt samarbeid med offentlige myndigheter ved detaljert klargjøring av fakta og omstendigheter rundt overtredelsen, og
- Gjennomføring av konkrete, tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak som er hensiktsmessige for å hindre nye overtredelser.

Det fremgår av fortalen at slike tiltak for eksempel kan være omorganiseringstiltak for å forebygge gjentakelser, implementering av varsling- og kontrollrutiner, samt opplæring og innføring av interne retningslinjer.¹⁸⁴

Det fremgår også av fortalen at den nærmere reguleringen og vurderingen av om det er gjennomført tilstrekkelige self cleaning-tiltak, er overlatt til medlemsstatene.¹⁸⁵ Dette henger sammen med at det er den enkelte oppdragsgiver som er nærmest til å vurdere om en leverandør som risikerer avvisning likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart. At dette er en vurdering som tilligger oppdragsgiver, hindrer likevel ikke at vurderingen kan delegeres til andre relevante myndigheter.^{186 187}

¹⁸² NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.7.1

¹⁸³ C-210/20 Rad Service avsnitt 36 og 37

¹⁸⁴ Anskaffelsesdirektivet 2014 fortalen premiss 102

¹⁸⁵ Ibid.fortalen premiss 102

¹⁸⁶ Ibid. fortalen premiss 102

¹⁸⁷ C-472/19 Vert Marine avsnitt 29

¹⁸⁰ C-66/22 Infraestruturas de Portugal SA

¹⁸¹ Ibid. avsnitt 90

Det kreves at leverandøren har gjennomført samtlige relevante self cleaning-tiltak for å unngå avvisning. Hva som anses som relevante tiltak må vurderes konkret. Det er for eksempel kun ved overtredelser som kan gi grunnlag for erstatningsansvar, at det vil være aktuelt med et krav om at leverandøren har betalt eller gitt tilsagn om erstatning. Videre er det kun hvor det er noen myndigheter å samarbeide med (for eksempel konkurransetilsynet i forbindelse ved brudd på konkurransereglene), at det er aktuelt å vurdere hvorvidt leverandøren har samarbeidet med offentlige myndigheter. Er den mulige avvisningsgrunnen at leverandøren har vesentlig misligholdt en tidligere kontrakt, vil det for eksempel ikke være noen myndigheter å samarbeide med.¹⁸⁸

Det følger av artikkel 57 nr. 6 tredje ledd at tiltakene leverandøren har gjennomført skal vurderes i lys av grovheten, og de særlige omstendighetene rundt, overtredelsen. Vurderingen skal tilpasses den konkrete anskaffelsen. Er det for eksempel tale om en særlig kritisk anskaffelse, kan oppdragsgivers krav til self cleaning-tiltak være strengere enn hvis det er tale om levering av hyllevarer.¹⁸⁹ Det er videre lagt til grunn i praksis at de gjennomførte tiltakene ikke må fremstå som formelle tiltak for å unngå avvisning, men være reelt rettet mot å forhindre gjentakelser.¹⁹⁰ Hvorvidt tiltakene som er gjennomført er tilstrekkelige, er en vurdering som til en viss grad er overlatt til oppdragsgivers skjønn.¹⁹¹

Utgangspunktet er at leverandørene på ethvert stadium i konkurransen har rett til å inngi dokumentasjon på gjennomførte self cleaning-tiltak. Leverandørene må med andre ord ikke inngi denne dokumentasjon (uoppfordret) sammen med tilbudet for å unngå avvisning. I sak C-387/19 RTS uttalte EU-domstolen at reglene om self cleaning imidlertid ikke er til hinder for at medlemsstatene eller oppdragsgiver krever at dokumentasjon på self cleaning-tiltak må innsendes sammen med tilbudet for å unngå avvisning.¹⁹² Dette forutsetter at et krav om uoppfordret å inngi dokumentasjon på self cleaning-tiltak fremgår klart, presist og utvetydig i anskaffelsesdokumentene eller i en nasjonal bestemmelse i lov eller forskrift.

Det følger videre av artikkel 57 nr. 6 tredje avsnitt siste setning at oppdragsgiver skal gi leve-

randøren en begrunnelse, dersom tiltakene ikke anses for å være tilstrekkelige. Begrunnelsen skal sette leverandøren i stand til å kunne etterprøve om oppdragsgiverens vurdering av tiltakene er foretatt i samsvar med regelverket og reglene fastsatt for konkurransen. Dersom self cleaning-tiltakene ikke anses tilstrekkelige, så er resultatet at leverandøren avvises i medhold av artikkel 57 nr. 1 eller 4.

Artikkel 57 nr. 6 siste avsnitt fastsetter at en leverandør som er utestengt fra å delta i offentlige anskaffelser i en endelig dom, ikke skal ha rett til å benytte adgangen til self cleaning i løpet av utelukkellesperioden som er fastsatt i dommen, i medlemsstatene der dommen er gyldig. Dette innebærer en begrensning i adgangen til self cleaning der leverandøren er utestengt fra deltakelse i offentlige anskaffelser. Det følger av EU-domstolens praksis at utestengelsen må være fastsatt i den endelige dommen, og at det er kun i disse tilfellene at det ikke er adgang til self cleaning.¹⁹³

Artikkel 57 nr. 6 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-5 første og andre ledd.

9.9.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 6 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften i dag.

Hovedforskjellen mellom direktivbestemmelsen og den norske bestemmelsen som gjennomfører direktivet, er at direktivet gir leverandørene rett til å foreta self cleaning i flere situasjoner enn det anskaffelsesforskriften § 24-5 første ledd gjør. Der direktivbestemmelsen åpner for self cleaning for de straffbare forholdene i artikkel 57 nr. 1 og de frivillige avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4, gir forskriftsbestemmelsen etter sin ordlyd en rett til self cleaning for de straffbare forholdene, og kun for noen av de frivillige avvisningsgrunnene.¹⁹⁴

Den norske bestemmelsen gir etter sin ordlyd dermed en snevrere self cleaning adgang enn den som følger av anskaffelsesdirektivet.¹⁹⁵ Samtidig er det fremholdt i teorien at det i praksis ikke vil være mulig å gjennomføre self cleaning-tiltak for alle avvisningsgrunnene, og at self cleaning der-

¹⁸⁸ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-5

¹⁸⁹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.7.2

¹⁹⁰ KOFA-2011-206 Rana kommune

¹⁹¹ LB-2016-16753 NAV

¹⁹² C-387/19 RTS

¹⁹³ C-472/19 Vert Marine avsnitt 20

¹⁹⁴ Se anskaffelsesforskriften § 24-5 første ledd som angir at self-cleaning gjelder forhold som nevnt i § 24-2 tredje ledd bokstav c, e, f og i

¹⁹⁵ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-5: Det er antatt i teorien at oppdragsgiver heller ikke kan avvise en leverandør som har gjennomført self cleaning-tiltak for de øvrige avvisningsgrunnene som gjennomfører artikkel 57 nr. 4.

for ikke er relevant for alle avvisningsgrunnene.¹⁹⁶ Utvalget er enig i at det i visse situasjoner fremstår som vanskelig å se at self cleaning skal være mulig. Samtidig er direktivets ordlyd klar. I tillegg er det fremholdt i EU-domstolens praksis at medlemsstatene må gi leverandørene mulighet til å vise til self cleaning-tiltak der direktivet åpner for dette.¹⁹⁷ ¹⁹⁸ Ettersom direktivets ordlyd og EU-domstolens praksis er klar, foreslår utvalget å åpne opp for self cleaning tiltak ved samtlige avvisningsgrunner i artikkel 57 nr. 1 og 4. Tilsvarende er gjort i udbudsloven og lag om offentlig upphandling.

Det følger av ordlyden i artikkel 57 nr. 6 siste avsnitt at en leverandør som i en endelig dom er utestengt fra å delta i offentlige anskaffelser, ikke kan vise til gjennomførte self cleaning-tiltak for å unngå avvisning i løpet av avvisningsperioden i medlemsstaten dommen er gyldig. En tilsvarende begrensning er ikke inntatt i anskaffelsesforskriften § 24-5. Bakgrunnen for at denne ikke er inntatt i forskriften fremstår som uklart, men det kan etter utvalgets syn skyldes at det i liten grad opereres med dommer som går ut på at leverandører blir utestengt fra offentlige anskaffelser i Norge. Utvalget er enig i at denne situasjonen ikke fremstår veldig praktisk. Samtidig er utvalgets syn at når denne begrensningen følger av direktivet, vil det være riktig å gjennomføre denne i ny lov om offentlige anskaffelser.

Om det nærmere innholdet av denne begrensningen i bruk av self cleaning-tiltak følger det av bestemmelsen i direktivet at det gjelder i «den medlemsstaten» der dommen er *gyldig*. I den danske og engelske versjonen er det vist til medlemsstater i flertall, og der dommen har *virkning* og «is effective». Hva som ligger i formuleringen «where the judgment is effective» er ikke nærmere beskrevet i direktivet. Uttalelser av Arrowsmith knyttet til denne bestemmelsen, trekker i retning av at det ikke er noen automatikk i at en rettskraftig dom om utestengelse i et EU-land har virkning i andre EU-land.¹⁹⁹ Dette harmonerer også med utgangspunktet om at nasjonale domstoler avsier straffedommer som i utgangspunktet gjelder, og har virkning i landet avgjørelsen er avsagt i. Dette kan tilsi at begrensningen i artikkel 57 nr. 6 kun gjelder i det landet utestengelsesdommen er avsagt i. Sistnevnte vil uansett etter utvalgets syn også bero på den strafferettslige reguleringen av

straffedommers virkninger i ulike medlemsstater, og bestemmelsens innhold må også fastlegges i lys av dette.

Utvalget har merket seg at fra og med januar 2023 har oppdragsgivere en plikt til å innhente en veiledende uttalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vedrørende en leverandørs integritet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil ta stilling til om vilkårene for self cleaning er oppfylt, basert på innsendt dokumentasjon fra leverandøren.²⁰⁰ Deretter kan oppdragsgiveren velge om denne vurderingen skal legges til grunn. Det følger av forarbeidene at dette vil sikre en enhetlig praksis av denne typen vurderinger og være ressursbesparende for oppdragsgiverne.²⁰¹ Utvalget ser fordelene av at oppdragsgivere kan innhente en slik vurdering, ettersom dette kan være krevende vurderinger. Samtidig har ikke utvalget fått inntrykk av at det er etterspørsel etter en slik sentralisering av denne vurderingen. Utvalget foreslår derfor ikke en slik ordning i Norge.

Boks 9.9 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 57 nr. 6 i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-7.

9.10 Utestengelsesperiode [artikkel 57 nr. 7]

9.10.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 7 første setning pålegger medlemstatene å utforme regler som skal gjennomføre bestemmelsene i artikkel 57.

Av artikkel 57 nr. 7 andre setning fremgår det at medlemsstatene skal fastsette den maksimale avvisningsperioden for en leverandør som ikke har gjennomført self cleaning tiltak. Bestemmelsen fastsetter videre at dersom avvisningsperioden ikke er fastsatt i en endelig dom, så skal den maksimale utestengelsesperioden være fem år regnet fra domstidspunktet for tilfellene nevnt i artikkel 57 nr. 1, og maksimalt tre år fra da den relevante hendelsen fant sted for avvisningssituasjonene nevnt i artikkel 57 nr. 4.

¹⁹⁶ Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.123

¹⁹⁷ C-472/19 Vert Marine avsnitt 21 og 22

¹⁹⁸ Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.127

¹⁹⁹ Arrowsmith 2014 kapittel 12-110

²⁰⁰ Erhvervsministeren 2022 kapittel 2.3.3

²⁰¹ Ibid. kapittel 2.3.2

For de straffbare avvisningssituasjonene i artikkel 57 nr. 1 er fristreglene, herunder starttidspunktet for beregningen av den maksimale utelukkelsesperioden, klare. Den maksimale utelukkelsesperioden regnes fra domstidspunktet.

For avvisningssituasjonene i artikkel 57 nr. 4 beregnes den maksimale utelukkelsesperioden fra tidspunktet da den «relevante hendelsen» fant sted. Hva som utgjør den relevante hendelsen, er ikke entydig. Dette tidspunktet kan være da overtredelsen faktisk skjedde, eller da den ble stadfestet av relevante myndigheter i et vedtak. I sak C-124/17 *Vossloh Laeis* uttalte EU-domstolen at der overtredelsen er slått fast av relevante myndigheter, beregnes utelukkelsesperioden fra tidspunktet overtredelsen ble fastslått av myndighetene, og ikke når selve overtredelsen skjedde, selv om dette tidspunktet kan være mye tidligere.²⁰² Avgjørelsen gjaldt beregning av utelukkelsesperiode for overtredelser av konkurransereglene, jf. artikkel 57 nr. 4 bokstav d, men kan antagelig også gi veiledning for beregning av utelukkelsesperioden etter de øvrige avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4. Der som den relevante hendelsen ikke er stadfestet av kompetente og relevante myndigheter, beregnes den maksimale utelukkelsesperioden på tre år fra tidspunktet for hendelsen.²⁰³

Innenfor den maksimale avvisningsperioden fastsatt av medlemsstatene, utøver oppdragsgiver et skjønn med hensyn til hvor lenge en leverandør kan avvises fra deltakelse i offentlige anskaffelser. En forutsetning for avvisning innenfor denne perioden er at det ikke er gjennomført self cleaning-tiltak etter artikkel 57 nr. 6.

Hvor lenge en leverandør kan avvises innenfor den aktuelle tidsrammen, må vurderes i lys av forholdsmessighetsprinsippet. Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser gir veiledning til denne vurderingen.²⁰⁴ Her fremgår det at forholdsmessighetsprinsippet innebærer at avvisningsperioden må være relativ til den straffbare handlingen. Ved vurderingen av perioden på avvisningen bør oppdragsgiver også se hen til tiden fra leverandøren ble rettskraftig dømt eller vedtok et forelegg. I tillegg fremheves det at oppdragsgiver bør gjøre en generell vurdering av konsekvensene en avvisning vil ha. I denne vurderingen kan det være av betydning om det er få eller mange aktører i markedet.²⁰⁵

²⁰² C-124/17 *Vossloh Laeis* avsnitt 34 følgende

²⁰³ Se i den retning *ibid.* avsnitt 34 følgende

²⁰⁴ Nærings- og fiskeridepartementet 2017

²⁰⁵ *Ibid.* kapittel 36.8.2

I teorien er det antatt at det er en objektiv forholdsmessighetsvurdering som skal legges til grunn, og ikke hvorvidt avvisningen vil ramme leverandøren spesielt hardt. Et moment i vurderingen vil være straffverdigheten av handlingen, herunder lengden på straffen.²⁰⁶ I tillegg vil allmennpreventive hensyn gjøre seg gjeldende ved vurderingen, fordi anskaffelsesreglene er en del av avskrekkingen og fordi prevensjonshensynet kan variere med type overtredelse. Der det faktisk foreligger dom eller forelegg, skal oppdragsgiver ikke foreta en selvstendig vurdering av alvorligheten, men se hen til den utmålte straffen.²⁰⁷ Karakteren av kontrakten som skal inngås, vil også ha betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Desto høyere grad av samarbeid det er mellom oppdragsgiveren og leverandøren, og desto større behov for tillit, desto lengre tidsperiode kan aksepteres.^{208 209}

Reglene om utestengesperiode er gjennomført i sin helhet i anskaffelsesforskriften § 24-6 første og andre ledd.

9.10.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 57 nr. 7 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår å gjennomføre direktivet tett opp til direktivets ordlyd. Dette innebærer at forslag til ny bestemmelse avviker noe fra gjennomføringen av bestemmelsen i anskaffelsesforskriften.

Etter direktivet er det opp til medlemsstatene å fastsette den maksimale perioden. Perioden er i dag satt til maks fem år for de obligatoriske avvisningsgrunnene, og tre år for de frivillige, slik fremgår av direktivet. Dette er også slik de fleste land har gjennomført bestemmelsen.²¹⁰ Utvalget ser ikke grunn til å endre denne perioden. Utvalget vil imidlertid understreke at dette er den maksimale utestengesperioden. Det er derfor opp til oppdragsgiver å vurdere i hvert enkelt tilfelle hva som skal være den maksimale utestengesperioden. I teorien er det vist til at varigheten av utestengesperioden særlig må vurderes der det er svært lang tid mellom den relevante hendelsen, eller det straffbare forholdet, og en eventuell

²⁰⁶ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-6

²⁰⁷ Forsynings- og administrasjonsdepartementet – fortolkningsuttalelse 12. januar 2011 – anskaffelsesforskriften 2011

²⁰⁸ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-6

²⁰⁹ KOFA-2009-28 GKI Grenlandskommunenes Innkjøpsenhet

²¹⁰ Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.159

dom eller vedtak.²¹¹ Utvalget er enig i at dette er et relevant hensyn.

I artikkel 57 nr. 7 omfatter den maksimale avvsningsperioden på tre år alle de frivillige avvsningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4, mens det i anskaffelsesforskriften § 24-6 kun er vist til treårig utestengelsesperiode for enkelte av de frivillige avvsningsgrunnene i anskaffelsesforskriften § 24-2.²¹² Dette innebærer at det ikke synes å gjelde en bestemt avvsningsperiode for øvrige frivillige avvsningsgrunner i § 24-2 tredje ledd. I teorien er det tatt til orde for at det for enkelte av bestemmelsene ikke er mulig å angi en tidsperiode, herunder for avvsningsgrunner knyttet til artikkel 57 nr. 4 e og f.²¹³ For avvsningsgrunnene i artikkel 57 nr. 4 h og i og b er det i teorien hevdet at det er usikkert om det er adgang til å operere med en tidsfrist.²¹⁴ Dette ser ut til å samsvare med reguleringen i anskaffelsesforskriften. Utvalget har valgt å videreføre systemet i anskaffelsesforskriften, for

å ikke forvirre brukerne ved å henvise til en frist som ikke synes relevant.

Utestengelsesperioden direktivet angir er spesifikt knyttet opp mot de obligatoriske avvsningsgrunnene og de frivillige grunnene. Det er i teorien tatt til orde for at selv om en avvsningsbestemmelse gjøres til en plikt istedenfor en rett, slik det er adgang til etter nr. 4 er det fortsatt avvsningsperioden på tre år som gjelder.²¹⁵ Utvalget er enig i at det er en naturlig tolkning av direktivet, og foreslår å gjennomføre bestemmelsen i tråd med dette.

Utvalget har vurdert om avvsningsperiodene skal angis i en egen bestemmelse eller i tilknytning til de aktuelle avvsningsgrunnene. Utvalget har landet på å regulere dette i en egen bestemmelse.

Boks 9.10 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 57 nr. 7 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 16-3 tredje ledd og 16-5 andre ledd.

²¹¹ Ibid. For eksempel vil det kunne foreligge tilstrekkelig plausible indikasjoner som gir avvsningsrett på et langt tidligere tidspunkt enn en dom eller et vedtak, slik at tilbyderen i praksis erfarer en avvsningsrisiko i en langt lengre periode enn maksimalperioden på tre år.

²¹² Dette er avvsningsgrunnene i § 24-2 tredje ledd bokstav c, e, f og i

²¹³ Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.164 følgende

²¹⁴ Ibid. kapittel 1.67 til 16.9

²¹⁵ Ibid.

Kapittel 10

Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner [artikkel 60 nr. 2]

10.1 Gjeldende rett

Artikkel 60 nr. 2 regulerer hvilken type dokumentasjon oppdragsgiver må godta som bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i artikkel 57.

For avvisningssituasjonene nevnt i artikkel 57 nr. 1 (de straffbare forholdene), må oppdragsgiver godta utdrag fra relevant register, for eksempel strafferegisteret. Ved mangel av slik dokumentasjon, må oppdragsgiver godta et tilsvarende dokument utstedt av vedkommende retts- eller forvaltningsmyndighet i medlemsstaten, i hjemstaten eller i leverandørens etableringsstat.¹

For avvisningssituasjonene nevnt i artikkel 57 nr. 2 (manglende innbetaling av skatter og avgifter) og nr. 4 bokstav b (konkurstilfellene), skal oppdragsgiver godta et sertifikat utstedt av vedkommende myndighet i den berørte medlemsstaten eller tredjestaten.²

Artikkel 60 nr. 2 bokstav a og b gjelder dermed i utgangspunktet kun bevis for at leverandøren ikke er straffedømt, har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter, og ikke befinner seg i økonomiske vanskeligheter.³

I sak C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction* var et av spørsmålene om en belgisk oppdragsgiver kunne kreve at en utenlandsk leverandør la frem skatteattest fra Belgia når leverandøren allerede hadde lagt frem skatteattest fra landet der selskapet var etablert.⁴ EU-domstolen uttalte at dette var tillatt så lenge det ikke vanskeliggjorde eller forsinket leverandørens deltakelse i konkurransen, eller påførte leverandøren uforholdsmessige administrative utgifter.

Dokumentasjonen leverandørene kan inngi som bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner, må, særlig i relasjon til de straffbare forholdene i artikkel 57 nr. 1, leses i lys av de øvrige dokumentasjonsbestemmelsene i artikkel 59, 60 og 61.⁵ Det innebærer at oppdragsgiver i første omgang blant annet må akseptere en egenerklæring som bevis for at leverandøren ikke er straffedømt. På et hvilket som helst tidspunkt i prosedyren kan oppdragsgiver be om sertifikater som dokumenterer disse forholdene.

Artikkel 60 nr. 2 andre avsnitt regulerer situasjonene der medlemsstaten eller tredjestaten ikke utsteder dokumenter eller sertifikater nevnt i artikkel 60 nr. 2 bokstav a og b, eller dersom disse ikke omfatter alle avvisningssituasjonene nevnt i første avsnitt. I et slikt tilfelle kan de erstattes av en erklæring under ed eller, i medlemsstater eller tredjestater der det ikke avgis erklæring under ed, en forsikring på ære og samvittighet av den berørte personen overfor vedkommende retts- eller forvaltningsmyndighet, en notarius publicus eller et vedkommende bransjeorgan i medlemsstaten, i hjemstaten eller i leverandørens etableringsstat.

Det fremgår videre av artikkel 60 nr. 2 siste avsnitt at en medlemsstat skal, dersom det er relevant, avgi en offisiell erklæring om at dokumentene eller sertifikatene nevnt i artikkel 60 nr. 2, ikke er utstedt, eller at de ikke omfatter samtlige avvisningsgrunner i artikkel 57 nr. 1 og 2 og nr. 4 bokstav b. Det fremgår videre av bestemmelsen at slike offisielle erklæringer skal gjøres tilgjengelig gjennom det nettbaserte lageret for sertifikater (e-Certis) nevnt i artikkel 61.⁶

Artikkel 60 nr. 2 er gjennomført i anskaffelsesforskriften § 24-7.

¹ Anskaffelsesdirektivet 2014 artikkel 60 nr. 2 bokstav a

² Ibid. artikkel 60 nr. 2 bokstav b

³ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.6.2

⁴ C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction*

⁵ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.6.2

⁶ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 25.35.4 hvor det nettbaserte lageret for sertifikater (e-Certis) er behandlet.

10.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 60 nr. 2 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften.

Anskaffelsesforskriften § 24-7 som gjennomfører artikkel 60 nr. 2 i anskaffelsesdirektivet, viser til ESPD-skjema som tilstrekkelig bevis, noe som ikke synes å være nevnt i anskaffelsesdirektivet artikkel 60 nr. 2 andre avsnitt. Samtidig ser utvalget at det kan være fornuftig å åpne for at

ESPD-skjema er tilstrekkelig bevis i disse situasjonene. Utvalget foreslår derfor å videreføre dette.

Boks 10.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 60 nr. 2 i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-9.

Kapittel 11

Avvisning som følge av unormalt lave tilbud [artikkel 69]

11.1 Gjeldende rett

Artikkel 69 gir regler om hvordan oppdragsgiver skal gå frem dersom et tilbud fremstår unormalt lavt. Bestemmelsen fastsetter også at oppdragsgiver etter omstendighetene kan ha avvisningsrett og avvisningsplikt som følge av unormalt lave tilbud.

Det vises til første delutredning NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.36.3 for en nærmere gjennomgang av artikkel 69 nr. 1 og 2. I det følgende nevnes likevel deler av bestemmelsen som har betydning for avvisningsspørsmålet.

Dersom et tilbud fremstår unormalt lavt har oppdragsgiver plikt til å be om at leverandøren redegjør for tilbudsprisen. Det følger av artikkel 69 nr. 3 første avsnitt at oppdragsgiver skal vurdere de fremlagte opplysningene.¹

Det fremgår videre av artikkel 69 nr. 3 andre setning at oppdragsgiver kun kan avvise tilbudet dersom dokumentasjonen som er inngitt ikke på tilfredsstillende måte redegjør for prisnivået. I vurderingen av om tilbudet fremstår unormalt lavt kan lav pris ikke i seg selv lede til avvisning, ettersom dette i utgangspunktet utgjør et lovlig konkurransefortrinn.² EU-domstolen har slått fast at det må foretas en konkret vurdering av tilbudt pris sammenholdt med tilbudets øvrige elementer.^{3 4 5} At det må foretas en mer helhetlig

og konkret vurdering innebærer at oppdragsgiveren ikke kan benytte på forhånd fastsatte terskler og matematiske formler for å fastsette når et tilbud skal avvises som unormalt lavt.^{6 7} Vurderingen kan heller ikke utelukkende bestå av en sammenligning med øvrige konkurrerende tilbud.⁸

Artikkel 69 nr. 2 lister opp relevante momenter for leverandørenes redegjørelse som skal forklare tilbudsprisen, herunder besparelser ved produksjonsprosessen, de tekniske løsningene eller arbeidets nyskapende karakter. Leverandørenes beskrivelse av disse momentene er relevante for vurderingen av om tilbudet må anses unormalt lavt.⁹ Dokumentasjonen som inngis kan imidlertid også omhandle andre forhold som er av betydning for å forklare tilbudsprisen.¹⁰

Oppdragsgiver gis bare rett til å avvise tilbudet dersom dokumentasjonen ikke på tilfredsstillende måte redegjør for tilbudets lave pris- eller kostnadsnivå.¹¹ Dette vil eksempelvis være tilfellet dersom tilbudets sammensetning, holdt opp mot dokumentasjonen som leverandøren fremskaffer, innebærer en risiko for at kontrakten ikke kan gjennomføres.¹² Ordlyden gir henvisning på en avvisningsrett, slik at oppdragsgiver som et

¹ Det gjøres oppmerksom på at den norske oversettelsen av direktivet angir at vurderingen skal gjøres i samråd med tilbyder. Hverken den danske eller engelske ordlyden stiller krav til dette. Utvalget mener at ordlyden i den danske og engelske versjonen må være riktig. Utvalget har foreslått ny bestemmelse i første delutredning i samsvar med dette.

² C-367/19 *Tax-Fin-Lex* avsnitt 31 flg. Taktisk prising kan derfor i seg selv ikke lede til avvisning

³ C-76/81 *Transporoute* avsnitt 16 til 18

⁴ LB-2016-14778 (dissens) som åpner for, etter å ha bedt om ytterligere opplysninger, å avvise et tilbud etter en vurdering av enhetsprisene og tilbudets sammensetning

⁵ T-4/01 *Renco SpA* avsnitt 75 følgende

⁶ Forente saker C-285/99 og C-286/99 *Impresa Lombardini SpA*

⁷ C-103/88 *Fratelli Costanazo* avsnitt 18

⁸ C-669/20 *Veridos* avsnitt 37

⁹ C-599/10 *SAG ELV Slovensko* avsnitt 29 følgende

¹⁰ Forente saker C-285/99 og C-286/99 *Impresa Lombardini SpA* avsnitt 78 følgende

¹¹ EU-kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikkel 107 Avsnitt 74: premiss 74: «Økonomiske transaksjoner, der gjennomføres af offentlige organer (herunder offentlige virksomheder), giver ikke modparten en fordel og udgør derfor ikke statsstøtte, hvis de gennemføres på normale markedsvilkår».

¹² NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.8.3

utgangspunkt kan velge om avvisning skal finne sted eller ikke.^{13 14 15 16}

Det følger av artikkel 69 nr. 3 andre avsnitt at dersom oppdragsgiver, etter å ha vurdert den fremlagte dokumentasjonen, finner at tilbudet er unormalt lavt fordi det ikke oppfylles relevante krav til miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold etter artikkel 18 nr. 2, skal tilbudet avvises.¹⁷ Avvisningsplikten som oppstilles her synliggjør direktivets fokus på ivaretagelse av generelle samfunnsmessige hensyn. Typiske forhold som leder til avvisning er dersom leverandøren i sitt daglige virke har brutt forurensningslovgivning eller arbeidsmiljølovgivning, og dette muliggjør en unormalt lav pris.¹⁸

Artikkel 69 nr. 4 fastsetter en avvisningsrett dersom tilbudet er unormalt lavt som følge av at leverandøren har mottatt statsstøtte. Dersom den fremlagte dokumentasjonen godtgjør at statsstøtten er forenlig med det indre marked etter artikkel 107 nr. 2 eller 3 i TEUV, kan avvisning likevel ikke skje. Ved at en leverandør har mottatt ulovlig statsstøtte, vil leverandøren kunne havne i vanskeligheter som følge av at ulovlig støtte som den klare hovedregel skal kreves tilbakebetalt og av den grunn potensielt ikke vil være i stand til å levere som avtalt.¹⁹ Avvisningsbestemmelsen i artikkel 69 nr. 4 har nettopp til hensikt å beskytte

oppdragsgiver mot en slik risiko. Det kan imidlertid ikke tjene som en avvisningsgrunn at en leverandør, som følge av å ha mottatt lovlig statsstøtte, kan tilby en vare eller tjeneste billig.²⁰ Dersom oppdragsgiver avviser et tilbud som følge av slike omstendigheter, plikter oppdragsgiver å varsle ESA om dette.

Dersom oppdragsgiver har bedt leverandøren redegjøre for prisen, og vurdert om tilbudet må avvises som unormalt lavt, så skal oppdragsgiver nedfelle denne vurderingen skriftlig.²¹

Artikkel 69 er gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 24-8 og 24-9.

11.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre artikkel 69 nr. 3 og 4 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsen tett opp til direktivets ordlyd. Dette svarer til gjennomføringen i anskaffelsesforskriften.

Utvalget har vurdert om det er hensiktsmessig å plassere avvisningsbestemmelsene sammen med resten av bestemmelsen. Utvalget har imidlertid landet på at det er hensiktsmessig å plassere bestemmelsene om avvisning i kapitlet med øvrige avvisningsbestemmelser. Etter utvalgets syn vil det da være enklere for brukerne av regelverket å finne frem til avvisningsbestemmelsene. Bestemmelsen om at oppdragsgiver må informere EFTAs overvåkningsorgan er gjennomført sammen med øvrige administrative bestemmelser.

Boks 11.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre artikkel 69 nr. 3 i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-11.
- å gjennomføre artikkel 69 nr. 4 i ny lov om offentlige anskaffelser § 33-1.

¹³ Arrowsmith 2014 kapittel 7-267

¹⁴ LB-2016-14778

¹⁵ C-101/22 P Sopra Steria Benelux avsnitt 74. E-domstolen antydte imidlertid at oppdragsgiver i en situasjon der tilbudet fremstår unormalt lavt er «forpliktet til at afvise [tilbudet]. Overføringsverdien av resonnementet er imidlertid usikker ettersom vedlegg 1 artikkel 23 nr. 2 til finansforordningen, som saken omhandlet, angir at oppdragsgiver «må kun afvise tilbuddet» dersom dokumentasjonen ikke på tilfredsstillende måte begrunner den unormalt lave prisen. Anskaffelsesdirektivet 2014 artikkel 69 nr. 3 angir imidlertid bare at oppdragsgiver «kan kun afvise tilbuddet» i slike tilfeller.

¹⁶ Arrowsmith 2014 kapittel 7-260. Arrowsmith tar til orde for at der oppfyllelse av elementene nevnt i artikkel 69 nr. 2 utgjør en del av tildelingskriteriene, og den fremlagte dokumentasjonen viser en risiko for at tilbudet ikke imøtegår disse, foreligger trolig en avvisningsplikt.

¹⁷ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

¹⁸ Ibid. kommentar til § 24-2

¹⁹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.8.1. Forenklingsutvalget antyder i fotnote 69 under kapittel 25.4.8.2>[f]remover må det antas at et tilbud ikke kan avvises som unormalt lavt bare fordi støtten ikke har blitt notifisert til og godkjent av ESA/Kommisjonen.

²⁰ C-305/08 CoNISMA avsnitt 26 følgende

²¹ C-669/20 Veridos avsnitt 41 til 44

Kapittel 12

Avvisningsbestemmelser som er utslag av prinsippene i anskaffelsesdirektivet

12.1 Innledning

Dette kapitlet tar for seg avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesforskriften som ikke gjennomfører en konkret bestemmelse i anskaffelsesdirektivet.

Et første spørsmål for utvalget er hvilken adgang det er til å ha avvisningsbestemmelser i loven, som ikke følger direkte av direktivet.

Om adgangen til å innta andre avvisningsgrunner enn de som følger av direktivet fremholdt Forenklingsutvalget at det må være klart at oppdragsgiver i visse situasjoner både vil ha en rett og plikt til avvisning.¹ Forenklingsutvalget pekte på at særlig likebehandlingsprinsippet vil kunne medføre plikt til avvisning. Tilsvarende er fremholdt av Hammersvik, som fremholder at adgangen til å avvise tilbud som reguleres av anskaffelsesdirektivene beror på de anskaffelsesrettslige prinsippene.²

Det følger videre av EU-domstolens praksis at oppdragsgiver i utgangspunktet har en vid adgang til å kunne avvise tilbud som ikke samsvarer med kravene i konkurransegrunnlaget.³ Hammersvik fremholder at en forutsetning for dette må være at prinsippet om likebehandling overholdes slik at alle tilbud som avviker fra krav satt i konkurransegrunnlaget behandles likt.⁴ Det følger av EU-domstolens praksis at prinsippet om forholdsmessighet setter grenser for når oppdragsgiver kan avvise.⁵ Hammersvik tar til orde for at det i lys av EU-domstolens praksis synes å være en høy terskel for oppdragsgiver til å måtte akseptere tilbud med avvik.⁶ Dette er også fremholdt i veiledning

til udbudsloven.⁷ Utvalget er enig i dette. Dette innebærer at det etter utvalgets syn er adgang til å inneha avvisningsbestemmelser i loven, selv om disse ikke følger direkte av direktivet. Det avgjørende er at de er i samsvar med prinsippene. Avvisningsregelen må imidlertid klart fremgå av anskaffelsesdokumentene eller anskaffelsesloven eller forskriftene og kan ikke utledes eller tolkes basert på mer generelle regler eller prinsipper.⁸

Tradisjonelt er det antatt at avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesforskriften som ikke gjennomfører en konkret direktivbestemmelse, er et utslag av norsk entrepriserett og tradisjonell anbudsrett, samt anskaffelsesrettslige prinsipper fra EØS-retten.⁹

Bakgrunnen for og innholdet av avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesforskriften vil gjennomgå i dette kapitlet. Strukturen og rekkefølgen i gjennomgangen følger strukturen i anskaffelsesforskriften kapittel 24.

12.2 Avvisning på grunn av formalfeil [anskaffelsesforskriften § 24-1]

12.2.1 Innledning

I juridisk teori er det tatt til orde for at det kan føre til avvisningsplikt dersom et tilbud ikke er i samsvar med et formkrav til tilbudet som er satt i konkurransegrunnlaget.¹⁰ Samtidig er det fremholdt at oppdragsgiver også har en vid adgang til å akseptere slike avvik, med mindre avvik fra formkrav innebærer at et tilbud ikke kan sammenlig-

¹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.2.1

² Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.4

³ C-309/18 Lavorgna avsnitt 21

⁴ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.4

⁵ C-309/18 Lavorgna avsnitt 34

⁶ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.4

⁷ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven 2016 kapittel 10.5.6

⁸ C-27/15 Pippo Pizzo avsnitt 13 til 16 flg.

⁹ NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser* kapittel 11.2 og 11.3

¹⁰ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 kapittel 15.5.4

nes med de andre tilbudene.¹¹ I et slikt tilfelle vil det foreligge avvisningsplikt.¹²

12.2.2 Avvisningsplikt ved for sent innleverte tilbud [§ 24-1 første ledd bokstav a]

Anskaffelsesforskriften § 24-1 gir regler om avvisning på grunn av forhold som har karakter av formalefeil.

Bestemmelsen gjennomfører ikke spesifikke bestemmelser i anskaffelsesdirektivet.¹³ ¹⁴ Forenklingsutvalget fremholdt imidlertid at avvisning som følge av for sent innlevert tilbud uansett følger av likebehandlingsprinsippet. Avvisning som følge av formalefeil ble etter forslag fra Forenklingsutvalget utskilt i en egen bestemmelse i gjeldende anskaffelsesforskrift.¹⁵ Formalefeil karakteriseres ved at de ikke har betydning for innholdet i eller kvaliteten på tilbudet.

Etter § 24-1 første ledd bokstav a, skal en leverandør eller et tilbud avvises når tilbudet ikke er mottatt innen utløpet av tilbudsfristen. Bestemmelsen skal sikre likebehandling ved at leverandører som har levert tilbud etter fristen ikke skal kunne gis et konkurransefortrinn ved å få bedre tid til å utforme sine tilbud enn øvrige tilbydere. Bestemmelsen skal også ivareta hensynet til de leverandører som på grunn av tilbudsfristens lengde eventuelt har avstått fra å inngi tilbud. Bestemmelsen utelukker også risikoen for at leverandører som leverer tilbud for sent kan få kjennskap til innholdet i de øvrige tilbudene som ble rettidig inngitt, og dermed tilpasse eget tilbud etter dette.¹⁶ ¹⁷ ¹⁸ Bestemmelsen er som følge av dette tolket svært strengt.

Det er ikke adgang til å gjøre unntak selv i tilfeller der forsinkelsen springer ut av forhold på oppdragsgivers side.¹⁹ ²⁰ Fristoversittelse som skyldes oppdragsgiver, kan imidlertid føre til avlysningsplikt.²¹ ²²

I kravet til at tilbudet må være mottatt innen tilbudsfristen, ligger et krav om at tilbudet har kommet frem til oppdragsgiveren innen den fastsatte tilbudsfristen. Dette innebærer at tilbudet må være gjort tilgjengelig for oppdragsgiveren i det aktuelle konkurranseverktøyet.²³ Tilbudet anses følgelig ikke mottatt før det er kommet frem til riktig leveringssted.²⁴ ²⁵

Et tilbud anses også levert for sent dersom innleveringen skjer like etter fristens utløp.²⁶ De fleste av dagens konkurransegjennomføringsverktøy er utformet slik at det ikke er mulig å innlevere tilbud etter tilbudsfristens utløp, slik at det normalt ikke lenger er mulig å levere et tilbud etter utløpet av tilbudsfristen.

12.2.3 Avvisningsplikt som følge av brudd på krav til kommunikasjonsmiddel [§ 24-1 første ledd bokstav b]

Etter § 24-1 første ledd bokstav b, skal leverandøren eller tilbudet avvises når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel. Som hovedregel skal all kommunikasjon og informasjonsutveksling skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, jf. anskaffelsesforskriften § 22-1. Dersom oppdragsgiver ikke åpner for alternative kommunikasjonsmidler etter § 22-4, skal en leverandør som ikke leverer tilbudet elektronisk avvises.²⁷

¹¹ Ibid. kapittel 15.5.4

¹² Ibid. kapittel 15.5.4

¹³ Anskaffelsesdirektivet inneholder ikke konkrete bestemmelser som fastsetter en plikt til å avise et tilbud som er levert etter tilbudsfristens utløp.

¹⁴ Arrowsmith 2014 kapittel 7-162: Det har imidlertid blitt diskutert om dette likevel kan utledes av praksis fra EU-domstolen, herunder Underrettens avgjørelse i sak T-40/01 Scan Office Design, hvor ble det fastslått at det var ulovlig å akseptere et for sent innlevert tilbud. Arrowsmith påpeker imidlertid på samme sted at det er uklart hvorvidt resultatet bygger på anskaffelsesdirektivet eller andre regler som gjelder for anskaffelser gjort av EU-kommisjonen. Disse rettskildene må derfor antas å begrenset verdi.

¹⁵ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 1.2.17, 25.4.2 og 25.4.3

¹⁶ KOFA-2008-89 Nordlandssykehuset HF avsnitt 22

¹⁷ KOFA-2010-6 Troms fylkeskommune avsnitt 19

¹⁸ TOSFI-2010-59689

¹⁹ LB-2017-194440-2

²⁰ KOFA-2010-6 Troms fylkeskommune avsnitt 17

²¹ KOFA-2008-25 Reindriftsforvaltningen avsnitt 26 flg.

²² I LB-2017-194440-2 kom mindretallet under tvil til at det forelå avlysningsplikt idet feilen som ledet til avvisning var et forhold oppdragsgiver heftet for, og som utvilsomt gjorde det vanskeligere for tilbyder å avdekke hva som manglet for korrekt innsending av tilbudet.

²³ Ibid.

²⁴ TOBYF-2016-109245

²⁵ KOFA-2016-118 Helgelandssykehuset HF avsnitt 13 flg. Problemstillingen er imidlertid lite aktuell der det benyttes elektronisk innlevering

²⁶ KOFA-2009-252 Kristiansand kommune avsnitt 24. Der et tilbud levert 12 minutter etter tilbudsfristens utløp ble avvist.

²⁷ I TOBYF-2021-5815 hadde oppdragsgiver rettmessig avvist tilbudet fordi det var innlevert i strid med oppdragsgivers krav til kommunikasjonsmiddel. I saken hadde tilbyder supplert tilbudet før tilbudsfristens utløp.

12.2.4 Avvisningsrett ved for sent levert forespørsel om deltakelse [§ 24-1 andre ledd bokstav a]

Etter § 24-1 andre ledd bokstav a kan oppdragsgiver avvise en leverandør eller et tilbud når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er motatt innen fristen. Hvorvidt avvisning skal skje beror på oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Oppdragsgiver må imidlertid overholde prinsippene i anskaffelsesloven § 4, herunder plikten til å likebehandle leverandørene og kravet til forholdsmessighet.

12.2.5 Avvisningsrett som følge av brudd på kravene til utforming [§24-1 andre ledd bokstav b]

Etter § 24-1 andre ledd bokstav b, kan oppdragsgiver avvise en leverandør eller et tilbud når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller fastsatte krav til utforming. Forenklingsutvalget uttalte at brudd på kravene til utforming må anses som «et avvik på lik linje med avvik fra andre krav i konkurransedokumentene [...]» som har «karakter av formalefeil [...]».²⁸ Språkkrav er et typisk eksempel på krav til tilbudets utforming.²⁹

12.2.6 Utvalgets vurdering – samlet

Etter utvalgets syn er bestemmelsene i § 24-1 første ledd bokstav a og b begrunnet i likebehandlingsprinsippet. Utvalget ser det som hensiktsmessig å videreføre bestemmelsen om avvisningsplikt der et tilbud er for sent innlevert i ny lov om offentlige anskaffelser, med tilsvarende ordlyd som i dag. Når det gjelder avvisningsplikten etter bokstav b er det utvalgets syn at denne plikten sannsynligvis vil omfattes av avvisningsplikten etter bokstav a, og derfor fremstår som overflødig. Utvalget foreslår likevel å videreføre avvisningsplikt der tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjon i ny lov om offentlige anskaffelser, med tilsvarende ordlyd som i dag, ettersom dette er en innarbeidet avvisningsbestemmelse i dag.

Utvalget har imidlertid merket seg at det i teorien er stilt spørsmål ved om hensynet til likebehandling som grunnlag for avvisning av for sent innleverte tilbud slår til i forhandlede prosedyrer

der det kan skje endringer i tilbudene, og om hensynene strekker langt nok til å begrunne avvisning der det er klart at leverandøren ikke har hatt noen fordel av den forsinkede innleveringen.³⁰ Utvalget har ikke funnet rettspraksis fra EU-domstolen som avklarer dette. Utvalget ser det som en fordel å ha en klar regel her, og foreslår at regelen også gjelder i forhandlede prosedyrer.

Det har i teorien også vært drøftet om det kan eksistere unntak fra avvisningsplikten i tilfeller hvor det foreligger eksepsjonelle omstendigheter.^{31 32} Det er tatt til orde for at dersom det ikke foreligger fare for misbruk og der leverandøren ikke kan ha fått noen fordel av å levere for sent, kan det være rom for å la et for sent innlevert tilbud være med i konkurransen.^{33 34} Rettspraksis synes imidlertid ikke å støtte opp under en slik unntaksadgang under henvisning til at et slikt unntak er «vanskelig å forene med lovens ordlyd».^{35 36} Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig å ha en klar regel her. Utvalget foreslår derfor å beholde bestemmelsen i anskaffelsesforskriften.

Etter utvalgets syn er avvisningsbestemmelsen i § 24-1 andre ledd bokstav a og b utslag av likebehandlingsprinsippet.

Bakgrunnen for at det foreligger avvisningsrett i denne situasjonen i motsetning til plikten som oppstår ved for sen innlevering av tilbud, skyldes antagelig Forenklingsutvalgets begrunnelse om at det er vesentlig forskjell på disse to situasjonene.³⁷ Forenklingsutvalget fremholdt blant annet at for sen innlevering av forespørsel om deltakelse ikke gir risiko for at tilbudet kan endres etter utløpet av tilbudsfristen (som begrunner avvisningsplikten ved for sent innlevert tilbud). Det ble også vist til at en avvisningsplikt kunne føre til at oppdragsgiver gikk glipp av gode tilbud og at konkurransen derfor ble sveket.³⁸

Det er i teorien tatt til orde for at kravet til forholdsmessighet i anskaffelsesloven § 4 tilsier at mindre avvik fra krav til utformingen ikke skal kunne medføre avvisning.³⁹ Utvalget er enig i dette og foreslår å presisere i ordlyden til ny

²⁸ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.3.2

²⁹ KOFA-2017-82 Sykehusinnkjøp HF avsnitt 73

³⁰ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-1

³¹ Thue m.fl. 2018 side 895 flg.

³² Arrowsmith 2014 kapittel 7-163

³³ Ibid. kapittel 7-163

³⁴ Thue m.fl. 2018 side 897 og 898

³⁵ LB-2017-194440-2

³⁶ TOBYF-2016-109245

³⁷ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.3.3

³⁸ Ibid. kapittel 25.3.3.3

³⁹ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-1

bestemmelse at avvisning er betinget av at den er forholdsmessig.

Boks 12.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å videreføre § 24-1 om avvisning grunnet formalfeil i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-1.

12.3 Avvisnings om følge av forhold ved leverandøren som ikke gjennomfører artikkel 57 [anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a og tredje ledd bokstav d]

12.3.1 Avvisningsplikt som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav [§ 24-2 første ledd bokstav a]

12.3.1.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a, fastsetter at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene. Bestemmelsen gjennomfører ingen egen bestemmelse i direktivet. Samtidig følger det av artikkel 56 nr. 1 bokstav b at kun leverandører som blant annet oppfyller kvalifikasjonskravene kan tildeles kontrakt. Det er videre lagt til grunn av EU-domstolen at kvalifikasjonskravene som oppstilles i medhold av artikkel 58 tilsikter å avvise leverandører som ikke oppfyller disse.⁴⁰ Dette innebærer at selv om direktivet ikke har en egen avvisningsbestemmelse knyttet til kvalifikasjonskrav eksisterer en slik regel også på EU-nivå. Den norske bestemmelsen må derfor forstås i lys av EØS-retten.

Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

Vurderingen av om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, beror på en tolkning av det aktuelle kravet og leverandørens besvarelse av kvalifikasjonskravet i tilbudet eller søknaden om deltakelse i konkurransen. Tolkningen av kvalifikasjonskrav er behandlet i NOU 2023: 26 *Ny lov*

om offentlige anskaffelser kapittel 24.35.1.1, men omtales for sammenhengens skyld også kort her.

Tolkningen av kvalifikasjonskravet skal ta utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. Prinsippene for tolkning av kvalifikasjonskrav følger av langvarig retts- og klagenemndspraksis.⁴¹ Andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på og innholdet i det tilhørende dokumentasjonskravet er også relevante tolkningsmomenter når innholdet i kvalifikasjonskravet skal fastlegges.⁴² Det følger videre av praksis fra EU-domstolen at det ikke kan legges til grunn en videre eller snevrere forståelse av kvalifikasjonskravet enn det en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget gir grunnlag for.⁴³

Når det nærmere innholdet i kvalifikasjonskravet er fastlagt, må det foretas en objektiv fortolkning av leverandørens forespørsel om deltakelse eller tilbud for å avgjøre om kravet er oppfylt.^{44 45 46}

Anskaffelsesregelverket oppstiller ingen spesifikke regler knyttet til den konkrete vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt.⁴⁷ Hvorvidt leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, er en vurdering som tradisjonelt har vært omtalt som å være underlagt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.⁴⁸ Høyesterett har i relasjon til dette uttalt at kvalifikasjonskrav kan få en skjønnsmessig utforming, og at oppdragsgiver har et handlingsrom ved vurderingen av om slike krav er oppfylt. Vurderingen må imidlertid foretas innenfor rammen som kvalifikasjonskravene angir, og være i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4. Oppdragsgivers vurdering av om kvalifikasjonskravene er oppfylt kan i begrenset grad overprøves rettslig.⁴⁹ Domstolene skal ikke sette seg i oppdragsgivers posisjon og foreta en vurdering av hva retten mener er det beste tilbudet.⁵⁰ Domstolene og klagenemnda kan imidlertid kontrollere om oppdragsgivers vurdering ligger innenfor rammene av kvalifikasjonskravet, og for øvrig ikke er usaklig, vilkårlig, kvalifisert urimelig, basert på feil fak-

⁴¹ Se blant annet HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 34 med videre henvisninger

⁴² Ibid. avsnitt 34 følgende med videre henvisninger

⁴³ C-27/15 Pippo Pizzo avsnitt 35 flg.

⁴⁴ HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 52

⁴⁵ Rt-2012-1729 Mika

⁴⁶ KOFA-2021-2100 Troms og Finnmark fylkeskommune avsnitt 42

⁴⁷ Dragsten 2013 side 464

⁴⁸ HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 54

⁴⁹ LG-2021-21890

⁵⁰ Ibid.

⁴⁰ C-332/20 Roma Multiservizi and Rekeep avsnitt 84

tum eller i strid med de grunnleggende prinsippene anskaffelsesloven § 4.⁵¹

Avvisningsplikten etter § 24-2 første ledd bokstav a retter seg mot manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. En tilsvarende avvisningsplikt eksisterer ikke dersom et dokumentasjonskrav ikke oppfylt.⁵² Det er samtidig en nær sammenheng mellom kvalifikasjonskravene og dokumentasjonskravene fordi dokumentasjonskravet kan bidra til å kaste lys over innholdet i kvalifikasjonskravet. Manglende oppfyllelse av dokumentasjonskrav gir imidlertid kun avvisningsplikt dersom fraværet av den etterspurte dokumentasjonen gjør at leverandøren ikke anses å oppfylle det tilhørende kvalifikasjonskravet.⁵³ Oppdragsgiver må derfor foreta en forsvarlig vurdering av om en leverandør som ikke oppfyller dokumentasjonskravet, likevel oppfyller kvalifikasjonskravet.⁵⁴

Oppdragsgivers plikt til å avvise en leverandør består helt frem til kontrakt er signert. En konsekvens av dette er at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør dersom det underveis i prosessen fremkommer opplysninger eller dokumentasjon som viser at den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen var feil, eller at leverandøren ikke lenger oppfyller kvalifikasjonskravene. I forente saker KOFA-2018-329, 2018-340 og 2018-341 fant klagenemnda at oppdragsgiveren hadde anledning til å legge vekt på ny dokumentasjon på evalueringstidspunktet som tilsa at leverandøren ikke lenger oppfylte kravet til økonomisk og finansiell kapasitet. Oppdragsgiverens avvisning etter § 24-2 første ledd bokstav a var derfor rettmessig.

12.3.1.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å videreføre dagens § 24-2 første ledd bokstav a i ny lov om offentlige anskaffelser. Etter utvalgets syn er bestemmelsen et utslag av kravet til likebehandling i direktivet, i tillegg til å ha en side til artikkel 56 nr. 1.

Anskaffelsesforskriften § 24-2 første ledd bokstav a angir ikke tidspunktet for når kvalifikasjonskravet må være oppfylt. Det er som et utgangspunkt lagt til grunn at kvalifikasjonskravene forutsettes bedømt på bakgrunn av de kvalifikasjonene som leverandøren har dokumentert at foreligger på søknads- eller tilbudstidspunktet.⁵⁵ Det er imidlertid antatt at ønsket om å legge til rette for størst

mulig konkurranse kan tilsi at oppdragsgiver kan åpne for at kvalifikasjonskrav først må være oppfylt på et senere tidspunkt, typisk ved kontraktsperiodens påbegynnelse.^{56 57} Etter utvalgets syn vil utgangspunktet være at kvalifikasjonskravene må være oppfylt på tilbudstidspunktet, med mindre det uttrykkelig er sagt noe annet i konkurransegrunnlaget.

12.3.2 Avvisningsrett som følge av interessekonflikt [§ 24-2 tredje ledd bokstav d]

12.3.2.1 Gjeldende rett

I anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav d er det inntatt en avvisningsrett for oppdragsgiver når det foreligger interessekonflikt mellom oppdragsgiveren og leverandøren som kan ha negativ innvirkning på kontraktsoppfyllelsen. Bestemmelsen har ingen direkte parallell i anskaffelsesdirektivet.

Det eksisterer lite praksis knyttet til innholdet i interessekonfliktbestemmelsen. Underretten la i sak T-415/10 *Nexans France* til grunn at begrepet interessekonflikt er av objektiv karakter.⁵⁸ Interessekonflikt kan både knytte seg til økonomiske og politiske forhold. Teorien har eksemplifisert dette ved at en oppdragsgiver som inngår en kontrakt om porteføljeforvaltning, vil kunne ha motstridende interesser med leverandører med en egen portefølje.⁵⁹

12.3.2.2 Utvalgets vurdering

Som redegjort for over har den norske bestemmelsen ingen direkte parallell bestemmelse i direktivet. Samtidig fastsetter direktivet artikkel 58 nr. 4 andre avsnitt at oppdragsgiver kan anta at en leverandør ikke har den påkrevde faglige dyktighet dersom oppdragsgiver har fastslått at leverandøren har motstridende interesser som kan påvirke gjennomføringen av kontrakten negativt.

⁵¹ Ibid. med videre henvisninger

⁵² KOFA-2018-23 Forsvarsbygg avsnitt 25

⁵³ LB-2020-122884

⁵⁴ KOFA-2007-111 Stranda kommune avsnitt 51

⁵⁵ Forente saker KOFA-2018-30 og KOFA-2018-86 avsnitt 51

⁵⁶ KOFA-2017-120 Oslo kommune avsnitt 31. I saken var det oppstilt et kvalifikasjonskrav som gjaldt leverandørens kapasitet til å utføre oppdraget. Etter nemndas syn, var det tilstrekkelig om leverandøren i tilbudet, eventuelt på forespørsel fra oppdragsgiver, kunne sannsynliggjøre at man ved kontraktsperiodens påbegynnelse ville råde over tilstrekkelig antall busser. Det var etter nemndas syn «naturlig å legge en slik forståelse til grunn» til tross for at det ikke fremgikk uttrykkelig av konkurransegrunnlaget

⁵⁷ KOFA-2019-597 Skien kommune og Porsgrunn kommune avsnitt 23

⁵⁸ T-415/10 *Nexans France* avsnitt 115

⁵⁹ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

Som redegjort for i NOU 2026: 23 *Ny lov om offentlige anskaffelser* er det utvalgets syn at denne bestemmelsen er gjennomført som en avvisningsbestemmelse i anskaffelsesforskriften § 24-3 tredje ledd bokstav d.⁶⁰ Utvalget viser her til det som er sagt innledningsvis om at direktivet ikke knytter avvisning som konsekvens i alle tilfeller der direktivet angir at det av ulike grunner vil eller kan være problematisk å tildele kontrakt til en leverandør grunnet enten forhold ved tilbudet eller leverandøren. Etter utvalgets syn er det imidlertid hensiktsmessig å knytte en avvisningsrett eller -plikt til disse tilfellene.

Det har i teorien vært knyttet usikkerhet til hvorvidt avvisning grunnet interessekonflikt burde vært formulert som en regel om avvisningsplikt. Usikkerheten i teorien synes å springe ut av anskaffelsesdirektivet artikkel 58 nr. 4 andre avsnitts uttalelse om at oppdragsgiver «kan anta» at leverandøren ikke har den påkrevde faglige dyktighet ved interessekonflikt, og at bestemmelsen er inntatt i anskaffelsesdirektivet artikkel 58 som gjelder kvalifikasjonskrav. Dersom kvalifikasjonskrav ikke oppfylles, foreligger det normalt avvisningsplikt.⁶¹

Det er imidlertid også i teorien tatt til orde for at den norske gjennomføringen «er forståelig» ettersom direktivet angir at oppdragsgiver «kan anta» og «kan gå ud fra» (dansk språkversjon) at leverandøren ikke har den nødvendige faglige dyktigheten, og at den nasjonale bestemmelsen er i samsvar med direktivets regulering.^{62 63}

Etter utvalgets syn er det mest nærliggende å forstå direktivet slik at det kun oppstiller en rett til å avvise ved interessekonflikter som er omfattet av bestemmelsene, ettersom direktivet viser til at oppdragsgiver «kan anta». Utvalget viser til at også i Danmark synes bestemmelsen å være gjennomført som en avvisningsrett. I forarbeidene til udbudsloven fremgår det at en oppdragsgiver i medhold av likebehandlingsprinsippet «kan» utelukke en leverandør i disse tilfellene.⁶⁴ Utvalget foreslår derfor å videreføre bestemmelsen i anskaffelsesforskriften.

Boks 12.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å videreføre §§ 24-2 første ledd bokstav a og 24-2 tredje ledd bokstav d om avvisningsgrunner knyttet til leverandøren i ny lov om offentlige anskaffelser § 16-10.

12.4 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

12.4.1 Innledning

Forskrift om offentlige anskaffelser § 24-8 regulerer oppdragsgivers plikt og rett til å avvise et tilbud på grunn av forhold ved tilbudet. Bestemmelsen er oppdelt i obligatoriske avvisningsgrunner og frivillige avvisningsgrunner. Oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører i følgende tilfeller, jf. bestemmelsens første ledd:

- når tilbudet ikke kan anses bindende, jf. bokstav a
- når tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene, jf. bokstav b
- når tilbudet er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5, jf. bokstav c

Oppdragsgiver har avvisningsrett i følgende tilfeller, jf. bestemmelsens andre ledd:

- når tilbudet inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige, jf. bokstav a
- når tilbudet er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 24-9, av andre grunner enn dem som er nevnt i første ledd bokstav c, jf. bokstav b
- når tilbudet ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5, jf. bokstav c
- når tilbudet overstiger oppdragsgiverens budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurranse, jf. bokstav d
- når det foreligger lignende forhold som nevnt over, jf. bokstav e.

Første ledd bokstav c og andre ledd bokstav b om unormalt lave tilbud gjennomfører anskaffelses-

⁶⁰ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.35.1.2

⁶¹ Thue m.fl. 2018 side 912

⁶² Ibid. side 912

⁶³ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-2

⁶⁴ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014

direktivet artikkel 69. Direktivbestemmelsen er gjennomgått over.

Bestemmelsens øvrige innhold vil gjennomgås i det følgende.

12.4.2 Avvisningsplikt for tilbud som ikke kan anses bindende [§ 24-8 første ledd bokstav a]

12.4.2.1 Gjeldende rett

Et tilbud som ikke kan anses bindende skal avvises, jf. § 24-8 første ledd bokstav a. Dette er en nasjonal bestemmelse, i den forstand at den ikke gjennomfører en tilsvarende direktivbestemmelse. Bakgrunnen for regelen er at tilbud som ikke kan anses bindende ikke er egnet til å evaluere.⁶⁵ Det følger også av anskaffelsesforskriften § 23-3 første ledd at et tilbud skal være bindende.

Avvisningsplikten omfatter tilbud som ikke er avtalerettslig bindende.⁶⁶ Hvorvidt tilbudet er bindende, må avgjøres ut fra alminnelige avtalerettslige prinsipper.⁶⁷ For at et tilbud skal anses bindende, må det utgjøre et forpliktende dispositivt utsagn, og ikke være rammet av ugyldighet eller inneholde forbehold som gjør at leverandøren kan gå fra tilbudet.⁶⁸

At tilbudet ikke er signert, er ikke nødvendigvis ensbetydende med at tilbudet ikke er rettslig bindende.⁶⁹ Oppdragsgiver må gjøre en konkret vurdering av hvorvidt tilbudet likevel er rettslig bindende. Tilbudet kan også være bindende selv om det er signert av andre enn dem som er signaturberettiget etter offentlig tilgjengelige opplysninger. Også dette beror på en konkret avtalerettslig vurdering.

I KOFA-2011-254 ble et tilbud ikke ansett bindende fordi tilbudet var betinget av innkjøp av et fartøy til en angitt pris. Klagenemnda mente at dette var et så omfattende forbehold at tilbudet ikke kunne anses som «avtalerettslig rettsoperativt». Oppdragsgiver hadde dermed avvisningsplikt.

Motsatt kom klagenemnda i sak KOFA-2022-552 til at oppdragsgiver ikke pliktet å avvise en leverandør som på tilbudstidspunktet var under stiftelse. Klagenemnda mente at selskap kan bli

rettslig forpliktet også før selskapets registrering etter aksjeloven.

12.4.2.2 Utvalgets vurdering

Som redegjort for ovenfor har bestemmelsen ingen parallell i direktivet. Etter utvalgets syn er bestemmelsen imidlertid et utslag av likebehandlingsprinsippet. Det å tildele kontrakt til en leverandør som har inngitt tilbud som av ulike grunner ikke kan anses forpliktende vil etter utvalgets syn være i strid med likebehandlingsprinsippet. Basert på Forenklingsutvalgets uttalelser, og praksis i relasjon til bestemmelsen, har utvalget vurdert om situasjonene bestemmelsen omfatter vil konsumeres av avvisningsplikten knyttet til vesentlige avvik. Etter utvalgets syn vil det i visse tilfeller være tilfellet. Samtidig er det utvalgets syn at bestemmelsen også vil kunne omfatte andre situasjoner enn vesentlig avvik. Dersom det ikke er mulig for oppdragsgiver å avvise et tilbud i medhold av andre avvisningsbestemmelser vil det stride mot likebehandlingsprinsippet om slike tilbud ikke avises. Utvalget foreslår derfor å videreføre bestemmelsen i anskaffelsesforskriften.

12.4.3 Avvisningsplikt for tilbud som inneholder vesentlige avvik [§ 24-8 første ledd bokstav b]

12.4.3.1 Gjeldende rett

Det følger av anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b at oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Anskaffelsesforskriften inneholder ingen definisjon av «vesentlige avvik». Ordlyden gir anvisning på en høy terskel, men sier lite om hva som kan inngå i vurderingen av om terskelen er overtrådt.

Utgangspunktet er at det foreligger avvik der leverandørens tilbud på et eller flere punkter skiller seg fra det som fremgår av anskaffelsesdokumentene. Konsekvensen av et avvik er at oppdragsgiver, ved å akseptere tilbudet, ikke kan kreve oppfyllelse i tråd med konkurransegrunnlaget.^{70 71 72}

Anskaffelsesforskriften (2006) skilte mellom «avvik» og «forbehold».⁷³ Begrepet *forbehold* ble

⁶⁵ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-8

⁶⁶ KOFA-2014-105 Alta kommune avsnitt 24 og 25

⁶⁷ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.9.2

⁶⁸ KOFA-2022-552 Helse Midt-Norge RHF avsnitt 19

⁶⁹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.9.2

⁷⁰ LB-2019-85112 Zenitel

⁷¹ KOFA-2023-616 Sykehusinnkjøp HF

⁷² KOFA-2021-2100 Halden kommune

⁷³ Anskaffelsesforskriften (2006) § 20-13 første ledd bokstav d og e

her benyttet der et tilbud ikke samsvarte med de juridiske, økonomiske og kommersielle forutsetningene i konkurransegrunnlaget, typisk bestemmelsene i kontrakten. Dette er eksempelvis bestemmelser om leveringstid, prisjusteringsbestemmelser og ansvarsbegrensninger.⁷⁴ Begrepet *avvik* ble i første rekke benyttet der et tilbud ikke samsvarte med konkurransegrunnlagets kravspesifikasjon. Dette er normalt krav til leveransens egenskaper som arealbegrensninger i et bygg, eller at en leasingbil skal være batteridrevet.⁷⁵ Forenklingsutvalget så imidlertid ikke behov for å sonde mellom begrepene i den gamle forskriftsteksten ettersom begrepet «avvik» etter en språklig forståelse omfatter alle tilfeller hvor tilbudet ikke er i samsvar med oppstilte krav i kunnjøringen eller konkurransegrunnlaget.⁷⁶

Begrepet *avvik* dekker derfor alle tilfeller der oppdragsgiver ikke kan kreve oppfyllelse i tråd med konkurransegrunnlaget.⁷⁷ Begrepet *avvik* i anskaffelsesforskriften omfatter følgelig det som tradisjonelt har blitt omtalt som både *avvik* og *forbehold*, inkludert *avvik* og *uklarheter* mv. som gjør tilbudene usammenlignbare.⁷⁸

For å avgjøre om et tilbud inneholder *avvik*, må det først foretas en tolkning av konkurransegrunnlaget der kravene i konkurransegrunnlaget fastlegges. Deretter må det foretas en tolkning av tilbudet hvor det så vurderes om tilbudet oppfyller de krav som er fastsatt i konkurransegrunnlaget.^{79 80}

Ved tolkningen av konkurransegrunnlaget må det foretas en objektiv vurdering der den alminnelige språklige forståelsen av ordlyden veier tungt.^{81 82 83} Vurderingstemaet er hvordan en normalt forstandig tilbyder vil forstå kravet.⁸⁴ Hva oppdragsgiver har ment med formuleringen i konkurransegrunnlaget er uten betydning, med mindre dette kan utledes av en objektiv tolkning av konkurransegrunnlaget.^{85 86} Det vil videre være relevant å se hen til andre momenter som for-

målet og sammenhengen i konkurransegrunnlaget.^{87 88} Bransjepraksis kan også tillegges vekt når bestemmelsene i konkurransegrunnlaget skal tolkes, så fremt dette ligger innenfor en naturlig forståelse av konkurransegrunnlaget.⁸⁹

Tolkningsfaktorene som gjør seg gjeldende for fastleggelsen av innholdet i et konkurransegrunnlag, anvendes også når et tilbud skal tolkes.^{90 91} Et tilbud skal tolkes objektivt slik det fremstår på tilbudstidspunktet, og det er uten betydning hva leverandøren har ment med formuleringene i tilbudet, med mindre dette kan utledes av en objektiv tolkning av tilbudet.^{92 93} Opplysningene i tilbudet kan heller ikke tolkes isolert, men må ses i lys av tilbudet som helhet.^{94 95}

Det kan i noen tilfeller være uklart om tilbudet inneholder et *avvik*. Det har tidligere vært diskutert om det såkalte presumpsjonsprinsippet og uklarhetsregelen da kommer til anvendelse ved tolkningen. Presumpsjonsprinsippet bygger på at et tilbud forventes å svare til konkurransegrunnlaget. Dersom det er uklart hvordan tilbudet skal forstås med hensyn til om det foreligger et *avvik*, vil presumpsjonsprinsippet tale for at tilbudet samsvarer med konkurransegrunnlaget og ikke inneholder *avvik*.^{96 97} Det er lagt til grunn i praksis at prinsippet har et snevert anvendelsesområde.⁹⁸

Uklarhetsregelen innebærer at uklarheten skal gå utover den som er nærmest til å bære risikoen for uklarheten. Det vil si at uklarheter i konkurransegrunnlaget skal gå ut over oppdragsgiver, mens uklarheter i tilbudet skal gå utover leverandøren.⁹⁹ Uklarhetsregelen er forskriftsfestet i anskaffelsesforskriften §§ 14-1 femte ledd og 23-3 andre ledd. Utvalget har foreslått å ikke videreføre dette i ny lov om offentlige anskaffelser, da det uansett følger av bakgrunnsretten.¹⁰⁰

Det er lagt til grunn i praksis at presumpsjonsprinsippet og uklarhetsregelen er subsidiære tolk-

⁷⁴ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.4.2

⁷⁵ Ibid. kapittel 25.4.4.2

⁷⁶ Ibid. kapittel 25.4.2

⁷⁷ Ibid. kapittel 25.4.2

⁷⁸ Ibid. kapittel 25.4.6.2

⁷⁹ LB-2020-37901 *Espressobønne*

⁸⁰ Midtun 2023 kapittel 4

⁸¹ HR-2019-830-A *Sveen*

⁸² Ibid.

⁸³ LB-2020-37901 *Espressobønne*

⁸⁴ Rt-2012-1729 *Mika* avsnitt 69

⁸⁵ LH-2019-41071

⁸⁶ LB-2017-156250

⁸⁷ Rt-2012-1729 *Mika* avsnitt 66 og 67

⁸⁸ HR-2019-830-A *Sveen* avsnitt 38

⁸⁹ LB-2019-85112 *Zenitel*

⁹⁰ Rt-2012-1729 *Mika*

⁹¹ LB-2013-64251

⁹² LG-2019-148023

⁹³ KOFA-2014-32 *Fredrikstad kommune* avsnitt 21

⁹⁴ Ibid. avsnitt 19 flg.

⁹⁵ Borgarting lagmannsretts kjennelse i 21-049373ASK-BORG/04

⁹⁶ LB-2014-156469

⁹⁷ LH-2022-43940

⁹⁸ LB-2017-61961

⁹⁹ LH-2022-43940

¹⁰⁰ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.2.2.2

ningsregler som først kommer til anvendelse der det ut fra relevante tolkningsfaktorer ikke er mulig å utpeke et bestemt resultat.¹⁰¹

Det er også lagt til grunn i praksis at det er realiteten i tilbudet som er avgjørende, og ikke om avviket er benevnt som et avvik.^{102 103}

Når det er avgjort at et tilbud inneholder avvik, blir det neste spørsmålet om avviket er vesentlig. Spørsmålet beror på en konkret objektiv vurdering av betydningen av avviket. Sentrale momenter i vurderingen er: karakteren av kravet det avvikes fra, hvor stort avviket er, viktigheten av bestemmelsene det avvikes fra, kravets betydning for oppdragsgiver, om avviket er egnet til å forrykke konkurransen mellom leverandørene, om avviket er egnet til å forrykke risikoen i kontraktsforholdet, og i hvilken grad avviket kan prissettes.^{104 105 106 107}

Hvis tilbudet inneholder flere avvik som hver for seg ikke er vesentlige, kan de samlet sett anses vesentlige.^{108 109 110}

Et avvik som gjelder viktige eller sentrale krav, vil fort bli vurdert som vesentlig. Hva som anses viktig eller sentralt beror på en objektiv tolkning av anskaffelsesdokumentene.¹¹¹ Dersom avviket har stor betydning for bruken av ytelsen eller kan få stor betydning for brukeropplevelsen, kan dette trekke i retning av at avviket er vesentlig.^{112 113}

Når det gjelder spørsmålet om avvik fra krav oppdragsgiver betegner som *minstekrav*, *minimumskrav* eller «absolutte krav», har rettspraksis vært noe sprikende.^{114 115} Utgangspunktet har vært at avvik fra slike krav anses som vesentlige.^{116 117} De senere år, har praksisen gått mer i retning av at avvik fra et absolutt krav ikke automatisk har blitt ansett som vesentlig, og at det må

foretas en konkret vurdering av avvikets betydning.¹¹⁸ Det skal imidlertid normalt langt mindre til for å anse et avvik som vesentlig der avviket strider mot slike krav.

Hva som anses som absolutte krav, beror på en konkret tolkning der det avgjørende er om anskaffelsesdokumentene samlet sett må forstås slik at manglende oppfyllelse av kravet uten videre vil medføre avvísningsplikt.^{119 120} Dersom det er uklart om kravet må anses som et absolutt krav, eller er upresist formulert, skal det mer til for at det foreligger et vesentlig avvik.¹²¹

Avvik som medfører en risiko for at leverandøren kan få en konkurransefordel vil som hovedregel også anses som vesentlige. Det kan være tilfellet der leverandøren kan prise sitt tilbud lavere som følge av manglende oppfyllelse av krav i konkurransegrunnlaget, sammenlignet med de øvrige leverandørene som oppfyller konkurransegrunnlagets krav.^{122 123} Avvik kan også gi risiko for konkurransefordel der avvikene muliggjør en bedre score på de kvalitative tildelingskriteriene sammenlignet med leverandørene som forholder seg til konkurransegrunnlagets krav.¹²⁴

Muligheten for å prissette et avvik kan også ha betydning for vesentlighetsvurderingen.¹²⁵ Når avviket prissettes og legges til i leverandørens tilbudssum, kan avvikets innvirkning på konkurransen mellom tilbyderne anses tilstrekkelig ivarettatt. Dersom prissettingen ikke får betydning for rangeringen av tilbudene, vil likebehandlingsprinsippet være ivarettatt ved tillegget i leverandørens pris, og dette tilsier også at avviket ikke gir leverandøren risiko for konkurransefordeler ettersom rangeringen av tilbudene ikke påvirkes av avviket.¹²⁶

Oppdragsgiver må prise avviket på en saklig og forsvarlig måte.^{127 128} Avviket skal prissettes ut fra en vurdering av hva et slikt avvik maksimalt vil kunne medføre av merkostnader for oppdrags-

¹⁰¹ LB-2017-61961

¹⁰² LF-2013-14271

¹⁰³ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.5.1

¹⁰⁴ LB-2021-90164 Glitre Energi Nett AS

¹⁰⁵ LH-2020-140680 Park Nordic

¹⁰⁶ LB-2017-94201

¹⁰⁷ LB-2015-72805 BT Signaal

¹⁰⁸ LH-2020-140680 Park Nordic

¹⁰⁹ LB-2017-61961

¹¹⁰ LE-2015-102226 Ødegården skole

¹¹¹ KOFA-2012-142 Direktoratet for forvaltning og IKT avsnitt 34

¹¹² LB-2017-94201

¹¹³ KOFA-2008-58 Trondheim kommune

¹¹⁴ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.5.1

¹¹⁵ Ullebust 2020

¹¹⁶ LB-2017-94201

¹¹⁷ KOFA-2008-58 Trondheim kommune

¹¹⁸ KOFA-2010-336 Helse Nord RHF

¹¹⁹ KOFA-2018-331 Rogaland fylkeskommune avsnitt 30

¹²⁰ KOFA-2016-138 Andebu kommune avsnitt 29 flg.

¹²¹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.5

¹²² LH-2022-43940

¹²³ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.5.1

¹²⁴ LE-2015-102226 Ødegården skole

¹²⁵ LH-2020-140680 Park Nordic

¹²⁶ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.7.1 og 25.4.11

¹²⁷ KOFA-2019-698 Harstad kommune avsnitt 29

¹²⁸ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.11

giver, basert på en saklig og forsvarlig vurdering.^{129 130 131 132} Valgte leverandørs måte å prise et tilbud på får betydning for både vederlaget oppdragsgiver til slutt skal betale, og for konkurranseforholdet mellom tilbyderne.^{133 134} For å sikre at valgte leverandør ikke får noen fordel av avviket, skal oppdragsgiver derfor så langt som mulig kartlegge konsekvensene av avviket og prise disse.^{135 136} Dersom det ikke er mulig å pris-sette avviket på en forsvarlig måte, kan dette tilsi at avviket er vesentlig.^{137 138}

12.4.3.2 Utvalgets vurdering

Det finnes ingen bestemmelse om avvisningsplikt for tilbud som inneholder vesentlige avvik i anskaffelsesdirektivet. EU-domstolen har imidlertid slått fast at likebehandlingsprinsippet er til hinder for forbehold mot grunnleggende kontraktsbestemmelser.¹³⁹

Det er hensynet til likebehandlingsprinsippet som utgjør hovedhensynet bak avvisningsplikten som følge av vesentlige avvik. Dette prinsippet dannet også grunnlag for å oppstille avvisningsplikt i C-243/89 *Storebælt*.¹⁴⁰ Etter utvalgets syn er avvisningsplikten i anskaffelsesforskriften følgelig også et utslag av praksis fra EU-domstolen og likebehandlingsprinsippet.

EU-domstolens sak C-243/89 *Storebælt* gjaldt bygging av en bro over Storebælt i Danmark. Den ene leverandøren innga et tilbud der det ble tatt forbehold om at oppdragsgiver skulle overta både prosjekterings- og mengderisikoen. Et slikt forbehold var klart i strid med bestemmelsene i konkurransegrunnlaget.¹⁴¹

EU-domstolen uttalte at samtlige tilbud må være i samsvar med konkurransegrunnlaget for å overholde likebehandlingsprinsippet, og sikre muligheten til en objektiv sammenligning av tilbudene.¹⁴² Dersom tilbudene til leverandørene kunne

fravike de «grunnleggende konkurransebetingelsene» ved å ta forbehold, ville ikke likebehandlingsprinsippet være overholdt.¹⁴³ På denne bakgrunn mente EU-domstolen at tilbudet måtte avvises. EU-domstolen fastslo følgelig at likebehandlingsprinsippet leder til at oppdragsgiver har avvisningsplikt dersom et tilbud inneholder avvik fra grunnleggende konkurransebestemmelser.

Forenklingsutvalget anså at artikkel 56 nr. 1 i anskaffelsesdirektivet kodifiserer utgangspunktet i *Storebælt*-saken, om at likebehandlingsprinsippet tilsier at samtlige tilbud i utgangspunktet skal være i samsvar med konkurransegrunnlaget for å sikre mulighetene for en objektiv sammenligning av tilbudene.¹⁴⁴

Det følger også av anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 1 at tildeling av kontrakt kun kan skje dersom tilbud samsvarer med krav, vilkår og kriterier som er angitt i konkurransedokumentene.¹⁴⁵ En ren ordlydsfortolkning kan tilsi at direktivet stenger for at tildeling av kontrakt til tilbud som inneholder avvik, det vil si at avvisningsplikt inntreffer ved ethvert avvik. Dersom denne fortolkningen legges til grunn, kan det stilles spørsmål ved om Norges EØS-rettslige forpliktelser ivaretas ved at det kun oppstilles avvisningsplikt ved vesentlige avvik.

Forenklingsutvalget fremholdt imidlertid at direktivbestemmelsen må tolkes i lys av kravet til forholdsmessighet, og at dette prinsippet medfører at ikke er ethvert avvik eller forbehold skal lede til avvisning. Utvalget la videre til grunn at det ikke var helt klart hva som kunne utledes av direktivet.¹⁴⁶ Det samme er fremholdt av Midtun.¹⁴⁷

Arrowsmith har tatt til orde for at artikkel 56 nr. 1 ikke kan tolkes bokstavelig.¹⁴⁸ Arrowsmith mener det er i strid med proporsjonalitetsprinsippet å avvise en leverandør for ethvert avvik.

Etter utvalgets syn tyder flere EU-avgjørelser også på at avvik etter omstendighetene kan godtas. I Underrettens avgjørelse T-40/01 *Scan Office Design* vurderes avvik fra kravspesifikasjonen. Her fremholdt domstolen at selv om oppdragsgivere har en viss skjønnsfrihet, er den alltid bun-

¹²⁹ LH-2020-140680 Park Nordic

¹³⁰ KOFA-2019-698 Harstad kommune avsnitt 29

¹³¹ KOFA-2017-170 Troms fylkeskommune

¹³² NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.11

¹³³ KOFA-2015-133 Time kommune avsnitt 24 og 25

¹³⁴ KOFA-2019-698 Harstad kommune avsnitt 30

¹³⁵ KOFA-2015-133 Time kommune avsnitt 24 og 25

¹³⁶ KOFA-2019-698 Harstad kommune avsnitt 30

¹³⁷ LH-2020-140680 Park Nordic

¹³⁸ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.11

¹³⁹ C-243/39 *Storebælt*

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid. avsnitt 37 og 39

¹⁴³ Ibid. avsnitt 40

¹⁴⁴ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.7.2

¹⁴⁵ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* artikkel 56 er gjennomgått i kapittel 24.34.1

¹⁴⁶ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.7.2

¹⁴⁷ Midtun 2023 kapittel 5.6

¹⁴⁸ Arrowsmith 2014 kapittel 7-161

det av obligatoriske krav de selv har fastsatt. Dette underbygger at det finnes avvik som kan godtas. Avvik som er gjort ufravikelige av oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget, kan imidlertid ikke godtas.^{149 150}

Avgjørelsene fra EU-domstolen, artikkel 56 og de grunnleggende prinsippene sett i sammenheng, tilsier etter utvalgets syn klart at ikke ethvert avvik må lede avvisningsplikt. Etter utvalgets syn er derfor den norske bestemmelsen om avvisningsplikt et utslag av artikkel 56 nr. 1 og prinsippene om likebehandling og forholdsmesighet.

Utvalget foreslår å videreføre bestemmelsen om avvisningsplikt for tilbud som inneholder vesentlige avvik i ny lov om offentlige anskaffelser.

Utvalget har fått innspill fra referansegruppen om at det bør vurderes å innføre en regel om at avvik fra et absolutt krav alltid anses som et vesentlig avvik. Det er blant annet vist til at Forenklingsutvalget foreslo dette.¹⁵¹ Utvalget har av denne grunn vurdert om det er hensiktsmessig å innføre en slik regel. På den ene siden vil det medføre at oppdragsgiver må tenke grundig over hvilke krav som angis som absolutte, noe som vil være bra. Samtidig er utvalget redd for at krav uansett vil angis som absolutte uten at de egentlig har stor betydning i en anskaffelse, eller er ment å ha det. Med en plikt til å avvise i ethvert slikt tilfelle er utvalget bekymret for at det vil kunne bli en del unødvendige avvisninger. Ettersom det ikke er ønskelig fra et samfunnsmessig perspektiv å avvise tilbud har utvalget landet på at det ikke er hensiktsmessig å innføre en slik regel. Utvalget viser også til at anskaffelsesdirektivet som nevnt ikke inneholder noen slik regel.

Utvalget har merket seg at det pågår en diskusjon i anskaffelsesmiljøet av når krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt, i tilfeller hvor det ikke er sagt noe om dette i anskaffelsesdokumentene.

I stornemndsak KOFA-2023-852 slo klagenemnda fast at krav til en viss standard som var oppstilt i kravspesifikasjonen først måtte oppfylles ved kontraktsgjennomføringen, og ikke på tilbudstidspunktet. KOFA oppstilte altså en presum-

sjon for at krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt ved gjennomføring av kontrakt, med mindre noe annet er sagt i konkurransedokumentene. Saken er fulgt opp i en senere avgjørelse.¹⁵²

Det er i den pågående diskusjonen trukket frem enkelte saker fra EU-domstolen og Underretten, men utvalget kan ikke se at noen av disse løser spørsmålet.^{153 154 155 156}

Etter utvalgets syn er oppdragsgiver nærmest til å vurdere når krav i kravspesifikasjon skal være oppfylt. Det er derfor viktig at oppdragsgiver har et bevisst forhold til når krav som stilles i kravspesifikasjonen skal være oppfylt, og angir dette i konkurransegrunnlaget.

I de tilfeller der oppdragsgiver likevel ikke har angitt på hvilket tidspunkt et krav i kravspesifikasjonen skal være oppfylt er det etter utvalget syn hensiktsmessig med et klart utgangspunkt for når krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt. Dette vil gjøre det mulig for leverandørene å vurdere om de oppfylder krav som er satt i kravspesifikasjonen, og dermed om de kan og vil inngi tilbud. Utvalget er imidlertid delt i synet på hvilket tidspunkt et krav i kravspesifikasjonen må være oppfylt, ved manglende angivelse av dette i anskaffelsesdokumentene.

Utvalgsmedlemmene *Arve, Fredriksen, Breiland, Karlstrøm, Greaker og Gjønnnes* mener at dersom oppdragsgiver ikke har sagt noe om når et krav i kravspesifikasjonen skal være oppfylt, så er det naturlige utgangspunktet at kravet må være oppfylt på tilbudstidspunktet. Det er på tilbudstidspunktet oppdragsgiver skal evaluere og vurdere eventuell avvisning, og det er derfor nærliggende å ta utgangspunkt i oppfyllelse av kravene på dette tidspunktet, slik KOFA også var inne på i sak 2023-313.¹⁵⁷ Se i den retning også uttalelser fra lagmannsretten som fremholder at kravene må være oppfylt før de ulike tilbudene veies opp mot hverandre og tildeling foretas, det vil si på tilbudstidspunktet.¹⁵⁸ Lagmannsretten bygget her uttalelsene på at det var angitt i konkurransegrunnlaget at manglende oppfyllelse av enkelte av kravene ville medføre at tilbudet avvises fra konkurransen. Etter disse utvalgsmedlemmenes syn vil det samme synspunktet imidlertid gjelde selv om avvisning ikke er uttrykkelig angitt i kon-

¹⁴⁹ T-8/90 Dredging International avsnitt 70 og 71: uttalte at et tilbud med forbehold mot kontraktens varighet måtte avvises ettersom det var «manifestly inconsistent with the subject of the contract» og at tilbudet med et slikt forbehold ikke kan sammenlignes med de øvrige tilbudene

¹⁵⁰ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* Kapittel 25.4.7.2 fotnote 59: Forenklingsutvalget tolket avgjørelsen i retning av at det åpnes opp for at ikke-vesentlige avvik kan aksepteres når tilbudet kan sammenlignes med de øvrige tilbudene

¹⁵¹ Ibid. kapittel 25.4.5.2

¹⁵² KOFA-2023-682 Bodø kommune

¹⁵³ T-148/04 TQ3 Travel Solutions Belgium

¹⁵⁴ T-394/12 Alfatar Benelux SA

¹⁵⁵ C-14/17 VAR

¹⁵⁶ C-68/21 og C-84/21 Iveco (forente saker)

¹⁵⁷ KOFA-2023-313 Bodø kommune avsnitt 21

¹⁵⁸ LH-2020-24313

kurransegrunnlaget som en konsekvens av manglende oppfyllelse, da dette følger av anskaffelsesforskriftens bestemmelse om avvisning av tilbud grunnet vesentlige avvik.

Hensynet til konkurranse er trukket frem i saker fra klagenemnda som et argument for at krav i kravspesifikasjonen ikke trenger være oppfylt på tilbudstidspunktet, se blant annet KOFA-2023-852.¹⁵⁹ Disse utvalgsmedlemmene er enig i at det kan være krav i kravspesifikasjonen som ikke bør kreves oppfylt før ved kontraktens begynnelse, og i enkelte tilfeller heller ikke lovlig kan kreves oppfylt før på et senere tidspunkt, for eksempel for å unngå at eksisterende leverandør får en konkurransefordel.¹⁶⁰ Det er derfor viktig at oppdragsgiver har et bevisst forhold til dette ved utformingen av kravene i kravspesifikasjonen. Der oppdragsgiver mener et krav ikke trenger å være oppfylt på tilbudstidspunktet, må dette angis i anskaffelsesdokumentene. Det bør i et slikt tilfelle også fremgå av anskaffelsesdokumentene hvordan oppdragsgiver ser for seg at dette skal bedømmes på tilbudstidspunktet, slik også fremholdt av klagenemndas flertall i sak 2019-597.¹⁶¹

Utvalgsmedlemmene *Tveit, Dankertsen Hennying og Gresseth* mener på den andre siden at krav som oppstilles i kravspesifikasjonen, hvor ikke annet fremgår av anskaffelsesdokumentene, som et utgangspunkt først må være oppfylt ved kontraktsstart.

En slik regel er best i samsvar med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesregelverket, herunder hensynet til kostnadseffektivitet og konkurranse, som loven er ment å sikre. Det vil være uheldig om en leverandør som kan oppfylle kravene til ytelsen (kontrakten) på tilbudstidspunktet ikke tildeles kontrakten, fordi denne ikke kunne dokumentere at kravene var oppfylt allerede på tilbudstidspunktet.

En slik regel passer også best med lovens system, hvor krav til ytelsen inngår som en del av kontraktsforpliktelsene, mens kvalifikasjonskrav skal sikre at tilbyder er kvalifisert til å delta i konkurransen.

Mindretallet bemerker at en slik presumsjonsregel kan skape vanskelige bevisvurderinger hos oppdragsgiver. Men de ovennevnte hensyn veier etter mindretallets oppfatning tyngre. Videre vil

dette være best i samsvar med KOFA-praksis (jf. nevnte stornemndsavgjørelse) og EU-domstolens uttalelser. I sak C-295/20 *Sanresa* fremholdt EU-domstolen at kontraktskrav ikke kan kreves oppfylt på tilbudstidspunktet, jf. premiss 62, hvor det heter: «Desuden udgør et krav om, at tilbudsgiverne tvinges til at opfylde alle betingelserne for kontraktens gennemførelse allerede ved afgivelsen af budet, et for vidtgående krav, som dermed risikerer at afskrække disse operatører fra at deltage i udbudsprocedurer og herved tilsidesætter proportionalitetsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som er sikret ved det nævnte direktivs artikel 18, stk. 1».¹⁶²

12.4.4 Avvisningsrett for tilbud som inneholder avvik eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige [§ 24-8 andre ledd bokstav a]

12.4.4.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver har rett til å avvise et tilbud som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 andre ledd bokstav a. Det er ingen tilsvarende avvisningsrett i anskaffelsesdirektivet.

12.4.4.2 Utvalgets vurdering

Bestemmelsen om avvisningsrett for tilbud som inneholder ikke ubetydelige avvik og uklarheter gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det nærmere innholdet av bestemmelsen følger av norsk retts- og klagenemndspraksis, samt teori.

For å finne ut om et tilbud inneholder avvik, må tilbudet og konkurransegrunnlaget tolkes objektivt og sammenlignes.¹⁶³ Utgangspunktet for tolkningen er dokumentenes ordlyd. Det vises til gjennomgangen over for en nærmere redegjørelse for tolkningen av konkurransegrunnlag og tilbud.

Ordlyden «ikke ubetydelig» tyder på en lav terskel for avvisningsrett. Bestemmelsen oppstiller en nedre terskel for avvisning mot ubetydelige feil. Forenklingsutvalget uttalte om den tidligere tilsvarende bestemmelsen at det er et vilkår at mangelen ikke anses ubetydelig. Videre ble det fremholdt at bestemmelsen er et utslag av

¹⁵⁹ KOFA-2023-852 Bodø kommune avsnitt 34

¹⁶⁰ Fabricius 2017 side 416

¹⁶¹ KOFA-2019-597 Skien og Porsgrunn kommune avsnitt 25. Saken gjaldt dokumentasjon for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, men de samme hensyn gjør seg gjeldende for oppfyllelse av kravspesifikasjon.

¹⁶² C-295/20 *Sanresa*

¹⁶³ Utgangspunktene for tolkning av tilbud og konkurransegrunnlag er nærmere beskrevet ovenfor der det redegjøres for avvisning som følge av vesentlige avvik

hensynet til god forvaltningsskikk og forholdsmessighetsprinsippet. Dette innebærer at det ikke er avvisningsrett for mangler som er uten betydning for å gjennomføre kontrakten. Samtidig fremholdt utvalget at terskelen for å avvise er lav i medhold av dette unntaket. Dette ble begrunnet med at det er opp til oppdragsgiver å bestemme hva som skal anskaffes og på hvilke vilkår.¹⁶⁴ Uttalelsene omhandler anskaffelsesforskriften (2006), men gjelder tilsvarende for anskaffelsesforskriften.¹⁶⁵

Regelen om avvisningsrett ved uklarheter som ikke må anses ubetydelige har også en side mot hvem som bærer risikoen for uklarheter i konkurransegrunnlaget og tilbudene, se blant annet LH-2020-140680.¹⁶⁶

I KOFA-2017-185 hadde valgte leverandør først blitt avvist på grunn av manglende inngivelse av et tilleggssprisskjema.¹⁶⁷ Avvisningen hadde så blitt annullert fordi oppdragsgiver anså feilen som ubetydelig. En annen leverandør påklaget omgjøringen. Klagemnda konkluderte med at omgjøringen var riktig ettersom det var uklarheter i konkurransegrunnlaget som hadde foranlediget at valgte leverandør ikke innga prisskjemaet, og at posten utgjorde en liten sum. Denne summen var også lavere enn differansen mellom valgte leverandør og klager. Klagemnda mente dermed at manglende inngivelse av prisskjemaet var et ubetydelig avvik.¹⁶⁸

Et eksempel på en avgjørelse hvor avviket under tvil ikke ble ansett ubetydelig er KOFA-2013-8 som gjaldt inngåelse av en betydelig rammeavtale om kjøp av møbler.¹⁶⁹ En av leverandørene hadde inntatt en bestemmelse om betalingsbetingelser i tilbudsbrevet som avvek fra oppdragsgivers alminnelige kontraktsvilkår.¹⁷⁰ På denne bakgrunn kom klagemnda under tvil til at oppdragsgiver hadde rett til å avvise leverandøren.

Dersom et avvik ikke leder til avvisning, skal det som utgangspunkt prissettes.¹⁷¹

Ved vurderingen av om dette avvisningsgrunnlaget skal videreføres har utvalget for det første

vurdert om direktivet åpner for å oppstille en slik avvisningsbestemmelse. Etter utvalgets syn vil ikke oppdragsgiver etter EU-domstolens praksis og formuleringen i artikkel 56 nr. 1 ha plikt til å inngå kontrakt der leverandøren har inngitt et tilbud som avviker fra krav satt i konkurransegrunnlaget. Som følge av dette foreslår utvalget å videreføre avvisningsretten knyttet til ikke ubetydelige avvik og uklarheter.

12.4.5 Avvisningsrett for tilbud som ikke oppfyller bestemte bestemmelser om miljø, arbeidsforhold mv. [§ 24-8 andre ledd bokstav c]

Etter § 24-8 andre ledd bokstav c har oppdragsgiver en rett til å avvise tilbud som ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg 5 til forskriften. Kravet er nasjonalt, i den forstand at den ikke direkte gjennomfører en tilsvarende direktivbestemmelse om avvisningsrett.

Både Forenklingsutvalget og juridisk teori har tatt til orde for at den norske regelen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 56 nr. 1 andre avsnitt.^{172 173 174 175} Artikkel 56 nr. 1 andre avsnitt fastsetter at oppdragsgiver kan velge ikke å tildele kontrakt til tilbyder med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, hvis det er fastslått at tilbudet ikke er i overensstemmelse med forpliktelsene som anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 2 viser til. Forenklingsutvalget la til grunn at ettersom oppdragsgiver i henhold til artikkel 56 nr. 1 andre avsnitt kan beslutte å ikke tildele en kontrakt til en leverandør som har det beste tilbudet hvis det ikke oppfyller kravene nevnt i artikkel 56, må det foreligge en frivillig avvisningsgrunn.¹⁷⁶

12.4.5.1 Utvalgets vurdering

Etter utvalgets syn er avvisningsbestemmelsen i § 24-8 andre ledd bokstav c en gjennomføring av artikkel 56 nr. 1, slik det er tatt til orde for i teorien og fremholdt av Forenklingsutvalget. Artikkel 56 nr. 1 andre avsnitt er nå foreslått gjennomført i for-

¹⁶⁴ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.7.1

¹⁶⁵ KOFA-2020-171 Helse Førde avsnitt 32

¹⁶⁶ LH-2020-140680 Park Nordic

¹⁶⁷ KOFA-2017-185 Alta kommune

¹⁶⁸ KOFA-2009-134 Reindriftsforvaltningen Vest-Finnmark, der klagemnda anså et avvik på ca. 5000 kr mot en kontraktsverdi på ca. 350 000 kr som ubetydelig.

¹⁶⁹ KOFA-2013-8 Sandefjord kommune

¹⁷⁰ Ibid. avsnitt 51

¹⁷¹ LH-2020-140680 Park Nordic

¹⁷² Thue m.fl. 2018 side 959

¹⁷³ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-8

¹⁷⁴ Oda Ekre mfl. «Note 8 til § 24-8» Karnov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 17. februar 2023

¹⁷⁵ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.3.2.8

¹⁷⁶ Ibid. kapittel 25.4.10.1

slag til ny lov om offentlige anskaffelser § 15-1 andre ledd. Utvalget foreslår samtidig å innta en krysshenvisning fra kapitlet om avvisning til ny § 15-1 andre ledd.

12.4.6 Avvisningsrett for tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett [§ 24-8 andre ledd bokstav d]

12.4.6.1 Gjeldende rett

Oppdragsgiver har avvisningsrett for tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett som er dokumentert fastsatt før iverksettelse av konkurransen, jf. anskaffelsesforskriften § 24-8 andre ledd bokstav d.

12.4.6.2 Utvalgets vurdering

Det er en nasjonal bestemmelse, i den forstand at den ikke gjennomfører en konkret direktivbestemmelse. Det er i teorien antatt at bestemmelsen delvis er basert på anskaffelsesdirektivet artikkel 26. nr. 4 bokstav b fordi det der fremgår at tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett kan anses som et uakseptabelt tilbud.^{177 178} Det vises i denne forbindelse til den generelle fremstillingen i første delutredning kapittel 24.20.1.

Artikkel 26 nr. 4 beskriver imidlertid utelukkende vilkårene for bruk av konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling. Den regulerer med andre ord ikke adgangen til avvisning direkte. Forenklingsutvalget mente imidlertid at direktivet omfatter en rett til å avvise på bakgrunn av tilbud som overskrider oppdragsgivers budsjett, uten å begrunne dette nærmere.¹⁷⁹ Det er nærliggende å anta at Forenklingsutvalgets standpunkt springer ut fra en tanke om at de forhold som kan danne grunnlag for uregelmessige eller uakseptable tilbud etter artikkel 26 nr. 4 bokstav b også utgjør en avvisningsgrunn.

Det er uansett på det rene at anskaffelsesdirektivet ikke eksplisitt fastsetter en avvisningsrett der leverandørens tilbudspris overstiger oppdragsgivers budsjett.

Utvalget slutter seg til Forenklingsutvalgets tilnærming om at det må være adgang til å avvise tilbud som overstiger oppdragsgivers budsjett i lys av artikkel 26 nr. 4 bokstav b. I tillegg vil

bestemmelsen etter utvalgets syn ha en side til likebehandlingsprinsippet.

Når det gjelder det nærmere innholdet i bestemmelsen, har utvalget merket seg at det pågår en diskusjon om hvorvidt oppdragsgiver må ha gjort budsjettgrensen kjent for leverandørene før konkurransen, eller om det er tilstrekkelig å bare ha fastsatt den.¹⁸⁰ Ordlyden i forskriften gir ikke direkte svar på spørsmålet. I juridisk teori er det uenighet om det foreligger en slik plikt. Thue m.fl. mener det må oppstilles et slikt krav, ettersom oppdragsgiver i motsatt fall vil kunne avvise leverandører etter en *hemmelig* budsjettgrense. Dragsten mener forskriftsgiveren har tatt et bevisst valg ved å ikke innta et krav om at budsjettet skal være kommunisert ut til tilbyderne i bestemmelsens ordlyd, men isteden angitt at det er tilstrekkelig at det kan dokumenteres at budsjettet var fastsatt på forhånd.^{181 182} KOFA har i senere avgjørelser tatt til orde for at det ikke foreligger en plikt til å synliggjøre budsjettet for leverandørene i konkurransegrunnlaget, men at oppdragsgiver må fastsette og dokumentere budsjettet før iverksettelsen av konkurransen.^{183 184}

Klagenemnda har også lagt til grunn at en forutsetning for å avvise etter bestemmelsen er at budsjettet må være faglig holdbart og forsvarlig satt.^{185 186} Etter utvalgets syn vil det være tilstrekkelig at budsjettet er dokumentert og fastsatt i forkant av konkurransen, men at det ikke er noen plikt til å angi det i anskaffelsesdokumentene.

12.4.7 Avvisningsrett for tilbud som oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere [§ 24-8 andre ledd bokstav e]

Etter § 24-8 andre ledd bokstav e har oppdragsgiver avvisningsrett i de tilfeller oppdragsgiver ikke kan akseptere tilbudet fordi det foreligger lignende forhold som i § 24-8 andre ledd bokstav a til d.

Det er en nasjonal bestemmelse, i den forstand at den ikke gjennomfører en direktivbestemmelse. Forenklingsutvalget la til grunn at bestemmelsen delvis er basert på anskaffelsesdirektivet artikkel 26 nr. 4 bokstav b som inneholder en ikke

¹⁷⁷ Thue m.fl. 2018 side 959

¹⁷⁸ Dragsten 2020 kommentarer til § 24-8

¹⁷⁹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.2.2

¹⁸⁰ KOFA-2014-125 UDI Region Sør

¹⁸¹ Thue m.fl. 2018 side 959 flg.

¹⁸² Dragsten 2020 kommentarer til § 24-8

¹⁸³ KOFA-2015-4 Oppland fylkeskommune avsnitt 35

¹⁸⁴ KOFA-2022-881 Sporveien AS avsnitt 54

¹⁸⁵ Ibid. avsnitt 54

¹⁸⁶ KOFA-2015-4 Oppland fylkeskommune avsnitt 33

uttømmende liste over hvilke forhold som kan gjøre tilbud ukorrekte og uakseptable.¹⁸⁷

12.4.7.1 Utvalgets vurdering

Utvalget slutter seg til Forenklingsutvalgets syn om at bestemmelsen har en side til artikkel 26 nr. 4 bokstav b. I tillegg er det utvalgets syn at bestemmelsen bygger på likebehandlingsprinsippet. Sett i lys av at oppdragsgiver etter EU-retten synes å ha en vid adgang til ikke å akseptere tilbud som inneholder avvik er det utvalgets syn at en slik avvisningsrett er i tråd med direktivet. Utvalget vil samtidig peke på at oppdragsgiver må vurdere om en eventuell avvisning er forholdsmessig.

Hva som utgjør «andre forhold», fremgår ikke av ordlyden eller bestemmelsen for øvrig. Den tilsier imidlertid at bestemmelsen er ment som en

sekkebestemmelse som kan fange opp andre forhold enn dem som er angitt i § 24-8 andre ledd.

Utvalget har kun identifisert en sak fra klagenemnda som gjelder denne bestemmelsen.¹⁸⁸ Bestemmelsen synes derfor ikke å være særlig praktisk, og utvalget har derfor vurdert om avvisningsretten bør videreføres. Utvalget foreslår imidlertid å videreføre bestemmelsen ettersom den er innarbeidet i regelverket i dag.

Boks 12.3 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å videreføre § 24-8 andre ledd bokstav a, c til e om avvisning av tilbud i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 16-12 og 16-13.

¹⁸⁷ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 25.4.10.2

¹⁸⁸ KOFA- 2017-58 Grenlandskommunenenes innkjøpsenhet

Kapittel 13

Særlig om forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

13.1 Forsyningsdirektivet

13.1.1 Gjeldende rett

Systematikken i forsyningsdirektivet er noe annerledes enn i anskaffelsesdirektivet hva gjelder avvisning. I motsetning til anskaffelsesdirektivet så inneholder ikke forsyningsdirektivet en tilsvarende liste over mulige avvisningsgrunner. Det fremgår derimot av artikkel 78 nr. 1 at oppdragsgiver «kan fastsette objektive regler og kriterier for utelukkelse». Slike regler og kriterier kan omfatte – men er ikke begrenset til – avvisningsgrunnene i anskaffelsesdirektivet, jf. artikkel 80 nr. 1.

For oppdragsgivere som er offentlige myndigheter og offentligrettslige organer, det vil si oppdragsgiverne som er angitt i direktivet artikkel i § 1-2 første ledd bokstav a til d, skal slike regler og kriterier omfatte de obligatoriske grunnene i anskaffelsesdirektivets artikkel 57 nr. 1 og 2. Disse oppdragsgiverne vil altså også være forpliktet til å avvise leverandører for slike forhold. Oppdragsgiver kan imidlertid etter ordlyden også velge å oppstille andre objektive regler og kriterier for avvisning av leverandørene enn de som følger av anskaffelsesdirektivet.

Dersom oppdragsgiver benytter seg av en avvisningsgrunn opplistet i anskaffelsesdirektivets artikkel 57, må det skje på de vilkår som følger av anskaffelsesdirektivets avvisningsregler, jf. forsyningsdirektivet artikkel 80. Det betyr at reglene om for eksempel avvisningsperiode og self-cleaning osv. følger med. Det samme gjelder anskaffelsesdirektivets regler om ESPD-skjemaer i artikkel 59, dokumentasjon i artikkel 60 og e-Certis i artikkel 61, jf. forsyningsdirektivet artikkel 80 nr. 3.

En annen forskjell i forsyningsdirektivet er at oppdragsgiver etter direktivets ordlyd må oppstille regler og kriterier for å kunne avvise leverandører, jf. artikkel 76 nr. 1 bokstav a. Dette inne-

bærer muligens at oppdragsgivere i forsyningssektorene ikke uten videre kan lene seg på avvisningsreglene i anskaffelsesdirektivet. For å kunne avvise en leverandør for et spesifikt forhold, må leverandøren altså ha fastsatt en slik regel eller et slikt kriterium som er gjort tilgjengelig for interesserte leverandører. Departementet fremholdt i høringsnotatet at dette er uheldig og i strid med systematikken i anskaffelsesdirektivet.¹

13.1.2 Utvalgets vurderinger

Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsene i forsyningsdirektivet i ny lov om forsyningsanskaffelser.

Utvalget har vurdert om det er en videre adgang til å oppstille avvisningsgrunner knyttet til leverandøren etter forsyningsdirektivet enn det som følger av anskaffelsesdirektivet. Utvalget viser til at direktivet etter sin ordlyd synes å åpne for dette. Samtidig følger det av EU-domstolens praksis, knyttet til den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsdirektivet (2004), at formuleringen ikke innebar at det var adgang til å avvise for andre forhold knyttet til leverandørens økonomiske og faglige kvalifikasjoner, enn de som følger av anskaffelsesdirektivet.² Departementet fremholdt i høringsnotatet til ny forsyningsforskrift, under henvisning til EU-domstolens praksis, at de mente det ikke var noen større adgang til å innta andre avvisningsgrunner knyttet til leverandøren.³ Utvalget ser også at det i forarbeidene til lag om opphandling inom försörjningssektorerna er fremholdt at det ikke er adgang til å gjennomføre ytterligere avvisningsgrunner enn de som følger av anskaffelsesdirektivet.⁴ Etter utvalgets syn er

¹ Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – forsyningsforskriften kapittel 5.1.25

² C- 465/11 Forposta avsnitt 38

³ Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – forsyningsforskriften punkt 5.1.25

⁴ Prop. 2015/16:195 kapittel 22.2

det i utgangspunktet hensiktsmessig at oppdragsgiver også kan oppstille avvisningsgrunner utover de som følger av anskaffelsesdirektivet hva gjelder økonomiske og faglige grunnlag. Samtidig er utvalget usikre på om det er adgang til dette, til tross for ordlyden i direktivet. Utvalget foreslår derfor ikke å åpne for å innta andre avvisningsgrunner, men overlater til departementet å vurdere om det er adgang til å innta dette i lys av for eksempel nyere rettspraksis.

Et annet spørsmål utvalget har vurdert er om avvisningsbestemmelsene må angis i anskaffelsesdokumentene eller om det er tilstrekkelig at de følger av loven. Etter utvalgets syn er det lite hensiktsmessig om oppdragsgiver skal måtte ta inn avvisningsgrunnene i anskaffelsesdokumentene. Utvalget foreslår derfor å ta inn eksplisitte avvisningsregler i forslag til ny lov som oppdragsgiver kan benytte, uavhengig av om oppdragsgiver har tatt inn uttrykkelige avvisningsregler i anskaffelsesdokumentene. Dette innebærer at det i hovedsak foreslås de samme avvisningsregler for lov om anskaffelser i forsyningssektorene som for anskaffelsesloven. Oppdragsgivere i forsyningssektorene trenger altså ikke ta inn bestemmelser om avvisning i anskaffelsesdokumentene for å kunne avvise en leverandør etter de avvisningsgrunner som følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 57.

I tillegg ser utvalget det som hensiktsmessig å videreføre øvrige avvisningsbestemmelser som er foreslått tatt inn i ny lov om offentlige anskaffelser, også de som ikke gjennomfører egne direktivbestemmelser. Dette innebærer at forslag til avvisningsbestemmelser i hovedsak svarer til reguleringen i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser.

13.2 Konsesjonskontraktdirektivet

13.2.1 Gjeldende rett

Bestemmelsene om avvisning i konsesjonskontraktdirektivet er i stor grad lik reglene i anskaffelsesdirektivet, men det er også noen forskjeller. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder for eksempel ikke regler om avvisning av leverandører som har oppnådd en fordel gjennom forbedelsen av kontrakten, såkalt rådgiverhabilitet. Direktivet inneholder ikke regler om innledende markedsdialog med leverandørene. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder heller ikke regler om alternative tilbud eller regler om avvisning av alternative tilbud.

Det er heller ikke regler om avvisning av unormalt lave tilbud i konsesjonskontraktdirektivet. Verdien av konsesjonskontrakter kan bestå både av betaling fra oppdragsgiver og inntekter knyttet til retten til å utnytte tjenesten. Verdien kan derfor være komplisert å fastsette. Dermed er det også komplisert å vurdere om det er tale om et unormalt lavt tilbud. Departementet redegjorde for dette i høringsnotat om forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter, og viste også til at det var usikkert hvorfor ikke direktivet inneholder en slik regel.⁵ Departementet foreslo en bestemmelse om å rett til å avvise tilbud som er unormalt lave, men denne regelen ble ikke tatt med i gjeldende forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter.

Konsesjonskontraktdirektivet har en egen bestemmelse i direktivet om sikkerhet i artikkel 38 nr. 7 bokstav b. Bestemmelsen innebærer at oppdragsgivere ved kontakter som gjelder forsvars- og sikkerhetsområdet, kan avvise en leverandør som utgjør en risiko for sikkerheten. Det er ikke gitt en tilsvarende avvisningsbestemmelse i anskaffelsesdirektivet.

Videre gjelder plikten til å avvise leverandører ved straffbare forhold og manglende betaling av skatter og avgifter bare for statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige oppdragsgivere. For andre oppdragsgivere er det frivillig om oppdragsgiver vil avvise leverandørene i disse tilfellene.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ikke regler om avvisning på grunn av formel feil eller andre forhold ved tilbudet. I departementets høringsnotat ga departementet uttrykk for at det uansett følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, en plikt til å avvise tilbud i visse tilfeller. Videre at prinsippene også setter grenser for hvilke tilfeller oppdragsgiver har rett til å avvise tilbud. Departementet foreslo regler om rett og plikt til å avvise ved formel feil og forhold ved tilbudet, og gjeldende forskrift om konsesjonskontrakter inneholder regler om dette i §§ 11-1 og 11-8.

13.2.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsene i konsesjonskontraktdirektivet i ny lov om konsesjonskontrakter. I tillegg til bestemmelsene i konsesjonskontraktdirektivet, foreslår utvalget noen tillegggsbestemmelser om avvisning.

⁵ Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – konsesjonskontraktforskriften kapittel 5.3

Utvalget foreslår at bestemmelsen som foreslås i anskaffelsesloven, om plikt til å avvise leverandører som har fått en urimelig konkurransefordel ved å ha deltatt i forberedelsene til konkurransen, også tas inn i lov om konsesjonskontrakter. Utvalget mener det uansett vil følge av likebehandlingsplikten at det er en plikt til å avvise i slike situasjoner.

Videre mener utvalget det er hensiktsmessig å videreføre reglene om avvisning av tilbud som følge av formale feil og forhold ved tilbudet, for eksempel dersom tilbudet inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Etter utvalgets vurdering taler prinsippene for avvisning av tilbud i disse tilfellene. Dette gjelder særlig for likebehandlingsprinsippet. Å videreføre avvisningsregler om disse tilfellene vil derfor bidra til klargjøring og forenkling. Dette innebærer at forslag til avvisningsregler i lov om konsesjonskontrakter i stor grad svarer til forslaget om avvisningsregler i lov om offentlige anskaffelser.

Utvalget har vurdert spørsmålet om det bør foreslås regler om avvisning av unormalt lave tilbud. Utvalget har i vurderingen sett hen til at det kan være komplisert å fastsette verdien av konsesjonskontrakter, herunder hva det innebærer at risiko overføres til leverandøren. I juridisk teori er det vist til at det er mer fleksible regler i konsesjonskontraktdirektivet. Fordi når denne bestemmelsen er utelatt fra konsesjonskontraktdirektivet

er det usikkert om, og hvordan, EU-domstolen anvender prinsippene i EU-retten i tilfeller hvor det er unormalt lave tilbud om konsesjonskontrakter.⁶ Spørsmålet om unormalt lave tilbud i konsesjonskontrakter har ikke blitt vurdert i rettspraksis, etter hva utvalget er kjent med. Unormalt lave tilbud kan innebære risiko for at leverandøren mottar ulovlig offentlig støtte, og regler som gir mulighet for avvisning i slike tilfeller kan bidra til likebehandling av leverandører. Utvalget har vært noe i tvil, men har landet på at det ikke bør innføres en avvisningsbestemmelse ved unormalt lave tilbud.

Boks 13.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre forsyningsdirektivets bestemmelser om avvisning i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene kapittel 17.
- å gjennomføre konsesjonskontraktdirektivets bestemmelser om avvisning i ny lov om konsesjonskontrakter kapittel 12.

⁶ Arrowsmith 2018 side 88

Kapittel 14

Andre avvisningsbestemmelser

EU har vedtatt og foreslått flere rettsakter på andre sektorområder, som blant annet inneholder bestemmelser om å avvise fysiske eller juridiske personer fra å delta i konkurranser underlagt anskaffelsesregelverket. Tabell 14.1 gir en oversikt over et utvalg av vedtatte eller foreslåtte avvisningsbestemmelser. Feltet EØS-relevant angir kun hvorvidt EU har markert rettsakten som EØS-relevant, ikke hvordan norske myndigheter har, eller bør, vurdere rettsakten.

Utvalget vil vise til at det er en strukturell utfordring at EU-lovgiver vedtar spredte bestemmelser om offentlige anskaffelser i annet sektor-spesifikt regelverk. Utvalget har foreslått å løse dette ved å etablere en forskriftshjemmel i anskaffelsesregelverket, som skal gjøre det mulig for oppdragsgivere å gjenfinne bestemmelsene i det regelverket der rettsaktene gjennomføres. Dette kalles gjerne «delt hjemmelsgrunnlag». Dette er nærmere behandlet i kapittel 39 om administrative bestemmelser.

Tabell 14.1

Rettsakt	Referanse	EØS-relevant	Bestemmelse om offentlige anskaffelser	Status
EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2023/1115 af 31. maj 2023 om tilgængeliggørelse på EU-markedet og eksport fra Unionen af visse råvarer og produkter, der er forbundet med skovrydning og skovforringelse, og om ophævelse af forordning (EU) nr. 995/2010	Forordning (EU) 2023/1115	Ja	Artikkel 25 , sanksjoner. Midlertidig avvisning fra å delta i konkurransen om offentlige kontrakter jf. nr. 2 bokstav d. «midlertidig udelukkelse i en periode på høyst 12 måneder fra offentlige udbudsprocedurer og fra adgang til offentlig finansiering, herunder indkøbsprocedurer, tilskud og koncessioner»	Vedtatt
EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om bekæmpelse af korruption, om erstatning af Rådets rammeafgørelse 2003/568/RIA og konventionen om bekæmpelse af bestikkelse, der involverer tjenestemænd ved De Europæiske Fællesskaber eller i Den Europæiske Unions medlemsstater, og om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2017/1371	COM(2023) 234 final	Nei	Artikkel 15 – Sanksjoner og foranstaltninger over for fysiske personer. – (4.) Forslag om avvisning av fysiske personer, som har begått en av de straffbare handlingene i artikkel 7-14 Artikkel 17 – Sanksjoner over for juridiske personer – (2.) Forslag om avvisning av juridiske personer som er ansvarlig i henhold til artikkel 16	Forslag

Tabell 14.1 fortsetter

Rettsakt	Referanse	EØS-relevant	Bestemmelse om offentlige anskaffelser	Status
EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om strafferetlig beskyttelse af miljøet og om erstatning af direktiv 2008/99/EF	COM/2021/851 final		Artikkel 5 – Sanktioner over for fysiske personer – (5.) Forslag om avvisning av fysiske personer, som har brutt regler i direktivets artikkel 3 og 4. Også omtalt i fortalen: (12) Artikkel 7 – Sanktioner over for juridiske personer – (2.) Forslag om avvisning av juridiske personer som er ansvarlige i henhold til artikkel 6 for de straffbare handlingene i artikkel 3 og 4. Også omtalt i fortalen: (12)	Forslag (Triolog)
EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om definitionen af straffbare handlinger og sanktioner for så vidt angår overtrædelse af Unions restriktive foranstaltninger	COM(2022) 684 final	Nei	Artikkel 7 – Sanktioner over for juridiske personer – (1.) Forslag om avvisning av fysiske personer, som har brutt regler i artikkel 7 «(...) der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har en afskrækkende virkning, herunder bl.a. (...), udelukkelse fra adgang til offentlig finansiering, herunder udbudsprocedurer, (...)»	Enighet i Parla-mentet – Under legal revision.
EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om fastsettelse af minimumsregler for forebyggelse og bekæmpelse af hjelp til ulovlig indreise og transit samt ulovlig opphold i Unionen og om erstatning af Rådets direktiv 2002/90/EF og Rådets rammeavgjørelse 2002/946/RIA	COM(2023) 755 final	Nei	Artikkel 6 – Sanktioner over for fysiske personer – (5.) Forslag om avvisning av fysiske personer, som har brutt regler i direktivets artikkel 3 og 4. Artikkel 8 – Sanktioner over for juridiske personer – (2.) Forslag om avvisning av juridiske personer som er ansvarlige i henhold til artikkel 7 for de straffbare handlingene i artikkel 3, 4 og 5	Forslag

Kapittel 15

Særlig om sanksjoner

I forlengelsen av avvisningsreglene er det også grunn til å gi en kort omtale av sanksjonsbestemmelsene.

EU har vedtatt sanksjoner mot en eller flere parter i en rekke konflikter eller pågående internasjonale situasjoner. En fullstendig liste fremgår av EUs nettsider.¹ EU har innført omfattende sanksjoner rettet mot Russland, etter angrepet på Ukraina. Norge har sluttet seg til disse sanksjonene.² I forskrift om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territorielle integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet § 8n er det oppstilt et forbud mot tildeling av offentlige kontrakter.³ Det følger av bestemmelsen at det er forbudt å tildele eller fortsette gjennomføringen av offentlige kontrakter eller konsesjonskontrakter til leverandører som er etablert i Russland, eller som på nærmere vilkår har russiske eierinteresser.⁴ Forskriften inneholder nærmere presiseringer av hvilke fysiske eller juridiske personer som er omfattet av forbudet.⁵ I en nylig sak avsagt av Underretten ble listeføringen av to personer annullert, noe som understreker hvor vanskelige grensedragningene kan være, og at det kan komme flere saker som utfordrer rekkevidden til sanksjonslistene.⁶

I forskriften for øvrig er det oppstilt en rekke restriksjoner, som for eksempel forbud mot import og eksport av en rekke varer og andre finansielle og sektorspesifikke restriksjoner.⁷

I sak KOFA-2023-687 *Politiets fellestjenester* la klagenemnda til grunn at den ikke har myndighet til å foreta en direkte prøving av om oppdragsgiver har brutt bestemmelsene i Sanksjonsfor-

skrift Ukraina.⁸ Nemnda viste til at den kan prøve hvorvidt den innklagede oppdragsgiveren hadde en avvisningsplikt på grunn av forhold ved leverandøren, eller forhold ved tilbudet. Nemnda la videre til grunn at prøving av sanksjonsforskriften bare kunne skje så langt som forskriften var gjort til en del av konkurransegrunnlaget.⁹ I den aktuelle konkurransen var det stilt krav om egen erklæring om russisk involvering i offentlige anskaffelser, og det var også kontraktsvilkår i kontrakten som påla leverandøren plikt til å påse av leverandøren og dens underleverandører ikke var omfattet av Sanksjonsforskrift Ukraina § 8n første ledd.¹⁰ I den konkrete vurderingen av sakens opplysninger kom Klagenemnda til at det ikke var gitt tilstrekkelig opplysninger om tilknytning til Russland, og som i saken skulle ha medført at den valgte leverandøren skulle vært avvist.

Utalgets vurdering er at det synes det forsvarlig at klagenemnda holder seg innenfor sitt kompetansegrunnlag slik det er oppstilt i anskaffelsesloven § 11, og som knytter KOFAAs kompetanse til «rettigheter og plikter etter loven og forskrifter gitt i medhold av loven». På den andre siden, synes det noe usammenhengende at en så klar og tydelig forskriftsbestemmelse, som forplikter oppdragsgivere til ikke å tildele kontrakt til virksomheter omfattet av Sanksjonsforskrift Ukraina § 8n, ikke kan foranledige en prøving i KOFA.¹¹ Utvalget mener likevel at dette løser seg i dagens håndhevingssystem, hvor den formelle håndhevingen er lagt til domstolene. Domstolene har, i motsetning til KOFA, kompetanse til å avsi dom etter både anskaffelsesregelverket, Sanksjonsforskrift Ukraina og øvrig relevant lovverk.

Med utvalgets forslag til nytt håndhevingssystem, som foreslått i del VII, mener utvalget at

¹ <https://www.sanctionsmap.eu/#/main>

² https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/Eksportkontroll/sanksjoner-og-tiltak1/sanksjoner_aggregasjon/id2905102/

³ FOR-2014-08-15-1076: § 8n

⁴ Ibid. § 8n første ledd

⁵ Ibid. § 8n første ledd bokstavene a til c

⁶ Forente saker T-301/22 og T-304/22 Aven og Fridman

⁷ FOR-2014-08-15-1076 kapittel 2 og 4

⁸ KOFA-2023-587 Politiets fellestjenester: avsnitt 18

⁹ Ibid. avsnitt 18

¹⁰ Ibid. avsnitt 23

¹¹ Sanksjonsforskrift § 8n inneholder også et forbud mot å fortsette kontraktsgjennomføring, dette griper inn i en allerede inngått kontrakt, og omtales ikke nærmere her.

det kan være naturlig at KOFA får kompetanse til å håndheve sanksjoner overfor tredjeland, så langt sanksjonene gjelder inngåelsen av offentlige kontrakter. Som nevnt innebærer Sanksjonsforskrift Ukraina at det pålegges konkrete plikter på offentlige oppdragsgivere, og som også kan få

betydning om hvilke leverandører som får tildelt en kontrakt. Utvalget viser til at det danske klagenævnet er gitt kompetanse i slike saker jf. klagenævnsløven § 1 stk. 2 punkt 3. Utvalget overlater imidlertid denne vurderingen til departementet.

Del VII
Håndhevingssystemet

Kapittel 16

Innledning

Utvalget er bedt om å se på innretningen av erstatningsreglene som gjelder i tilfeller hvor en oppdragsgiver kommer i skade for å overtre regelverket som gjelder for offentlige anskaffelser. Utvalget legger til grunn at bakteppet for dette oppdraget er en oppfatning av at håndhevingen av anskaffelsesregelverket i dag i for stor grad er rettet inn mot etterfølgende erstatningssøksmål, hvor tidvis store krav om erstatning for tapt fortjeneste, «positiv kontraktsinteresse», fremsettes etter at kontrakten er inngått og kontrakten helt eller delvis er oppfylt. Frykt for erstatningsansvar, og størrelsen på eventuelle erstatningsutbetalinger, kan føre til at oppdragsgivere avstår fra å prøve ut det handlingsrommet som ligger i regelverket, og av den grunn ikke får utnyttet potensialet for best mulig anskaffelser. Utvalget har mottatt flere innspill fra medlemmer av utvalgets referansegruppe som tar til orde for at erstatningsreglene bør strammes inn.

Samtidig er kostnadene knyttet til domstolsbehandling i Norge så høye, at det stort sett bare er saker med krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse som er store nok til at leverandørene er villige til å forfølge dem, og slik bidra til nødvendig håndheving av regelverket. Det er derfor etter utvalgets syn problematisk om muligheten for å anlegge erstatningskrav begrenses ytterligere, uten at dette kompenseres gjennom andre endringer i håndhevingssystemet, som bedre legger til rette for at feil kan påtales og rettes opp *før* kontrakt inngås. Det er betegnende at land som synes å ha færre etterfølgende erstatningssaker enn Norge, som våre nordiske naboland, har innrettet håndhevingssystemet slik at det er mindre ressurskrevende for leverandørene å få prøvd påståtte brudd på regelverket før kontrakten tildeles. Det er dette som er bakgrunnen for at utvalget i første delutredning uttalte at det er behov for å se spørsmålene knyttet til erstatning i sammenheng med håndhevingssystemet mer generelt.¹

Et velfungerende håndhevingssystem er en forutsetning for at utvalgets forslag til ny anskaffelseslov skal fungere etter sin intensjon, og også av denne grunn finner utvalget det nødvendig å se helhetlig på hvordan bestemmelsene om håndheving i dagens anskaffelseslov og tilhørende forskrifter bør innarbeides i den nye loven og tilpasses de endringer som utvalget foreslår i de materielle reglene.

En leverandør som mener at en offentlig oppdragsgiver har kommet i skade for å bryte regelverket, må ha mulighet for å få håndhevet sine rettigheter gjennom rettferdig, forsvarlig, hurtig og tillitsskapende prosesser for en uavhengig og upartisk klagenemnd og/eller domstol. Reelle klage- og/eller søksmålsmuligheter er viktig for leverandørenes tillit til offentlige anskaffelser, og derfor for deres vilje til å bruke tid og krefter på å konkurrere om offentlige kontrakter, noe som igjen bidrar til effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Leverandører som påpeker brudd på anskaffelsesregelverket forfølger ikke bare egne interesser, men indirekte også de bredere samfunnshensyn som regelverket skal ivareta.

Et velfungerende håndhevingssystem er viktig også for offentlige oppdragsgivere som mener at de med urette anklages for å ha opptrådt i strid med regelverket, og som da har behov for å få prøvd dette på en rask og effektiv måte i en uavhengig klagenemnd eller domstol. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor oppdragsgiver ønsker å bruke handlingsrommet i regelverket for å ivareta viktige samfunnshensyn som loven legger opp til at skal ivaretas gjennom anvendelse av regelverket, og hvor det er svært uheldig om et håndhevingssystem innrettet mot etterfølgende erstatningssøksmål hindrer dette. Oppdragsgiver har her behov for en rask avklaring av om konkurransen er innrettet i tråd med regelverket, slik at eventuelle feil kan rettes opp før en eventuell kontraktsinngåelse. Dersom etterfølgende erstatningssøksmål er eneste reelle håndhevingsmulighet for leverandørene, kan frykten for erstatnings-

¹ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 2.1.1

ansvar føre til at oppdragsgiver avstår fra å bruke handlingsrommet i regelverket til å gjennomføre gode anskaffelser. En slik situasjon står i kontrast til gjeldende politiske prioriteringer om at handlingsrommet i regelverket skal benyttes for å fremme bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

For leverandørene, oppdragsgiver og samfunnet mer generelt, er det vesensforskjell på håndheving som får rettet opp den aktuelle feilen, og håndheving i form av etterfølgende sanksjoner (kontraktsrettslige konsekvenser, overtredelsesgebyr, erstatning mv.). For alle involverte, og for ivaretagelsen av lovens formål, er det klart å foretrekke at feil avdekkes og rettes opp, før de får konsekvenser for hvilken leverandør som tildeles kontrakten. Det har derfor vært helt sentralt for utvalget at håndhevingssystemet bør innrettes slik at feil i størst mulig grad avdekkes og rettes opp før kontrakt tildeles.

Et velfungerende håndhevingssystem må videre være tilpasset forholdene i Norge, som er et land med mange små og mellomstore leverandører og et stort antall relativt små (i betydningen lav verdi) anskaffelser. Små og mellomstore leverandører har ikke samme ressurser til å forfølge brudd på anskaffelsesreglene som store leverandører, og små anskaffelser tåler ikke like høye saks kostnader som større anskaffelser. I vurderingen og sammenligningen av håndhevingssystemene i andre EØS-land og vårt, er det derfor viktig å ta dette med i betraktningen.

Det er ikke noen målsetting at mange anskaffelser skal ende opp i håndhevingssystemet. Tvert imot er det et uttalt mål med ny anskaffelseslov at et mer oversiktlig regelverk og veiledende forarbeider skal redusere antall tvister.² Dette er likevel av begrenset betydning for utformingen av håndhevingssystemet – det er klart og tydelig regelverk, og god veiledning, som skal begrense antall saker som ender opp i klagenemnda eller domstolene, ikke prosessuelle eller økonomiske hindre for behandling av reelle tvister. Samtidig må ønsket om et effektivt håndhevingssystem, også for andre enn store leverandører og store anskaffelser, avveies mot ressursbruken knyttet til prøvingen, både kostnadene knyttet til selve håndhevingssystemet og kostnadene som prøvingen medfører for oppdragsgiver. For saksanlegg for domstolene er kostnadene i dag så høye at faren for misbruk er svært liten, men for en klagenemnd kan dette stille seg annerledes. Et pas-

sende klagegebyr og gjennomtenkte regler om saks kostnader er derfor viktig for å regulere antallet saker og motvirke en eventuell fare for misbruk.

I dagens håndhevingssystem er det de alminnelige domstolene som oppfyller Norges forpliktelser etter håndhevingsdirektivene, men i praksis er det likevel Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som fungerer som første og eneste tvisteløsningsorgan for langt de fleste anskaffelser. Utvalgets syn er at klagenemnda oppfyller oppdraget i klagenemndsforordningen § 1 om å bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Skriftlig saksbehandling sørger for å holde saks kostnadene nede, og nemndsmedlemmer som er høyt kvalifiserte jurister med særlig innsikt i offentlige anskaffelser og tvisteløsning sørger for avgjørelser av høy kvalitet.

Utvalget foreslår å endre dagens håndhevingssystem ved å dreie håndhevingen mot prekontraktuell fase, og slik begrense behovet for etterfølgende erstatningssøksmål. For utvalget har det vært viktig å finne løsninger som sikrer også små og mellomstore leverandører reelle muligheter til å få stanset en kontraktstildeling og få en avgjørelse som pålegger oppdragsgiver å rette opp eventuelle feil, slik at kontrakten deretter kan tildeles rette leverandør. Utvalget har videre vært opptatt av at KOFA fortsatt skal være et lavterskeltilbud som tilbyr kostnadseffektiv og rask prøving av påståtte brudd på regelverket. Det er ikke ønskelig å endre KOFA til en særdomstol med fast ansatte dommere og kostnadsdrivende muntlige forhandlinger. Utvalget viser i denne sammenheng til den klagenemndsmodellen som er innført i Danmark og Island, som har tjent som inspirasjon for utvalgets forslag.

Hovedpunktene i utvalgets forslag til håndhevingssystem er som følger:

- Klagenemndas avgjørelser gjøres bindende.
- Klage til Klagenemnda innen utløpet av karensperioden suspenderer oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakten. Suspensjonen varer inntil klagenemnda har avgjort saken, eller klagenemnda kommer frem til at den oppheves.
- Det overlates til domstolene å ta stilling til om det er grunnlag for å holde oppdragsgiver erstatningsansvarlig for tilbudskostnader eller tapt fortjeneste. Samtidig avskjæres muligheten for å kreve erstatning for tapt fortjeneste som følge av feil som kunne og burde vært anført alt før kontrakten ble inngått.

² Se mandatets punkt om forenkling av regelverkets struktur i kapittel 3.2.

- Konkurransetilsynet fører tilsyn med at oppdragsgivere overholder kunngjøringsplikten.
- Konkurransetilsynet kan fremme sak til KOFA om at en kontrakt skal kjøpes «uten virkning».
- Konkurransetilsynet kan også ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlig direkteanskaffelser, og eventuelle klager over Konkurransetilsynets vedtak overprøves av KOFA.

Utvalget erkjenner at det vil kunne være ulike oppfatninger om de endringer i håndhevingssystemet som utvalget tar til orde for. Utvalget vil derfor i et eget kapittel kort omtale de endringer som utvalget mener bør gjøres med dagens håndhevingssystem, for å legge bedre til rette for mer effektiv håndheving før kontrakten inngås dersom dagens domstolsmodell videreføres.³ For det til-

felle at dagens håndhevingssystem langt på vei videreføres som det er, er det etter utvalgets syn ikke tilrådelig å stramme inn på forbigåtte leverandørers mulighet for å nå frem med etterfølgende erstatningskrav. For utvalgets flertall, *Fredriksen, Arve, Gjønnnes, Greaker, Gresseth, Karlstrøm og Tveit* inkluderer dette også at dagens utmålingspraksis knyttet til krav om fortjenestetap (positiv kontraktsinteresse) videreføres.

Utvalgets mindretall, *Dankertsen Hennyng og Breiland*, mener derimot at det uansett om det foretas endringer av håndhevingssystemet for øvrig, er grunn til å stramme inn på utmålingspraksis, se nærmere i kapittel 34.

³ Se kapittel 21.12

Kapittel 17

Utviklingen av de norske håndhevingsreglene

I forarbeidene til lov om offentlige anskaffelser av 1992 ble håndheving bare nokså kort omtalt.¹ Drøftelsen konsentrerte seg om hvorvidt domstolene, eller en egen klagenemnd, burde fungere som det håndhevingsorgan som direktivene krever. Næringsdepartementet mente at hensynet til rask behandling og behovet for spesialisert fagkompetanse talte for nemndsmodellen, men la avgjørende vekt på at den normale ordning i norsk rett var tvisteløsning i domstolene.²

Valget av domstolene som klageorgan viste seg å føre til en svært høy terskel for å påtale brudd på anskaffelsesregelverket. I årene frem til 1997 var det bare dokumentert ett tilfelle hvor brudd på reglene om offentlige anskaffelser var blitt bragt inn for domstolene, samtidig som EFTAs overvåkingsorgan (ESA) i samme periode hadde mottatt en rekke klager.³ I 1998 opprettet derfor Nærings- og handelsdepartementet en arbeidsgruppe for vurdering av overvåkings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen foreslo å opprette av et lavterskel tvisteløsningsorgan, som gjennom rådgivende uttalelser skulle medvirke til å holde et relativt lavt konfliktnivå og bringe flere reelle tvister frem i lyset.⁴ Forslaget ble fulgt opp av departementet gjennom etableringen av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), som trådte i kraft januar 2003.⁵ Arbeidsgruppen drøftet også behovet for å styrke tilsynet med regelverket, men konkluderte med at privat håndheving gjennom klager og søksmål ville være tilstrekkelig.

En ny lov om offentlige anskaffelser ble vedtatt 16. juli 1999, og trådte i kraft juli 2001. Samtidig ble det avdekket at få oppdragsgivere foretok kunngjøringer i Doffin. I 2002 uttalte Kontroll- og konstitusjonskomiteen at den så alvorlig på den manglende etterlevelsen av kunngjøringsplikten, og forutsatte at nødvendige tiltak ble iverksatt for å rette opp i dette.⁶ Nærings- og handelsdepartementet nedsatte på denne bakgrunn en ny arbeidsgruppe, for å vurdere om gjeldende regelverket var tilstrekkelige til å motvirke ulovlige direkteanskaffelser.

Arbeidsgruppen konkluderte med at eksisterende sanksjonsmidler ikke var tilstrekkelige og foreslo Konkurransetilsynet som tilsynsmyndighet. Etter arbeidsgruppens syn burde Konkurransetilsynet få hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr i tilfeller hvor oppdragsgivere visste eller burde vite at de foretok en ulovlig direkteanskaffelse, samt hjemmel til å i visse tilfeller erklære en kontrakt for ugyldig.⁷ Arbeidsgruppen foreslo videre at domstolene skulle gis adgang til å ilegge straff overfor personer eller foretak som grovt uaktsomt eller forsettlig foretok en direkteanskaffelse.

Departementet fulgte opp forslaget om overtredelsesgebyr, men valgte å legge kompetansen til KOFA.⁸ Det ble også innført protokollplikt for anskaffelser over en viss størrelse, men forslaget om å gi Konkurransetilsynet i oppgave å føre tilsyn med plikten til å kunngjøre anskaffelser ble ikke fulgt opp.

Etter at EU i 2007 reviderte håndhevingsdirektivene ble det i 2008 nedsatt et offentlig utvalg for å se på hvordan endringene best kunne gjennomføres i norsk rett, for å legge til rette for et helhetlig håndhevingssystem. Håndhevingsutvalget drøftet ikke bare gjennomføringen av de nye

¹ Ot.prp. nr. 97 (1991–92) *Om lov om offentlige anskaffelser* mm kapittel 5.4

² Ibid. kapittel 5.4.1

³ NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser* kapittel 8.1.1. ESA hadde imidlertid i denne perioden behandlet omtrent 40 henvendelser om brudd på EØS-regelverket om offentlige anskaffelser.

⁴ Arbeidsgruppen for vurdering av overvåkings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser 1999

⁵ Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

⁶ Innst. S. nr. 101 (2001–2002) 2002 kapittel 1.1.

⁷ Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige DirekteAnskaffelser 2003 side 11 og 12

⁸ Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser* kapittel 1

reglene i endringsdirektivet, men også det norske håndhevingssystemet.⁹ Utvalgets flertall foreslo å rendyrke den etablerte domstolmodellen, med den konsekvens at KOFA ikke lenger skulle kunne ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser. Et mindretall på ett medlem mente tiden var moden for å gå over til en nemdsmodell, inspirert av det danske håndhevingssystemet, men likevel slik at krav om erstatning fremdeles skulle høre under domstolene.¹⁰ Utvalget diskuterte også kort om det burde opprettes et eget tilsyn som kunne bringe ulovlige direkteanskaffelser inn for domstolene, men flertallet stilte seg avvisende til dette.¹¹ Mindretallet tok til orde for et tilsyn etter modell av det svenske Konkurrentverket.¹²

Departement og Storting fulgte flertallets tilrådninger.¹³ ¹⁴ Departementet var opptatt av å beholde KOFA som et lavterskeltilbud og mente at KOFA, med sin skriftlige saksbehandling, ikke var egnet som klageorgan etter håndhevingsdirektivet, og da særlig ikke til å håndtere den nye sanksjonen «uten virkning» for kontrakter som er et resultat av en ulovlig direkteanskaffelse. Videre mente departementet at de nye sanksjonene i endringsdirektivet fra 2007 ville ha tilstrekkelig preventiv virkning i seg selv, slik at det ikke var behov for et eget tilsyn. I tråd med Håndhevingsutvalgets anbefaling ble domstolmodellen ren-

dyrket ved at KOFAs myndighet til å ilegge overtredelsesgebyr ble fjernet.

Etter at KOFA mistet kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr, sank antall saker om ulovlige direkteanskaffelser drastisk. Mens det kom inn 350 saker med påstand om ulovlige direkteanskaffelser til KOFA i perioden fra 2007 til 2012, ble det kun fremmet krav om sanksjoner for domstolene ved to anledninger mellom 2012 og 2015.¹⁵ KOFA fikk etter dette tilbakeført gebyrmyndigheten i forbindelse med vedtakelsen av någjeldende lov om offentlige anskaffelser av 2016, som trådte i kraft 1. januar 2017.¹⁶ ¹⁷ I perioden fra 2017 til 2023 har KOFA behandlet 171 gebyrsaker med påstand om ulovlig direkteanskaffelse, med 56 gebyr som resultat.¹⁸ I tre tilfeller er gebyrvedtak brakt inn for domstolene for overprøving, men i samtlige tilfeller ble gebyret opprettholdt.¹⁹

På EU-nivå ble effektiviteten av håndhevingsdirektivene evaluert av Kommisjonen i 2017.²⁰ Kommisjonen konkluderte med at direktivene bidrar til mer gjennomsiktighet, likebehandling og effektiv klagebehandling. Samtidig peker rapporten på utfordringer i medlemslandene knyttet til at håndhevingsdirektivene på noen punkter er uklare. Videre fremhevet Kommisjonen at en sammenligning av håndhevingssystemene i medlemslandene viser at administrative klageinstanser ofte sikrer en mer effektiv håndheving enn domstolene.

⁹ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 1, del III

¹⁰ Ibid. kapittel 16.4.4 side 206

¹¹ Ibid. kapittel 15.3.2 side 198

¹² Ibid. kapittel 16.4.4 side 206

¹³ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven* side 52 og 53.

¹⁴ Innst. 185 L (2011–2012) *Innstilling fra næringskomiteen om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven* 2012 side 12 og 13

¹⁵ Prop. 51 L (2015–2016) side 16–17

¹⁶ Nærings- og fiskeridepartementet – høring – forslag om endring av håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser 2015

¹⁷ Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 7.8

¹⁸ Dette er ikke medregnet gebyrsakene som enten er avvist av sekretariatet eller trukket.

¹⁹ Se egen statistikk på KOFAs hjemmeside.

²⁰ EU-kommisjonen COM/2017/028 final 2017

Kapittel 18

Dagens norske håndhevingssystem

18.1 Innledning

Fra et EØS-rettslig perspektiv er dagens norske håndhevingssystem en rendyrket domstolsmodell. Det er de alminnelige norske domstolene som er de norske håndhevingsorganene i håndhevingsdirektivene forstand, og som har alle de beføyelser som direktivene krever, som for eksempel adgangen til å treffe midlertidige avgjørelser, sette til side ulovlige tildelingsbeslutninger og tilkjenne erstatning.

Den omstendighet at KOFA siden 2017 igjen har fått kompetanse til å ilegge gebyr for ulovlige direkteanskaffelser endrer ikke på dette. KOFA's gebyrmyndighet inngår ikke i Norges gjennomføring av håndhevingsdirektivene, men er et nasjonalt tillegg til håndhevingen av ulovlige direkteanskaffelser.¹

Fra et internrettslig perspektiv etablerer imidlertid anskaffelsesloven (2016) et blandet system, hvor rettslig bindende sanksjonering av ulovlige direkteanskaffelser kan skje både i KOFA og i domstolene, men hvor rettslig bindende håndheving av anskaffelsesregelverket for øvrig ligger til domstolene.

I praksis er det likevel klart at den reelle håndhevingen skjer i KOFA, og at KOFA derfor er det viktigste håndhevingsorganet for anskaffelsesregelverket i Norge. Kostnadene knyttet til domstolsbehandling medfører at antall anskaffelsessaker i norske domstoler er lavt, sammenlignet med de 150 til 200 sakene som årlig håndteres av KOFA. Det er bare store anskaffelser som «tåler» kostnadene knyttet til en begjæring om midlertidig forføyning for å få stanset en kontraktsinngåelse, og etter at kontrakt er inngått er det i praksis bare saker med nokså store erstatningskrav som forfølges i domstolene.

Utvalget har forsøkt å få en fullstendig oversikt over alle saker som gjelder offentlige anskaffelser

Tabell 18.1 Oversikt over begjæringer om midlertidige forføyninger som gjelder offentlige anskaffelser i Oslo tingrett, i perioden 2017–2023

År	Antall saker	Saker ført frem
2017	13	4
2018	28	3
2019	8	2
2020	2	2
2021	6	2
2022	4	1
2023	2	0

i tingrettene, men det har ikke vært mulig å fremskaffe en slik oversikt.² Utvalget har i tabell 18.1 inntatt en oversikt over saker om midlertidige forføyninger om offentlige anskaffelser fra Oslo tingrett. Når det gjelder oversikt over ordinære saker om offentlige anskaffelser har utvalget innhentet statistikk fra Domstoladministrasjonen for perioden 2013 til 2023. Dette er redegjort for i kapittel 34.

I det følgende omtales ikke saksbehandlingen i domstolene nærmere, men utvalget finner det påkrevd med en kort omtale av KOFA, og øvrige relevante myndigheter og instanser.

18.2 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

KOFA er et rådgivende organ som behandler klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter

¹ Dette er forklaringen på at anskaffelsesloven kan stille et særnorsk vilkår om skyld for at KOFA skal kunne ilegge overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12 første ledd.

² Lovdata inneholder ingen fullstendig oversikt. Utvalget har sendt en direktehenvendelse til samtlige tingretter, men grunnet tekniske utfordringer med å gjennomføre søket har det ikke vært mulig å lage en komplett oversikt. Oversikten over saker fra Oslo tingrett er oversendt fra tingretten, etter henvendelse fra utvalget.

Tabell 18.2 Utviklingen i behandlede saker i KOFA i perioden 2003–2023

År	Antall innkomne klagesaker	Antall avgjorte saker	Saker om ulovlige direkte anskaffelser	Konstatert brudd på regelverket	Prioriterte rådgivende saker
2023	170	147	39	53	59
2022	160	179	62	61	52
2021	193	225	47	64	39
2020	182	195	44	75	41
2019	153	167	17	53	36
2018	140	117	21	41	32
2017	193	162	34	43	44
2016	195	151	19	52	53
2015	140	181	29	59	32
2014	132	227	52	75	32
2013	144	211	47	59	37
2012	244	255	63	63	35
2011	336	293	81	75	59
2010	406	279	35	110	49
2009	276	229	26	107	57
2008	216	171	26	63	38
2007	153	217	22	117	-
2006	153	175	5	76	-
2005	267	263	8	70	-
2004	287	250	13	80	-
2003	267	180	8	52	-

Kilde: <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/innkomne-avgjorte-saker?status=Innkommet&widget=single>

gitt med hjemmel i denne. Nemndas formål er å bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte.³ KOFA's rolle som rådgivende organ innebærer at avgjørelsene som utgangspunkt ikke er rettslig bindende, med unntak av ileggelse av overtredelsesgebyr, jf. anskaffelsesloven § 12. Siden KOFA ble opprettet i 2003 har nemnden behandlet over 4000 saker.⁴

KOFA har ti medlemmer, som er utpekt av regjeringen (Kongen i statsråd). Medlemmene oppnevnes for fire år av gangen. Maksimal funksjonstid er i utgangspunktet åtte år.⁵ Utvelgelsen baseres på faglig dyktighet.⁶ Nemnda settes derfor av denne grunn fortrinnsvis sammen av advokater, dommere og universitetslærere/professorer, som alle har vervet i nemnda som et bierverv. Sammensetningen av nemnda tar også hensyn til andre føringer som representasjon av begge

³ FOR-2002-11-15-1288 Klagenemndsforordningen § 1

⁴ <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/innkomne-avgjorte-saker?search=&status=Avgjort&widget=single&search-sort=1>

⁵ Medlemmene kan unntaksvis gjenoppnevnes etter åtte år, se jf. FOR-2002-11-15-1288 Klagenemndsforordningen § 3.

⁶ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/narings-og-fiske-ridepartementet-soker-nye-kofa-medlemmer/id2966487/>

Tabell 18.3 Utviklingen i gjennomsnittlig saksbehandlingstid i KOFA i perioden 2003–2023

År	Gjennomsnittlig saksbehandlings-		Gjennomsnittlig saksbehandlings-
	Gjennomsnittlig saksbehandlings- tid for rådgivende saker (i dager)	tid for prioriterte rådgivende saker (i dager)	Gjennomsnittlig saksbehandlings- tid for gebyrsaker (i dager)
2023	98	70	308
2022	96	62	359
2021	150	56	250
2020	270	57	346
2019	404	62	338
2018	330	63	241
2017	218	64	148
2016	114	62	-
2015	149	60	-
2014	553	60	494
2013	534	62	504
2012	405	65	398
2011	287	67	158
2010	201	56	199
2009	163	66	169
2008	100	67	151
2007	172	-	156
2006	293	-	-
2005	160	-	-
2004	107	-	-
2003	56		

Kilde: <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/statistikk>

kjønn, og tilfredsstillende geografisk fordeling.⁷ I behandlingen av en enkelt sak deltar tre nemndsmedlemmer.⁸ Medlemmene utøver vervet i full uavhengighet. De kan ikke instrueres faglig av departementet, sekretariatet eller de øvrige medlemmene, heller ikke av klagenemndas leder.⁹

KOFA bistås av et sekretariat som er lokalisert i Bergen. Sekretariatet inngår i Klagenemnds-

sekretariatet, som er et felles sekretariat for Lotterinemnda, Stiftelsesklagenemnda, Frivillighetsregisternemnda, Medieklagenemnda, Energi-klagenemnda, Markedsrådet og Klagenemnda for tilskudd til kulturarrangementer.

Saksbehandlingen i KOFA er skriftlig, og nemnda kan ikke «gå utenfor partenes anførsler og påstander». Nemnda skal i slutningen ikke uttale seg om konsekvensene av et brudd, med unntak av i gebyrsaker.¹⁰

Innklagede skal snarest mulig bli informert om mottatt klage og gis en frist på 14 virkedager for å sende inn skriftlig tilsvare. Samtidig blir inn-

⁷ Nærings- og fiskeridepartementet 2023 – <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-medlemmer-i-klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser/id2985414/>

⁸ Dersom saken har «prinsipiell betydning», kan nemnda settes med fem medlemmer. Se FOR-2002-11-15-1288 Klagenemndforskriften § 12.

⁹ Ibid. § 15 andre ledd, jf. også § 5 (nemndas uavhengighet).

¹⁰ FOR-2002-11-15-1288 Klagenemndforskriften § 12

klagede bedt om å opplyse om en kontrakt vil bli inngått før nemndas uttalelse foreligger. Hvis oppdragsgiver aksepterer å vente med kontraktsinngåelse til KOFAs avgjørelse foreligger blir det en såkalt prioritert sak, med raskere saksbehandling. Etter at tilsvaret er mottatt, gis klageren vanligvis opptil ti virkedager til å kommentere tilsvaret. Dersom saken ikke anses tilstrekkelig opplyst, kan partene få mulighet til ytterligere kommentarer før saken avgjøres. KOFA bistår også i å klargjøre partenes anførsler og påstander, ved å for eksempel oppfordre partene til å ta stilling til relevante faktiske og rettslige spørsmål, og til å tilby bevis.¹¹

Det må betales klagegebyr ved behandling i KOFA jf. klagenemndforskriften § 13. Gebyret er for tiden på 8000 kroner for alle andre saker enn saker som gjelder ulovlige direkteanskaffelser. Dersom nemnda kommer til at det foreligger brudd på anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne som kan ha påvirket resultatet av konkurransen, tilbakebetales gebyret. For klager på ulovlige direkteanskaffelser er gebyret 1000 kroner, som blir tilbakebetalt dersom klagenemnda kommer til at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse. Partene bærer sine egne omkostninger knyttet til behandlingen i KOFA, uavhengig av sakens utfall.¹²

Utviklingen i KOFAs saksbehandlingstid viser betydelige variasjoner over årene. Fra 2003 til 2014 var det generelt en økning i gjennomsnittlig saksbehandlingstid for både rådgivende saker og gebyrsaker. I årene da KOFA ikke hadde gebyrmyndighet sank saksbehandlingstiden for rådgivende saker betydelig. Denne utviklingen snudde da KOFA fikk tilbake gebyrmyndigheten i 2017, men fra 2019 har saksbehandlingstiden for rådgivende saker igjen gått ned, og er nå lavere enn på mange år. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for prioriterte rådgivende saker har holdt seg på et stabilt nivå på rundt 2 måneder.¹³

Saksbehandlingstiden i gebyrsaker er markert høyere enn i andre saker, noe som langt på vei skyldes at KOFA i slike saker først utarbeider et utkast til avgjørelse som innklagede så får anledning til å kommentere på, før nemnda treffer endelig avgjørelse i saken. En del saker har dessuten vært stilt i bero i påvente av utfallet av domstolsprøving av nemndas gebyrvedtak i liknende

saker, noe som har bidratt til å trekke opp gjennomsnittlig saksbehandlingstid en del.¹⁴

18.3 EFTAs overvåkningsorgan

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har en viktig rolle når det gjelder å sikre at Norge overholder sine forpliktelser i henhold til EØS-avtalen. Innenfor området for offentlige anskaffelser suppleres ESAs generelle tilsynsmyndighet med særregler i ODA artikkel 23 og protokoll 2.

ODA protokoll 2 gir ESA særlige virkemidler i tilfeller hvor ESA mener det foreligger en åpenbar overtredelse av det EØS-rettslige anskaffelsesregelverket, og dette avdekkes av ESA før kontraktsinngåelsen.¹⁵ ESA vil i slike tilfeller underrette både norske myndigheter og den aktuelle oppdragsgiver om saken. Innen en frist på 21 dager må myndighetene enten i) bekrefte at bruddet er rettet opp, ii) informere om at kontraktsinngåelsen er suspendert eller iii) gi en begrunnet redegjørelse for hvorfor man ikke er enig i ESAs oppfatning av at det foreligger et brudd på anskaffelsesreglene.

Påståtte brudd som ESA først blir oppmerksom på etter at kontrakt er inngått, er ESA henvist til å forfølge gjennom den ordinære traktatbruddprosedyren i ODA artikkel 31. Anskaffelsesdirektivene gir samtidig ESA myndighet til å kreve opplysninger om konkrete anskaffelser fra oppdragsgivere.¹⁶

I Norge er det Nærings- og fiskeridepartementet som er ESAs motpart i alle saker som gjelder offentlige anskaffelser, og som er ansvarlig for å innhente nødvendig informasjon om den konkrete anskaffelsen.

Forut for etableringen av KOFA i 2003 fungerte i realiteten ESA som et lavterskel klageorgan for leverandører som mente at en oppdragsgiver hadde brutt EØS-regelverket om offentlige anskaffelser.¹⁷ Det koster ikke noe å klage til ESA, og ESA har plikt til å undersøke alle klager som kommer inn. ESA velger imidlertid selv hvilke saker som forfølges, og det er klart at ESA

¹⁴ Dette gjaldt for eksempel de såkalte tolketjenestesakene, KOFA-2020-400 til KOFA-2020-408.

¹⁵ ODA-avtalen protokoll 2, artikkel 1 nr. 1

¹⁶ Etter anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav a, 69 nr. 4 og 84 nr. 3, forsyningsdirektivet artikkel 18 nr. 2, 19 nr. 2, 31, 84 nr. 4 og 100 nr. 3 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 15 og 31 nr. 5 kan ESA kreve opplysninger om konkrete anskaffelser. Se også nærmere omtale av administrative bestemmelser i denne utredningen, kapittel 39.

¹⁷ Se kapittel 17

¹¹ Ibid. § 10

¹² Ibid. § 13

¹³ Se tabell 18.3

ikke er ment å fungere som noen førstelinje i håndhevingen av anskaffelsesregelverket. Tvert imot er ESAs rolle her som ellers primært å følge med på den nasjonale håndhevingen av EØS-retten, for om nødvendig å kunne gripe inn i saker hvor det måtte være behov for dette.¹⁸ Slik sett er eksistensen av et velfungerende håndhevings-system viktig også for å unngå at ESA tvinges til å bruke tid og ressurser på påståtte brudd på anskaffelsesregelverket som kan og bør håndteres nasjonalt.¹⁹

Et eksempel på at en klage til ESA i en anskaffelsessak ledet helt frem til en traktatbruddsak i EFTA-domstolen gir sak E-4/17. Saken gjaldt et underjordisk parkeringsanlegg i Kristiansand som kommunen hadde klassifisert som en tjenestekonsepsjonskontrakt. EFTA-domstolen sluttet seg til ESAs oppfatning av at kontrakten skulle vært klassifisert som en bygge- og anleggskonsepsjonskontrakt, og kunngjort som sådan i hele EØS. Det tok nærmere tre år fra saken ble klaget inn for ESA, og til EFTA-domstolens dom forelå.

ESAs myndighet til å gripe inn i konkrete anskaffelser, herunder anskaffelser hvor oppdragsgiver ikke er underlagt regjeringens kontroll, er bakgrunnen for at dagens anskaffelseslov har en særregel i § 17 som gir departementet hjemmel for å gi oppdragsgiveren pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

18.4 Nærings- og fiskeridepartementet

Nærings- og fiskeridepartementet (NFD) har ansvaret for å forvalte regelverket for offentlige anskaffelser, og skal sørge for at regelverket til enhver tid er i overensstemmelse med Norges internasjonale forpliktelser.

Det følger av anskaffelsesloven § 17 at NFD kan gi en oppdragsgiver pålegg som er nødvendige for å sikre oppfyllelse av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, WTO-avtalen om offentlige innkjøp (GPA) eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av. NFD har kompetanse til å ilegge oppdragsgivere tvangsmulkt for å sikre at slike pålegg oppfylles, jf. bestemmelsen andre ledd. Bestemmelsen er ment å brukes kun i unn-

takstilfeller. Det presiseres i forarbeidene at hensikten ikke er at departementet generelt skal føre tilsyn med at anskaffelsesregelverket overholdes, og gi pålegg for å sikre dette.²⁰ Hjemmelen til å ilegge oppdragsgiver pålegg har aldri blitt brukt av departementet.

Departementet hadde tidligere et inngrep med anskaffelsesregelverket gjennom lovlighetskontroll av kommunale og fylkeskommunale anskaffelser i henhold til kommuneloven (1992) § 59. Lovlighetskontroll av kommunale og fylkeskommunale anskaffelser ble imidlertid avskaffet i 2012, som ledd i gjennomføringen av endringsdirektivet fra 2007, i tråd med Håndhevingsutvalgets anbefaling.^{21 22} Rettstilstanden er nå videreført i kommuneloven (2018), hvor § 27-2 andre ledd bokstav c slår fast at spørsmål om et vedtak er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av lov om offentlige anskaffelser ikke kan gjøres til gjenstand for lovlighetskontroll. Av forarbeidene til lovendringen av 2012 fremgår det imidlertid at det er adgang til å kontrollere om det eventuelt foreligger brudd på andre offentligrettslige regler enn anskaffelsesregelverket, som for eksempel forvaltningslovens regler om habilitet.²³ Den nye kommuneloven har ikke endret på dette.²⁴

Departementet har videre et veiledningsansvar for anskaffelsesregelverket og publiserte tidligere flere omfattende veiledere til anskaffelsesregelverket, senest ved ikrafttreddelsen av dagens regelverk i 2017. Denne er imidlertid ikke oppdatert siden 2018.

Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ), som er underlagt Finansdepartementet, har som oppgave å gi oppdragsgivere råd og veiledning om offentlige anskaffelser. Direktoratet har blant annet etablert nettsiden anskaffelser.no, der det tilbys kunnskap, veiledning og kompetanseutvikling både for offentlige innkjøpere, virksomhetsledere og leverandører.

I første delutredning understreket utvalget viktigheten av at departementet sørger for at det utarbeides gode, praksisorienterte veiledere til anskaffelsesregelverket, og antydning at dette er en oppgave som kan legges til DFØ.²⁵

²⁰ Prop. 51 L (2015–2016) merknadene til § 17

²¹ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.8

²² LOV-2012-05-11-25 2012 del II

²³ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, kapittel 11.2

²⁴ Prop. 46 L (2017–2018) merknadene til § 27-2

²⁵ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 9.5

¹⁸ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen 2022 side 268.

¹⁹ I 2010 konstaterte Håndhevingsutvalget at antall ESA-saker om offentlige anskaffelser var gått ned etter etableringen av KOFA, jf. NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 3.3.4

18.5 Sivilombudet

Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (Sivilombudet) skal føre kontroll med forvaltningen, ivareta borgernes rettigheter og sikre at offentlige myndigheter opererer innenfor lovens rammer, samt sikre at menneskerettigheter respekteres.²⁶ Kontrollen iverksettes hovedsakelig på bakgrunn av klager fra borgere, men ombudet har også adgang til å ta opp saker av eget tiltak.²⁷ Å klage til Sivilombudet er gratis.

Sivilombudet har kompetanse til å behandle saker om brudd på anskaffelsesregelverket så lenge oppdragsgiver er en offentlig myndighet underlagt Sivilombudets kontroll. I praksis behandler imidlertid Sivilombudet svært få anskaffelsessaker.²⁸ De siste fem årene har det kun vært avsagt uttalelse i noen få innsynssaker.²⁹ I innsynssakene har det blitt klaget på avslag på innsyn i tilbudsdokumenter, og korrespondanse mellom oppdragsgivere i forbindelse med klagebehandling for KOFA.

En annen sakstype hvor det kunne tenkes at Sivilombudet ville spille en rolle, er habilitet. Så langt utvalget er kjent med, har imidlertid ikke Sivilombudet behandlet noen saker om påstått inhabilitet i en anskaffelsesprosess, i hvert fall ikke de siste årene. Utvalget antar at dette har sammenheng med at KOFA, i motsetning til for eksempel Klagenævnet for udbud i Danmark, har kompetanse til å vurdere om oppdragsgiver har overholdt habilitetsreglene.

Fraværet av anskaffelsesrettslige habilitetssaker hos Sivilombudet underbygger oppfatningen av at det også mer generelt er klagemulighetene for KOFA som forklarer at Sivilombudet ikke behandler flere anskaffelsessaker.³⁰

18.6 Konkurransetilsynet

Konkurransetilsynets hovedoppgave er å føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å håndheve konkurranselovgivningens forbud og påbud, jf. konkurranseloven § 9. Som ledd i dette arbeidet har Konkurransetilsynet lenge vært opptatt av risikoen for ulovlig

samarbeid mellom leverandører som konkurrerer om offentlige kontrakter. Utvalget omtalte dette utførlig i første delutredning.³¹

Selv om konkurranseregelverket er rettet inn mot leverandørene (foretak) og anskaffelsesregelverket er rettet inn mot offentlige oppdragsgivere, er det vekselvirkninger mellom håndheving av disse regelsettene. Konkurransetilsynets innsats mot ulovlig samarbeid kommer offentlige oppdragsgivere til gode i form av bedre konkurranse om offentlige kontrakter, som igjen gir seg utslag i bedre tilbud. Oppdragsgivere som følger anskaffelsesregelverket, og mer generelt sikrer prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling og gjennomsiktighet, bidrar samtidig til at det blir vanskeligere for leverandører å skjule ulovlig anbudssamarbeid. Konkurransetilsynet gir av denne grunn veiledning til offentlige oppdragsgivere for å sikre at anskaffelsesprosessene styrker konkurransen og letter adgangen for nye konkurrenter, jf. også konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e.

18.7 Arbeidstilsynet og Havindustritilsynet

Arbeidstilsynet har hatt tilsynsmyndighet med offentlige oppdragsgiveres etterlevelse av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter siden 1. juli 2013.³² Det overordnede formålet med tilsynsvirkningskraften er å bekjempe arbeidslivskriminalitet og sosial dumping.³³

I 2023 ble departementets forskriftskompetanse i anskaffelsesloven § 6 utvidet til å kunne pålegge krav om spesifikke kontraktsvilkår i anskaffelser gjennomført av angitte oppdragsgivere. Som en konsekvens av dette ble Arbeidstilsynets tilsynsmyndighet utvidet tilsvarende. Havindustritilsynet har innenfor sitt myndighetsområde tilsvarende tilsynsansvar som Arbeidstilsynet, jf. anskaffelsesloven § 6.³⁴

Arbeidstilsynet har gjennomført rundt 550 tilsyn med oppdragsgivere i tidsperioden mellom 2013 og 2023. Det er avdekket brudd på etterlevelsen av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i syv av ti tilsyn. Resultatene fra tilsynene indikerer at mens kontrakten ofte er i overensstemmelse med forskriftskravene, så er kontroll-

²⁶ LOV-2021-06-18-121 Sivilombudsloven § 1

²⁷ Ibid. §§ 7 og 15

²⁸ Dette ble også konstatert av Håndhevingsutvalget i NOU 2010: 2, kapittel 3.3.5, side 36.

²⁹ SOM-2019-4197, SOM-2019-108 og SOM-2018-4937

³⁰ Se NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 3.3.5, side 36

³¹ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*, kapittel 27.

³² LOV-1999-07-16-69 Anskaffelsesloven 1999 § 7

³³ Prop. 114 L (2022–2023) kapittel 1

³⁴ Havindustritilsynet er det tidligere Petroleumstilsynet.

rutinene ofte utilstrekkelige eller fraværende i mange tilfeller.³⁵

18.8 Riksrevisjonen

Riksrevisjonen er Stortingets kontrollorgan, og gjennomfører kontroller og undersøkelser av departementene, andre statlige virksomheter og statens interesser i selskaper. Riksrevisjonens virksomhet er regulert i lov om riksrevisjonen.³⁶

Riksrevisjonens kontroller og undersøkelser tar utgangspunkt i det Stortinget har bestemt, for eksempel lover og vedtak. Det betyr at Riksrevisjonen:

- reviderer statlige regnskaper
- kontrollerer om lover, regler og vedtak etterleves
- undersøker økonomi, produktivitet, måloppnåelse og virkninger
- kontrollerer forvaltningen av statens interesser i selskaper.

Undersøkelsene er uavhengige og skal gi Stortinget et faglig grunnlag for å utøve sin kontrollfunksjon overfor regjeringen. Riksrevisjonen velger i all hovedsak selv hva den skal undersøke. Stortinget i plenum kan imidlertid pålegge Riksrevisjonen særskilte undersøkelser.

I valget av revisjonstemaer tas det utgangspunkt i hva Riksrevisjonen mener det er viktig for Stortinget å få informasjon om. Risiko og vesentlighet avgjør normalt hva som blir undersøkt. Relevante spørsmål er om temaet er av stor økonomisk, samfunnsmessig eller prinsipiell betydning, eller om det er risiko for at Stortingets vedtak og forutsetninger ikke blir fulgt opp.

Riksrevisjonen kan velge å undersøke og kontrollere offentlige anskaffelser gjennom finansiell revisjon og kontroll av statsregnskapet, forvaltningsrevisjon, etterlevelserevisjon og selskapskontroll.

Forvaltningsrevisjon er større, systematiske undersøkelser der målet er å vise hvordan regjeringen og forvaltningen gjennomfører det Stortinget har bestemt, og hvilke virkninger offentlige tiltak har hatt. Etterlevelserevisjon er kontroll av at statlige virksomheter bruker pengene slik Stortinget har bestemt, og at de følger lover og regler.

Riksrevisorkollegiet fastsatte i 2022 et rammeverk for strategiske prioriteringer av revisjonsoppgaver. Formålet er å bidra til at sakene som fremmes for Stortinget, tar opp de aller viktigste temaene for det norske samfunnet. Følgende temaer prioriteres:

- omstillingene i samfunnet for å møte klimautfordringene
- samfunnssikkerhet og beredskap, inkludert ikt-sikkerhet
- forbedring av offentlig sektor, inkludert digitalisering
- ivaretagelse av sårbare grupper
- forhold som har særlig betydning for samfunnets ressurstilgang
- forhold som har særlig betydning for samfunnets ressursbruk.

De seks temaene er ikke rangert. Alle temaene er vurdert som vesentlige. Når Riksrevisjonen prioriterer oppgaver, ser de på helheten av porteføljen. Det kan innebære å undersøke andre tema på bakgrunn av risiko og vesentlighet. Et eksempel på en forvaltningsrevisjon om offentlige anskaffelser er *Grønne offentlige anskaffelser*, jf. Dokument 3:5 (2021–2022).³⁷

18.9 Kommunerevisjonen

Kommunal revisjon er regulert i kommuneloven kapittel 24. Det fremgår av kommuneloven § 24-1 at kommunen eller fylkeskommunen selv avgjør om de skal ansette egne revisorer, delta i et interkommunalt samarbeid om revisjon eller inngå avtale med en annen revisor. Revisors oppgaver er regulert i § 24-2 første ledd: «Revisor skal utføre regnskapsrevisjon, forvaltningsrevisjon, eierskapskontroll og annen kontroll som er bestemt i lov eller i medhold av lov.»

Det skal foretas en årlig regnskapsrevisjon av årsregnskapet, jf. kommuneloven § 24-5. Regnskapsrevisjonen skal vurdere om årsregnskapet er avlagt i samsvar med lov og forskrift, og har følgelig ikke primært fokus på kommunens etterlevelse av lover og forskrifter. Et formål med regnskapsrevisjonen er samtidig å bidra til å forebygge og avdekke misligheter og feil.

I tillegg skal revisor gjennomføre en «forenklet etterlevelseskontroll» med økonomiforvaltningen, jf. kommuneloven § 24-9. Det er en kontroll av at økonomiforvaltningen i hovedsak fore-

³⁵ <https://anskaffelser.no/nn/nyhetsarkiv/arbeidstilsynet-startar-tilsyn-med-offentlege-oppdragsgivarar>

³⁶ LOV-2004-05-07-21 Riksrevisjonsloven. Riksrevisjonens årsrapport 2022 i dokument 2 (2022–2023) gir en oversikt over Riksrevisjonens virksomhet, og omtalen i dette kapitlet er hentet fra årsrapporten.

³⁷ Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser 2022

går i samsvar med bestemmelser og vedtak. Kontrollen er ment som en overordnet kontroll av om kommunen har et system som er egnet til å etterleve kravene i lov og forskrift, og kommunens egne reglementer og vedtak.³⁸

I «vedtak» kan det for eksempel ligge kontroll av at økonomiforvaltningen i hovedsak ligger innenfor gebyrreglement, finansreglement, anskaffelsesreglement og lignende, samt annet som er bestemmende for økonomiforvaltningen. Kontrollen skal ta utgangspunkt i en risiko- og vesentlighetsvurdering.

Kontrollen skal foretas årlig, jf. § 24-9 tredje ledd.

Kontrollutvalget har plikt til å sørge for at det gjennomføres forvaltningsrevisjon. Forvaltningsrevisjon defineres som en «systematisk vurdering(er) av økonomi, produktivitet, regeletterlevelse, måloppnåelse og virkninger ut fra kommunestyrets eller fylkestingets vedtak» i kommuneloven § 23-3 første ledd.

I § 23-3 andre ledd gis det føringer for hvordan forvaltningsrevisjonen skal gjennomføres. Forvaltningsrevisjonen er ikke en løpende kontroll med hele kommunens virksomhet, men har preg av en prosjektbasert kontroll som kontrollutvalget skal legge en plan for. Planen skal være basert på en risiko- og vesentlighetsvurdering av kommunens virksomhet. Hensikten er å avdekke hvor det er størst behov for forvaltningsrevisjon. Et typisk forvaltningsrevisjonsprosjekt kan for eksempel være en kontroll av i hvilken grad kommunen følger regelverket for offentlige anskaffelser. Det er mange eksempler på at kommunerevisjonen har funnet mangler ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. For eksempel KomRev Nords undersøkelse av rammeavtaler i Tromsø kommune.³⁹

I tillegg til at kommuneloven i kapittel 24 gir nærmere regler om revisjon, pålegger loven også kommunen å føre internkontroll med administrasjonens virksomhet, jf. kommuneloven § 25-1. Ansvar er pålagt kommunedirektøren, og gjelder etter ordlyden ikke de folkevalgte organenes arbeid. Overordnet kreves det at kommunen har et internkontrollsystem som sikrer at lover og forskrifter følges og etterleves. Formålet er å sikre at innbyggerne får rettighetene og tjenestene de har krav på, bidra til at kommunen når egne og nasjo-

nale mål, samt redusere risikoen for misligheter og korrupsjon.⁴⁰

Internkontrollen gjelder generelt for administrasjonens virksomhet, og alle lovpålagte plikter kommunen har. Det innebærer blant annet kontroll av om lover og forskrifter generelt overholdes, hvor oppfyllelse av lovverk som anskaffelsesregelverket nevnes som eksempel i forarbeidene.⁴¹

Loven har ikke skarpt definert innholdet i internkontrollen, men den skal være systematisk og tilpasses virksomhetens størrelse, egenart, aktiviteter og risikoforhold. Tilpassingen etter risikoforhold innebærer at kravene blir strengere når det er en nærliggende risiko for at feil kan skje, og dersom konsekvensene av feil er store.

18.10 Økokrim

Økokrim følger opp straffbare forhold som kan være knyttet til anskaffelser, som korrupsjon, bedrageri, alvorlige skatte- og avgiftsunndragelser m.m. Økokrim vurderer at offentlige anskaffelser er et av de største risikoområdene for korrupsjon. Årsaken er at korrupsjonsfaren øker fordi anskaffelser er et område der interessene til privat og offentlig sektor møtes.

Ifølge Økokrims trusselvurdering for 2022 er det sannsynlig at det foregår korrupsjon i kommunal sektor, selv om slik korrupsjon i liten grad blir avdekket. Årsaken til at korrupsjonsrisikoen er særlig stor i kommuner, er at mindre lokalsamfunn preges av tette forbindelser hvor det er kortere vei til at de ansattes økonomiske interesser og private relasjoner kan føre til enten interesse- og habilitetskonflikter, eller i verste fall korrupsjon. De siste årene har Økokrim etterforsket flere korrupsjonssaker i forbindelse med offentlige anskaffelser i kommuner.⁴²

På samme vis som for Konkurransetilsynets håndheving av konkurranse-loven vil Økokrims muligheter for å avdekke korrupsjon i offentlige anskaffelser lettes av oppdragsgivere som overholder kunngjøringspliktene, sikrer offentlighet om inngåtte kontrakter og, mer generelt, innretter anskaffelsene i tråd med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling og gjennomsiktighet.

³⁸ Prop. 46 L (2017–2018) side 307

³⁹ KomRev NORD IKS 2022

⁴⁰ Prop. 46 L (2017–2018) side 271

⁴¹ Ibid. side 274

⁴² Økokrim, *Trusselvurdering 2022*

Kapittel 19

EØS-rettslige krav til håndhevingssystemet

19.1 Nasjonal prosessautonomi

I EU-retten er utgangspunktet at det er opp til medlemsstatene å bestemme hvordan EU-reglene skal håndheves i nasjonal rett (nasjonal prosessautonomi).¹ Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. På stadig flere områder vedtar EU lovgivning som legger nærmere føringer for den nasjonale håndhevingen av EU-retten, noe håndhevingsdirektivene er eksempler på. Utgangspunktet om nasjonal prosessautonomi er like fullt viktig for å forstå håndhevingsdirektivene, det handlingsrom som de gir medlemsstatene og de overordnede EU-rettslige føringer som gjelder for bruken av dette handlingsrommet. Spørsmål som ikke er regulert i direktivene, slik som sakskostnader, beviskrav, muntlig eller skriftlig saksbehandling, de kontraktsrettslige virkningene av «uten virkning», de nærmere vilkår for oppdragsgivers erstatningsansvar og mye annet, er det i utgangspunktet opp til medlemsstatene å regulere. Medlemsstatenes handlingsrom begrenses imidlertid her som ellers av EU-rettens overordnede krav til effektiv rettsbeskyttelse av de rettigheter som EU-retten gir opphav til (prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse), som EFTA-domstolen har slått fast at gjelder tilsvarende i EØS-rettslig sammenheng.² Med utgangspunkt i lojalitetsplikten nedfelt i TEU artikkel 4 (3) har EU-domstolen supplert kravet til effektiv rettsbeskyttelse med et mer generelt effektivitetsprinsipp, og et ekvivalensprinsipp. Effektivitetsprinsippet krever at nasjonale regler ikke gjør håndhevingen av EU-reglene umulig eller uforholdsmessig vanskelig. Ekvivalensprinsippet krever at reglene som gjelder for håndheving av EU-baserte rettigheter og plikter ikke er mindre gunstige enn de som gjelder for håndheving av sammenlignbare regler uten EU-rettslig opphav. Også disse prinsippene har EFTA-domstolen overført til EØS-retten.³

¹ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen 2022 side 289 flg.

² Se for eksempel sak E-11/12 Koch

19.2 Håndhevingsdirektivene

Håndhevingsdirektivene krever at medlemsstatene skal sikre at det effektivt, og så raskt som mulig, kan klages på beslutninger truffet av offentlige oppdragsgivere, jf. direktivene artikkel 1 nr. 1 tredje avsnitt. Det er nærliggende å betrakte dette som et uttrykk for det generelle effektivitetsprinsippet, men kanskje med et noe skjerpet krav til at klagebehandlingen skal være hurtig. Dette følges opp i bestemmelsen nr. 2, som i tråd med det generelle ekvivalensprinsippet krever at håndhevingen av nasjonale anskaffelsesregler som gjennomfører EU-lovgiving ikke står tilbake for håndhevingen av andre nasjonale anskaffelsesregler. I bestemmelsen nr. 3 følger det som fremstår som en presisering av effektivitetsprinsippet, klagemuligheten må i det minste være tilgjengelig for enhver som har eller har hatt interesse av å få tildelt en kontrakt, og som er blitt eller risikerer å bli skadelidende på grunn av en påstått overtredelse.⁴

Direktivene følger i artikkel 2 opp med en rekke nærmere krav til klageordningene, herunder hvilke beføyelser som må være tilgjengelige. Direktivets krav til de klageorganer som i første instans behandler klager om brudd på anskaffelsesregelverket, er i utgangspunktet begrenset til at de må være uavhengige av oppdragsgiver, jf. artikkel 2 nr. 3. For klageorganer som ikke er rettsinstanser, krever imidlertid artikkel 2 nr. 9 at avgjørelsene begrunnes skriftlig, at de kan gjennomføres effektivt og at de kan bringes inn for en instans som kvalifiserer som en domstol i henhold til det som nå er TEUV artikkel 267 (for EU-lan-

³ Ibid.

⁴ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-46 og 22-57 til 22-59 har hevdet at prinsippet om effektiv og rask prøving i håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 1 krever noe mer enn det som følger av prinsippene om effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse i primærretten. Ettersom utvalget mener det ikke er aktuelt å legge det norske håndhevingssystemet helt ned på EU/EØS-rettens minstekrav, har ikke utvalget sett behov for å ta stilling til dette spørsmålet.

dene) eller ODA artikkel 34 (for EØS/EFTA-landene).⁵ Heller ikke denne overprøvingsinstansen trenger å være klassifisert som en domstol i henhold til nasjonal rett, men medlemmene skal utnevnes av samme myndighet som utnevner dommere, ha samme stillingsvern som dommere, lederen skal ha samme juridiske og faglige kvalifikasjoner som en dommer, saksbehandlingen skal være kontradiktorisk og beslutningene skal være bindende.

Direktivene åpner uttrykkelig for at kompetansen som er angitt i direktivet artikkel 2 nr. 1 (treffe midlertidige avgjørelser, oppheve beslutninger og tilkjenne erstatning), artikkel 2d («uten virkning») og 2e (alternative sanksjoner), kan fordeles på forskjellige klageorganer, som har ansvar for ulike deler av klagebehandlingen.

Valgfriheten som direktivene gir medlemsstatene, innebærer at både en rendyrket domstolmodell, som det vi formelt sett har i Norge i dag, en rendyrket nemndsmodell og ulike kombinasjoner hvor noen beføyelser ligger til domstolene og andre til en klagenemnd, kan oppfylle direktivets krav til det nasjonale håndhevingssystemet.⁶ Det er også opp til medlemslandene å velge om en eventuell nemnd skal fylle kravene til en «domstol» i TEUV artikkel 267s forstand, eller om den bare skal oppfylle direktivets minstekrav til uavhengighet fra oppdragsgiver og skriftlig begrunnede avgjørelser som kan gjennomføres effektivt. I sistnevnte tilfelle må imidlertid nemndas avgjørelser kunne påklages til en instans som kvalifiserer som en domstol i henhold til TEUV artikkel 267 og/eller ODA artikkel 34.

Selv om direktivene gir medlemslandene atskillig valgfrihet, må systemet samlet sett innrettes slik at de prioriteringer som EU-lovgiver har gjort mellom ulike reaksjoner på brudd på regelverket oppnås. Et praktisk eksempel er sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser, hvor det klart følger av håndhevingsdirektivene at den primære sanksjonen skal være å kjenne kontrakten

«uten virkning», for slik å gi interesserte leverandører mulighet til å konkurrere om mest mulig av den aktuelle anskaffelsen. Det er bare i tilfeller hvor direktivenes strenge unntaksvilkår er oppfylt, at ulovlige direkteanskaffelser alternativt kan sanksjoneres gjennom overtredelsesgebyr, eller ved å avkorte kontraktens varighet. Det er ikke opplagt at dagens norske system, hvor ulovlige direkteanskaffelser i praksis sanksjoneres gjennom overtredelsesgebyr ilagt av KOFA, er direktivkonform.⁷

19.3 Kostnader

Et annet praktisk viktig spørsmål er om håndhevingsdirektivene, eller eventuelt det generelle EU-rettslige effektivitetsprinsippet, legger begrensninger på hvor høye kostnader en leverandør må være beredt til å bruke for å få håndhevet anskaffelsesregelverket. For leverandørene er kostnads-spørsmålet langt viktigere enn om klageorganet etter intern rett regnes som en domstol eller som en klagenemnd. En klagenemnd med høyt klagegebyr, saksbehandlingsregler som krever advokatbistand og oppmøte til muntlige forhandlinger og regler om saksomkostninger som er ugunstige for leverandørene, er langt mindre tilgjengelig enn en forvaltningsdomstol med lavt rettsgebyr og saksbehandlingsregler som verken krever advokat eller fysisk oppmøte.

Spørsmålet om kostnadene ved å ta i bruk et håndhevingssystem kan være så høye at systemet ikke kan anses i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet, ble drøftet av EU-domstolen i sak C-61/14 *Orizzonte*.⁸ Saken gjaldt særregler som italienske myndigheter har fastsatt for rettsgebyrene i anskaffelsessaker. Mens det ordinære rettsgebyret for saker i italienske forvaltningsdomstoler var på 650 EUR, var rettsgebyret i anskaffelsessaker 2 000 EUR for kontrakter med lavere verdi enn 200 000 EUR, 4 000 EUR for kontrakter med verdi mellom 200 000 EUR og 1 000 000 EUR og 6 000 EUR for kontrakter med verdi over 1 000 000 EUR. EU-domstolen uttalte at det i fravær av EU-rettslige bestemmelser på området var opp til medlemsstatene å fastsette rettsgebyrene, men innenfor de skranker som følger av effektivitetsprinsippet, jf. håndhevingsdirektivet artikkel 1 og EUs grunnrettighetspakt artikkel 47. Domstolen var imidlertid av den oppfatning at rettsgebyr som ikke overstiger 2 prosent av kontrak-

⁵ Se tilpasningsteksten vedtatt av EØS-komiteen i beslutning nr. 83/2011 av 1. juli 2011 om gjennomføring av blant annet 2007-direktivet, artikkel 1 nr. 3 og 5 (likelydende): «I artikkel 2 nr. 9 skal henvisningen til 'traktatens artikkel 234' med henblikk på EFTA-statene forstås som 'artikkel 34 i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol'. I den grad EFTA-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i ODA artikkel 34 avviker fra EU-domstolens tolkning av domstolsbegrepet i TEUV artikkel 267, vil også minstekravene som stilles i håndhevingsdirektivene artikkel 2 nr. 9 være forskjellige. Utvalget kan imidlertid ikke se at dette har noen praktisk betydning.

⁶ Se tilsvarende NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser*: kapittel 14.14

⁷ Se nærmere om dette i kapittel 21.3

⁸ C-61/14 *Orizzonte*

tens verdi, ikke kan sies å gjøre det uforholdsmessig vanskelig å håndheve EU-reglene om offentlige anskaffelser.⁹ Domstolen viste i denne sammenheng til at anskaffelsesdirektivet forutsetter at leverandører som deltar i konkurranser om offentlige kontrakter har tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet og at en leverandør som vant frem i retten, ville få gebyret erstattet av oppdragsgiver.¹⁰ Domstolen ga ingen ytterligere veiledning knyttet til hvor høye rettsgebyrene måtte ha vært før effektivitetsprinsippet ville vært krenket, men domsgrunnene etterlater ikke inntrykk av at de italienske gebyrene var i faresonen. Samtidig fremgår det klart av dommen at det er grenser for hvor kostbart det kan være å håndheve anskaffelsesreglene før effektiviteten til håndhevingsdirektivet er i fare.

I norsk sammenheng er det ikke klage- eller rettsgebyrene som utgjør den største kostnaden, men advokatkostnadene. For klagenemnda er det mulig å opptre uten advokat, og det gjøres også i en viss grad, men i domstolene er dette helt upraktisk. Utvalget har merket seg at generaladvokaten i Orizzonte-saken trakk advokatutgifter inn i vurderingen av om de samlede kostandene var i strid med effektivitetsprinsippet.¹¹ Så langt utvalget er kjent med, er det imidlertid i hvert fall enkelte medlemsland hvor kostnadene knyttet til bindende tvisteløsning i anskaffelsessaker relativt

sett er like høye som i Norge. Utvalget er ikke kjent med at Kommisjonen forut for Brexit reagerte på at den reelle muligheten for å håndheve regelverket i alt annet enn store anskaffelser synes svært beskjedent i Storbritannia,¹² og antar at det skal mye til før kostnadene ved å ta i bruk håndhevingssystemet vil være i strid med effektivitetsprinsippet.¹³

Når utvalget i kapittel 21 drøfter innretningen av håndhevingssystemet, og i den anledning argumenterer for at systemet må være effektivt også i mer enn bare de aller største sakene, siktes det til effektivitet i en annen betydning enn de minstekrav som kan utledes av det EU-rettslige effektivitetsprinsippet. For utvalget ser det ut til at det er mulig å innrette det nasjonale klagesystemet slik at det i praksis er nokså utilgjengelig i annet enn de aller største anskaffelsene, uten å overtre effektivitetsprinsippet. Samtidig er det klart for utvalget at en tenkt minimumsløsning vil være klart i strid med formålet med anskaffelsesloven og ikke noe det kan være aktuelt for lovgiver å innføre.

⁹ Ibid., avsnitt 58

¹⁰ Ibid. avsnitt 64-65.

¹¹ Generaladvokatens uttalelse i sak C-61/14, avsnitt 50.

¹² I sak C-61/14 gjengir EU-domstolens generaladvokat innledningsvis i sin innstilling følgende berømte utsagn fra den irske dommeren sir James Matthew (1830–1908): «In England, justice is open to all – like the Ritz Hotel.»

¹³ Se for eksempel i EU-kommisjonen COM/2017/028 final 2017, der det er bemerket at det er store forskjeller mellom medlemslandene når det gjelder kostnader: «I de fleste tilfælde synes omkostningerne til klageprocedurerne, som dog varierer meget fra medlemsstat til medlemsstat, ikke at have en afskrækkende virkning på anvendelsen af retsmidlerne.»

Kapittel 20

Håndhevingssystemet i øvrige nordiske land

20.1 Innledning

I utvalgets vurdering av mulige forbedringer av dagens norske håndhevingssystem har det vært viktig å se hen til hvordan regelverket for offentlige anskaffelser håndheves i de øvrige nordiske land. De EU/EØS-rettslige kravene til håndhevingssystemene er like for EU/EØS-statene Danmark, Finland og Sverige og EFTA/EØS-statene Island og Norge, og det er også de materielle anskaffelsesreglene som skal håndheves. Samtidig gir EU/EØS-retten landene betydelig handlingsrom i utformingen av det nasjonale håndhevingssystemet, noe som gjenspeiles i de forskjellene som finnes også internt i Norden. Et eksempel er at landene til dels har store ulikheter i tilknyttede rettstradisjoner som for eksempel innretning av den klassiske erstatningsretten,

I det følgende omtaler utvalget hovedtrekkene ved håndhevingssystemet i Danmark, Sverige, Finland og Island, med fokus på henholdsvis tilsynsorganer og håndhevingsorganer. I omtalen av håndhevingsorganene har utvalget vektlagt forhold som utvalget anser relevant for vurderingen av det norske håndhevingssystemet. En nærmere omtale av hvordan enkeltheter i håndhevingsdirektivene er gjennomført i Danmark og Sverige følger som et digitalt vedlegg, *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*. Vedlegget inneholder også flere detaljer knyttet til saksbehandlingen i det danske Klagenævnet for Udbud og i de svenske forvaltningsdomstolene.

20.2 Danmark

20.2.1 Innledning¹

I Danmark håndheves anskaffelsesreglene i all hovedsak av Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet er et domstolslignende administrativt klageorgan. Lovgrunnlaget er lov nr. 492 av 12. mai

¹ Omtalen av det danske håndhevingssystemet baserer seg i stor grad på en utredning fra Advokatfirmaet Haavind AS

2010 om Klagenævnet for Udbud med senere endringer.²

I karensperioden er Klagenævnet obligatorisk førsteinstans, jf. klagenævnsløven § 5, stk. 1. I andre tilfeller kan en leverandør velge å anlegge sak for de alminnelige domstolene, men dette skjer ikke i praksis. Det er både billigere og raskere å klage til Klagenævnet, som i tillegg har særskilt innsikt i anskaffelsesretten og regler for sakskostnader som begrenser leverandørenes ansvar. I den grad de alminnelige domstolene besjeftiger seg med anskaffelsesrett, skjer det i saker hvor avgjørelse fra Klagenævnet bringes inn for domstolene for overprøving. Det er få tilfeller av dette.

20.2.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som tilsyn

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) er et uavhengig forvaltningsorgan som på anskaffelsesområdet kombinerer tilsynsfunksjoner med veiledning og utarbeidelse av forslag til nytt regelverk.³ Enhver kan tipse KFST om påståtte brudd på anskaffelsesregelverket, men det er ikke slik at KFST behandler konkrete klagesaker. KFST kan likevel selv klage en oppdragsgiver inn for Klagenævnet for Udbud, jf. klagenævnsløven § 6. Denne klageadgangen benyttes imidlertid sjelden, og da forutsetningsvis bare i prinsipielle saker eller ved særlige grove overtredelser som det ikke er grunn til å tro at noen andre med klageinteresse vil bringe inn for Klagenævnet.⁴

KFST er i klagenævnsløven § 25 gitt hjemmel til å innhente opplysninger fra både oppdragsgivere og leverandører for å vurdere om anskaffelsesreglene er overholdt. Formålet med bestem-

² Se Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 lov om Klagenævnet for Udbud som inneholder en konsolidert versjon av loven med senere endringer

³ Se <https://www.kfst.dk/udbud/>.

⁴ Dette har skjedd i fem tilfeller, se kjennelser av 17. mars 1998, 24. april 2007, 16. oktober 2009, 10. februar 2012 og 8. august 2017.

melsen, som ble vedtatt i 2006, var å styrke KFSTs håndheving av anskaffelsesreglene. Nærmere undersøkelser kan foranlediges av tips om problemer på et gitt område, men også av andre kilder, som for eksempel kjennskap til gjentatte brudd på reglene, tilgjengelig statistikk, offentlige regnskaper mv. Det var derimot ikke tanken at KFST skulle utøve intensiv kontroll med offentlige anskaffelser.⁵

KFST kan også innhente opplysninger om Klagenævnets påbud eller pålegg etter klagenævnsløven §§ 13 og 15 har blitt etterlevd.

Hvis en forespørsel om opplysninger ikke etterkommes, kan KFST pålegge daglige eller ukentlige tvangsbøter, jf. klagenævnsløven § 24. Det kan også ilegges en slik tvangsbøte hvis ikke et påbud eller et pålegg som nevnt over har blitt etterkommet.⁶

20.2.3 Klagenævnet for Udbud som håndhevingsorgan

Klagenævnet består av et formannskap (i dag en formann og ni nestformenn) og et antall sakkyndige medlemmer (i dag 20). Medlemmene utnevnes av økonomi- og erhvervsministeren for en periode på fire år og med mulighet for gjenoppnevning. Formannen og nestformennene skal være juridiske dommere. De er med andre ord ikke fulltidsansatte i Klagenævnet. De sakkyndige medlemmene utnevnes på bakgrunn av særlig kjennskap til bygge- og anleggsvirksomhet, offentlig innkjøpsvirksomhet, transportvirksomhet, forskningsvirksomhet mv. Klagenævnet bistås av et sekretariat som er plassert i Nævnes Hus, som er et direktorat under Erhvervsministeriet. I 2022 bestod sekretariatet av tre jurister og to sekretærer. Juristene forbereder sakene og bistår i utvalgte saker med å utarbeide utkast til kjennelser.

Klagenævnet har kompetanse til å behandle saker både *før* og *etter* kontraktsinngåelse, og har følgende reaksjonsmuligheter:

- konstatere at anskaffelsesregelverket er overtrådt
- sette til side beslutninger eller konkurransen i sin helhet (annullasjon)
- påby retting av feil (lovliggjøring av anskaffelsesprosessen)
- pålegge oppdragsgivere å betale erstatning

- kjenne en kontrakt uten virkning
- treffe avgjørelser om midlertidig forføyning
- ilegge overtredelsesgebyr (til oppdragsgiver som er en del av den offentlige forvaltningen)
- pålegge oppdragsgivere å godtgjøre klagerens sakskostnader, og omvendt

I en konkret sak utpekes en formann blant dommerne, og denne utpeker et sakkyndig medlem som skal delta i saken. Klagenævnets formann kan også beslutte å utvide nemnden i en konkret sak til to dommere og to sakkyndige medlemmer, men dette skjer relativt sjelden.⁷ Avgjørelser treffes ved alminnelig stemmeflertall, der formannens stemme blir avgjørende ved stemmelikhet.

I saker som ikke er av prinsipiell karakter, kan formannen avgjøre saken uten medvirkning av en sakkyndig. Denne muligheten benyttes sjelden. Formannen kan også selv treffe avgjørelser om prosessuelle spørsmål, herunder om oppsettende virkning og avvísning av klage som følge av manglende klageadgang.

Ved klage til Klagenævnet skal det betales et klagegebyr. I saker hvor kontraktsverdien er over EØS-terskelverdiene utgjør klagegebyret for tiden 20 000 danske kroner. For andre klager utgjør klagegebyret 10 000 danske kroner. Hvis klager helt eller delvis får medhold, eller hvis oppdragsgiver endrer sin avgjørelse i samsvar med klagers påstand, tilbakebetales gebyret.

Enhver som har rettslig interesse i å klage har klageadgang til Klagenævnet.⁸ Dette omfatter leverandører som har deltatt i konkurransen. Potensielle leverandører kan også anses som klageberettigede, men ikke hvis Klagenævnet kommer til at det foreligger en obligatorisk avvísingsgrunn som gjør at klager likevel ikke er en potensiell leverandør. KFST har også klageadgang, og i forskrift er det fastsatt at en rekke organisasjoner og offentlige myndigheter har klageadgang.⁹ Når slike organisasjoner gis klageadgang, vil også tilsvarende organisasjoner i EØS ha klageadgang.¹⁰ Det er ikke oppstilt særskilte krav knyttet til klage på ulovlige direkteanskaffelser.

Gjennomsnittlig antall innkomne klager har i de siste årene ligget omkring 100. Sakstilfanget var tidligere høyere, men det er redusert til dagens nivå etter at klagegebyret i perioden 2010

⁵ Se forarbeider til lovendringen, 2006/1 LSF 152 punkt 2.8

⁶ KFST kan også ilegge en slik tvangsbøte der en oppdragsgiver ikke har kunngjort kontraktsinngåelse i TED etter reglene i anskaffelsesdirektivet eller forsyningsdirektivet

⁷ I 2022 ble det avsagt fem kjennelser i utvidet nemnd.

⁸ Klagenævnsløven § 6, stk.1 nr.1

⁹ Bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud

¹⁰ Klagenævnsløven § 6, stk.1 nr.4

til 2013 ble forhøyet fra 4 000 til 20 000 danske kroner.

Gjennomsnittlig saksbehandlingstid har de siste tre år vært på 4-5 måneder, nærmere bestemt 4,3 måneder i 2021, 4,7 måneder i 2022 og 4,9 måneder i 2023.¹¹ Det er ikke noe krav at partene er representert ved advokat, men det er ganske vanlig.

Klagenævnet kan bestemme at den tapende part helt eller delvis skal betale motpartens sakskostnader. Dette beløpet kan imidlertid som hovedregel ikke overstige 75 000 danske kroner. Klager (men ikke oppdragsgiver) kan likevel tilkjennes mer enn 75 000 danske kroner i større saker (definert etter kontraktstørrelse), eller hvis det foreligger andre «særlige forhold».

Klagen vil som hovedregel avgjøres skriftlig, med mindre formannen beslutter at det skal avholdes muntlige forhandlinger. Muntlige forhandlinger gjennomføres nå svært sjelden. Så langt utvalget kjenner til har det ikke vært gjennomført muntlige forhandlinger i noen saker siden 2019.

Ut over klager som gjelder brudd på anskaffelsesregelverket som sådan har Klagenævnet kompetanse til å behandle klager over avgjørelser om innsyn. Klagenævnet har derimot ikke kompetanse til å behandle klager om habilitetsspørsmål etter forvaltningsloven, og slike klager må derfor prøves av de alminnelige domstolene.

20.2.4 Håndheving i domstolene

I karensperioden er Klagenævnet obligatorisk førsteinstans. I andre tilfeller kan en leverandør velge å anlegge sak for de alminnelige domstolene, men dette skjer som nevnt over ikke i praksis.

Klagenavnets avgjørelser kan bringes inn for de alminnelige domstolene innen en frist på 8 uker. Eventuell domstolsprøving begynner i første instans (i de fleste tilfeller byretten). I praksis skjer dette sjelden. Gjennomsnittet ligger på bare litt over to saker per år.¹²

20.2.5 Håndheving av anskaffelser uten EU-rettslig tilknytning

Anskaffelser som ikke reguleres av EU-retten faller som hovedregel utenfor Klagenavnets kompetanse.^{13 14} Eneste mulighet for bindende tviste-

løsning er her de alminnelige domstolene. Kontraktenes lave verdi og kostnadene knyttet til ordinar domstolsbehandling medfører at dette ikke skjer i praksis.

20.3 Sverige

20.3.1 Innledning¹⁵

I Sverige håndheves anskaffelsesreglene i hovedsak gjennom klager til de alminnelige forvaltningsdomstolene. Krav om erstatning må imidlertid fremsettes for de ordinære domstolene.

En reform i 2021 innførte blant annet strengere preklusjonsregler i klageprosessen, og et krav til hurtighet i behandlingen av anskaffelsessaker i forvaltningsdomstolene. Den private håndhevingen suppleres av Konkursverket, som fører tilsyn med etterlevelsen av regelverket og som med virkning fra 1. januar 2024 også kan illegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser.

20.3.2 Konkursverket som tilsyn

Konkursverket har hatt i oppgave å føre tilsyn med regelverket om offentlige anskaffelser siden 1. september 2007.

I forbindelse med gjennomføring av endringsdirektivet i 2010 fikk Konkursverket myndighet til å illegge overtredelsesgebyr (upphandlings-skadeavgift) som alternativ sanksjon til å kjenne en kontrakt uten virkning. Overtredelsesgebyr er aktuelt i følgende tre tilfeller;

1. Oppdragsgiver har inngått kontrakt i karensperioden, men forvaltningsdomstolen har besluttet at avtalen skal bestå fordi oppdragsgiver ikke har brutt andre bestemmelser i loven eller leverandøren ikke har lidd noen skade
2. Oppdragsgiver har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse, men forvaltningsdomstolen har besluttet at avtalen ikke skal kjennes uten virkning pga. allmenne hensyn
3. Oppdragsgiver har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse som ikke har vært gjenstand for rettslig overprøving i regi av leverandørene

¹³ Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 lov om Klagenævnet for Udbud § 1 fjerde ledd.

¹⁴ Brudd på tilbudsloven som regulerer bygg- og anleggsanskaffelser under terskelverdi kan imidlertid behandles, ibid. § 1 andre ledd nr. 3

¹⁵ Omtalen av det svenske håndhevingssystemet baserer seg i stor grad på en utredning fra Advokatfirmaet Haavind AS

¹¹ Nævnenes hus – historisk saksbehandlingstid

¹² Oversikt over saker fra Klagenævnet for Udbud som er brakt inn for domstolene

Tidligere måtte Konkursverket anlegge sak ved forvaltningsdomstolen med påstand om ileggelse av gebyr, men med virkning fra 1. januar 2024 kan Konkursverket nå selv ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser. Når det gjelder saker hvor forvaltningsdomstolen alt har konstatert at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, men at kontrakten ikke skal kjennes uten virkning (punkt 1 og punkt 2 ovenfor), er det obligatorisk for tilsynet å ilegge gebyr. I andre tilfeller er det opp til Konkursverkets eget skjønn om saken forfølges.

Det var 28 domstolsavgjørelser om gebyr (upphandlingsskadeavgift) i 2023, hvor Konkursverket fikk fullt medhold i 23 saker og delvis medhold i 2. I 2022 var det 15 saker, fullt medhold i 14 og delvis medhold i 1 mens i 2021 var det 31 saker, fullt medhold i 29 og delvis medhold i 2.¹⁶

Konkursverket gjennomfører også tilsyn. For å kunne utøve tilsynsfunksjonen effektivt, har Konkursverket kompetanse til å pålegge oppdragsgivere å utlevere relevant informasjon om en anskaffelse. Konkursverket kan fatte tilsynsvedtak etter gjennomført granskning av oppdragsgivers virksomhet. Antallet tilsynsvedtak har ligget stabilt på 0–3 per år. Vedtaket kan innebære kritikk av oppdragsgivers anskaffelsesvirksomhet, men tilsynet har ikke myndighet til å gi sanksjoner i forbindelse med tilsynsvirksomheten. Dette ble vurdert (på nytt) i forbindelse med endringene i tilsynets kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr, men det ble ikke gjort endringer.¹⁷

20.3.3 Forvaltningsdomstolene

Nær sagt alle saker om brudd på anskaffelsesregelverket må anlegges for den lokale forvaltningsdomstolen («förvaltningsrätten»)¹⁸. Unntaket er krav om erstatning, som må fremsettes for de ordinære domstolene, med den lokale *tingsrätten* som første instans. Krav om erstatning vil imidlertid normalt være foranlediget av en klagesak i forvaltningsdomstolene som konstaterer at oppdragsgiver har brutt regelverket.

Når en tildelingsbeslutning påklages til forvaltningsdomstolen, forlenges karenperioden automatisk i påvente av klagebehandlingen.¹⁹ Suspen-

sjonen varer normalt frem til 10 dager etter at forvaltningsdomstolen avgjørelse foreligger, om ikke domstolen undervis i prosessen har besluttet at den skal oppheves.²⁰

Forvaltningsdomstolen har kompetanse til å behandle saker både *før* og *etter* kontraktsinngåelse, og har følgende reaksjonsmuligheter:

- konstatere at anskaffelsesregelverket er overtrådt
- sette til side ulovlige beslutninger
- påby retting av feil
- kjenne en kontrakt uten virkning
- treffe avgjørelser om midlertidig forføyning for å hindre at oppdragsgiver inngår kontrakt i tilfeller hvor det ikke automatisk løper en karenperiode²¹
- treffe avgjørelser om midlertidig forføyning for å sette gjennomføringen av en allerede inngått kontrakt på vent.²²

Det er kun leverandører som mener de har lidd eller kan komme til å lide et økonomisk tap i forbindelse med en anskaffelse som kan klage til forvaltningsdomstolen.²³ Gjennom rettspraksis er det også oppstilt et krav om at leverandøren har eller kunne hatt interesse i å få tildelt den konkrete kontrakten. Se nærmere omtale i digitalt vedlegg *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*. Etter at kontrakt er inngått gjelder det ikke noe krav om økonomisk interesse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse.²⁴

I 2022 ble hele 2 632 saker om offentlige anskaffelser klaget inn for forvaltningsdomstolene.²⁵ Saksbehandlingen ved forvaltningsdomstolene er rask, rimelig og lokal, noe som blir ansett som en styrke ved håndhevingssystemet. Som hovedregel er det én dommer som avgjør sakene alene.²⁶

Forvaltningsrettens dom kan påankes til kammerretten og kammerrettens dom kan påankes til Högsta förvaltningsdomstolen.²⁷ Det må gis ankesamtykke («prövningstillstånd») både for anke til kammerretten og ved anke til Högsta förvaltningsdomstolen.²⁸ De fleste anskaffelsessaker avgjøres følgelig av den lokale förvaltningsrätten.

¹⁶ Konkursverket 2023 tabell 11 på side 31. Merk at sakene er fra tiden før Konkursverket fikk myndighet til å ilegge gebyr selv.

¹⁷ 2023/24:3 punkt 5.7

¹⁸ Det er 12 lokale forvaltningsdomstoler i Sverige.

¹⁹ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling kapittel 20 § 8 første ledd

²⁰ Ibid. kapittel 20 § 10 første ledd

²¹ Ibid. kapittel 20 § 9

²² Ibid. kapittel 20 § 16

²³ Ibid. kapittel 20 § 4

²⁴ Ibid. kapittel 20 § 13 nr. 1

²⁵ Statistik om överprövningsärenden 2022

²⁶ Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar § 18

²⁷ Högsta förvaltningsdomstolen het frem til 2011 Regeringsrätten.

Högsta förvaltningsdomstolen avgjør likevel årlig flere anskaffelsessaker, noe som gir den en mer fremtredende rolle på dette rettsområdet enn høyesterettene i Danmark og Norge.

Saksbehandlingen i forvaltningsdomstolene er som regel skriftlig, i alle instanser, men i noen få tilfeller komplementeres den skriftlige behandlingen med korte muntlige høringer.

I forvaltningsrettene lå gjennomsnittlig behandlingstid i 2022 på 2,5 måneder, men ca. 4,2 måneder for de sakene som ble realitetsbehandlet.^{29 30} I kammerrettene var behandlingstiden henholdsvis 6,7 måneder og 9 måneder, hvor noe av tiden kan forklares med prosessen med ankesamtykke.³¹ Dette innebærer at det fort tar ett år å få en sak realitetsbehandlet i to instanser. I Högsta förvaltningsdomstolen er behandlingstiden betydelig lengre. Gjennomsnittlig behandlingstid i 2022 var på 11 måneder, men hele 28 måneder for sakene som ble realitetsbehandlet.³² Noe av forklaringen er at Högsta förvaltningsdomstolen iblant stiller tolkningsspørsmål til EU-domstolen, og at EU-domstolen regelmessig bruker omkring halvannet år på å svare på slike foreleggelsler.

Det er ikke noe gebyr for å klage til forvaltningsdomstolen i Sverige. Hver part bærer egne sakskostnader (*ömsesidigt processkostnadsansvar*), uavhengig av sakens utfall. Det har flere ganger vært vurdert om det skulle innføres klagegebyr og gjensidig sakskostnadsansvar for å få ned antallet saker, senest ved lovforslaget knyttet til nye preklusjonsfrister i 2021, men det har ikke blitt innført.³³

20.3.4 Håndheving i domstolene

Krav om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene må fremsettes for de ordinære domstolene, med den lokale tingsrätten som første instans. I praksis vil imidlertid krav om erstatning være foranlediget av en rettskraftig avgjørelse fra forvaltningsdomstolene som konstaterer at det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket,

slik at også erstatningssakene i en viss forstand begynner i forvaltningsdomstolene.³⁴

Det synes å være noe færre søksmål med krav om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket i Sverige enn i Norge, men det har ikke vært mulig å innhente en samlet oversikt. Advokatfirma Haavind har på oppdrag fra departementet henvendt seg til de aktuelle domstolene, og det var et stort flertall som opplyste ikke å ha noen slike saker i sine registre.

Forklaringen på det lave antallet erstatningssaker er trolig innretningen mot administrativ overprøving i forvaltningsdomstolene, og da særlig forvaltningsrettens pålegg til oppdragsgiver om å rette feil i pågående anskaffelsesprosessen. Feil i anskaffelsesdokumentene må dessuten påpekes for oppdragsgiver i løpet av konkurransegjennomføringen. Dersom dette ikke er gjort, vil tapsvilkåret normalt ikke anses som oppfylt.³⁵

20.3.5 Håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi

Kunngjøringspliktige anskaffelser under EU-terskelverdiene følger de samme håndhevingsreglene som anskaffelser over EU-terskelverdiene.³⁶

20.4 Finland

20.4.1 Innledning

Håndheving av anskaffelsesregelverket i Finland er regulert i *Lag om offentlig upphandling och koncession (LOUK)* av 2016.³⁷ Loven viderefører *Marknadsdomstolen* som det klart viktigste håndhevingsorganet for brudd på anskaffelsesregelverket, samtidig som loven etablerer *Konkurrens- och konsumentverket* som tilsynsmyndighet. Søksmål med krav om erstatning for tap foranlediget av brudd på anskaffelsesreglene må anlegges ved de ordinære domstolene.

Frem til dagens lov trådte i kraft i 2017, manglet Finland en dedikert tilsynsmyndighet for

²⁸ Jf. henholdsvis förvaltningsprocesslag (1971:291) § 34a jf. LOU kapittel 20 § 5 andre ledd og forvaltningsprosessloven § 35

²⁹ Handläggningstiden för upphandlingsmål minskar 2022

³⁰ Sommeren 2022 trådte lovendringer med krav til effektiv håndtering i alle anskaffelseslover i kraft. Disse endringene kan påvirke tallene fra 2022 ifølge Upphandlingsmyndigheten.

³¹ Handläggningstiden för upphandlingsmål minskar 2022

³² Ibid.

³³ Prop. 2021/22:120 kapittel 7.2 og 7.3

³⁴ I NJA 2016 s. 369 NBB fremhevet Högsta domstolen at de ordinære domstolene i slike tilfeller skal gjøre en selvstendig prøving av om anskaffelsesregelverket er brutt. Samtidig ble det imidlertid presisert at domstolen har anledning til å se hen til forvaltningsdomstolens vurdering.

³⁵ HFD 2022 ref. 4 I og II

³⁶ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling kapittel 19 § 1 andre avsnitt

³⁷ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts. Loven er autentisk på finsk og svensk. En oppdatert versjon finnes på <https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2016/20161397>.

offentlige anskaffelser.³⁸ Håndheving av regelverket var i all hovedsak overlatt til leverandørene (privat håndheving), i form av klager til Marknadsdomstolen eller etterfølgende erstatningssøksmål i de ordinære domstolene. Et visst offentlig tilsyn fant samtidig sted i regi av statens revisionsverk (SRV) og de høyeste laglighetsövervakarna (justitiekanslern och riksdagens justiteombudsman) samt kommunenes interne og eksterne kontrollorganer (internkontroll og kommunerevisjon).

Behovet for et eget tilsyn med anskaffelsesregelverket hadde vært diskutert over lang tid i Finland, og i 2010 uttalte en regjeringsoppnevnt arbeidsgruppe at det daværende håndhevings-systemet lente seg for tungt på privat håndheving i domstolene.³⁹ Arbeidsgruppen pekte på Konkurrent- og konsumentverket som et mulig tilsynsorgan, men ingen konkrete forslag ble fremmet på det daværende tidspunktet. Under utformingen av anskaffelsesloven av 2016 ble imidlertid forslaget tatt opp igjen, med særlig henblikk på ulovlige direkteanskaffelser som et problem som ikke lot seg løse gjennom privat håndheving.

20.4.2 Konkurrent- og konsumentverket som tilsyn

Konkurrent- og konsumentverket kan forby oppdragsgiver å gjennomføre en direkte tildeling som det anser som ulovlig.⁴⁰ I tillegg kan tilsynet fremme krav om sanksjoner mot oppdragsgiver i Marknadsdomstolen. Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser faller utenfor tilsynskompetansen. Tilsynsaktiviteten er ikke ment å erstatte, men å utfylle, klagemuligheten ved marknadsdomstolen.⁴¹

Tilsynet griper primært inn i ulovlige direkteanskaffelser gjort uten kunngjøring i kunngjøringsplattformen «Hilma». Det føres primært tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser, men også med andre alvorlige tilfeller av diskriminerende praksis eller fullstendig tilsidesettelse av anskaffelsesregelverket som kan likestilles med ulovlige

direkteanskaffelser.⁴² Tilsynet har ikke myndighet over sikkerhetsanskaffelser.⁴³

Dersom det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse over EU-terskelverdiene kan tilsynet «göra en framställning» til Marknadsdomstolen om å ilegge sanksjoner. Sanksjonene kan være «uten virkning», overtredelsesgebyr, forkorte en kontrakts varighet og at «upphållningsbeslutet ska uphävas» dersom tilsynet har fremmet påstand om å kjenne kontrakten uten virkning. Fristen for å fremme sak om ulovlig direkteanskaffelser er seks måneder etter at avtalen er inngått.⁴⁴

For ulovlige direkteanskaffelser under EU-terskelverdi kan tilsynet gi rådgivning eller helt eller delvis «förbjuda» oppdragsgiver å «verkställa ett upphållningsbeslut».⁴⁵ Forbud kan ikke ilegges dersom det allerede er inngått kontrakt. Forbudsvedtaket kan ankes til Marknadsdomstolen.⁴⁶ Dersom oppdragsgiver skriftlig forplikter seg overfor Konkurrent- og konsumentverket, kan tilsynet avvise saken.

Enhver som mener at en oppdragsgiver har handlet i strid med loven, kan anmode Konkurrent- og konsumentverket om å undersøke lovligheten av saken. Konkurrent- og konsumentverket kan også av eget tiltak iverksette undersøkelse av et forhold som ligger innenfor deres myndighetsområde. Herunder foretar tilsynet egne undersøkelser, som for eksempel medieovervåking og undersøkelser av offentlige anskaffelsesbeslutninger.⁴⁷ Oppdragsgivere er forpliktet til å gi tilsynet innsyn i alle dokumenter knyttet til anskaffelsen, uten hinder av taushetsplikt.⁴⁸

Konkurrent- og konsumentverket igangsetter undersøkelser på bakgrunn av tips eller klager eller på eget initiativ. Antallet igangsatte saker per år fremgår av tabell 20.1.

⁴² Ibid.

⁴³ <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/#vad-overvakar-kkv-inte-och-nar-kan-kkv-inte-ingripa-i-problem>

⁴⁴ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 141. I tillegg til anskaffelser over EU-terskelverdi kan tilsynet bringe saken inn for marknadsdomstolen dersom «gjort en i bilaga E avsedd tjänsteupphandling eller ingått en koncession som överstiger de nationella tröskelvärdena utan en grund som anges i denna lag».

⁴⁵ Ibid. § 140

⁴⁶ <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/metoder-for-att-ingripa-i-lagstridiga-upphandlingar/>

⁴⁷ <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/>

⁴⁸ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 142

³⁸ <https://www.kkv.fi/kilpailuasiat/hankintojen-valvonta/kkvn-valvontatehtavan-tausta/>

³⁹ Rapport om finsk håndheving av anskaffelsesverket utarbeidet av arbeidsgruppe oppnevnt av det finske justis- og arbeids- og næringsdepartementene – (6_2010_loppuraportti_142_s.pdf (valtioneuvosto.fi) side 19

⁴⁰ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 140

⁴¹ <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/>

Tabell 20.1 Utviklingen i antall saker i Konkurs- og konsumentverket i perioden 2018–2022

Kategori	2022	2021	2020	2019	2018
Igangsatt saker	47	62	61	57	101
Antall saker om ulovlige direkte anskaffelser	30	43	39	39	88
Krav om tiltak	23	31	25	27	51
Saker igangsatt på eget initiativ	22	30	33	30	50
Tips fra publikum	175	200	200	150	N/A

Kilde: <https://www.kkv.fi/kilpailuasias/hankintojen-valvonta/julkisten-hankintojen-valvonta/>

20.4.3 Marknadsdomstolen som håndhevsorgan

20.4.3.1 Håndheving av anskaffelser uten EU-rettslig tilknytning

Oppdragsgivers beslutninger kan prøves i den finske Marknadsdomstolen. Marknadsdomstolen er en særdomstol som behandler konkurranse- og tilsynssaker, anskaffelsessaker, markedsrettslige spørsmål og saker om immaterielle rettigheter. Leverandører som klager før kontraktsinngåelse, må klage til Marknadsdomstolen. Leverandører som klager etter dette tidspunktet og krever erstatning, må anlegge søksmål ved de alminnelige domstolene.⁴⁹

Marknadsdomstolen kan ilegge oppdragsgiver sanksjoner dersom bruddet på lag om offentlig upphandling og koncessjon har påvirket utfallet av eller en parts stilling i anskaffelsesprosedyren.⁵⁰ Marknadsdomstolen har kompetanse til å ilegge følgende sanksjoner:⁵¹

- Helt eller delvis oppheve en beslutning fra oppdragsgiveren (men ikke annullere en allerede inngått kontrakt).
- Forby oppdragsgiver å bruke ulovlige vilkår eller på annen måte følge uriktig fremgangsmåte.
- Pålegge oppdragsgiver å korrigere ulovlig anskaffelsespraksis.
- Pålegge oppdragsgiver å betale kompensasjon (gottgørelse) til en forbigått leverandør som ville hatt en reell mulighet til å vinne konkurransen dersom den ble gjennomført feilfritt.

I praksis anvendes sanksjonene samlet. Dersom Marknadsdomstolen annullerer anskaffelses-

beslutningen, kan den for eksempel samtidig forby oppdragsgiveren å anvende en feilaktig anskaffelsesprosedyre og pålegge den å rette den ulovlige praksisen.⁵²

20.4.3.2 Erstatning og kompensasjon

I finsk anskaffelsesrett er det trukket opp et skille mellom regler om kompensasjonsbeløp til en forbigått leverandør og regler om erstatning. Marknadsdomstolen har ikke myndighet til å idømme oppdragsgiver erstatning, og saker om erstatning må reises for alminnelig førsteinstansdomstol.⁵³ At Marknadsdomstolen har pålagt oppdragsgiver å betale kompensasjon, er ikke til hinder for å senere anlegge sak om erstatning for de alminnelige domstolene. Men det skal tas hensyn til kompensasjon ved spørsmål om ansvar og utmåling i erstatningssakene.⁵⁴

For at det skal være aktuelt å pålegge oppdragsgiver å betale leverandør et kompensasjonsbeløp er det et vilkår at Marknadsdomstolen ikke kan benytte de øvrige sanksjonene fordi disse er uforholdsmessig tyngende for oppdragsgiver, øvrige leverandører eller allmenhetens interesser.⁵⁵ Dette er i hovedsak tilfellet der kontrakt har blitt inngått før domstolen behandlet saken, eller der de øvrige sanksjonene medfører større ulemper for oppdragsgiver eller allmenne interesser enn fordelene for

⁴⁹ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 6.5.1 side 67

⁵⁰ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts: § 154

⁵¹ Ibid.

⁵² <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/#vad-overvakar-kkv-inte-och-nar-kan-kkv-inte-ingripa-i-problem>

⁵³ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts: § 169. Tingsrätten er første instans, og dens avgjørelse kan ankes til hovrätten og eventuelt Högsta Domstolen.

⁵⁴ Tilsvarende i NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 6.5.1

⁵⁵ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 155

Tabell 20.2 Utviklingen i antall saker og saksbehandlingstid i Marknadsdomstolen i perioden 2020–2023

År	Antall innkomne saker om offentlige anskaffelser	Antall avgjorte saker om offentlige anskaffelser	Etterslep saker ved årets slutt	Saksbehandlingstid (i måneder)
2023	313	430	121	7,3
2022	411	341	238	6,5
2021	325	394	169	Ikke tilgjengelig
2020	442	400	178	6,6

Kilde: <https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/ajankohtaista/vuositolastot.html#>

leverandøren.⁵⁶ Videre er det et vilkår at leverandøren måtte ha hatt en realistisk mulighet til å vinne kontrakten hvis anskaffelsesprosessen ble gjennomført feilfritt.

Kompensasjonen bestemmes ut fra hensyn til feilens art eller forsømmelsen oppdragsgiver har gjort seg skyldig i, anskaffelsens verdi samt kostnader og skade som klageren er blitt påført.^{57 58} Det er satt et maksimalt tak for kompensasjonsbeløpet på ti prosent av kontraktens verdi, som ikke kan overstiges med mindre det foreligger «särskilda skäl».⁵⁹

20.4.3.3 Håndheving av anskaffelser over EØS-terskelverdi

For anskaffelser som overstiger EU-terskelverdien kan Marknadsdomstolen i tillegg på visse vilkår ilegge håndhevingsdirektivets sanksjoner:

- Kjenne kontrakten uten virkning (kun fremover i tid).
- Ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr (påføljdsavgift).
- Avkortning av kontrakten.

Ved idømmelse av overtredelsesgebyr skal Markedsdomstolen ta hensyn til feilens art, oppdragsgivers uaktsomhet og verdien av anskaffelsen. Overtredelsesgebyret kan ikke overstige 10 prosent av kontraktens verdi.⁶⁰

Sanksjonen «uten virkning» kan kun ilegges for fremtidige leveranser.⁶¹ Marknadsdomstolen

kan imidlertid gjøre unntak dersom tvingende allmenne hensyn tilsier at det ville være uhensiktsmessig å kjenne kontrakten uten virkning.⁶² Sanksjonen blir i praksis sjelden benyttet.⁶³

20.4.3.4 Organisering og saksbehandling

Marknadsdomstolen består av juridisk kvalifiserte dommere og sakkyndige medlemmer, og ledes av en overdommer. Domstolen har nokså stor frihet til å selv organisere saksbehandlingen og rettens sammensetning.⁶⁴ Marknadsdomstolen har som regel et beslutningsdyktig flertall på tre juridisk kvalifiserte dommere. Markedsrettsdommerne og overdommeren må oppfylle generelle kvalifikasjonskrav for juridiske dommere, i tillegg til å være kjent med konkurransesaker, anskaffelsesaker, saker som omhandler industrielle rettigheter eller opphavsrett, samt markedsrettslige saker.

Sakkyndige medlemmer kan også delta i behandlingen av anskaffelsessaker. De sakkyndige medlemmene utnevnes av regjeringen for en fireårsperiode og utfører sine oppgaver på deltid. Et sakkyndig medlem som deltar i håndteringen av konkurranse-, tilsyns- og anskaffelsessaker er pålagt å ha en mastergrad som passer for stillingen og være kjent med konkurranserett, anskaffelser, energimarkedet, økonomi, markedsføring, verdipapirmarkeder, forretningsmessige eller økonomiske forhold.⁶⁵

⁶¹ Ibid. § 156

⁶² Ibid. § 157

⁶³ Halonen 2015

⁶⁴ Marknadsdomstolens forretningsorden – https://www.markkinaoikeus.fi/material/collections/20210128144833/7TO6xA55t/Marknadsdomstolens_arbetsordning.pdf

⁶⁵ <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/#vad-overvakar-kkv-inte-och-nar-kan-kkv-inte-ingripa-i-problem>

⁵⁶ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 6.5.1 side 67

⁵⁷ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 155

⁵⁸ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 6.5.2 på side 67

⁵⁹ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 155

⁶⁰ Ibid. § 158

Før klager fremsetter en klage til Marknadsdomstolen, skal klager underrette oppdragsgiver skriftlig om at den har til hensikt å bringe saken inn for Marknadsdomstolen. I anskaffelser som overstiger EU-terskelen, kan oppdragsgiver ikke signere anskaffelseskontrakten dersom anskaffelsesbeslutningen er klaget inn til Marknadsdomstolen.⁶⁶

Klagen må som utgangspunkt fremsettes for Marknadsdomstolen innen 14 dager etter at tilbyder skriftlig eller elektronisk er underrettet om avgjørelsen om tildelingsbeslutningen og begrunnelsen for denne, samt instruks om hvordan saken skal henvises til markedsretten. Unntak gjelder for eksempel dersom det er tale om en ulovlig direkteanskaffelse hvor det ikke ble offentliggjort en intensjonskunngjøring. I disse tilfellene er søksmålsfristen seks måneder.

Saksbehandlingstiden i Marknadsdomstolen er som hovedregel skriftlig. Den innklagede oppdragsgiver utarbeider et skriftlig tilsvare. Saken kan behandles muntlig i saker hvor det er behov for å avhøre vitner eller sakkyndige.^{67 68}

Avgjørelsene behandles som hovedregel i den rekkefølge de er mottatt. Sakene kan likevel gis prioritert behandling for eksempel dersom dette er angitt i lov, dersom saken har blitt returnert til marknadsdomstolen for annen gangs behandling eller dersom saken på grunn av dens art krever rask behandling.⁶⁹

Siden 2008 har Marknadsdomstolen jobbet med å takle et vedvarende problem med etterslep i saker om offentlige anskaffelser.⁷⁰ I 2008 var situasjonen preget av et betydelig antall saker som lå ubehandlet over lang tid. I 2023 var etterslepet sunket fra 400 til 121 saker. Også den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden har blitt redusert i løpet av årene fra 14 måneder i 2008 til 7,3 måneder i 2023.

⁶⁶ <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/#vad-overvakar-kkv-inte-och-nar-kan-kkv-inte-ingripa-i-problem>

⁶⁷ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 6.5.1 på side 67

⁶⁸ Lag om rättegång i marknadsdomstolen 31.1.2013/100 § 14.

⁶⁹ Marknadsdomstolens forretningsorden – https://www.markkinaoikeus.fi/material/collections/20210128144833/7TO6xA55t/Marknadsdomstolens_arbetsordning.pdf § 14

⁷⁰ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* side 67

20.4.3.5 Klagegebyr og sakskostnader

For klager til Marknadsdomstolen må det betales et rettsgebyr. Gebyrets størrelse er mellom 2120 og 6350 EUR. Gebyrets størrelse beregnes ut fra anskaffelsens størrelse. Dersom anskaffelsens verdi er større, blir også rettsgebyret større.⁷¹ Dersom saken trekkes eller avvises, eller det av annen grunn ikke treffes realitetsavgjørelse i saken, settes rettsgebyret i anskaffelsessaker ned til 500 EUR.

Utgangspunktet er at partene dekker sine egne sakskostnader, med mindre det kan påvises at dette er urimelig.⁷² Marknadsdomstolen kan med andre ord pålegge den tapende part å dekke motpartens sakskostnader.

20.4.3.6 Rettslig interesse

For å påklage en anskaffelse til Marknadsdomstolen gjelder et krav om rettslig interesse.⁷³ Klager fremmes i praksis hovedsakelig av leverandører som har deltatt eller blitt forhindret fra å delta i konkurransen.⁷⁴ I tillegg kan det finske Arbeids- og næringsdepartementet og andre offentlige myndigheter påklage anskaffelsen under særskilte omstendigheter.

Dersom en anskaffelse klages inn til Marknadsdomstolen, har oppdragsgiver som hovedregel rett til å organisere en midlertidig anskaffelse. Dette gjelder ikke dersom anskaffelsen etter sin art kan utsettes så lenge rettsprosessen i marknadsdomstolen foregår.⁷⁵ Marknadsdomstolen har også myndighet til å beslutte midlertidig forføyning dersom dette er forholdsmessig.⁷⁶

⁷¹ Marknadsdomstolen krever i utgangspunktet et rettsgebyr på 2120 EUR for behandling av sivile saker, anker og andre rettssaker. Hvis verdien av anskaffelsen i en sak om offentlige anskaffelser er minst 1 million euro, er behandlingsgebyret 4240 EUR. Hvis verdien av anskaffelsen er minst 10 millioner euro, er behandlingsgebyret 6350 EUR, jf. <https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/rattegangsavgift.html>

⁷² Finsk forvaltningsprosessloven § 95

⁷³ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 145, se ordlyden «Den som ärendet gäller».

⁷⁴ https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/anvisningarinfornattegangen_1/upphandlingsaren-den.html

⁷⁵ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts § 153

⁷⁶ Ibid. § 151

20.4.3.7 Anke over Marknadsdomstolens avgjørelse

En part kan anke Marknadsdomstolens avgjørelse til Högsta förvaltningsdomstolen dersom Högsta förvaltningsdomstolen gir ankeadgang. Det kreves ikke at Högsta förvaltningsdomstolen gir ankeadgang dersom oppdragsgiver er idømt å betale et overtredelsesgebyr. Anken må fremsettes innen 30 dager etter at vedtaket er meddelt.⁷⁷ Dersom Marknadsdomstolen avviser en klagesak, kan anskaffelsesbeslutningen iverksettes uavhengig av om den er påanket, med mindre Högsta förvaltningsdomstolen bestemmer noe annet.^{78 79}

20.4.4 Håndheving i domstolene

Krav om erstatning må reises for alminnelig førsteinstansdomstol. Tingsrätten er første instans, og dens avgjørelse kan ankes til hovrätten og eventuelt Högsta Domstolen.⁸⁰

20.4.5 Håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi

Konkurrens- og konsumentverket har myndighet til å gripe inn anskaffelser som har verdi i spennet mellom nasjonal terskelverdi opp til EU-terskelverdi. Saker under EU-terskelverdi kan fremmes for marknadsdomstolen. Marknadsdomstolen kan imidlertid kun ilegge sanksjonene «uten virkning», overtredelsesgebyr og avkorting dersom anskaffelsesverdien overstiger EU-terskelverdien.⁸¹

20.5 Island

20.5.1 Innledning⁸²

På Island håndheves anskaffelsesreglene i hovedsak av en domstolslignende klagenemnd (kæruneftnd útboðsmála). Håndhevingssystemet har klare likhetstrekk med det danske systemet.

⁷⁷ https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/anvisningarinforrattegangen_1/upphandlingsarenden.html

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts: Section 147

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid. § 154

⁸² Omtalen av det islandske håndhevingssystemet er basert på en utredning fra Arntzen de Besche Advokatfirma AS.

Reglene om klagenemnda er nedfelt i den islandske loven om offentlige innkjøp (Lög um opinber innkaup Nr. 120/2016) kap. XI.⁸³ I tillegg er det vedtatt egne saksbehandlingsregler for nemnda.⁸⁴ Da EUs siste håndhevingsdirektiv for offentlige anskaffelser (direktiv 2007/66/EF) ble gjennomført i islandsk rett i 2013, ble de nye sanksjonene (uten virkning, gebyr mv.) nedfelt i loven i kap. XII og lagt til klagenemnda. Lovgiver vurderer klagenemnda som bedre egnet enn domstolene til å ivareta særtrekkene ved de nye sanksjonene, samtidig som nemndas saksbehandlingsregler var bedre egnet til å ivareta behovet for rask og rimelig saksbehandling, både for leverandørene og oppdragsgiverne. Det hadde også betydning at klagenemnda fra tidligere blant annet hadde kompetanse til å stanse kontraktsinngåelse.⁸⁵

Håndhevingsreglene gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, som i Danmark. Klage- og håndhevingssystemet på Island er i all hovedsak basert på privat initiativ, typisk fra en leverandør som ikke har fått kontrakten.

Selv om leverandørene kan velge å gå direkte til domstolene, skjer dette sjelden. Det er både billigere og raskere å klage til klagenemnda. Det har også betydning at klager ved en klage til klagenemnda bare i begrenset grad risikerer å måtte betale sakskostnader til oppdragsgiver.

20.5.2 Tilsyn

På Island er det ikke etablert noe tilsyn som følger med på etterlevelsen av regelverket om offentlige anskaffelser. Dette synes heller ikke å være en pågående diskusjon.

20.5.3 Kæruneftnd útboðsmála

Klagenemnda er et administrativt klageorgan som treffer bindende avgjørelser ved kjennelse (urskurd). Nemnda består av tre faste representanter og tre vararepresentanter. De nomineres av Høyesterett og utnevnes av Finansministeren for fire år av gangen. To av nemndsmedlemmene skal oppfylle de lovkravene som stilles til tingrettsdommere, herunder nemndas leder. Det tredje nemndsmedlemmet skal ha allsidig erfaring fra næringslivet. For tiden er nemndas to jurist-

⁸³ Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser) 2016

⁸⁴ Starfsreglur kæruneftndar útboðsmála (Saksbehandlingsregler for den islandske klagenemnda) 2022

⁸⁵ Frumvarp til laga um breytingar á lögum nr. 84/2007, um opinber innkaup (aukin skilvirkni í meðferð kærumála) 2012

medlemmer en advokat og en universitetslærer, med to advokater som vararepresentanter.⁸⁶ Som i Danmark og i Norge er det altså ingen fulltidsjobb å sitte i den islandske klagenemnda. Nemnda bistås av et sekretariat bestående av to jurister.

I saker som anses prinsipielt viktige kan nemndas leder bestemme at nemnda skal være sammensatt av to av vararepresentantene i tillegg til de faste medlemmene. Klagenemndas leder kan også beslutte om det er behov for bistand fra eksterne rådgivere.⁸⁷

Klagenemndas rolle er først og fremst å være et effektivt og spesialiserte tvisteløsningsorgan, men anskaffelsesloven åpner også for at departementet og offentlige oppdragsgivere kan henvende seg til klagenemnda og be om en rådgivende uttalelse knyttet til nærmere spesifisert anskaffelseskonkurranse.⁸⁸ Denne muligheten brukes imidlertid sjelden.

For å kunne inngi en klage må klager være rettighetshaver etter loven, samt ha rettslig interesse i å klage i den konkrete saken.⁸⁹ Dette omfatter leverandører som har deltatt i konkurransen, herunder søkt om prekvalifikasjon eller inngitt tilbud, men det kan etter omstendighetene også gjelde andre potensielle leverandører. Også organisasjoner har klageadgang, så lenge det er deres rolle å ivareta slike interesser. Det er ikke krav om rettslig interesse ved brudd på kunngjøringsplikten (ulovlige direkteanskaffelser) eller ved brudd på plikten til å bruke en lovpålagt anskaffelsesprosedyre. Finansministeren er også gitt klageadgang ved slike brudd.⁹⁰ Klager kan også overdra klageadgangen til en organisasjon som ivaretar hans rettigheter.⁹¹

En klage skal være skriftlig og sendes klagenemnda innen 20 dager fra den dagen klager visste om, eller burde ha visst om, en beslutning, handling eller unnlattelse som han mener strider mot sine rettigheter. Krav om at en kontrakt skal kjennes uten virkning må sendes klagenemnda innen 30 dager fra klager burde ha visst om en beslutning, handling eller unnlattelse som han mener strider mot sine rettigheter. Et krav om at en kontrakt skal kjennes uten virkning kan uan-

sett ikke fremsettes mer enn seks måneder etter kontraktsinngåelsen.

Klagen skal være skriftlig og inneholde informasjon om klager, innklagede og hva det klages på. Klagen skal også inneholde og angi de faktiske og rettslige forhold klagen bygger på. Klager skal snarest mulig gjøre oppdragsgiver kjent med at klagen er inngitt. Hvis klagen ikke oppfyller de formelle kravene kan klagenemnda be klager å utbedre, innen en rimelig frist. Hvis klager ikke utbedrer, kan klagen avvises. Klagenemnda kan også be klager å legge frem ytterligere dokumentbevis.⁹²

Klagegebyret er 150 000 ISK, som tilsvarer cirka 12 000 NOK.

Oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes automatisk dersom det klages på tildelingsbeslutningen innen karensperioden. En automatisk suspensjon inntreffer når oppdragsgiver må være kjent med klagen, enten det er på grunn av klagers underretning eller at klagenemnda har underrettet om at klagen er innkommet. Klagenemnda kan, enten ved krav fra oppdragsgiver eller på eget initiativ, bestemme å oppheve suspensjonen.⁹³ Beslutningen om å oppheve suspensjonen kan likevel aldri tre i kraft før etter karensperioden er over.⁹⁴

Klager kan kreve at klagenemnda suspenderer retten til å inngå kontrakt inntil saken er avgjort. Klagenemnda skal i sin vurdering se hen til sannsynligheten for at det foreligger brudd på reglene, allmennhetens interesse av å gjennomføre anskaffelsen og klagers interesse av å få stanset kontraktstildelingen i påvente av nemndas avgjørelse av klagen.⁹⁵

Når klagen anses klar for behandling skal partene gis mulighet til kontradiksjon innen rimelige frister. Klagenemndas saksbehandlingsregler spesifiserer fristen til 10 dager.⁹⁶ I saker der klager krever suspensjon skal fristen imidlertid ikke være lenger enn tre døgn. Klagenemnda kan beslutte at kontrakten suspenderes uten å gi innklagede mulighet til å uttale seg hvis bruddet er klart. Innklagede kan i så fall kreve at klagenemnda begrunner beslutningen.⁹⁷ Klagebehand-

⁸⁶ <https://www.stjornarradid.is/raduneyti/nefndir/nanar-um-nefnd/?itemid=e219adb9-4214-11e7-941a-005056bc530c>
<https://www.stjornarradid.is/raduneyti/nefndir/nanar-um-nefnd/?itemid=e219adb9-4214-11e7-941a-005056bc530c>

⁸⁷ Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser) 2016 § 104

⁸⁸ Ibid. § 103 fjerde ledd.

⁸⁹ Ibid. § 105 første ledd.

⁹⁰ Ibid. § 105 andre ledd. Finansdepartementet på Island opplyser om at denne hjemmelen aldri har vært brukt.

⁹¹ Ibid. § 105 tredje ledd

⁹² Ibid. § 106

⁹³ Starfsreglur kæruneftindar útboðsmála (Saksbehandlingsregler for den islandske klagenemnda) 2022 artikkel 7

⁹⁴ Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser) 2016. § 107

⁹⁵ Ibid. § 110 første ledd

⁹⁶ Starfsreglur kæruneftindar útboðsmála (Saksbehandlingsregler for den islandske klagenemnda) 2022: § 6

⁹⁷ Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser) 2016: § 110. Denne muligheten har ikke vært brukt de siste årene.

lingen er skriftlig, men klagenemnda kan gi partene mulighet til å uttrykke seg muntlig.⁹⁸ Denne muligheten benyttes unntaksvis, og kun i saker der klagenemnda oppfatter faktum som særlig komplisert.

Klagenemndas adgang til å be EFTA-domstolen om rådgivende uttalelse i tilfelle saken gjelder tolkning av EØS-rettslige spørsmål er nedfelt i loven, og anerkjent av EFTA-domstolen i henhold til ODA artikkel 34. Klagenemnda har benyttet denne muligheten to ganger.⁹⁹

Klagenemnda kan kreve at partene fremlegger alle opplysninger som har med saken å gjøre. Om klager trosser klagenemndas krav om fremleggelse, avvises klagen. Om innklagede trosser klagenemndas anmodning, kan dette brukes mot innklagede når klagenemnda treffer sin kjennelse.¹⁰⁰

Klagenemnda treffer sine beslutninger basert på alminnelig stemmeflertall, der lederens stemme blir avgjørende ved eventuell stemmelikhet.¹⁰¹ Ellers gjelder forvaltningsloven for klagenemndas saksbehandling.¹⁰²

Partene kan føre saken uten advokat, og det er antatt at cirka 5 til 10 prosent av sakene er klagd inn uten bistand av advokat.¹⁰³

Loven sier at klagenemnda skal treffe sine avgjørelser så fort som mulig og ikke senere enn en måned etter at de har mottatt klagers replikk (hvis den foreligger).¹⁰⁴ Det finnes ingen offentlig statistikk om saksbehandlingstiden, slik at det er vanskelig å vite om den er i tråd med lovens målsetting.¹⁰⁵

Basert på tall fra Finansdepartementet på Island ser klagenemnda ut til å behandle omkring 40–50 saker hvert år.¹⁰⁶ Utvalget er imidlertid ikke kjent med noen nærmere analyse av disse

Tabell 20.3 Utviklingen i antall saker i den islandske klagenemnda i perioden 2018–2023

År	Antall saker
2018	29
2019	34
2020	55
2021	48
2022	46
2023	48

sakene, som for eksempel over antall saker der klagenemnda har ilagt sanksjoner i form av «uten virkning», forkortning av kontrakt eller overtredelsesgebyr.

Den islandske klagenemnda har kompetanse til å illegge følgende sanksjoner ved brudd på anskaffelsesregelverket:

- Den kan treffe en kjennelse om suspensjon av konkurransen eller av oppdragsgivers beslutninger i konkurransen og gi oppsettende virkning.
- Den kan erklære en kontrakt «uten virkning», forkorte kontrakten og/eller illegge økonomiske sanksjoner.¹⁰⁷
- Den kan gi oppdragsgiver påbud om å gjennomføre en konkurranse, å lyse ut en kontrakt på nytt eller erklære konkurransegrunnlagets vilkår lovstridige slik at de må annulleres.¹⁰⁸

Hvis innklagede ikke retter seg etter klagenemndas kjennelse kan klagenemnda illegge dagsbøter opp til 500 000 ISK (ca. 38 000 NOK).¹⁰⁹

Klagenemnda kan også uttale seg om vilkårene for erstatningsplikt er oppfylt, men ikke tilkjenne erstatning.¹¹⁰ Loven sier at oppdragsgiver kan være erstatningspliktig for tap som leverandøren har lidt og som har oppstått ved brudd på loven eller EØS-direktivene som loven bygger på. Leverandøren må påvise realistiske muligheter til å vinne kontrakten hvis det ikke hadde vært for bruddet. Erstatningsbeløpet skal ta utgangspunkt i den kostnaden som oppstår ved å forberede tilbudet og delta i konkurransen (negativ kontrakt-sinteresse). Samtidig presiseres det i loven at erstatningsansvaret skal følge de alminnelige

⁹⁸ Ibid. §108

⁹⁹ Sak E-7/19 *Tak* og sak E-12/19 *Hraðbraut*

¹⁰⁰ Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser) 2016: § 108 fjerde ledd

¹⁰¹ Ibid. § 108 femte ledd

¹⁰² Ibid. § 108 syvende ledd

¹⁰³ Anslaget er basert på uformell informasjonsinnhenting fra advokater på Island, innhentet av Arntzen de Besche Advokatfirma AS, i forbindelse med rapport om håndhevingssystemet på Island.

¹⁰⁴ Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser) 2016 § 108 sjette ledd

¹⁰⁵ <https://www.stjornarradid.is/gogn/urskurdir-og-alit/?LisasticSearch/Search/?SortByDate=True&Committee=K%C3%A6runefnd+%C3%BAtbo%C3%B0sm%C3%A1la>

¹⁰⁶ Det er en forskjell mellom antall saker og antall avgjørelser fra den islandske klagenemnda. Antallet avgjørelser ligger høyere, ettersom klagenemnda kan treffe flere avgjørelser knyttet til samme sak. Disse har i så fall samme saksnummer. I tabell 20.3 er det oppgitt antall saker.

¹⁰⁷ Ibid. § 115 til 118.

¹⁰⁸ Ibid. § 111 første ledd

¹⁰⁹ Ibid. § 111 fjerde ledd

¹¹⁰ Ibid. § 111 andre ledd

erstatningsreglene, og islandske domstoler har utviklet en praksis om erstatning for tapt fortjeneste.^{111 112}

Klagenemnda kan bestemme at oppdragsgiver skal betale klageren kostnader som vedkommende har hatt med å fremme klagen.¹¹³ Ut fra klagenemndas praksis kan det se ut som at bestemmelsen primært er tenkt på de situasjoner der oppdragsgiver i det vesentligste har tapt saken.¹¹⁴ I de tilfeller en klage er åpenbart grunnløs, eller fremmet med hensikt om å forsinke fremdriften i en konkurranse, kan klagenemnda pålegge klageren å betale saksomkostninger.¹¹⁵

Partene kan gå til domstolene med krav om å kjenne klagenemndas kjennelse for ugyldig. Overprøving av klagenemndas avgjørelser påbegynnes i første instans (tingretten). Fristen for å anlegge søksmål er seks måneder. Klagenemnda er ikke selv part i et slikt søksmål.¹¹⁶

20.5.4 Håndheving i domstolene

Som i Danmark er det sjelden at saker om brudd på anskaffelsesreglene bringes direkte inn for

domstolene på Island, fordi klagenemnda har kompetanse til å stanse kontraktsinngåelsen og til å ilegge håndhevelsesdirektivenes sanksjoner. Det er både billigere og raskere å klage til klagenemnda enn å ta ut søksmål for domstolene.

Domstolene har primært en rolle ved domstolkontroll av nemndas vedtak og ved eventuelle etterfølgende erstatningssøksmål. Klagenemnda har som nevnt kompetanse til å uttale seg om den mener det foreligger erstatningsansvar, men ikke til å tilkjenne erstatning. Ved gjennomføring av direktiv 2007/66/EF uttalte lovgiver at det hører til domstolene å tilkjenne erstatning.¹¹⁷ På dette punkt skiller det islandske systemet seg fra det danske.

Basert på tall fra islandske domstoler er omfanget av anskaffelsessaker i domstolene cirka 50 saker i Høyesterett over en periode fra 2000–2024. Det var om lag 30 saker for lagmannsretten i perioden fra 2018–2024.¹¹⁸

20.5.5 Håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi

Utvalget har ikke kjennskap til om, eller i hvilken utstrekning, det er håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi på Island.

¹¹¹ Ibid. § 119 første og andre ledd.

¹¹² Utvalget har innenfor tidsrammene av denne utredningen ikke hatt anledning til å utdype dette nærmere.

¹¹³ Ibid. § 111 nr. 3

¹¹⁴ Mál nr. 20/2023. Úrskurður kæruneðndar útboðsmála

¹¹⁵ Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser) 2016 § 111 nr. 3 andre punktum.

¹¹⁶ Ibid. § 112 første ledd

¹¹⁷ Frumvarp til laga um breytingar á lögum nr. 84/2007, um opinber innkaup (aukin skilvirkni í meðferð kærumála) 2012

¹¹⁸ Den Islandske lagmannsretten (Landsréttur) ble etablert 1. januar 2018.

Kapittel 21

Utvalgets vurdering

21.1 Innledning – formålene som håndhevingssystemet må ivareta

Utvalgets overordnede syn er at formålet med den nye anskaffelsesloven må være styrende for utformingen av håndhevingssystemet. De mange gode formål som lovgiver ønsker at anskaffelsesregelverket skal ivareta, vil ikke bli realisert dersom loven ikke etablerer et håndhevingssystem som sikrer både leverandører og oppdragsgivere reell tilgang til prøving av om regelverket er etterlevd.

For leverandører, oppdragsgivere og samfunnet mer generelt er det vesensforskjell på håndheving som får rettet opp den aktuelle konkurransen, og etterfølgende sanksjoner (kontraktsrettslige konsekvenser, overtredelsesgebyr, erstatning mv.). For alle involverte, og for ivaretakelsen av lovens formål, er det klart å foretrekke at feil avdekkes og rettes opp før de får konsekvenser for hvem som tildeles kontrakten, og på hvilke vilkår. Håndhevingssystemet bør derfor innrettes slik at feil i størst mulig grad avdekkes og rettes opp før kontrakt tildeles. Dette er også klart uttrykt av EU-lovgiver i håndhevingsdirektivene og reflektert i innretningen av håndhevings-systemene i de øvrige nordiske land.¹

Et velfungerende håndhevingssystem må være tilpasset forholdene i Norge, med mange små og mellomstore leverandører og et stort antall relativt små anskaffelser. Små og mellomstore leverandører har ikke samme ressurser til å forfølge brudd på anskaffelsesreglene som store leverandører, og små anskaffelser tåler ikke like høye sakskostnader som større anskaffelser. Når regelverket søker å ivareta hensynet til små og mellomstore leverandører, må dette også følges opp av håndhevingssystemet.

Reelle klage- og/eller søksmålsmuligheter er viktige for leverandørenes tillit til offentlige anskaffelser, og derfor for deres vilje til å bruke tid og krefter på å konkurrere om offentlige kontrakter, noe som igjen er avgjørende for å sikre

effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Leverandører som påpeker brudd på anskaffelsesregelverket forfølger ikke bare egne interesser, men indirekte også de bredere samfunnshensyn som regelverket skal ivareta.

Et velfungerende håndhevingssystem er viktig også for offentlige oppdragsgivere som mener at de med urette anklages for å ha opptrådt i strid med regelverket, og som da har behov for å få prøvd dette på en rask og effektiv måte i en uavhengig klagenemnd eller domstol. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor oppdragsgiver ønsker å bruke handlingsrommet i regelverket for å ivareta viktige samfunnshensyn, og hvor det er uheldig om et håndhevingssystem innrettet mot etterfølgende erstatningssøksmål hindrer dette. Oppdragsgiver har her behov for en rask avklaring av om konkurransen er innrettet i tråd med regelverket, slik at eventuelle feil kan rettes opp før de får konsekvenser for hvem som tildeles kontrakten. Dersom etterfølgende erstatningssøksmål er eneste reelle håndhevingsmulighet for leverandørene, kan frykten for erstatningsansvar føre til at oppdragsgiver avstår fra å bruke handlingsrommet i regelverket til å gjennomføre gode anskaffelser. En slik situasjon står i konflikt med gjeldende politiske prioriteringer om at handlingsrommet i regelverket skal benyttes for å fremme bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

Ulovlige direkteanskaffelser utgjør de mest alvorlige bruddene på anskaffelsesregelverket, og krever særskilt oppmerksomhet i håndhevings-systemet. Forbigåtte leverandører har få incitamenter til å bruke ressurser på å påklage ulovlige direkteanskaffelser, dels fordi de ikke har brukt tid og krefter på å utforme tilbud og dels fordi det ofte er for sent å få gjenopprettet konkurranse om den aktuelle anskaffelsen. Effektiv privat håndheving av ulovlige direkteanskaffelser krever derfor klagemuligheter som ikke koster potensielle klagere særlig mye, verken i form av klagegebyr eller arbeid knyttet til klagen.

På bakgrunn av disse hensynene har utvalget vurdert hvilke endringer som bør gjøres i dagens

¹ Se i fortalen til endringsdirektivet fra 2007 premiss 3 til 12.

håndhevingssystem for å legge bedre til rette for hurtig behandling av klager før kontrakt inngås, for slik å begrense behovet for etterfølgende erstatningssøksmål. For utvalget har det vært særlig viktig å finne løsninger som sikrer også små og mellomstore leverandører reelle muligheter til å få stanset en kontraktstildeling og få en avgjørelse som pålegger oppdragsgiver å rette opp eventuelle feil, slik at kontrakten deretter kan tildeles rette leverandør. Utvalget anser det videre uaktuelt å *svække* håndhevingen av ulovlige direkteanskaffelser gjennom å frata klagenemnda myndigheten til å sanksjonere slike med overtreddesgebyr.

21.2 Sammenligning av håndhevingssystemene i Norden

For utvalgets vurderinger av dagens norske håndhevingssystem har det vært viktig å se hen til håndhevingssystemene i de øvrige nordiske land. Utvalget erkjenner at sammenligninger med andre land er krevende, som følge av forskjeller i innretningen av domstolssystemene, forskjeller i omkringsliggende regelverk, eksistensen av særregler som påvirker andre deler av håndhevings-systemet mv. Det kan også være faktiske forskjeller knyttet til anskaffelsesmarkedene i de ulike land, eksempelvis størrelsen på oppdragsgivere, leverandører og kontrakter. Utvalget mener likevel at det er relevant å se hen til hvordan regelverket for offentlige anskaffelser håndheves i de øvrige nordiske land. De EU/EØS-rettslige kravene til håndhevingssystemene er like for EU/EØS-statene Danmark, Finland og Sverige og EFTA/EØS-statene Island og Norge, og det er også de materielle anskaffelsesreglene som skal håndheves. Rettstilstanden i de øvrige nordiske land er dessuten trukket inn i debatten knyttet til hvordan erstatningsansvaret ved brudd på anskaffelsesregler kan og bør innrettes også i Norge, og også av denne grunn er det behov for å se helhetlig på håndhevingssystemene som disse erstatningsreglene inngår i.

Sammenligningen av dagens norske håndhevingssystem og håndhevingssystemene i de øvrige nordiske land kompliseres av forskjellen på formaliteter og realiteter i det norske systemet. Som nevnt i kapittel 18.1 er det utelukkende de alminnelige norske domstolene som er håndhevingsorganer i håndhevingsdirektivenes forstand, og som forutsetningsvis oppfyller Norges EØS-rettslige forpliktelser knyttet til effektiv håndheving av EØS-anskaffelsesregelverket.

Dersom en begrenser sammenligningen til den formelle gjennomføringen av direktivet, er det klart at Norge skiller seg ut i Norden, som det eneste landet hvor håndheving av anskaffelsesreglene følger de ordinære reglene for sivil tvisteløsning. Riktignok har også Finland og Sverige valgt en «domstolmodell», men begge land har lagt håndhevingen til forvaltningsdomstoler som ikke kan sammenlignes med norske tingretter.

Dette er særlig klart for Sveriges vedkommende, hvor det er ikke er noe rettsgebyr, ingen forventning om bistand av advokat og svært kostnadseffektive saksbehandlingsregler. Dette gjenspeiles også i antall anskaffessaker som de svenske forvaltningsdomstolene årlig håndterer, 2 510 saker i 2021 og 2 632 saker i 2022.²

I Finland er håndhevingen lagt til Marknadsdomstolen, med klagegebyr på om lag 25 000 norske kroner (2120 EUR) for anskaffelser ned mot EU-terskelverdiene. En leverandør som er beredt til å betale dette klagegebyret, vil imidlertid ikke måtte påregne ytterligere kostnader, ut over eget arbeid med å utforme klagen. Gebyret vil dessuten bli tilbakebetalt dersom klagen fører frem.

I Sverige og Finland er utgangspunktet at partene bærer egne omkostninger for forvaltningsdomstolene, noe som gjør at en leverandør ikke risikerer å måtte dekke oppdragsgivers kostnader dersom klagen ikke skulle føre frem.³

Utvalget har særlig merket seg at de to av våre nordiske naboland som ikke har egne forvaltningsdomstoler, Danmark og Island, begge har valgt å opprette domstolliknende klagenemnder for offentlige anskaffelser. I begge land er det innført klagegebyr (henholdsvis 20 000 DKK, eller cirka 30 000 norske kroner, og 150 000 ISK, eller cirka 12 000 norske kroner) som er høyere enn rettsgebyret til norske domstoler. Det er imidlertid også innført regler om skriftlig saksbehandling som avviker markant fra de som gjelder i de alminnelige domstolene, og som bidrar til å holde de samlede kostnadene nede. Reglene om sakskostnader sikrer dessuten at klager har utsikter til å få dekket egne omkostninger dersom klagen fører frem, samtidig som mulig ansvar for oppdragsgivers omkostninger er begrenset.⁴

Utvalget har ikke hatt kapasitet til å foreta empiriske undersøkelser av de samlede kostna-

² Statistikk om överprövningsärenden 2022

³ Som nevnt i kapittel 20.3 og 20.4. Se også nærmere om gjennomføringen i Sverige i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktegjennomføring i Sverige og Danmark*.

⁴ I Danmark til 75 000 danske kroner, jf. klagenævnets bekendtgørelsen § 9, stk. 4. Se også i kapittel 20.5.3.

dene som en leverandør i de ulike landene må være beredt til å investere, for å oppnå en bindende avgjørelse mot en oppdragsgiver som hevdes å ha overtrådt anskaffelsesregelverket, men utvalget mener likevel å ha grunnlag for å mene at Norge her skiller seg ut i Norden som det landet hvor disse kostnadene er klart høyest.⁵

Norge skiller seg også ut med hensyn til mulighetene for å få stanset kontraktsinngåelsen frem til et påstått brudd på anskaffelsesregelverket er avgjort med bindende virkning. Med mindre oppdragsgiver går med på å utsette kontraktsinngåelsen i påvente av KOFA-behandling av det påståtte bruddet, er norske leverandører henvist til å begjære midlertidig forføyning for tingretten. Dette krever i praksis advokatbistand og innebærer normalt en muntlig høring, noe som gjør det kostbart. Utsiktene til å vinne frem avhenger dessuten av om man lykkes med å sannsynliggjøre det påståtte bruddet der og da, og ikke for eksempel av en vurdering av om oppdragsgiver egentlig har behov for å signere kontrakten uten å vente på at KOFA eller domstolen tar endelig stilling til det påståtte bruddet. Tall utvalget har innhentet fra Oslo tingrett tyder på at kostnadene forbundet med begjæringer om midlertidige forføyninger er høye, og utsiktene til å vinne frem relativt små.⁶ Informasjonen utvalget har innhentet om rettstilstanden i de øvrige nordiske land tyder på at Norge skiller seg ut her, selv om det danske Klagenævnet for udbud har lagt seg på en streng linje i spørsmålet om fortsatt oppsettende virkning (ut over 30 dager).⁷

Også med henblikk på spesialisering skiller den norske domstolmodellen for håndheving av anskaffelsesreglene seg ut. Danmark og Island har opprettet dedikerte klagenemnder, og Finland har lagt håndhevingen til Marknadsdomstolen, som er en spesialdomstol for et begrenset antall markedsrettslige saksområder og med intern spesialisering blant dommerne.⁸ Sverige har valgt å legge håndhevingen til de alminnelige forvaltningsdomstolene, men nettopp den omstendighet at det er snakk om egne forvaltningsdomstoler gjør at også det svenske systemet er mer spesi-

sert enn det norske. Sverige, med om lag 10 millioner innbyggere, har dessuten bare 12 forvaltningsdomstoler i første instans, mens Norge har 23 tingretter.

Sammenligningen av dagens norske håndhevingssystem og håndhevingssystemene i de øvrige nordiske land blir imidlertid en annen dersom KOFA er en del av sammenligningen. KOFA er et spesialisert lavterskeltilbud, som i praksis er det viktigste håndhevingsorganet for anskaffelsesregelverket i Norge. Det synes å være bred enighet i anskaffelsesmiljøet i Norge om at KOFA oppfyller oppdraget i klagenemndsforskriften § 1 om å bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Klagegebyret på 8 000 kroner er lavere enn i Danmark, Finland og Island, saksbehandlingen er kostnadseffektiv og avgjørelsene blir i praksis fulgt, selv om de formelt sett bare er rådgivende. Også her tilbakebetales dessuten gebyret dersom klagen fører frem. Sakene avgjøres av tre nemndsmedlemmer, mot to i den danske og den islandske klagenemnda, og en enkelt dommer i de svenske forvaltningsdomstolene.⁹ Spesialiseringen til nemndsmedlemmene er på nivå med den som finnes i Danmark, Finland og Island.

Også når det gjelder sanksjonering av ulovlige direkteanskaffelser, kommer Norge langt bedre ut om KOFA inkluderes i vurderingen, selv om KOFA heller ikke i denne sammenheng kan anses som et klageorgan i håndhevingdirektivenes forstand. Enhver kan klage til KOFA om påståtte ulovlige direkteanskaffelser, og klagegebyret er bare på 1 000 kroner. I de øvrige nordiske land gjelder derimot de vanlige reglene for klagegebyr og klageinteresse også i saker om ulovlige direkteanskaffelser. Dette er bakgrunnen for Finland og Sverige har sett behov for et eget tilsyn som kan sanksjonere ulovlige direkteanskaffelser. På dette området synes Danmark å ha mindre effektiv håndheving. Det er noe uklart for utvalget hva som er situasjonen på Island.

Vurderingen av de nordiske håndhevingssystemene blir også en annen dersom det rettes fokus mot rent nasjonale anskaffelser i betydningen anskaffelser som ikke reguleres av anskaffelsesdirektivene eller EU/EØS-rettens hovedregler om fri bevegelighet. Den danske klagenemnda har ikke kompetanse i slike tilfeller, og det har heller ikke den finske Marknadsdomstolen. Også

⁵ Ved domstolsbehandling for Norges vedkommende, som formelt er håndheving i EØS-rettslig forstand.

⁶ Se kapittel 18.1

⁷ Se kapittel 28

⁸ Marknadsdomstolen har i alt 29 dommere og er delt inn i spesialiserte avdelinger. Lag om marknadsdomstolen 99/2013 kapittel 1 § 4 foreskriver at dommerne skal «vara förtrogna med konkurrens- eller tillsynsärenden eller upphandlingsärenden, mål och ärenden som gäller industriella rättigheter eller upphovsrätt eller marknadsrättsliga ärenden.»

⁹ I den finske marknadsdomstolen deltar derimot tre dommere, jf. lag om marknadsdomstolen 99/2013 kapittel 1 § 13. I alle land er det mulig å overføre en sak til forsterket nemnd/rett, hvor flere nemndsmedlemmer/dommere deltar.

her synes Sverige å ha det lettest tilgjengelige håndhevingssystemet. Formelt sett er Norge på nivå med Danmark, i den forstand at rettslig bindende prøving krever søksmål for tingretten, men i praksis tilbyr norsk rett her håndhevingsmuligheter i KOFA som er langt mer tilgjengelige.

Utvalget har ikke foretatt systematiske undersøkelser av håndhevingssystemene i EØS-landene utenfor Norden, men utvalgets inntrykk er at av

medlemslandene uten alminnelige forvaltningsdomstoler er det bare et fåtall som ikke har fulgt Danmark og Islands eksempel med å innføre en klagenemndsmodell.¹⁰

¹⁰ I NOU 2010: 2 s. 59 oppgis fire EU-land i denne kategorien: Irland, Litauen, Nederland og Storbritannia. Storbritannia er som kjent ikke lenger med i EU/EØS. I Nederland håndteres anskaffelsesaker av de ordinære domstolene, men i avdelinger som bare håndterer forvaltningssaker.

Tabell 21.1 Oversikt over håndheving i Norden

	Norge	Sverige	Danmark	Finland	Island
Tilsyn	Nei	Ja, Konkurrentverket	Uklart (KFST kan innhente opplysninger, men ikke treffe bindende vedtak. KFST kan også gi tolkningsuttalelser)	Ja, Konkurrent- og konsumentverket	Nei
Håndhevingsorganer (i EU/EØS-rettslig forstand)	Domstolene	Forvaltningsdomstolen (erstatning hører inn under de alminnelige domstolene)	Klagenævnet for udbud (alternativt domstolene, men skjer ikke i praksis)	Marknadsdomstolen (erstatning hører inn under de alminnelige domstolene, men Marknadsdomstolen kan illegge kompensasjon)	Klagenemd, Kæruneftnd útboðsmála (alternativt domstolene, men skjer ikke i praksis)
Håndhevingsorganer for nasjonale saker	Tingretten (men kan også klages inn til KOFA)	Forvaltningsdomstolen	Byretten (men helt upraktisk) Klagenævnet behandler brudd på Tilbudsloven (bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terkselverdi)	Marknadsdomstolen	Klagenemd, Kæruneftnd útboðsmála
Klage-/rettsgebyr	I domstolene: Ca. 3.600 kroner for midlertidig forføyning (3R) Ca. 6.000 kroner for søksmål (5R) I KOFA: 8000 kroner (1000 kroner for UDA)	0,-	Ved brudd på tilbudsloven: DKK 10.000 (NOK 15.000) Over EØS-terksel: DKK 20.000 (NOK 30.000)	Marknadsdomstolen: 2120 EUR (ca. 24.500 NOK) Anskaffelser over 1 million EUR: 4240 EUR (ca. 49.000 NOK) Anskaffelser over 10 millioner EUR: 6350 EUR (ca. 74.000 NOK) Dersom saken ikke realitetsbehandles: 500 EUR Avgift for privatperson: 530 EUR	ISK 150.000 (ca. 12.000 NOK)

Tabell 21.1 Oversikt over håndheving i Norden

	Norge	Sverige	Danmark	Finland	Island
Klagerett	Alle med «reelt behov», inkl. foreninger mv. Ved ulovlig direkteanskaffelser kan enhver inngi klage til KOFA.	Bare leverandører som har lidt eller står i fare for å lide tap (direktivets minstekrav)	Alle med rettslig klageinteresse + en rekke organisasjoner og offentlige myndigheter	Rettslig interesse + arbeids- og næringsdepartementet og andre offentlige myndigheter	Rettslig interesse i å klage i den konkrete saken. I tillegg organisasjoner som skal ivareta slike interesser. Ikke krav om rettslig interesse ved ulovlige direkteanskaffelser
Dekning av saks-kostnader om klagen/søksmålet fører frem	I domstolene: Ja, men også risiko for motpartenes kostnader. I KOFA: nei	Nei (partene bærer egne kostnader)	Ja, inntil DKK 75.000 (NOK 110.000). Klager, men ikke oppdragsgiver, kan i større saker eller ved særegne forhold tilkjennes mer enn 75.000 DKK	Nei (partene bærer egne kostnader)	Ja, Klager kan få tilkjent saksomkostninger. Hvis klagen er klart grunnløs eller fremsatt for å forsinke fremdrift kan oppdragsgiver få tilkjent saksomkostninger.
Antall saker pr år (2022)	Domstolene: har ikke tall KOFA: 160	2632	100	411	46
Saksbehandlingstid midlertidig sikring	Cirka 60 dager ved midlertidig forføyning ved tingretten		innen tretti dager		
Saksbehandlingstid realitetsavgjørelse	Domstolene: har ikke tall KOFA: 2023: Prioriterte saker 70 dager/ rådgivende saker 98 dager/gebyrsaker 308 dager 2022: 62 dager/96 dager/359 dager	4,2 mnd (2022) 3,6 mnd (2021)	4,9 mnd (2023) 4,7 mnd (2022) 4,3 mnd (2021)	7,3 mnd (2023) 6,5 mnd (2022) 5,5 mnd (2021)	Ikke statistikk tilgjengelig. Skal avgjøre klagen innen en måned etter klagers replikk.

Tabell 21.1 Oversikt over håndheving i Norden

	Norge	Sverige	Danmark	Finland	Island
Overtredelsesgebyr (myndighet)	Formelt domstolene, men i realiteten KOFA	Konkurrensverket (fra 1.1.24)	Klagenævnet (men ikke overfor oppdragsgivere som ikke er forvaltningsorganer)	Marknadsdomstolen (Tilsynet kan fremlegge en sak)	Klagenemd (Kæruneftnd útboðsmála)
Overtredelsesgebyr (størrelse)	Maks 10 %	Maks 10 %/SEK 20 mill	3–5 %, maks DKK 10 mill (NOK 15 mill)	Maks 10%	ukjent
Erstatning	Tingretten	Tingsrätten	Klagenævnet	De ordinære domstolene	De ordinære domstolene
Preklusive frister	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Lengde på preklusiv frist vedrørende erstatningskrav	Tre år	Innen ett år etter at leverandøren fikk eller burde ha fått kjennskap til kontraktsinngåelse.	20 kalenderdager til seks måneder, varierer med hvilken type brudd på anskaffelsesregelverket som foranlediger erstatningskravet ¹	ukjent	ukjent
Muntlige forhandlinger	Tingretten: ja KOFA: Nei	Ja, men ikke i praksis	Ja, men ikke i praksis	Kun unntaksvis, ved behov for å avhøre vitner eller sakkyndige	Kun unntaksvis, der faktum oppfattes som særlig komplisert.

¹ 8 uker for videre «anke»/videre klage til domstolene. Ved direkte saksanlegg til domstolene gjelder de samme klagefristene.

21.3 Nemndsmodell eller domstolmodell?

Utvalgets ønske om å flytte håndhevingen til før kontrakt inngås, begrense grunnlaget for etterfølgende erstatningssøksmål og samtidig gjøre håndhevingen tilgjengelig for små og mellomstore leverandører, etterlater i realiteten bare to alternativer:

1. Vesentlig forenkling av reglene for midlertidig forføyning og etterfølgende prøving av hovedkravet i tingrettene
2. Legge oppgaven med prekontraktuell håndheving til KOFA

Alternativ 1 vil innebære å endre tingrettens håndtering av anskaffelsessaker i retning av den saksbehandlingen som finner sted i den danske og den islandske klagenemnden, i de svenske forvaltningsdomstolene og i den finske Marknadsdomstolen. Det må i så fall innføres regler som sørger for hurtig behandling av klager i tilfeller hvor konkurransens videre forløp avhenger av dette (avvisning av en leverandør, avlysning som angripes av en leverandør mv.), eller hvor selve kontraktinngåelsen er satt på vent (frivillig eller som følge av en forføyning). Det vil være snakk om en nokså stor omlegging av tingrettens håndtering av anskaffelsessaker og reise en rekke spørsmål om forholdet til tvistelovens generelle regler.

En revidert domstolmodell bør også innebære at kompetansen til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser overføres fra KOFA til tingrettene. Som omtalt i kapittel 32 følger det klart av håndhevingsdirektivene at den primære sanksjonen mot ulovlige direkteanskaffelser skal være å kjenne kontrakten «uten virkning», for slik å gi interesserte leverandører mulighet til å konkurrere om mest mulig av den aktuelle anskaffelsen. Det er bare i tilfeller hvor direktivenes unntaksvilkår er oppfylt, at ulovlige direkteanskaffelser alternativt kan sanksjoneres gjennom overtredelsesgebyr, eller ved å avkorte kontraktens varighet. Håndhevingsutvalget antok av denne grunn at det ikke var anledning til å la KOFA beholde gebyrmyndigheten med mindre KOFA også fikk kompetanse til å kjenne en kontrakt «uten virkning», noe utvalgets flertall ikke ville anbefale.¹¹ Forholdet til håndhevingsdirektivet ble kort omtalt av departementet da KOFA fikk tilbake gebyrmyndigheten i 2016, men departementet nøyde seg med å anta at håndhevingsdirektivenes krav var ivaretatt så lenge domstolenes kom-

petanse til å sanksjonere ulovlige direkteanskaffelser ikke ble foreslått endret.¹²

I 2023 stilte ESA spørsmål ved om dagens ordning hvor ulovlige direkteanskaffelser i praksis sanksjoneres gjennom overtredelsesgebyr ilagt av KOFA, og ikke gjennom at kontrakter kjennes «uten virkning», er direktivkonform.¹³ For utvalget er det ikke påkrevd å ta stilling til dette spørsmålet, da utvalget uansett ser det som hensiktsmessig at de ulike sanksjonene mot ulovlige direkteanskaffelser ligger til samme instans. Samtidig er det temmelig klart at dersom den instansen skal være tingrettene, så vil dette kunne svekke håndhevingen av ulovlige direkteanskaffelser betydelig, slik som tilfellet var i perioden 2012–2017.

En revidert domstolmodell vil uansett ikke kunne tilby den spesialiserte kompetanse i anskaffelsesrett som KOFA tilbyr, og som gjenfinnes i den danske og den islandske klagenemnda, den finske Marknadsdomstolen og i noen grad også i de svenske forvaltningsdomstolene.

Så lenge saksbehandlingen i KOFA er skriftlig, vil heller ikke geografisk nærhet til domstolene i første instans være noe argument for en fortsatt domstolmodell. Dersom man sammenligner med dagens domstolmodell, vil deltakelse i en skriftlig prosess i KOFA tvert imot være lettere tilgjengelig for lokale og regionale leverandører og oppdragsgivere enn muntlige forhandlinger for tingretten, med unntak av leverandører og oppdragsgivere som hører til i umiddelbar nærhet til et rettssted.¹⁴

Av disse grunner vil utvalget anbefale at KOFA får rollen som klageorgan i håndhevingsdirektivenes forstand, etter dansk og islandsk forbilde. De innvendinger som flertallet i Håndhevingsutvalget i 2010 fremsatte mot en slik løsning,¹⁵ må i dag vurderes i lys av at Danmark og Island nå har mer enn ti års erfaring med å håndtere de reviderte håndhevingsdirektivene innenfor en nemndsmodell, med skriftlig saksbehandling, og med videre prøving i et domstolsystem som likner på vårt. Utvalgets klare inntrykk er at nemndsmodellen fungerer godt både i Danmark og Island, og utvalget har da vanskelig for å se at den ikke også skal gjøre det i Norge. Så langt utvalget er kjent med, er det verken i Danmark eller Island noen diskusjon knyttet til om klagenemdene tilbyr oppdrags-

¹¹ NOU 2010: 2, side 197.

¹² Prop. 51 L (2015–2016): kapittel 7.8.4.2

¹³ EFTAs overvåkingsorgan (ESA) 2023

¹⁴ Per 1. mai 2024 er det 23 tingretter, med 59 rettssteder.

¹⁵ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser*: kapittel 16

givere og leverandører tilstrekkelig rettssikkerhet.¹⁶ Så langt utvalget kjenner til, synes oppfatningen å være at klagenemndenes ekspertise sikrer rettsriktige avgjørelser, noe som også gjenspeiles i at svært få avgjørelser bringes videre inn for de ordinære domstolene.

Når utvalget tar til orde for en nemndsmodell etter islandsk og dansk modell, så er det nødvendig også å si noe om forholdet mellom KOFA og domstolene. På Island er det valgt en løsning hvor det formelt sett er valgfrihet for leverandørene mellom å inngi en klage til nemnda, eller å fremme søksmål. Likevel, som følge av kostnadene forbundet med domstolsbehandling velger de fleste leverandører nemnda. I dansk rett er leverandørene «tvunget» til å inngi klage til Klagenævnet i karensperioden, og kan da ikke velge å gå til domstolene. Etter utvalgets syn kan det være en fordel dersom alle anskaffelsessaker starter i KOFA, men på den andre siden kan det også være hensiktsmessig å gi leverandørene valgfrihet på dette punkt. I utvalgets forslag til nye regler har utvalget foreslått at både KOFA og domstolene skal utgjøre håndhevsorganer i nytt regelverk.

Etter utvalgets syn bør det uansett være slik at dersom en leverandør først sender en klage til klagenemnda, så forpliktes oppdragsgiveren til å få saken behandlet ferdig i KOFA, før den eventuelt trekkes inn for domstolene. Det følger av klagenemndsforskriften § 2 at oppdragsgiver plikter å delta i klagebehandlingen i nemnda, og denne bestemmelsen bør videreføres i nye forskriftsbestemmelser om klagenemnda. Som følge av utvalgets forslag til at KOFA nå skal kunne gi raske og rimeligere avgjørelser enn domstolene, kan ikke utvalget se at oppdragsgiver skulle ha noen grunn til å foretrekke domstolsbehandling. Den eneste reelle forskjellene mellom en avgjørelse fra KOFA og domstolene er adgangen til muntlige forhandlinger. Til dette vil utvalget vise til at de andre nordiske landene har skriftlig behandling av sakene som hovedregel, og at det i praksis sjeldent er behov for muntlig bevisføring. Utvalget overlater til departementet å vurdere om også KOFA skal kunne åpne for muntlig forhandling i særlige tilfeller, og da fortrinnsvis digitalt av hensyn til effektiv saksavvikling.

Når det gjelder saker om erstatning mener utvalget, på samme vis som i Finland, Island og

Sverige, at erstatningssøksmål bør overlates til de ordinære domstolene.

21.4 Spørsmålet om det bør opprettes et tilsyn for offentlige anskaffelser

21.4.1 Tilsyn

Spørsmålet om det bør opprettes et eget tilsyn for offentlige anskaffelser har vært drøftet ved flere anledninger opp gjennom årene.¹⁷ Som gjennomgangen av håndhevingssystemene i de øvrige nordiske land vil ha vist, skiller Norge og Island seg ut som eneste land uten et tilsynsorgan med generelt ansvar for å føre tilsyn med offentlige anskaffelser. Samtidig er det forskjell på den nokså overordnede rollen som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen synes å ha i Danmark, og den mer spissede rollen det finske og svenske Konkurrentverket har med å sanksjonere ulovlige direkteanskaffelser. Norge skiller seg fra flere av de andre landene i Norden ved ikke å ha et eget tilsyn med myndighet til å innhente opplysninger fra både oppdragsgivere og leverandører for å vurdere om anskaffelsesreglene er overholdt, og med skjønnsmessig adgang til enten å ilegge sanksjoner eller å klage oppdragsgiver inn for en klagenemnd eller en domstol. Norge skiller seg med dette ut som et land i Norden hvor generell håndheving av anskaffelsesregelverket er helt og fullt overlatt til privat initiativ.

Utvalget har mottatt innspill fra medlemmer av referansegruppen om at dagens system er utilstrekkelig i tilfeller hvor markedsforholdene er slik at leverandørene kvier seg for å påtale brudd på regelverket, av frykt for at dette skal gå ut over muligheten til å vinne fremtidige kontrakter fra samme oppdragsgiver. Det etterlyses blant annet en mulighet for anonyme tips til et tilsyn som kan undersøke enkeltsaker, eller mer generelt undersøke etterlevelsen av regelverket på områder hvor det er grunn til å tro at privat håndheving ikke vil skje.

Utvalget har også fått innspill om behov for offentlig tilsyn med samfunnshensynene i kapittel 2 i utkastet til ny anskaffelseslov.

Behovet for et eget tilsyn med offentlige anskaffelser må sees i sammenheng med håndhevingssystemet for øvrig. Et element i dette er norsk retts åpning for representative søksmål fra organisasjoner, jf. tvisteloven § 1-4 om at foreninger og stiftelser kan reise søksmål om forhold som det ligger innenfor organisasjonens for-

¹⁶ Sml. Ibid. kapittel 15.3.2 og 16.3. Utvalget mente at en nemndsmodell forutsatte at KOFA endres til en særdomstol med de samme saksbehandlingsreglene og rettssikkerhetsgarantiene som for de ordinære domstolene.

¹⁷ Se oversikten over utviklingen av håndhevingssystemet i kapittel 17

mål og naturlige virkeområde å ivareta. Kravet til klageinteresse i klagenemndforskriften § 6 forstås på samme måte, og dette er en rettsstilstand som utvalget mener bør videreføres.¹⁸

I lys av adgangen som ulike foreninger og stiftelser vil ha til å klage til KOFA blant annet i tilfeller hvor de er av den oppfatning at en oppdragsgiver har brutt bestemmelsene om samfunnshensyn i kapittel 2 i utkastet til ny anskaffelseslov, ser ikke utvalget behov for et generelt tilsynsorgan for offentlige anskaffelser. De ulike samfunnshensynene er nokså forskjellige, og det vil være krevende å samle kompetanse til å håndheve dem i ett tilsynsorgan. Etter utvalgets syn er det da bedre å legge konkrete tilsynsoppgaver til eksisterende tilsyn, slik som Arbeidstilsynets tilsyn med etterlevelsen av reglene om lønns- og arbeidsvilkår.¹⁹ Norge er et land med et sterkt sivilsamfunn med en rekke foreninger som vil kunne bidra til håndheving av ulike deler av anskaffelsesregelverket, så lenge kostnadene knyttet til å klage en sak inn for KOFA ikke blir vesentlig høyere enn de er i dag. Utvalget anser det ikke hensiktsmessig at DFØ, som spiller en nøkkelrolle for å veilede oppdragsgivere om hvordan de kan innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene nevnt i lovutkastet § 1-1 ivaretas, skal omdannes til et uavhengig tilsynsorgan.

Utvalget mener imidlertid at det kan være behov for et uavhengig tilsynsorgan for å sikre konkurranse om offentlige kontrakter, og da særlig for å bekjempe ulovlige direkteanskaffelser. Dagens ordning hvor enhver kan klage en ulovlig direkteanskaffelse inn for KOFA er riktignok effektiv, men den gir opphav til visse betenkeligheter knyttet til KOFAs rolle som kombinert gebyrmyndighet og tvisteløsningsorgan. Etter utvalgets syn vil det være en ryddigere ordning om Konkurransetilsynet får kompetanse til å ilegge gebyr mot ulovlig direkteanskaffelser, med mulighet for å bringe saker om sanksjoner til avgjørelse i KOFA, slik som i Sverige og Finland. Konkurransetilsynets gebyrvedtak kan overprøves av KOFA med mulighet for anke til domstolene, slik som ordningen er på blant annet konkurranserettens område.²⁰ Konkurransetilsy-

net har rutiner for å motta anonyme tips og klager, og tilrettelegging for slike vil etter utvalgets syn vil kunne bidra til å styrke arbeidet med å bekjempe ulovlige direkteanskaffelser. Utvalget har merket seg at majoriteten av Konkurransetilsynets søstertilsyn i de øvrige nordiske land har kompetanse til å føre tilsyn med etterlevelsen av anskaffelsesregelverket, selv om det nærmere innholdet i denne kompetansen varierer.²¹

Dersom Konkurransetilsynet får myndighet til å sanksjonere ulovlige direkteanskaffelser, bortfaller behovet for at «enhver» skal kunne klage slike saker inn for KOFA, og også behovet for det særskilt lave klagegebyret i disse tilfellene. I tråd med ordningen i Finland og Sverige, bør det dessuten være opp til Konkurransetilsynets skjønn om en antatt ulovlig direkteanskaffelse er av en slik karakter at det er riktig å sanksjonere den.²²

En annen fordel med å legge denne oppgaven til Konkurransetilsynet, er at tilsynet også vil kunne vurdere om vilkårene for å få kjent kontrakten «uten virkning» er til stede, og så i bekrefte fall fremme sak for klagenemnda med påstand om dette. Forholdet mellom «uten virkning» som primærsanksjon og overtredelsesgebyr (eller avkortning av kontrakten) som alternativ sanksjon vil da bli slik som EU-lovgiver har forutsatt.

Dersom Konkurransetilsynet får en rolle som tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser, bør denne etter utvalgets syn inkludere en generell adgang til å innhente opplysninger fra både oppdragsgivere og leverandører for å vurdere om anskaffelsesreglene er overholdt og en skjønnsmessig adgang til å påklage også andre brudd på anskaffelsesregelverket som har en side til konkurransen om offentlige kontrakter. Samtidig bør denne kompetansen primært brukes i typetilfeller hvor det ikke er grunn til å tro at det vil skje privat håndheving, i tråd med hvordan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i Danmark bruker sin tilsvarende kompetanse etter klagenævnsløven § 6.²³

En innvending mot å tillegge Konkurransetilsynet nye tilsynsoppgaver er de kostnadene som nødvendigvis vil være forbundet med dette. Utvalget erkjenner at det vil kreve tilførsel av ressurser dersom Konkurransetilsynet skal overta KOFAs

¹⁸ Se nærmere omtale i kapittel 24

¹⁹ Se kapittel 18.7.

²⁰ Det er riktignok den forskjell at håndheving av konkurransereglene skjer overfor foretak og ikke overfor offentligrettslige organer, men det er etter hvert flere eksempler på at uavhengige tilsyn kan sanksjonere offentligrettslige organer, jf. for eksempel Datatilsynets kompetanse til å ilegge offentlige myndigheter og organer overtredelsesgebyr iht. personopplysningsloven § 26 andre ledd.

²¹ Bortsett fra Island, som ikke har tilsyn.

²² Potensielle leverandører vil uansett ha anledning til å klage en ulovlig direkteanskaffelse inn for KOFA og eventuelt domstolene, jf. håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 3.

²³ Se kapittel 20.1.2.2 om at Konkurrence- og Forbrugerbestyrelsen kan inngi klage til Klagenævnet for udbud jf. Klagenævnløvens § 6 første ledd punkt 2.

rolle som klageinstans for de fleste tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser. Samtidig vil dette avlaste KOFA, og da særlig KOFA's sekretariat, som i dag bruker en hel del ressurser på å utarbeide utkast til forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr, som så behandles av nemnda og som både oppdragsgiver og klager deretter gis anledning til å kommentere på før nemnda treffer endelig avgjørelse i saken. Her er det naturlig å nevne at Konkurransetilsynet har kompetanse på å forbedre og treffe gebyrvedtak i andre type saker, og således har en forvaltningsrettslig håndtering av disse sakene på plass allerede.

Det er heller ikke slik at alle de 30–50 klagene med påstand om ulovlige direkteanskaffelser som KOFA årlig mottar, er særlig kompliserte, og som nevnt mener utvalget at tilsynet må få anledning til selv å prioritere hvilke saker som bør forfølges, innenfor de til enhver tid gjeldende rammebetingelser for tilsynets arbeid. Utvalgets syn er uansett at det er riktig å tilføre Konkurransetilsynet ressurser for å styrke arbeidet med å bekjempe ulovlige direkteanskaffelser, for slik å bidra til å oppfylle lovens formål om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser, jf. lovutkastet § 1-1.

Utvalget har også merket seg at i Sverige, ble det i 2023 avsagt 28 avgjørelser om overtredelsesgebyr mot ulovlig direkteanskaffelser, og det svenske konkurrensverket fikk fullt medhold i 23 saker, delvis i 2 saker. Til sammenligning ble det i KOFA i 2023 behandlet 40 saker, og i 8 saker ble det konstatert brudd og i bare 4 saker ble det utmålt gebyr. Utvalget mener dette illustrerer en fordel ved at forfølgelsen av ulovlig direkteanskaffelser plasseres i et tilsyn, nemlig at tilsynet kan gjøre en sortering ut fra hvilke saker hvor det rettslig sett vil være grunnlag for å ilegge sanksjoner. For oppdragsgiver vil tilsynsordningen medføre at de vil slippe å bruke unødvendig tid på saker hvor det ikke er grunn til å ilegge sanksjoner.

For det tilfelle at det heller ikke ved denne korvei er vilje til å prioritere et eget tilsyn med plikten til å kunngjøre offentlige kontrakter, mener utvalget at det må åpnes for anonyme klager til KOFA i saker om ulovlige direkteanskaffelser. I gebyrsaker er ikke KOFA et tvisteløsningsorgan, men et tilsyn, og utvalget kan ikke se at oppdragsgivers rettssikkerhet blir skadelidende om KOFA får anledning til å holde det hemmelig hvem det er som har påklaget den aktuelle anskaffelsen. KOFA's gebyrvedtak vil som i dag måtte kunne påklages til tingretten, med full overprøving både av juss og faktum.

21.4.2 Nærmere om varslingsdirektivet, direktiv (EU) 2019/1937

Utvalget vil vise til at EU har vedtatt et direktiv (EU) 2019/1937 (varslingsdirektivet).²⁴ Formålet med direktivet er å bedre håndhevingen av EU-retten og EUs politikk innenfor spesifikke områder, gjennom å fastsette felles minimumsstandarder som sikrer et høyt beskyttelsesnivå til personer som varsler om overtredelser av EU-retten.²⁵ Direktivet har trådt i kraft i EU, men er ikke tatt inn i EØS-avtalen. Direktivet har vært på offentlig høring i Norge.²⁷ Det fremgår av departementets høringsbrev at spørsmålet om hvorvidt direktivet skal innlemmes i EØS-avtalen, og behov for eventuelle tilpasninger, fortsatt er til vurdering.²⁸ Direktivet er ikke markert å være EØS-relevant fra EUs side.

Varslingsdirektivet er et minimumsdirektiv, noe som innebærer at medlemsstatene kan etablere bedre beskyttelse for varslere i nasjonal rett.²⁹ Direktivet lister opp konkrete områder hvor det skal være felles minimumsstandarder for beskyttelse av varslere, og offentlige anskaffelser er ett av disse områdene jf. varslingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a punkt i.

Direktivet innebærer en plikt til å opprette interne og eksterne varslingskanaler jf. varslingsdirektivet kapittel II og III. Videre oppstilles det minimumskrav til saksbehandlingsregler jf. artikkel 16 til 18, og vern av varslere gjennom forbud mot gjengjeldelse jf. artikkel 19. Direktivet pålegger medlemsstatene å utpeke en eller flere eksterne varslingskanaler som skal ha ansvaret for å motta, gi tilbakemelding og følge opp varslere jf. artikkel 18.

I utredningen som lå til grunn for den offentlige høringen av varslingsdirektivet i Norge, var det foreslått å utpeke én myndighet som får ansvar for å ta imot og følge opp varslere. Datatilsynet og Arbeidstilsynet er nevnt i utredningen som organer som peker seg ut, fordi de allerede har kompetanse på varsling.

²⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1937 af 23. oktober 2019 om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-retten

²⁵ Ibid. artikkel 1

²⁶ <https://europalov.no/rechtsakt/varslingsdirektivet/id-25572>

²⁷ Høring – utredning om gjennomføring av direktiv (EU) 2019/1937 (varslingsdirektivet) i norsk rett

²⁸ Ibid. høringsnotat fra Justis- og beredskapsdepartementet

²⁹ Varslingsdirektivet artikkel 1 og 2, se også fortalen til direktivet premiss 5. Se også utredning fra Advokatfirmaet Lund & Co DA 2022 side 36.

Dersom Konkurransetilsynet skulle få tilsynsansvar for anskaffelsesregelverket, vil det være naturlig at de også håndterte varsler om brudd på anskaffelsesregelverket etter varslingsdirektivet. Dette mener utvalget vil være en god løsning, fordi Konkurransetilsynet generelt har rutiner for å motta anonyme tips og klager. I tillegg, gitt at Konkurransetilsynet får myndighet til å føre tilsyn med offentlige anskaffelser, vil Konkurransetilsynet også ha den nødvendige faglige kompetansen til å håndtere disse varslene, i motsetning til for eksempel Datatilsynet. Ettersom norske myndigheter foreløpig ikke har bestemt om varslingsdirektivet skal tas inn i EØS-avtalen, har utvalget ikke foreslått endringer i konkurranseloven som hensyntar dette.

21.4.3 Nærmere om forslaget til lovbestemmelser som gjelder Konkurransetilsynet

Utvalget har på bakgrunn av de vurderingene som er gjort om Konkurransetilsynet inntatt utkast til lovbestemmelser i kapittel 1.1 og 1.5.

I forslag til § 25-3 er det foreslått at Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med etterlevelsen av anskaffelsesregelverkets forbud mot ulovlig direkteanskaffelser. Videre fremgår det av lovutkastet at enhver kan klage til Konkurransetilsynet ved mistanke om ulovlig direkteanskaffelser, og at klage kan fremsettes anonymt.

Det er videre foreslått at dersom Konkurransetilsynet kommer til at en oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, har tilsynet to alternativer. Dersom Konkurransetilsynet etter en preliminær gjennomgang av saken mener at det er grunnlag til å ilegge oppdragsgiveren sanksjonen uten virkning, mener utvalget at Konkurransetilsynet skal fremme sak til klagenemnda med påstand om å ilegge sanksjoner. I de tilfeller at Konkurransetilsynet kommer til at unntaket fra å idømme sanksjonen «uten virkning» foreligger, for eksempel fordi klagen er kommet inn etter utløpet av seks måneders fristen, eller kontrakten allerede er oppfylt, kan Konkurransetilsynet i stedet ilegge et overtredelsesgebyr. Etter utvalgets vurdering vil en slik fremgangsmåte være i overensstemmelse med kravene i håndhevingsdirektivet, og videre vil oppdragsgiverens interesser kunne ivaretas gjennom en videre behandling i KOFA ved en eventuell overprøving av Konkurransetilsynets vedtak.

Utvalget vil presisere at forslaget til § 25-3 må suppleres med endringer i konkurranseloven. Blant annet bør tilsyn med offentlige anskaffelser

legges til i § 9 som en av oppgavene til Konkurransetilsynet, og da følger også konkurranseloven § 24 om opplysningsplikt som vil gi tilsynet nødvendig hjemmel til å innhente informasjon. I tillegg er det foreslått endringer i konkurranseloven § 35, hvor det bør tydeliggjøres at tilsynets vedtak i saker som gjelder brudd på anskaffelsesregelverket skal bringes videre til KOFA og ikke konkurranseklagenemnda. I overensstemmelse med utvalgets drøftelser over, bør hjemmelen i konkurranseloven også åpne for at tilsynet kan forfølge andre brudd på anskaffelsesregelverket som er skadelig for konkurransen, men overlater til departementet å bestemme det nærmere innholdet og omfanget av denne muligheten som naturligvis på avstemmes mot de ressurser som Konkurransetilsynet vil få tilgjengeliggjort.

21.5 KOFA som klageorgan i håndhevingsdirektivenes forstand

KOFA er allerede i dag organisert slik at nemnda oppfyller håndhevingsdirektivenes minstekrav til uavhengighet fra oppdragsgiver og skriftlig begrunnede vedtak, jf. artikkel 2 nr. 3 og 9 første ledd. Derimot oppfyller ikke KOFA alle kravene som i artikkel 2 nr. 9 andre ledd stilles til det som direktivet omtaler som en rettsinstans, men dette er heller ikke påkrevd. KOFAs beslutninger vil alltid kunne bringes inn for en domstol for overprøving, og dermed er håndhevingsdirektivenes krav til håndhevingssystemet samlet sett oppfylt, så lenge det sikres at KOFAs avgjørelser kan gjennomføres effektivt, jf. artikkel 8 nr. 2. Effektiv gjennomføring sikres ved at KOFAs vedtak gjøres bindende. Ytterligere endringer i KOFAs organisering eller saksbehandling kan utvalget ikke se at håndhevingsdirektivet krever. En annen sak er at visse endringer i KOFAs organisering og saksbehandling kan være ønskelig av andre grunner, noe utvalget kommer tilbake til i kapittel 21.6.

Selv om utvalget ikke anser det påkrevd å innrette KOFA slik at nemnda blir en «rettsinstans» i direktivenes forstand, mener utvalget det er ønskelig at KOFA oppfyller de krav som stilles til klagenemnder for at de skal kunne sende tolkningsspørsmål til EFTA-domstolen i henhold til ODA artikkel 34. Selv om KOFA skal være et lavterskel klageorgan som tilbyr hurtig og kostnads effektiv tvisteløsning, så vil det fra tid til annen dukke opp uavklarte tolkningsspørsmål som det i et mer overordnet håndhevingsperspektiv er hensiktsmessig at KOFA kan be EFTA-domstolen

avklare. Det har vært tilfeller hvor det har vært usikkerhet knyttet til hvilken betydning tolkningsdommer fra EU-domstolen, som i større eller mindre grad er preget av særegenheter i det nasjonale rettssystemet som saken kommer fra, har i norsk sammenheng, men hvor KOFA har stått uten mulighet til å få avklart dette. EFTA-domstolen har imidlertid allerede funnet KOFA foreleggesberettiget i gebyrsaker, fordi nemndas gebyrvedtak er bindende.³⁰ Eneste endring som kreves for at KOFA skal kunne sende tolknings spørsmål til EFTA-domstolen også i andre saker, er at nemndas avgjørelser blir bindende. En slik endring er som nevnt uansett påkrevd for at KOFA skal oppfylle kravene til klageorgan i håndhevingsdirektivene artikkel 8 nr. 2. At KOFA da blir foreleggesberettiget i alle saker, ser utvalget på som en gunstig sidevirkning.

Utvalget vil for ordens skyld legge til at det ikke er mye som skal til for at KOFA også vil oppfylle håndhevingsdirektivenes krav i artikkel 2 nr. 9 andre ledd. Samtlige nemndsmedlemmer har de formelle kvalifikasjoner som kreves for dommere,³¹ de utnevnes av Kongen i statsråd (samme myndighet som utnevner dommere), saksbehandlingen er kontradiktorisk og avgjørelsene vil med utvalgets forslag bli bindende. Tilbake står da bare direktivenes krav til at medlemmene skal ha samme stillingsvern som dommere. Nemndsmedlemmenes uavhengighet er viktig, og bør etter utvalgets syn fremgå direkte av den nye anskaffelsesloven, men utvalget mener det er tilstrekkelig at nemnda selv kan ta stilling til om et nemndsmedlem ikke lenger er i stand til å skjøtte vervet. Som nevnt har det ingen praktisk betydning om KOFA fyller alle krav som stilles i artikkel 2 nr. 9 andre ledd da det uansett er klart at KOFAs avgjørelser må kunne bringes inn for domstolene.

21.6 Konsekvenser for KOFAs organisering og saksbehandling

21.6.1 Overordnet

Utvalget ser ikke behov for større endringer i KOFAs organisering eller saksbehandling, og heller ikke mer enn en relativt beskjeden økning av nemndas budsjett. Så lenge KOFAs avgjørelser blir bindende, vil KOFA alt i dag oppfylle håndhevingsdirektivenes krav til et uavhengig klageorgan, og for øvrig også EFTA-domstolens krav til en «domstol» i henhold til ODA artikkel 34. Slik

utvalget ser det, tåler KOFA godt sammenligning med den danske og den islandske klagenemnda, både når det gjelder nemndas sammensetning og saksbehandlingsregler. At nemndsmedlemmene, på samme måte som i Danmark og Island, har arbeidet i KOFA som et bierverv, er ikke i seg selv noe problem. Tvert imot kan det være fordelaktig at klagenemnda kan settes sammen av dommere, advokater med praktisk erfaring knyttet til så vel oppdragsgiver- som leverandørsiden og universitetslærere med rettsvitenskapelig innsikt i EU/EØS-anskaffelsesretten.

Samtidig er utvalget oppmerksom på at utnevnelsen av praktiserende advokater som nemndsmedlemmer kan gi opphav til spørsmål fra oppdragsgivere og leverandører som opplever at deres sak avgjøres av en nemnd bestående av en advokat som de tidligere har møtt som representant for en motpart i en tvist. KOFA er bevisst på denne problematikken, og har etablert rutiner for å overholde forvaltningslovens habilitetsregler.³² Utvalget vil foreslå at nemnda utvides fra ti til tolv medlemmer for å muliggjøre intern organisering som gir rom for enda større avstand mellom partene i en sak og nemndas advokatmedlemmer. Det er også ønskelig å rekruttere flere dommere til nemnda, og da slik at nemnda kan settes med én dommer i hver sak, noe utvalget oppfatter i stor grad praktiseres allerede i dagens KOFA. En økning fra ti til tolv nemndsmedlemmer vil for øvrig ikke i seg selv medføre økte kostnader, ettersom nemndsmedlemmene honoreres per sak de deltar i. Utvalget har ikke foreslått nærmere lovregulering av dette, men mener det kan håndteres av fremtidige regler for KOFAs saksbehandling, og som utvalget har foreslått at bør plasseres i ny forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 3.

Utvalget vil understreke at det ikke ser behov for større endringer i KOFAs saksbehandlingsregler. For å holde kostnadene nede, er det avgjørende at saksbehandlingen forblir skriftlig. Dette er i tråd med ordningen i de øvrige nordiske land, hvor det så langt utvalget er kjent med nå bare er den islandske klagenemnden som en sjelden gang ser behov for en kort muntlig høring. Utvalget er ikke fremmed for at også KOFA bør få mulighet til å gjennomføre en kort muntlig høring av vitner via videokonferanse i helt særlige tilfeller, men det må i så fall presiseres at terskelen for dette må være høy. Erfaringene fra de øvrige nordiske land tilsier at behovet for muntlige høringer ikke bør

³⁰ E-8/19 Scanteam

³¹ Domstolloven §§ 53 og 54.

³² Se klagenemndforskriften § 15 tredje ledd. Det er habilitetsreglene i forvaltningsloven som gjelder for nemnda, jf. klagenemndforskriften § 15 første ledd.

overdrives, heller ikke i saker hvor det er spørsmål om midlertidige forføyninger eller om en kontrakt skal kjennes uten virkning. Også KOFA egen bruk av muligheten i klagenemndsforordningen § 9 til å avvise en klage som uhensiktsmessig for behandling, viser at vanskeligheter med å få klarlagt faktum svært sjelden fører til at KOFA avviser en sak. Muntlige prosedyrer knyttet til rettslige spørsmål bør det ikke åpnes for. Utvalget har ikke foreslått nærmere lovregulering av dette, men mener at reglene om klagenemndas saksbehandling bør reguleres i ny forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 3, som overlates til departementet.

21.6.2 Klagenemndas tilgang til sakens dokumenter

Utvalget mener videre at KOFA må få tilgang til alle sakens dokumenter, uavhengig av lovbestemt taushetsplikt. Utvalget vil vise til at den danske klagenemnda er sikret slik tilgang gjennom klagenævnsløven § 11, stk. 2. Dette må inkludere usladdede versjoner av innkomne tilbud, jf. EU-domstolens tilnærming i sak C-450/06 *Varec* og sak C-927/19 *Klaipėdos*.^{33 34} Det fremgår klart av disse dommene at organet som er ansvarlig for klageprosedyren i henhold til håndhevingsdirektivet skal ha tilgang til alle opplysninger, herunder fortrolige opplysninger og forretningshemmeligheter, som er nødvendige for å kunne treffe avgjørelsen med fullt kjennskap til saken. Dersom dokumentene inneholder forretningshemmeligheter, kan de ikke oversendes til klager i usladdet form, men EU-domstolen forutsetter at de likevel skal være tilgjengelige for det relevante håndhevingsorganet.³⁵ Som påpekt i første delutredning kan det stilles spørsmål ved om tvistelovens bestemmelser om partsinnsyn og grunnlaget for rettens avgjørelser her står i motstrid til EU-domstolens krav.³⁶

EU-domstolen har fremholdt at håndhevingsorganets tilgang til forretningshemmelighet som ikke kan deles med klager, er forenlig med kontradiksjonsprinsippet:

«Hvis det antages, at nævnte retsinnsyn ligeledes fastslår, at de pågældende opplysninger er af en fortrolig karakter, som er til hinder for, at

de videregives til konkurrenter til den berørte aktør, skal det, som Domstolen allerede har fastslået, bemærkes, at selv om kontradiksjonsprinsippet i almindelighed omfatter retten for sagens parter til at få kendskab til og kommentere alle de beviser og indlæg, der indgives til retten, og at kommentere disse, kan det i visse tilfælde være nødvendigt ikke at meddele sagens parter bestemte oplysninger med henblik på at beskytte en tredjemands grundlæggende rettigheder eller sikre en vigtig samfundsinteresse (dom af 14.2.2008, *Varec*, C-450/06, EU:C:2008:91, præmis 47).»³⁷

I vurderingen av EU-domstolens utlegning av kontradiksjonsprinsippet må det sees hen til at det i disse tilfellene vil være i klagers interesse at håndhevingsorganet får tilgang til, og om nødvendig også kan se hen til, opplysninger som klager selv ikke får se. Så lenge klager får prøvd sine anførsler opp mot det usladdede tilbudet, så stiller klager sterkere enn om beviset ikke i det hele tatt hadde vært en del av klagenemndas avgjørelsesgrunnlag.

Gjennom klagenemndsforordningen § 11 er tvistelovens regler om dokumentfremleggelse gitt tilsvarende anvendelse for KOFA, «så langt de passer». Overfor utvalget har KOFA gitt uttrykk for at denne løsningen byr på visse utfordringer, og at disse forsterkes av spørsmålene som EU-domstolens tilnærming gir opphav til.

Utvalget har vurdert hvorvidt en tilpasning til EU-domstolens krav vil få konsekvenser også for de ordinære domstolenes håndtering av anskaffelsessaker, både i tilfeller av overprøving av en avgjørelse fra KOFA, og saker som anlegges direkte for domstolene. EU-domstolens prinsipielle resonnementer i de nevnte dommene synes heller ikke avgrenset til anskaffelsesrettens område, og det synes derfor å være behov for å utrede nærmere hvilke konsekvenser disse dommene vil ha mer generelt på EØS-rettens område. Dette er spørsmål som hører inn under Justis- og beredskapsdepartementet, og som utvalget derfor ikke har funnet det naturlig å utrede.

Utvalget vil likevel legge til at den ordningen som EU-domstolen legger opp til i *Varec* og *Klaipėdos* vil kunne påføre KOFA, og eventuelt også domstolene, en del merarbeid, men at det samtidig vil kunne bidra til å styrke leverandørenes tillit til håndhevingssystemet å vite at håndhevingsorganene har tilgang til usladdede dokumenter, og at de sikrer klager tilgang til relevante opp-

³³ C-450/06 *Varec SA mot Belgia*

³⁴ C-927/19 *Klaipėdos*

³⁵ Ibid. avsnitt 129 til 133

³⁶ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.15.1.

³⁷ C-927/19 *Klaipėdos* avsnitt 131

lysninger så langt reglene om vern av forretningshemmeligheter tillater. Det er mulig dette også vil kunne avhjelpe noen av de utfordringer som både oppdragsgivere og leverandører opplever at innsynsreglene gir opphav til, men det avhenger av hvordan KOFAs håndtering av usladdede dokumenter legges opp. Den nærmere reguleringen av KOFAs tilgang til sakens dokumenter bør etter utvalgets syn reguleres i forskrift, og bør plasseres i ny forskrift om offentlige anskaffelser kapittel 3.

21.6.3 Saksomkostninger

Utvalget mener videre at det er grunn til å justere regelen i klagenemndsforskriften § 13 om at partene alltid bærer egne omkostninger i anledning klagebehandlingen. Utvalget mener riktignok at dette er et utgangspunkt som bør videreføres, blant annet fordi det gir klager forutberegnelighet knyttet til kostnadene ved å bringe en sak inn for klagenemnda. Utvalget mener likevel at klager bør kunne få dekket egne omkostninger i tilfeller hvor nemnda finner at oppdragsgiver har gjort seg skyld i et åpenbart og grovt brudd på regelverket. Motsatt bør oppdragsgiver kunne få dekket egne omkostninger i tilfeller hvor klagenemnda finner det helt klart at klagen er grunnløs. Dette er ikke veldig praktisk, men det kan tenkes tilfeller hvor en klage er fremsatt for å forsinke fremdriften i det offentliges anskaffelser, eller en eksisterende leverandør kan se seg tjent med å påklage tildelingen av ny kontrakt til en konkurrent uten aktverdig formål.

På samme måte som i Danmark bør det potensielle ansvaret være begrenset, blant annet for å bidra til å holde den samlede ressursbruken nede. Dagens tak på 75 000 danske kroner i klagenævnetsbekendtgørelsen § 9 stk. 5 tilsvarer om lag 115 000 norske kroner. Etter utvalgets syn kan et tak på 100 000 kroner være passe.

Utvalget mener videre at, som i Danmark, klager (men ikke oppdragsgiver) bør kunne tilkjennes et høyere beløp i større saker hvis det foreligger særlige grunner, jf. og til sammenligning som i klagenævnetsbekendtgørelsen § 9 stk. 6. Ved vurderingen av sakskostnadene tillegges det betydning i hvilket omfang klageren har fått medhold, størrelsen og rimeligheten av sakskostnaden og samarbeidsvilje i prosessen.³⁸

Utvalgsmedlemmene *Dankertsen Hennyng* og *Breiland* mener at også oppdragsgiver bør kunne

tilkjennes et høyere beløp i større saker og mener at dette også kan bidra til at leverandørene ikke vidløftiggjør sakene og med dette pådrar det offentlige unødvendige sakskostnader.

21.6.4 Effektiv saksavvikling

Utvalget mener videre at KOFA bør få hjemmel til å utarbeide nærmere regler for å holde ressursbruken knyttet til prøvingen nede, herunder mulighet til å begrense omfanget på klagen, tilsvaret og eventuelle ytterligere skriv. Dokumentmengdene som KOFA må forholde seg til er stadig økende, og et reelt problem for nemndas arbeid og for partenes kostnader knyttet til nemndsbehandlingen. Utvalget mener at slike bestemmelser passer best å regulere i forskrift, og overlater til departementet å gjøre nødvendige endringer i klagenemndsforskriften, som etter utvalgets syn bør tas inn i anskaffelsesforskriften kapittel 3.

21.6.5 Gebyr for klage til klagenemnda

Utvalget vil vise til at det etter gjeldende håndhevingssystem koster 8 000 kroner å sende en klage til klagenemnda for å få en rådgivende uttalelse, og 1 000 kroner for klager som gjelder ulovlig direkteanskaffelser.

Utvalget har drøftet om nivået på klagegebyret er riktig, eller om det bør justeres opp eller ned. Utvalget vil vise til at det i kapittel 21.4 er foreslått at Konkurransetilsynet skal ta imot og håndtere klager på ulovlig direkteanskaffelser, og at klage til Konkurransetilsynet ikke bør være gebyrbelagt.

Når det gjelder de andre typer klager, som klagenemnda etter utvalgets forslag fortsatt skal behandle, er dette midlertidige saker og vurdering av om beslutninger skal settes til side jf. utvalgets forslag til § 25-2 andre ledd. Som et utgangspunkt vil utvalget vise til at størrelsen på klagegebyret til klagenemnda vil være avgjørende for antallet saker som bringes inn til nemnda. For å understøtte dette vil utvalget vise til at departementet, tidligere, har økt klagegebyret i tilfeller hvor klagenemnda var for tungt belastet med saker.³⁹ Utvalget har også merket seg at klagegebyret er høyere i de andre nordiske landene med unntak av Sverige og Finland, jf. oversikten i tabell 21.1.

Utvalget vil som et utgangspunkt vise til at det er hensiktsmessig at klagegebyret settes på et nivå som gjør at det utgjør en viss terskel å

³⁸ Risvig Hamer 2020 side 291 med henvisninger til nemndspraksis

³⁹ Høringsnotat – økt klagegebyr i KOFA 2012

fremme klage. Det er viktig at klagenemnda ikke blir overbelastet av betydningsløse klager, men at klagenemnda får levert sine avgjørelser på en rask og effektiv måte. Dette er særlig viktig ettersom utvalget tar til orde for at klagenemnda skal levere avgjørelser på et prekontraktuelt tidspunkt.

Utvalget vil vise til at det også er ønskelig at klagenemnda fortsatt skal være et lavterskeltilbud sammenlignet med domstolene, og at dette tilsier at klagegebyret ikke settes for høyt. Det skal imidlertid mye til før klagegebyret til nemnda overstiger de kostnadene som er forbundet med en tingsrettsbehandling. Videre, med utvalgets forslag til nye regler om sakskostnader, vil disse motvirke «urettmessige» klager, og tilsi at klagegebyret ikke settes for høyt.

Utvalget overlater til departementet å treffe den endelige balansen mellom de ulike hensynene som her gjør seg gjeldende, og har foreslått en lovbestemmelse om klagegebyr uten å sette inn størrelsen på klagegebyret.

21.7 Domstolsprøving av klagenemndas avgjørelser

At KOFAs avgjørelser må kunne overprøves i domstolene, er opplagt. Så lenge KOFA ikke oppfyller alle håndhevingsdirektivenes krav til en «rettsinstans», kreves dette av håndhevingsdirektivene artikkel 2 nr. 9, men det følger uansett av innretningen av det norske rettssystemet, med Høyesterett på toppen, jf. Grunnloven § 88.⁴⁰ Håndhevingsdirektivenes åpning for at prøving av anskaffelsessaker kan legges til en særskilt rettsinstans, uten mulighet for overprøving i de ordinære domstolene, er ikke aktuell for Norge.

Mindre opplagt er det imidlertid om prøvingen av KOFAs avgjørelser bør skje i tingretten eller i lagmannsretten. Dersom sakene skal starte i tingretten, blir det en lang vei frem til Høyesterett for eventuell rettsavklaring, og dette vurderer utvalget at er en viss ulempe. Dersom sakene fra klagenemnda skal starte i lagmannsretten, vil det kunne bidra til en viss spesialisering ettersom det bare er seks lagmannsretter i Norge, noe som utvalget mener kan virke naturlig ettersom sakene i nemnda er behandlet av tre spesialister innen offentlige anskaffelser. Samtidig ser utvalget at det også er fordeler ved at også anskaffelsessakene behandles på ordinært vis i domstols-

systemet, herunder at det ikke er ønskelig å etablere særordninger for anskaffelsessaker. Utvalget har også sett hen til at både i Danmark og på Island bringes sakene fra klagenemnden i anskaffelsessaker inn for deres tingretter. For utvalget tyder det på at tilsvarende også bør være tilfellet i Norge. Utvalget vil overlate den endelige vurderingen av dette spørsmålet til departementet.

Utvalget foreslår uansett at ny lov inneholder en frist for å bringe klagenemndas avgjørelser videre til domstolene, og at denne settes til åtte uker, tilsvarende som i Danmark jf. klagenævnsløven § 8.

Når det gjelder partskonstellasjon ved overprøving av nemndas avgjørelser, har utvalget drøftet om det er KOFAs vedtak som bør bringes videre til tingretten, eller om partene – oppdragsgiver og leverandør, skal ta saken videre. For denne vurderingen må det oppstilles et skille mellom saker som gjelder ulovlig direkteanskaffelser, og andre saker som gjelder brudd på anskaffelsesregelverket.

Ved sanksjonering av ulovlig direkteanskaffelser, og gitt utvalgets oppfatning av at dette bør legges til Konkurransetilsynet, følger det naturlig at det er tilsynet som skal være oppdragsgivers motpart dersom saken bringes inn for domstolene. Etter utvalgets syn bør også Konkurransetilsynet ha adgang til å bringe saken videre til domstolene i de tilfeller hvor KOFA måtte komme til at det ikke foreligger noen ulovlig direkteanskaffelse.

Dersom departementet kommer frem til at det er ønskelig å videreføre dagens ordning, hvor KOFA sanksjonerer ulovlige direkteanskaffelser i første instans, så bør ordningen om at KOFA forsvarer vedtaket i domstolene videreføres. Etter utvalgets syn er det ikke riktig at det er klager som må bringe saken videre til domstolen i disse tilfellene, og særlig ikke hvis det åpnes for anonyme klager. Dersom KOFA kommer til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, bør klager ha mulighet til å ta saken videre.

For andre saker enn ulovlige direkteanskaffelser mener utvalget at det er partene som eventuelt skal ta saken videre til domstolene.

Utvalget vil presisere at det kan tenkes tilfeller der en klager som har fått medhold i KOFA, ikke vil ta risikoen med å forsvare vedtaket gjennom en domstolsbehandling. Hvis oppdragsgiver i disse tilfellene bringer saken inn for domstolene, fordi oppdragsgiver er uenig i KOFAs vurdering av saken, bør klager kunne forlike saken ut fra alminnelige prosessuelle regler.

⁴⁰ LOV-1814-05-17 Grunnloven

21.8 Håndhevingsorganenes prøving av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn

Et viktig spørsmål knyttet til håndhevings-systemet er intensiteten i håndhevingsorganenes prøving av oppdragsgivers vurderinger. I norsk anskaffelsesrett er det vanlig å diskutere dette som et spørsmål om prøving av oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.⁴¹

Det er langt på vei enighet om at beslutninger som bygger på vurderinger som hører inn under oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, bare i begrenset utstrekning kan prøves av KOFA og domstolene. I forarbeidene til anskaffelsesloven av 1999 sluttet departementet seg uttrykkelig til regjeringsadvokatens oppfatning av at domstolens kompetanse på dette feltet måtte være begrenset, på samme måte som ved overprøvingen av skjønns-messige forvaltningsvedtak. Departementet mente at det i anskaffelsesprosesser er en kjerne av skjønn, som domstolene ikke kan overprøve.⁴²

Høyesterett har formulert dette slik at oppdragsgivers skjønn bare kan overprøves dersom vurderingen fremstår som vilkårlig eller sterkt urimelig, eller støter an mot de anskaffelsesrettslige prinsippene som i dag er nedfelt i anskaffelsesloven (2016) § 4.⁴³ KOFA har lagt seg på samme linje og i en rekke saker uttalt at oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn bare «i begrenset grad kan overprøves rettslig».⁴⁴ Nemnda prøver bare om skjønnsutøvelsen er usaklig eller vilkårlig, basert på feilaktig faktum eller i strid med de grunnleggende kravene i loven § 4.⁴⁵ Det nærmere vurderingstemaet har vært formulert som et spørsmål om skjønnet er utøvd i tråd med det som en rimelig, opplyst og normalt påpasselig tilbyder hadde grunn til å forvente.⁴⁶

Hva som mer konkret ligger i at KOFA og domstolene kan prøve om oppdragsgivers vurderinger er i samsvar med de grunnleggende prinsippene, er imidlertid ikke helt klart. Dersom prøvingen av prinsippene i anskaffelsesloven (1999) § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet trekkes langt, vil det være lite igjen av opp-

dragsgivers skjønn. KOFA har lagt til grunn at prinsippet om konkurranse ikke kan lede til en mer intensiv prøving av oppdragsgivers skjønn enn det som følger av prøvingen av om skjønnsutøvelsen er usaklig, vilkårlig eller kvalifisert urimelig.⁴⁷ Om denne tilnærmingen kan utvides til de øvrige prinsippene, er uklart.

Uklare er også de EU/EØS-rettslige kravene til intensiteten i håndhevingsorganenes prøving av oppdragsgivers vurderinger. I sak C-440/13 *Croce Amica* uttalte EU-domstolen at håndhevingsorganet ikke kan nøye seg med å vurdere om oppdragsgivers beslutning er vilkårlig, men det ble samtidig presisert at prøvingen ikke gjelder om beslutningen var hensiktsmessig.⁴⁸ I sak C-171/15 *Connexion Taxi Services* fulgte EU-domstolens generaladvokat opp med en antydning om at EU-domstolen er i ferd med å innskjerpe kravene til prøvingen av oppdragsgivers skjønn, under henvisning til prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.⁴⁹ Hvilke konsekvenser dette kan få for den etablerte tilnærmingen til oppdragsgivers skjønn i KOFA og norske domstoler, gjenstår å se. På den ene side fremstår norske domstolers prøving av forvaltningens skjønn som nokså forsiktig om den sammenlignes med prøvingen i de av EUs medlemsland som har egne forvaltningsdomstoler.⁵⁰ På den andre side fremstår EU-domstolen selv nokså tilbakeholden i sin prøving av EU-institusjonenes skjønn, inkludert i anskaffelsesrettslig sammenheng, og det legger begrensninger på hvor langt domstolen kan strekke effektivitetsprinsippet overfor nasjonale domstoler.

Noe uklart er det også i hvilke typetilfeller oppdragsgiver råder over et skjønn som KOFA og domstolene må være tilbakeholdne i å prøve. Det er riktignok klart at oppdragsgivers evaluering av tilbudene er undergitt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.⁵¹ Det samme gjelder vurderingen av om skjønnsmessige kvalifikasjonskrav er oppfylt.⁵² Mer usikkert er det derimot om for eksempel vurderingen av om det foreligger et vesentlig avvik fra anskaffelsesdokumentene etter anskaffelsesforskriften § 24-8 første ledd bokstav b er undergitt oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

⁴¹ Se for eksempel i Thue 2018 kommentar til LOA § 8 note 33 pkt. 5

⁴² Ot.prp. nr. 71 (1997–1998) side 67

⁴³ HR-2007-2114-A NIDA Entreprenør avsnitt 44; HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 54.

⁴⁴ KOFA-2023-182 Oslo kommune v/Bymiljøetaten avsnitt 38

⁴⁵ Ibid. avsnitt 38 med videre henvisninger

⁴⁶ KOFA-2018-232 Oppegård kommune avsnitt 26

⁴⁷ KOFA-2017-84 avsnitt 40.

⁴⁸ Sak C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 43-44.

⁴⁹ Sak C-171/15 *Connexion Taxi Services*, avsnitt 65 flg. i generaladvoktens innstilling. EU-domstolen gikk ikke nærmere inn på spørsmålet.

⁵⁰ Se Eriksen og Fredriksen, Norges europeiske forvaltningsrett, Universitetsforlaget 2019, s. 23, med videre henvisninger.

⁵¹ HR-2007-2114-A NIDA Entreprenør avsnitt 44.

⁵² HR-2022-1964-A Flage Maskin avsnitt 54.

Dagens anskaffelseslov regulerer ikke spørsmålet om intensiteten i håndhevingsorganenes prøving av oppdragsgivers vurderinger, og utvalget vil ikke anbefale at det gjøres noe forsøk på å regulere dette i ny lov heller. Spørsmålet bør i stedet fortsatt være overlatt til nemnds- og rettspraksis og rettsvitenskapen, som i fellesskap må bidra til klareste mulig rammer for prøvingen av oppdragsgivers skjønnsmessige vurderinger, i lys av utviklingen i EU/EØS-rettens krav til effektiv håndheving. Utvalget har av denne grunn ikke prioritert å drøfte disse og andre spørsmål knyttet til prøvingen av oppdragsgivers skjønn nærmere.

Utvalget finner samtidig grunn til å bemerke at spørsmålet om intensiteten i prøvingen av oppdragsgivers skjønnsmessige vurderinger i praksis også har en side til sammensetningen av KOFA og domstolene som håndterer anskaffelsessaker. Utvalget antar at dagens sammensetning av KOFA, uten sakkyndige nemndsmedlemmer, bidrar til en prøving innrettet mot de rettslige rammene for oppdragsgivers skjønn. Dersom det skulle være ønskelig med mer inngående prøving av oppdragsgivers vurderinger, bør dette gjenspeiles i KOFA-sammensetning. Utvalget vil imidlertid ikke anbefale en slik endring.

21.9 Særlig om behandling av krav på erstatning

I tråd med tilnærmingen i Finland, Island og Sverige mener utvalget at krav på erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket må fremmes for de ordinære domstolene. Utvalget er klar over at man i Danmark har valgt å legge også disse spørsmålene til Klagenævnet for udbud, men er bekymret for KOFA-s arbeidsbelastning dersom man skulle velge samme løsning. For utvalget er det langt viktigere at KOFA kan bidra til rask og rimelig prekontraktuell prøving enn at de ulike beføyelsene som håndhevingsdirektivene gir anvisning på samles i ett og samme organ. Som påpekt i kapittel 19 åpner direktivene for at ulike beføyelser legges til ulike organer, og som nevnt i kapittel 20 har både Finland, Island og Sverige valgt å henvisse erstatningssakene til de ordinære domstolene. Så langt utvalget er kjent med, fungerer dette fint, og det er da ingen grunn til at det ikke også skal gjøre det her til lands.⁵³

⁵³ Sml. Håndhevingsutvalgets flertall i NOU 2010: 2, punkt 15.5.

Erstatningssakene reiser erfaringsmessig kompliserte spørsmål knyttet til blant annet årsakskravet og utmålingen av en eventuell erstatning. Dette er spørsmål som domstolene er vant til å håndtere, i motsetning til KOFA som i praksis aldri gjør bruk av muligheten etter klagenemndforskriften § 12 andre ledd siste punktum til å uttale seg om vilkårene for å tilkjenne erstatning anses oppfylt. I en situasjon hvor KOFA vil få en viktigere rolle i prekontraktuell fase, er det ikke grunn til å pålegge KOFA også å ta stilling til erstatningsrettslige spørsmål. Utvalget vil i denne sammenheng også påpeke at tvistesummen i erstatningssakene ofte er av en størrelse som gjør at de «tåler» domstolsbehandling, i motsetning til de fleste andre saker om håndheving av anskaffelsesregelverket.

Klagenemndforskriften § 12 andre ledd siste punktum om KOFA-s anledning til å uttale seg om vilkårene for å tilkjenne erstatning anses oppfylt, bør etter utvalgets oppheves. Den er som nevnt ikke i bruk, og det er etter utvalgets syn på oppgavefordelingen mellom KOFA og domstolene heller ikke grunn til å ta den i bruk i fremtiden.

Dersom KOFA skulle få oppgaven med å håndtere også krav om erstatning, må nemnda tilføres ressurser som sikrer at dette ikke går ut over oppgavene KOFA etter utvalgets syn bør få for å sikre at håndhevingen av anskaffelsesregelverket i størst mulig grad skjer før kontraktsinngåelsen.

21.10 Særlig om håndheving under EØS-terskelverdi

21.10.1 Innledning

Utvalget mener at det må være adgang til overprøving, også for anskaffelser som har en antatt verdi under EØS-terskelverdi. Utvalget mener at det for disse anskaffelsene er viktig å ha tilgang til en viss form for overprøving av om oppdragsgiver har overholdt regelverket. Utvalget vil imidlertid påpeke at det ikke er EØS-rettslig påkrevet. EØS-retten stiller krav om effektiv rettsbeskyttelse til eventuelle anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse, men for disse anskaffelsene vil dette kravet være oppfylt gjennom at det er adgang til å gå til sak til domstolene. Som fremstillingen i kapittel 21.10.2 viser, har de ulike nordiske landene valgt ulike tilnærminger når det gjelder rettslig kontroll av anskaffelser under EØS-terskelverdi.

21.10.2 Håndheving under EØS-terskelverdi i de andre nordiske landene

I de nordiske landene praktiseres håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdien ulikt. I Danmark har Klagenævnet for udbud ikke kompetanse til å behandle anskaffelser som ikke er regulert av EU-retten bortsett fra bygge- og anleggsanskaffelser etter tilbudsloven. Dette betyr at kun ordinære domstoler kan behandle øvrige saker, men kostnadene og den lave verdien på kontraktene gjør dette lite praktisk. Sverige har valgt en mer enhetlig tilnærming, der både anskaffelser over og under EØS-terskelverdien følger samme håndhevingsregler. I Finland kan saker under EU-terskelverdien tas opp for Marknadsdomstolen, men den kan kun pålegge sanksjonene uten virkning, avkortning og overtredelsesgebyr hvis verdien overstiger EU-terskelverdien. Situasjonen på Island er ikke kjent.

21.10.3 Håndheving under EØS-terskelverdi i gjeldende norsk rett

Dagens regelverk i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftene er en kombinasjon av EØS-rett og nasjonal rett. Anskaffelser som ikke er underlagt de detaljerte prosedyrereglene i anskaffelsesdirektivet, skal likevel være regulert av et prosedyregelverk i anskaffelsesforskriften del II hvis den anslåtte verdien overstiger den nasjonale terskelverdien. Prosedyrereglene i del II er mer fleksible enn i del III. Videre er anskaffelser under nasjonal terskelverdi regulert av grunnleggende regler i anskaffelsesforskriftens del I, i tillegg til grunnleggende anskaffelsesrettslige hensyn og prinsipper.

I norsk rett er håndhevingen formelt lagt til domstolene, i den forstand at formell klagebehandling og sanksjoner er lagt til de ordinære domstolene. Det grunnleggende systemet for norsk håndheving er hovedsakelig regulert i anskaffelsesloven. I lovbestemmelsene som regulerer håndheving skilles det ikke mellom anskaffelser over og under EØS-terskelverdi.⁵⁴ Som utgangspunkt følger dermed anskaffelsene over og under EØS-terskelverdi de samme håndhevingsreglene. Dette betyr at anskaffelser under EØS-terskelverdi er omfattet av den norske domstolsmodellen, hvor KOFA fungerer som

et supplerende lavterskeltilbud til søksmål i domstolene.

21.10.4 Utvalgets vurdering

21.10.4.1 Innledning

Utvalget vil vise til at det er et handlingsrom til å bestemme hvilke regler for håndheving som skal gjelde under EØS-terskelverdiene. EØS-retten stiller krav om effektiv rettsbeskyttelse til de anskaffelser som har klar grensekryssende interesse. Dette er behandlet særskilt i kapittel 21.10.4.2. Når det gjelder øvrige «nasjonale» anskaffelser er handlingsrommet større, men som et formelt utgangspunkt, og i fravær av regler som avskjærer det, er det tilgang til ulike domstoler, nemnder og ombud i den grad det følger av øvrig nasjonal rett. Et eksempel er at det er adgang til å bringe rettslige tvister inn for domstolene, eller å klage på saker som gjelder innsyn og habilitet til Sivilombudet. Hjemmelen for en slik klage finnes i tvisteloven eller i sivilombudsloven, og gjelder uavhengig av anskaffelsesregelverket.

Utvalget vil også vise til at de nordiske landene har valgt ulike tilnærminger når det gjelder håndheving under EØS-terskelverdi, og ulikhetene i faktorer som rettssystemets struktur og tilgjengelige ressurser, kan spille en rolle når det gjelder håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi.

21.10.4.2 Anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse

For anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse vil EØS-retten stille krav om effektiv rettsbeskyttelse. Dette innebærer blant annet at rettighetshavere må sikres mulighet til rettslig prøving av brudd på EØS-reglene.⁵⁵ Dette betyr at forbigåtte leverandører må gis klageadgang ved for eksempel brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet for anskaffelser med klar grensekryssende interesse.⁵⁶ Kravet til domstolsprøving av EØS-rettigheter innebærer også at oppdragsgiverne må begrunne sine beslutninger i forbindelse med offentlige anskaffelser, og at forbigåtte leverandører må ha tilgang til effektive rettsmidler. Etter utvalgets syn er EØS-rettens krav til effektiv retts-

⁵⁴ Se anskaffelsesloven §§ 8, 9 og 10. Unntaket er regulering av sanksjonering av ulovlige direkte anskaffelser i anskaffelsesloven §§ 12-15.

⁵⁵ Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad og Ole-Andreas Rognstad 2022 side 525

⁵⁶ Hammersvik 2023 kapittel 2.8.3

beskyttelse ivare tatt gjennom adgangen til å fremme søksmål for alminnelige domstoler. Av hensyn til klagenemndas arbeidsmengde, og at denne presumtivt ikke skal øke med utvalgets forslag til nytt håndhevingssystem, vil utvalget ikke foreslå at disse sakene skal behandles av nemnda, men av domstolene. Utvalget foreslår således ingen særregulering knyttet til håndhevingen av utvalgets forslag til regulering av anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse. Som utvalget også redegjorde for i første delutredning, er det utvalgets antakelse at det finnes få anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse.

21.10.4.3 Flertallet

Flertallet, bestående av *Fredriksen, Arve, Breiland, Greaker, Gresseth, Karlstrøm og Tveit* mener at det er naturlig at de bygge- og anleggsanskaffelsene som blir omfattet av nedtrekksmodellen, også bør være omfattet av de tilhørende reglene om håndheving som følger av EØS-retten. Det vil si bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi fra femten millioner kroner og opp til EØS-terskelverdi. Dette innebærer at flertallet vil foreslå å anvende nedtrekksmodellen også for EØS-reglene om håndheving, og at disse anskaffelsene vil være omfattet av krav om karenperiode, suspensjonsregler, adgang til prekontraktuell håndheving og eventuelle etterfølgende sanksjoner som uten virkning eller erstatning.

Det samme flertallet mener at vare- og tjenestanskaffelser opp til EØS-terskelverdi, og bygge- og anleggsanskaffelser opp til femten millioner kroner, ikke bør reguleres av EØS-rettens krav til håndheving. Etter utvalgets syn er de foreslåtte nasjonale reglene for enkle til at det er hensiktsmessig med de føringene for håndheving som følger av håndhevingsdirektivene. Flertallet mener i stedet at det bør gis én særegen bestemmelse i nye lover, som regulerer klager som gjelder *nasjonale* anskaffelser med antatt verdi under femten millioner kroner. Denne bestemmelsen bør etter utvalgets syn gi opphav til en forenklet kontroll av om oppdragsgivers fremgangsmåte er i overensstemmelse med regelverket.

Utvalget mener det er hensiktsmessig at det gjelder samme krav til klageinteresse under, som over, EØS-terskelverdi. Dette vil gjøre at KOFA kan anvende den samme vurderingen av hvem som er klageberettiget, uavhengig av kontraktens verdi.

Utvalget har drøftet om klagenemnda, i saker som gjelder nasjonale anskaffelse med verdi

under femten millioner kroner, skal avsi bindende avgjørelser eller gi rådgivende uttalelser.

Etter utvalgets syn vil anskaffelser under femten millioner kroner være underlagt såpass enkle regler med utvalgets forslag, at det sjeldent vil være aktuelt med noen prekontraktuelle avgjørelser for disse anskaffelsene. En bindende avgjørelse etter at kontrakt er inngått, uten tilhørende bestemmelser om for eksempel oppsigelsesplikt, vil da lett kunne oppfattes som et slag i luften. På den andre siden vil den samme argumentasjonen også kunne brukes dersom disse anskaffelsene bare skulle kunne materialisere rådgivende uttalelser. Utvalgets syn er at det har en verdi at avgjørelsene til nemnda gjøres bindende. Avgjørelsene vil kunne gi leverandørene tilgang på en raskere, effektiv og rimeligere vurdering av om oppdragsgiver har fulgt regelverket, og gi leverandørene mulighet til å vurdere om de vil ta steget videre og bringe saken til domstolene med et tilhørende erstatningskrav.⁵⁷

Utvalget mener at det presumtivt, med de enkle reglene som er foreslått, ikke vil være snakk om nevneverdig antall tvister i KOFA som gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi. For likevel å være sikker på at KOFA gis anledning til å kunne avsi sine avgjørelser over EØS-terskelverdi hurtig, mener utvalget at det bør innføres en frist for å bringe klager vedrørende anskaffelser inn til prøving i nemnda. Denne fristen bør etter utvalgets syn settes til én måned.

Utvalget mener likevel at klager som inneholder påstand om brudd på habilitetsregler eller favoriseringsforbudet i § 3-1 tredje ledd, ikke bør være omfattet av en-månedens fristen. Slike saker må være gjenstand for prøving i klagenemnda for å sikre allmennhetens tillit til det offentlige.

Utvalgets forslag om at KOFAs avgjørelser under EØS-terskelverdi skal være bindende avgjørelser, innebærer en endring av gjeldende rett. Etter utvalgets syn, og med samme argumentasjon som fremsatt i kapittel 21.5 og 21.6 er dette ikke ment å innebære nevneverdige administrative eller økonomiske konsekvenser.

Utvalgets forslag om ny klagefrist på én måned er ny, og vil redusere sakstilfanget til klagenemnda. Utvalget vil bemerke at den endelige vurderingen av de økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget vil bero på hvilket klagegebyr som skal gjelde for disse anskaffelsene. Som utvalget har omtalt i kapittel 21.6.5, overlates denne vurderingen til departementet.

⁵⁷ Se nærmere omtale av dette i kapittel 34.7.9.

21.10.4.4 Mindretallet

Utvalgets mindretall, medlemmet *Gjønnes* og *Dankertsen Hennyng* har inntatt ulikt standpunkt når det gjelder regler om håndheving under EØS-terskelverdi.

Utvalgsmedlem *Gjønnes* mener at EØS-rettens håndhevingsregler som omfatter krav til karenperiode, suspensjon og prekontraktuell håndheving skal gjelde fra tre millioner kroner for bygge- og anleggsanskaffelser, og helt opp til EØS-terskelverdi. Det er et stort spenn mellom 3 millioner og 57,8 millioner, og det er etter *Gjønnes*, oppfatning at disse leverandører har krav på samme rettssikkerhet som leverandører over EØS-terskelverdi.

Videre har utvalgsmedlem *Gjønnes* samme vurdering av sanksjonering av ulovlig direkteanskaffelser under EØS-terskelverdi som *Dankertsen Hennyng*, nemlig at disse bør sanksjoneres kun med overtredelsesgebyr.

Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* mener at utvalgets forslag til forenklede regler om håndheving også skal gjelde for alle kunngjøringspliktige bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi, men med noen tillegg. Det vil si for bygge- og anleggsanskaffelser fra NOK 3 millioner og opp til EØS-terskelverdi.

Dankertsen Hennyng mener at disse bygge- og anleggsanskaffelsene også må være omfattet av regler om vedståelsesfrist, karenperiode, omgjøring, samt sanksjon for brudd på kunngjøringsplikten etter mindretallets forslag i § 3-2 andre ledd.

Oppdragsgiver forbyr å inngå kontrakt i karenperioden, men klage til KOFA medfører ikke at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes slik utvalget har foreslått over EØS-terskelverdi. Suspensjon ved klage til KOFA fremstår som for inngripende ved mindre anskaffelser hvor kontraktsarbeidet gjerne kun tar uker eller måneder. Oppdragsgiver kan imidlertid samtykke til prioritert KOFA behandling før kontraktsinngåelse slik ordningen er i dag. Dette kan eventuelt reguleres i lovbestemmelsen.

Dankertsen Hennyng foreslår at brudd på kunngjøringsplikten kan sanksjoneres ved å ilegge et overtredelsesgebyr. Hvor gebyrets størrelse skal ligge er vanskelige vurderinger, men det bør i alle fall ikke være høyere enn dette medlemmets forslag til overtredelsesgebyr over EØS-terskelverdi, som er på inntil fem prosent av kontraktens verdi.

Reglene om avkortning av kontrakt og sanksjonen «uten virkning» foreslås ikke innført av medlemmet *Dankertsen Hennyng*, da disse kan

være særlig byrdefulle i en bygge- og anleggsanskaffelse og føre til store merkostnader for oppdragsgiver. Oppdragsgiver vil i slike tilfeller ofte ende opp med å engasjere samme leverandør til å gjennomføre den resterende delen av kontraktsforpliktelsene, ettersom andre leverandører kan anse det som for risikofyllt å overta et bygge- eller anleggsprosjekt som er igangsatt. Det å tvinge igjennom en ny konkurranse i slike tilfeller vil derfor kunne lede til unødvendige samfunnsøkonomiske kostnader i form av forsinket framdrift, økte kostnader og mindre effektiv gjennomføring av bygge- og/eller anleggsprosjektet. Også etter EØS-reglene om «uten virkning» kan det gjøres unntak for tilfeller hvor resultatet bare vil bli at ny kontrakt må tildeles eksisterende leverandør. Det kan være vanskelig å vurdere om resultatet vil få et slikt utfall. Av prosessøkonomiske årsaker vil det således være enklere å kun ilegge overtredelsesgebyr i slike tilfeller. Det er heller ikke inntatt regler om «uten virkning» og avkortning av kontrakt i Danmark og Finland.

21.11 Særlig om håndheving av reglene om samfunnshensyn

Utvalget har drøftet om, og eventuell i hvilken utstrekning, det bør innføres adgang til å klage på oppdragsgivers ivaretagelse av samfunnshensyn. Med samfunnshensyn mener utvalget de bestemmelser som er foreslått i et nytt kapittel 2 i nye lover på anskaffelsesområdet. Dette er bestemmelser om grønn omstilling, innovasjon, lønns- og arbeidsvilkår, lærlinger, menneskerettigheter, sikkerhet og beredskap og skatteattest. Med klageadgang mener utvalget adgangen til å klage på hvorvidt oppdragsgiver har oppstilt krav eller kriterier i henhold til bestemmelsene i kapittel 2 om samfunnshensyn.

Utvalget vil vise til at det er en risiko for at kravene i loven kapittel 2 ikke blir fulgt opp. Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser fra 2022 viser at offentlige oppdragsgiveres anskaffelsespraksis ikke bidrar i stor nok grad til å minimere miljøbelastningen og fremme klimavennlige løsninger.⁵⁸ Undersøkelsen skriver seg riktignok fra et tidspunkt der oppdragsgiver ikke var pålagt en plikt, bare en oppfordring, til å hensynta klima- og miljø i offentlige anskaffelser. Dette vil stille seg annerledes med anskaffelsesforskriften § 7-9 slik den gjelder i dag, og med

⁵⁸ Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser 2022

utvalgets forslag til § 2-2 om grønn omstilling i ny lov om offentlige anskaffelser.

At det forekommer brudd på andre samfunnshensyn kommer også frem i årsrapporten fra Arbeidstilsynet for 2023, hvor det er oppgitt informasjon om Arbeidstilsynets tilsyn med offentlige oppdragsgivere og deres plikt til å stille krav om lønns- og arbeidsvilkår.⁵⁹

Utvalget er ikke kjent med at de andre nordiske landene har egne bestemmelser om håndheving av bestemmelser om samfunnshensyn, bortsett fra at dansk lovgiver har åpnet for at en oppdragsgiver som ikke har anskaffet grønt, og heller ikke begrunnet dette, kan ilegges et gebyr på 1 prosent av kontraktens verdi.⁶⁰ Gebyret kan likevel ikke være høyere enn 100 000 danske kroner. Ettersom dansk lovgiver foreløpig ikke har benyttet hjemmelen til å pålegge oppdragsgivere å kjøpe grønt eller å forklare, er gebyrbestemmelsen heller ikke trådt i kraft. Se mer informasjon om gebyret i boks 21.1.

Utvalget vil vise til at enkelte av bestemmelsene om samfunnshensyn allerede er dekket av en form for håndheving, eller ettersyn. Dette gjelder for eksempel bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår, som er gjenstand for tilsyn fra Arbeidstilsynet eller Havindustritilsynet, jf. kapittel 18.7.

Utvalget har foreslått at KOFA skal ha kompetanse til å sette til side beslutninger som oppdragsgiver har truffet i strid med loven eller forskrifter gitt i medhold av loven.⁶¹ Dette innebærer at hvis en oppdragsgiver ikke har stilt krav eller kriterier, der det er pålagt i henhold til kapittel 2, så vil en leverandør kunne klage til KOFA, for å få oppdragsgivers beslutning om ikke å innta slike krav eller kriterier tilsidesatt. Dette gjelder bare så langt øvrige krav til klageadgang er oppfylt, som for eksempel kravet til klageinteresse.⁶² Etter utvalgets syn vil det være positivt at oppdragsgivers eventuelle brudd på reglene om samfunnshensyn, kan oppdages, eventuelt påklages og rettes før konkurransen skrider for langt frem, og før kontrakt inngås. Utvalget legger til grunn at oppdragsgiver normalt vil ha interesse i å etterleve bestemmelsene om samfunnshensyn i kapittel 2, og at oppdragsgiver fortrinnsvis retter opp anskaffelsesdokumentene fremfor å la saken bringes inn til prøving KOFA.

⁵⁹ Arbeidstilsynet

⁶⁰ LOV nr 884 af 21/06/2022

⁶¹ Se kapittel 30

⁶² Se kapittel 24

Boks 21.1 Gebyr i dansk rett for brudd på miljøbestemmelser

Udbudsloven § 194 stk. 4:

«Erhvervsministeren kan fastsætte regler om, at ordregivere, som i forbindelse med gennemførelsen af udbud efter denne lov ikke inddrager miljø- eller klimahensyn, skal oplyse om baggrunden herfor i deres udbudsmateriale.»

Lov om Klagenævnet for Udbud:
§ 13 a.

«Efter påstand fra klageren pålægger Klagenævnet for Udbud en ordregiver, som er en del af den offentlige forvaltning, og som ikke er etableret på privatretligt grundlag, en økonomisk sanktion på 1 pct. af værdien af den udbudte kontrakt eller rammeaftale, dog maksimalt 100.000 kr., for overtrædelse af:

...

2) Regler udstedt i henhold til udbudslovens § 194, stk. 4, eller § 16 i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.»

Kilde: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/884>

Utvalget vil presisere at det er lite hensiktsmessig med en etterfølgende overprøving av oppdragsgivers skjønnsmessige vurderinger knyttet til *hvordan* samfunnshensyn skal ivaretas i den konkrete anskaffelsen. Det er en bedre løsning om leverandører og organisasjoner tar opp dette i forkant av tildeling av kontrakt. Utvalget mener at flere av de foreslåtte reglene i kapittel 2 vil kunne bidra til at leverandører og organisasjoner i større grad vil gjøre dette fremover. For det første skal oppdragsgivere ha offentlige tilgjengelige og oppdaterte rutiner, jf. forslag til § 2-1. Hvis oppdragsgiver anser at anskaffelsen har et klimaavtrykk eller miljøbelastning som er uvesentlig, skal dette begrunnes i anskaffelsesdokumentene, jf. forslag til § 2-2 sjette ledd. Leverandører og interesseorganisasjoner som er uenig i dette vil da ha mulighet til å ta dette opp med oppdragsgiver på et tidlig tidspunkt, og med tilhørende mulighet for

oppdragsgiver til å rette opp anskaffelsesdokumentene.

Utvalget vil også peke på at anskaffelsesregelverket inneholder mange samfunnshensyn, og at flere av disse fordrer kompetanse som oppdragsgiver ikke nødvendigvis besitter. På denne bakgrunn er det viktig at oppdragsgivers eventuelle feilsteg ikke blir møtt med konsekvenser som for eksempel gebyr.

Utvalget har på denne bakgrunn ikke foreslått særskilte regler om håndheving av bestemmelsene om samfunnshensyn.

21.12 Subsidiært: En revidert domstolmodell

For det tilfelle at utvalgets forslag om å gjøre KOFA til et klageorgan i håndhevingsdirektivenes forstand ikke skulle få tilslutning i høringsrunden og fra departementet, vil utvalget kort peke på andre tiltak for å bedre den prekontraktsuelle håndhevingen av anskaffelsesreglene i norsk rett, for slik å redusere så vel grunnlaget som behovet for håndheving i form av etterfølgende erstatningssøksmål.

- Det bør utredes endringer i tvistelovens regler om midlertidige forføyninger for å gjøre forføyninger til et reelt tilgjengelig rettsmiddel også for små og mellomstore leverandører, og i saker hvor kontraktsverdien er ned mot EØS-terskelverdiene. Skriftlig saksbehandling, kostnadsregler som begrenser leverandørenes økonomiske risiko, og vurderingskriterier som vektlegger om oppdragsgiver har reelt behov for å inngå kontrakten uten å vente på rettens vurdering av om det foreligger et brudd på regelverket, bør vurderes.
- Det må innføres et unntak fra forbudet i anskaffelsesloven § 9 mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått for tilfeller hvor forføyningen er rettet mot oppfyllelsen av en kontrakt som er et resultat av en ulovlig direkteanskaffelse.⁶³
- Det bør innføres et unntak fra regelen i tvisteloven § 32-11 første ledd om mulig erstatningsansvar for tilfeller hvor retten i ettertid kommer til at det likevel ikke foreligger noe regelbrudd fra oppdragsgiver. I tråd med særregelen i § 32-11 første ledd siste punktum bør en leverandør først kunne holdes erstatningsansvarlig dersom han visste eller burde vite at det ikke forelå noe brudd på regelverket da den

midlertidige forføyningen ble besluttet. Dette følger også forutsetningsvis av forarbeidene av 2015–2016.⁶⁴ Her fremholdt departementet at bestemmelsen ikke vil komme til anvendelse dersom oppdragsgiver skulle lide et tap som følge av suspensjonen til å inngå kontrakt, og at det heller ikke var hensiktsmessig å innføre en regel om at leverandøren blir objektivt ansvarlig for et slikt tap. Dette ville etter departementets syn innebære at terskelen for å begjære forføyning ville bli for høy.

Medlemmet *Dankertsen Hennyng* mener at dagens anskaffelseslov § 9 første ledd andre punktum må videreføres i ny lov. *Dankertsen Hennyng* mener det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse før kontrakt kjennes uten virkning eller kontrakten avkortes. Dersom domstolen kommer til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, har oppdragsgiver (og eventuelt leverandør) blitt pådratt potensielt store unødvendige kostnader. Ved midlertidig stans av kontrakt, vil det også oppstå spørsmål om hvordan behovet skal dekkes i mellomtiden, samt spørsmål om oppdragsgiver har adgang til å kjøpe utenfor kontrakt. At dagens anskaffelseslov § 9 første ledd andre punktum må videreføres i ny lov gjelder særlig dersom det nå synliggjøres i nytt regelverk at oppdragsgiver som regel er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningssøksmål etter tvisteloven § 32-11.

21.13 Åpenhet om offentlige anskaffelser

Utvalget har gjennom sitt arbeid med andre delutredning, foretatt en helhetlig gjennomgang av håndhevingssystemet. Selv om utvalget mener at Konkurransetilsynet bør føre tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser, vil det også fremover være slik at regelverket i hovedsak må håndheves av leverandørene. En grunnleggende forutsetning for at private kan håndheve regelverket, er tilgang til informasjon. Utvalget har derfor vurdert om regelverket kan endres eller tilpasses, slik at det kan bli enklere å få tilgang til informasjon om offentlige anskaffelser.

Anskaffelsesregelverket har regler om innsyn i anskaffelsesdokumenter, som igjen bygger på offentliglovas regler om innsyn jf. utvalgets for-

⁶³ Jf. kapittel 29.6.3

⁶⁴ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, kapittel 6.2.5

slag til § 1-6 i ny lov om offentlige anskaffelser. Dette er informasjon som er knyttet til kunngjorte konkurranser, eller konkurranser som eventuelt er kjent i markedet på annen måte. Alvorlige brudd på regelverket, som for eksempel ulovlige direkteanskaffelser, vil i mindre grad være kjent i markedet som følge av at de ikke er kunngjort. For å motvirke denne typen alvorlige brudd på regelverket, bør det legges til rette for mer åpenhet og informasjon omkring alle offentlige anskaffelser.

For kunngjøringspliktig anskaffelser over EØS-terskelverdi, foreligger det allerede regler for kunngjøring av kontraktssinnngåelse, og ellers tilstrekkelige regler og informasjon om anskaffelsene samt regler om innsyn, til at det kan skje en adekvat håndhevelse av regelverket.

Utvalget har i første ledutredning foreslått i § 3-1 femte ledd at oppdragsgiver skal offentliggjøre at kontrakt er inngått også for nasjonale anskaffelser. Dette innebærer at det er plikt til å offentliggjøre kontraktssinnngåelse for anskaffelser mellom lovens innslagspunkt på 300 000 kroner og opp til 15 millioner kroner for bygg- og anleggsanskaffelser. Flertallets forslag til regulering av bygge- og anleggsanskaffelser mellom 15 millioner kroner og opp til EØS-terskelverdien innebærer også at kontraktssinnngåelsen skal kunngjøres, men oppdragsgiver kan velge å kunngjøre nasjonalt (i Doffin).

For kunngjøring av kontraktstildeling *under* EØS-terskel, mener utvalget at § 3-1 femte ledd burde innebære at følgende informasjon kunngjøres på egnet offentlig nettsted for oppdragsgiver:

- Innkjøpsorganisasjonens navn, organisasjonsnummer og kontaktinformasjon
- dato for inngåelse av kontrakt eller rammeavtale
- hva som er anskaffet og hoved CPV-koden og tilleggskoden for CPV
- NUTS-kode for hovedleveringsstedet
- navn, organisasjonsnummer og kontaktopplysninger til den eller de som har fått avtalen eller rammeavtalen
- om det er sannsynlig at underleverandører vil bli brukt til gjennomføring av kontrakten
- den anslåtte verdien av kontrakten eller rammeavtalen på tidspunktet for kunngjøringen av kontraktstildelingen
- antall tilbud i anskaffelsen og navn og organisasjonsnummer på den eller de som har levert tilbud eller søkt om å inngi tilbud i anskaffelsen uten å ha fått tildelt kontrakten eller rammeavtalen.

- En kunngjøring om kontraktstildeling kan også inneholde annen relevant informasjon.

En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som er kunngjøringspliktig, men som likevel ikke er kunngjort. Leverandørmarkedet har få eller reduserte mulighet for å håndheve denne typen brudd på regelverket. Årlig kan dette gjelde et betydelig pengebeløp som offentligheten ikke har innsyn i, eller tilgang på informasjon om. Utvalget ønsker derfor å sikre større åpenhet og transparens omkring offentlig pengebruk, for å redusere risiko for brudd på regelverket herunder ulovlige direkteanskaffelser. Etter utvalgets syn er det flere grep som enkelt, med lav kostnad og liten byrde for oppdragsgiver, kan innføres, og som samtidig kan sikre bedre etterlevelse av regelverket.

Utvalget er derfor av den oppfatning at en slik regel om kunngjøring av kontraktstildeling både over og under EØS-terskel, bør suppleres av ytterligere regler om offentliggjøring av informasjon om anskaffelser som det offentlige foretar. Utvalget foreslår derfor, i tillegg til kunngjøring av kontraktstildelinger, at alle offentlige oppdragsgivere som er underlagt regelverket, pålegges å offentliggjøre/tilgjengeliggjøre etterskuddsvis informasjon (årlige oversikter) over totale kjøp fra alle sine leverandører (totalt beløp i kroner og øre). Dette vil også bidra til bedre datagrunnlag for oppfølging og evaluering av offentlige anskaffelser. Slik utvalget forstår det, vil det etter utvalgets kunnskap være en relativt enkelt øvelse i et regnskapssystem å skaffe oversikten over krav og transaksjoner til virksomhetens kunder eller leverandører, for eksempel reskontrooversikter, som deretter tilgjengeliggjøres på for eksempel oppdragsgivers nettsted. Utvalget mener at dette vil virke preventivt mot ulovlige direkteanskaffelser. Utvalget vil understreke at et slikt tiltak, så langt utvalget har brakt til kunnskap, vil kreve lite ressurser av oppdragsgiver, og oppnå bedre gjennomsiktighet om offentlige kontrakter samt gi grunnlag for effektiv håndheving.

Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* vil bemerke at forslaget ikke er tilstrekkelig utredet og utvalget har ikke hatt grunnlag for å vurdere de administrative byrdene og kostnadene forslaget medfører, herunder antakelsen om at forslaget vil være enkelt, ha lav kostnad og medføre liten byrde for oppdragsgiver. Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* mener derfor at departementet må foreta en nærmere vurderingen av dette, dersom det er ønskelig å innføre en slik bestemmelse. Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* vil

videre bemerke at offentliggjøring/tilgjengeliggjøring av etterskuddsvis informasjon (årlige oversikter) over totale kjøp fra alle oppdragsgiveres leverandører, kan gi et forkjært bilde. Årsaken til det er at noen leverandører kan være kontraktspart på flere kontrakter eller leverandør på enkeltkjøp under lovens innslagspunkt. Oppdragsgivere kan også være organisert i ulike enheter som kan ha kontrakter med samme leverandør. En slik offentliggjøring vil således kunne medføre at oppdragsgivere må bruke mye tid på å svare ut hvordan de totale kjøpene hos en enkelt leverandør er fordelt. Forholdet til offentlighetsloven må også vurderes.

Boks 21.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at departementet vurderer om offentliggjøring av at kontrakt er inngått, bør innebære plikt til å opplyse om visse forhold ved kontraktsinngåelsen og vurderer om dette bør lovfestes
- at departementet vurderer om det bør innføres en plikt for oppdragsgivere som er omfattet av anskaffelsesregelverket å offentliggjøre årlig oversikt over den totale størrelse på kjøp fra eksterne enheter (private eller andre offentlige enheter), forutsatt at dette kan gjøres kostnadseffektivt for oppdragsgiver.

Del VIII
Gjennomføring av håndhevingsdirektivene

Kapittel 22

Innledning

22.1 Innledning

Med utgangspunkt i den vurdering av håndhevingssystemet som utvalget har gjort rede for i del VII har utvalget gjennomgått håndhevingsdirektivene og utarbeidet forslag til hvordan direktivene bør gjennomføres i ny anskaffelseslov. Utvalget har i arbeidet fortløpende sett hen til hvordan direktivene er gjennomført i dansk og svensk rett, i tillegg til dagens norske gjennomføring.

Omtalen av håndhevingsdirektivene må sees i lys av utvalgets generelle redegjørelse for de EØS-rettslige føringene for håndhevingssystemet i kapittel 19. Utvalget har i kapittel 21 foreslått en ny innretning av håndhevingssystemet, og det er i lys av disse rammene at utvalget foreslår gjennomføringsbestemmelser. På enkelte steder, har utvalget valgt å peke på forslag til gjennomføring dersom departementet og lovgiver skulle gå for andre innretninger av håndhevingssystemet enn det utvalget har foreslått.

22.2 Gjeldende rett

22.2.1 Innledning

Håndheving av offentlige anskaffelser i EØS er i hovedsak regulert i to direktiver:

- Direktiv 89/665/EØF, heretter også omtalt som håndhevingsdirektivet for klassisk sektor.¹
- Direktiv 92/13/EØF, heretter også omtalt som håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene.²

Begge direktivene er endret gjennom direktiv 2007/66/EF, heretter også omtalt som endringsdirektivet fra 2007.³ I tillegg ble direktivene endret ved vedtakelsen av konsesjonskontraktdirektivet, som gir reglene i håndhevingsdirekti-

vene anvendelse også for kontrakter omfattet av det direktivet.⁴

Det er i tillegg gitt regler om håndheving i forsvarsanskaffelsesdirektivet, direktiv 2009/81/EF. Ettersom utvalget har avgrenset sitt arbeid mot dette direktivet, behandles ikke håndhevingsreglene fra forsvarsanskaffelsesdirektivet i den videre fremstillingen.⁵

Når det i den videre fremstillingen henvises til håndhevingsdirektivet for klassisk sektor og håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene (samlet «håndhevingsdirektivene»), siktes det til direktivene med de endringer som følger av endringsdirektivet fra 2007 og av konsesjonskontraktdirektivet.

22.2.2 Konsoliderte versjoner av håndhevingsdirektivene

I EU er det opprettet konsoliderte versjoner av håndhevingsdirektivene, slik at direktivet kan leses i en oppdatert utgave som kun inneholder de bestemmelsene som er gjeldende, herunder at opphevede bestemmelser er tatt ut. Det finnes ingen tilsvarende konsolidert versjon av håndhevingsdirektivene på norsk. Ettersom håndhevingsdirektivene har vært gjenstand for endringer i flere runder, herunder noen omfattende justeringer, har utvalget besluttet å utarbeide konsoliderte versjoner av begge direktivene på norsk. Disse er inntatt som digitale vedlegg til denne utredningen.

Utvalget har gjort enkelte forsøk på å konsolidere direktivene til EØS-avtalen, men dette har vist seg krevende av flere grunner. Utvalget har derfor kun gjort mindre EØS-tilpasninger i den konsoliderte versjonen. I det følgende er det knyttet enkelte kommentarer til arbeidet med å konsolidere direktivene.

¹ Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor 1989

² Håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene 1992

³ Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene 2007

⁴ Konsesjonskontraktdirektivet 2014 artikkel 46 og 47

⁵ Se nærmere i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*: kapittel 26

Gjennom en EØS-komité beslutning er det i en tilpasningstekst angitt at: «I artikkel 2 nr. 9 skal henvisningen til «traktatens artikkel 234» med henblikk på EFTA-statene forstås som «artikkel 34 i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol».⁶ Utvalget har i tråd med dette konsolidert direktivet, slik at henvisningen til traktatens artikkel 267 (tidligere 234), er erstattet med en henvisning til ODA artikkel 34. Utvalget vil presisere at denne konsolideringen kun vil være relevant for EFTA-pilaren i EØS, ettersom det i EU-pilaren av EØS fortsatt vil være korrekt å henvise til TEUV artikkel 267.

I håndhevingsdirektivene artikkel 3 er det gitt regler om en opprettingsmekanisme, som gir EU-kommisjonen mulighet til å bruke enkelte av bestemmelsene i håndhevingsdirektivene, dersom den mener at det er begått en alvorlig overtreddelse av anskaffelsesregelverket. Denne bestemmelsen er, blant annet for Norges vedkommende, håndtert gjennom egne bestemmelser i protokoller til ODA-avtalen.⁷ Dette er i norsk konsolidert versjon av håndhevingsdirektivene markert med fotnotehenvisning til protokollene.

I håndhevingsdirektivene artikkel 3b til 4a er det gitt regler om hvordan EU-kommisjonen skal følge opp direktivene, og det ikke uten videre riktig å sette inn EFTAs overvåkningsorgan i stedet. Samtidig er det elementer av disse bestemmelsene, som er dekket opp av protokollene til ODA-avtalen.⁸ Dette kompliseres ytterligere av at protokollene til ODA-avtalen ikke er oppdatert etter endringene som fulgte med 2007-direktivet. Dette medfører at protokollene til ODA-avtalen inneholder bestemmelser om meglingsordningen, men som i EU ble fjernet med endringsdirektivet fra 2007. Dette er i norsk konsolidert versjon av håndhevingsdirektivene markert med fotnotehenvisning til protokollene.

⁶ EØS-komiteens beslutning nr. 83/2011 av 1. juli 2011

⁷ ODA-avtalen protokoll 2 med senere endringer

⁸ Et eksempel er håndhevingsdirektivet artikkel 4 nr. 2 om at «Medlemsstatene skal innen 1. mars hvert år oversende Kommisjonen opplysninger om forløpet av den nasjonale klagebehandling i foregående kalenderår. Kommisjonen skal i samråd med Den rådgivende komité for offentlige kontrakter fastsette hvilken type opplysninger dette skal være», og ODA-avtalen i endret protokoll 2 artikkel 7 nr. 2 om at «Innen 1. mars hvert år skal EFTA-statene oversende EFTAs overvåkningsorgan opplysninger om hvordan deres nasjonale klageordninger har virket i løpet av det foregående kalenderår. Opplysningenes art skal fastsettes av EFTAs overvåkningsorgan i samråd med den rådgivende komité».

22.2.3 Direktiv 89/665/EØF

Det første håndhevingsdirektivet, direktiv 89/665/EØF, gjelder for anskaffelser i klassisk sektor, og ble vedtatt 21. desember 1989. Bakgrunnen var en utbredt oppfatning av at den nasjonale håndhevingen av anskaffelsesregelverket ikke var tilstrekkelig effektiv, særlig knyttet til leverandørenes mulighet til å få hindret at oppdragsgiver tildele kontrakten og dermed avskar mulighetene for prekontraktuell prøving av påståtte feil. Direktivet slo fast at medlemsstatene skal sikre effektive og hurtige klagemuligheter, og at disse skal inkludere muligheten til å treffe midlertidige tiltak, oppheve beslutninger og tilkjenne erstatning.

Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor har blitt endret to ganger. Den første endringen skjedde i 2007, ved direktiv 2007/66/EF (heretter også omtalt som endringsdirektivet), som omtales nærmere nedenfor. Den andre endringen skjedde i 2014 i forbindelse med revisjonen av anskaffelsesdirektivene, da det ble innført et nytt direktiv for konsesjonskontrakter. Konsesjonskontraktdirektivet regulerer inngåelsen av konsesjonskontrakter i både klassisk sektor og forsyningssektorene. Anvendelsesområdet til håndhevingsdirektivet ble da utvidet til også å gjelde for konsesjonskontrakter i klassisk sektor som omfattes av konsesjonskontraktdirektivet.

22.2.4 Direktiv 92/13/EØF

Håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene, 92/13/EØF, ble vedtatt 25. februar 1992. Behovet for å stille visse minstekrav til den nasjonale håndhevingen var det samme som for klassisk sektor, men særtrekk ved forsyningssektorene ledet til et eget direktiv.

- *Regler om mulkt i forsyningssektorene.* Det er i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav c gitt en særregel som gir medlemsstatene mulighet til å velge mellom å innføre bestemmelser om mulkt som et alternativ til rettsmidlene midlertidig forføyning og tilsidesettelse av ulovlige tildelingsbeslutninger, se nærmere omtale i kapittel 31.
- *Særregel om erstatning i forsyningssektorene.* Som følge av at det vil kunne være vanskeligere å få stoppet en kontraktsinngåelse gjennom begjæring om midlertidig forføyning på forsyningssektorenes område enn innenfor klassisk sektor, er retten til å kreve erstatning for den negative kontraktsinteressen regulert nærmere i håndhevingsdirektivet for forsynings-

sektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav c, se omtale i kapittel 34.

Også håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene ble endret med endringsdirektivet av 2007, se omtale i kapittel 22.2.5. En ny endring fulgte med konsesjonskontraktdirektivet 2014, som i artikkel 47 gir håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene anvendelse for konsesjonskontrakter i forsyningssektorene.

22.2.5 Direktiv 2007/66/EF

I 2007 ble det vedtatt et endringsdirektiv, direktiv 2007/66/EF. Endringsdirektivet endrer begge de to håndhevingsdirektivene fra henholdsvis 1989 og 1992. Bakgrunnen for direktivet var at EU-kommisjonen mente det var behov for ytterligere styrking av den nasjonale håndhevingen av anskaffelsesregelverket.

For det første mente EU-kommisjonen at forbigåtte leverandører, til tross for muligheten for midlertidige avgjørelser, ikke hadde tilstrekkelige muligheter til å angripe feil i anskaffelsesprosessen før kontrakt ble inngått. Før endringsdirektivet var forbigåtte leverandører ofte henvist til å fremme etterfølgende erstatningskrav, men disse førte sjelden frem. EU-lovgiver svarte med å innføre regler om karenperiode og suspensjon, og med dette en betydelig styrking av den prekontraktuelle håndhevingen.

For det andre mente EU-kommisjonen at det manglet effektive sanksjoner for å imøtegå ulovlige direkteanskaffelser, blant annet fordi erstatningssøksmål er svært lite praktisk i tilfeller hvor en kontrakt aldri har vært utlyst. EU-lovgiver innførte som følge av dette en helt ny sanksjon for disse tilfellene – en plikt til å kjenne en inngått kontrakt «uten virkning». Samtidig ble det innført to alternative sanksjoner – overtredelsesgebyr og avkortning av kontrakten – for de unntakstilfellene hvor det ikke kreves at kontrakten kjennes uten virkning.

22.3 Struktur i nytt regelverk om håndheving

I første delutredning foreslo utvalget en ny struktur for anskaffelsesregelverket, hvor det ble foreslått fire nye lover på anskaffelsesområdet og en felles forskrift med regler av mer teknisk karakter. Videre ble det skissert at utvalget ville komme tilbake til strukturspørsmålet for reglene om håndheving i andre delutredning. Utvalget pekte like-

vel på to alternativer, at reglene om håndheving plasseres i en ny del IV i anskaffelsesloven(e), eller samles i en ny, separat lov.⁹ Utvalget vil peke på at det er fordeler og ulemper ved begge de to alternativene.

Å ha reglene om håndheving i en egen lov, kan fremstå som en naturlig forlengelse av at EU-lovgiver har valgt å skille ut reglene om håndheving i egne direktiv, fremfor å innta disse i de ulike direktivene på anskaffelsesområdet.¹⁰ Samtidig er det ikke opplagt at den strukturen EU-lovgiver har valgt, er den som passer best i norsk rett.

I gjeldende anskaffelsesregelverk er reglene om håndheving i hovedsak plassert i anskaffelsesloven, samtidig som enkelte regler er inntatt i ulike forskrifter. Reglene om sanksjonene «uten virkning», avkortning av en kontrakts varighet, overtredelsesgebyr og erstatning fremgår av anskaffelsesloven, mens reglene om karenperiode og suspensjon er inntatt i forskrifter. Selv om visse spørsmål om midlertidig forføyning fremgår av anskaffelsesloven, er det gitt enkelte særbestemmelser i forskriftene og disse må uansett leses sammen med tvistelovens generelle regler om midlertidige forføyninger.¹¹

I dansk rett har lovgiver et stykke på vei fulgt EU-lovgivers struktur, ved å ha reglene om håndheving i en egen lov, separat fra udbudsloven og de bekendtgørelser (forskrifter) som gjennomfører de andre direktivene på anskaffelsesområdet. I svensk rett har derimot lovgiver valgt å innta reglene om håndheving i avsluttende del av alle lovene på anskaffelsesområdet, LOU, LUF, LUK og LUFs.

Utvalget har vært noe i tvil om hva som vil gi best struktur. Utvalgets forslag om å gjøre KOFA til et håndhevingsorgan, kan isolert sett tilsi at en følger den danske løsningen med en egen lov om håndheving av offentlige anskaffelser. Utvalget har likevel landet på at reglene som gjennomfører håndhevingsdirektivene bør tas inn i den nye anskaffelsesloven. Etter utvalgets syn er det en

⁹ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 9.1

¹⁰ Dette gjelder imidlertid med noen mindre modifikasjoner. For eksempel har alle direktivene en overordnet bestemmelse om håndheving, se kapittel 22.4, men som ikke direkte gir opphav til nevneverdige plikter eller rettigheter. I tillegg har konsesjonskontraktdirektivet to bestemmelser om håndheving, men disse er av mer lovteknisk karakter, ettersom det ved 2014-vedtakelsen av konsesjonskontraktdirektivet var nødvendig for EU-lovgiver å gi håndhevingsdirektivene fra 1989 og 1992 anvendelse også på konsesjonskontrakter omfattet av det da nye konsesjonskontraktdirektivet.

¹¹ Se for eksempel i anskaffelsesforskriften §§ 8-16, 20-7 og 30-10.

fordel om reglene fremgår av den loven som regulerer klart flest anskaffelser, slik at denne fremstår som en helhetlig regulering av alle sider ved en anskaffelse. Håndhevingsreglene er en naturlig forlengelse av de reglene som allerede er plassert i loven. Ved å innta reglene om håndheving i en ny del IV i anskaffelsesloven, vil oppdragsgivere og leverandører i de aller fleste tilfeller bare trenge å forholde seg til én lov.

Utvalget har i kapittel 38 drøftet om, og eventuelt hvordan, reglene om håndheving skal plasseres i lov om anskaffelser i forsyningssektorene og i lov om konsesjonskontrakter.

Utvalget har ikke hatt tilstrekkelig med tid til å gjøre en detaljert gjennomgang av alle bestemmelsene i klagenemndforskriften. Med utvalgets forslag til ny struktur for regelverket, har utvalget forutsatt at eventuelle forskriftsbestemmelser om klagenemndas virksomhet og saksbehandlingsregler bør tas inn i et eget kapittel i ny anskaffelsesforskrift. Utvalget har synliggjort det i forslaget til ny forskrift om offentlige anskaffelser i kapittel 1.2.

22.4 Krav om håndheving i anskaffelsesdirektivene

22.4.1 Gjeldende rett

Anskaffelsesdirektivet artikkel 83 gir regler om håndheving.

Det følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 1 at medlemsstatene minst må sikre at oppgavene som er angitt i artikkel 83 utføres av myndigheter, organer eller strukturer for å sikre korrekt og effektiv gjennomføring av direktivet på en effektiv måte. Oppdragsgiver må angi overfor EU-kommisjonen hvilke myndigheter, organer eller strukturer som har kompetanse til å utføre oppgavene.

Det følger av fortalen premiss 121 at medlemsstatene bør stå fritt til å beslutte hvordan og av hvem denne overvåkingen skal utføres i praksis. Videre fremgår det at dette innebærer at medlemsstatene ved denne vurderingen også står fritt til å avgjøre om overvåkingen skal være basert på stikkprøvebasert kontroll i ettertid, eller på systematisk forutgående kontroll av tildeling av kontrakter som er omfattet av direktivet. I henhold til dette premiss er det ikke et krav at vedkommende organer, som medlemsstatene utpeker må ha søksmålskompetanse.

Av anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 2 første avsnitt følger det at medlemsstatene må sikre at det føres tilsyn med anvendelse av reglene for

offentlige anskaffelser. Videre følger det av anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 2 andre avsnitt at dersom tilsynsmyndigheten identifiserer overtredelse eller problemer med systemet, enten ved at dette oppdages på eget initiativ eller ved informasjon fra andre, skal de ha myndighet til å melde fra om disse problemene til egnede myndigheter, som angitt i bestemmelsen.

Artikkel 83 nr. 3 første avsnitt angir at resultatene fra tilsynet som gjøres i henhold til nr. 2 skal gjøres tilgjengelig ved hjelp av egnede informasjonsmidler for offentligheten. I tillegg skal resultatene gjøres tilgjengelig for EU-kommisjonen, for eksempel ved en tilsynsrapport, i henhold til nr. 3 andre avsnitt. Av artikkel 83 nr. 3 andre avsnitt følger det at medlemsstatene må oversende en tilsynsrapport til EU-kommisjonen hvert tredje år. Bestemmelsen angir hvilken informasjon som må angis i denne rapporten. Tredje avsnitt angir at EU-kommisjonen inntil hvert tredje år kan be medlemsstatene om å gi informasjon om praktisk gjennomføring av nasjonal anskaffelsespolitikk. Femte avsnitt angir at EU-kommisjonen, på bakgrunn av informasjonen som mottas, skal utstede en rapport om gjennomføringen, og beste praksis for nasjonal anskaffelsespolitikk.

Artikkel 83 nr. 4 bokstav a angir at informasjon og veiledning til anskaffelsesreglene skal være tilgjengelig vederlagsfritt. Etter bokstav b skal medlemsstatene sikre at offentlige oppdragsgivere har tilgang til støtte ved planlegging og gjennomføring av offentlige anskaffelser.

Etter artikkel 83 nr. 5 skal medlemsstatene utpeke et kontaktpunkt for samarbeidet med EU-kommisjonen når det gjelder offentlige anskaffelser. Det følger av fortalen premiss 125 hvilke organer det er naturlig å utpeke til et slikt kontaktpunkt.

I henhold til artikkel 83 nr. 6 første avsnitt følger det at offentlige oppdragsgivere minst skal oppbevare kopier av kontrakten i dens løpetid når en vare- og tjenesteanskaffelse overstiger 1 000 000 euro eller 10 000 000 euro for bygge- og anleggskontrakter.¹² Begge disse verdiene har vært uendret siden direktivenes vedtakelse i 2014.

Utgangspunktet etter andre avsnitt er at offentlige oppdragsgivere skal gi tilgang til disse kontraktene, med mindre bestemte dokumenter eller opplysninger kan unntas etter EU-regler eller nasjonale regler om innsyn eller personvern. Bestemmelsen angir ikke hvem som kan be om slikt innsyn. Det følger imidlertid av fortalen pre-

¹² Ca. 11,73 millioner norske kroner og 117,30 millioner norske kroner basert på valutakurs per 7. mai 2024

miss 126 at offentlige oppdragsgivere bør gi berørte parter tilgang til de angitte dokumentene. Det følger av samme premiss i fortalen at det å bekjempe korrupsjon og bedrageri på en effektiv måte også er et hensyn bak bestemmelsen.

I forsyningsdirektivet artikkel 99 er det gitt en bestemmelse som svarer til anskaffelsesdirektivet artikkel 83. I konsesjonskontraktdirektivet artikkel 45 er det oppstilt en noe mindre omfattende bestemmelse, som tilsvarende anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 1. til 4. Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ingen forpliktelse til å oppbevare eller gi innsyn i kontrakt.

Artikkel 83 nr. 6 er i dag gjennomført i anskaffelsesforskriften §§ 7-1 og 7-3, og forsyningsdirektivet artikkel 99 nr. 6 er gjennomført i forsyningsforskriften §§ 7-1 til 7-3.

22.5 Utvalgets vurdering

22.5.1 Generelle forpliktelser

Anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 1 til 5 retter seg mot medlemsstatene, og utvalget ser det ikke som nødvendig å gjennomføre disse forpliktelsene som egne bestemmelser i nytt regelverk. Den tilsvarende vurderingen gjør seg gjeldende for forsyningsdirektivet artikkel 99 nr. 1 til 5, og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 45 nr. 1 til 4.

Etter utvalgets syn er forpliktelsene i artikkel 83 nr. 1 til 3 og 5 oppfylt gjennom håndhevsreglene, som er omtalt i denne utredningen del VIII. Når det gjelder artikkel 83 nr. 4 innebærer dette at gjeldende veileder til reglene om offentlige anskaffelser må videreføres og oppdateres. Utvalget overlater til departementet å fastsette hvem som skal oppdatere denne veilederen. Etter utvalgets syn er det ikke avgjørende om det er departementet eller DFØ som er ansvarlig for veilederen, men det avgjørende, som fremholdt i første delutredning kapittel 9.5, er at det må foreligge én helhetlig veileder fra det offentlige, for å unngå at det vokser frem ulike, og potensielt innbyrdes motstridende veiledere fra ulike instanser.

Anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 2 viser til at det må føres tilsyn. Selv om bestemmelsen bruker begrepet tilsyn er det utvalgets syn at dette ikke kan tolkes slik at medlemsstatene må opprette et tilsyn. Til støtte for en slik forståelse viser utvalget til fortalen premiss 121 som angir at avgjørelsene til organene som medlemsstatene utpeker ikke trenger å håndheves. Videre fremgår det av juridisk teori at bestemmelsen ikke kan tolkes slik at det faktisk kreves at medlemsstatene

oppretter et tilsyn.¹³ For vurderingen av om tilsyn bør opprettes, vises det til kapittel 21.4.

22.5.2 Oppbevaring av kontrakt og innsyn

Anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet inneholder regler om oppbevaring av kontrakt og påfølgende innsyn.

Utvalget har vurdert om plikten til å oppbevare kontrakten skal gjelde fra innslagspunktet som fremgår av direktivene, cirka 11,51 millioner norske kroner for vare- og tjenestekontrakter og 115,18 millioner norske kroner for bygge- og anleggsanskaffelser. Etter utvalgets syn vil det være en forenkling ikke å oppstille egne terskelverdier for kravet om oppbevaring av kontrakt, og dette gjelder spesielt siden de aller fleste offentlige oppdragsgivere vil være underlagt andre offentligrettslige krav til arkivering og journalføring som gjør at de i praksis uansett har plikt til å oppbevare kontrakten. Å oppbevare kontrakt er også nødvendig for å kunne følge opp kontrakten i dens løpetid. Bestemmelser om oppbevaring av kontrakt og innsyn bør gjelde alle anskaffelser som er omfattet av lovene. Dette er i samsvar med dagens regulering i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften.

Artikkel 83 nr. 6 andre avsnitt gjelder innsyn i kontrakter over terskelverdien fastsatt i første avsnitt. Når det gjelder innsyn i kontrakter for oppdragsgivere som er omfattet av offentliglova, er dette allerede regulert i forslag til § 1-6 i ny lov om offentlige anskaffelser og hensyntatt i § 1-6 i forslag til ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene.

Utvalget konstaterer at det imidlertid er en del oppdragsgivere, eksempelvis offentligrettslige organer, som er omfattet av anskaffelsesregelverket, men som likevel ikke er omfattet av offentliglova. For å ivareta kravet om innsyn også i disse kontraktene, mener utvalget at bestemmelsen må gjennomføres i nytt regelverk. I tillegg bør det presiseres at plikten til å gi innsyn må ses i samsvar med unntaksbestemmelsene som gjelder for allmennhetens innsyn etter offentliglova. Utvalget har vurdert om plikten til å gi innsyn for oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentliglova skal gjelde for alle kontrakter av hensyn til å unngå for mange ulike terskelverdier i loven. Hensynet til åpenhet tilsier at det bør være innsyn i alle kontrakter som er inngått med offentlige midler. Utvalget har imidlertid falt ned på at plikten først inntreffer i henhold til beløpsgrensene som føl-

¹³ Pedro Cerqueira Gomes 2021

ger av direktivet, ettersom det vil påføre oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentleglova, administrative byrder dersom alle kontraktene omfattes.¹⁴ Dette er i tråd med dagens regulering.

Utvalget har videre vurdert hvem som kan be om slikt innsyn. Av fortalen til direktivet følger det at det er «berørte parter» som kan be om innsyn. I henhold til denne formuleringen kan det tyde på at ikke enhver kan kreve innsyn. Samtidig ser utvalget at det følger av den engelske versjonen av direktivet at det er «interested parties» som kan be om innsyn. Også den danske versjonen av direktivet viser til «interesserede parter». Etter utvalgets syn vil det gi mest sammenheng i regelverket dersom enhver kan be om innsyn, uten at det er en nærmere vurdering av hvem, gitt at offentleglova ikke stiller et slikt krav. Dette er også i samsvar med dagens regulering i anskaffelsesforskriften. Også i udbudsloven i Danmark er bestemmelsen gjennomført slik at det er «enhver» som kan be om innsyn i disse kontraktene.

Utvalget foreslår å gjennomføre bestemmelsen i den generelle regelen i § 1-6 som regulerer allmennhetens innsyn i anskaffelsesdokumenter, slik at innsynsreglene er samlet i loven. Dette gjelder både i ny lov om offentlige anskaffelser og lov om anskaffelser i forsyningssektorene.

¹⁴ Utvalget foreslår å sette beløpet noe lavere enn en ren valutajustering skulle tilsi, for å hensynta fortløpende endringer i kursen. Dette sikrer at terskelverdiene vil være i samsvar med direktivets beløp, samt at det er et enkelt beløp å forholde seg til.

Selv om det i konsesjonskontraktdirektivet ikke er gitt en likelydende, eller for øvrig spesifikk bestemmelse om oppbevaring og innsyn i kontrakt, er prinsippet om gjennomsiktighet nevnt i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 3 og artikkel 28. Utvalget mener derfor at det må sikres en viss grad av innsyn også i konsesjonskontrakter for å overholde gjennomsiktighetsprinsippet. Forenklingshensyn tilsier også at innsyn i kontrakt også reguleres i konsesjonskontraktloven, og at den utformes noenlunde likt som i anskaffelsesloven og forsyningsloven. Utvalget foreslår derfor at konsesjonshaver må oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden. Offentlige oppdragsgivere er omfattet av offentleglova, og det vil medføre at enhver kan be om innsyn i disse kontraktene. For andre oppdragsgivere bør dette konkretiseres uttrykkelig i loven.

Boks 22.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 6 i ny lov om offentlige anskaffelser § 1-6 andre og tredje ledd
- å gjennomføre forsyningsdirektivet artikkel 99 nr. 6 i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene § 1-6 andre og tredje ledd
- at det også gis regler om oppbevaring og innsyn i kontrakt, i ny lov om konsesjonskontrakter § 1-6.

Kapittel 23

Klagegjenstand [artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt]

23.1 Innledning

Håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt fastslår at medlemsstatene skal treffe nødvendige tiltak for å sikre at det «effektivt og særlig så raskt som mulig» kan klages på beslutninger truffet av offentlige oppdragsgivere med påstand om brudd på anskaffelsesretten. Bestemmelsen gir uttrykk for EU-rettens overordnede krav til effektiv rettsbeskyttelse av de rettigheter som EU-regelverket gir opphav til.

Håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt krever videre at «beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere» må kunne påklages. EU-domstolen har tatt bestemmelsen på ordet og slått fast at alle handlinger som oppdragsgiver utfører i forbindelse med en kontrakt som er underlagt anskaffelsesdirektivet, og som kan ha rettsvirkninger, er å anse som en beslutning som skal kunne påklages.¹

EU-domstolen fremholdt i sak C-66/22 at oppdragsgivers begrunnelse om ikke å avvise en leverandør, til tross for at oppdragsgiver hadde en rett til dette, må begrunnes, slik at det er adgang til å prøve denne beslutningen rettslig.² Om handlingen foretas i eller utenfor den formelle konkurransegjennomføringen, er uten betydning.³ EU-domstolen har samtidig trukket grensen mot beslutninger av mer forberedende karakter, som innledende undersøkelser av markedet og forberedende, interne vurderinger oppdragsgiver gjør med sikte på å foreta en anskaffelse. Slike beslutninger faller utenfor artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt.⁴

Av artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt følger det at klagen må bygge på at beslutningen er i strid med EU-reglene om offentlige kontrakter eller nasjonale regler som gjennomfører disse reglene i nasjonal rett. En klage kan imidlertid også være begrunnet med at beslutningen ikke er i samsvar

med EU-rettens prinsipper, idet oppdragsgiver også må overholde disse ved gjennomføringen av en anskaffelse. EU-domstolen kom av denne grunn i sak C-92/00 *HI* til at en beslutning om å avlyse konkurransen om en kontrakt som er underlagt anskaffelsesdirektivet, måtte kunne være gjenstand for klage, selv om direktivet ikke oppstiller vilkår for når en konkurranse kan avlyses.⁵

Klager som er begrunnet med overtredelse av rent nasjonale anskaffelsesregler, det vil si regler som ikke springer ut av en tilsvarende forpliktelse i EU-retten, faller utenfor virkeområdet til artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt. Adgangen til å påklage brudd på rent nasjonale regler vil bero på nasjonal rett i den enkelte medlemsstat.

23.2 EU-domstolens praksis

Spørsmålet om hvilke beslutninger som må kunne være gjenstand for klage i henhold til håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, er forelagt EU-domstolen i en rekke saker. Som følge av direktivbestemmelsens vide ordlyd har resultatet i de fleste saker vært at den aktuelle beslutningen må kunne påklages.

EU-domstolen har blant annet fastslått at oppdragsgivers *valg om ikke å iverksette konkurranse fordi kontrakten antas å falle utenfor anskaffelsesdirektivet*, er en beslutning som må kunne være gjenstand for klage.⁶ EU-domstolen påpekte at det motsatte resultat ville gjøre det valgfritt å følge anskaffelsesreglene, samtidig som det ville innebære en vesentlig begrensning i formålet om effektiv og hurtig klagebehandling.⁷ Dette er senere nedfelt i fortalen til endringsdirektivet.⁸

¹ C-26/03 Stadt Halle

² C-66/22 Infraestruturas de Portugal SA avsnitt 90

³ C-26/03 Stadt Halle avsnitt 34

⁴ Ibid. avsnitt 35

⁵ C-92/00 Hospital Ingenieure avsnitt 42

⁶ C-26/03 Stadt Halle avsnitt 36

⁷ Ibid. avsnitt 33 til 37

⁸ Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene 2007 premiss 2 in fine

En *beslutning som tillater en leverandør å delta i konkurransen* må kunne påklages (av andre leverandører), jf. sak C-391/15 *Marina del Mediterráneo*.⁹

En *beslutning om avvisning* må kunne påklages (av den avviste leverandøren), jf. sak C-100/12 *Fastweb*.¹⁰

En *beslutning om å tildele kontrakt* skal alltid kunne påklages. EU-domstolen har presisert at klageadgangen må være i behold, uavhengig av muligheten for å kreve erstatning etter at kontrakten er blitt inngått, jf. sak C-81/98 *Alcatel Austria*.¹¹ Uttalelsen er gjentatt blant annet i *Stadt Halle*.¹²

Oppdragsgivers *beslutning om å avlyse en konkurranse* må kunne påklages, jf. sak C-92/00 *HI*. EU-domstolen viste blant annet til at formålet med håndhevingsdirektivet ville settes i fare dersom en avlysningsbeslutning ikke er underlagt domstolskontroll, og heller ikke kan settes til side med den begrunnelse at den er i strid med anskaffelsesreglene.¹³ EU-domstolen gjentok dette i sak C-15/04 *Koppensteiner*.¹⁴

I sak C-682/21 *HSC Baltic mfl.* var situasjonen at leverandører kunne bli oppført på en nasjonal liste over upålitelige leverandører som følge av vesentlige kontraktsbrudd, noe som medførte at leverandørene ble utestengt fra å konkurrere om offentlige kontrakter. Spørsmålet for EU-domstolen var om listeføringen utgjorde en «beslutning» i henhold til artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, og som derfor måtte kunne påklages av leverandøren. EU-domstolen besvarte spørsmålet bekreftende. Det sentrale i begrunnelsen var at beslutningen må være i samsvar dels med reguleringen av frivillige avvisningsgrunner i anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 4 bokstav g, dels med prinsippet om forholdsmessighet i artikkel 18 nr. 1.¹⁵

⁹ C-391/15 *Marina del Mediterráneo* avsnitt 27 og 28

¹⁰ C-100/12 *Fastweb* avsnitt 26

¹¹ C-81/98 *Alcatel Austria* avsnitt 43

¹² C-26/03 *Stadt Halle* avsnitt 31

¹³ C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 55 til 57

¹⁴ C-15/04 *Koppensteiner* avsnitt 29-31. Det sentrale spørsmålet i saken var om et klageorgan hadde plikt til å se bort fra nasjonale regler som forhindret den i å overholde forpliktelsen i håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 1 og artikkel 2 nr. 1 bokstav b. EU-domstolen kom til at klageorganet hadde slik plikt, jf. avsnitt 38 og 39.

¹⁵ C-682/21 *HSC Baltic* avsnitt 64

23.3 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I dansk rett er det ingen konkret gjennomføring av artikkel 1. nr. 1 fjerde avsnitt, men lov om Klagenævnet for Udbud angir lovens anvendelsesområde i § 1 gjennom å vise til at loven gjelder for håndhevingen av flere regelverk, blant annet udbudsloven, EU-retten vedrørende inngåelsen av offentlige kontrakter innen forsyningssektorene, tilbudsloven og andre regler som viser til Klagenævnet for Udbud.

I svensk rett er det ingen konkret gjennomføring av artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt. Det fremgår av LOU kapittel 20 § 4 at en anskaffelse skal kunne påklages til forvaltningsdomstolen, og det følger av § 5a at saken skal håndteres «skyndsamt». Det samme gjelder prøving av en avtales gyldighet (om en avtale skal kjennes «uten virkning»). Konkurrensvirket er gitt hjemmel til å «utöva tillsyn över att denna lag följs».¹⁶

23.4 Gjennomføring i norsk rett

Bestemmelsen er ikke direkte gjennomført i anskaffelsesloven (2016), men forutsetningsvis i § 8. Bestemmelsen viser til «beslutninger». Av forarbeidene fremgår det at beslutninger omfatter samtlige avgjørelser, valg og premisser som en oppdragsgiver tar fra start til slutt i en anskaffelsesprosedyre.^{17 18 19}

23.5 Utvalgets vurdering

Etter utvalgets syn er det ikke behov for en særskilt gjennomføring av håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt om effektive og hurtige klagemuligheter, og gjeldende anskaffelsesregelverk inneholder heller ingen direkte gjennomføring av bestemmelsen. Utvalget er likevel av den oppfatning at det kan være hensiktsmessig å synliggjøre formålet med håndhevingsbestemmelsene, slik som i formålsbestemmelsen i dagens klagenemndsforskrift § 1 og for så vidt også tvisteloven § 1-1.

Utvalgets vurdering er at håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt om at «beslut-

¹⁶ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling kapittel 20 § 4 og kapittel 21 §1.

¹⁷ NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser*, merknader til § 7

¹⁸ Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 67

¹⁹ Prop. 51 L (2015–2016), merknader til § 8

ninger truffet av de offentlige oppdragsgivere» må kunne påklages bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Det er hensiktsmessig at loven inneholder en konkretisering av hva som er klagegjenstand, nemlig «beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere». I de fleste saker vil det trolig ikke være særlig omtvistet om det foreligger en beslutning som må kunne påklages. Gjennomgangen av EU-domstolens praksis viser imidlertid at begrepet skal tolkes vidt, og vil gå lengre enn det som i dagligtale kan karakteriseres som en «beslutning». For eksempel vil en oppdragsgivers valg om å anskaffe noe uten å gjennomføre en konkurranse, i den tro at anskaffelsen ikke er omfattet av direktivet, være en unnlattelse som skal kunne påklages.

I klagenemndforskriften har § 6 en bestemmelse om at en klage til KOFA må gjelde «unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne». Etter utvalgets syn gir denne formuleringen en dekkende formulering av klagegjenstanden, tilpasset norsk rettstradisjon og velkjent for rettsanvendere innen anskaffelsesretten. Utvalget

foreslår derfor at formuleringen fra klagenemndforskriften § 6 videreføres i ny lov om offentlige anskaffelser, men som en gjennomføring av håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt. Dette innebærer at ny lovbestemmelse skal tolkes også på bakgrunn av EU-domstolens praksis og andre EØS-rettslige kilder, og i tillegg vil tidligere nemnds- og rettspraksis kun være relevant så langt tolkningen og tolkningsresultatene i de tidligere sakene samsvarer med EU-rettens krav.

Boks 23.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt som omhandler klagegjenstand i ny lov om offentlige anskaffelser § 25-1
- å synliggjøre formålet med håndhevingsbestemmelsene i ny lov om offentlige anskaffelser.

Kapittel 24

Klageinteresse [artikkel 1 nr. 3]

24.1 Innledning

Håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 gir regler om hvem som skal ha adgang til å klage på oppdragsgivers beslutninger i en anskaffelsesprosess (rettslig klageinteresse). Det er gitt en tilsvarende bestemmelse i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 1 nr. 3.

Det følger av bestemmelsen at medlemsstatene skal sikre at klagebehandlingen minst er tilgjengelig for «enhver person som har, eller har hatt, en interesse av en bestemt kontrakt» og som har blitt eller risikerer å bli skadelidende som følge av en påstått overtredelse. Vilkårene er kumulative. Det kreves dermed ikke at medlemsstatene gir «enhver» klageadgang, noe som også er understreket av EU-domstolen i en rekke avgjørelser, blant annet i sak C-53/22 VZ.¹

Klageadgang er gitt til «enhver person». Etter ordlyden er den rettslige klageinteressen ikke begrenset til de som anskaffelsesdirektivene definerer som «økonomiske aktører», eller til leverandører som har levert forespørsel om å delta i en konkurranse. De øvrige vilkårene i artikkel 1 nr. 3 medfører likevel at det i hovedsak er de som har deltatt i konkurransen om en offentlig kontrakt, som har rettslig klageinteresse.

Artikkel 1 nr. 3 er en minimumsharmonisering av nasjonale regler om klageinteresse. Det bestemmelsen krever, er at medlemsstatene minst skal sørge for klageadgang for alle som oppfyller vilkårene. Medlemsstatene står følgelig fritt til å gi klageadgang også til andre aktører, jf. blant annet sak C-492/06 *Consortio Elisoccorso San Raffaele*.²

Håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 3 er ikke gjennomført i anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften i dag. Som nevnt i kapittel 18 er det i dag de ordinære domstolene som er håndhevingsorganer i håndhevingsdirektivenes forstand, og kravet til klagemuligheter for alle med

klageinteresse oppfylles da forutsetningsvis av tvisteloven § 1-3. Samtidig slår klagenemndsforskriften § 6 andre ledd fast at adgangen til å klage til KOFA er åpen for enhver med «saklig interesse» i å få vurdert lovmessigheten av unnlater, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

I det følgende vil det foretas en gjennomgang av de typetilfellene som er behandlet i EU-domstolens praksis.

24.2 Typetilfeller

24.2.1 Leverandører som har deltatt i konkurransen om en kontrakt

Kjerneområdet for artikkel 1 nr. 3 er de leverandører som deltar, eller har deltatt, i konkurransen om en offentlig kontrakt. Konkurransedeltakerne vil enten ha, eller ha hatt, en interesse i å oppnå kontrakten de konkurrerer om, og oppfyller uten videre det første vilkåret for rettslig klageinteresse.

Det er imidlertid ikke automatikk i at samtlige konkurransedeltakere oppfyller det andre vilkåret for rettslig klageinteresse, altså kravet om å ha lidt eller risikere å lide skade som følge av et påstått regelbrudd. Dette vilkåret har gitt opphav til en rekke saker for EU-domstolen – i første rekke med spørsmål om leverandører som er blitt avvist fra konkurransen, eller som kunne eller skulle ha vært avvist, har rettslig klageinteresse. EU-domstolens praksis viser at vurderingen av klageinteressen ikke er den samme for disse to gruppene leverandører.

24.2.2 Leverandører som er blitt avvist fra konkurransen

Leverandører som har deltatt i konkurransen om en offentlig kontrakt, men er blitt avvist eller har fått sitt tilbud avvist, har ikke rettslig klageinteresse dersom beslutningen om avvisning er endelig, jf. EU-domstolen sak C-355/15 *Bietergemein-*

¹ C-53/22 VZ mot CA avsnitt 30 med videre henvisninger

² C-492/06 *Consortio San Raffaele* avsnitt 26 og 27

schaft.³ Saken gjaldt en konkurranse med forhandlinger i Østerrike hvor to leverandører deltok, men den ene ble avvist på grunn av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene. Den avviste leverandøren påklaget avvisningsbeslutningen til forvaltningsdomstolen, som opprettholdt avvisningen. En anke til ankedomstolen førte ikke frem. Tildelingsbeslutningen ble påklaget i en egen sak, med den begrunnelse at valgte leverandør skulle ha vært avvist. Denne klagen ble avvist under henvisning til at leverandøren var blitt avvist fra konkurransen. EU-domstolen konkluderte med at håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 ikke er til hinder for at leverandør som er «endelig avvist» nektes adgang til å klage på tildelingsbeslutningen, jf. håndhevingsdirektivet artikkel 2a nr. 2 andre avsnitt.⁴ En leverandør som ikke er endelig avvist, risikerer derimot å lide skade av en ulovlig tildelingsbeslutning dersom avvisningsbeslutningen oppheves.⁵ Etterfølgende rettspraksis fra EU-domstolen har stadfestet dette.^{6 7}

24.2.3 Leverandører som blir møtt med at de skulle ha vært avvist fra konkurransen

Som et utgangspunkt kan leverandører som deltar i konkurransen, ikke nektes adgang til å klage på tildelingsbeslutningen med den begrunnelse at vedkommende tilbud skulle ha vært avvist, jf. sak C-249/01 *Hackermüller*.⁸ I denne saken hadde en leverandør som mente seg forbigått, påklaget tildelingsbeslutningen med den begrunnelse at oppdragsgiver hadde gjort feil i evalueringen av hvilket tilbud som var det beste. Klageorganet (Bundesvergabeamt) avviste klagen ex officio under henvisning til at klagerens tilbud skulle ha vært avvist. Ifølge klageorganet ville klageren derfor ikke lide eller risikere å lide skade som følge av eventuelle feil ved tildelingsbeslutningen. EU-domstolen mente at det ville sette formålet med håndhevingsdirektivet i fare dersom klageinstansen kunne nekte en leverandør klageadgang, med den begrunnelse at oppdragsgiver feilaktig har unnlatt å avvise hans tilbud før tildeling av kontrakt.⁹ Resultatet ville i så fall bli at klageinstansen

både nekter klageren muligheten til å påklage tildelingsbeslutningen *og* muligheten til å påklage grunnlaget for å nekte ham dette.¹⁰

Et unntak gjelder hvor klageren er gitt, eller gis, mulighet til å imøtegå avvisningsgrunnlaget. I et slikt tilfelle vil klageorganet kunne la være å realitetsbehandle klagen hvis det kommer til at det er riktig at klagerens tilbud skulle ha vært avvist.¹¹ Vilkåret i artikkel 1 nr. 3 vil da ikke være oppfylt, ettersom en klager som skulle ha vært avvist, uansett ikke vil kunne vinne ved en eventuell fornyet vurdering og dermed ikke lide skade.

Unntaket gjelder likevel ikke dersom klagegrunnen er at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist. EU-domstolen har lagt til grunn at en leverandør som påklager tildelingsbeslutningen med påstand om at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, ikke kan nektes realitetsbehandling av klagen med den begrunnelse at hans eget tilbud skulle ha vært avvist. Sak C-100/12 *Fastweb* gjaldt avrop under to parallelle rammeavtaler. Leverandøren som ikke ble tildelt oppdraget, påklaget tildelingsbeslutningen og anførte at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av de tekniske spesifikasjonene. Valgte leverandør intervenerte i saken og fremmet motkrav om at klagerens tilbud skulle ha vært avvist. Etter italienske prosessregler skulle klageorganet (forvaltningsdomstolen) ta stilling til motkravet først, for deretter å avvise klagen dersom motkravet førte frem. EU-domstolen slo fast at håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 stenger for en slik prioritering, og at klageren i et tilfelle som dette har interesse i å få sin klage behandlet.¹² EU-domstolens konklusjon var at en leverandør har rett til å få realitetsbehandlet en klage på tildelingsbeslutningen, dersom den er begrunnet med at valgte leverandørs tilbud skulle ha vært avvist, til tross for at valgte leverandør har reist motsøksmål med krav om at klagerens eget tilbud skulle ha vært avvist. Saken gjaldt særlige italienske prosessregler om hvordan en klage skal behandles når *valgte leverandør imøtegår den med å reise motsøksmål*. Det kan stilles spørsmål ved om utfallet ville blitt et annet om det var *oppdragsgiver* som imøtegikk klagen med at klagerens tilbud skulle ha vært avvist, jf. tilnærmingen i den tidligere nevnte sak C-249/01 *Hackermüller*.

I sak C-333/18 *Lombardi* hadde leverandøren med det tredje beste tilbudet påklaget tildelings-

³ C-355/15 *Bietergemeinschaft*

⁴ Det følger av håndhevingsdirektivet artikkel 2a nr. 2 andre avsnitt at en avvisning er «endelig» dersom den er meddelt leverandøren, og enten er opprettholdt av et klageorgan eller ikke lenger kan være gjenstand for klagebehandling.

⁵ C-355/15 *Bietergemeinschaft* avsnitt 34

⁶ C-787/21 *Estaleiros Navais de Peniche*

⁷ C-493/22 *Armaprocure*

⁸ C-249/01 *Hackermüller*

⁹ *Ibid.* avsnitt 23

¹⁰ *Ibid.* avsnitt 26

¹¹ *Ibid.* avsnitt 27 og 28

¹² C-100/12 *Fastweb* avsnitt 33

beslutningen i en åpen anbudskonkurranse og gjort gjeldende at både valgte leverandør og nest beste leverandør skulle ha vært avvist. Valgte leverandør reiste motsøksmål med krav om at klageren skulle ha vært avvist. Basert på tidligere rettspraksis konstaterte EU-domstolen at klageren hadde rettslig interesse i å få realitetsbehandlet klagen i en slik situasjon. EU-domstolen gjentok i sak C-497/20 *Randstad Italia* at det ikke har noen betydning hvilken rangering klagerens tilbud har fått.¹³

24.2.4 Deltakere i et leverandørfellesskap

Leverandører kan delta i konkurranser om offentlige kontrakter i fellesskap med andre, for eksempel som et joint venture, konsortium eller annet. Håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 krever som et minimum at et leverandørfellesskap, det vil si deltakerne i fellesskap, må kunne påklage oppdragsgivers beslutninger, herunder tildelingsbeslutningen, jf. også EU-domstolen i sak C-57/01 *Makedoniko Metro og Michaniki*.¹⁴ Den enkelte deltaker i et leverandørfellesskap kan imidlertid nektes å klage på tildelingsbeslutningen alene, jf. EU-domstolen i sak C-129/04 *Espace Trianon mfl.*¹⁵ EU-domstolen bygget dette standpunktet på at det er leverandørfellesskapet, og ikke den enkelte deltaker, som har levert tilbud og er å anse som den enhet som har interesse i å oppnå en bestemt kontrakt i direktivets forstand.¹⁶ Videre pekte EU-domstolen på at deltakerne stod fritt til å avtale seg imellom om klage skulle settes eller ikke.¹⁷ EU-domstolen konkluderte med at denne tolkningen heller ikke undergraver direktivets effektive virkning.¹⁸

Krav om erstatning står imidlertid i en annen stilling. I forente saker C-145/08 og C-149/08 *Club Hotel Loutraki mfl.* kom EU-domstolen til at den enkelte deltaker i et leverandørfellesskap må ha mulighet til å kreve erstatning for brudd på anskaffelsesreglene uavhengig av de øvrige deltakerne.¹⁹ Deltakerne vil kunne ha lidt forskjellige

tap og ha ulike interesser i å forfølge eventuelle erstatningskrav.²⁰

Ettersom håndhevingsdirektivet bare oppstiller minstekrav til klageadgangen, stenger uansett ikke artikkel 1 nr. 3 for nasjonale regler som tillater enkelt deltakere i et leverandørfellesskap å klage på tildelingsbeslutningen alene. EU-domstolen stadfestet dette i sak C-492/06 *Consortio Elisoccorso San Raffaele*.²¹

24.2.5 Potensielle leverandører

Som et utgangspunkt gir ikke håndhevingsdirektivet klagerett for en leverandør som har latt være å delta i konkurransen, jf. sak C-230/02 *Grossmann Air Service*²² og C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità*.²³ En leverandør som ikke har deltatt kan vanskelig påvise interesse i å utfordre tildelingsbeslutningen, idet leverandøren uansett ikke kan oppnå kontrakten. Tilsvarende vil en leverandør som ikke har deltatt i konkurransen normalt ikke kunne sannsynliggjøre å ha lidt eller risikere å lide skade som følge av beslutningen.

Dette utgangspunktet må nyanseres for tre forhold:

- Adgang til å klage på diskriminerende betingelser.
- Adgang til å klage på ulovlige direkteanskaffelser.
- Adgang til å klage på vesentlige endringer.

Diskriminerende betingelser

En potensiell leverandør har adgang til å klage på påstått diskriminerende betingelser i anskaffelsesdokumentene, forutsatt at diskrimineringen har forhindret leverandøren i å kunne levere tilbud, jf. sak C-230/02 *Grossmann Air Service*.²⁴ Ifølge EU-domstolen ville det være urimelig å kreve at en leverandør som hevder å være skadelidende som følge av påstått diskriminerende spesifikasjoner i anskaffelsesdokumentene, skal være tvunget til å delta i konkurransen og levere tilbud på en kontrakt som leverandøren uansett ikke har noen mulighet til å bli tildelt som følge av det

¹³ C-497/20 *Randstad Italia* avsnitt 74

¹⁴ C-57/01 *Makedoniko Metro og Michaniki* avsnitt 73

¹⁵ C-129/04 *Espace Trianon*

¹⁶ *Ibid.* avsnitt 19 og 20

¹⁷ *Ibid.* avsnitt 23

¹⁸ *Ibid.* avsnitt 26

¹⁹ Avgjørelsen bygger ikke på håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3, men det generelle EU-rettslige prinsippet om effektiv domstolsbeskyttelse. Det påståtte bruddet på anskaffelsesregelverket var ikke begått av oppdragsgiver, men et annet offentlig kontrollorgan, slik at saken lå utenfor håndhevingsdirektivets virkeområde.

²⁰ Forente saker C-145/08 og C-149/08 *Club Hotel Loutraki* avsnitt 79

²¹ C-492/06 *Consortio San Raffaele* avsnitt 26 til 30

²² C-230/02 *Grossmann Air Service* avsnitt 27

²³ C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità* avsnitt 46

²⁴ C-230/02 *Grossmann Air Service* avsnitt 28. I den konkrete saken kunne ikke klageren levere samtlige etterspurte tjenester med charterfly fordi klageren ikke disponerte «større flytyper».

påståtte bruddet på anskaffelsesreglene.²⁵ Videre pekte EU-domstolen på at håndhevingsdirektivet legger opp til at det må være mulig å klage direkte på diskriminerende tekniske, økonomiske og finansielle spesifikasjoner uten å vente på tildeling av kontrakt, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav b.²⁶

Avgjørelsen er opprettholdt i senere rettspraksis, men EU-domstolen har understreket at leverandøren må kunne påvise at de påstått ulovlige spesifikasjonene har gjort det umulig å levere tilbud.²⁷ At det er «meget usannsynlig» at leverandøren ville bli tildelt kontrakten, er ikke tilstrekkelig. EU-domstolen har også fastholdt at det ikke er å gå for langt å kreve umulighet, siden klageadgangen er et unntak fra utgangspunktet om at potensielle leverandører ikke har rettslig klageinteresse.²⁸

Ulovlige direkteanskaffelser

Potensielle leverandører har adgang til å klage på påstått ulovlige direkteanskaffelser. Vilkårene for klageinteresse i håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 vil normalt være oppfylt dersom leverandøren kan påvise at vedkommende har eller har hatt en interesse i å oppnå en kontrakt som oppdragsgiver har tildelt direkte til en annen leverandør. En eventuell ulovlig direkteanskaffelse vil ha fratatt leverandøren muligheten til å konkurrere om kontrakten, og kravet om å lide eller ha lidt skade som følge av bruddet på anskaffelsesreglene vil da være oppfylt.

I sak C-454/06 *Pressetext* tok imidlertid EU-domstolens generaladvokat forbehold for de tilfeller hvor det er åpenbart at den potensielle leverandøren ikke har klageinteresse.²⁹ Hvorvidt det er grunnlag for å innfortolke et slikt krav, er ikke avklart av EU-domstolen. Utvalget har imidlertid vanskelig for å se reelle grunner mot dette. Leverandører som for eksempel opplagt ikke er i stand til å levere den etterspurte ytelsen, eller som opplagt ikke oppfyller de krav som oppdragsgiver vil måtte stille til deres kvalifikasjoner, må kunne nektes adgang til å klage på en påstått ulovlig direkteanskaffelse.

Håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 gir også potensielle leverandører adgang til å klage på en

beslutning om å foreta en direkteanskaffelse, jf. sak C-260/17 *Anodiki Services EPE*.³⁰

Vesentlige endringer

Håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 gir potensielle leverandører adgang til rettslig overprøving av om oppdragsgiver har foretatt vesentlige endringer i en inngått kontrakt. En oppdragsgiver som ikke lovlig kan foreta en ønsket endring i en kontrakt, må enten la være å endre kontrakten eller gjennomføre ny konkurranse om en kontrakt som fanger opp endringen. Dersom leverandøren kan påvise en interesse i å oppnå en slik (ny) kontrakt, lider han skade som følge av at oppdragsgiveren fratar ham muligheten til å konkurrere om denne bestemte kontrakten ved i stedet å foreta ulovlige endringer i en allerede inngått kontrakt, jf. artikkel 1 nr. 3.

At potensielle leverandører har rettslig klageinteresse i disse tilfellene, ble slått fast av EU-domstolen i forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal*. Saken gjaldt klage på endringer som var foretatt i en konsesjonskontrakt som var inngått etter konsesjonskontraktdirektivet, men den rettslige klageinteressen må være den samme ved endringer som foretas i andre offentlige kontrakter. EU-domstolen uttalte at det er uten betydning for klageinteressen om leverandøren deltok i den forutgående konkurransen om den aktuelle kontrakten.³¹ Klagerens interesse er her ikke knyttet til resultatet av den opprinnelige konkurransen, men til den nye konkurransen som etter klagerens syn må gjennomføres.

24.2.6 Oppdragsgivere

Offentlige oppdragsgivere har ikke rettslig klageinteresse etter håndhevingsdirektivet. De faller utenfor ordlyden i artikkel 1 nr. 3, og i sak C-570/08 *Symvoulio* slo EU-domstolen fast at klageadgang heller ikke kan forankres i andre bestemmelser i direktivet. Saken gjaldt søksmål fra en oppdragsgiver mot et kypriotisk klageorgan (som ikke var en domstol), etter at klageorganet hadde besluttet å sette til side oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Kypriotiske domstoler avviste søksmålet. Spørsmålet for EU-domstolen var om søksmålsadgang for oppdragsgiveren kunne forankres i artikkel 2 nr. 9, som krever at beslutninger fattet av et klageorgan som ikke selv er en domstol, skal kunne overprøves av en domstol.

²⁵ Ibid. avsnitt 29

²⁶ Ibid. avsnitt 30

²⁷ C-328/17 *Amt Azienda Trasporti e Mobilità* avsnitt 51

²⁸ Ibid. avsnitt 53

²⁹ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott i sak C-454/06 *Pressetext*: avsnitt 151

³⁰ C-260/17 *Anodiki Services* avsnitt 47

³¹ Forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* avsnitt 62 og 63

EU-domstolen kom til at artikkel 2 nr. 9 ikke er hjemmel for klageadgang for oppdragsgivere.³² Domstolen understreket at det er artikkel 1 nr. 3 som regulerer hvem som skal ha klageadgang. Artikkel 2 nr. 9 er utelukkende en rettssikkerhetsgaranti for de tilfeller håndheving i første instans skjer for et organ som ikke er en domstol, og innebærer ingen utvidelse av kretsen av de klageberettigede. I vurderingen pekte EU-domstolen blant annet på at EU-kommisjonens intervensjonsmulighet etter artikkel 3 bøter på de tilfeller hvor en beslutning fra et klageorgan eventuelt ikke vil kunne bli påklaget (beslutningen går oppdragsgiver imot, men oppdragsgiver har ikke rett til å kreve rettslig overprøving av beslutningen).

Samtidig presiserte EU-domstolen at medlemsstatene står fritt til likevel å gi oppdragsgivere klageadgang, i tråd med prinsippet om nasjonal prosessautonomi, og at håndhevingsdirektivet ikke er noen fullharmonisering av medlemsstatenes håndhevingssystemer.³³

24.2.7 Andre aktører

Interesseorganisasjoner og foreninger faller utenfor ordlyden i artikkel 1 nr. 3 og har derfor ikke rettslig klageinteresse etter EU/EØS-retten.³⁴ Direktivet er likevel ikke til hinder for at medlemsstatene selv velger å gi «andre aktører» klageadgang.

24.3 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I lov om klagenævnet for udbud er det gitt regler i § 6 om hvem som kan inngi klage til Klagenævnet for Udbud. Det følger av § 6 nr. 1 at klage kan fremsettes av enhver som har rettslig interesse. Videre følger det av § 6 nr. 2 at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan inngi klage. Deretter følger det av § 6 nr. 3 at erhvervs- og vækstministeren kan utpeke organisasjoner og offentlige myndigheter som har klageadgang. Denne adgangen er benyttet, og det er i dansk rett gitt klageadgang til blant annet Finansministeriet, Dansk Industri, Dansk Erhverv, Dansk Bryggeri og KL.³⁵ Tilsvarende organisasjoner i andre EØS-land har også klageadgang, jf. § 6 nr. 4.

³² C-570/08 Symvoulou avsnitt 25 til 35

³³ Ibid. avsnitt 36 til 37

³⁴ Hvis en organisasjon eller forening opptrer som en leverandør eller potensiell leverandør, vil disse i likhet med andre leverandører kunne ha rettslig klageinteresse på grunnlag av direktivets bestemmelser om rettslig klageinteresse.

I svensk rett er det gitt regler om klageinteresse i LOU kapittel 20 § 4. Klageretten er avgrenset til leverandører som mener at de har lidt et økonomisk tap eller kan komme til å lide et tap i forbindelse med en anskaffelse. Det har vært diskutert om Konkurrentverket og ulike bransjeorganisasjoner burde gis klagerett, men det er ikke fulgt opp.³⁶

24.4 Gjennomføring i norsk rett

24.4.1 Innledning

Håndhevingsdirektivene fastsetter kun minstekrav til hvem som skal kunne fremme klage eller søksmål med krav om sanksjonene som er regulert i direktivet. Slik utvalget ser det, er det ikke tvilsomt at søksmålsadgangen etter tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 oppfyller direktivets minstekrav. Det samme gjelder for klageadgangen til KOFA etter klagenemndsforordningen § 6, selv om denne i dag ikke regnes som gjennomføring av håndhevingsdirektivene.

I det følgende gis en kort oversikt over klage- og søksmålsadgangen til KOFA og domstolene.

24.4.2 Ulovlige direkteanskaffelser

24.4.2.1 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

For klager på ulovlige direkteanskaffelser gjelder ikke kravet til «saklig interesse» i klagenemndsforordningen § 6, jf. § 13a første ledd. Dette betyr at enhver kan klage på ulovlige direkteanskaffelser, med overtredelsesgebyr etter anskaffelsesloven § 12 som potensiell sanksjon. Ut over potensielle leverandører kan praktiske eksempler være ulike interesseorganisasjoner og foreninger.

Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Overprøving må skje i form av et søksmål rettet mot KOFA, jf. anskaffelsesloven § 12 sjette ledd. I tilfeller hvor KOFA har ilagt et gebyr, er det i praksis bare den oppdragsgiver som gebyrvedtaket retter seg mot som vil ha reelt behov for å få prøvd vedtaket. I anskaffelsesloven § 12 sjette ledd er det tatt inn en særskilt hjemmel for at også statlige myndigheter og organer kan reise søksmål. Årsaken er at staten regnes som én

³⁵ Se nærmere om dette i digitalt vedlegg nr. 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*.

³⁶ Se nærmere i digitalt vedlegg nr. 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*.

juridisk person i sivilprosessuell sammenheng, slik at det er nødvendig med særskilt hjemmel for at et statlig organ (den aktuelle oppdragsgiver) skal kunne saksøke et annet statlig organ (KOFA).³⁷

Også i gebyrsakene vil det imidlertid være en klager som har brakt saken inn for KOFA. Dersom KOFA skulle komme til at det ikke er grunnlag for å ilegge noe gebyr, eller eventuelt utmåler et gebyr som klager mener er for lavt, kan det oppstå spørsmål om klager vil ha anledning til å bringe KOFAs vedtak inn for tingretten. Dette er ikke drøftet uttrykkelig i forarbeidene til bestemmelsen, men det er mer generelt vist til at aktører med rettslig interesse kan reise et eget søksmål mot oppdragsgiver med krav om sanksjoner for en ulovlig direkteanskaffelse etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14.³⁸ Noe reelt behov for at klager skal kunne saksøke KOFA i et slikt tilfelle, er det derfor neppe.

Videre er det i anskaffelsesloven § 12 syvende ledd en regel om at dersom en domstol sanksjonerer en ulovlig direkteanskaffelse etter §§ 13 og 14 i en sak hvor KOFA allerede har ilagt et overtredelsesgebyr, så skal KOFA oppheve vedtaket og tilbakebetale gebyret. Bestemmelsen har blitt tolket slik at søksmål om anskaffelsesloven §§ 13 og 14 har forrang fremfor søksmål som gjelder KOFAs overtredelsesgebyr etter § 12, noe som må være riktig for å sikre at sanksjonen «uten virkning» kan være den primærsanksjonen som håndhevingsdirektivet krever.³⁹ Dette innebærer at dersom en potensiell leverandør eller en interesseorganisasjon med søksmålsadgang etter tvisteloven § 1-4 skulle anlegge et eget søksmål mot oppdragsgiver med krav om sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14, så vil dette søksmålet gå foran oppdragsgivers søksmål mot KOFA etter § 12. Søksmålet mot KOFA må da stanses i medhold av tvisteloven § 16-18.

24.4.2.2 Domstolene

Spørsmålet om tvistelovens alminnelige regler om søksmålsinteresse var tilstrekkelig til å sikre effektiv sanksjonering av ulovlige direkteanskaffelser, ble drøftet av Håndhevingsutvalget i 2010.⁴⁰ Utvalget fremhevet at det faktisk at håndheving av ulovlige direkteanskaffelser bygger på

privat håndheving, tilsa at det ikke burde være strenge krav for å tilfredsstille tvistelovens krav for søksmålsinteresse. Utvalget vurderte å utvide kretsen av søksmålsberettigede utover det som følger av tvisteloven §§ 1-3 og 1-4, men konkluderte med at det var tilstrekkelig med en liberal tolkning av de gjeldende reglene. Departementet sluttet seg til denne vurderingen. Departementet presiserte imidlertid at «interesseorganisasjoner på leverandørsiden vil måtte antas å ha tilstrekkelig interesse i saker om ulovlige direkteanskaffelser, slik at de vil oppfylle kravet til 'rettslig interesse'».⁴¹ Etter gjeldende rett må derfor både konkurrenter, interesseorganisasjoner og andre som kan tenkes å ha en berettiget interesse i å få sanksjonert ulovlige direkteanskaffelser anses som søksmålsberettigede etter tvisteloven § 1-3, jf. eventuelt § 1-4.

24.4.3 Øvrige brudd på anskaffelsesregelverket

24.4.3.1 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndforskriften § 6 angir at klage kan settes av enhver som har «saklig interesse» i å få vurdert lovmessigheten av en unnlattelse, handling eller beslutning under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.

I KOFA-praksis er det lagt til grunn at dersom klager har deltatt i konkurransen, er kravet om saklig klageinteresse som utgangspunkt oppfylt.⁴² Videre er det lagt til grunn at vilkåret er oppfylt dersom klager ikke har deltatt i konkurransen, men uomtvistelig er en potensiell leverandør.⁴³ Også dersom leverandøren ikke er potensiell leverandør i den konkrete konkurransen, kan vilkåret være oppfylt etter en konkret vurdering. Et eksempel er KOFA-2019-8, der det ble vektlagt at en konkurrerende lisensleverandør hadde et reelt behov for å få prøvd lovmessigheten av å stille krav om bruk av en konkret programvare.

I kravet til «saklig interesse» har KOFA innført et aktualitetsvilkår som samsvarer med alminnelige prosessuelle regler om søksmålsinteresse.⁴⁴ Vurderingen av om aktuell interesse foreligger, beror på en konkret vurdering av hvil-

³⁷ Prop. 51 L (2015–2016) kapittel 7.8.4.2 side 87

³⁸ Ibid. kapittel 7.8.4.5 side 68

³⁹ LH-2022-125450

⁴⁰ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 15.13.12

⁴¹ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, kapittel 6.3.5.

⁴² KOFA-2023-182 Oslo kommune v/Bymiljøetaten avsnitt 23

⁴³ KOFA-2022-883 Sykehusinnkjøp HF avsnitt 24

⁴⁴ KOFA-2023-122 Tromsø kommune avsnitt 30

ken betydning anførselene har for klager.^{45 46} Det er for eksempel ikke et krav om at klager må være en potensiell leverandør i konkurransen dersom klager er en leverandør som har reelt og aktuelt behov for å prøve om utformingen av konkurransegrunnlaget er urettmessig begrensende.⁴⁷ Videre har KOFA lagt til grunn at når en konkurranse er avlyst, vil aktualitetsvilkåret normalt kun være oppfylt dersom anførselen gjelder lovligheiten av avlysningsbeslutningen.⁴⁸ Klager kan imidlertid likevel ha klageinteresse dersom anførselene kan gi grunnlag for et krav om erstatning.^{49 50}

KOFA har videre lagt til grunn at interesseorganisasjoner kan ha selvstendig klagerett i de tilfeller hvor organisasjonen har tilknytning til anskaffelsen. Eksempelvis har det blitt akseptert at Norske arkitekters landsforbund, Norges Praktiserende Arkitekter, Norges Taxiforbund og Nordnorske Entreprenørers Serviceorganisasjon BA kan påklage brudd på anskaffelsesregelverket på vegne av sine medlemmer.^{51 52} Forutsetningen for at vilkåret er oppfylt er at organisasjonen representerer potensielle leverandører i markedet konkurransen gjelder.⁵³

24.4.3.2 Domstolene

Utgangspunktet for organisasjoners søksmålsinteresse er tvisteloven § 1-4, som slår fast at foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt.

KOFA har lagt til grunn at kretsen av klageberettigede etter klagenemndforskriften § 6 samsvarer med kretsen av søksmålsberettigede etter tvisteloven.⁵⁴ Det eksisterer imidlertid begrenset med rettspraksis der interesseorganisasjoner har påklaget brudd på anskaffelsesregelverket til domstolene. Det er dermed ikke helt klart om domstolene legger til grunn samme vide tilnær-

ming til interesseorganisasjoners adgang til å påklage brudd som KOFA.

Et eksempel på en sak som gjaldt interesseorganisasjons adgang til å opptre som sakshjelper, er HR-2022-1552-U.⁵⁵ Saken gjaldt en entreprenørs krav om positiv kontraktsinteresse som en følge av å ha fått sitt tilbud avvist i konkurranse om oppgradering av tunnel. Høyesterett kom til at Kollektivtrafikkforeningen ikke kunne opptre som partshjelp fordi tilknytningen til den konkrete anskaffelsen var for fjern. Det ble vektlagt at selv om foreningen hadde medlemmer som foretar anskaffelser, var foreningens virkeområde bredt. Ankeutvalget uttalte i den forbindelse at:

«Ankesaken reiser enkelte rettsspørsmål ved en anskaffelse som gikk ut på oppgradering av en veitunnel. Kollektivtransportforeningen har som det fremgår en viss tilknytning til anskaffelser og de rettsspørsmålene som da kan oppstå. Tilknytningen er imidlertid vesentlig fjernere enn det som regelmessig gjør seg gjeldende når bransje- og arbeidslivsorganisasjoner gis adgang til å opptre som partshjelpere.»

Resonnementet forutsetter motsetningsvis at bransje- og arbeidslivsorganisasjoner normalt vil oppfylle vilkårene for å opptre som partshjelper. Vilårene for å opptre som partshjelp i tvisteloven § 15-7 første ledd er imidlertid ikke like som vilkårene for organisasjoners søksmålsadgang i tvisteloven § 1-4. Saken er likevel illustrerende for at domstolene kan synes å tolke søksmålskretsen noe snevrere enn KOFAs praksis knyttet til klagenemndforskriften § 6. Som nevnt synes det tilstrekkelig for KOFA at organisasjonen representerer potensielle leverandører i markedet.⁵⁶

24.5 Utvalgets vurdering

Som en følge av utvalgets anbefaling om å gjøre KOFA til et håndhevingsorgan i håndhevingsdirektivenes forstand, er det behov for å gjennomføre håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 3 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget har vurdert å ta utgangspunkt i direktivets egen formulering av hvem som er klageberettiget, nemlig enhver person som har, eller har hatt, en interesse av å bli tildelt en bestemt kontrakt, eller som har blitt, eller risikerer å bli skadelidende som følge

⁴⁵ KOFA-2021-1416 Direktoratet for Forvaltning og Økonomistyring (DFØ) avsnitt 27

⁴⁶ KOFA-2022-322 – KOFA-2022-326 Universitetet i Oslo (for-
ente saker) avsnitt 64 med videre henvisninger

⁴⁷ KOFA-2021-1416 Direktoratet for Forvaltning og Økonomistyring (DFØ) avsnitt 28

⁴⁸ KOFA-2020-663 Norges Bank avsnitt 34 og 35

⁴⁹ Ibid. avsnitt 34 og 35

⁵⁰ KOFA-2019-426 Oslo politidistrikt avsnitt 59

⁵¹ KOFA-2010-12 Helse Bergen

⁵² KOFA-2008-142 Vestviken kollektivtransport

⁵³ KOFA-2010-12 Helse Bergen avsnitt 15

⁵⁴ KOFA-2019-426 Oslo politidistrikt avsnitt 59

⁵⁵ HR-2022-1552-U Flage Maskin

⁵⁶ KOFA-2010-12 Helse Bergen avsnitt 15

av en påstått overtredelse. Dette er imidlertid en svært tung formulering og dessuten, og viktigere, må den uansett suppleres med en generell henvisning til rettslig klageinteresse eller «reelt behov» om ikke resultatet skal bli en uønsket innskrenkning av dagens krets av klage- og søksmålsberettigede.

Etter utvalgets syn bør klageadgangen formuleres etter inspirasjon fra tvistelovens bestemmelser om søksmålsadgang for domstolene. Dette gjelder både det overordnede vurderingstemaet «reelt behov» i tvisteloven § 1-3 og særbestemmelsen om foreninger, stiftelser og offentlige organers søksmålsadgang i § 1-4. En vesentlig fordel med denne løsningen, er at praksis og litteratur knyttet til tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 vil gi veiledning for KOFA i vurderingen av om en klage skal fremmes til behandling eller avvises. Samtidig understreker utvalget at både KOFA og domstolene må praktisere klage- og søksmålsadgangen i overensstemmelse med EU-domstolens tolkning av håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 3 og, mer generelt, det EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet.

Som en konsekvens av utvalgets forslag om å gi Konkurransetilsynet i oppgave å sanksjonere

ulovlige direkteanskaffelser, er det ikke behov for å videreføre unntaket fra kravet til saklig interesse som i dag følger av klagenemndsforordningen § 13a for klager på ulovlige direkteanskaffelser. Som påpekt i kapittel 21.4.1 mener imidlertid utvalget at denne særregelen må videreføres dersom forslaget om å gi gebyrmyndighet til tilsynet ikke følges opp. Klagenemndsforordningen § 13a bør da suppleres med en bestemmelse som gjør det klart at det er anledning til å innge en anonym klage til KOFA på ulovlige direkteanskaffelser.

Boks 24.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 3 om hvem som skal ha adgang til å klage på oppdragsgivers beslutninger i en anskaffelsesprosess, gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser § 25-2 andre til fjerde ledd.

Kapittel 25

Plikt til først å underrette eller klage til oppdragsgiver [artikkel 1 nr. 4 og 5]

25.1 Innledning

Håndhevingsdirektivene gir medlemsstatene adgang til å fastsette en plikt til å underrette, eller klage til, oppdragsgiver før klage sendes til det utpekte håndhevingsorganet, jf. artikkel 2. Direktivet gir således adgang til å oppstille plikter for leverandør, eller andre med rettslig klageinteresse, før klage fremmes eller søksmål reises. Adgangen til å fastsette en plikt til å underrette oppdragsgiver er inntatt i håndhevingsdirektivene i artikkel 1 nr. 4, mens adgangen til å fastsette en plikt til å først klage til oppdragsgiver er inntatt i artikkel 1 nr. 5.

Formålet er å legge til rette for at tvister kan løses på lavest mulig nivå, ved at oppdragsgiver gis muligheten til selv å vurdere og rette opp egne feil, før klageren eventuelt tar saken videre til høyere nivåer.¹

25.2 Plikt til først å underrette oppdragsgiver

Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 1 nr. 4 angir at medlemsstatene kan kreve at en aktør som ønsker å gjøre bruk av en klagebehandling, først har underrettet oppdragsgiver om den påståtte overtredelsen og om at vedkommende har til hensikt å innlevere en klage. En tilsvarende bestemmelse er gitt i artikkel 1 nr. 4 i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene. Direktivet oppstiller en rett, men ikke en plikt, til å innføre et slikt krav om å underrette. Bestemmelsen presiserer samtidig at dersom det innføres en slik plikt, kanplikten ikke berøre karenperioden som følger av direktivet artikkel 2a nr. 2, eller klagefrister som følger av artikkel 2c.

¹ Forente saker C-145/08 og C-149/08 Club Hotel Loutraki avsnitt 68

25.3 Plikt til først å klage til oppdragsgiver

Håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 5 gir medlemsstatene adgang til å kreve at klage først må innleveres til oppdragsgiver, og fastslår at en slik klage i så fall suspenderer adgangen til å inngå kontrakt til minst ti dager etter at klagen er besvart (forutsatt at det benyttes elektronisk kommunikasjon). Dersom en medlemsstat velger å innføre en plikt til først å klage til oppdragsgiver, vil følgelig enhver klage på en tildelingsbeslutning medføre at karenperioden blir forlenget.

Bestemmelsen stiller ikke nærmere krav til detaljene i prosedyrene for hvordan klagen skal vurderes av oppdragsgiver.² Det betyr at en medlemsstat for eksempel kan kreve at også en avgjørelse om å nekte innsyn i informasjon i tilbud som anses taushetsbelagt må avgjøres av oppdragsgiver før leverandøren kan fremme rettslige prosesser, jf. EU-domstolens konklusjon i sak C-927/19 *Klaipėdos*.³ Ettersom oppdragsgiver samtidig vil være forhindret fra å inngå kontrakt, vil dette være et kraftig insentiv for å besvare innsynsklager.

25.4 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I dansk rett er det innført regler om at klager må underrette oppdragsgiver før det kan inngis en klage til Klagenævnet for Udbud. Det følger av klagenævnsloven § 6 nr. 4 at klager skriftlig skal underrette oppdragsgiver om at klage vil bli inngitt for Klagenævnet. Dette skal skje senest samtidig med at klagen innbringes for nævnet. I klagen må det opplyses om klagen er inngitt i karenperioden, eller hvis ikke om klager begjæ-

² C-927/19 *Klaipėdos* avsnitt 109

³ Ibid. avsnitt 110

rer oppsettende virkning. Det følger imidlertid av dansk rettspraksis at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes selv om det ikke gis underretning til oppdragsgiver.⁴

I svensk rett er det ikke innført plikt for leverandør til først å måtte underrette eller klage til oppdragsgiver. Det avgjørende hensynet for den svenske løsningen var hensynet til en rask klagebehandlingsprosess.⁵

25.5 Gjennomføring i norsk rett

Adgangen til å innføre en særskilt plikt til først å underrette, eller klage, til oppdragsgiver er i dag ikke benyttet.⁶ Departementet anså det som tilstrekkelig, i tråd med forslaget fra håndhevelsesutvalget, at reglene i tvisteloven § 5-2 ville være tilstrekkelige.⁷ Dette innebærer at dersom en leverandør ønsker å fremme et søksmål mot oppdragsgiver, vil det følge av tvisteloven § 5-2 at vedkommende først plikter å sende søksmålsvarsel. Konsekvensene av manglende søksmålsvarsel er imidlertid begrenset, og for begjæring om midlertidig forføyning foreligger det ingen slik plikt, jf. tvisteloven § 32-2. Det er heller ingen plikt til å underrette oppdragsgiver før det tas ut klage til KOFA. I praksis vil likevel mange forbigåtte leverandører velge først å klage til oppdragsgiver, før saken tas videre til KOFA eller domstolene.

25.6 Utvalgets vurdering

Med utvalgets forslag om at klager til KOFA innenfor karensperioden skal suspendere oppdragsgivers anledning til å inngå kontrakt, er det nærliggende å følge den danske klagensævnelseslovens krav til at klager skriftlig skal underrette oppdragsgiver om at klage vil bli inngitt for KOFA. KOFA må forutsetningsvis informere innklagede om at en klage er inngitt, men for klager som inngis svært tett opp mot karensfristens utløp vil det likevel være en risiko for at oppdragsgiver undertegner kontrakten uten å være kjent med

klagen. Etter utvalgets syn bør slik underretning inngis senest dagen før karensfristen utløper, for å minimere risikoen for at oppdragsgiver inngår kontrakt i uvitenhet om klagen. Plikten til å orientere oppdragsgiver om at klage vil bli inngitt, vil således ha til formål å sikre at hele karensperioden får realitet. Plikten til å underrette oppdragsgiver bør gjelde tilsvarende for de tilfeller at leverandør velger å begjære midlertidig forføyning, men at domstolene også her forutsetningsvis må informere innklagede om at begjæring er inngitt.

Også for andre klager til KOFA mener utvalget det er riktig å forvente at klager først underretter oppdragsgiver, av de samme årsaker som ligger til grunn for tvisteloven § 5-2. Det bør legges til rette for at tvister løses i minnelighet og uten de kostnader som følger med nemnds- eller domstolsbehandling.

Utvalget vil derimot ikke anbefale at det innføres en plikt om å klage til oppdragsgiver før en sak klages inn for KOFA. En slik ordning vil etter direktivet medføre at klagen vil suspendere oppdragsgivers anledning til å inngå kontrakten. Når direktivet krever at *enhver* klage skal suspendere adgangen til å inngå kontrakt, innebærer dette at selv en åpenbart grunnløs klage, eksempelvis på karensperiodens siste dag, vil utsette kontraktsinngåelsen.

Utvalget vil likevel påpeke, at selv om det ikke innføres noen plikt til å klage til oppdragsgiver, vil det ofte være hensiktsmessig å gjøre dette. Det er også utvalgets inntrykk at leverandører i stor grad velger å gjøre dette, og at oppdragsgiver da ofte aksepterer å utsette kontraktsinngåelsen uten at leverandøren må begjære en midlertidig forføyning.

Boks 25.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å innføre en bestemmelse i ny lov om offentlige anskaffelser § 26-3 første ledd om at klager skal orientere oppdragsgiver om at det vil bli inngitt en klage senest dagen før karensperioden utløper
- at det ikke innføres en plikt til først å klage til oppdragsgiver.

⁴ Se en mer utførlig omtale i digitalt vedlegg 4 Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark

⁵ Finansdepartementet Prop. 2009/10:180 2010 side 161 til 163

⁶ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* side 97

⁷ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, kapittel 6.4.5

Kapittel 26

Klagefrister [artikkel 2c]

26.1 Innledning

Håndhevingsdirektivene artikkel 2c gir medlemsstatene adgang til å fastsette frister for klager på beslutninger som er truffet av oppdragsgiver som ledd i, eller i forbindelse med, anskaffelsesprosessen. Dette kan for eksempel være beslutninger om avvisning eller kontraktstildeling. Bestemmelsen inneholder også en særregulering for beslutninger som nevnt i artikkel 2 nr. 1 bokstav b og som ikke må meddeles særskilt. Dette er for eksempel beslutninger om fastsettelse av tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i anskaffelsesdokumentene. Artikkel 2c regulerer derfor klagefrister knyttet til samtlige beslutninger oppdragsgiver treffer i forbindelse med anskaffelsesprosessen, enten de meddeles særskilt, eller kun blir synlige på et senere tidspunkt.

EU-domstolen har i sin praksis fastslått at medlemsstatene ikke kan utsette klagetidspunktet til å samsvare med at anskaffelsesprosessen formelt har nådd et spesifikt trinn.¹ Dette innebærer at medlemsstatene ikke kan innføre regler om at bestemte beslutninger først kan påklages på et senere stadium i anskaffelsesprosessen. For eksempel kan en avvist leverandør som ønsker å klage på en avvisningsbeslutning, ikke henvises til å måtte klage på den som ledd i en klage på tildelingsbeslutningen. Beslutningen om avvisning må kunne påklages umiddelbart etter at oppdragsgiver har truffet den.²

26.2 Starttidspunktet for klagefristen – krav til begrunnelse

Det følger av artikkel 2c at starttidspunktet for klagefristen er *dagen etter* at beslutningen ble sendt til leverandørene. Dette er i praksis de leve-

randører som har levert tilbud, eller mottatt invitasjon om deltakelse i konkurransen. Når en beslutning sendes elektronisk på dag 1, kan klagefristen utløpe tidligst ved midnatt på dag 11. Om beslutningen sendes med alminnelig post på dag 1, kan klagefristen tidligst utløpe ved midnatt på dag 16.

Det følger av artikkel 2c siste punktum at for beslutninger som ikke må meddeles særskilt, starter fristen å løpe på «datoen for da den aktuelle beslutningen ble kunngjort». Dersom anskaffelsesdokumentene kunngjøres på dag 1, kan altså fristen for å klage på for eksempel ulovlige tekniske spesifikasjoner utløpe tidligst ved midnatt på dag 10.

Av artikkel 2c andre punktum følger det at meddelelsen om oppdragsgivers beslutning skal inneholde en «kort begrunnelse». Dette er viktig for å sikre leverandørene reell mulighet til å vurdere om det har skjedd et brudd på regelverket. Plikten må ses i sammenheng med kravet til begrunnelse som er oppstilt i anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40 nr. 1 for visse av oppdragsgivers beslutninger.³

Innholdet av plikten til å begrunne beslutninger har vært behandlet av EU-domstolen i en rekke saker.

I sak C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco* ble det uttalt at en preklusiv klagefrist først kan begynne å løpe fra en dato hvor klageren hadde, eller burde hatt, kjennskap til det forhold det klages over.⁴ I forlengelsen av dette uttalte domstolen at en preklusiv frist på 30 dager kun var forenelig med håndhevingsdirektivet «if the decisions sent contain a summary of the relevant reasons ensuring that the parties concerned knew or ought to have known of the infringements of EU law alleged».⁵

I sak C-241/06 *Lämmerzahl* ble det uttalt at nasjonale klagefrister ikke må gjøre det praktisk

¹ C-26/03 Stadt Halle avsnitt 38. Uttalelsen er gjentatt i sak C-391/315 Marina del Mediterráneo avsnitt 31.

² Se nærmere om klage på avvisningsbeslutninger i kapittel 9.8

³ Arrowsmith 2018a avsnitt 22-89

⁴ C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco

⁵ Ibid. avsnitt 32

umulig eller uforholdsmessig vanskelig å klage.⁶ Domstolen kom frem til at det var tilfellet i den konkrete saken, ettersom klager ikke hadde fått opplysninger om anskaffelsens verdi, selv etter direkte forespørsler til oppdragsgiver.

Et annet eksempel er sak C-166/14 *MedEval*.⁷ Saken gjaldt en nasjonal regel om at erstatnings-søksmål var betinget av at det i en forutgående sak var konstatert at anskaffelsesregelverket var brutt. Den forutgående saken var underlagt en søksmålsfrist på seks måneder. Denne seksmånederfristen begynte å løpe fra dagen etter tildelingen av kontrakten, helt uavhengig av om skadelidte hadde kunnskap om bruddet på anskaffelsesreglene. EU-domstolen kom til at fristen var direktivstridig ettersom den startet å løpe uavhengig av hva den skadelidte kjente eller burde kjenne til.

Dersom det i nasjonale regler settes en frist for å klage på anskaffelsesprosedyrens lovlighet, har EU-domstolen i sak C-538/13 *eVigilo* slått fast at denne klagefristen må forlenges til utløpet av karensperioden, dersom det for en rimelig opplyst og normalt påpasselig leverandør ikke var mulig å avdekke ulovligheten før dette tidspunktet.⁸

Dersom det er gitt tilstrekkelig begrunnelse underveis i anskaffelsesprosessen, er det derimot ikke i strid med håndhevingsdirektivet at en klagefrist prekluderer klagerens mulighet til å angripe det aktuelle bruddet på anskaffelsesreglene i en etterfølgende klagesak om lovligheten av tildelingsbeslutningen, jf. sak C-54/18 *Cooperative Animazione Valdocco*.

26.3 Klagefristens lengde

Klagefristens lengde vil være avhengig av hvilket kommunikasjonsmiddel oppdragsgiver benytter for å sende sin beslutning. Dersom beslutningen sendes per faks eller ved elektroniske hjelpemidler, skal klagefristen være minst *ti kalenderdager* regnet fra dagen som følger etter datoen da oppdragsgiverens beslutning ble sendt til leverandørene, jf. artikkel 2c første punktum. Dersom beslutningen sendes med et annet kommunikasjonsmiddel, skal fristen være minst *15 kalenderdager* regnet fra dagen som følger etter datoen da oppdragsgiverens beslutning ble sendt til leverandørene, jf. artikkel 2c første punktum. Alternativt skal fristen være minst *ti kalenderdager* regnet fra

dagen som følger etter datoen da oppdragsgiverens beslutning ble mottatt.

For beslutninger i artikkel 2 nr. 1 bokstav b som ikke må meddeles særskilt, skal søksmålsfristen være minst *ti kalenderdager* fra datoen da den aktuelle beslutningen ble kunngjort. Som eksempel kan nasjonal rett kreve at ulovlige spesifikasjoner i anskaffelsesdokumentene påklages innen *ti kalenderdager* fra anskaffelsesdokumentene ble kunngjort.

Fristene regnes i kalenderdager. For øvrig gjelder den såkalte fristforordningen ved fastsettelse av klagefrister.⁹ Det følger blant annet av denne forordningen at hvis en frist som ikke er uttrykt i timer, faller på for eksempel en helligdag, lørdag eller søndag, løper fristen først ut ved slutten av den siste timen av neste virkedag.¹⁰

26.4 Fristavbrytelse

Fristen avbrytes ved fremsettelsen av klagen. Hvis en medlemsstat har lagt håndhevingen til domstolene, vil fristen avbrytes når søksmålet eller begjæringen om midlertidig forføyning sendes til domstolen. Hvis en medlemsstat har lagt håndhevingssystemet til en nemnd, vil fristen avbrytes når klagen sendes til nemnden.

26.5 Nærmere om handlingsrommet til å fastsette preklusive frister

Håndhevingsdirektivene artikkel 2c gir medlemsstatene adgang til å oppstille preklusive klagefrister. De preklusive klagefristene kan utløpe underveis i anskaffelsesprosessen, jf. blant annet sak C-241/06 *Lämmerzahl*.¹¹ Spørsmålet i saken var om det var lovlig med en preklusiv frist for klage over oppdragsgivers valg av anskaffelsesprosedyre, vurderingen av kontraktens verdi og andre handlinger oppdragsgiver foretar under de første fasene i anskaffelsesprosessen. EU-domstolen uttalte at håndhevingsdirektivet ikke er til hinder for nasjonale regler om preklusive klagefrister. En preklusjonsregel kan altså medføre at muligheten til å gjøre gjeldende en påstått feil eller uregelmessighet går tapt dersom leverandøren ikke klager innen fristen som er satt for å klage på slike feil og uregelmessigheter.

⁶ C-241/06 *Lämmerzahl GmbH*

⁷ C-166/14 *MedEval*

⁸ C-538-13 *eVigilo*

⁹ Forordning 1182/71 om fastsettelse av regler for frister

¹⁰ Ibid. Se artikkel 3 punkt 3 og 4

¹¹ C-241/06 *Lämmerzahl GmbH*

En forutsetning for at det skal være lovlig med preklusive klagefrister, er at medlemsstatene etablerer et system med tidsfrister som har en tilstrekkelig klarhet og forutberegnelighet, jf. sak C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco*.¹² I svensk litteratur er det av denne grunn reist spørsmål ved om det er rettslig holdbart å oppstille preklusjonsregler gjennom rettspraksis.¹³

Nasjonale preklusjonsfrister for klage eller søksmål er ikke til hinder for at ESA/EU-kommisjonen følger opp brudd på anskaffelsesregelverket. Det betyr at en part kan fremme en klage gjennom EU-kommisjonen eller ESA selv om fristene for å klage til nasjonale håndhevsorganer er utløpt, jf. sak C-17/09 *Kommisjonen mot Tyskland*.

26.6 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I dansk rett er det innført en rekke klagefrister i klagenævnsløven § 7. Disse gjelder andre klager enn de som er behandlet innenfor karensfristen. Dette er for eksempel:

- 20 kalenderdager ved klage over ikke å ha blitt prekvalifisert i en totrinns-prosedyre, forutsatt at klager har fått en meddelelse med begrunnelse for beslutningen
- 45 kalenderdager når oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED
- 30 kalenderdager for visse klager knyttet til avrop på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning forutsatt at klager har fått en meddelelse med begrunnelse for beslutningen
- seks måneder dersom klagen gjelder inngåelsen av en rammeavtale.

For Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) gjelder det en særskilt klagefrist på to år fra oppdragsgiver har foretatt en kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED. Dette er begrunnet i behovet for effektiv håndheving av ulovlige direkteanskaffelser, men klageretten er ikke begrenset til kun ulovlige direkteanskaffelser.

I svensk rett er det gitt regler om preklusjon i alle fire lover på anskaffelsesområdet. Reglene ble skjerpet i 2022, og den svenske regjeringen viste til at formålet med preklusjonsreglene var å skape tydelighet og forutsigbarhet for partene. Det føl-

ger av LOU kapittel 20 § 11 at en klage på en anskaffelsesprosess må ha kommet inn til forvaltningsretten innen karensperiodens utløp.¹⁴

Øvrige frister er for eksempel:

- ti dager for klage på oppdragsgivers begrunnede beslutning om avlysning
- seks måneder etter kontraktsinngåelse for krav om at en kontrakt skal kjennes uten virkning, men 30 dager hvis oppdragsgiver har kunngjort kontraktsinngåelsen, og 30 dager hvis oppdragsgiver har gitt en begrunnelse som oppfyller lovkravene
- ett år fra kontraktsinngåelsen for å kreve erstatning for de alminnelige domstolene
- seks måneder for Konkursverket for å ilegge gebyr i saker hvor forvaltningsdomstolen i en rettskraftig dom har besluttet at en kontrakt ikke skal kjennes «uten virkning» på grunn av allmenne hensyn eller selv om avtalen er inngått i strid med bestemmelsene om suspensjon¹⁵
- seks måneder for Konkursverket å ilegge gebyr etter en rettskraftig avgjørelse, hvor forvaltningsdomstolen har kjent en kontrakt uten virkning¹⁶
- dersom ingen leverandører har bedt forvaltningsdomstolene prøve avtalens gyldighet, kan Konkursverket ilegge gebyr for ulovlig direkteanskaffelse innen to år fra kontraktsinngåelse¹⁷

26.7 Gjennomføring i norsk rett

I norsk rett er det kun innført søksmålsfrister for krav knyttet til ulovlige direkte anskaffelser. Bakgrunnen for å innføre frist i disse sakene var å skape ro rundt den inngåtte kontrakten.¹⁸ Håndhevsutvalget foreslo ikke å innføre preklusive frister for andre søksmål. Bakgrunnen for dette var at dette etter utvalgets syn kunne virke prosessdrivende, samt at det er viktig at hele prosessen ses samlet.¹⁹ Departementet sluttet seg til utvalgets forslag om ikke å innføre frister for øvrige søksmål, med henvisning til den samme begrunnelsen som ble gitt av utvalget.²⁰

¹⁴ Jf. §§ 1 eller 3

¹⁵ LOU kapittel 21 § 10

¹⁶ LOU kapittel 21 § 11 andre ledd

¹⁷ LOU kapittel 21 § 11 første ledd

¹⁸ Som gjengitt av departementet i Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, kapittel 6.4.3

¹⁹ Som gjengitt av departementet ibid. kapittel 6.4.3

²⁰ Ibid. kapittel 6.4.5

¹² C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco* avsnitt 39 til 49

¹³ Se nærmere i Anders Asplund på oppdrag fra Svensk Näringsliv 2023

26.8 Utvalgets vurdering

26.8.1 Innledning

Utvalgets vurdering er at Norge bør benytte handlingsrommet som er gitt i håndhevingsdirektivene artikkel 2c, og at det bør innføres flere preklusive frister i anskaffelsesregelverket. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at nærmere angitte beslutninger i en anskaffelsesprosess påklages fortløpende, slik at tvister i størst mulig grad løses før kontraktsinngåelse og mens det ennå er mulig å rette opp feil. Det er i dag tilfeller hvor leverandør avventer tildelingsbeslutning før de varsler om feil i anskaffelsesdokumentene, slik at de vet om de blir tildelt kontrakt eller ikke før feilen eventuelt påpekes.

Andre praktiske eksempler er beslutninger om å avvise en leverandør eller å avlyse konkurransen som følge av mulige feil ved prosessen. Ved å fremtvinge klager underveis i en anskaffelsesprosess, vil eventuelle feil bli brakt til oppdragsgivers oppmerksomhet på et tidspunkt hvor de fortsatt kan rettes opp. Etter utvalgets syn vil dette fremme effektiv håndheving av anskaffelsesregelverket, og forebygge større tvister i etterkant av kontraktsinngåelsen. Utvalget vil vise til at det i svensk og dansk rett er innført flere preklusive frister. Erstatningsutmåling i Sverige og Danmark vektlegger også leverandørens tapsbegrensningsplikt i større grad enn etter norsk rettspraksis, det vises til gjennomgangen i kapittel 34.

Direktivet oppstiller en minimumsfrist på ti dager ved bruk av elektronisk kommunikasjon, og femten dager ved bruk av andre kommunikasjonsmidler (som for eksempel postgang). Etter utvalgets syn bør de preklusive fristene i ny lov ikke være lenger enn direktivets minimumskrav. Utvalget mener at dette vil bidra til hurtig tvisteløsning.

Fristene bør i størst mulig utstrekning samles ett sted i loven. Utvalget har foreslått å samle bestemmelsene i den delen av loven som gir regler om håndheving.

26.8.2 Frist for å klage på oppdragsgivers beslutning om å avvise en leverandør

Utvalget mener oppdragsgivers beslutning om å avvise en leverandør må påklages så raskt som mulig. Etter utvalgets syn bør klagefristen være ti dager etter at avvisningsbeslutningen er sendt fra oppdragsgiver hvis det benyttes elektronisk kommunikasjon, og femten dager ved bruk av andre kommunikasjonsmidler.

Så langt utvalget erfarer, benytter de fleste oppdragsgivere allerede muligheten etter anskaffelsesforskriften (2016) § 20-7 til å fastsette en slik frist i to-trinns prosedyrer.²¹ Regulering i loven er etter utvalgets syn likevel ønskelig, for å sikre forutsigbarhet for leverandørene. Utvalget foreslår derfor å lovfeste dagens valgfrie ordning slik at det er en lovbestemt frist for når leverandør må påklage oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen eller ikke å velge ut en leverandør i to-trinns prosedyrer.

På samme måte som i Danmark mener utvalget at en klage på en avvisningsbeslutning ikke skal gi automatisk suspensjonsvirkning.²² Leverandør bør likevel kunne anmode om at klageorganet beslutter at klagen skal gis oppsettende virkning.

Utvalget har vurdert om det skal gjelde en preklusiv klagefrist også for avvisning av leverandør i en åpen anbudskonkurranse. I en åpen anbudskonkurranse vil det normalt være kortere tid mellom avvisningsbeslutningen og tildelingsbeslutningen. Det vil også være noe enklere å kunne rette opp feil hvis det for eksempel viser seg at en leverandør ikke skulle ha vært avvist. Selv om gjennomføringen av en åpen anbudskonkurranse også kan ta tid og innebære krevende evalueringsprosesser, kan det ikke likestilles med situasjonen hvor det f.eks. gjennomføres konkurranse med forhandling i to trinn. Utvalget foreslår derfor ingen endring i gjeldende rett på dette punktet, det er kun i to-trinns prosedyrer at det foreslås en preklusiv frist.

26.8.3 Frist for å klage på feil i anskaffelsesdokumentene

Utvalget har også vurdert om det bør innføres en preklusiv frist for å klage på eventuelle feil eller uklarheter i anskaffelsesdokumentene. Dersom en leverandør oppdager feil i anskaffelsesdokumentene, er det klart ønskelig at oppdragsgiver blir gjort oppmerksom på dette så snart som mulig, og helst før leverandørene bruker tid og ressurser på å utarbeide tilbud, eller oppdragsgiver på å evaluere tilbudene. Det er uheldig om en leverandør som oppdager en feil som gir avlysningsplikt, kan avvende utfallet av konkurransen før feilen eventuelt gjøres gjeldende.

Utvalget er imidlertid usikker på om det er mulig å utforme en presis regel for dette.

²¹ Det vises til drøftelse i NOU 2010: 2 kapittel 3.4 og Prop. 12 L (2011–2012) pkt. 6.4.5 om de vurderinger som lå til grunn for innføringen av den valgfrie preklusive fristen.

²² Risvig Hamer 2020 side 226

Utgangspunktet er at oppdragsgiver har ansvar for utarbeidelsen av anskaffelsesdokumentene. Det er også lett å se for seg tilfeller hvor en leverandør i utgangspunktet vurderer informasjonen i anskaffelsesdokumentene som tilstrekkelig, men etter evalueringen ser at tildelingskriteriene har slått ut på en måte vedkommende ikke har forutsett. En preklusiv klagefrist knyttet til anskaffelsesdokumentene kan lede til at leverandørene ser seg tvunget til å finkjemme dokumentene på leting etter uklarheter som kanskje ikke vil ha noen betydning for kontraktstildelingen.

Utvalget er derfor kommet til at det får være tilstrekkelig at feil i anskaffelsesdokumentene påklages innen utløpet av karensfristen, og da bare får betydning dersom de kan ha virket inn på tildelingsbeslutningen. Utvalget viser til drøftelsen i kapittel 34.7.5, hvor det klargjøres at oppdragsgiver normalt vil være beskyttet mot krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom leverandøren ikke har påklaget tildelingsbeslutningen i karensperioden. Etter utvalgets syn er det da ikke behov for en særskilt preklusjonsfrist knyttet til feil i anskaffelsesdokumentene.

26.8.4 Frist for å klage på avlysning av konkurransen

Utvalget har drøftet og anbefalt å oppstille en ti dagers frist for å påklage en beslutning om å avlyse en konkurranse. Se nærmere i kapittel 35.3.1.5.

26.8.5 Andre preklusive frister

Utvalget vil foreslå at det oppstilles en preklusiv frist for å fremme klage eller søksmål om sanksjonen «uten virkning». Dette er nærmere behandlet i kapittel 32.7

Utvalget vil foreslå at det oppstilles en preklusiv frist for å klage på oppdragsgivers beslutning

om at det foreligger særlige forhold som gjør at en kontrakt ikke skal sies opp selv om det i utgangspunktet foreligger en oppsigelsesplikt. Dette er nærmere behandlet i kapittel 37.

Utvalget vil også foreslå en preklusiv frist for å fremme søksmål om erstatning. Dette er nærmere behandlet i kapittel 34.7.8.

Utvalget har merket seg at det i dansk og svensk rett er oppstilt andre typer preklusive frister, men har ikke prioritert å gå gjennom disse, og har derfor heller ikke vurdert om de bør oppstilles i norsk rett. Utvalget oppfordrer imidlertid høringsinstansene og departementet til å vurdere dette nærmere.

Boks 26.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at det innføres en preklusiv frist på ti dager i to-trinns prosedyrer for å klage på oppdragsgivers beslutning om å avvise eller ikke å velge ut en leverandør i ny lov om offentlige anskaffelser § 30-1
- at det innføres en preklusiv frist på ti dager for å klage på oppdragsgivers beslutning om å avlyse en konkurranse i ny lov om offentlige anskaffelser § 32-1 fjerde ledd
- at det innføres en preklusiv frist på 20 dager for å klage på oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt selv om det i utgangspunktet foreligger en oppsigelsesplikt i ny lov om offentlige anskaffelser § 21-2 sjette ledd
- at det innføres en preklusiv frist på seks måneder etter at kontrakt er inngått for å fremme klage eller søksmål om sanksjonen «uten virkning» i ny lov om offentlige anskaffelser § 27-5 fjerde ledd.

Kapittel 27

Krav til karenperiode [artikkel 2a og 2b]

27.1 Innledning

I håndhevingsdirektivene artikkel 2a og 2b er det gitt regler om karenperiode. Direktivet krever en karenperiode fra det tidspunkt oppdragsgiver har meddelt hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt, til kontrakt kan inngås. Dette er altså en obligatorisk ventetid i anskaffelsesprosessen.¹ Formålet er å gi leverandører tid til å gjennomgå tildelingsbeslutningen og vurdere om det er grunnlag for å klage, på et tidspunkt hvor det fortsatt er mulig å stanse kontraktsinngåelsen.²

Reglene om karenperiode kom inn i håndhevingsdirektivene med endringsdirektivet i 2007, fordi EU-lovgiver fant at det var en vesentlig svakhet at det ofte ikke var reell klagemulighet i perioden mellom beslutningen om å tildele kontrakten og inngåelsen av denne.³

Reglene om karenperiode er stort sett materielt identiske i de to håndhevingsdirektivene, men håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene inneholder ikke et unntak for kravet til karenperiode ved kontrakter basert på rammeavtaler. Denne forskjellen omtales nærmere i kapittel 27.3 og 27.6.3

Reglene om karenperiode har nær sammenheng med sanksjonsreglene, ved at manglende overholdelse av karenperioden vil kunne føre til at oppdragsgiver ilegges sanksjoner, herunder at kontrakten kjennes uten virkning, jf. artikkel 2d og artikkel 2e. Det vil derfor kunne få konsekvenser dersom oppdragsgiver ikke overholder reglene om karenperiode.⁴

27.2 Nærmere om direktivenes krav til karenperiode

Kravet om karenperiode gjelder bare oppdragsgivers beslutning om tildeling. Det er ikke noe krav om å innføre egne karenperioder for andre beslutninger, som for eksempel beslutninger om å kvalifisere en leverandør eller avvisningsbeslutninger. Karenperioden etter tildelingsbeslutningen sikrer effektive klagemuligheter også for slike forutgående beslutninger.⁵

Hvor lang karenperioden skal være, er avhengig av hvilket kommunikasjonsmiddel som benyttes for å sende meddelelsen om tildeling.⁶ Der meddelelsen sendes elektronisk, skal perioden være minst ti kalenderdager. Dersom meddelelsen sendes med et annet kommunikasjonsmiddel, skal perioden være enten minst 15 dager fra meddelelsen er sendt til berørte leverandører, eller minst ti dager fra meddelelsen er mottatt. Dersom det anvendes ulike kommunikasjonsmidler samtidig, kan medlemsstatene fritt beslutte hvilken av fristene som skal gjelde.

2014-direktivene innførte krav til elektronisk kommunikasjon, og dette har medført at bestemmelsene om bruk av andre kommunikasjonsmidler er lite praktiske. Det vil likevel gjelde visse unntak fra krav til bruk av elektronisk kommunikasjon, for eksempel på grunn av sensitive opplysninger, slik at det fortsatt vil være nødvendig å innføre ulike frister for de ulike kommunikasjonsmidlene. Når det gjelder bruk av annet kommunikasjonsmiddel åpner direktivet for to alternativer, enten en frist på 15 dager fra meddelelsen er sendt, eller ti dager fra meddelelsen er mottatt. Direktivet oppstiller ingen nærmere veiledning eller vilkår for valget, og dette må derfor anses å

¹ I C-444/06 *Kommisjonen mot Spania* omtaler EU-domstolen dette som «a mandatory waiting period between the award of the contract and its conclusion».

² Jf. fortalen premiss 6

³ Jf. fortalen premiss 4

⁴ Sanksjoner ved manglende overholdelse av reglene om karenperiode omtales nærmere i kapittel 32 og 33.

⁵ Det kan riktignok gjelde særegne klagefrister her, men de kan ikke være innrettet slik at de undergraver klagemulighetene, jf. effektivitetsprinsippet.

⁶ Det fremgår av fortalen avsnitt 5 at der det benyttes «raske kommunikasjonsmidler», kan det innføres en kortere karenperiode enn der det anvendes andre kommunikasjonsmidler.

være opp til medlemsstatene å velge hva som anses hensiktsmessig.

Fristen regnes fra *dagen etter* at meddelelsen er sendt eller mottatt. De berørte leverandørene skal da få henholdsvis 10 eller 15 fulle dager til å vurdere en eventuell klage. Dette betyr at dersom en meddelelse om tildeling sendes elektronisk på dag 1, utløper karenperioden ved midnatt på dag 11, slik at oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt på dag 12. Sendes meddelelsen med alminnelig post på dag 1, utløper karenperioden ved midnatt på dag 16, slik at oppdragsgiver i dette tilfellet tidligst kan inngå kontrakt på dag 17.

Fristene regnes i kalenderdager. For øvrig gjelder fristforordningen ved fastsettelse av karenperioden.⁷ Det følger av denne at hvis en frist som ikke er uttrykt i timer, faller på for eksempel en helligdag, lørdag eller søndag, løper fristen først ut ved slutten av den siste timen av neste virkedag.⁸

Hvem som er berørte leverandører, er definert i bestemmelsen nr. 2 annet og tredje avsnitt. Berørte leverandører er leverandører som ikke er endelig utelukket, eller som ikke har fått avslag på søknaden om å delta i konkurransen før de ble underrettet om kontraktstildeling.

I håndhevingsdirektivene artikkel 2a nr. 2 fjerde avsnitt er det oppstilt to strekpunkter med krav til informasjon som skal være vedlagt en tildelingsbeslutning. For det første skal en tildelingsbeslutning være vedlagt et «sammendrag av de relevante årsakene», altså en begrunnelse, i henhold til anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2, jf. nr. 3, forsyningsdirektivet artikkel 75 nr. 2, jf. nr. 3, og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40 nr. 1, jf. nr. 2. Det er ifølge fortalen avsnitt 6 nødvendig at tildelingsbeslutningen inneholder slik informasjon for å sikre en effektiv klageadgang.

Det følger videre av andre strekpunkt at tildelingsbeslutningen skal inneholde en presis angivelse av karenperioden. Dette er viktig fordi varigheten av karenperioden vil være forskjellig fra medlemsstat til medlemsstat.⁹ Det betyr at det ikke vil være tilstrekkelig bare å opplyse om at oppdragsgiver «overholder karenperioden», eller at karenperioden er minst ti dager. Oppdragsgiver må opplyse om karenperioden på en utvetydig måte, for eksempel ved å angi dato og

klokkeslettet for når den opphører. Direktivet åpner for at medlemsstatene nærmere kan presisere hvordan oppdragsgiver skal opplyse om karenperioden.

27.3 Unntak fra krav til karenperiode

Håndhevingsdirektivene artikkel 2b åpner for at medlemsstatene kan fastsette unntak fra kravet til karenperiode

- der det ikke gjelder noen forutgående kunngjøringsplikt etter anskaffelsesdirektivene (bokstav a)
- der den eneste berørte leverandøren er den leverandøren som tildeles kontrakten, og det ellers ikke er noen berørte leverandører (bokstav b)
- der kontrakten er basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning (bokstav c).

Unntaket i bokstav a vil for eksempel omfatte de tilfeller der det gjennomføres en konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 32. Det følger av fortalen til endringsdirektivet fra 2007 at det i slike tilfeller er tilstrekkelig å etablere effektive klageprosedyrer etter at kontrakten er inngått. Dette gjelder spesielt ved tilfeller av ekstrem hast, jf. for eksempel anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c.¹⁰

Unntaket i bokstav b gjelder tilfeller hvor det ikke er andre gjenværende deltakere i konkurransen som har interesse i å motta meddelelsen om tildelingsbeslutningen, og heller ingen leverandører som vil kunne dra fordel av en karenperiode med henblikk på en effektiv klageadgang.¹¹

Unntaket i bokstav c gjelder kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, og er begrunnet med effektivitetsgevinstene som disse prosessene er ment å gi.¹² Hvis oppdragsgiver må hensynte en karenperiode før kontrakt kan inngås, vil en slik gevinst gå tapt. Unntaksadgangen for kontrakter basert på rammeavtaler fremgår bare av håndhevingsdirektivet for klassisk sektor, men unntaksadgangen for dynamiske innkjøpsordninger fremgår av begge direktivene.

⁷ Forordning 1182/71 om fastsettelse av regler for frister

⁸ Se artikkel 3 nr. 3 og 4

⁹ Fortalen premiss 7

¹⁰ Fortalen premiss 8

¹¹ Ibid. siste punktum.

¹² Se fortalen avsnitt 9

27.4 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I dansk rett er det gitt regler om karenperiode («standstill-periode») i klagenævnsløven § 3. Etter § 3 gjelder karenperioden bare for kontrakter som er omfattet av direktivene. Det er altså ikke innført karenperioder for nasjonale anskaffelser.

Karenperioden er på 10 kalenderdager dersom tildelingsbeslutningen meddeles elektronisk, 15 dersom det benyttes andre kommunikasjonsmidler, i tråd med direktivenes minstekrav. Oppdragsgiver kan velge å fastsette en lengre karenperiode. I udbudsloven er det regulert, med henvisning til klagenævnsløven, at oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt etter utløpet av karenperioden. Det er gitt unntak fra kravet til karenperiode i klagenævnsløven § 3 stk. 3, som gjennomfører samtlige unntaksmuligheter i håndhevingsdirektivene artikkel 2b.

I karenperioden må en eventuell klage innleveres til Klagenævnet.¹³ Konsekvensen av å klage i karenperioden er at klagen får automatisk oppsettende virkning. I dansk rett starter karenperioden på tidspunktet for meddelelse av tildelingsbeslutningen, tilsynelatende uavhengig av om en oppdragsgiver samtidig gir en fyllestgjørende begrunnelse.¹⁴

I svensk rett er regler om karenperiode regulert i LOU 20. kap §§ 6 til 7. Reglene gjennomfører artikkel 2a og 2b i håndhevingsdirektivene. Også i Sverige er fristen på minimum 10 dager dersom meddelelse om tildeling skjer elektronisk, og 15 dager dersom det benyttes andre kommunikasjonsmidler. Karenperioden starter å løpe når meddelelsen om tildeling er sendt ut, men bare dersom meddelelsen inneholder en fyllestgjørende begrunnelse.

Det gjelder ikke krav om karenperiode for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, tildeling ved minikonkurranse på en rammeavtale og for anskaffelser under en dynamisk innkjøpsordning.¹⁵ Det følger videre av rettspraksis at oppdragsgiver ikke trenger å sende meddelelse om tildeling hvis det bare er en leverandør igjen i konkurransen.¹⁶

Klager som kommer inn etter utløpet av karenfristen skal avvises. Det har ingen betyd-

ning om oppdragsgiver har inngått kontrakt eller ikke.¹⁷

27.5 Gjennomføring i norsk rett

Regler om karenperiode er gitt i anskaffelsesforskriften §§ 25-1 første ledd og 25-2, forsyningsforskriften §§ 21-1 første ledd og 21-2 og konsesjonskontraktforskriften §§ 12-1 første ledd og 12-2. Bestemmelsene er en følge av forslaget fra Håndhevingsutvalgets flertall om å følge direktivets minimumsfrister og unntak, som ble fulgt opp av departementet.¹⁸ Departementet mente at direktivets minimumsfrist i de aller fleste tilfeller ville være tilstrekkelig.

27.6 Utvalgets vurdering

27.6.1 Suspensjon ved klage til håndhevingsorganet

Ny lov om offentlige anskaffelser må inneholde regler om karenperiode for å oppfylle håndhevingsdirektivenes krav. Utvalget foreslår at klage til KOFA vil suspendere oppdragsgivers rett til å inngå kontrakt, i tråd med tilnærmingen i de øvrige nordiske land.¹⁹

Ettersom leverandørene, formelt, fortsatt vil ha mulighet til å velge midlertidig forføyning i tingretten, fremfor behandling i KOFA, har utvalget også foreslått å lovregulere at det inntre suspensjon også ved midlertidig forføyning til tingretten.

27.6.2 Karenfristens lengde

Etter utvalgets syn bør karenperioden settes til 10 dager, i tråd med direktivets minstekrav, men 15 dager i de tilfeller det gjøres bruk av andre kommunikasjonsmidler enn elektronisk kommunikasjon. Gitt utvalgets anbefaling om å gi KOFA en sentral rolle i håndhevingen av anskaffelsesreglene forut for kontraktsinngåelse, er det ikke behov for noen lenger karenperiode enn direktivets minstekrav. Terskelen for å klage til KOFA vil være lavere enn terskelen for å begjære midlertidig forføyning i tingretten, og en frist på ti dager til å områ seg synes da tilstrekkelig.

¹³ Det er ikke mulig å anlegge søksmål for de alminnelige domstolene i karenperioden.

¹⁴ Det er omdiskutert hvorvidt dette er i samsvar med praksis fra EU-domstolen, se nærmere i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*.

¹⁵ LOU kapittel 20 § 2

¹⁶ Prop. 2015/16:195: side 670 og 671

¹⁷ Asplund m.fl. 2012: side 184 til 185

¹⁸ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven* kapittel 9.2.5

¹⁹ Se kapittel 20

Utvalget vil samtidig understreke oppdragsgiver står fritt til å sette en lenger karenperiode enn det loven angir, da det kun er en minimumsfrist. Dette er også fremholdt i Nærings- og fiskeridepartementets veileder til anskaffelsesreglene.²⁰ Karenperioden beregnes i samsvar med beregning av tidsfrister jf. forslag til ny forskrift om offentlige anskaffelser § 2-4.

Utvalget vil bemerke at dersom dagens domstolsmodell videreføres, så bør karenperioden vurderes utvidet, for å gi berørte leverandører noe bedre tid til å vurdere prosessrisikoen knyttet til en begjæring om midlertidig forføyning. Det bør da også vurderes å supplere karenperioden med en suspensjon av retten til å inngå kontrakt som løper frem til for eksempel ti dager etter at oppdragsgiver har besvart eventuelle innsynskrav fra en leverandør.

27.6.3 Unntak fra krav til karenperiode

Selv om reglene om karenperiode er viktige for å sikre effektiv håndheving, mener utvalget at norske myndigheter bør benytte de unntaksmulighetene som direktivene åpner for. Utvalget viser til at det er snakk om typetilfeller hvor det ikke er hensiktsmessig med en karenperiode, og tilføyer at Danmark og Sverige har valgt samme løsning.

Når det gjelder unntaket i artikkel 2b nr. 1 bokstav a åpner ordlyden for unntak fra krav til karenperiode i tilfeller hvor anskaffelsesdirektivene ikke krever *forhåndskunngjøring* av konkurranse. Bestemmelsen viser ikke konkret til *hvilke* typer kunngjøringer det er tale om. I den norske versjonen er ingen av kunngjøringstypene titulert *forhåndskunngjøring*. Dette stiller seg annerledes i den engelske versjonen, hvor artikkel 2b nr. 1 bokstav a åpner for unntak for anskaffelser hvor det ikke er krav til «publication of a contract notice», hvilket korresponderer med anskaffelsesdirektivet artikkel 49 som regulerer nettopp «contract notice». I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om for eksempel kunngjøringer etter anskaffelsesdirektivet artikkel 48 er omfattet av unntaket, siden disse er omtalt som «prior information notices», og ikke som «contract notices».

I litteraturen er det tatt til orde for at en forståelsesfortolkning tilsier at unntaket i bokstav a omfatter alle anskaffelser hvor det er ikke krav til kunngjøring, uavhengig av om det er gjennom en «contract notice», eller gjennom en «prior information notice», og at det således for alle kunngjør-

ringspliktige anskaffelser gjelder et krav til å ha en karenperiode.²¹

Utvalget konstaterer at gjeldende norsk anskaffelsesregelverk krever karenperiode for *alle* kunngjøringspliktige anskaffelser.²² Utvalget har drøftet om ny lov bør videreføre gjeldende rett på dette punkt, eller om den bør bruke terminologien fra håndhevingsdirektivet, slik at ny lov angir at det ikke gjelder et krav til karenperiode dersom anskaffelsesdirektivene ikke krever forhåndskunngjøring av konkurransen. Det som taler for den siste løsningen er at hvis det skulle komme ny og avklarende rettspraksis fra EU-domstolen som gir holdepunkter for at det kan gjøres unntak fra krav til karenperiode også for veiledende kunngjøringer, så vil det gi en fleksibilitet til oppdragsgivere som etter utvalgets syn kan være hensiktsmessig. Utvalget har imidlertid landet på å videreføre gjeldende rett ettersom dette er innarbeidet i dag, slik at det er krav om karenperiode for alle kunngjøringspliktige anskaffelser.

27.6.4 Nærmere om karenperiode under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger

Når det gjelder kontrakter tildelt under en rammeavtale eller i forbindelse med en dynamisk innkjøpsordning, åpner håndhevingsdirektivet for klassisk sektor for at det gjøres unntak for begge disse kategoriene, mens håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene kun åpner for unntak ved dynamisk innkjøpsordning. Det kan stilles spørsmål ved om dette er intendert fra EU-lovgivers side, slik at det for kontrakter tildelt under en rammeavtale i forsyningssektoren *ikke* er adgang til å gjøre unntak fra kravet til karenperiode.

Begrunnelsen for unntaksadgangen er i fortalen til endringsdirektivet premiss 9 forklart ved at både rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal gi effektiviseringsgevinster, og at disse vil kunne bli påvirket negativt av en obligatorisk karenperiode. Begrunnelsen er av generell karakter, og gjør seg gjeldende for både klassisk sektor og forsyningssektorene. I tillegg følger det av fortalen premiss 10 at det for kontrakter basert på rammeavtaler i forsyningssektorene ikke er krav om forhåndskunngjøring, og at det i slike tilfeller ikke bør være en obligatorisk karenperiode. Det kan således virke som at EU-lovgivers

²⁰ Nærings- og fiskeridepartementet 2017 kapittel 37.2.3

²¹ Arrowsmith 2018a: avsnitt 14-201

²² Se anskaffelsesforskriften § 25-2 andre ledd bokstav a

vurdering har vært at unntaksadgangen for kontrakter tildelt under en rammeavtale for forsyningssektorene følger av bokstav a, og at det derfor ikke er gjentatt i bokstav c. Anskaffelsesreglene for forsyningssektorene er gjennomgående mer fleksible en klassisk sektor, og dette taler etter utvalgets syn for at unntaket minst må ha samme rekkevidde for forsyningssektorene. I juridisk litteratur er det også tatt til orde for at kravet til karenperiode ikke gjelder for kontrakter under en rammeavtale i forsyningssektorene i det hele tatt.²³ Utvalget vil på denne bakgrunn foreslå at det i ny lov om offentlige anskaffelser åpnes for unntak fra karenperiode når det gjelder kontrakter tildelt under en rammeavtale, og unntak for anskaffelser som ikke krever kunngjøring. Etter utvalgets syn er det ikke avgjørende akkurat hvilken bestemmelse unntaket for avrop under rammeavtaler etter forsyningssektoren subsumeres under, men utvalget trekker i retning at det riktige vil være bokstav a.

27.6.5 Krav til å opplyse om karenperioden

Artikkel 2a nr. 2 fjerde avsnitt stiller krav om at tildelingsbeslutningen skal ledsages av informasjon om karenperioden. Etter utvalgets syn bør dette kravet lovfestes, ettersom dette er en konkret plikt som direktivet pålegger oppdragsgiver. Når det gjelder krav til å opplyse om nøyaktig karenperiode, bør lovens ordlyd stille krav om at oppdragsgiver skal oppgi både dato og klokkeslett for når karenperioden opphører.

Som redegjort for i kapittel 27.2 beregnes karenfristens lengde i samsvar med reglene om beregning om tidsfrister.

27.6.6 Krav til begrunnelse

Når det gjelder kravet om at tildelingsbeslutningen skal være vedlagt «sammendrag av de relevante årsakene» i artikkel 2a nr. 2 fjerde avsnitt, vises det i endringsdirektivet fra 2007 til bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet artikkel 55 nr. 2 som stiller krav om at oppdragsgiver «etter anmodning fra en leverandør», skal begrunne enkelte forhold ved tildelingsbeslutningen. Det kan her synes å være uoverensstemmelse mellom anskaffelsesdirektivet og håndhevingsdirektivet ved at oppdragsgiver etter håndhevingsdirektivet skal oppgi informasjon om en rekke forhold som etter anskaffelsesdirektivet bare skal gis på

anmodning.²⁴ Den samme problemstillingen gjør seg gjeldende for forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktsdirektivet.²⁵

Utvalget foreslo i første delutredning en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet artikkel 55 i ny anskaffelseslov. Utvalget vurderte ikke forholdet til håndheving, herunder regler om karenfrist, ettersom dette skulle behandles i andre delutredning. Utvalget presiserte derfor, i forbindelse med forslaget til gjennomføring av artikkel 55, at utvalget ville se nærmere på forholdet til begrunnelse og karenperiode i andre delutredning. Bakgrunnen for at utvalget ønsket å utsette dette, var for å se problemstillingene i sammenheng. Utvalget presiserte at det ville kunne komme endringer i andre delutredning, i de bestemmelsene som da ble foreslått å gjennomføre artikkel 55. Utvalget har merket seg at en del av høringsuttalelsene til utvalgets første delutredning har gitt uttrykk for at det er ønskelig med krav til å begrunne tildelingsbeslutning og opplyse om karenperiode.

I tillegg til kravene til begrunnelse i anskaffelsesdirektivene og håndhevingsdirektivet, er det slått fast av EU-domstolen at oppdragsgiver skal overholde det generelle EU-rettslige prinsippet om god forvaltningsskikk ved tildeling.²⁶ Det innebærer blant annet et krav til å begrunne beslutninger, fordi det setter mottakerne av beslutningen i stand til å kunne forsvare sine rettigheter og vurdere om avgjørelsen bør prøves rettslig. En begrunnelse er også nødvendig for at en domstol skal kunne overprøve avgjørelser. Kravet til begrunnelse utgjør en betingelse for effektiv domstolsprøving.²⁷

Utvalgets oppfatning er at anskaffelsesdirektivene og håndhevingsdirektivenes minstekrav til opplysninger som skal følge en tildelingsbeslutning, ikke alltid vil være tilstrekkelig til å sette en leverandør i stand til å vurdere om det er grunn til å utfordre en tildelingsbeslutning.

Etter utvalgets syn vil det være viktig av hensyn til effektiv håndheving at oppdragsgiver må gi en kort begrunnelse i tildelingsbeslutningen. Begrunnelsen bør inneholde informasjon om hvilken leverandør som har vunnet og hvorfor. Dette innebærer, som i gjeldende rett, at oppdragsgiver må forklare hvordan vinnende tilbud ble evaluert under tildelingskriteriene, og hva ved vinnende

²³ Arrowsmith 2018a avsnitt 17-303

²⁴ En nærmere redegjørelse for de krav anskaffelsesdirektivet stiller til at oppdragsgiver skal begrunne tildelingsbeslutningen er gitt i første delutredning kapittel 24.33.

²⁵ Forsyningsdirektivet artikkel 75 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40.

²⁶ C-927/19 Klaipėdos avsnitt 120

²⁷ Ibid. avsnitt 120

leverandørs tilbud som har vært bedre enn konkurrentenes.

Etter utvalgets syn bør kravet til begrunnelse variere, etter anskaffelsens art og størrelse, og kompleksitet. Dette følger av forholdsmessighetsprinsippet.^{28 29} Det følger også av praksis fra klagenemnda at kravet til begrunnelsesplikten skjerpes der det er oppstilt skjønnsmessige tildelingskriterier.³⁰

Det følger av EU-domstolens praksis at begrunnelsen må gis direkte til leverandørene. Dette innebærer at det ikke vil være tilstrekkelig å publisere begrunnelsen.³¹

Kravet til begrunnelse innebærer samtidig ikke at oppdragsgiver må gi leverandørene en individuell begrunnelse. Det er tilstrekkelig at det gis en samlet begrunnelse i tildelingsbeslutningen.³²

Kravene til begrunnelse bør fremgå av bestemmelsen som regulerer oppdragsgiver plikt til å meddele at kontrakt er tildelt. Det er likevel viktig at oppdragsgiver som sender ut en meddelelse blir gjort oppmerksom på karensperioden. Utvalget foreslår derfor at det opprettes en henvisning fra anskaffelsesloven § 14-9, til reglene om karensperiode.

Utvalget vil presisere at kravene til begrunnelse som utvalget har foreslått i nytt regelverk, kun utgjør minimumskrav. Det betyr at oppdragsgiver, hvis vedkommende finner det hensiktsmessig, kan gi en mer utførlig begrunnelse.

Utvalget overlater til departementet å vurdere om utvalgets forslag til ny § 14-9 innebærer at hele eller deler av utvalgets forslag til § 14-10 bør sløyfes.

27.6.7 Mangelfull eller manglende begrunnelse

I enkelte tilfeller kan det skje at oppdragsgiver, rettsstridig, ikke sender ut noen begrunnelse sammen med tildelingsbeslutningen, eller at begrunnelsen som sendes ut er mangelfull. Håndhevingsutvalget fra 2010 mente at i disse tilfellene måtte en leverandør benytte karensperioden til å klage på den manglende begrunnelsen, men at karensperioden likevel begynte å løpe samtidig

med tildelingen.³³ EU-domstolen har i ettertid uttalt at karensperioden kun gir berørte aktører adgang til å klage på en tildelingsbeslutning dersom vedkommende har tilstrekkelige opplysninger til å kunne avgjøre om tildelingen er rettsstridig.³⁴ I den konkrete saken hadde imidlertid den aktuelle leverandøren, som følge av andre omstendigheter, tilstrekkelige opplysninger til å betvile tildelingsbeslutningen, og EU-domstolen kom derfor frem til at karensperioden var overholdt.

I dansk rett følger det av fast praksis fra Klagenævnet for udbud at det er meddelelsen om tildelingen, og ikke begrunnelsen som starter karensperioden. Dette innebærer at karensperioden begynner å løpe fra det tidspunktet oppdragsgiver sender en meddelelse om at kontrakt er tildelt, selv om leverandøren ikke har fått en begrunnelse eller at begrunnelsen som er gitt, er mangelfull. Det er i dansk juridisk teori diskutert om dette er i overensstemmelse med EU-retten.³⁵

Utvalget har merket seg avgjørelsen fra EU-domstolen og at det i dansk juridisk teori er reist spørsmål ved om danske lovbestemmelser er i overensstemmelse med EU-retten. I svensk rett er motsatt løsning lagt til grunn, ved at karensperioden starter å løpe først når det er gitt en begrunnelse som er tilstrekkelig.

Etter utvalgets syn vil det kunne skape rettslig usikkerhet om starten på karensperioden skulle være basert på en konkret vurdering av om begrunnelsen er tilstrekkelig, noe som oppdragsgivere og leverandører vil kunne ha forskjellig oppfatning av. Det vises til Håndhevingsutvalgets vurderinger av dette.³⁶

Etter utvalgets syn er det en enkel og ryddig innretning at det alltid er meddelelsen om tildeling av kontrakt som starter karensperioden, slik som det også er etter gjeldende rett, jf. anskaffelsesforskriften § 25-2 første ledd. Gjennom at leverandører kan benytte karensperioden til også å klage på mangelfull eller ikke-eksisterende begrunnelse, og dette vil utløse suspensjon, vil leverandørens interesser være ivaretatt, slik at regelen etter utvalgets syn ikke vil være i strid med EØS-retten. Dette tilsier at dagens rettstilstand ikke vil være i strid med EØS-retten, gitt at direktivets ordlyd også er klar. Utvalget overlater imidlertid den endelige vurderingen av dette til

²⁸ Nærings- og fiskeridepartementet 2017 kapittel 37.1.3

²⁹ LE-2005-183161

³⁰ KOFA-2019-380 Helse Stavanger HF avsnitt 34 med videre henvisninger

³¹ C-456/08 Kommisjonen mot Irland avsnitt 31

³² NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.2.5

³³ Ibid. kapittel 13.2.4

³⁴ C-35/15 Kommisjonen mot Vanbreda avsnitt 47

³⁵ Risvig Hamer (2020) side 103

³⁶ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.2.4

departementet, og oppfordrer departementet til å innhente informasjon fra Sverige på hvordan dette fungerer i praksis der, hvor karenstidens start er betinget av tilstrekkelig begrunnelse. Det samme gjelder også ved utvalgets subsidiære forslag, hvis domstolsmodellen videreføres, om at karenstiden utsettes der leverandør ber om innsyn, til etter at slikt innsyn er gitt.

Etter utvalgets syn er det usikkert om det vil være i samsvar med EØS-retten, at karenstiden starter å løpe med tildelingsbeslutningen, i de tilfeller der begrunnelsen ikke gir leverandøren mistanke om at begrunnelsen ikke er tilstrekkelig. I et slikt tilfelle vil begrunnelsen normalt ikke klages inn. Eksempler på slike begrunnelser kan være der oppdragsgiver har gitt en fiktiv begrunnelse eller utelatt helt sentrale elementer fra begrunnelsen. Ettersom utvalget foreslår en plikt til å si opp en kontrakt der tildelingsbeslutningen kjennes ulovlig med endelig dom eller avgjørelse vil dette etter utvalgets syn kunne bøte på de uheldige konsekvensene av at det gis en fiktiv begrunnelse som gir grunn til å klage i karenstiden.

Boks 27.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at karenstiden settes til 10 dager, alternativt 15 dager
- at håndhevelsesdirektivene artikkel 2a nr. 2 første og fjerde avsnitt om krav til karenstid gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser § 26-1
- at håndhevelsesdirektivene artikkel 2b første avsnitt bokstavene a til c om unntak fra krav til karenstid gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser § 26-2
- at håndhevingsdirektivet artikkel 2a nr. 2 fjerde avsnitt første og andre strekpunkt om krav til begrunnelse gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser § 14-9 andre ledd.

Kapittel 28

Suspensjon [artikkel 2 nr. 3]

28.1 Innledning

Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 3 og 4, og håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3 og 3a, gir regler om suspensjon. Suspensjon innebærer at adgangen til å inngå kontrakt utsettes ved en rettidig klage over tildelingsbeslutningen.

Reglene om suspensjon ble innført ved endringsdirektivet i 2007, og har tilknytning til reglene om karenperiode. Det følger av fortalen til endringsdirektivet at klageinstansen må gis tid til å reagere på klager som kommer inn like før utløpet av karenperioden.¹ Formålet med suspensjonsregelen er således å sikre virkningen av karenperioden.

Direktivene stiller også krav om suspensjon ved klage til oppdragsgiver, dersom en medlemsstat krever at klage først må inngis til oppdragsgiver før klage kan innbringes for klageorganet, jf. artikkel 1 nr. 5. Som redegjort for i kapittel 25 er ikke dette en plikt som utvalget mener at det er grunn til å ta inn i ny lov.

28.2 Krav til suspensjon

Håndhevingsdirektivene artikkel 2 nr. 3 angir at når klageinstansen vurderer en tildelingsbeslutning, skal medlemsstatene sikre at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakten før klageinstansen har tatt stilling til enten en begjæring om en midlertidig forføyning, eller selve klagen. En identisk bestemmelse finnes i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3.

Direktivene krever ikke at det inntre suspensjon ved klager over andre forhold enn selve tildelingsbeslutningen, jf. håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 4 og håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3a. Dette betyr at det for eksempel ikke må inntre suspensjon ved klage over at en leverandør

er urettmessig avvist. Suspensjon ved klage innenfor karenfrist etter tildelingsbeslutningen sikrer effektive klagemuligheter også for slike forutgående beslutninger.²

Det følger av direktivene artikkel 2 nr. 3 at suspensjonen ikke kan opphøre i karenperioden.³ Dette innebærer videre at dersom klageorganet skulle rekke å ta stilling til en begjæring om midlertidig forføyning eller en klage innen karenperiodens utløp, må oppdragsgiver uansett vente med å inngå kontrakt til karenperioden faktisk løper ut. At klageorganet har tatt stilling til en begjæring eller en klage, avskjærer ikke andre leverandører fra å klage innen utløpet av karenperioden.

Dersom det inngis klage *etter* utløpet av karenperioden, eller de ti dager som følger en intensjonskunngjøring, krever ikke direktivet at en klage skal føre til suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt. Direktivet stiller heller ikke krav om suspensjon ved klage over anskaffelser som ikke omfattes av kravet til karenperiode. Det er videre opp til medlemsstatene å beslutte om en klage som inngis i en frivillig karenperiode, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i artikkel 2d nr. 4 og nr. 5, skal føre til suspensjon.⁴

Direktivet åpner ikke for at oppdragsgiver kan motsette seg suspensjon, for eksempel ved å anføre at klagen er grunnløs, eller at det fore-

¹ Fortalen avsnitt 12

² Det kan riktignok gjelde særegne klagefrister her, men de kan ikke være innrettet slik at de undergraver klagemulighetene, jf. effektivitetsprinsippet.

³ Dette inkluderer de tilfeller der oppdragsgiver overholder en frivillig karenperiode etter inngåelse av en kontrakt basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, jf. henvisningen til artikkel 2d nr. 5. I tillegg inkluderer dette klage i tidagersperioden oppdragsgiver må avvente kontraktsinngåelse ved intensjonskunngjøring, jf. henvisningen til artikkel 2d nr. 4.

⁴ Det er valgt at alle klager i en frivillig karenperiode utløser suspensjon i Norge av praktiske grunner, fordi det ikke alltid vil være enkelt for domstolene å konstatere om en karenperiode er obligatorisk eller ikke. I Danmark har lovgiver valgt den motsatte løsningen, jf. klagenævnsløven § 3 stk. 2.

ligger tvingende grunner til at kontraktsinngåelse ikke bør suspenderes. I juridisk litteratur er det likevel tatt til orde for at medlemsstatene i medhold av primærretten vil kunne påberope seg hensyn til for eksempel nasjonal sikkerhet for å unngå suspensjon.⁵ Ettersom suspensjonen uansett kan oppheves av klageorganet etter utløpet av karenstperioden, synes dette lite praktisk.

Suspensjonen løper inntil klageorganet enten har tatt stilling til søknaden om midlertidig tiltak, eller har truffet endelig avgjørelse i klagesaken i sin helhet. Det er i direktivet ikke oppstilt regler om varigheten av en suspensjonsperiode. Medlemsstatene står fritt til å innføre frister for klageorganets behandling av spørsmålet.⁶

Etter artikkel 2 nr. 3 inntretr suspensjon ved klage til «et førsteinstansorgan, som er uavhengig av den offentlige oppdragsgiveren». Det følger videre av ordlyden at suspensjonen skal ha varighet inntil vedkommende organ har tatt stilling til søknaden om enten midlertidige tiltak eller behandlet saken. Dette innebærer at nasjonal rett står fritt til å bestemme at suspensjonen faller bort dersom klageorganet opphever den. Videre er det opp til nasjonal rett å bestemme hvorvidt en anke skal ha oppsettende virkning.

Det følger av håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 1 bokstav b og artikkel 2e at dersom oppdragsgiver bryter reglene om suspensjon, det vil si inngår kontrakt selv om adgangen er suspendert, kan oppdragsgiver ilegges sanksjoner.⁷

delingsbeslutning, er det i dansk rett lagt til grunn at alle klager på påståtte brudd på regelverket som inngis før kontrakt er inngått, medfører suspensjon.

En klage har automatisk oppsettende virkning i 30 kalenderdager, noe som betyr at Klagenævnet har 30 dager til å treffe en beslutning om fortsatt oppsettende virkning, jf. klagenævnsløven § 12 stk. 3. Reglene om suspensjon gjelder ikke for anskaffelser som ikke er omfattet av anskaffelsesdirektivene.

I svensk rett er det gitt regler om suspensjon i form av forlengelse av karenstperioden. Ved klage over en tildelingsbeslutning til forvaltningsdomstolen, forlenges karenstperioden i påvente av klagebehandlingen jf. LOU kapittel 20 § 8. Denne forlengelsen inntretr automatisk, uten at det er påkrevd med en beslutning fra forvaltningsdomstolen. Den forlengede karenstperioden gjelder frem til ti dager etter at forvaltningsdomstolens avgjørelse foreligger, jf. § 10.

Klagen må være mottatt av forvaltningsdomstolen innen utløpet av den opprinnelige karenstfristen, men det gjelder ingen krav til klagens form eller innhold. Dersom klagen er ufullstendig, kan forvaltningsdomstolen be klager om å rette den innen en kort frist.

Forvaltningsdomstolen kan beslutte at forlenget karenstperiode ikke skal gjelde i de tilfeller det vil medføre urimelige konsekvenser for oppdragsgiver.

28.3 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I dansk rett er det gitt regler om suspensjon i klagenævnsløven § 12 stk. 2. Det følger av bestemmelsen at en klage til Klagenævnet i karenstperioden gir automatisk suspensjon (oppsettende virkning). Dette gjelder inntil Klagenævnet har truffet avgjørelse om klagen skal tillegges ytterligere oppsettende virkning, inntil den endelige avgjørelsen foreligger. Suspensjon inntretr på tidspunktet klagen er inngitt, uavhengig av om oppdragsgiver er orientert om klagen eller ikke.

Selv om håndhevingsdirektivet kun krever at det innføres suspensjon når det klages over en til-

28.4 Gjennomføring i norsk rett

I norsk rett er det gitt regler om suspensjon i anskaffelsesforskriftene, med hjemmel i anskaffelsesloven § 9 andre ledd. Regler om suspensjon er gitt i anskaffelsesforskriften §§ 10-3, 25-3 andre ledd og 30-10, forsyningsforskriften §§ 21-3 andre ledd og 26-9 og konsesjonskontraktforskriften §§ 12-3 andre ledd og 14-7. Håndhevingsutvalgets flertall foreslo at reglene om suspensjon kun skulle gjelde for de direktivstyrte reglene.⁸ Håndhevingsutvalget foreslo å innføre suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning der påstanden er at tildelingsbeslutningen er feil.⁹ Videre foreslo utvalget at suspensjon kun inntretr for anskaffelser der det er satt en karenstperiode, og begjæringen fremsettes innen utløpet av denne fristen, eller innenfor 10-dagersfristen etter at opp-

⁵ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-128

⁶ I Danmark er det for eksempel oppstilt en frist på 30 dager for Klagenævnet for Udbud til å treffe avgjørelse om klagen skal tillegges oppsettende virkning til den endelige avgjørelse i klagesaken foreligger

⁷ Se nærmere om dette i kapittel 32 og 33

⁸ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 8.1

⁹ Ibid. kapittel 8.2

dragsgiver har publisert en intensjonskunn-
gjøring.¹⁰ Utvalget foreslo at retten må varsle opp-
dragsgiver om begjæringen straks den er kommet
inn til domstolene.¹¹ Utvalget foreslo at suspen-
sjon kun skulle inntre ved begjæring til tingretten,
og ikke ved anke, og at suspensjonen i første
instans løper til retten har tatt stilling til begjærin-
gen.¹² Departementet fulgte opp utvalgets forslag
vedrørende suspensjon.¹³

28.5 Utvalgets vurdering

28.5.1 Suspensjon ved klage til klagenemnda eller midlertidig forføyning

Håndhevingsdirektivenes regler om suspensjon
må gjennomføres i ny anskaffelseslov. Som en
følge av utvalgets anbefaling om å styrke den pre-
kontraktuelle håndhevingen av anskaffelsesregel-
verket gjennom å gjøre KOFA til håndhevings-
organ, vil klage til KOFA suspendere oppdrags-
givers adgang til å inngå kontrakt, slik det også er
i Danmark og Island.

Utvalget har vurdert om en leverandør alterna-
tivt bør kunne velge å gå til tingretten med en
begjæring om midlertidig forføyning. Så lenge en
klage til KOFA vil suspendere oppdragsgivers
adgang til å inngå kontrakt, antar utvalget at det
vil være helt upraktisk at en leverandør skulle
foretrekke å begjære en midlertidig forføyning
med de kostnader som er forbundet med det.
Utvalget vil imidlertid ikke stenge for denne
muligheten, slik at en leverandør kan velge å gå til
tingretten med en begjæring om midlertidig for-
føyning. Som utvalget har redegjort for i kapittel
21.3, så vil oppdragsgiver være bundet av leveran-
dørens valg.

28.5.2 Underrette oppdragsgiver

Håndhevingsdirektivene oppstiller ingen kon-
krete føringer på om eller hvordan en leverandør

som inngir en klage i karenperioden, skal under-
rette oppdragsgiver om klagen. Det er nødvendig
at oppdragsgiver faktisk blir orientert om klagen,
jf. fremstillingen over om at klage inngitt i
karenperioden automatisk suspenderer opp-
dragsgivers adgang til å inngå kontrakt.

I Danmark er leverandøren som inngir klage
pålagt å orientere oppdragsgiver senest samtidig
med at klagen innbringes for Klagenævnet for
Udbud.¹⁴ I Sverige er det derimot forvaltnings-
domstolen som underretter oppdragsgiver når
den mottar en klage, og forlenget karenperiode
inntreer først når oppdragsgiver er underrettet.
Også i Norge inntreer suspensjonen først når dom-
stolen forkynner for oppdragsgiver at det er kom-
met inn en begjæring om en midlertidig forføy-
ning.¹⁵ Etter utvalgets syn kan det stilles spørsmål
ved om den norske løsningen er i tråd med direk-
tivets krav om at suspensjonen skal inntre automa-
tisk ved klage. I praksis vil den norske og svenske
løsningen bety at oppdragsgiver vil kunne inngå
kontrakt i et tilfelle der det er klaget innen utløpet
av karenperioden, men hvor klageorganet ikke
har rukket å orientere oppdragsgiver om den sus-
pensive virkningen.

Heller ikke den danske løsningen eliminerer
risikoen for at oppdragsgiver ikke blir gjort opp-
merksom på klagen, og derfor kommer i skade for
å inngå kontrakt etter utløpet av karenperioden. I
motsetning til den norske og svenske løsningen
vil imidlertid dette i Danmark ikke være et pro-
blem som ligger innbakt i håndhevingssystemet
og oppstår hver gang en klage kommer inn like
før utløpet av karenperioden. Utvalget vil derfor
anbefale at klager pålegges å informere oppdrags-
giver om klagen, og at dette må skje senest en dag
før utløpet av karenperioden. Det bør etter utval-
gets syn være tilstrekkelig om leverandøren ori-
enterer kort om at vedkommende vil be om en
midlertidig avgjørelse fra KOFA eller tingretten.
På dette tidspunktet bør det ikke stilles for høye
krav til orienteringen ettersom klagen vil være
oppdragsgiver i hende kort tid etterpå.

¹⁰ Ibid. kapittel 8.2

¹¹ Ibid. kapittel 15.2.2

¹² Ibid. kapittel 8.4

¹³ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaf-
felser og kommuneloven*, kapittel 6.2

¹⁴ Jf. klagenævnsløven § 6, stk. 4

¹⁵ Se anskaffelsesforskriften § 25-3 andre ledd, forsynings-
forskriften § 21-3 andre ledd og konsesjonskontrakt-
forskriften § 12-3 andre ledd

Boks 28.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 3 og 4, og håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3 og 3a om krav til suspensjon ved en rettidig klage over tildelingsbeslutningen gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 26-3 og 26-4 for klage til henholdsvis klagenemnda eller tingretten
- å innføre en bestemmelse i ny lov om offentlige anskaffelser § 26-3 første ledd om at klager skal orientere oppdragsgiver om at det vil bli inngitt en klage senest dagen før karenperioden utløper.

Kapittel 29

Midlertidige avgjørelser [artikkel 2 nr. 1 bokstav a]

29.1 Innledning

Håndhevingsdirektivene artikkel 1 stiller krav til at medlemsstatene skal treffe nødvendige tiltak for å sikre at det effektivt og så raskt som mulig kan klages på beslutninger truffet av oppdragsgiver. Dette innebærer at håndhevingsorganene må ha adgang til å treffe midlertidige avgjørelser, jf. artikkel 2 nr. 1 bokstav a. Med dette styrkes den prekontraktuelle håndhevingen av brudd på anskaffelsesregelverket vesentlig.

29.2 Krav om midlertidige avgjørelser

Håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a krever at medlemsstatene må sikre at det gis adgang til midlertidig forføyninger eller tiltak «som har som mål å rette opp den påståtte overtredelsen eller forebygge ytterligere skade på berørte interesser, herunder tiltak for å utsette eller sikre utsettelse av tildelingen av en offentlig kontrakt eller gjennomføringen av eventuelle beslutninger truffet av den offentlige oppdragsgiveren». Det er gitt en tilsvarende bestemmelse i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 1 bokstav a.¹

Ordlyden stiller krav om at håndhevingsorganene skal kunne treffe midlertidige avgjørelser, så hurtig som mulig, og som hastesak. Dette kan ikke leses direkte ut fra den norske språkversjonen, som har en noe uklar formulering om midlertidige tiltak ved hjelp av midlertidige avgjørelser, «ved første anledning».² Blant annet den danske

versjonen gjør det imidlertid klart at avgjørelsen må fattes hurtigst mulig, og som hastesak.

Den midlertidige avgjørelsen skal ha til formål å rette opp en påstått overtredelse, eller å forhindre videre skade på berørte interesser. Den kan for eksempel gå ut på å stanse anskaffelsesprosedyren som sådan, eller å stille gjennomføringen av en beslutning i bero.

Krav om å stille gjennomføring av en beslutning i bero, vil for eksempel være aktuelt for avvisningsbeslutninger som treffes tidlig i konkurranse. Får klager medhold i et slikt krav, kan oppdragsgiver fortsette anskaffelsesprosedyren, men må ta med den urettmessig avviste leverandøren.

Også andre beslutninger enn tildelingsbeslutninger og avvisningsbeslutninger kan være gjenstand for midlertidig avgjørelse. Det følger av ordlyden i den engelske språkversjonen av direktivet at midlertidige tiltak kan gjelde «any decision taken by the contracting authority».³

Håndhevingsdirektivene krever således at *enhver* beslutning som er fattet av oppdragsgiver i forbindelse med en anskaffelsesprosess, skal kunne være gjenstand for en midlertidig avgjørelse. EU-domstolens rettspraksis viser at grensen først går ved handlinger som bare er uttrykk for interne overveielser.⁴

I sak C-391/15 *Marina del Mediterráneo* uttalte EU-domstolen seg også om på hvilket tidspunkt det skal være adgang til å få en midlertidig avgjørelse.⁵ Domstolen fremholdt at formålet med direktivet ikke gir medlemsstatene adgang til å bestemme at retten til å be om klagebehandling er betinget av at anskaffelsesprosessen er på et bestemt stadium. I den konkrete saken fant domstolen at nasjonal lovgivning som utsatte klageretten til etter tildelingsbeslutningen, var i strid med håndhevingsdirektivet.

¹ Ordlyden i den norske offisielle oversettelsen avviker noe fra den tilsvarende bestemmelsen for klassisk sektor. Det er ikke tilsvarende avvik i de engelske språkversjonene. For den videre fremstillingen tas det utgangspunkt i at avviket i den norske versjonen ikke har materiell betydning.

² Denne formuleringen kom inn med endringsdirektivet av 2007. I den opprinnelige versjonen av direktiv 89/665 i Særskilt vedlegg nr. 2 bind 7 s 263 (St.prp. nr. 100 (1991–92)) var formuleringen «så raskt som mulig og som hastesak å treffe midlertidige forføyninger».

³ Dette er ikke tilsvarende tydelig i den norske språkversjonen av direktivet for klassisk sektor, som viser til «eventuelle beslutninger truffet av den offentlige oppdragsgiveren».

⁴ C-26/03 Stadt Halle avsnitt 35

⁵ C-391/15 Marina del Mediterráneo avsnitt 31 og 34

En midlertidig avgjørelse tar forutsetningsvis ikke endelig stilling til rettsstillingen mellom partene. Avgjørelsen sikrer i utgangspunktet kun at anskaffelsesprosessen stanses, inntil en endelig beslutning foreligger. Samtidig medfører midlertidige avgjørelser som stanser anskaffelsesprosessen eller gjennomføringen av en beslutning ofte at det gjøres en foreløpig vurdering av realiteten i saken. Dette er imidlertid ikke påkrevd, og uansett ikke nødvendigvis avgjørende for utfallet av den midlertidige avgjørelsen. Det følger naturlig av dette at en beslutning om ikke å innvilge midlertidige tiltak, ikke kan ha innvirkning på leverandørens mulighet til å anføre det påståtte bruddet i andre sammenhenger, jf. håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 5 for klassisk sektor og håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 4.

En avgrensning av plikten til å stille midlertidige forføyninger til rådighet følger av håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 7 andre avsnitt.⁶ Etter at en kontrakt er inngått i samsvar med artikkel 1 nr. 5, artikkel 2 nr. 3 eller artikkel 2a til 2f, kan medlemsstatene fastsette at myndigheten til det relevante håndhevingsorganet skal begrenses til tildeling av skadeserstatning. Dette innebærer at det som utgangspunkt og hovedregel er anledning til å avskjære muligheten for midlertidig forføyning mot oppdragsgivere i tilfeller hvor kontrakt er inngått. Forutsetningen er imidlertid at den aktuelle kontrakten er inngått i samsvar med reglene om karenperiode, noe som kan tilsi at muligheten til å avskjære midlertidige forføyninger ikke kan gjelde i tilfeller hvor oppdragsgiver har gjort en ulovlig direkteanskaffelse, og en leverandør ønsker å få stanset videre oppfyllelse av kontrakten, mens håndhevingsorganet tar stilling til om kontrakten skal kjennes uten virkning.⁷ Det foreligger imidlertid ingen konkrete EU-avgjørelser om dette spørsmålet.

29.3 Vilkår for midlertidige avgjørelser

Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 5 angir momenter som medlemsstatene kan bestemme at håndhevingsorganet kan eller må ta hensyn til når det treffes en midlertidig avgjørelse. En tilsvarende bestemmelse følger av håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artik-

kel 2 nr. 4.⁸ Det følger av bestemmelsene at håndhevingsorganet kan ta hensyn til de sannsynlige følgene av et midlertidig tiltak for alle berørte interesser, også offentlighetens interesser, og beslutte ikke å innvilge slike tiltak dersom de negative følgene overstiger fordelene.

I sak C-424/01 *Communication & Systems Austria* påpekte EU-domstolen at den omstendighet at sannsynligheten for at klageren ville få medhold ikke er opplistet i artikkel 2 nr. 5, ikke betyr at direktivet forbyr at dette vektlegges.⁹ Ettersom det ikke er vedtatt særlige regler om dette i EU, tilkommer det medlemsstatene å fastsette vilkår for å treffe midlertidige avgjørelser, innenfor de generelle kravene til ekvivalens og effektivitet.¹⁰

29.4 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I Danmark er artikkel 2 nr. 1 bokstav a om midlertidige avgjørelser gjennomført i klagenævnsløven § 12, stk. 1, som gir Klagenævnet mulighet for å tillegge en klage «opsættende virkning». Denne regelen gjelder både for EØS-anskaffelser og nasjonale anskaffelser.

Ved klage utenfor karenperioden, må klager begjære oppsettende virkning. Ved klage innenfor karenperioden skal Klagenævnet på eget initiativ ta stilling til spørsmålet.

Oppsettende virkning er først og fremst relevant så lenge kontrakt ennå ikke er inngått. Det følger imidlertid av forarbeidene at klage også kan tillegges oppsettende virkning der kontrakt er inngått. Dette kan være aktuelt i saker der kontrakten vil kunne bli erklært uten virkning. En beslutning om oppsettende virkning i et slikt tilfelle vil da innebære at forberedelsen av kontraktgjennomføringen eller leveransen skal stanses, slik at det blir mulig for Klagenævnet å erklære hele eller en større del av kontrakten uten virkning. I saker hvor det ikke er aktuelt å erklære kontrakten uten virkning, er det fast praksis at det ikke gis oppsettende virkning når kontrakt først er inngått.

Oppsettende virkning etter § 12, stk. 1 kan bare gis der «særlige grunde» taler for dette. I praksis er det sjelden at Klagenævnet tillegger en klage oppsettende virkning.¹¹

⁶ Tilsvarende i håndhevingsdirektivene for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 6 andre avsnitt.

⁷ Strømsnes 2024

⁸ Det er også her forskjeller mellom de to direktivene i norsk språkversjon, men dette må antas å skyldes oversettelsesarbeidet.

⁹ C-424/01 *Communications & System Austria* avsnitt 29

¹⁰ Ibid. avsnitt 31

¹¹ Se digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark* kapittel 1.6.3

I vurderingen av om det foreligger «særlige grunde» er det i nemndspraksis og teori oppstilt tre vilkår.¹² Det første vilkåret er «fumus boni juris», og det sentrale vurderingstemaet er om klagen har noe for seg, eller om klagen virker grunnløs. Det andre vilkåret er «uopsættelighet». Dette vilkåret – som i utgangspunktet svarer til sikringsgrunn i norsk rett – forstås slik at oppsettende virkning må være nødvendig for å avverge et alvorlig og uopprettelig tap for klager, og praktiseres tilsynelatende nokså strengt. Vilkaåret anses i utgangspunktet ikke som oppfylt når leverandøren har en mulighet til etterfølgende å nå frem med et erstatningskrav, og det gis i praksis oppsettende virkning i ganske få saker. Etter innføringen av udbudsloven § 185 stk. 2 med plikt til å si opp en kontrakt dersom tildelingsbeslutningen settes til side av Klagenævnet har Klagenævnet også henvist til dette for å begrunne at kravet om «uopsættelighed» ikke er oppfylt.^{13 14} Det siste vilkåret om interesseavveining innebærer at klagerens interesse i å få en midlertidig avgjørelse veier tyngre enn oppdragsgiverens interesse i å få fortsette prosessen.

I svensk rett er midlertidig forføyning regulert i LOU kapittel 20 §§ 9 og 16. Det er forvaltningsdomstolene som har kompetanse til å beslutte midlertidig forføyning i en klagesak etter anskaffelsesregelverket. Midlertidig forføyning kan besluttes for å hindre at oppdragsgiver inngår kontrakt i tilfeller hvor det ikke automatisk påløper en karenperiode etter en tildelingsbeslutning. Det er også aktuelt med midlertidig forføyning for å sette gjennomføringen av en allerede inngått kontrakt på vent, jf. § 16.

Når retten skal ta stilling til en begjæring om midlertidig forføyning, skal det foretas en interesseavveining mellom partene. Dersom ulempen en midlertidig forføyning kan medføre for oppdragsgiver anses å være større enn tapet for leverandøren, skal retten avslå begjæringen. I sin vurdering skal retten også ta hensyn til allmenne interesser. Rettspraksis viser at begjæring om midlertidige forføyninger ofte tas til følge.¹⁵

Sammenligningen av dansk og svensk rett vanskelig gjøres på dette punkt av ulike utgangspunkter for klager inngitt i karenperioden. I Danmark må Klagenævnet i disse tilfellene aktivt ta stilling

til om klagen skal gis «opsættende virkning», innen en frist på 30 dager. I Sverige er utgangspunktet derimot at den suspensive effekten av klagen står ved lag helt frem til forvaltningsdomstolen har avgjort den. Her er det derfor oppdragsgiver som må be forvaltningsdomstolen om å oppheve suspensjonen. Virkeområdet for midlertidig forføyninger etter LOU kapittel 20 §§ 9 og 16 er følgelig begrenset til tilfeller hvor det ikke automatisk påløper en forlenget karenperiode etter klage på en tildelingsbeslutning.

En annen forskjell mellom dansk og svensk rett som vanskelig gjør en sammenligning av forføyningsreglene er den sær danske oppsigelsesplikten for tilfeller hvor en tildelingsbeslutning settes til side, jf. udbudsloven § 185 stk. 2. Behovet for en midlertidig forføyning mot kontraktsinngåelsen vil være begrenset dersom det relativt raskt kommer en avgjørelse fra Klagenævnet om lovligheten av tildelingsbeslutningen, og denne utløser en forpliktelse til å si opp den inngåtte kontrakten.

29.5 Gjennomføring i norsk rett

Det følger av anskaffelsesloven § 9 at reglene i tvisteloven gjelder for behandlingen av begjæring om midlertidig forføyning, med mindre noe annet er bestemt i loven eller forskrifter gitt i medhold av loven. Tvistelovens regler om midlertidig forføyning fremgår av tvisteloven § 32-1, jf. § 34-1.

Krav om midlertidige avgjørelser som gjelder stansing av anskaffelsesprosessen, er ofte rettet mot oppdragsgivers tildelingsbeslutning, men kan også være rettet mot andre beslutninger som oppdragsgiver har truffet i forbindelse med en anskaffelsesprosess, for eksempel en beslutning om å avvise en leverandør eller et tilbud.

I norsk rett må tre vilkår være oppfylt for at domstolen kan beslutte en midlertidig forføyning. For det første må det være sannsynliggjort et hovedkrav, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. For det andre må det være sannsynliggjort en sikringsgrunn, jf. tvisteloven § 34-1. Dette innebærer at enten må saksøktens atferd gjøre det nødvendig med midlertidig sikring fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort. Alternativt må det være nødvendig med en midlertidig ordning for å avverge vesentlig skade eller ulempe eller hindre voldsomheter som saksøktens atferd gir grunn til å frykte. For det tredje kan forføyning bare besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse

¹² Risvig Hamer 2020 kapittel 5 side 308 med videre henvisninger til nemndspraksis

¹³ Se nærmere omtale i kapittel 37 om oppsigelse av kontrakt

¹⁴ Se for eksempel kjennelse 9. januar 2019 Wedel Installation ApS.

¹⁵ Asplund m.fl. 2012 side 162

saksøkeren har i at forføyning blir besluttet, jf. tvisteloven § 34-1 andre ledd.

Norsk rettspraksis har utviklet seg slik at vilkåret om sikringsgrunn ikke har noe selvstendig innhold ved prøving av tildelingsbeslutninger i anskaffelsessaker. Dersom det foreligger en feil som medfører at tildelingsbeslutningen er ulovlig, foreligger det også sikringsgrunn. Synspunktet er at dersom forføyning ikke gis, vil oppdragsgiver inngå kontrakt og saksøker vil miste muligheten til å få kontrakten.

Muligheten til å få midlertidig forføyning gjelder også for anskaffelser i forsyningssektorene.

Anskaffelsesloven § 9 første ledd andre punktum avgrenser muligheten til å få en midlertidig forføyning til før kontraktsinngåelsen. I motsetning til i dansk og svensk rett er det ikke gjort noe unntak for ulovlige direkteanskaffelser. I litteraturen er det reist spørsmål ved om dette er i samsvar med håndhevingsdirektivene.¹⁶

Norge har benyttet adgangen i håndhevingsdirektivet artikkel 2c til å fastsette preklusive frister underveis i anskaffelsesprosessen. Dette er gjort ved å åpne for at oppdragsgivere kan fastsette klagefrist i to-trinns prosedyrer. Anskaffelsesforskriften §§ 8-16 og 20-7 gir i to-trinns prosedyrer oppdragsgiver mulighet til å fastsette en frist for når en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen, eller ikke velge ut en leverandør. Fristen skal være minst 15 dager. Hensikten er å unngå at begjæringer om midlertidig forføyning blir fremsatt på et senere tidspunkt i prosessen, hvor det kan være vanskelig å rette opp eventuelle feil. Det er frivillig for oppdragsgiver å sette en slik frist, og det må opplyses om fristen i anskaffelsesdokumentene jf. § 20-7 tredje ledd. Det er tilsvarende bestemmelse i forsyningsforskriften § 16-5.

29.6 Utvalgets vurdering

29.6.1 Midlertidig avgjørelse i klagenemnda for offentlige anskaffelser

Utvalget har et ønske om å styrke den prekontraktuelle prøvingen, noe som innebærer at leverandørenes mulighet til å få utsatt kontraktsinngåelsen må styrkes. Som redegjort for i kapittel 27 og 28 mener utvalget at dette bør gjøres med å gi klager som fremsettes innenfor karenperioden oppsettende virkning (suspensjon), slik som situasjonen er i alle de andre nordiske land. Samtidig må hen-

synet til oppdragsgiver ivaretas gjennom krav til at KOFA raskt tar stilling til om adgangen til å undertegne kontrakten skal utsettes frem til KOFA har fått avgjort klagen. I Danmark er denne fristen 30 dager, og utvalget vil foreslå samme frist. Statistikk utvalget har fått fra Oslo tingrett tilsier at dette er raskere enn gjennomsnittlig behandlingstid for begjæringer om midlertidige forføyninger i anskaffelsessaker, som synes å ligge omkring 60 dager.¹⁷ Utvalgets forslag vil således medføre at oppdragsgiver og leverandør får en raskere avklaring av suspensjonen, enn hva tilfellet er etter gjeldende rett. Denne fristen på 30 dager bør likevel bare gjelde i anskaffelser hvor det er behov for en rask avklaring av suspensjonen. Utvalget foreslår derfor at klagenemnda bare skal ta stilling til om oppdragsgiver skal forbys å inngå kontrakt innen en frist på 30 dager dersom oppdragsgiver ber om det. Utvalget legger til grunn at oppdragsgiver bare vil be om det, dersom det faktisk er behov for en rask avklaring.

Også vilkårene for å få utsatt kontraktsinngåelsen frem til klagen er avgjort, bør etter utvalgets syn justeres. Etter tvistelovens regler avhenger muligheten for å vinne frem med en begjæring om en midlertidig forføyning mot oppdragsgiver i de fleste tilfeller av om leverandøren lykkes med å sannsynliggjøre at en etterfølgende full prøving av saken, vil lede til en dom som setter den aktuelle beslutningen til side, jf. tvisteloven § 34-2. Kravet til sikringsgrunn regnes normalt som oppfylt, fordi leverandørens mulighet til å vinne kontrakten normalt faller bort ved kontraktsinngåelsen.¹⁸ Samtidig er terskelen høy for at oppdragsgiver skal nå frem med at skadevirkningene av en forføyning står i «åpenbart misforhold» til leverandørens interesse i forføyningen. Tilnærmingen i norsk rett er dermed nokså annerledes enn den åpne interesseavveiningen som håndhevingsdirektivene legger opp til.¹⁹

Utvalget er enig i at den foreløpige vurderingen av om det foreligger et brudd på anskaffelsesregelverket, som kan ha virket inn på den aktuelle leverandørens mulighet til å vinne kontrakten, må

¹⁷ Se i kapittel 18. Det foreligger ingen offisiell statistikk over saksbehandlingstiden, og de angitte tallene er basert på tall fra Oslo tingrett, innhentet av utvalget.

¹⁸ En gjennomgang av et utvalg midlertidige forføyninger viser at kravet til sikringsgrunn ikke er omtvistet, se for eksempel senest i TSRO-2024-16911 Kolumbus AS. Se også LB-2019-85112 Zenitel om at terskelen for «åpenbart misforhold» er høy, dersom det foreligger et sannsynliggjort hovedkrav og sikringsgrunn.

¹⁹ Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 4 og håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 5.

¹⁶ Strømsnes 2024

stå sentralt i vurderingen. Som nevnt i kapittel 29.3 er heller ikke håndhevingsdirektivet til hinder for dette. Utvalgets syn er imidlertid at i tilfeller hvor det ut fra en foreløpig vurdering er uklart om det foreligger et slikt brudd eller ikke, bør adgangen til å få en midlertidig avgjørelse vurderes ut fra en bredere interesseavveining.

Et sentralt moment i denne vurderingen bør være hvor lang tid det vil ta før KOFAs avgjørelse av klagen foreligger, ettersom dette vil kunne være avgjørende for vurderingen av hvilke ulemper en forsinket kontraktsinngåelse vil ha for oppdragsgiver. På tidspunktet for vurderingen av om suspensjonen av adgangen til å inngå kontrakt skal forlenges, vil KOFA trolig ha en nokså klar formening av hvor lang tid det vil ta å få avgjort klagen. Dersom avgjørelsen er bare noen uker unna, må det være særegne forhold ved den aktuelle anskaffelsen for at oppdragsgiver skal kunne inngå kontrakten uten å avvente KOFAs avgjørelse. Dersom avgjørelsen av klagen ligger lenger frem i tid, stiller dette seg annerledes.

I vurderingen av om suspensjonen av adgangen til å inngå kontrakt skal forlenges, bør det også tas hensyn til om det er bestemmelser i anskaffelsesregelverket som tilsier at leverandøren uansett ikke vil kunne vinne kontrakten, slik saken står på det aktuelle tidspunktet.

Utvalget har vurdert om det bør listes opp i loven hvilke momenter KOFA kan eller må legge vekt på i vurderingen av om suspensjonen av adgangen til å inngå kontrakt skal forlenges. Utvalget har også vurdert om det bør oppstilles en terskel for fortsatt suspensjon, slik som i den danske klagenævnsloven § 12, stk. 1 («særlige grunde»), eventuelt en terskel for *ikke* å treffe en slik beslutning dersom KOFA heller mot at det foreligger et brudd, slik som i tvisteloven § 34-1 andre ledd («åpenbart misforhold»). Utvalget er imidlertid blitt stående ved at loven bør gi anvisning på den åpne helhetsvurderingen som utvalget mener KOFA må foreta i disse tilfellene: adgangen til å inngå kontrakten suspenderes frem til avgjørelse av klagesaken dersom KOFA finner grunn til det. Utvalget har foreslått at dette kommer til uttrykk i lovbestemmelsen som regulerer hvordan KOFA tar stilling til suspensjonen.

Utvalget har merket seg at det danske Klagenævnet normalt kommer frem til at suspensjonen skal oppheves, men er usikker på om dette kan skyldes at en del velbegrunnede klagesaker løser seg alt før Klagenævnet tar stilling til dette spør-

målet, slik at de sakene som nævnet må ta stilling til er saker hvor oppdragsgiver står fast på at det ikke foreligger noe brudd, og at det dessuten er behov for å få tildelt kontrakten uten å avvente nævnets endelige avgjørelse.

Utvalget har foreslått at ny anskaffelseslov skal inneholde en plikt til å si opp kontrakten dersom tildelingsbeslutningen settes til side. Dette må også hensyntas i vurderingen av om suspensjonen av adgangen til å inngå kontrakt skal forlenges, på samme måte som i Danmark. Dersom vilkårene for oppsigelsesplikten synes oppfylt, vil behovet for å suspendere retten til å inngå kontrakten være mindre.

I vurderingen av om suspensjonen skal forlenges kan KOFA også se hen til leverandørens mulighet til å nå frem med et etterfølgende erstatningskrav, men det må da tas med i betraktningen at ansvarsgrunnlaget for fortjenestetap er at det foreligger et «tilstrekkelig kvalifisert» brudd.

På tilsvarende vis som i dansk og svensk rett er det behov for sikre KOFA hjemmel til å treffe midlertidige avgjørelser også i tilfeller hvor en klage til KOFA ikke automatisk suspenderer oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakten. Dette vil for eksempel gjelde tilfeller hvor klagen ikke inngis innenfor karensperioden. Etter utvalgets syn bør vurderingstemaet for om det skal treffes beslutning om å suspendere oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakt også her være om KOFA finner grunn til det. Utvalget har ivaretatt dette ved at KOFA har adgang til å treffe midlertidige beslutninger så fremt klagen er kommet inn til nemnda før kontrakt er inngått, jf. utvalgets forslag til § 25-2 andre ledd andre punktum.

29.6.2 Midlertidig forføyning i tingretten

Utvalget vil vise til at det fortsatt bør være adgang for en leverandør å velge å gå til domstolene for å hindre at kontrakt inngås, gjennom å kreve midlertidig forføyning mot oppdragsgiver. Etter utvalgets syn vil det i de aller fleste tilfeller være så kostbart for leverandøren, sammenlignet med å få en midlertidig avgjørelse fra KOFA, at det i praksis vil være få tilfeller. Hvis en leverandør velger å gå til domstolene i stedet, bør ny anskaffelseslov inneholde en bestemmelse som klargjør *at* det er mulig, og *hvilke* regler som i så tilfelle gjelder. Utvalget mener at for disse tilfellene kan anskaffelsesloven § 9 i hovedsak videreføres, med de presiseringene som følger i kapittel 29.6.3 og 29.6.4.

29.6.3 Midlertidig avgjørelse mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelser

Utvalget har drøftet om det på tilsvarende vis som i dansk og svensk rett bør åpnes for en midlertidig avgjørelse i KOFA som stanser fortsatt kontraktsoppfyllelse, dersom en leverandør har klaget inn en ulovlig direkteanskaffelse, og anmodet KOFA om å kjenne kontrakten «uten virkning».

Etter utvalgets syn er det usikkert om dagens absolutte forbud mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått, er i overensstemmelse med håndhevingsdirektivet og det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet.²⁰ Det kan tenkes tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser hvor det bør være mulig å få stanset kontraktsoppfyllelsen. Dette gjelder for eksempel i tilfeller hvor kontraktsoppfyllelsen er i en helt innledende fase, eller hvor stansing av andre grunner ikke vil innebære nevneverdig ulempe for oppdragsgiver og/eller valgte leverandør (ut over tapet av kontrakten).²¹ Utvalget har foreslått at sanksjonen «uten virkning» bare skal være tilgjengelig i seks måneder etter kontraktsinngåelse. Det medfører at det potensielle tidsrommet hvor det vil kunne være mulig å kreve midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse er lite. Dette skyldes at en leverandør bare vil kunne ha klageinteresse (herunder reelt behov), dersom klagen fremsettes innen utløpet av de seks første månedene. Hensynet til både oppdragsgiver og leverandør, kan inngå i den bredere helhetsvurderingen som utvalget tar til orde for, i vurderingen av om midlertidig avgjørelse skal gis. Videre, har utvalget foreslått at det vederlagsfritt skal kunne klages til Konkurransetilsynet for ulovlig direkteanskaffelser, noe som vil medføre at leverandører normalt retter klager til Konkurransetilsynet fremfor å klage til KOFA.

Ettersom det likevel ikke kan utelukkes at enkelte leverandører fortsatt vil klage til KOFA når det gjelder ulovlige direkteanskaffelser, og kravene etter EØS-retten er uavklart, vil utvalget foreslå at det formelt ikke stenges for midlertidige avgjørelser i disse tilfellene.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn ikke å videreføre anskaffelsesloven § 9 første ledd andre punktum, og har foreslått en særregulering for

midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved ulovlig direkteanskaffelser.

Utvalgsmedlem *Dankertsen Hennyng* foreslår å videreføre anskaffelsesloven § 9 første ledd andre punktum. *Dankertsen Hennyng* mener det er viktig at det foreligger en endelig avgjørelse på om det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse før kontraktsforholdet må stanse. Dersom domstolene eller KOFA kommer frem til at det ikke foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, har oppdragsgiver (og eventuelt leverandør) pådratt seg potensielt store og unødvendige kostnader. Behovet for å stanse kontrakten midlertidig anses dessuten mindre når KOFA vil få kompetanse til å kjenne en kontrakt «uten virkning» eller avkorte kontraktens levetid. Det vil i seg selv være særlig inngripende for oppdragsgiver, og bør ikke inntreffe før spørsmålet om ulovlig direkte anskaffelse er endelig avgjort. Ved midlertidig stans av kontrakt, vil det også oppstå spørsmål om hvordan behovet skal dekkes i mellomtiden, samt spørsmål om oppdragsgiver har adgang til å kjøpe utenfor kontrakt. Med den knappe tiden utvalget har hatt til rådighet for å vurdere konsekvensene av dette forslaget, mener *Dankertsen Hennyng* at departementet må vise varsomhet med å ta flertallets forslag til følge uten nærmere gjennomgang av de konsekvensene forslaget vil medføre. Dette gjelder særlig dersom oppdragsgiver er avskåret fra å rette et etterfølgende erstatningssøksmål etter tvisteloven § 32-11.

29.6.4 Nærmere om forholdet til tvisteloven § 32-11

Henvisningen i anskaffelsesloven § 9 til tvistelovens regler om midlertidige forføyninger innebærer blant annet at tvisteloven § 32-11 om erstatningsansvar får anvendelse. Denne bestemmelsen fastsetter at saksøkeren kan holdes erstatningsansvarlig for den skade som saksøkte måtte ha lidt som følge av den midlertidige forføyningen, dersom det viser seg at saksøkerens krav ikke bestod. I anskaffelsessaker innebærer dette at en leverandør som lykkes med å få en midlertidig forføyning mot oppdragsgiver, kan bli erstatningsansvarlig for eventuelle tap knyttet til forsinkelsene som forføyningen har medført, dersom retten i hovedsaken kommer til at det likevel ikke foreligger noe brudd på anskaffelsesregelverket. Utvalget er kjent med at oppdragsgivere tidvis viser til denne risikoen i tilfeller hvor en leverandør varsler at vedkommende vurderer å begjære midlertidig forføyning for å få stanset kontraktsinngåelsen. Utvalget er imidlertid ikke kjent med

²⁰ Strømsnes 2024

²¹ Se også LH-2018-99424, hvor oppdragsgiver åpent trenerte saken for å unngå at det skulle være noe igjen av kontrakten som kunne bli kjent uten virkning.

noen tilfeller hvor en oppdragsgiver faktisk har krevd erstatning på dette grunnlag, og har merket seg at departementet i en tidligere lovproposisjon har uttalt at bestemmelsen etter departementets syn ikke er anvendelig på eventuelle tap som oppdragsgiver måtte lide som følge av at adgangen til å inngå kontrakt suspenderes.²² Departementet fant det heller ikke hensiktsmessig å innføre regler om at leverandøren skulle kunne holdes ansvarlig for slike tap, da terskelen for å begjære midlertidig forføyning da kan bli for høy.²³ Utvalget er enig i denne tilnærmingen, og mener dette bør fremgå uttrykkelig av loven, men med unntak for de tilfeller at saksøker visste eller burde visst at kravet ikke bestod da sikringen ble besluttet.

²² Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, side 30

²³ Ibid.

Boks 29.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a om midlertidige avgjørelser gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser § 25-2
- å innføre adgang til å begjære midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse i ny lov om offentlige anskaffelser § 27-7
- å kodifisere at tvisteloven § 32-11 ikke gjelder i anskaffelsessaker i ny lov om offentlige anskaffelser § 26-4 tredje ledd.

Et mindretall foreslår:

- at det ikke innføres adgang til å begjære midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved påstand om ulovlig direkteanskaffelse.

Kapittel 30

Tilsidesettelse av ulovlige beslutninger

[artikkel 2 nr. 1 bokstav b]

30.1 Innledning

Håndhevingsdirektivene stiller i artikkel 2 nr. 1 bokstav b krav om at det nasjonale håndhevingsorganet har kompetanse til enten å sette til side ulovlige beslutninger, eller å sørge for at ulovlige beslutninger settes til side. Dette er et rettsmiddel som primært har en funksjon før kontraktinngåelse.¹ Håndhevingsdirektivene gir derfor medlemsstatene adgang til å fastsette at håndhevingsorganet bare skal ha kompetanse til å sette en beslutning til side frem til kontraktsinngåelse, jf. håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 7 andre avsnitt. I anskaffelsesloven 2016 § 8 er denne muligheten benyttet.

30.2 Krav til tilsidesettelse

Håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav b angir at medlemsstatene skal sikre at klageorganet har kompetanse til å sette til side, eller sørge for å sette til side, beslutninger som er truffet ulovlig.² Bestemmelsen presiserer at *beslutninger* inkluderer diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle spesifikasjoner i anskaffelsesdokumentene. Beslutninger er tolket vidt av EU-domstolen, og omfatter også tilfeller der oppdragsgiver har fastsatt ulovlige tildelingskriterier eller ulovlige kontraktsvilkår.³

Hvis spesifikasjoner, krav eller kriterier i anskaffelsesdokumentene blir satt til side, må

oppdragsgiver fjerne eller endre de. Hvorvidt oppdragsgiver kan gjøre endringer må sees i sammenheng med likebehandlingsprinsippet og adgangen til å gjøre endringer i anskaffelsesdokumentene. Det kan i hovedsak oppstilles to relevante tilfeller i en slik situasjon:

- Vesentlige endringer i anskaffelsesdokumentene. Er tillatt, men oppdragsgiver må gi fristforlengelse.
- Endringer av grunnleggende elementer. Er ikke tillatt, krever ny anskaffelse.⁴

30.3 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I Danmark er artikkel 2 nr. 1 bokstav b gjennomført i Klagenævnsløven § 13, stk. 1 nr. 2. Etter denne bestemmelsen kan Klagenævnet, når oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene, sette til side oppdragsgivers ulovlige beslutninger eller konkurransen i sin helhet.

I de fleste klagesakene vil spørsmålet om å sette til side en ulovlig beslutning gjelde tildelingsbeslutningen, men det kan i prinsippet gjelde samtlige beslutninger som oppdragsgiver treffer i løpet av en anskaffelsesprosedyre, for eksempel beslutninger om å (ikke) kvalifisere eller avvise en leverandør.

Tilsidesettelse av selve konkurransen kan bare skje så lenge konkurransen fortsatt pågår. Tildelingsbeslutningen kan imidlertid prøves også etter kontraktinngåelse, noe som kan utløse plikt til å si opp kontrakten, jf. udbudsloven § 185 stk. 2.

I Sverige følger det av LOU kapittel 20 § 6 første ledd at når oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene kan forvaltningsdomstolen beslutte at feilen skal rettes eller at anskaffelsesprosessen

¹ I enkelte medlemsstater er det mulig å sette ulovlige beslutninger til side også etter kontraktsinngåelsen. Se for eksempel i SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management) side 22.

² Den tilsvarende bestemmelsen i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene har en annen ordlyd, «å oppheve eller sørge for å oppheve ulovlige tiltak». Direktivene i den engelske språkversjonen har ingen tilsvarende forskjell mellom direktivene, og anses derfor ikke å ha materiell betydning.

³ Se for eksempel i C-314/01 Siemens AG Österreich

⁴ Se NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.2.1.2.2 og boks 24.6 med videre henvisninger.

først kan avsluttes når feilen er rettet. For at forvaltningsdomstolen skal pålegge oppdragsgiver å rette en anført feil, kreves det at feilen medfører at leverandøren har lidd eller kan komme til å lide et tap. I praksis er det ikke uvanlig at domstolen kommer til at regelverket er brutt, men at klagen avslås fordi dette skadevilkåret ikke er oppfylt.

30.4 Gjennomføring i norsk rett

Etter gjeldende rett er det domstolene som har adgang til å sette til side ulovlige beslutninger. Det følger av anskaffelsesloven § 8 første ledd at søksmål om brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven reises for tingretten, uten forliksmekling. Det følger videre av andre ledd at retten kan sette til side beslutninger som oppdragsgiveren har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven, inntil kontrakt er inngått.

Bestemmelsen er en videreføring av den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesloven 1999 § 8. I dens forarbeider ble det drøftet om et hvert brudd på anskaffelsesregelverket skulle kunne gi grunnlag for søksmål.⁵ Departementet viste til at det i utgangspunktet var slik at domstolene kunne prøve om alle prosedyrereglene i regelverket er fulgt, men begrenset av det frie skjønn og kravet til rettslig interesse. Videre pekte departementet på at dersom resultatet av domstolsbehandlingen ikke ville ha betydning for leverandøren, så ville ikke vedkommende ha rettslig interesse. I tillegg mente departementet at det sjeldent ville være aktuelt for leverandører å bruke tid på å gå til sak for feil som ikke har betydning for utfallet av konkurransen. I samme lovproposisjon bemerket også departementet at domstolene hadde en adgang til å gripe inn jf. ordlyden *kan*, og at det ville være opp til retten om det ble funnet tilstrekkelig sterke grunner for det. Departementet fremholdt at ved «... mindre, bagatellmessige overtredelser som ikke har fått innvirkning på utfallet av konkurransen, bør det ikke beordres ny anbudsrunde».⁶ Departementet la til grunn at det som hovedregel bare ville være aktuelt å gripe inn dersom bruddet hadde betydning i forhold til saksøkeren.

Utvalget er ikke kjent med noen dommer hvor anskaffelsesloven § 8 andre ledd er brukt til å sette til side en ulovlig beslutning, uten at det er knyttet til en forføyningssak. Ettersom oppdragsgiver kan inngå kontrakt med mindre en begjæ-

ring om midlertidig forføyning i henhold til anskaffelsesloven § 9 tas til følge, er det i praksis i behandlingen av en begjæring om en midlertidig forføyning at retten vil ta stilling til om det synes å foreligge ulovlige beslutninger. Dersom retten ikke finner dette sannsynliggjort, mister leverandøren muligheten til å forfølge spørsmålet videre i det oppdragsgiver inngår kontrakten. Dersom retten skulle finne det sannsynliggjort at det foreligger en ulovlig beslutning, vil oppdragsgiver i praksis akseptere dette og rette opp feilen eller avlyse hele konkurransen.

30.5 Utvalgets vurdering

30.5.1 Overordnet

Ny lov om offentlige anskaffelser må sikre at de relevante håndhevingsorganene i norsk rett har myndighet til å sette til side beslutninger som oppdragsgiver har truffet i strid med anskaffelsesregelverket. I tråd med utvalgets oppfatning av at den prekontraktuelle håndhevingen av regelverket bør styrkes, mener utvalget at myndigheten til å sette oppdragsgivers beslutninger til side også må legges til KOFA. Det er sterkt ønskelig at klager om påståtte ulovlige beslutninger raskt avgjøres av KOFA, slik at de kan rettes opp før de får betydning for hvem som får tildelt kontrakten. Dette gjelder ikke bare ulovlige tildelingsbeslutninger, men også for eksempel en beslutning om å avvise en leverandør, eller en beslutning om å avlyse konkurransen, fordi det har oppstått uenighet om lovligheten av de beslutninger som oppdragsgiver har truffet.⁷ Dagens gjennomføring av håndhevingsdirektivene legger ikke til rette for dette, i nokså skarp kontrast til håndhevings-systemene i de øvrige nordiske land.

30.5.2 Hvilke beslutninger skal settes til side

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende rettstilstand jf. anskaffelsesloven § 8 om at selv om håndhevingsorganet kommer frem til at en beslutning er truffet i strid med anskaffelsesregelverket eller forskriftene, så er det ikke påkrevet at håndhevingsorganet setter beslutningen til side. Utvalget vil presisere at en slik tilnærming er i overensstemmelse med de kravene som følger av EU-retten.⁸ Utvalget legger også til grunn at det er lite praktisk at en leverandør vil klage til klagenemda, eller

⁵ Ot.prp. nr. 71 (1997–98) side 67.

⁶ Ibid.

⁷ Krysshenvisning til bestemmelsen vi foreslår om overprøving av avlysninger innen 10 dager.

⁸ Arrowsmith 2018a avsnitt 22-147 til 22-149.

fremme søksmål til domstolene, for brudd på regelverket som ikke er av betydning, og kravet til rettslig interesse vil i disse tilfeller ikke være oppfylt.

30.5.3 Virkningene av at en beslutning settes til side

Håndhevingsdirektivene oppstiller ingen krav til hva som skal være virkningen av at en ulovlig beslutning settes til side, men gir eksempel om at det kan være å fjerne diskriminerende krav eller kriterier i anskaffelsesdokumentene. Utvalget har merket seg at de andre nordiske landene har enkelte regler om at tvisteløsningsorganet kan pålegge oppdragsgiver å rette opp feil eller suspendere eller oppheve beslutninger mv.

Som et formelt utgangspunkt bør en avgjørelse om at en beslutning settes til side, og som treffes enten av klagenemnda eller domstolene, være en avgjørelse som stadfester at oppdragsgivers ulovlige beslutning settes til side. Det bør etter utvalgets syn være opp til oppdragsgiver nærmere å vurdere hvordan den konkrete oppfølgingen skal skje. I visse tilfeller vil anskaffelsesretten medføre at oppdragsgiver må avlyse konkurransen, men i andre tilfeller kan feilen kanskje rettes med mindre inngripende tiltak. I lys av at en

konkurranse har til formål å dekke et behov hos oppdragsgiver, må det være opp til oppdragsgiver å treffe en vurdering, under full respekt for den avgjørelsen som er truffet, om hvordan det skal skje.

30.5.4 Nærmere om sammenhengen med bestemmelsen om oppsigelsesplikt

Utvalget foreslår i kapittel 37 at det innføres en oppsigelsesplikt etter at kontrakt er inngått, der en tildelingsbeslutning som kontrakten bygger på er satt til side ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene. Det vises til kapittel 37.2.5 for en nærmere gjennomgang av innholdet av, og behovet for en slik oppsigelsesplikt i ny lov om offentlige anskaffelser.

Boks 30.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at håndhevingsdirektivenes krav til tilside-settelse av ulovlige beslutninger i artikkel 2 nr. 1 bokstav b gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser § 25-2 andre ledd.

Kapittel 31

Særlig om mulkt som alternativ i forsyningssektorene [artikkel 2 nr. 1 bokstav c]

Håndhevingsdirektivene artikkel 2 er i stor grad like, men ett rettsmiddel skiller de to direktivene, nemlig mulkt. I håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene gir artikkel 2 nr. 1 bokstav c medlemsstatene mulighet til å innføre mulkt i stedet for midlertidig forføyning og tilsidesettelse av ulovlige beslutninger. Bakgrunnen var at enkelte medlemsstater hadde konstitusjonelle bekymringer knyttet til rettsmidler med direkte virkning overfor private forsyningsvirksomheter.¹

Beslutningen om å ilegge mulkt kan enten være et foreløpig skritt, altså i form av en midlertidig avgjørelse, eller en endelig realitetsavgjørelse. Mulkten kan være periodisk (for eksempel dagmulkt) eller en fastsatt sum (bot).

Endringsdirektivet fra 2007 gir imidlertid regler om automatisk suspensjon ved klage i karensperioden, og dette gjelder uavhengig av hvilket valg medlemsstaten har truffet mellom midlertidige avgjørelser (bokstavene a og b i artikkel 2 nr. 1) eller mulkt (bokstav c i artikkel 2 nr. 1). For forsyningssektorene medfører bruk av mulktalternativet nå at oppdragsgiver ikke får inngått kontrakt før klagen er endelig behandlet. Håndhevingsutvalget fra 2010 påpekte at dette har ført til at mulktalternativet ikke egentlig er et reelt alternativ til hovedreglene om midlertidige tiltak.²

I Danmark er det valgt en modell med mulkt i olje- og gassektoren, der oppdragsgiver kan velge om det skal benyttes de «alminnelige» rettsmidlene eller om det i stedet skal ilegges mulkt.³

I svensk rett ble det besluttet å oppheve bestemmelsene om mulkt da endringsdirektivet skulle gjennomføres. Det var etter departementets syn ikke grunn til å tro at behovet for mulkt som alternativ var større i forsyningssektoren enn i klassisk sektor, og reglene var lite brukt.⁴

Utvalget har vurdert om det i ny lov om offentlige anskaffelser bør gis regler om mulkt for forsyningssektorene, men vil ikke anbefale dette. Utvalget nøyer seg med å vise til Håndhevelsesutvalgets vurdering av dette spørsmålet, som utvalget slutter seg til.

Boks 31.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at det ikke innføres regler om tvangsmulkt for forsyningssektorene.

¹ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-295

² NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* side 143 til 144

³ Se nærmere i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*

⁴ Finansdepartementet Prop. 2009/10:180 2010 side 153 og 154

Kapittel 32

Sanksjonen «uten virkning» [artikkel 2d]

32.1 Innledning

Endringsdirektivet 2007 innførte sanksjonen «uten virkning». EU-domstolen har i sin rettspraksis fremholdt at ulovlige direkteanskaffelser er «... den alvorligste tilsidesettelse af EU-retten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighet eller en ordregiver kan begå».¹ Sanksjonen skal også benyttes mot enkelte andre brudd på regelverket. Sanksjonen «uten virkning» er av EU-lovgiver fremholdt som den mest effektive måten å gjenskape konkurransen om kontrakten. Sanksjonen er samtidig innegripende, fordi den griper inn i en kontrakt som er i ferd med å bli gjennomført, og kan få store konsekvenser også for valgte leverandør. EU-lovgiver har av denne grunn åpnet for alternative sanksjoner i visse tilfeller. Det er også innført regler om intensjonskunngjøring som gir oppdragsgiver mulighet til å sikre seg mot at en kontrakt senere blir kjent «uten virkning».

32.2 Vilkår for sanksjonen «uten virkning»

Håndhevingsdirektivet artikkel 2d er bygget opp ved at nr. 1 bokstav a til c presiserer hvilke overtredelser som skal sanksjoneres med å kjenne kontrakten «uten virkning». Rettsvirkningene blir deretter regulert i artikkel 2d nr. 2. Til slutt angis unntak og situasjoner der sanksjonen likevel ikke får anvendelse, jf. artikkel 2d nr. 3 til 5. Bestemmelsen er utformet på samme måte i direktivene for klassisk sektor og forsyningssektorene.

Artikkel 2d nr. 1 bokstav a stiller krav om at sanksjonen «uten virkning» innføres for brudd på kunngjøringsplikten etter anskaffelsesdirektivene. Tilfeller hvor direktivene åpner for at det kan inngås kontrakt uten forhåndskunngjøring, faller derfor utenfor.

¹ C-23/20 Simonsen & Weel avsnitt 85 med henvisninger til tidligere rettspraksis

I utgangspunktet skal offentlige kontrakter som er omfattet av anskaffelsesdirektivene, kunngjøres i TED-databasen.² Anskaffelser som faller utenfor anskaffelsesdirektivenes virkeområde, er ikke kunngjøringspliktige. Kunngjøringsplikt foreligger heller ikke dersom vilkårene for å benytte prosedyren konkurranse med forhandlinger uten forutgående kunngjøring er oppfylt, jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 32. En anskaffelse som ikke er kunngjort i TED-databasen, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt etter anskaffelsesdirektivene, utgjør en ulovlig direkteanskaffelse. Medlemsstatene har i utgangspunktet en plikt til å kjenne disse kontraktene «uten virkning».

Når kunngjøringsplikten aktualiseres, er ikke uttømmende regulert i anskaffelsesdirektivene. I sak C-454/06 *Pressetext* kom EU-domstolen til at vesentlige endringer i en kontrakt måtte likestilles med inngåelse av en ny kontrakt som dermed utløser kunngjøringsplikt.³ ⁴ Ved å foreta vesentlige endringer i en kontrakt, har oppdragsgiver plikt til å kunngjøre ny konkurranse om (den endrede) kontrakten. Sanksjonen vil derfor trolig få anvendelse i et slikt tilfelle, men dette er ikke endelig avgjort av EU-domstolen.⁵

Artikkel 2d nr. 1 bokstav b stiller krav om at sanksjonen «uten virkning» skal innføres for alvorlige brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon. Formålet er å sikre at disse reglene blir overholdt. Ved brudd på bestemmelsene i artikkel 1 nr. 5, artikkel 2 nr. 3 eller artikkel 2a nr. 2, skal kontrakten kjennes «uten virkning» hvis bruddet har fratatt leverandøren muligheten for prekontraktuell håndheving og er kombinert med et

² Tenders Electronic Daily, som er den europeiske offisielle databasen for kunngjøringer

³ Reglene om endringer i kontrakt er i dag kodifisert i anskaffelsesdirektivet artikkel 72, forsyningsdirektivet artikkel 89 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 43.

⁴ Se NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.38

⁵ Dette er også lagt til grunn av Arrowsmith 2018 avsnitt 22-169

Boks 32.1 Sanksjonen «uten virkning» som reaksjon for andre brudd

Håndhevingsdirektivet artikkel 2d stiller krav om at sanksjonen «uten virkning» skal idømmes ved alvorlige brudd på reglene om karenperiode og suspensjon. To vilkår må være oppfylt:

1. det foreligger et brudd på reglene om karenperiode eller suspensjon som har fratatt leverandøren muligheten til prekontraktuell håndheving
2. bruddet på reglene om karenperiode eller suspensjon er kombinert med et brudd på anskaffelsesdirektivene som har påvirket leverandørens mulighet til å vinne kontrakten.

brudd på anskaffelsesdirektivene som har påvirket leverandørens mulighet til å få tildelt kontrakten.⁶

Praktiske eksempler vil være tilfeller der oppdragsgiver inngår kontrakt før karenperioden har løpt ut, eller mens adgangen til å inngå kontrakt er suspendert. I litteraturen er det gitt uttrykk for at det neppe vil være grunnlag for å kjenne kontrakten uten virkning dersom bruddet på karenreglene «bare» består i at oppdragsgiver har glemt å gi opplysninger om karenperiodens lengde etter artikkel 2a nr. 2.⁷

Vilkåret, angitt som nr. 2 i boks 32.1, om at det må foreligge et brudd på anskaffelsesdirektivene som har innvirket på leverandørens mulighet til å vinne kontrakten, er viktig. Det kreves ikke at kontrakten kjennes uten virkning etter artikkel 2d dersom leverandøren som angriper tildelingsbeslutningen er blitt avvist eller skulle ha vært avvist, eller av andre grunner uansett ikke ville vunnet kontrakten.

Artikkel 2d nr. 1 bokstav c stiller krav om at sanksjonen «uten virkning» skal innføres ved

brudd på reglene for tildeling av kontrakter basert på en rammeavtale og ved dynamiske innkjøpsordninger. Dette gjelder bare dersom medlemsstaten har valgt å benytte valgfriheten til ikke å innføre karenperiode- og suspensjonsreglene for tildeling av kontrakter under disse ordningene. Det er likevel ikke alle kontrakter basert på en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning som må kunne kjennes uten virkning, jf. artikkel 2b andre avsnitt.⁸

Formålet med å åpne for å bruke sanksjonen «uten virkning» i disse tilfellene, er å balansere hensynet til fleksibilitet og effektive sanksjoner. En eventuell innføring av regler om karenperiode og suspensjon ved tildeling av kontrakter under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger reduserer mye av fleksibiliteten med disse ordningene. I direktivet ble det derfor åpnet for at fleksibiliteten kunne beholdes dersom det var adgang til å sanksjonere brudd strengt.⁹ Samtidig har kontrakter som tildeles under rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, ofte kort varighet. Det vil ofte være lite praktisk å forsøke å få slike kontrakter kjent uten virkning fordi kontrakten vil være gjennomført før leverandøren får avgjort kravet om å få kontrakten kjent uten virkning. Oppdragsgiver vil i slike tilfeller kunne bli ilagt overtredelsesgebyr etter artikkel 2e.

32.3 Rettsvirkningene av å kjenne en kontrakt «uten virkning»

Håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 2 fastslår at følgene av at en kontrakt kjennes uten virkning skal fastsettes i nasjonal lovgivning. Det er også opp til medlemsstatene om «uten virkning» skal ha tilbakevirkende kraft (*ex tunc*) eller kun ha virkning for fremtiden (*ex nunc*). Medlemsstatene kan overlate dette valget til håndhevingsorganet.¹⁰ Dersom nasjonal rett kun åpner for at en kontrakt kjennes «uten virkning» med hensyn til fremtidig kontraktsoppfyllelse, må imidlertid også alternative sanksjoner ilegges. Det betyr i praksis at det må ilegges et overtredelsesgebyr.¹¹

⁶ I den norsk språkversjonen kreves det at «overtredelsen har innvirket på anbyderens sjanser til å søke om klagebehandling for å få kontrakten», men dette er misvisende. Av blant annet den engelske versjonen følger det at det er sjansen til å få kontrakten som må være påvirket, jf. «has affected the chances of the tenderer applying for a review to obtain the contract». Den svenske og danske versjonen av direktivet gir støtte til at den engelske språkversjonen gir uttrykk for det riktige rettslige vurderingstemaet.

⁷ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-171

⁸ I praksis gjelder dette for rammeavtaler hvor avrop gjennomføres ved minikonkurranse, og hvor avropets verdi overstiger EØS-terskelverdien.

⁹ Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene 2007 fortalen avsnitt 8 og 9

¹⁰ Dette følger implisitt av at direktivet gir valgfrihet til medlemsstatene med hensyn til om *ex tunc* skal innføres. Dette er også lagt til grunn i NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 10.2.3, og er løsningen som ble valgt i anskaffelsesloven (2016) § 13 femte ledd.

¹¹ Se nærmere om dette i kapittel 33.

Håndhevingsdirektivet inneholder ingen bestemmelser om gjennomføringen av selve oppjøret mellom partene, dersom en kontrakt blir kjent uten virkning. Dette er således overlatt til nasjonal rett.

Det er i juridisk teori stilt spørsmål ved om EU-retten stiller enkelte krav til nasjonal gjennomføring av rettsvirkningene knyttet til sanksjonen «uten virkning».¹² For eksempel stiller Arrowsmith spørsmål ved om det vil være i samsvar med kravene etter EU-retten dersom nasjonal rett gir oppdragsgivers medkontrahent krav på erstatning for den positive kontraktsinteresse, etter at en kontrakt er kjent «uten virkning».¹³ Etter Arrowsmiths syn er svaret ikke opplagt, siden konkurransesituasjonen gjenopprettes i forbindelse med at kontrakten kjennes «uten virkning», og hensikten med sanksjonen ikke først og fremst er å ramme leverandøren som har fått tildelt en kontrakt i strid med anskaffelsesregelverket. Strømsnes tar til orde for at spørsmålet om erstatning er overlatt til nasjonal rett også ved sanksjonen «uten virkning».¹⁴ Problemstillingen ble også drøftet av Håndhevingsutvalget, som fremholdt at hensynet bak sanksjonen «uten virkning» kan tilsi at positiv kontraktsinteresse for valgte leverandør er utelukket. Utvalget fremholdt at uansett om erstatning for positiv kontraktsinteresse ikke er utelukket på generelt grunnlag, vil det uansett være vanskelig å påvise årsakssammenheng.¹⁵

32.4 Unntak

32.4.1 Unntak begrunnet i tvingende hensyn knyttet til en allmenn interesse

Håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 3 åpner for at medlemsstatene kan fastsette unntak fra å ilegge sanksjonen «uten virkning» for tilfeller hvor tvingende hensyn som er knyttet til en allmenn interesse «krever at kontraktens virkning bør opprettholdes», altså at kontrakten kan oppfylles. I saker hvor denne adgangen benyttes, må det ilegges alternative sanksjoner etter artikkel 2e.

Ordlyden indikerer at unntaket skal tolkes snevert. Håndhevingsutvalget la dette til grunn og uttalte at kjerneområdet for bestemmelsen er til-

feller hvor annullering av kontrakten vil føre til fare for liv, helse og sikkerhet.¹⁶

I fortalen er det imidlertid gitt et annet eksempel på en situasjon der vilkårene for å opprettholde kontrakten vil kunne være oppfylt.¹⁷ Etter at en kontrakt er kjent uten virkning, vil det kunne være tillatt å gjøre bruk av konkurranse med forhandling uten forhåndskunngjøring.¹⁸ Hvis det da, som følge av tekniske eller andre tvingende grunner, bare er den opprinnelige leverandøren som kan levere kontraktsforpliktelsene, så vil det fremstå som meningsløst å kjenne en kontrakt uten virkning, fordi det vil være samme leverandør som etter ny konkurranse likevel må fortsette. Leverandøren vil dessuten stå i en svært sterk forhandlingsposisjon overfor oppdragsgiver, noe som vil kunne gi seg utslag i høyere priser og en enda større fordel for valgte leverandør enn den opprinnelige direkteanskaffelsen. Dette synspunktet ble også fremholdt av Håndhevingsutvalget.¹⁹ Strømsnes har også tatt til orde for samme synspunkt.²⁰

EU-domstolen har ikke direkte drøftet unntaksregelens rekkevidde. I litteraturen er det antatt at domstolens generelle praksis knyttet til rettferdiggjøring av restriksjoner på de fire friheter («overriding reasons relating to public interest») vil være relevant for å avgrense hvilke hensyn som kan begrunne unntak.^{21 22} Dette tilsier at kretsen av relevante hensyn er vid, noe som også støttes av at det eneste hensynet som direktivet uttrykkelig avgrenser mot er økonomiske interesser, jf. artikkel 2d nr. 3 andre og tredje avsnitt og fortalens premiss 24.²³

Økonomiske interesser som er «direkte knyttet til den berørte kontrakten», kan ikke anses som tvingende allmenne hensyn, jf. tredje avsnitt. Dette inkluderer kostnader ved forsinket gjennomføring av kontrakten, kostnader ved innledning av en ny anskaffelse, kostnader ved bytte av leverandør for gjennomføring av kontrakten og kostnader ved juridiske forpliktelser som følger av at kontrakten er uten virkning. Denne avgrensningen er viktig for at

¹² Strømsnes 2021

¹³ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-174

¹⁴ Strømsnes 2021 kapittel 7.2

¹⁵ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.6.2

¹⁶ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* side 234.

¹⁷ Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene 2007 fortalen premiss 23

¹⁸ Jf. for eksempel anskaffelsesdirektivet artikkel 32

¹⁹ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 10.3.1

²⁰ Strømsnes 2021 kapittel 4.5.3.2

²¹ På dansk «tvingende almene hensyn». Se for eksempel følgende saker: C-509/12 Navileme, C-169/07 Hartlauer og Forente saker C-159/12 og C-161/12 Venturini

²² Strømsnes 2021: kapittel 4.5.3.2.

²³ Fortalen premiss 24.

sanksjonen «uten virkning» skal fungere etter hensikten – merkostnader som oppdragsgiver påføres dersom en kontrakt kjennes uten virkning, kan ikke i seg selv begrunne at sanksjonen ikke ilegges.

Andre økonomiske interesser kan bare anses som tvingende hensyn dersom det at kontrakten er uten virkning i særlige tilfeller ville få «uforholdsmessige følger», jf. andre avsnitt.

Avgrensningen mot økonomiske interesser betyr imidlertid ikke at kretsen av andre interesser som kan begrunne unntak, er snever. Ut over liv, helse og sikkerhet vil for eksempel klima- og miljøhensyn klart være relevant.²⁴ Dette kan få betydning blant annet i tilfeller hvor det å kjenne en kontrakt uten virkning vil føre til at forbrukte ressurser vil gå tapt.

At kretsen av relevante hensyn er vid, sier likevel ikke noe om terskelen for å gjøre unntak fra «uten virkning». Her gir ordlyden anvisning på en høy terskel, ettersom det må være påkrevd å la kontrakten bestå. På bakgrunn av ordlyden antar Arrowsmith at medlemsstatene har en viss frihet til å bestemme krav som skal stilles for bruk av unntaket, innenfor rammene av den generelle EU-retten. Medlemsstatene kan overlate denne skjønnsfriheten til håndhevingsorganet.²⁵

Unntaket er drøftet av norske domstoler ved enkelte anledninger.

I sak TOIN-2021-130644 *Protonterapiutstyr* viste tingretten til at uttalelsene i forarbeidene, om at regelen er en «snever unntaksbestemmelse», og at det ved anvendelsen av bestemmelsen må sees hen til at sanksjonen uten virkning «... så vidt mulig skal være en effektiv sanksjon både ved å virke avskrekkende og ved at den kan bidra til å gjenopprettelse av konkurransesituasjonen».²⁶ Tingretten fant at den konkrete kontrakten var i kjerneområdet til unntaket, ettersom en annullering av kontrakten ville medføre omfattende konsekvenser, og at liv og helse ville kunne bli satt i fare.²⁷ Tingretten kom til at kontrakten skulle opprettholdes. Saken ble anket til lagmannsretten, som etter en nærmere vurdering kom frem til at endringene i den aktuelle kontrakten var lovlige og derfor ikke utgjorde en ulovlig direkteanskaffelse. Som følge av dette drøftet ikke lagmannsretten sanksjonen uten virkning.²⁸

I sak TAHER-2017-180764 *Drukningsalarm* hadde Asker kommune anskaffet en drukningsalarm til Risenga svømmehall.²⁹ Tingretten kom frem til at det var foretatt en ulovlig direkteanskaffelse ettersom verdien oversteg EØS-terskelverdi og ikke var kunngjort i TED. I drøftelsen av om kontrakten skulle kjennes uten virkning kom tingretten til at dette ikke direkte ville lede til at liv, helse eller sikkerhet ble satt i fare. Selv om anskaffelsen gjaldt en drukningsalarm, kunne Asker kommune ivareta sikkerheten med andre tiltak, som økt bemanning eller redusert åpningstid. Retten pekte også på at dette ville være kortvarige konsekvenser.

32.4.2 Unntak ved intensjonskunngjøring

Av håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 4 følger det at oppdragsgiver ikke risikerer at en kontrakt kjennes uten virkning dersom oppdragsgiver i) selv anser at vilkårene for å foreta en direkteanskaffelse er oppfylt, ii) kunngjør intensjonen om å inngå kontrakten og iii) overholder en karenperiode på ti dager, beregnet fra dagen etter intensjonskunngjøringen.

Bestemmelsen er et resultat av at EU-lovgiver har erkjent at det i enkelte tilfeller kan være krevende for oppdragsgiver å avgjøre om det er adgang til å gjennomføre en direkteanskaffelse.³⁰ Muligheten for å sikre seg mot «uten virkning» gjennom en intensjonskunngjøring ivaretar oppdragsgivers behov for forutberegnelighet knyttet til kontrakten og leverandørens behov for å få kjennskap til kontrakter som tildeles uten kunngjøring etter regelverket.

Formuleringen «oppdragsgiveren anser» indikerer at oppdragsgiver må være i god tro om adgangen til å foreta en direkteanskaffelse. EU-domstolen bekreftet dette i sak C-19/13 *Fastweb*.³¹ I motsatt fall ville oppdragsgivere kunne misbruke intensjonskunngjøringer til å uthule plikten til å kunngjøre kontrakter.

De nærmere kravene til selve innholdet i intensjonskunngjøringen er gitt i håndhevingsdirektivene artikkel 3a, se boks 32.2. De fleste kravene er av formell karakter, men det stilles krav om at det gis en begrunnelse for adgangen til å foreta en anskaffelse uten kunngjøring.

EU-domstolen har oppstilt nærmere krav til begrunnelsen.³² Den skal «klart og utvetydige»

²⁴ Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen 2022 kapittel II

²⁵ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-177

²⁶ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*: side 85

²⁷ TOIN-2021-130644

²⁸ LE-2022-141058

²⁹ TAHER-2017-180764

³⁰ Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene 2007 fortalen premiss 26

³¹ C-19/13 *Fastweb* avsnitt 50

³² Ibid. avsnitt 48

Boks 32.2 Intensjonskunngjøring

Artikkel 3a oppstiller krav til innholdet i en frivillig intensjonskunngjøring. Kunngjøringen skal skje i format [...], og skal inneholde følgende opplysninger:

- «a. navn på og kontaktopplysninger for den offentlige oppdragsgiveren,
- b. en beskrivelse av formålet med kontrakten,
- c. en begrunnelse for den offentlige oppdragsgiverens beslutning om å tildele kontrakten uten forhåndskunngjøring av konkurranse i Den europeiske unions tidende,
- d. navn på og kontaktopplysninger for den markedsdeltakeren som det besluttes å tildele kontrakten til, og
- e. eventuelt andre opplysninger som den offentlige oppdragsgiveren anser som nyttige»

redegjøre for de betraktninger som ligger til grunn for oppdragsgivers vurdering om å foreta en direkteanskaffelse, for slik å gi potensielle leverandører mulighet å vurdere om beslutningen skal påklages, «under fuldt kendskap til saken». Med dette balanseres oppdragsgivers og leverandørenes interesser. Oppdragsgiver har behov for forutsigbarhet i tilfeller hvor man mener at vilkårene for direkteanskaffelse er oppfylt, men samtidig erkjenner at spørsmålet ikke er opplagt. Potensielle leverandører har behov for å få kjennskap til anskaffelsen og grunnlag for å vurdere om man vil utfordre oppdragsgivers syn på at det kan foretas en direkteanskaffelse.

32.4.3 Unntak for kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger

Håndhevingsdirektivet stiller i utgangspunktet krav om en karenperiode mellom kontrakts-tildeling og kontraktsignering, men medlemsstatene kan gjøre unntak for kontrakter som er inngått på grunnlag av rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.³³ I disse tilfellene må medlemsstatene i stedet sørge for at kontrakten kan

kjennes uten virkning, jf. håndhevingsdirektivet artikkel 2d nr. 1 bokstav c og artikkel 2b bokstav c andre ledd. I artikkel 2d nr. 5 er det imidlertid et unntak fra regelen om at kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger skal kjennes uten virkning. De nærmere vilkårene for unntaket følger av tre strekpunkter i bestemmelsen.

Dette unntaket følger både av håndhevingsdirektivet for klassisk sektor, og direktivet for forsyningssektorene, men gjelder der kun dynamiske innkjøpsordninger.³⁴ Unntaket er ikke aktuelt for konsesjonskontrakter, ettersom hverken rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger er regulert i konsesjonskontraktdirektivet.

Unntaket i bokstav c, som gjelder kontrakter basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, er begrunnet med effektivitetsgevinstene som disse prosessene er ment å gi.³⁵ Hvis oppdragsgiver må overholde en karenperiode før kontrakt kan inngås, vil en slik gevinst gå tapt. For rammeavtaler vil det kun være behov for økt fleksibilitet der det er inngått rammeavtaler med tilde-ling av kontrakt etter gjenåpning av konkurransen (minikonkurranse). Med unntaksbestemmelsen i artikkel 2d nr. 5 får oppdragsgiver økt fleksibilitet. Oppdragsgiver kan velge å inngå kontrakter uten å overholde en karenperiode, men da med risiko for å bli ilagt sanksjoner i etterkant, eller han kan velge å overholde en frivillig karenperiode og være sikret mot etterfølgende sanksjoner.

Håndhevingsdirektivet artikkel 2f åpner for at medlemsstatene kan fastsette frister for innleveringen av klager som stiller krav om at en kontrakt skal kjennes «uten virkning». Bestemmelsen er frivillig å gjennomføre, og er forslag til minimumsharmoniserte klageregler, altså kan en medlemsstat fastsette lengre frister i nasjonal rett.

32.5 Gjennomføring i Danmark og Sverige

I Danmark er håndhevingsdirektivene bestemmelser om uten virkning gjennomført i Klagenævnsløven §§ 16-17. Dette er langt på vei en direkte gjennomføring av direktivbestemmelsene. Det er ikke innført tilsvarende sanksjoner for nasjonale anskaffelser. Samtlige unntaksbestemmelser som direktivet åpner for er tatt med i dansk lovgivning, slik som unntaket for minikonkurranser på en

³³ Se kapittel 27.6.4

³⁴ Se kapittel 27.6.4

³⁵ Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene 2007 fortalen premiss 9

rammeavtale hvis oppdragsgiver har gitt en begrunnelse og overholdt en frivillig karenperiode (siden Danmark ikke har innført en obligatorisk karenperiode) og unntak ved intensjonskunngjøring hvor oppdragsgiver har ventet i 10 dager med å inngå kontrakt.³⁶ Det er en forutsetning for unntakene at oppdragsgiver har vært i god tro. Det er også en unntaksbestemmelse hvis allmennhetens interesser gjør det nødvendig at kontrakten fortsatt skal ha virkning, jf. § 17, stk. 3.

I Danmark kan en kontrakt kun kjennes uten virkning fremover i tid (*ex nunc*).³⁷

I dansk rett er det oppstilt en preklusiv frist på 30 dager for å klage på en ulovlig direkteanskaffelse dersom oppdragsgiver først har kunngjort en intensjonskunngjøring, og deretter har kunngjort kontraktsinngåelsen i TED.³⁸ Dersom en oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, og ikke har kunngjort en intensjonskunngjøring, er det ingen klagefrist.³⁹

Når en kontrakt erklæres uten virkning, skal det angis fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uten virkning, eller hvilke deler av kontrakten som skal anses for uten virkning. Klagenævnet kan fastsette et virkningstidspunkt frem i tid, noe som gir mulighet for å legge vekt på behovet for forsyninger i en kort periode. Klagenævnets avgjørelse om å kjenne en kontrakt uten virkning har ikke i seg selv virkning mellom partene, men oppdragsgiver pålegges av Klagenævnet å bringe kontrakten til opphør, og oppdragsgiver kan ilegges en tvangsbót hvis pålegget ikke etterkommes.

I Sverige er håndhevsdirektivenes bestemmelser om «uten virkning» gjennomført i alle de fire anskaffelseslovene.⁴⁰ Reglene går lengre enn det direktivet krever ved at de, med enkelte særreguleringer, også gjelder under EØS-terskelverdiene.

Det er forvaltningsdomstolene som behandler klager med påstand om å kjenne en kontrakt uten virkning. Ut over de tilfeller hvor direktivet pålegger bruk av sanksjonen har svensk lovgiver lagt til to tilfeller, i) hvor en kontrakt er inngått i strid med midlertidig forføyning og ii) hvor en kontrakt

er inngått i strid med 10-dagersfristen ved behandling av klager.⁴¹

Samtlige unntaksmuligheter som direktivet åpner for er tatt med i svensk lovgivning, slik som unntak for minikonkurranser på en rammeavtale hvis oppdragsgiver har sendt en meddelelse og overholdt en frivillig karenperiode (siden Sverige ikke har innført en obligatorisk karenperiode) og unntak ved intensjonskunngjøring hvor oppdragsgiver har ventet i 10 dager med å inngå kontrakt.⁴² Det er også en unntaksbestemmelse hvis «*tvingande hänsyn til ett allmänintresse*» gjør det nødvendig at kontrakten fortsatt skal ha virkning, jf. LOU kapittel 10 § 14.

Følgene av at en kontrakt kjennes uten virkning, er avtalerettslig ugyldighet. En dom som kjenner en kontrakt uten virkning, har tilbakevirkende kraft (*ex tunc*). Dette ble innført på grunn av den preventive effekten slik tilbakevirkende kraft kan ha, og fordi lovgiver regnet med at en leverandør ville ha større interesse av å kreve en kontrakt kjent uten virkning dersom dette ga mulighet for en ny anskaffelse for hele kontrakten – ikke bare de delene som ikke allerede er levert.⁴³ Det presiseres i lovforarbeidene at leverandøren som får sin kontrakt kjent uten virkning, kan kreve erstatning av oppdragsgiver ut fra alminnelige erstatningsregler.⁴⁴

I et restitusjonsoppgjør skal alle ytelsene tilbakeføres til hver av partene. Hvis dette ikke er mulig skal formuesforholdet mellom partene gjenopprettes slik det var før kontrakten ble inngått. I praksis innebærer dette at vederlaget oppdragsgiver har betalt skal tilbakeføres, men fratrasket leverandørens fortjenestemargin. Dette skal sikre at varer eller tjenester ikke har kommet oppdragsgiver til gode uten at oppdragsgiver har betalt for det.⁴⁵ At sanksjonen har tilbakevirkende kraft, og grunnlaget for beregningsmetoden, er kritisert i juridisk teori.⁴⁶

32.6 Gjennomføring i norsk rett

Anskaffelsesloven 2016 § 13 regulerer søksmål om å kjenne en kontrakt «uten virkning». Bestem-

³⁶ Det vises til digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark* punkt 1.11.2 for en nærmere gjennomgang av sanksjonen «uten virkning» i Danmark

³⁷ Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 lov om Klagenævnet for Udbud § 18 stk. 1

³⁸ Ibid. § 7 stk. 3

³⁹ Risvig Hamer 2020 side 228.

⁴⁰ LOU og LUF kapittel 20 §§ 13-15, og i LUK og LUF kapittel 16 §§ 13-15

⁴¹ LOU kapittel 20 §§9 og 10

⁴² Det vises til digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark* punkt 2.6.2 for en nærmere gjennomgang av sanksjonen «uten virkning» i Sverige

⁴³ Prop. 2009/10:180 side 136

⁴⁴ Ibid. side 226

⁴⁵ Ulfssdotter kapittel 20 § 13

⁴⁶ Ibid. kapittel 20 § 13

melsen suppleres av enkelte prosessuelle særregler i § 15. Bestemmelsene gjennomfører håndhevingsdirektivene artikkel 2d. Regler om intensjonskunngjøring er gitt i anskaffelsesloven § 13 andre ledd og anskaffelsesforskriften § 21-5.

Sanksjonen «uten virkning» var en nyskapning i norsk rett som ble inngående drøftet av håndhevingsutvalget i 2010.⁴⁷ Utvalget foreslo at sanksjonen bare skulle innføres for anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Utvalget foreslo videre at en kontrakt skal kunne kjennes uten virkning *ex nunc* eller *ex tunc* etter håndhevingsorganets skjønn, men at «*adgangen til å fastsette «uten virkning» ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontrakts-gjenstanden kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde.*»⁴⁸ Videre anbefalte utvalget å innføre alle de tre mulige unntakene fra sanksjonen «uten virkning». Departementet var enig i dette.⁴⁹

Utvalgets flertall foreslo at alle sanksjonene etter det reviderte håndhevingsdirektivet skulle legges til domstolene, kombinert med rådgivende uttalelser fra KOFA.⁵⁰ Videre mente flertallet at den kompetanse KOFA hadde til å ilegge overtredelsesgebyr burde fjernes. Departementet var enig i dette.⁵¹

Det er redegjort nærmere for historikken knyttet til KOFAs overtredelsesgebyr i kapittel 33.5.

32.7 Utvalgets vurdering

32.7.1 Innledning

Utvalget mener at det materielle innholdet § 13 i dagens anskaffelseslov langt på vei kan, og bør, videreføres i ny lov. Samtidig vil utvalget, som redegjort for i kapittel 21, foreslå at KOFA også får myndighet til å ilegge denne sanksjonen. Utvalget tar ikke stilling til om dagens gjennomføring av sanksjonene mot ulovlige direkteanskaffelser er i samsvar med håndhevingsdirektivene, men konstaterer at KOFAs myndighet til å ilegge gebyr, men ikke til å kjenne kontrakten uten virkning, har ført til at overtredelsesgebyr er blitt hovedregelen snarere enn unntaket. Utvalget deler EU-lovgivers oppfatning av at det er riktig at

en kontakt inngått som følge av en ulovlig direkteanskaffelse kjennes «uten virkning» i tilfeller hvor dette vil lede til reell konkurranse om den aktuelle anskaffelsen. Utvalget antar også at utsiktene til at kontrakten kjennes «uten virkning», vil kunne ha større preventiv virkning enn et overtredelsesgebyr.

Samtidig er utvalget opptatt av at sanksjonen «uten virkning» ikke ilegges i situasjoner hvor det i praksis bare er eksisterende leverandør som vil ha reell mulighet til å vinne en ny konkurranse, jf. kapittel 32.4.1. Blant annet av denne grunn vil utvalget anbefale å ta i bruk direktivets mulighet for å avgrense bruken av sanksjonen «uten virkning» til klager som er fremsatt innen seks måneder etter kontraktstildelingen, jf. også løsningene som er valgt i svensk og finsk rett. Dette er en endring fra dagens rettsstilstand, hvor søksmålsfristen er to år, jf. anskaffelsesloven § 15 fjerde ledd. Utvalget tilføyer at klagefristen for illeggelse av overtredelsesgebyr fortsatt bør være to år, jf. kapittel 33.

Som en følge av utvalgets forslag om å gi Konkurransetilsynet myndighet til å føre tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser, vil det være to ulike veier slike saker vil kunne havne i KOFA, enten saker hvor tilsynet mener det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse som bør sanksjoneres ved at kontrakten kjennes uten virkning, eller ved at en potensiell leverandør klager direkte til KOFA. Det er behov for å samordne disse to løpene, for eksempel i tilfeller hvor en leverandør klager til Konkurransetilsynet innen fristen på seks måneder, men tilsynet så velger å legge saken bort, eller bare å reagere med et overtredelsesgebyr. Dette er imidlertid detaljer som utvalget ser seg nødt til å overlate til departementet. Utvalget vil samtidig bemerke at utfordringene med parallelle løp eksisterer allerede i dag, og ikke bør overdri- ves. Ved å samle disse sakene i KOFA vil det være enklere å samordne dem enn i en situasjon med en gebyrsak i KOFA parallelt med en eller flere søksmål for en tingrett.

Utvalget legger til grunn at KOFA kan behandle saker om «uten virkning» gjennom skriftlig saksbehandling. Dette ser ut til å være en velfungerende løsning i de andre nordiske landene, og utvalget ser ingen grunn til at det ikke skal fungere i Norge også. Videre mener utvalget at valgte leverandør må få anledning til å interve- nere i saken, og vil foreslå å videreføre bestem- melsen i anskaffelsesloven § 15 første ledd, i nye forskriftsbestemmelser om klagenemndas saks- behandling.

⁴⁷ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 10

⁴⁸ Ibid. kapittel 10.2.8

⁴⁹ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven* kapittel 6.3.5

⁵⁰ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 14.4.

⁵¹ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven* kapittel 7.5

Som omtalt i kapittel 29.6.3 mener flertallet i utvalget at det må være adgang til å be om midlertidig avgjørelse eller forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse. Utvalget har derfor foreslått at dagens forbud mot å gi midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått ikke videreføres.

32.7.2 Endringer i anskaffelsesdokumentene underveis i anskaffelsesprosessen

Utvalget har vurdert om sanksjonen «uten virkning» må eller bør innføres for kontrakter som er kunngjort i tråd med reglene i anskaffelsesdirektivene, men hvor det *underveis i anskaffelsesprosessen* er skjedd endringer. Dersom slike endringer gjelder grunnleggende sider ved konkurransen, på et vis som kan ha påvirket deltakerinteressen, krever EØS-retten at konkurransen utlyses på nytt.⁵² KOFA har i sin praksis lagt til grunn at brudd på denne utlysningssplikten fører til at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse.⁵³

I juridisk teori er det fremholdt at sanksjonen «uten virkning» er tiltenkt de kontraktene som ikke er kunngjort i det hele tatt, og ikke er ment å benyttes mot mindre feil ved gjennomføringen av en anskaffelsesprosess.⁵⁴ I sak C-23/20 *Simonsen & Weel* bekreftet EU-domstolen dette da den fant at sanksjonen ikke skulle anvendes i et tilfelle hvor det var foretatt en kunngjøring, men hvor denne ikke var fullstendig fordi oppdragsgiver ikke hadde oppgitt antatt og øvre verdi på den aktuelle rammeavtalen. Ifølge EU-domstolen ville det være uforholdsmessig å anvende «uten virkning» i et slikt tilfelle.⁵⁵

Utvalget ser ikke grunn for at norsk rett skal legge seg på en strengere linje enn EØS-rettslig påkrevd her. En oppdragsgiver som foretar større endringer underveis i anskaffelsesprosessen risikerer uansett at anskaffelsen påklages i karensperioden, med mulig avlysning av hele konkurransen som resultat. Utvalget vurderer dette som tilstrekkelig til å sikre leverandørenes rettigheter i tilfeller som dette.⁵⁶ Samtidig er det viktig å være oppmerksom på at dette unntaket ikke kan anvendes dersom endringene underveis i prosessen skulle være så store at det reelt sett er snakk om en annen konkurranse enn den som opprinnelig var kunngjort.

32.7.3 Vesentlige endringer av en kontrakt

Det kan problematiseres om og eventuelt hvordan sanksjonen «uten virkning» skal anvendes i tilfeller hvor det foreligger vesentlige endringer av en kontrakt. I disse tilfellene er konkurransen som sådan kunngjort, men det gjøres endringer i kontraktsperioden som utløser kunngjøringsplikt om den endrede kontrakten. Et spørsmål er da om bare selve den ulovlige endringen eller hele kontrakten skal kjennes «uten virkning». Håndhevingsdirektivene gir ikke noen regulering av problemstillingen, og det er ikke funnet rettspraksis fra EU-domstolen som behandler dette.⁵⁷ Spørsmålet synes derfor å være uavklart.^{58 59} I juridisk teori tar Strømsnes til orde for at det beror på det konkrete faktum, herunder om kontrakten som sådan endres vesentlig, eller om det gjøres vesentlige endringer i kontrakten uten at den overordnede karakteren endres.⁶⁰

Utvalgets syn er at sanksjonen «uten virkning» må kunne anvendes ved vesentlige endringer av en kontrakt. Dette er særlig klart i tilfeller hvor endringen i består i at det anskaffes noe kvalitativt annet, som i realiteten er en ny anskaffelse.⁶¹ I disse tilfellene må det også være klart at det bare er endringen, og ikke hele kontrakten, som må kjennes uten virkning.

Vurderingen er vanskeligere i et tilfelle hvor det er snakk om endringer av kontraktsforpliktelsener, hvor det er vanskelig å skille endringene fra den opprinnelige kontraktsgjenstanden. Sammenhengen i systemet tilsier likevel at når endringene først er over terskelen for vesentlige endringer, så er det snakk om en ulovlig direkteanskaffelse når den endrede kontrakten ikke kunngjøres. I disse tilfellene må det i prinsippet være hele kontakten, etter endringene, som eventuelt kjennes uten virkning. Hvilke konsekvenser dette rent faktisk får i et konkret tilfelle, vil også kunne bero på om håndhevingsorganet har kompetanse til å kjenne kontrakten uten virkning for fremtidige kontraktsforpliktelsener, eller også med tilbakevirkende kraft. Samtidig finner utvalget grunn til å understreke at det følger av fortalen til direktivet at håndhevingsorganet kan unnlate å kjenne en kontrakt «uten virkning» dersom det vil medføre at oppdrags-

⁵² C-454/06 Presstext avsnitt 35

⁵³ KOFA-2018-521 Osterøy kommune

⁵⁴ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-301

⁵⁵ C-23/20 *Simonsen & Weel* avsnitt 88

⁵⁶ Jf. EU-domstolens tilnærming i avsnitt 89

⁵⁷ Det er enkelte uttalelser i sak C-20/23 *Simonsen Weel* som kan tilsi at sanksjonen uten virkning først og fremst er ment å brukes mot anskaffelser som ikke er kunngjort i det hele tatt.

⁵⁸ Arrowsmith 2018 avsnitt 22-176

⁵⁹ Strømsnes 2021 kapittel 6.6.4

⁶⁰ Ibid. kapittel 6.6.4

⁶¹ Se til illustrasjon KOFA-2016-196.

giver på nytt må engasjere samme leverandør til å gjennomføre den resterende delen av kontraktsforpliktelsene.⁶²

32.7.4 Unntaket «tvingende hensyn knyttet til en allmenn interesse»

Unntaket fra plikten til å kjenne en kontrakt uten virkning av hensyn til allmenne interesser er gjennomført i anskaffelsesloven 2016 § 13 fjerde ledd, som åpner for at retten kan unnlate å kjenne en kontrakt uten virkning dersom «vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten». Det er opplagt at dette unntaket må videreføres i ny lov.

Når det gjelder det nærmere innholdet av dette unntaket, vil utvalget vise til fremstillingen av gjeldende rett i kapittel 32.6. Utvalget mener samtidig det er grunn til å foreta visse presiseringer i ordlyden i dagens § 13. For det første mener utvalget at dersom terskelen for å benytte unntaket er overskredet, så må KOFA avstå fra å kjenne kontrakten uten virkning. For det andre mener utvalget at det er uheldig å oversette direktivets «tvingende hensyn» med «vesentlige hensyn», fordi det i utgangspunktet er slik at EU-domstolens tilnærming på andre områder tilsier at «tvingende hensyn» først og fremst er en avgrensning mot økonomiske hensyn, jf. også håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 3 andre og tredje ledd. Den høye terskelen for å gjøre unntak fra «uten virkning» bør derfor primært knyttes til at samfunnsinteressene gjør det påkrevd («krever») å opprettholde kontrakten, og dette bør komme til uttrykk også i den norske gjennomføringen.

Utvalget vil også presisere at en kontrakt ikke bør kjennes «uten virkning» dersom det vil medføre at oppdragsgiver på nytt må engasjere samme leverandør til å gjennomføre den resterende delen av kontraktsforpliktelsene, jf. kapittel 32.4.1

Utvalget foreslår ikke å videreføre anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd andre punktum, som angir at en kontrakt ikke skal kjennes uten virkning dersom det i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser. Etter utvalgets syn, vil et slikt tilfelle være dekket av det unntaket som direktivet oppstiller. Med andre ord mener utvalget at dersom et sikkerhetsprogram er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser, så vil det foreligge allmenne interesser som gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten. Utvalgets

forslag innebærer ingen materielle endringer, kun en formell endring ved at unntaket ikke eksplisitt er angitt i loven.

32.7.5 Ex tunc eller ex nunc

Håndhevingsdirektivene åpner for at nasjonal rett kan bestemme om kontrakter skal oppheves med tilbakevirkende kraft (ex tunc), eller bare for fremtidig kontraktsoppfyllelse (ex nunc).

Håndhevingsutvalget redegjorde for det nærmere innholdet av ex tunc og ex nunc i sin rapport fra 2010, og foreslo at rettsanvender velger om en kontrakt skal kjennes uten virkning ex tunc eller ex nunc. Videre mente utvalget at den beste løsningen er at en kontrakt kjennes uten virkning ex tunc bare dersom kontraktsgjenstanden kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde.⁶³ Departementet sluttet seg til denne tilnærmingen, og mente at det ville åpne for en fleksibel tilnærming i den enkelte sak. I anskaffelsesloven § 13 femte ledd er valget mellom ex tunc eller ex nunc overlatt til domstolen i hver enkelt sak.

Det vil bero på kontraktsgjenstanden i den enkelte kontrakt, hvorvidt det er mulig eller uansett hensiktsmessig å kjenne kontrakten uten virkning ex tunc eller ex nunc. For varekontrakter er det mulig å se for seg at en kontrakt kan kjennes uten virkning ex tunc. En oppdragsgiver har anskaffet en vare, en gjenstand, og kan tilbakelevere den i bytte mot vederlaget. Det kan likevel oppstå vanskelige situasjoner, for eksempel der varen er brukt og således har en redusert verdi, konsumert og ikke finnes mer, eller ødelagt. Tilbakeføring kan også medføre problemer for leverandør, som kanskje har foretatt bestillinger i henhold til avtalen, men som følge av tilbakeføringen blir sittende med et lager av varer som vedkommende ikke får benyttet og må prøve å selge videre.

For tjenesteanskaffelser og bygge- og anleggskontrakter virker det lite praktisk at kontrakter skal kjennes uten virkning ex tunc i tilfeller hvor kontraktsoppfyllelsen er påbegynt. En tjeneste som er ytet, er ofte vanskelig å tilbakeføre og det samme med delvis oppførte bygg.

Utvalget har merket seg at Sverige har innført sanksjonen «uten virkning» ex tunc, og at i Danmark er sanksjonen uten virkning bare ex nunc. I Sverige innebærer dette blant annet at alle ytelser skal tilbakeføres, og det er også åpnet for at den leverandøren som får kjent «sin» avtale uten virk-

⁶² Se nærmere omtale i kapittel 32.4.1

⁶³ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser*, kapittel 10.2.4

ning, kan kreve erstatning mot oppdragsgiver. Utvalget har inntrykk av at flere elementer ved å ha uten virkning *ex tunc* oppleves som problematisk i Sverige.⁶⁴ I Danmark kjennes kontrakter bare uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse, *ex tunc* ble fjernet i 2013 ettersom det aldri ble benyttet i praksis.⁶⁵ Utvalget konstaterer at Sverige og Danmark har valgt to forskjellige tilnærminger, men at det også trolig må sees i sammenheng med fristen for å innbringe slike saker for håndhevingsorganet. I Sverige må slike saker fremsettes innen seks måneder etter kontraktsinngåelse, mens det i Danmark (gitt at oppdragsgiver ikke har foretatt en intensjonskunngjøring), ikke er noen frist for å kreve sanksjonen «uten virkning».

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at kontrakter kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse (*ex nunc*).

32.7.6 Når inntreffer «uten virkning»

Utvalget har drøftet om en kontrakt som kjennes «uten virkning» må kjennes uten virkning umiddelbart, eller om oppdragsgiver kan få noe tid til å områ seg. Håndhevingsutvalget la til grunn at virkningen må inntre fra det tidspunktet avgjørelsen ble rettskraftig.⁶⁶ I Danmark er det likevel åpnet for at Klagenævnet kan utsette iverksettelsen noe.

Utvalget er usikker på om løsningen som er valgt i Danmark er forenlig med håndhevingsdirektivene, men mener uansett at det ikke er reelt behov for å sette dette spørsmålet på spissen. Selv om en kontrakt kjennes uten virkning fra tidspunktet da klagenemndas avgjørelse blir endelig, må partene få noe tid til å innrette seg etter avgjørelsen. Det betyr ikke at partene kan vente med å følge opp en slik avgjørelse, men at de får tid til å ha dialog om hvordan de skal innrette seg rent praktisk.

32.7.7 Kontrakter som allerede er oppfylt

Når det gjelder kontrakter som allerede er oppfylt, kan det stilles spørsmål ved om anskaffelsesloven 2016 § 13 femte ledd gir hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr. Ordlyden tyder på at overtredel-

sesgebyr bare kan ilegges av retten «[d]ersom kontrakten kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse». Hvis en kontrakt allerede er oppfylt, kan det hevdes at den ikke kan kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Samtidig er det opplagt ikke meningen at en oppdragsgiver som har gjennomført en ulovlig direkteanskaffelse, skal unnsnippe overtredelsesgebyr i slike tilfeller. Utvalget mener derfor at bør presiseres i ny lov at det kan ilegges overtredelsesgebyr mot ulovlig direkteanskaffelser, selv om kontrakten er oppfylt.

32.7.8 Klagefrist

Håndhevingsdirektivene artikkel 2f åpner for at medlemsstatene kan fastsette frister for når klager eller søksmål om «uten virkning» må fremsettes. Fristen for å fremme søksmål med krav om «uten virkning» etter gjeldende rett er to år etter at kontrakt er inngått, jf. anskaffelsesloven (2016) § 15 fjerde ledd. Utvalget foreslår å endre denne bestemmelsen, slik at søksmålsfristen er seks måneder, i stedet for to år. Begrunnelsen er at sanksjonen «uten virkning» er svært inngripende, og ikke minst komplisert å gjennomføre i praksis. Bruk av bestemmelsen reiser en rekke spørsmål som ikke løses i anskaffelsesretten alene, men som gir kontraktsrettslige problemstillinger som utvalget ikke har hatt anledning til å fordype seg i. Ettersom utvalget, jf. innledningsvis, ønsker å foreslå en EØS-rettslig lojal gjennomføring av håndhevingsdirektivene, krever det at «uten virkning» blir den primære reaksjonen mot ulovlige direkteanskaffelser. For ikke å medføre for stor usikkerhet, av hensyn til leverandørene som inngår kontrakter med det offentlige, bør fristen for å klage eller å fremsette søksmål justeres til seks måneder etter at kontrakten er inngått.

I denne sammenheng vil utvalget vise til at både i Sverige og Finland er søksmålsfristen for saker om «uten virkning» seks måneder. I Danmark er det innført en rekke preklusive frister for å inngi klage eller å fremme søksmål. Når det gjelder sanksjonen «uten virkning» er det en frist på 30 dager hvis oppdragsgiver både har gjennomført en intensjonskunngjøring og kunngjort kontraktsinngåelsen i TED. Det er en særskilt frist på 2 år fra kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Hvis oppdragsgiver ikke har foretatt kunngjøring av kontraktsinngåelsen i TED løper det i prinsippet ingen klagefrist.⁶⁷

⁶⁴ Se nærmere om Sveriges gjennomføring i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*

⁶⁵ Se nærmere i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*

⁶⁶ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser*, kapittel 10.2.6

⁶⁷ Se for eksempel I/S Amager Ressource Center 2021

Utvalget mener at en endring av søksmålsfristene er vesentlig for å beskytte de valgte leverandørene. Klage eller søksmål som gjelder ulovlige direkteanskaffelser som fremmes etter utløpet av seks måneders fristen, bør etter utvalgets syn likevel medføre at oppdragsgiver ilegges et overtredelsesgebyr, eller at kontrakten kjennes uten virkning. Se nærmere omtale i kapittel 33.6.3.

32.7.9 Andre prosessuelle særregler

I anskaffelsesloven (2016) § 15 er det gitt enkelte prosessuelle særregler. Utvalget foreslår å videreføre disse, men med enkelte justeringer.

For det første foreslår utvalget en presisering i første ledd, som klargjør at ved klage om brudd som er omfattet av sanksjonen «uten virkning», skal klager varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet. Dette skal skje senest samtidig med klagen. Etter utvalgets syn vil en klage med påstand om at en kontrakt skal kjennes uten virkning berøre både oppdragsgiver og den aktuelle leverandøren på en slik måte at det er naturlig at de begge får varsel på samme tid. Et varsel til leverandøren vil gi vedkommende mulighet til å ivareta sine interesser, og vurdere om det er aktuelt å erklære partshjelp jf. tvisteloven § 15-7. Utvalget foreslår at adgangen til å tre inn i pågående saker for klagenemnda, og også muligheten for klagenemnda til å forene saker, bør reguleres i nye forskriftsbestemmelser om klagenemnda for offentlige anskaffelser. Utvalget har foreslått at disse

forskriftsbestemmelsene inntas i den nye anskaffelsesforskriften.

Utvalget foreslår at bestemmelsen om søksmålsfrist på seks måneder fremgår av siste ledd i bestemmelsen om uten virkning.

Boks 32.3 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at håndhevingsdirektivene artikkel 2 d om sanksjonen «uten virkning» gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 27
- at KOFA får myndighet til å kjenne en kontrakt «uten virkning», for å sikre at sanksjonen «uten virkning» innføres som den primære reaksjonen mot ulovlig direkteanskaffelser også i Norge
- at mangelfulle eller endrede kunngjøringer ikke regnes som ulovlig direkteanskaffelser
- at unntaket om «vesentlige hensyn til allmennhetens interesser» videreføres
- at kontrakter kun kjennes uten virkning, med effekt for fremtidig kontraktsoppfyllelse
- at klage med påstand om «uten virkning» må fremmes innen seks måneder etter at kontrakt er inngått.

Kapittel 33

Alternative sanksjoner [artikkel 2e]

33.1 Innledning

I endringsdirektivets fortale medgir EU-lovgiver at sanksjonen «uten virkning» er inngripende, og at det finnes situasjoner der den ikke bør anvendes.¹ Det er derfor gitt regler om alternative sanksjoner i direktivens artikkel 2e. De alternative sanksjonene er overtredelsesgebyr og avkorte av kontraktens varighet. Det er samtidig presisert i bestemmelsens siste avsnitt at erstatning ikke kan benyttes som en alternativ sanksjon.

Det følger av ordlyden at alternative sanksjoner skal være overtredelsesgebyr *eller* forkorting av kontraktens varighet. I Sverige er eneste alternative sanksjon ilegges av overtredelsesgebyr.² Det samme gjelder Danmark.³

Sammenhengen med øvrige rettsmidler i direktivet kan tilsi at en medlemsstat ikke står fritt til kun å velge avkortning av en kontrakts varighet som alternativ sanksjon. Bakgrunnen er at i tilfeller en medlemsstat på bakgrunn av artikkel 2d nr. 2 har bestemt at rettsvirkningen av sanksjonen «uten virkning» kun skal inntre for fremtidig oppfyllelse av kontrakten, så stiller direktivet krav om at det ilegges alternative sanksjoner. I disse tilfellene vil en avkortning av kontraktens varighet ikke ha et reelt innhold.

I situasjoner der en kontrakt blir opprettholdt fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser tilsier det, vil det ofte være lite praktisk å avkorte kontrakten. Unntak kan likevel tenkes der kontrakten er langvarig og oppdragsgiver gjennom forkortet tid i kontrakten får tid til å områ seg og inngå en ny kontrakt.⁴ Der kontrakten ikke kan avkortes, vil den eneste effektive og anvendbare sanksjonen være overtredelsesgebyr.

33.2 Anvendelsesområde

Anvendelsesområdet til artikkel 2e følger delvis av unntaksbestemmelser i artikkel 2d, delvis av artikkel 2e.

Det følger av artikkel 2d nr. 3 at alternative sanksjoner skal anvendes der en kontrakt opprettholdes som følge av unntaket knyttet til allmennhetens interesser. I disse tilfellene skal alternative sanksjoner ilegges i stedet for sanksjonen «uten virkning».

Videre følger det av artikkel 2e nr. 1 at ved mindre alvorlige brudd på reglene om karenperiode og suspensjon, kan medlemsstatene velge om slike kontrakter skal kjennes «uten virkning», eller om det bare skal kunne ilegges alternative sanksjoner.⁵ Dette gjelder for brudd på følgende regler:

- regelen om suspensjon av kontraktsinngåelsen ved klage til oppdragsgiver i en karenperiode dersom slik klage gjøres obligatorisk før klage til klageorganet, jf. artikkel 1 nr. 5
- regelen om suspensjon av kontraktsinngåelsen ved førsteinstansbehandling av klage som sendes i karenperioden, jf. artikkel 2 nr. 3
- regelen om karenperiode i artikkel 2a nr. 2.

Det følger av artikkel 2d nr. 2 at dersom en kontrakt kjennes «uten virkning» bare for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal alternative sanksjoner ilegges i tillegg.

33.3 Krav til utformingen av de alternative sanksjonene

Håndhevingsdirektivet gir ingen videre føringer på den nærmere utformingen av sanksjonene. Bestemmelsen indikerer at medlemstatene har frihet med hensyn til utformingen og praktiseringen

¹ Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene 2007 fortalen premiss 19

² Se kapittel 33.4

³ Se kapittel 33.4

⁴ I samme retning, se Strømsnes 2021 side 169

⁵ Ved alvorlige brudd på reglene om karenperiode og suspensjon, følger det av artikkel 2d nr. 1 bokstav b at klageinstansen skal idømme sanksjonen «uten virkning».

av de alternative sanksjonene, jf. artikkel 2e nr. 2 andre avsnitt. Det følger derav at medlemsstatene «... kan gi klageinstansen stor frihet til å utøve skjønn» og at klageinstansen kan «ta hensyn til alle relevante faktorer, herunder overtredelsens alvorlighetsgrad, den offentlige oppdragsgivers atferd». Det fremgår også at klageinstansen også kan se hen til om kontrakten fortsatt er i kraft, i de tilfeller som nevnt i artikkel 2d nr. 2 (kontrakt «uten virkning» ex tunc eller nunc). Medlemsstatene har anledning til å gi regler som gir håndhevsorganet adgang til å foreta en bred skjønnsmessig vurdering av alle relevante faktorer.

Direktivet legger ingen føringer på et eventuelt valg mellom hvilke alternative sanksjoner som skal ilegges, men direktivet stiller krav om at alternative sanksjoner skal være virkningsfulle og stå i forhold til overtredelsen og virke avskrekkende. Medlemsstatene må selv avgjøre hva som er tilstrekkelig for å oppfylle de generelle EU-rettslige prinsippene, særlig effektivitetsprinsippet.⁶ Ved denne vurderingen må håndhevingssystemet sees under ett.⁷

Direktivet stiller ingen eksplisitte krav til størrelsen på et overtredelsesgebyr.

33.4 Gjennomføring i Danmark og Sverige

Når det gjelder de alternative sanksjonene har Danmark valgt bare å gjennomføre sanksjonen overtredelsesgebyr. Den alternative sanksjonen *avkortning av kontrakt* er ikke gjennomført, noe som trolig må sees i sammenheng med Klagenævnets mulighet til å fastsette et virkningstidspunkt for «uten virkning» frem i tid.

Når det gjelder størrelsen på den økonomiske sanksjonen/boten, så fremgår det av forarbeidene at det gjelder et minstebeløp på 25 000 danske kroner og et tak på ti millioner danske kroner.⁸ Gebyrets størrelse skal maksimalt skal utgjøre fem prosent av anskaffelsens verdi, og gebyrspennet bør ligge på tre til fem prosent. Det er videre i forarbeidene oppstilt en veiledende beregningsmodell som hensyntar to faktorer:

- Kategorisering av selve overtredelsen

- Hvor stor del av kontrakten som opprettholdes.

Jo mer alvorlig bruddet er, og jo større del av kontrakten som ikke kjennes «uten virkning», jo høyere blir gebyret.⁹

I forarbeidene gir lovgiver uttrykk for at det foreslåtte nivået er ansett som høyt, og dermed avskrekkende. Selv om det ikke finnes noen eksplisitt drøftelse av det generelle effektivitetsprinsippet etter EU-retten, må en anta at den danske lovgiver dermed mente at gebyrnivået var godt innenfor kravene etter EU-retten.

I Sverige har lovgiver også valgt å bare gjennomføre sanksjonen overtredelsesgebyr. Den alternative sanksjonen *avkortning av kontrakt* er ikke gjennomført. I forarbeidene er det antatt at det er begrenset behov for begge sanksjonene.¹⁰

Det er Konkursverket som legger overtredelsesgebyr. Konkursverket har plikt til å ilegge overtredelsesgebyr i de tilfellene en forvaltningsdomstol i en rettskraftig avgjørelse har fastsatt at en kontrakt skal opprettholdes selv om den er inngått er i strid med karens- og suspensjonsreglene, eller ved en ulovlig direkteanskaffelse har fastsatt at en kontrakt skal opprettholdes fordi vesentlige hensyn til allmennhetens interesser tilsier det. Konkursverket kan også ilegge overtredelsesgebyr hvis de på annet grunnlag avdekker at det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse, men dette er da ikke en gjennomføring av håndhevsdirektivene.

Det er lovfestede minimums- og maksimumsgrenser for overtredelsesgebyr. Disse utgjør p.t. henholdsvis 10 000 svenske kroner og 20 millioner svenske kroner, jf. LOU kapittel 21 § 9. Samme bestemmelse fastslår at gebyret uansett ikke kan overstige 10 prosent av anskaffelsens verdi etter lovreglene om beregning av anskaffelsens verdi. Ved fastsettelsen av gebyrets størrelse skal det tas hensyn til hvor alvorlig overtredelsen er.¹¹

I 2023-forslaget om økningen av det maksimale taket fra 10 til 20 millioner kroner viste den svenske lovgiveren til at gebyret må være effektivt, proporsjonalt og avskrekkende.¹² Blant høringsinstansene var det diskusjon om det var

⁶ Se til illustrasjon HR-2019-1801-A *Fosen-linjen* avsnitt 73-77, sak E-11/12 *Koch* avsnitt 121 flg. og Arrowsmith 2018 avsnitt 22-46.

⁷ C-312/93 *Peterbroeck* avsnitt 14 og sak C-246/09 *Susanne Bulicke* avsnitt 35

⁸ L 110 FT 2009-10 Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

⁹ Det vises til digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark* kapittel 1.12.4 for en nærmere gjennomgang av alternative sanksjoner i Danmark

¹⁰ Prop. 2009/10 side 182 flg.

¹¹ Det vises til digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark* kapittel 2.6.3 for en nærmere gjennomgang av alternative sanksjoner i Sverige

¹² 2023/24:3 side 49

proporsjonalt å ilegge det maksimale beløpet for de minste oppdragsgiverne. Regjeringen minnet her om at endringsdirektivets krav til effektiv og avskrekkende alternativ sanksjon setter rammer for ileggelsen av gebyret.¹³ Spørsmålet var ikke om en maksimal grense på 20 millioner svenske kroner var for lav, men om den var for høy.

I 2022 lå de ilagte overtredelsesgebyrene i Sverige på mellom SEK 50 000 og SEK 10 millioner. Median var SEK 650 000, og 17 av 19 søksmål om gebyr lå på under SEK 2 millioner. Det var bare to gebyr på under SEK 100 000.¹⁴

33.5 Gjennomføring i norsk rett

I Norge er begge de alternative sanksjonene gjennomført. Det fremgår av anskaffelsesloven § 14 at retten kan avkorte en kontrakts varighet eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Håndhevingsutvalget foreslo i 2010 at begge de alternative sanksjonene skulle gjennomføres, og at de også kunne kombineres. Begrunnelsen for å innføre begge sanksjonene var at håndhevingsorganet bør ha et handlingsrom som gir mulighet for å fastsette den sanksjonen som er best egnet i det konkrete tilfellet.¹⁵ Departementet var enig i dette, og de var også enige i at overtredelsesgebyrets størrelse skulle videreføre nivået på «KOFA-overtredelsesgebyret» med en øvre ramme på 15 prosent av kontraktens verdi.¹⁶

Reglene om KOFAs overtredelsesgebyr ble innført før, og helt uavhengig av, endringsdirektivet fra 2007. Det skjedde i forlengelsen av at en arbeidsgruppe i 2003 anbefalte at det ble innført en adgang til å ilegge overtredelsesgebyr (den gang bot) til oppdragsgivere som foretok ulovlige direkteanskaffelser.¹⁷ Arbeidsgruppen mente at det var hensiktsmessig å fastsette bøter som en prosentandel av kontraktsverdien, ettersom botens størrelse da ville avspeile betydningen av lovovertrædelsen og gi forutberegnelighet til oppdragsgiver.¹⁸ Videre pekte arbeidsgruppen på at botens størrelse burde fastsettes etter en helhetsvurdering der flere momenter er relevant.

Momenter kunne være kontraktens verdi, grad av skyld, gjentakelse, i hvilken grad markedet er «skadet» m.m. Arbeidsgruppen pekte på at grove overtredelser burde straffes hardest, men at det også burde være adgang til å hensynta mange små overtredelser.¹⁹ Arbeidsgruppen drøftet hvor stor boten burde være, og mente at det ikke var grunn til å tro at boten måtte settes høyt for å oppnå tilsiktet preventiv effekt. I denne forbindelse pekte arbeidsgruppen på at oppdragsgiver i en slik situasjon først og fremst vil være bekymret for sin anseelse utad, og at botens størrelse således ikke er det primære for å oppnå preventiv effekt. Arbeidsgruppen antok at 20 prosent av anskaffelsens verdi, kunne være en veiledende yttergrense for et overtredelsesgebyr.

Arbeidet ble etter hvert fulgt opp, og hjemmel for å ilegge overtredelsesgebyr ble gitt til KOFA 1. januar 2007.^{20 21} Ved innføringen av overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser mente departementet at en gebyrsats på 15 prosent av anskaffelsens verdi på en god måte balanserte hensynet til prevensjon og oppdragsgivers økonomi.²² Det er ikke fastsatt noe maksimalt tak for hvor stort overtredelsesgebyret kan være. For større kontrakter med kontraktsverdi på flere milliarder, kan et overtredelsesgebyr utgjøre et betydelige beløp.

Ved gjennomføringen av endringsdirektivet i norsk rett i 2012 ble KOFAs hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr fjernet fordi de nye reglene ikke harmonerte med reglene om overtredelsesgebyr, og fordi reglene som ble innført ved endringsdirektivet alene ble ansett å gi tilstrekkelig effektiv håndheving.^{23 24} Denne lovendringen førte imidlertid til en stor reduksjon i antallet saker om ulovlige direkte anskaffelser. KOFA ble derfor på nytt gitt gebyrmyndighet fra 1. januar 2017.²⁵ Overtredelsesgebyrets størrelse ble ikke vurdert nærmere fra departementets side på dette tidspunktet.²⁶

Status i dag er derfor at domstolen som håndhevingsorgan kan ilegge de alternative sanksjonene avkortning av kontrakt og overtredelses-

¹³ Ibid. side 49 og 50

¹⁴ Konkurrentsverket 2023 side 4 til 46. Maksimaltaket for gebyr var SEK10 millioner i 2022.

¹⁵ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 10.4.5

¹⁶ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, kapittel 6.3.5

¹⁷ Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser 2003

¹⁸ Ibid. side 45

¹⁹ Ibid. side 46

²⁰ Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

²¹ Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser* side 16

²² Ibid. side 16

²³ LOV-2012-05-11-25

²⁴ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, side 39 og 40

²⁵ Prop. 51 L (2015–2016) side 66–67 og 86–87

²⁶ Ibid. side 66–67

gebyr i de tilfellene håndhevingsdirektivet krever det, jf. anskaffelsesloven § 14 første ledd bokstav a og andre ledd. I tillegg kan domstolene ilegge alternative sanksjoner for kunngjøringspliktige anskaffelser som ikke overstiger EØS-terskelverdien jf. § 14 første ledd bokstav b og tredje og fjerde ledd. Parallelt med dette kan KOFA ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 12.

33.6 Utvalgets vurdering

33.6.1 Avkortning av kontrakten

Utvalgets oppfatning er at håndhevingsdirektivene ikke krever at denne sanksjonen gjennomføres som et alternativ til overtredelsesgebyr, og utvalget har derfor drøftet om dagens gjennomføring bør endres. På den ene siden synes avkortning å ha liten praktisk betydning som alternativ sanksjon til «uten virkning». Utvalget er ikke kjent med noe tilfelle hvor en kontrakt er blitt avkortet etter anskaffelsesloven (2016) § 14. I tilfeller hvor det ikke er påkrevd å kjenne kontrakten «uten virkning», vil normalt et overtredelsesgebyr fremstå som et enklere alternativ enn avkortning.

Utvalget har likevel kommet til at dagens gjennomføring av muligheten for å avkorte en kontrakt bør videreføres i norsk rett. Det kan tenkes tilfeller hvor samfunnshensyn gjør at en kontrakt ikke kan kjennes «uten virkning» her og nå, men hvor det likevel er mulig å avkorte kontrakten, for slik å gjenopprette konkurransen om i hvert fall deler av den opprinnelig anskaffelsen. Dette kan for eksempel være tilfelle ved langvarige tjenestekontrakter, og hvor håndhevingsorganet kommer frem til at kontrakten ikke kan kjennes uten virkning fordi det vil medføre at bare samme leverandør får bedre vilkår. I disse tilfellene kan det være hensiktsmessig at håndhevingsorganet vurderer å avkorte kontraktens varighet.

33.6.2 Overtredelsesgebyr

I Norge kan det i dag ilegges et overtredelsesgebyr på maksimalt 15 prosent av anskaffelsens verdi, jf. anskaffelsesloven § 12 tredje avsnitt siste setning og § 14 siste avsnitt siste setning. Dette er markant høyere enn nivået i Danmark og Sverige, noe utvalget mener gir grunnlag for ettertanke.

Utvalget mener det er grunn til å foreslå en viss nedjustering av overtredelsesgebyrenes størrelse. Utvalget vil i denne sammenheng vise til at den preventive virkningen av et stort overtredelsesgebyr mot en offentlig oppdragsgiver ikke

uten videre kan sammenlignes med den økte preventive effekt som antas å følge med store overtredelsesgebyrer til privatpersoner eller private selskaper. En offentlig oppdragsgiver eies ikke av private, men eksisterer for dekke fellesskapets behov. Når en offentlig oppdragsgiver ilegges et gebyr, så går det i utgangspunktet ikke utover andre enn fellesskapet som oppdragsgiveren skal tjene.

Samtidig er det klart at overtredelsesgebyrene må være av en størrelse som reflektere at ulovlige direkteanskaffelser normalt må anses som alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket, som fratar leverandørene retten til å konkurrere om kontrakten og som undergraver lovens formål om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Selv om håndhevingsdirektivene ikke gir nærmere føringer for gebyrenes størrelse, så følger det av det EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet at gebyret må være avskrekkende.²⁷ Selv om store gebyrer ikke uten videre vil ha samme effekt overfor offentlige oppdragsgivere som overfor private, så vil gebyrenes størrelse ha betydning for hvor alvorlig en ulovlig direkteanskaffelse oppfattes av samfunnet, og dermed også for hvilke reaksjoner oppdragsgiver kan vente seg fra overordnede organer, opposisjonen i et kommunestyret, lokalpressen og velgerne.

Utvalget vil tilføye at utvalgets forslag for å styrke sanksjonen «uten virkning» som primær reaksjon mot ulovlig direkteanskaffelser, reduserer betydningen av overtredelsesgebyret for å sikre etterlevelse av regelverket. Komplikasjonene som følger med at en kontrakt kjennes «uten virkning» må antas å ha større effekt enn om et eventuelt gebyr er på ti eller 15 prosent av anskaffelsens verdi, noe som også synes forutsatt av EU-lovgiver. Det følger av dette at dersom lovgiver i Norge skulle fastholde en rettstilstand hvor overtredelsesgebyr er eneste reelle sanksjon mot ulovlige direkteanskaffelser, så vil det ikke være samme grunnlag for å trekke paralleller til dansk og svensk rett for å begrunne en nedjustering av gebyrenes størrelse som det utvalget mener at det er når sanksjonene «uten virkning» legges til KOFA.

Utvalget har sett hen til gebyrnivået i Danmark og Sverige og kommet til at taket for overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser bør nedjusteres fra 15 til ti prosent av anskaffelsens verdi, oppad begrenset til 15 millioner kroner. Utvalget kan ikke se grunn til at gebyrnivået i Norge bør være høyere enn i Danmark og Sverige.

²⁷ Se kapittel 33.3.

Utvalget har også vurdert om det bør det innføres et gulv som sikrer at alle gebyr for ulovlige direkteanskaffelser får en reaksjon som ikke kan avskrives som bagatellmessig, slik som i Danmark som har en slik beløpsgrense på 25 000 danske kroner. Utvalget ser imidlertid ikke noe reelt behov for dette i lys av gjeldende terskelverdier for hvilke anskaffelser som omfattes av anskaffelsesdirektivenes kunngjøringsplikter og den omstendighet at utvalget foreslår et tak på ti prosent av anskaffelsens verdi, mot bare fem prosent i Danmark.

Utvalget vil legge til at utmålingen ikke bør kreve store ressurser fra håndhevingsorganet eller prosederende parter, og at det av denne grunn bør gis nærmere føringer fra lovgiver knyttet til hvordan håndhevingsorganet skal utmåle gebyret, slik som i Danmark. Utvalget har imidlertid ikke hatt kapasitet til å gå nærmere inn på dette.

Utvalgets medlem *Dankertsen Hennyng* har på et avgrenset punkt en avvikende vurdering fra utvalget, og det er størrelsen på overtredelsesgebyret. Dette utvalgsmedlem mener at Norge bør legge seg på dansk nivå når det gjelder overtredelsesgebyrets størrelse. Gebyrets størrelse anses å ha tilstrekkelig preventiv effekt i Danmark, og dette medlemmet ser derfor ikke noen grunn til å ha et høyere sanksjonsnivå i Norge. *Dankertsen Hennyng* foreslår derfor at maksimalt gebyr for ulovlig direkteanskaffelser skal være fem prosent av kontraktens verdi, oppad begrenset til femten millioner kroner og nedad begrenset til 40 000 kroner.

33.6.3 Avkortning og sanksjoner på nasjonalt grunnlag

Utvalgets forslag om å gjøre sanksjonen «uten virkning» til primærreaksjonen mot ulovlig direkteanskaffelser, får den virkning at de alternative sanksjonene (avkortning og overtredelsesgebyr) ilegges i tilfeller der primærreaksjonen ikke kan anvendes av ulike årsaker. Dette medfører, at når utvalget foreslår en seks-måneders frist for å klage eller fremme søksmål om sanksjonen «uten virkning», så blir også de alternative sanksjonene omfattet av den samme fristen. Dette innebærer et

avvik fra gjeldende rettstilstand, og utvalget har derfor foretatt nærmere vurderinger av om det er hensiktsmessig.

Utvalget mener det er gode grunner som taler for at de alternative sanksjonene kan ilegges, på nasjonalt grunnlag, i en lengre tidsperiode enn sanksjonen «uten virkning». Etter gjeldende anskaffelsesloven § 15 fjerde ledd, er disse to sanksjonene tilgjengelige i inntil to år etter at kontrakt er inngått. Etter utvalgets syn er ulovlige direkteanskaffelser et alvorlig brudd på anskaffelsesregelverket, og det bør være tilgjengelig sanksjoner også etter seks-måneders fristen for sanksjonen «uten virkning». Dette kan utgjøre et viktig signal mot slike overtredelser av regelverket, og vil etter utvalgets syn også bidra til å motvirke slike brudd.

Utvalget mener at sanksjonen overtredelsesgebyr bør være tilgjengelig i inntil to år etter at kontakt er inngått, slik som det er i gjeldende regelverk. Etter utvalgets vurdering utgjør dette en hensiktsmessig og avbalansert sanksjon mot ulovlig direkteanskaffelser i et passende etterfølgende tidsrom.

Utvalget har videre besluttet ikke å innta en tilsvarende frist når det gjelder sanksjonen å avkorte kontraktens varighet. Ulovlig direkteanskaffelser kan være vanskelig å oppdage, og i tilfeller hvor bruddet oppdages lenge i ettertid, så må det etter utvalgets syn være mulig å bringe den ulovlig inngåtte kontrakten til opphør.

I utvalgets forslag til lovbestemmelse om alternative sanksjoner på nasjonalt grunnlag, er det foreslått at klagenemnda eller domstolene «kan» ilegge alternative sanksjoner, og i dette ligger det at håndhevingsorganet må gjøre en vurdering i hvert enkelt tilfelle om sanksjonen skal benyttes.

Når det gjelder den nærmere anvendelsen av de alternative sanksjonene, så mener utvalget at klagenemnda og retten bør kunne kombinere sanksjonene i to-årsperioden, og at utmålingen og skjønnet for øvrig bør være den samme som når sanksjonen ilegges på grunnlag av direktivet.

Som følge av de endringene som utvalget har foreslått når det gjelder håndhevingssystemet, bør Konkurransetilsynet også ha hjemmel til å ilegge overtredelsesgebyr på nasjonalt grunnlag.

Boks 33.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre håndhevingsdirektivene artikkel 2e om alternative sanksjoner i ny lov om offentlige anskaffelser § 27-4
- å gjennomføre håndhevingsdirektivene artikkel 2f om frister i ny lov om offentlige anskaffelser § 27-5
- å innføre en nasjonal regel om ileggelse av sanksjonene avkortning av kontrakt og ileggelse av overtredelsesgebyr ved ulovlige direkteanskaffelser i § 27-6

Utvalget foreslår også:

- endringer i overtredelsesgebyrets størrelse for ulovlige direkteanskaffelser
- maksimalt gebyr ved ulovlige direkteanskaffelser skal være 10 prosent av anskaffelsens verdi, oppad begrenset til 15 millioner kroner
- at departementet gir nærmere føringer på utmålingen av overtredelsesgebyrets størrelse

Utvalgets medlem *Dankertsen Hennyng* foreslår:

- endringer i overtredelsesgebyrets størrelse for ulovlig direkteanskaffelser
- maksimalt gebyr ved ulovlige direkteanskaffelser skal være inntil 5 prosent av anskaffelsens verdi, oppad begrenset til femten millioner kroner og nedad begrenset til 40 000 kroner.

Kapittel 34

Erstatning

34.1 Innledning

Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 1 bokstav c slår fast at nasjonale håndhevingsorganer skal ha kompetanse til «å tilkjenne skadeserstatning til personer som er blitt skadelidende på grunn av en overtredelse». Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe om de nærmere vilkårene for erstatning. Av EU-kommisjonens etterfølgende forarbeider til håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene fremgår det at erstatningsansvarets nærmere innhold ble overlatt til nasjonal rett.¹ Dette er senere bekreftet av EU-domstolen i sak C-568/08 *Combinatie Spijker* og av EFTA-domstolen i sak E-7/18 *Fosen-Linjen II*.^{2 3} Høyesterett la samme forståelse til grunn i HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen*.⁴

Samtidig er det klart at nasjonale regler om erstatning for tap forårsaket av brudd på EU/EØS-anskaffelsesregelverket må overholde det generelle EU/EØS-rettslige effektivitetsprinsippet. Prinsippet innebærer at det ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene som følger av EØS-retten. I sak C-568/08 *Combinatie Spijker* uttalte EU-domstolen at håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 1 bokstav c er et utslag av det generelle EU-rettslige prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-regler som tillegger private rettigheter, med den konsekvens at en leverandør vil ha krav på erstatning dersom oppdragsgivers brudd på regelverket kan klassifiseres som «tilstrekkelig kvalifisert», og det kan påvises direkte årsakssammenheng mellom bruddet og leverandørens tap.⁵ For øvrig er de nærmere vilkår for oppdragsgivers erstatningsansvar overlatt til nasjonal rett, men hele tiden med de begrensninger som følger av at de nasjonale

reglene ikke må gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å nå frem med et krav om erstatning for tap forårsaket av et tilstrekkelig kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket.⁶ Også dette er fulgt opp av både EFTA-domstolen og Høyesterett.

Selv om det etter avklaringene i *Fosen-Linjen* synes å være enighet om de prinsipielle utgangspunktene, er det rom for ulike syn på det nærmere innhold av så vel ansvarsnormen «tilstrekkelig kvalifisert brudd», årsakskravet og effektivitetsprinsippet betydning for nasjonale regler om beviskrav og bevisbyrder, rekkevidden av leverandørens tapsbegrensningsplikt, erstatningsrettlig vern av tapet av muligheten til å vinne kontrakten (sjansetap) med videre. Her, som ellers, er det dessuten full anledning til å innrømme leverandørene bedre erstatningsrettlig vern enn EØS-rettslig påkrevd, noe Høyesterett blant annet har gjort når det gjelder årsakskravet i tilfeller hvor en leverandør krever erstatning for tilbudskostnader knyttet til tilbudet («negativ kontraktsinteresse»). Også når det gjelder de nærmere krav til en leverandørs innsats for å forhindre at et brudd på regelverket fører til en rettstridig kontraktstildeling, eller på annet vis påfører leverandøren et økonomisk tap, synes det å være et visst rom for regulering som er strengere enn dagens. I *Fosen-Linjen* uttalte Høyesterett at det er uheldig om en leverandør som oppdager en feil i anskaffelsesdokumentene kan avvente utfallet av konkurransen og så trekke feilen frem i en etterfølgende erstatningssak dersom leverandøren ikke vinner kontrakten, men at det måtte være opp til lovgiver å

¹ EU-kommisjonen – COM (90) 297 final avsnitt 15 og 16

² C-568/08 *Combinatie Spijker*

³ E-7/18 *Fosen II* avsnitt 111

⁴ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 73 følgende

⁵ C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 87

⁶ Effektivitetsprinsippet suppleres av ekvivalensprinsippet, som i denne sammenheng krever at erstatningsvernet for EØS-anskaffelsesreglene ikke må være dårligere enn erstatningsvernet som nasjonal rett tilbyr tilsvarende saker uten EØS-tilknytning. Så lenge det ikke er aktuelt å innføre særskilte erstatningsregler for anskaffelsessaker som ikke er omfattet av EØS-avtalen, synes imidlertid ekvivalensprinsippet uten praktisk betydning. Utvalget vil derfor konsentrere seg om effektivitetsprinsippet betydning i det følgende.

vurdere om det bør innføres preklusjonsregler for å hindre dette.⁷

Som påpekt i kapittel 3.3 og 16 er «*innretningen av erstatningsreglene*» særskilt nevnt i utvalgets mandat for andre delutredning, noe utvalget antar har sammenheng med at dagens håndheving av anskaffelsesregelverket i Norge synes innrettet mot etterfølgende erstatningssøksmål i større grad enn i våre nordiske naboland. Som nevnt i kapittel 16 mener utvalget at dette må sees i sammenheng med innretningen av det norske håndhevings-systemet mer generelt. Et konkret eksempel på dette er de krav som med rimelighet kan stilles til en leverandør for å få stanset en kontraktsinngåelse som leverandøren mener vil være rettsstridig. I en situasjon hvor leverandørens eneste alternativ er å begjære en midlertidig forføyning i tingretten, med de kostnader som dette innebærer, er det vanskeligere å rettferdiggjøre dette som en del av leverandørens tapsbegrensningsplikt enn det er for svensk rett å kreve at leverandøren har gjort bruk av de langt rimeligere muligheter for prekontraktuell håndheving som svenske forvaltningsdomstoler til-byr.⁸

I det følgende vil utvalget redegjøre for EØS-rettens krav til det erstatningsvern som nasjonal rett må tilby leverandørene i tilfeller hvor oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket, for deretter å drøfte den norske etterlevelsen av disse kravene i lys av de endringer som utvalget foreslår av håndhevingssystemet for øvrig. Ettersom det i diskusjonen knyttet til de eksisterende erstatningsreglene tidvis trekkes inn hvordan tilsvarende spørsmål er løst i dansk og svensk rett, vil utvalget også redegjøre noe nærmere for dette.

For anskaffelser som reguleres av direktiv 2014/25/EU (forsyningsdirektivet) har EU-lovgiver valgt en annen tilnærming for tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse). I håndhevingsdirektivet for forsyningssektoren er adgangen til å kreve erstatning regulert i artikkel 2 nr. 7. Det følger av bestemmelsen at dersom det reises krav om erstatning for kostnadene ved å fremlegge et tilbud eller ved å delta i en anskaffelse, må den som krever erstatningen bare bevise at det foreligger overtredelse av anskaffelsesreglene og at en reell mulighet for å bli tildelt kontrakten ble redusert som en følge av overtredelsen.

Av EU-kommisjonens forarbeider til direktivet fremgår det at disse forskjellene var tilsiktet. EU-kommisjonen fremhevet at det ville være vanskeligere å få stoppet en kontraktsinngåelse

gjennom begjæring om midlertidig forføyning på forsyningssektorens område enn innenfor klassisk sektor.⁹ De særkrav til norsk erstatningsrett som følger håndhevingsdirektivet for forsyningssektoren, omtales nærmere i kapittel 34.3 nedenfor.

34.2 Nærmere om EØS-rettens krav til nasjonal erstatningsrett

Selv om de overordnede EØS-rettslige føringene for de nasjonale reglene om oppdragsgivers erstatningsansvar må anses avklart av EU-domstolen og EFTA-domstolen, er det rom for ulike oppfatninger av hva som mer konkret kan utledes av effektivitetsprinsippet. Utvalget har ikke sett det naturlig å foreta noen inngående analyse av EU-domstolens utlegning av effektivitetsprinsippet, som er i stadig utvikling – både i saker som direkte gjelder effektiviteten til håndhevingsdirektivenes krav til nasjonalt erstatningsvern, i saker om medlemsstatenes erstatningsansvar for brudd på EU-retten mer generelt, og i saker om EU-institusjonenes erstatningsansvar for brudd på EUs interne anskaffelsesregelverk. Som et aktuelt eksempel vil utvalget vise til den verserende sak C-547/22 *Ingsteel*, hvor EU-domstolens generaladvokat nylig tok til orde for at effektivitetsprinsippet krever at nasjonal rett gir en leverandør som er blitt urettmessig avvist fra en konkurranse, anledning til å kreve erstatning for tapet av muligheten til å vinne kontrakten (såkalt sjansetap).¹⁰ EU-domstolens dom i saken er ventet i nær fremtid.

For utvalgets formål er det tilstrekkelig å gi en kortfattet oversikt over de krav som effektivitetsprinsippet stiller til nasjonale erstatningsregler i tilfeller hvor en leverandør lider tap som følge av at oppdragsgiver bryter EØS-anskaffelsesregelverket, med utgangspunkt i EU-domstolens uttalelser i sak C-568/08 *Combinatie Spijker* og EFTA-domstolens uttalelser i E-16/16 *Fosen-Linjen I* og sak E-7/18 *Fosen-Linjen II* (alle med videre henvisninger til tidligere rettspraksis):

- Erstatningsansvar forutsetter at anskaffelsesregelen som er brutt har til formål å gi leverandørene rettigheter.
- Det må kunne kreves erstatning både for tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse) og tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse). Om det også må kunne kreves erstatning for sjansetap, er inntil videre uavklart.

⁷ HR-2019-1801-A Fosen-Linjen avsnitt 137

⁸ Se til illustrasjon LE-2022-19926

⁹ EU-kommisjonen – COM (90) 297 final avsnitt 15 og 16

¹⁰ Generaladvokatens forslag i C-547/22 *Ingsteel*

- Brudd på regelverket som må klassifiseres som «tilstrekkelig kvalifisert» utgjør et ansvarsgrunnlag. Det kan ikke stilles tilleggskrav til skyld (culpa).
- Årsakskravet er oppfylt dersom det er *direkte* årsakssammenheng mellom oppdragsgivers brudd på regelverket og leverandørens tap.
- Det er anledning til å kreve at en leverandør som krever erstatning for tapt fortjeneste, påviser at det er klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville vunnet kontrakten om alt hadde gått rett for seg.
- Det er anledning til å knytte krav på erstatning for tapt fortjeneste til en forutsetning om at kontrakten lovlig kunne vært tildelt leverandøren som fremmer erstatningskravet.
- En lovlig avlysning avskjærer erstatning for tapt fortjeneste, men det er oppdragsgiver som må bevise at avlysningsbeslutningen overholder EØS-retten.
- Krav om erstatning for tilbudskostnader kan ikke avskjæres under henvisning til at en konkurranse ble avlyst som følge av andre feil enn dem som leverandøren gjør gjeldende. Det kan imidlertid sees hen til om leverandøren innga sitt tilbud i god tro, eller for øvrig opptrådte som en rimelig velinformert og normalt akt-som leverandør.

Basert på EU-domstolens tilnærming i andre erstatningssaker, må det også kunne legges til grunn at nasjonal rett kan avskjære krav på erstatning dersom leverandøren ikke har forsøkt å forhindre tapet gjennom bruk av klage- og søksmålsmuligheter.¹¹

Også ved utmålingen av en eventuell erstatning kan det legges vekt på om leverandøren har gjort det som med rimelighet kan forventes for å begrense tapet.¹²

34.3 Reguleringen av erstatningsansvaret i håndhevingsdirektivet i forsyningssektorene [artikkel 2 nr. 7]

I håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene fastsetter artikkel 2 nr. 7 et særskilt erstatningsrettslig vern for kostnadene ved å delta i konkur-

ransen (negativ kontraktsinteresse). En leverandør må bare bevise at det foreligger brudd på anskaffelsesreglene og at en reell mulighet for å bli tildelt kontrakten ble redusert som en følge av bruddet. En tilsvarende bestemmelse finnes som nevnt ikke i håndhevingsdirektivet for klassisk sektor.

Som det fremgår av EU-kommisjonens begrunnelse for forslag til håndhevingsdirektiv for forsyningssektorene var denne forskjellen på de to direktivene tilsiktet.¹³ EU-kommisjonen mente at det ville være vanskeligere for leverandørene å få stoppet tildeling av kontrakt gjennom midlertidige avgjørelser på forsyningssektorens område, og at det derfor var påkrevd å tilby dem bedre erstatningsrettslig vern for kostnadene knyttet til å delta i konkurransen.

Ettersom bestemmelsen presiserer at leverandøren *bare* må bevise at det foreligger et brudd på anskaffelsesreglene, må det antas at ansvaret ikke kan knyttes til noen forutsetning om at bruddet er kvalifisert. Det er, så vidt utvalget kan forstå, snakk om et særskilt erstatningsansvar, som gjør seg gjeldende ved ethvert brudd på forsyningsdirektivet.

Kravet til årsakssammenheng er at leverandøren hadde en realistisk mulighet til å få kontrakten, og at bruddet på anskaffelsesregelverket har redusert denne. Det foreligger ingen rettspraksis fra EU-domstolen som behandler når erstatnings-søker har hatt en reell mulighet til å vinne kontrakten.

Krav på erstatning for positiv kontraktsinteresse er ikke særregulert i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene. Her vil det være de alminnelige EØS-rettslige føringene omtalt i kapittel 34.2 som gjør seg gjeldende.¹⁴ Det samme vil gjelde et eventuelt erstatningsrettslig vern av sjansetap.

34.4 Kort om gjennomføringen i Danmark og Sverige¹⁵

34.4.1 Danmark

I Danmark kan en forbigått leverandør tilkjennes erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse) og for tilbudskostnader som har vært for-

¹¹ Halvard Haukeland Fredriksen – Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen 2013 side 456 følgende og 514 følgende

¹² Ibid. side 513 følgende

¹³ EU-kommisjonen – COM (90) 297 final

¹⁴ Se forutsetningsvis E-7/18 Fosen II avsnitt 112

¹⁵ Se nærmere redegjørelse for forhold knyttet til erstatning i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*.

gjeves (negativ kontraktsinteresse). Det gis ikke erstatning for såkalt sjansetap.

Tidligere ble det i dansk rett lagt til grunn at culpa-ansvaret var den relevante ansvarsnormen. Dette gikk man imidlertid bort fra, som en konsekvens av EU-domstolens avgjørelse i C-314/09 *Strabag*. Det er ikke entydig slått fast hva ansvarsgrunnlaget nå er.¹⁶ Høyesteret har i flere avgjørelser vist til at brudd «etter deres karakter» er ansvarsbetingende, uten at ansvarsgrunnlagets karakter omtales nærmere.¹⁷ I juridisk teori er det fremholdt at ansvarsgrunnlaget i Danmark er et tilnærmet objektivt ansvar.¹⁸

Når det gjelder vilkåret om at forbigått leverandør må ha lidt et tap, innebærer det at leverandøren må godtgjøre at det foreligger et tap og dokumentere eller sannsynliggjøre størrelsen på dette.¹⁹

Det finnes eksempler fra den generelle erstatningsretten på at denne bevisbyrden lempes ved særlige grove overtredelser, og dette vil trolig også gjelde ved overtredelser av anskaffelsesregelverket.

Innholdet i kravet til årsakssammenheng avhenger av om det gjelder erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse.

Når det gjelder erstatning for den positive kontraktsinteressen, må det godtgjøres at kontrakten, dersom oppdragsgiver ikke hadde begått feilen, med overveiende sannsynlighet ville blitt tildelt leverandøren som klager. Denne bevisbyrden ligger på leverandøren.

I tillegg må leverandøren lovlig kunne ha blitt tildelt kontrakten. Det er fast praksis at kontrakten ikke lovlig vil kunne tildeles leverandøren der det foreligger så alvorlige feil at konkurransegrunnlaget «ikke kan danne grunnlag for en lovlig tildelingsbeslutning», det vil si der det foreligger avlysningsplikt.^{20 21}

Der det ikke forelå en avlysningsplikt, men hvor oppdragsgiver faktisk har avlyst konkurransen og det forelå saklig grunn til dette vil dette som det klare utgangspunktet også avskjære erstatning for den positive kontraktsinteressen.²²

Der det bare forelå avlysningsrett (det vil si at oppdragsgiver hadde saklig grunn til å avlyse), men hvor oppdragsgiver ikke har benyttet seg av

denne, vil kravet til årsakssammenheng i utgangspunktet være oppfylt. Erstatning kan likevel avskjæres, dersom det med overveiende grad av sannsynlighet kan bevises at oppdragsgiver faktisk ville avlyst konkurransen. Det er ikke tilstrekkelig å pretendere dette.²³ Oppdragsgiver må nedlegge påstand om at konkurransen ville blitt avlyst, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden.²⁴ Bevisbyrden er altså snudd i dette tilfellet.

Kontrakten vil for det andre heller ikke lovlig kunne tildeles leverandøren der leverandørens tilbud er avvist eller skulle vært avvist. I et slikt tilfelle foreligger det ingen årsakssammenheng mellom leverandørens tap og oppdragsgivers håndtering av anskaffelsesprosessen.²⁵

Hva som ligger i kravet til årsakssammenheng ved den negative kontraktsinteressen er ikke helt klart, og Klagenævnet synes i noen tilfeller å tilkjenne erstatning ut ifra rimelighetsbetraktninger.²⁶ Det dominerende synspunktet er imidlertid at leverandøren i slike tilfeller må godtgjøre at leverandøren «ville have haft en reel mulighed for at få tildelt ordren, hvis reglerne var blevet overholdt», jf. formuleringen i § 14, stk. 2 som etter sin ordlyd bare gjelder for forsyningssektorene. I utgangspunktet gjelder betingelsen at klager lovlig kunne ha blitt tildelt kontrakten altså også for den negative kontraktsinteressen.

Det er to ulike bestemmelser for erstatning for negativ kontraktsinteresse for henholdsvis anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet i dansk rett, men dette innebærer ingen materiell forskjell.²⁷

Etter dansk rettspraksis må en feil som fremgår av konkurransegrunnlaget påberopes innen tilbudsfristens utløp. Dette er ikke noen formalisert preklusiv frist, men det følger av rettspraksis knyttet til erstatning for negativ kontraktsinteresse at en avlysningsplikt ikke avskjærer erstatning for tilbudskostnader med mindre avlysningsplikten skyldes «synlige feil», altså feil som klager var eller burde være kjent med. Ut fra praksis ser det ut til at det er tilstrekkelig at forholdet som utgjør et brudd på anskaffelsesregelverket, fremgår av konkurransegrunnlaget.

Hva gjelder utmåling av erstatning for positiv kontraktsinteresse, så knytter tapsoppstillingen seg som hovedregel både til den tapte nettofortjenesten og det dekningsbidraget (bidrag til

¹⁶ Fabricius 2017 side 828

¹⁷ U.2011.1955H Amager Strandpark

¹⁸ Berg 2012 side 892 følgende

¹⁹ Kjennelse av 9. februar 2017 Bricks A/S

²⁰ Kjennelse av 8. januar 2011 OK Entreprise A/S

²¹ Kjennelse av 20. mai 2014 Maxys A/S

²² Kjennelse av 19. oktober 2010

²³ U.2012.2952 H Montenaisien

²⁴ Risvig Hamer 2020 side 417 følgende

²⁵ Kjennelse av 24. mars 2004 M.J. Eriksson A/S

²⁶ Risvig Hamer 2020 side 422

²⁷ Ibid. side 437

de faste utgifter).²⁸ Leverandøren må legge frem for eksempel regnskap, kalkuleringer og eventuelt innhente revisorerklæringer. Kravene til bevis er relativt strenge.²⁹ Erstatningskrav vil som utgangspunkt bli avvist der det bare nedlegges en påstand om erstatning av en gitt sum.³⁰

Ved utmåling av erstatningsbeløpet tas det i utstrakt grad hensyn til at situasjonen vil kunne ha utviklet seg i mer negativ retning enn det leverandøren har kalkulert med. Både Klagenævnet og domstolen vil derfor ved utmålingen normalt foreta et skjønnsmessig fradrag begrunnet i den usikkerheten som knyttet seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget. Et slikt fradrag inkluderer den sparte prosjektrisikoen, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse.

Ved utmålingen ses det også hen til om leverandøren generelt i sin virksomhet kan oppnå denne graden av dekningsbidrag, og om det er særlige risikoer forbundet med den aktuelle kontrakten.

34.4.2 Sverige

I Sverige kan en forbigått leverandør tilkjennes erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse) og for tilbudskostnader som har vært forgjeves (negativ kontraktsinteresse). I tillegg kan det gis erstatning for såkalt sjansetap ved ulovlige direkteanskaffelser hvis leverandøren kan sannsynliggjøre at leverandøren ville inngitt tilbud og hatt en realistisk mulighet for å bli tildelt kontrakt om anskaffelsen hadde vært kunngjort. Det redegjøres kort for de ulike erstatningshjemlene nedenfor.

I svensk rett er erstatningsreglene ved offentlige anskaffelser regulert i LOU og LUF kap. 20 §§ 20 og 21. Reglene er utviklet gjennom rettspraksis fra Högsta domstolen (HD). Regelen om erstatning på anskaffelsesområdet, jf. LOU og LUF kap. 20 § 20, gjelder alle anskaffelser, uavhengig av verdi og kategori, og gjennomfører artikkel 2 nr. 1 bokstav c i håndhevelsesdirektivet.³¹

Første ledd i LOU og LUF kapittel 20 § 20 gir hjemmel til å kreve positiv kontraktsinteresse. Etter ordlyden i § 20 første ledd stilles det ikke nærmere krav til ansvarsgrunnlaget ut over et objektivt ansvar. HD har imidlertid uttalt under henvisning til EU-domstolens avgjørelse i *Combinatie Spijker*, at det i svensk rett kreves at overtredelsen av anskaffelsesreglene er «tillräckligt klar» for at oppdragsgiver skal kunne bli ansvarlig for den positive kontraktsinteresse.³²

I svensk rett kreves det at det var *sannolikt* at leverandøren som krever erstatning skulle blitt tildelt kontrakten dersom anskaffelsesfeilen ikke hadde skjedd.³³

Bestemmelsen i § 20 andre ledd regulerer retten til erstatning for leverandørens kostnader ved å delta i konkurransen; den negative kontraktsinteressen, dersom bruddet på regelverket *menligt* har påvirket leverandørens muligheter til å vinne konkurransen. Bestemmelsen er basert på særbestemmelsen i håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene i artikkel 2 nr. 7, som ikke er innført i håndhevingsdirektivet for klassisk sektor. Etter dette gjelder samme regler om erstatning for den negative kontraktsinteresse etter både LOU og LUF.

Ifølge ordlyden i kapittel 20 § 20 andre ledd, har oppdragsgiver et objektivt ansvar for regelverksbrudd ved krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse. I NJA 2018 side 1127 *Spinator*, som gjelder negativ kontraktsinteresse, viser HD til NJA 2016 side 358 *Bergfors* hvor HD fastslo at det kreves et tilstrekkelig kvalifisert brudd for å kunne tilkjenne positiv kontraktsinteresse.³⁴ Selv om HD viser til denne avgjørelsen, kommenteres det ikke om tilsvarende ansvarsgrunnlag, eller et objektivt ansvar, gjelder for den negative kontraktsinteresse. Det synes derfor uavklart hva som er ansvarsgrunnlaget for negativ kontraktsinteresse. Det følger av praksis fra HD at årsakskravet er sammenfallende med direktivet og at det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng dersom leverandøren hadde en «realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet och att åsidosättandet har minskat denna möjlighet».³⁵ I forarbeidene er det angitt om beviskravet at «[d]et räcker om han kan visa att hans möjligheter att erhålla kontraktet påverkats menligt av felet (se Lagrådets

²⁸ Se for eksempel U.2011.1955H Amager Strandpark

²⁹ Fabricius 2017 side 843

³⁰ I kjennelse av 12. august 2011 Falck Danmark A/S hadde klager fremmet et krav på DKK 206 788, men hadde bare fremlagt en beregning i et Excel-ark. Her var det imidlertid utvilsomt at klager hadde hatt et ikke ubetydelig tap, og fikk tilkjent DKK 100 000.

³¹ Se LOU kapittel 19 § 1 og kapittel 19a § 1, og tilsvarende regulering i øvrige lover

³² NJA 2016 side 358 Bergfors Distribution AB mot Regionförbundet

³³ Ibid.

³⁴ NJA 2018 side 1127 Spinator

³⁵ Ibid. avsnitt 25

yttrande)».³⁶ Dette er tilsvarende beviskrav som for sjansetap ved ulovlig direkte anskaffelser.

Når det gjelder utmålingen av den positive kontraktsinteressen, uttalte HD i NJA 1998 side 873 *Arkitekttjänst* at den positive kontraktsinteressen bør beregnes ut fra differansen mellom innkomsten leverandøren ville hatt på grunnlag av kontrakten og kostnadene leverandøren ville blitt påført gjennom å påta seg oppdraget.³⁷ HD har dessuten lagt til grunn at faste kostnader ikke skal komme til fradrag ved beregningen av fortjenestetapet. Det er bare de særlige kostnader som ville vært pådratt i anledning kontraktens gjennomføring som skal trekkes fra.³⁸

Det gjelder i svensk erstatningsrett en generell forpliktelse til å gjøre en innsats for å begrense det økonomiske tapet. Dette gjelder også på anskaffelsesområdet. Dersom leverandøren ikke har gjort rimelige tiltak for å begrense tapet, vil erstatning kunne avkortes. HD uttalte i NJA 2016 side 369 *NBB* at en reduksjon i erstatningsbeløpet kan være aktuelt der leverandøren selv kan sies å ha medvirket til at tapet oppstod eller leverandøren ikke har utvist rimelig aktsomhet for å begrense tapet.³⁹

En anskaffelsesprosess kan ikke påklages etter at kontrakt er inngått, jf. LOU kap. 20 § 6 andre ledd. Högsta förvaltningsdomstolen har i en nylig avsagt dom også tolket § 6 første ledd slik at denne bestemmelsen kan prekludere en klage på feil i anskaffelsesprosessen, som kommer inn etter tildelingsbeslutningen, når feilen kunne vært påberopt overfor oppdragsgiver allerede under konkurranse gjennomføringen.⁴⁰ Domstolen mener at tapsvilkåret ikke er oppfylt i en slik situasjon.⁴¹

34.5 Gjennomføring i norsk rett

Håndhevingsdirektivenes krav til nasjonal erstatningsrett er i dag gjennomført ved anskaffelsesloven (2016) § 10, som kort slår fast at «[l]everandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven». Bestemmelsen viderefører uforandret reguleringen i den tidligere anskaffelsesloven (1999) § 11.⁴²

I proposisjonen til 1999-loven viser departementet videre til NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser*, hvor det ble vist til at håndhevingsdirektivene krever at nasjonale klageorganer gis myndighet til å fastsette erstatning til leverandører som har lidt skade som følge av at prosedyrereguleringen er overtrådt.^{43 44} Samtidig ble det uttalt at oppdragsgivers plikt til å erstatte eventuelle tap som leverandøren har lidt, og omfanget av erstatningsplikten, fulgte av alminnelig ulovfestet erstatningsrett, slik at bestemmelsen ikke tilførte noe nytt. Utvalget stilte samtidig spørsmål ved om norske domstolars daværende tilbakeholdenhet med hensyn til å idømme den positive kontraktsinteresse var i overenstemmelse med EØS-rettens krav til effektive sanksjoner, men uten å gå nærmere inn på dette.⁴⁵ Departementet nøyde seg med å bemerke at det måtte antas at gjeldende rett var slik at en leverandør først ville kunne få erstatning dersom det forelå vesentlige feil, og at det heller ikke var ønskelig at enhver feil skal pådra oppdragsgiver et erstatningsansvar.⁴⁶ Departementet nevnte også spørsmålet om erstatning for positiv kontraktsinteresse, men overlot det til rettspraksis uten å knytte det til eventuelle EØS-rettslige føringer.⁴⁷

På tidspunktet for gjennomføringen av endringsdirektivet i 2012 pågikk det en diskusjon i litteraturen knyttet til om vilkårene for erstatning for tapt fortjeneste, som Høyesterett i 2001 stilte opp i Rt. 2001 side 1062 *Nucleus*, var i overenstemmelse med EØS-rettens krav, i lys av EU-domstolens dommer i sak C-314/09 *Strabag* og sak C-568/08 *Combinatie Spijker*. Departementet viste til *Strabag*-dommen, men mente det var best i samsvar med tradisjonen i norsk rett å overlate utviklingen av erstatningsansvaret for brudd på anskaffelsesretten til domstolene.⁴⁸

På tidspunktet for vedtakelsen av dagens anskaffelseslov pågikk det fremdeles diskusjoner, både internt i det norske fagmiljøet og i andre EØS-land, knyttet til EU/EØS-rettens betydning for leverandørenes erstatningsrettslige vern, men departementet gikk ikke inn på dette.⁴⁹

³⁶ Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling side 102

³⁷ NJA 1998 side 873 *Arkitekttjänst*

³⁸ NJA 2007 side 349 *Ishavet*

³⁹ NJA 2016 side 358 *NBB*

⁴⁰ HFD 2022 ref. 4 I og II avsagt 10. januar 2022

⁴¹ Under henvisning til C-538-13 eVigilo avsnitt 55 og 56

⁴² Prop. 51 L (2015–2016) merknadene til § 10 (paragrafen endret nummerering til 11 da det nye håndhevingsdirektivet ble gjennomført i 2012).

⁴³ Ot.prp. nr. 71 (1997–98) merknadene til § 10

⁴⁴ NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser* merknadene til § 10

⁴⁵ Ibid. merknadene til § 10, jf. også side 86

⁴⁶ Ot.prp. nr. 71 (1997–98) merknadene til § 10

⁴⁷ Ibid. merknadene til § 10

⁴⁸ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*, kapittel 8.4.4

⁴⁹ Prop. 51 L (2015–2016) merknadene til § 10

I all hovedsak har derfor etterlevelsen av håndhevingsdirektivenes krav til nasjonal erstatningsrett vært overlatt til rettspraksis.

Utvalget nøyer seg i denne sammenheng med å vise stikkordspreget til de avklaringer som har skjedd gjennom høyesterettspraksis, og da senest dommene i HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* og HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø*.

- Ansvarsgrunnlaget for erstatning for så vel tilbuds-kostnader (negativ kontraktsinteresse) som fortjenestetap (positiv kontraktsinteresse) er harmonisert med EU/EØS-normen «tilstrekkelig kvalifisert brudd».
- Årsakskravet for krav om positiv kontraktsinteresse er oppfylt dersom leverandøren ville vunnet kontrakten om det ikke var for den aktuelle feilen, noe leverandøren må påvise at det er klar sannsynlighetsovervekt for. Dette beviskravet gjelder også i tilfeller hvor oppdragsgiver anfører hypotetiske hendelsesforløp som tilsier at leverandøren uansett ikke ville fått kontrakten (som at oppdragsgiver ville valgt egenregi).
- Et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsetter at kontrakt lovlig kunne ha vært tildelt den aktuelle leverandøren, altså slik at den hypotetiske kontraktstildelingen ikke ville utgjort et (annet) brudd på anskaffelsesregelverket.
- Årsakskravet for krav om negativ kontraktsinteresse er oppfylt dersom leverandøren ikke ville inngitt tilbud hvis leverandøren hadde visst om det fremtidige bruddet på regelverket.
- Årsakskravet vil normalt ikke være oppfylt dersom leverandøren har valgt å inngi tilbud til tross for at leverandøren ser – eller må ha sett – at det er feil i anskaffelsesdokumentene. Dette gjelder likevel ikke dersom leverandøren har gjort oppdragsgiver oppmerksom på den aktuelle feilen, uten at dette har fått oppdragsgiver til å avlyse konkurransen eller endre anskaffelsesdokumentene.

Spørsmålet om en leverandør kan kreve erstatning for sjansetap har foreløpig ikke vært forelagt Høyesterett, men det foreligger to lagmannsrettsdommer som stiller seg avvisende til dette.^{50 51}

Heller ikke spørsmålet om en leverandør må forventes å ta i bruk klage- og søksmålsmuligheter for å forhindre tapet, har vært vurdert av Høyesterett. Verken i *Nucleus* eller i *Perpetuum* ser det

ut til at leverandøren som krevde erstatning, hadde forsøkt å stanse kontraktsinngåelsen gjennom en begjæring om en midlertidig forføyning, men uten at dette var noe tema i Høyesterett. Fra lagmannsrettene finnes det minst en dom som uttrykkelig avviser at tapsbegrensningsplikten kan strekkes så lang som til å kreve at leverandøren har begjært en midlertidig forføyning for å forhindre tapet.⁵²

EU-retten inneholder ikke noen nærmere bestemmelser for utmålingen av erstatningen.⁵³ Ved utmålingen av det økonomiske tapet vil norske alminnelige erstatningsregler og sivilprosessrettslige regler gjelde. Leverandøren har bevisbyrden og må sannsynliggjøre og dokumentere det økonomiske tapet,⁵⁴ og tapet må ikke være «for fjernt, avledet eller upåregnelig».⁵⁵ Utgangspunktet for tapsberegningen er det hypotetiske hendelsesforløpet; den aktuelle leverandørenes netto fortjeneste dersom denne hadde blitt tildelt kontrakten.⁵⁶ I mangel av opplysninger om dekningsbidrag ved andre, helst sammenlignbare, prosjekter, har lagmannsretten tidligere lagt til grunn at det vil være relevant å se noe hen til den generelle fortjenestemarginen i bransjen.^{57 58 59 60} Utmålingen har ofte vært utpreget skjønnsmessig.^{61 62}

For så vidt gjelder særreguleringen i håndhevingsdirektivet i forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7, ble denne særskilt gjennomført i § 5 i anskaffelsesloven av 1992.⁶³ Denne bestemmelsen ble imidlertid ikke videreført i anskaffelsesloven av 1999, og gjenfinnes heller ikke i dagens lov. Utvalget kan ikke se at det er gitt noen begrunnelse for dette i forarbeidene til verken 1999-loven eller til dagens lov.⁶⁴

⁵² LE-2022-19926

⁵³ C-568/08 *Combinatie Spijker* avsnitt 86

⁵⁴ LB-2020-37901.

⁵⁵ Rt.1983 side 205 og 212

⁵⁶ LB-2019-145192 med videre henvisning

⁵⁷ Rt. 2001 side 1288

⁵⁸ LB-2015-72805 BT Signaal

⁵⁹ RG. 2007 side 1390

⁶⁰ LB-2019-145192 hvor lagmannsretten viste til at utmålingen var i samsvar med hva som tidligere er lagt til grunn i sammenlignbare saker.

⁶¹ LB-2020-37901 *Espressobønne*

⁶² LB-2015-72805 BT Signaal

⁶³ Ot.prp. nr. 71 (1997–98) merknadene til § 5

⁶⁴ Se likevel NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser* merknadene til § 10 om at «bevisbyrderregelen» for forsyningssektoren var overflødig og misvisende. Standpunktet er ikke nærmere begrunnet.

⁵⁰ LF-2015-187242

⁵¹ LB-2021-152543

34.6 Antall erstatningssøksmål i Norge og utvalgte andre land

34.6.1 Norge

Det er innhentet statistikk om antallet anskaffelsesrelaterte saker fra Domstolsadministrasjonen for perioden 2013 til 2023.⁶⁵ Statistikken viser at det i denne perioden kom inn 92 saker som gjaldt lov om offentlige anskaffelser som har endt med dom i tingretten, altså noe i overkant av 10 saker per år i gjennomsnitt. Innkomne anker til lagmannsretten som har endt med dom, er i samme periode 46 saker, altså omtrent fem ankesaker per år. Noen oversikt over hvor mange tvister om erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket som løses utenfor domstolene, har utvalget ikke.

På oppdrag fra utvalget har advokatfirmaet Haavind foretatt en gjennomgang av alle anskaffelsesrelaterte erstatningssaker som er publisert i Lovdata etter Høyesteretts dom i *Nucleus*. Det er langt fra alle dommer som publiseres i Lovdata, og særlig i første del av perioden er det få saker fra tingrettene. Dette gjør at utvalget av saker nok ikke er representativt for det totale antall saker, fordi det domineres av saker som den tapende part i tingretten har funnet grunn til å anke til lagmannsretten (og i noen tilfeller også videre til Høyesterett). Kostnadene knyttet til en ankeforhandling i lagmannsretten tilsier at dette vil være saker med større erstatningskrav, i hvert fall i tilfeller hvor det er leverandøren som er ankende part. Det er heller ikke gitt at oppdragsgiver og leverandør har samme terskel for å anke en sak fra tingretten til lagmannsretten. For en leverandør må trolig utsiktene til å nå frem vurderes som forholdsvis gode for å rettferdiggjøre en anke, og da fortrinnsvis med et relativt stort erstatningskrav. For en oppdragsgiver som måtte være ilagt erstatningsansvar i tingretten, er det lettere å se for seg at et visst håp om et bedre resultat i lagmannsretten vurderes som tilstrekkelig.

Til tross for disse svakhetene ved domsmaterialet har utvalget funnet det nyttig med en nærmere gjennomgang av de dommene som er publisert i Lovdata, som grunnlag for vurderingen av hvordan dagens rettsstilstand fungerer i praksis. Utvalget vil likevel påpeke at det er et reelt problem for vurderingen av rettsstilstanden, og forsøk på å sammenligne den med rettsstilstanden i andre

land, at det ikke finnes bedre grunnlagsmateriale å bygge på.⁶⁶

Etter *Nucleus* er det publisert 98 dommer som gjelder erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket på Lovdata. Dersom dommer som er overprøvd i en høyere rettsinstans tas ut, er resultatet 85 rettskraftige dommer. Av disse er det 22 dommer hvor det er blitt tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse, det vil si i 26 prosent av sakene. Det er tilkjent erstatning for negativ kontraktsinteresse i fem av sakene. Det er altså funnet brudd som leder til erstatning i 40 prosent av de rettskraftige dommene publisert på Lovdata.

Den samlede utmålte erstatning for den positive kontraktsinteressen i de publiserte dommene fra 2001 til november 2023, er rundt 515 millioner kroner. Mer en halvparten av totalen stammer imidlertid fra én sak, LB-2017-94201 *Skanska*, hvor det ble tilkjent hele 272,8 millioner kroner.⁶⁷ I motsatt ende av skalaen finner man Høyesterett dom i *Nucleus*, hvor det ble tilkjent 433 000 kroner.⁶⁸ Den gjennomsnittlige utmålte erstatningssummen i saker vedrørende positiv kontraktsinteresse er på 23,4 millioner kroner, men dersom *Skanska*-saken trekkes ut, faller snittet til 11 millioner kroner.

Størrelsen på tilkjent erstatning har økt markant i perioden etter 2010, ut over den alminnelige prisveksten. I perioden fra 2001 til 2010 var høyeste tilkjente erstatning på 3 millioner kroner. Samlet ble det tilkjent erstatning på 6,5 millioner kroner i denne perioden, og snitt per sak var i overkant av 1 million kroner.⁶⁹ Dersom *Skanska*-saken holdes utenfor, ble det i perioden 2010 til 2023 tilkjent 237 millioner kroner i erstatning, noe som gir et snitt på 16 millioner kroner per sak.

34.6.2 Danmark og Sverige⁷⁰

I Danmark fremsettes krav om erstatning for Klagenævnet for Udbud. Utgangspunktet er at Klagenævnet skiller ut spørsmålet om erstatning til selvstendig behandling. Erfaringsmessig inngår det ofte forlik i de sakene der det konstateres

⁶⁵ Gjennomgangen er basert på tall fra Domstoladministrasjonen

⁶⁶ Dette er også omtalt i kapittel 39

⁶⁷ LB-2017-94201

⁶⁸ Rt-2001-1062 *Nucleus*

⁶⁹ Tallene er ikke inflasjonsjustert. Justert til 2024-priser utgjør 1 million i 2001-priser omkring 1,7 millioner, mens 1 million i 2010-priser utgjør omkring 1,4 millioner.

⁷⁰ Statistikken er innhentet av Advokatfirmaet Haavind på oppdrag for utvalget. Se nærmere omtale i digitalt Vedlegg 4 *Håndheving – direktegjennomføring i Sverige og Danmark*

brudd.⁷¹ I saker der Klagenævnet kommer til at det ikke foreligger noe brudd, avsies det naturlig nok ikke noen etterfølgende kjennelse om erstatningsansvar. Omfanget av antall erstatningssaker må ses i lys av begge disse forholdene.

I perioden fra 2011 til utgangen av 2023, har Klagenævnet avsagt totalt 60 erstatningskjennelser.⁷² Dette gir et snitt på cirka fem saker per år.

I perioden fra 2011 til utgangen av 2023 tilkjente Klagenævnet for Udbud samlet erstatning for rundt 34 millioner danske kroner. I tillegg er det tilkjent erstatning i noen saker der Klagenævnets materielle avgjørelse er anket til domstolsbehandling, hvor erstatningspåstand har blitt nedlagt under domstolsbehandlingen. Den totale summen er derfor noe høyere.⁷³

Av de totalt 60 erstatningskjennelsene som er avsagt i denne perioden har det blitt tilkjent erstatning i totalt 33 saker (55 prosent).

I 21 av disse sakene har klager blitt tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse. Erstatningsbeløpene ligger i størrelsesordenen fra 80 000 til 6 millioner danske kroner.

Det er i disse 21 sakene ilagt erstatning for den positive kontraktsinteressen på til sammen 33 758 140 millioner danske kroner, slik at den gjennomsnittlige erstatningssummen utgjør cirka 1,6 millioner danske kroner.

I 12 saker er det tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteressen, tilsvarende drøyt 20 prosent av de totalt 58 erstatningskjennelsene. Erstatningsbeløpene for den negative kontraktsinteressen ligger i størrelsesordenen 5 000 til 650 000 danske kroner.

Det er sammenlagt ilagt erstatning for 1 680 210 danske kroner for den negative kontraktsinteressen, slik at den gjennomsnittlige erstatningssummen utgjør drøye 140 000 danske kroner.

Hva gjelder den nærmere utmålingen synes kravene til å dokumentere tappt fortjeneste å være strenge, og slik at beløpets størrelse er gjenstand for grundig vurdering.⁷⁴

Det finnes ingen komplett oversikt over antall erstatningssaker i Sverige. Etter henvendelse til svenske lagmannsretter, er det mottatt informasjon om elleve dommer fra perioden 2012 til 2023.⁷⁵ I tillegg kommer fem saker som er behandlet i Høyesterett. Oversikten er trolig ikke komplett. Summen av erstatningskravene i disse elleve sakene er 5,7 millioner svenske kroner. Den høyeste tilkjente erstatningssummen er på 2 millioner svenske kroner. I perioden er det også én dom fra Høyesterett, der det ble tilkjent 1,4 millioner svenske kroner i erstatning.

34.6.3 EØS for øvrig

Utvalget er ikke kjent med systematiske undersøkelser av antall erstatningskrav for brudd på anskaffelsesregelverket i ulike EU/EØS-land, og utvalget har ikke hatt ressurser til å få utarbeidet noen slike.

EU-kommisjonen ga i 2015 ut en rapport om håndhevingsdirektivenes effektivitet.⁷⁶ I denne er det gjengitt informasjon fra en spørreundersøkelse. Det fremgår av undersøkelsen at leverandører og oppdragsgivere opplyser at det er tilkjent erstatning i tre prosent av sakene som har vært gjenstand for prøving.⁷⁷ Det er ikke helt klart hvordan tallene som er oppgitt skal forstås, men det kan se ut som at det er tre prosent av alle saker om prøving av en anskaffelsessak, altså også saker som ikke gjaldt erstatning. Uansett er det rapportert om et svært lavt antall erstatningssaker i EU-land i perioden 2009 til 2012, totalt ikke mer enn rundt 20 saker.⁷⁸ Dette indikerer at det er flere land som ikke har hatt noen erstatningssaker i perioden. EU-kommisjonen skriver også at få leverandører og oppdragsgivere har mottatt/utbetalt erstatning som følge av feil i begått en anskaffelsesprosess.⁷⁹

I en arbeidsrapport om håndhevingsdirektivenes effektivitet fra 2017, redegjør EU-kommisjonen nærmere for de undersøkelser som EU-kommisjonen hadde gjennomført som grunnlag for rapporten.⁸⁰ Det vises her til to møter, der

⁷¹ Opplyst av Advokatfirmaet Haavind i utredning om håndhevelsesdirektivene av 10. desember 2023

⁷² Erstatningskjennelsene fra denne perioden er tilgjengelige på Klagenævnets hjemmeside. Advokatfirmaet Haavind har gjennomgått samtlige tilgjengelige erstatningskjennelser fra 2011 og frem til desember 2023.

⁷³ Erstatningskjennelsene fra denne perioden er tilgjengelige på Klagenævnets hjemmeside: <https://klfu.naevnenes-hus.dk/>. Haavind har gjennomgått samtlige tilgjengelige erstatningskjennelser fra 2011 til utgangen av 2023.

⁷⁴ Se digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*

⁷⁵ Henvendelse fra Advokatfirmaet Haavind, på oppdrag for utvalget

⁷⁶ EU-kommisjonen Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts – final study 2015

⁷⁷ Ibid. side 97 figur 6.12

⁷⁸ Ibid. side 91

⁷⁹ Ibid. side 96

⁸⁰ Europa-kommisjonen – COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT – SWD (2017) 13 final 2017

muligheten til å få erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket ble diskutert.

Det ene er et møte i, 'Commission Stakeholder Expert Group on Public Procurement', som ble avholdt 23. februar 2013. Ekspertgruppens syn var at prekontraktuelle håndhevingsmekanismer er mer effektive enn håndhevingsmekanismer etter inngått kontrakt. Om erstatning ble det fremhevet at det var svært vanskelig å nå frem med erstatningskrav, som følge av strenge krav til at forbigåtte leverandører måtte bevise at de hadde en reell sjanse til å vinne kontrakten.

Det andre var et møte med dommerne i de øverste forvaltningsdomstolene i medlemsstatene, som ble avholdt i Helsinki 22. til 23. oktober 2015. Også her ble det fremholdt at det er vanskelig å nå frem med erstatningskrav. Rettssystemene i de ulike medlemsstatene er ulike når det gjelder krav til årsakssammenheng og aktuelle tapsposter, og det er generelt vanskelig for en leverandør å bevise at leverandøren hadde en reell sjanse til å vinne kontrakten om alt hadde gått rett for seg.

Fra det daværende EU/EØS-landet Storbritannia er det rapportert om bare to dommer hvor erstatningskrav har ført frem i perioden 2001 til 2016.⁸¹

34.6.4 Analyse

Til tross for store usikkerheter i tallmaterialet, mener utvalget at det er grunnlag for å hevde at det avdekker at så vel antall erstatningssaker som størrelsen på eventuell tilkjent erstatning er høyere i Norge enn i andre land. Dette er relevant for vurderingen av hvordan de norske erstatningsreglene bør se ut.

I analysen av tallene må det sondres mellom spørsmålet om antall erstatningssaker og spørsmålet om utmålingen av en eventuell erstatning.

Med tanke på antall erstatningssaker synes det å være grunnlag for å hevde at det er markant flere saker i Norge enn i Sverige, selv om oversikten over svenske ankesaker ikke er like robust som Domstolsadministrasjonens tall for norske saker. Utvalgets tallmateriale gir et årlig gjennomsnitt på antall erstatningssaker i ankeinstansene på 5 i norske lagmannsretter, mot bare omkring 1,4 i svenske hovrätter (lagmannsretter). Målt i antall innbyggere er Sverige omkring dobbelt så stort som Norge.⁸²

⁸¹ Sue Arrowsmith og Richard Craven 2016 Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system side 227 til 252

Tallene fra Danmark gir ikke grunnlag for samme konklusjon, blant annet fordi det må antas at mange saker enten forlikes eller trekkes etter at Klagenævnet i første runde har tatt stilling til om det overhodet foreligger noe brudd på regelverket. Et årlig gjennomsnitt på fem erstatningskjennelser i Klagenævnet, hvor Klagenævnet forutsetningsvis først har kommet til at det foreligger et brudd, synes nokså sammenlignbart med antall norske erstatningssaker hvor tingretten kommer til at det foreligger et brudd.

Det er umiddelbart påfallende at andelen frifinnelser der det først er konstatert brudd på anskaffelsesregelverket, er langt høyere i Danmark enn i Norge. I Norge blir oppdragsgiver frifunnet bare i overkant av ti prosent av de sakene der det er konstatert brudd på anskaffelsesregelverket, mens i Danmark er det samme tallet nær 50 prosent. Det er imidlertid mulig at forklaringen på denne forskjellen er at Danmark har lagt også erstatningssakene til Klagenævnet. Merknadene knyttet til å forfølge et usikkert erstatningskrav videre for Klagenævnet, etter at nemnden har kommet til at det foreligger et brudd, er langt mindre enn om det må forfølges i en egen sak, særlig med det kostnadsnivået som vi har for sivile saker i Norge.

En sammenligning med andre EØS-land vanskelig gjøres av at grunnlagsmaterialet er svært tynt. Utvalget har imidlertid merket seg EU-kommisjonens vurdering av at mulighetene for å vinne frem med et erstatningskrav i mange medlemsstater fremstår som svært små, og at det ikke er mulig å få gjort noe med dette uten endringer i håndhevingsdirektivene som vil gripe inn i grunnleggende erstatningsrettslige strukturer i medlemsstatene, noe EU-kommisjonen ikke har villet gjøre noe forsøk på å få gjennomslag for.⁸³ EU-lovgiver har derfor valgt å prioritere prekontraktuell håndheving.⁸⁴ I dette ligger også en erkennelse av at de generelle føringene som følger av effektivitetsprinsippet ikke er tilstrekkelige til å sikre et reelt erstatningsrettslig vern for leverandører som hevder å ha mistet en kontrakt som følge av at

⁸² Sveriges befolkning er omkring dobbelt så stor som Norges (henholdsvis 10,5 og 5,4 millioner). Årlig omfang av offentlige anskaffelser utgjør SEK 879 milliarder og NOK 743 milliarder. I 2022 ble det i Sverige publisert 9.600 anskaffelser i TED og i Norge 5468. <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/upphandlingsstatistik/annonserade-upphandlingar-i-europeiska-unionen/>

⁸³ EU-kommisjonen – COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT – SWD (2017) 13 final 2017, Europa-kommisjonen – staff working document – impact assessment report SEC/2006/0557/

⁸⁴ EU-kommisjonen – staff working document – impact assessment report SEC/2006/0557/

oppdragsgiver ikke har overholdt anskaffelsesregelverket.

Utvalgets inntrykk er for øvrig at EU-kommisjonen i sin omtale av nasjonal rettspraksis ikke sonderer mellom erstatningssaker som gjelder tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse) og saker som gjelder fortjenestetap (positiv kontraktsinteresse).

For så vidt gjelder forskjellene mellom Sverige og Norge, antar utvalget at innretningen av håndhevingssystemene er en del av forklaringen på forskjellen i antall saker. I Sverige er det innført preklusjonsregler som avskjærer etterfølgende erstatningssøksmål om leverandøren ikke har tatt i bruk de klagemuligheter som det svenske håndhevingssystemet tilbyr. Listen over andre mulige årsaksfaktorer er imidlertid lang, og inkluderer slikt som advokatkostnader, mulig ansvar for motpartenes sakskostnader, bevisregler, mulige forskjeller i tradisjoner for utenrettslig forlik, med videre.

Når det gjelder *utmåling* av en eventuell erstatning for tapt fortjeneste, viser tallene som utvalget har fått innhentet at det er markante forskjeller mellom Norge på den ene siden og Danmark og Sverige på den andre. Basert på den informasjonen utvalget har fått innhentet kan det se ut til at det kan være ulik prøving av leverandørenes krav i henholdsvis Norge, Sverige og Danmark.⁸⁵ Utvalget har imidlertid ikke hatt tid til å foreta en nærmere analyse av dette.

Noen sammenligning med utmålingspraksis i andre EØS-land enn Danmark og Sverige har utvalget ikke grunnlagsmateriale til å foreta.

34.7 Utvalgets vurdering

34.7.1 Generelt

Utvalgets vurdering av erstatningsreglene henger uløselig sammen med utvalgets forslag til endringer av andre deler av håndhevingssystemet, for å legge til rette for rask og kostnads effektiv håndheving før kontrakt inngås. Med de endringer som utvalget har foreslått, svekkes behovet for å bruke erstatningsreglene som et virkemiddel for å effektivisere anskaffelsesregelverket. Dette hensynet sto sentralt da Høyesterett i Rt. 2001 side 1062 *Nucleus* åpnet opp for erstatningsansvar for fortjenestetap, blant annet under henvisning til at krav på erstatning for tilbudskostnader gjerne er for små til at leverandørene vil for-

følge dem i domstolene, og uansett også for små til å ha tilstrekkelig preventiv virkning.⁸⁶

Utvalget vil understreke at spørsmålet om innretningen av erstatningsreglene ikke bør reduseres til et spørsmål om hvor begrenset leverandørenes mulighet til å oppnå erstatning kan gjøres før EØS-retten vil gripe inn. Erstatningsreglene inngår i et helhetlig håndhevingssystem, som samlet sett må legges til rette for etterlevelse av anskaffelsesreglene, slik at ny lov om offentlige anskaffelser vil fylle de formål som lovgiver velger å angi for reglene. Dersom utvalgets forslag om endringer i håndhevingssystemet følges opp av departementet og lovgiver foreslår et samlet utvalg et hovedgrep knyttet til leverandørenes tapsbegrensningsplikt.

Et hovedgrep i utvalgets forslag er at leverandørenes tapsbegrensningsplikt presiseres slik at muligheten til å kreve erstatning bortfaller dersom leverandøren kunne og burde ha forsøkt å avverge tapet gjennom en klage til KOFA forut for kontraktsinngåelsen. Slik utvalget ser det, vil dette ta bort behovet for etterfølgende erstatningssøksmål i de fleste tilfeller. Dersom leverandøren har rett i at oppdragsgiver har trådt feil, kan feilen rettes opp før kontrakt er inngått. Dersom KOFA konkluderer med at det ikke foreligger noe brudd på regelverket, kan oppdragsgiver inngå kontrakt i nær visshet om at det ikke vil være grunnlag for noe etterfølgende erstatningskrav fra en leverandør som mener seg forbigått.⁸⁷ Erstatningskrav vil derfor først og fremst være aktuelle i tilfeller hvor kontrakt er inngått uten at det var praktisk mulig å klage til KOFA, eller tilfeller hvor kontrakt er inngått før KOFA har rukket å avgjøre klagen (for eksempel i tilfeller hvor KOFA mener det ikke er grunnlag for å suspendere retten til å inngå kontrakt).

Utvalgets flertall foreslår i tillegg et andre hovedgrep knyttet til erstatningsutmålingen for fortjenestetap, dersom departementet og lovgiver følger opp utvalgets forslag til nytt håndhevingssystem. Dette innebærer at utvalgets flertall mener at det må legges større vekt på leverandørenes tapsbegrensningsplikt og ta større hensyn til den usikkerheten som normalt knyttet seg til om leverandøren ville realisert det forventede dek-

⁸⁶ Rt-2001-1062 *Nucleus* side 1077 og 1078

⁸⁷ Utvalget vil riktignok ikke foreslå at KOFA's vurdering binder domstolene i en eventuell erstatningssak, men under normale omstendigheter er det vanskelig å se for seg at domstolene skal komme til at oppdragsgiver har begått et kvalifisert brudd på regelverket i tilfeller hvor KOFA ikke mener det foreligger noe brudd overhodet, jf. nærmere i kapittel 34.7.3 nedenfor.

⁸⁵ Statistikken er innhentet av Advokatfirmaet Haavind på oppdrag for utvalget

ningsbidraget (spart prosjektrisiko, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse), se nærmere i kapittel 34.7.7.

For øvrig foreslår et samlet utvalg en presisering av årsakskravet i tilfeller hvor det kreves erstatning for tilbudskostnader, som kombinerer den løsningen som i dag følger av norsk rett og den særegne tilnærmingen som følger av håndhevingsdirektivet for forsyningssektoren artikkel 2 nr. 7.

34.7.2 Relevante tap

Helt siden Høyesteretts dom i Rt. 2001 side 1062 *Nucleus* har det vært klart at erstatningsansvaret ved brudd på anskaffelsesregelverket ikke er begrenset til tilbudskostnader (negativ kontrakt-sinteresse), men også inkluderer fortjenestetap (positiv kontraktsinteresse). Utvalget har mottatt innspill fra oppdragsgiversiden om at muligheten til å få erstatning for tapt fortjeneste, helt eller delvis bør stenges. Som redegjort for i kapittel 34.2 ovenfor, er imidlertid utvalgets syn at det er EØS-rettslig påkrevd med erstatningsrettslig vern også av fortjenestetap, jf. blant annet EFTA-domstolens uttalelser om dette i sak E-7/18 *Fosen-Linjen II*.⁸⁸

Et mer uavklart spørsmål, er om hensynet til håndhevingsdirektivenes effektivitet tilsier at det i prinsippet også må være mulig å kreve erstatning for tapet av en reell sjanse til å vinne en kontrakt. Dette spørsmålet står som nevnt i kapittel 34.2 for EU-domstolen i sak C-547/22 *Ingsteel*, hvor generaladvokaten har tatt til orde for at det vil være i strid med effektivitetsprinsippet å utelukke muligheten for sjansetapserstatning. Generaladvokaten omtaler erstatning for sjansetap og erstatning for fortjenestetap som to ulike konsepter, men mener samtidig at det er opp til nasjonal rett å fastsette blant annet de beviskrav som skal gjelde.⁸⁹ Der-som beviskravet for sjansetapet settes så høyt at det bare oppfylles av en leverandør som også kan påvise med klar sannsynlighetsovervekt at han ville vunnet kontrakten om alt hadde gått riktig for seg, vil dette innebære at en eventuell anerkjennelse av sjansetapserstatning blir uten praktisk betydning i norsk rett.⁹⁰ Det foreligger praksis fra EU-domstolen knyttet til EU-institusjonenes egne anskaffelser, som tilsier at beviskravet kan settes

så høyt uten å komme i konflikt med prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse.⁹¹ ⁹² EU-domstolens dom i *Ingsteel* er forventet i nær fremtid, og utvalget har derfor ikke funnet det hensiktsmessig å drøfte hvordan et eventuelt krav om erstatningsrettslig vern av sjansen til å vinne en kontrakt bør gjennomføres i norsk rett.

Uavhengig av EØS-rettens krav på dette punkt, vil imidlertid utvalget vise til at i svensk rett kan det tilkjennes erstatning for sjansetap ved ulovlige direkteanskaffelser, hvis leverandøren kan sannsynliggjøre at leverandøren ville inngitt tilbud og hatt en realistisk mulighet for å bli tildelt kontrakt om anskaffelsen hadde vært kunn-gjort.⁹³ Utvalget har ikke hatt anledning til å drøfte om dette er en løsning som også bør vurderes innført i norsk rett, men vil oppfordre departementet til å inkludere dette i vurderingen av sjansetap mer generelt når EU-domstolens dom i *Ingsteel* foreligger.

34.7.3 Ansvarsgrunnlaget

Etter Høyesteretts dom i HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* er det avklart at ansvarsgrunnlaget for erstatning for så vel tilbudskostnader som tapt fortjeneste er harmonisert med EU/EØS-normen «tilstrekkelig kvalifisert brudd». Utvalget ser i utgangspunktet ikke grunn til å foreslå noen endring av dette. Som nevnt i kapittel 34.5 ser heller ikke utvalget grunn til å gå nærmere inn på hva som etter omstendighetene skal til før et brudd på anskaffelsesregelverket må anses som «tilstrekkelig kvalifisert». Utvalget vil ikke anbefale at ansvarsgrunnlaget konkretiseres i loven ut over at bruddet må være nettopp kvalifisert. Den videre utvikling av denne normen bør overlates til rettspraksis og rettsvitenskapen.

Som en følge av utvalgets forslag om å gjøre KOFA til et håndhevingsorgan i EØS-rettslig forstand, og legge bedre til rette for prøving i KOFA før kontrakt inngås, ser imidlertid utvalget grunn til å knytte noen bemerkninger til tilfeller hvor en leverandør fremmer et erstatningskrav mot oppdragsgiver etter å ha lidt nederlag i KOFA. Som redegjort for i kapittel 21.3 mener utvalget at erstatningskrav fortsatt bør fremmes for de ordinære domstolene, og på samme vis som i Sverige mener utvalget at domstolene må stå fritt i sin vurdering av om det foreligger et brudd på regelverket eller ikke.⁹⁴ Det kan derfor tenkes tilfeller

⁸⁸ E-7/18 *Fosen II* avsnitt 116

⁸⁹ Generaladvokatens uttalelse i C-547/22 *Ingsteel* avsnitt 43

⁹⁰ Så lenge man ikke strammer inn beviskravet for fortjenestetapet ytterligere, noe utvalget ikke vil anbefale, jf. kapittel 34.7.4 nedenfor.

⁹¹ C-376/16 P *EU IPO*

⁹² T-849/19 *Lenardo SpA*

⁹³ Se kapittel 34.4

hvor tingretten, etter umiddelbar bevisførsel, kommer til at det foreligger et brudd på regelverket, selv om KOFA tidligere har konkludert motsatt. Dersom grunnlaget er ulik forståelse av faktum, er dette en risiko oppdragsgiver må leve med (og som også finnes i dag). Dersom tingrettens vurdering av at det foreligger et brudd skyldes et annet syn på tolkningen av regelverket og/eller den konkrete rettsanvendelsen (subsumsjonen), må derimot oppdragsgiver etter utvalgets syn normalt høres med at et eventuelt brudd i alle tilfeller ikke kan være tilstrekkelig kvalifisert til å utløse erstatningsansvar. Dersom prøvingen i KOFA har funnet sted før kontrakten ble inngått, vil KOFA standpunkt inngå i oppdragsgivers vurdering ved kontraktsinngåelsen av at regelverket er overholdt og normalt måtte lede til at en eventuell rettsvillfarelse i alle tilfeller er unnskyldelig. I saker knyttet til statlig erstatningsansvar for brudd på EU/EØS-retten har både EU-domstolen og EFTA-domstolen anerkjent om en eventuell rettsvillfarelse er unnskyldelig eller ikke, som et av momentene i vurderingen av om et brudd kan karakteriseres som «tilstrekkelig kvalifisert».⁹⁵

På ett punkt vil utvalget ta til orde for at det gjøres unntak for vilkåret om et tilstrekkelig kvalifisert brudd for å utløse erstatningsansvar. Som påpekt i kapittel 34.3 er utvalgets syn at håndhevingsdirektivet for forsyningssektoren artikkel 2 nr. 7 krever at ethvert brudd på bestemmelser i forsyningsdirektivet utløser erstatningsansvar for tilbudskostnader overfor en leverandør som kan påvise at bruddet har redusert en realistisk mulighet til å vinne kontrakten. Denne tilnærmingen skiller seg fra gjeldende norsk rett i to ulike retninger: ansvarsgrunnlaget er mer leverandørvennlig, ettersom det ikke kreves at oppdragsgivers brudd på regelverket er kvalifisert, men samtidig er årsaksvilkåret mer oppdragsgivervennlig, ettersom det bare gis erstatning til leverandører som hadde en realistisk mulighet til å vinne kontrakten.

Etter utvalgets syn kan og bør disse to tilnærminger kombineres. En leverandør som kan påvise at bruddet har redusert en realistisk mulighet til å vinne kontrakten, bør kunne kreve tilbudskostnadene erstattet selv om bruddet ikke er kvalifisert, samtidig som andre leverandører fremdeles bør kunne kreve tilbudskostnadene erstattet så fremt bruddet er kvalifisert og det er sannsyn-

liggjort at de ikke ville deltatt i konkurransen om de hadde visst om det fremtidige bruddet. Utvalget mener det er rimelig at en leverandør som blir fratatt en reell mulighet til å vinne kontrakten, står sterkere erstatningsrettslig enn en leverandør som uansett ikke ville fått noen avkastning på de investerte tilbudskostnadene. Et krav om erstatning for tilbudskostnader i et slikt tilfelle, vil kunne supplere et krav om erstatning for tapt fortjeneste, og kunne sikre leverandøren i hvert fall en viss erstatning dersom leverandøren ikke lykkes med å påvise at bruddet er kvalifisert, eller at leverandøren med klar sannsynlighetsovervekt ville vunnet kontrakten.

Utvalget er mer usikker på om det er rimelig å videreføre en rettstilstand hvor leverandører uten reell mulighet til å vinne kontrakten, likevel kan få erstattet tilbudskostnadene dersom oppdragsgiver har gjort seg skyld i et kvalifisert brudd på regelverket. Det er ikke EØS-rettslig påkrevd å videreføre denne løsningen. Samtidig kan regelen ha en funksjon i tilfeller hvor det er usikkert om leverandører gikk glipp av en reell mulighet til å vinne kontrakten, og den vil også kunne ha en viss preventiv effekt. Utvalget er derfor blitt stående ved at den bør videreføres og dermed gjelde i kombinasjon med den nye tilnærmingen.

En retts teknisk fordel ved utvalgets kombinasjon av tilnærmingen i håndhevingsdirektivet for forsyningssektoren artikkel 2 nr. 7 og de gjeldende norske reglene om erstatning for tilbudskostnader, er at det ikke er behov for en særskilt gjennomføring av artikkel 2 nr. 7 i ny lov om forsyningsanskaffelser.

34.7.4 Årsaksvilkåret

Helt siden Høyesteretts dom i Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus* har det vært klart at årsaksvilkåret ved krav om erstatning for fortjenestetap er at leverandøren ville fått kontrakten om alt hadde gått riktig for seg, og at beviskravet er at det foreligger klar sannsynlighet for dette. I sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* bekreftet EFTA-domstolen at dette beviskravet er i overensstemmelse med effektivitetsprinsippet.⁹⁶

Med utgangspunkt i EU-domstolens beviskrav i erstatningssaker knyttet til EU-institusjonenes egne anskaffelser, er det grunn til å anta at det er mulig å skjerpe beviskravet for fortjenestetap ytterligere uten å støte an mot effektivitetsprinsippet. EU-domstolen opererer med et svært høyt beviskrav, formulert som et krav til «conclusive

⁹⁴ Se kapittel 20.3.

⁹⁵ Halvard Haukeland Fredriksen – Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen 2013 side 300 følgende

⁹⁶ E-16/16 *Fosen I* avsnitt 92

proof» på engelsk, «avgørende beviser» på dansk og «övertygande bevisning» på svensk.⁹⁷ Så langt utvalget er kjent med, finnes det *ingen* eksempler på at en leverandør har lyktes med å overbevise EU-domstolen om at det er tilstrekkelig sikkert at den ville vunnet kontrakten dersom alt hadde gått rett for seg. Utvalget kjenner bare til ett tilfelle fra første instans hvor en leverandør har fått erstattet deler av et fortjenestetap under merkelappen sjansetapserstatning.⁹⁸

Utvalgets syn er imidlertid at den interesseavveining som Høyesterett foretok i Rt. 2001 side 1062 *Nucleus*, og som ledet til at beviskravet for årsakssammenhengen ble satt til «klar sannsynlighet», fremdeles står seg. Som påpekt i kapittel 34.7.1 mener utvalget at spørsmålet om innretningen av erstatningsreglene ikke bør reduseres til et spørsmål om hvor begrenset leverandørenes mulighet til å oppnå erstatning kan gjøres før EØS-retten vil gripe inn. Erstatningsreglene inngår i et helhetlig håndhevingssystem, som samlet sett må legges til rette for etterlevelse av anskaffelsesreglene, slik at ny lov om offentlige anskaffelser vil fylle de formål som lovgiver velger å angi for reglene. Dersom oppdragsgiver har gjort seg skyldig i et kvalifisert brudd på regelverket og det er klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville fått kontrakten om alt hadde gått rett for seg, så mener utvalget det er riktig at leverandøren kan få erstattet den fortjenesten man har gått glipp av – så lenge leverandøren samtidig har overholdt sin tapsbegrensningsplikt, jf. nærmere i kapittel 34.7.6 nedenfor.

Det skjerpede beviskravet for årsakssammenhengen fører til at spørsmålet om det også gjelder for hypotetiske hendelsesforløp som ifølge oppdragsgiver tilsier at leverandøren uansett ikke ville fått kontrakten, blir langt viktigere enn det er i saker hvor beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁹⁹ Praktiske eksempler kan være en oppdragsgiver som hevder at dersom man hadde vært oppmerksom på at det ikke var anledning til å tildele kontrakten til valgte leverandør, så kunne og ville hele konkurransen blitt avlyst og at man deretter ville lagt hele anskaffelsen på is, foretrukket egenregi eller lyst ut en ny konkurranse med større eller mindre endringer i konkurranse-

grunnlaget. Høyesteretts dom i Rt. 2007 side 983 *SB Transport* tilsier at det skjerpede beviskravet gjelder også her, og at det også her er leverandøren som har bevisbyrden.¹⁰⁰ I den konkrete saken betød dette at det var leverandøren som måtte bevise med klar sannsynlighetsovervekt at oppdragsgiver *ikke* ville valgt egenregi.¹⁰¹ Som redegjort for ovenfor i kapittel 34.4.1 er dette en annen, og mer oppdragsgivervennlig, løsning enn den som er lagt til grunn i dansk rett, hvor beviskravet senkes og bevisbyrden legges på oppdragsgiver for slike hypotetiske hendelsesforløp.^{102 103}

Slik utvalget ser det, inngår imidlertid Høyesteretts tilnærming her i den overordnede interesseavveiningen som Høyesterett foretok i Rt. 2001 side 1062 *Nucleus*, og som utvalget mener fremdeles står seg. Utvalget kan ikke se at en videreføring av denne rettsstilstanden er problematisk i lys av det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet.¹⁰⁴ EFTA-domstolens uttalelser i sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* gjaldt oppdragsgivers plikt til å påvise lovligheten av en avlysning som faktisk hadde skjedd, og det er et annet spørsmål enn hvem som har bevisbyrden for hypotetiske hendelsesforløp. Utvalget er imidlertid kjent med at praksis i underinstansene ikke er entydige på dette punkt, og vil oppfordre departementet til å klargjøre beviskrav og bevisbyrde for årsaksvilkåret i proposisjonen til ny anskaffelseslov.

Når det gjelder årsaksvilkåret for krav om erstatning for tilbudskostnader, viser utvalget til vurderingene avslutningsvis i kapittel 34.7.3. Spørsmålet om hvordan årsaksvilkåret stiller seg i tilfeller hvor en leverandør velger å inngi tilbud til tross for at leverandøren ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunnlaget, omtales i kapittel 34.7.6 om leverandørenes tapsbegrensningsplikt.

34.7.5 Erstatningsrettslig vern

Selv om det skulle være klar sannsynlighetsovervekt for at en leverandør rent faktisk ville vunnet kontrakten om det ikke var for den påtalte feilen, så vil det anførte fortjenestetapet først ha erstat-

¹⁰⁰ Ibid. side 175 og 176

¹⁰¹ Rt-2007-983 *SB Transport*. Høyesteretts flertall kom til at oppdragsgiver ikke hadde anledning til å avlyse og velge egenregi, og da kom ikke spørsmålet om oppdragsgiver faktisk ville valgt egenregi på spissen.

¹⁰² Se mer om dette i kapittel 34.4.1

¹⁰³ Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg – Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker 2018 side 161

¹⁰⁴ Ibid. side 191 til 193

⁹⁷ C-677/15 *EUIPO v European Dynamics Luxembourg and Others* avsnitt 100

⁹⁸ T-199/14 *Vanbreda Denne* dommen ble avsagt før EU-domstolen strammet inn årsaksvilkåret for sjansetapserstatning i sak C-677/15

⁹⁹ Se utførlig om dette i Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg – Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker 2018

ningsrettslig vern dersom den hypotetiske kontraktstildelingen ville vært *lovlig*. I *Fosen-Linjen I* betraktet EFTA-domstolen dette som et spørsmål om årsakssammenheng, og uttalte at årsaksvilkåret ikke var oppfylt dersom det forelå en feil som utløste avlysningsplikt, fordi det da ville ha vært et brudd på EØS-regelverket å inngå en kontrakt med den forbigåtte leverandøren.¹⁰⁵ Som påpekt av Høyesterett i HR-2023-206-A *Perpetuum* er det imidlertid mer naturlig å betrakte dette som et separat spørsmål om erstatningsrettslig vern, noe EØS-retten ikke er til hinder for.¹⁰⁶

En forutsetning for at en leverandørs krav om fortjenestetap skal ha erstatningsrettslig vern, er at det ikke hefter feil ved leverandørens eget tilbud som innebærer at det ville vært rettsstridig å tildele kontrakten til vedkommende.¹⁰⁷ Dersom leverandørens eget tilbud lider av feil som innebærer at kontrakten ikke kunne vært tildelt vedkommende uten at oppdragsgiver hadde gjort seg skyld i et (nytt) brudd på anskaffelsesregelverket, kan ikke leverandøren ha krav på erstatning for fortjenestetap. Det samme må gjelde dersom leverandøren ikke fyller kvalifikasjonskravene som er stilt, eller av andre grunner skulle vært avvist fra konkurransen.¹⁰⁸ Om feilen ved leverandørens tilbud opprinnelig ble oversett av oppdragsgiver, er her uten betydning. Om det forelå feil ved leverandørens eget tilbud er i utgangspunktet et rent rettslig tolkings- og vurderingstema, men det kan likevel være grunn for departementet til å avklare hvilke beviskrav som skal gjelde i tilfeller hvor det må tas stilling til usikre faktiske forhold for å kunne vurdere lovligheten av tilbudet.

Forutsetningen om at det ikke hefter feil ved leverandørens eget tilbud som innebærer at det ville vært rettsstridig å tildele kontrakten til vedkommende, vil måtte avskjære også et krav på erstatning for tilbudskostnader. Det er ingen grunn til at en leverandør skal kunne kreve tilbudskostnadene erstattet av oppdragsgiver i et tilfelle

hvor leverandøren selv har gjort feil som gjør at tilbudet uansett ikke kunne føre frem.¹⁰⁹

Spørsmålet om erstatningsrettslig vern er vanskeligere dersom det er *oppdragsgiver* som har gjort feil som medfører at kontrakten ikke lovlig kunne vært tildelt saksøker. Med Høyesteretts dom i HR-2023-206-A *Perpetuum* må det imidlertid anses avklart at en leverandør ikke kan kreve erstatning for fortjenestetap i et tilfelle hvor kontrakten ikke lovlig kunne ha vært inngått basert på den utlysningen som faktisk forelå.¹¹⁰ At EØS-retten gir anledning til å operere med et slikt krav til erstatningsrettslig vern, følger klart av EFTA-domstolens uttalelse i *Fosen-Linjen I*, hvor det også ble presisert at det var uten betydning om feilen som utløste avlysningsplikt ble påberopt av oppdragsgiver tidlig i prosedyren eller på et senere stadium.¹¹¹ Om det foreligger feil ved anskaffelsesdokumentene som utløser avlysningsplikt, er i utgangspunktet et rent rettslig tolkings- og vurderingstema. Også her kan det likevel være grunn for departementet til å avklare hvilke beviskrav som skal gjelde i tilfeller hvor det må tas stilling til usikre faktiske forhold for å kunne vurdere om det foreligger avlysningsplikt.

Dersom oppdragsgivers feil ikke er knyttet til anskaffelsesdokumentene, men selve gjennomføringen av konkurransen, mener derimot utvalget at en leverandør som selv har inngitt et feilfritt tilbud og som kan føre bevis for at man med klar sannsynlighetsovervekt ville vunnet kontrakten, må ha krav på erstatning selv om oppdragsgiver begår feil som utløser avlysningsplikt.¹¹²

For krav om erstatning for tilbudskostnader, kan oppdragsgiver ikke høres med at det foreligger andre feil som tilsier at konkurransen uansett skulle vært avlyst, jf. EU-domstolens dom i sak C-315/01 *GAT*.¹¹³ Dersom det er snakk om feil som leverandøren så – eller må ha sett – før tilbudet ble utformet og inngitt, vil imidlertid dette kunne føre til at årsaksvilkåret ikke kan anses oppfylt, eller at et krav om erstatning for tilbudskostnadene må avskjæres ut fra medvirkningsbetraktninger, jf. kapittel 34.7.6 nedenfor.

¹⁰⁵ E-16/16 Fosen I avsnitt 107

¹⁰⁶ Så lenge resultatene man kommer frem til samsvarer med EU/EØS-rettens krav til nasjonal rett, legger ikke EU/EØS-retten seg opp i systematikken i den nasjonale erstatningsretten.

¹⁰⁷ Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg – Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker 2018 side 195 til 200, med videre henvisninger til rettspraksis

¹⁰⁸ Dersom leverandøren kunne, men ikke skulle, vært avvist, må det vurderes om det er klar sannsynlighetsovervekt for at oppdragsgiver ikke ville benyttet denne muligheten, jf. kapittel 34.7.4 om årsaksvilkåret.

¹⁰⁹ Merk at C-315/01 *GAT* som omtales nærmere nedenfor, handlet om et tilfelle hvor det var oppdragsgiver som hadde gjort flere feil enn den som leverandøren hadde anført.

¹¹⁰ Ibid. avsnitt 62.

¹¹¹ E-16/16 Fosen I avsnitt 46

¹¹² Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg – Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker 2018 side 202

¹¹³ E-16/16 Fosen I avsnitt 102

34.7.6 Medvirkning og tapsbegrensningsplikt

I HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* uttalte Høyesterett at en leverandør som velger å inngi tilbud til tross for at han ser – eller må ha sett – at det er feil i konkurransegrunnlaget, normalt ikke vil kunne påvise årsakssammenheng mellom feilen og tilbudskostnadene.¹¹⁴ Høyesterett påpekte samtidig at denne tilnærmingen alternativt kan forankres i medvirkningsbetraktninger.

Samtidig viser Høyesteretts vurdering i *Fosen-Linjen* at det må gjøres unntak fra dette utgangspunktet for tilfeller hvor leverandøren har gjort oppdragsgiver oppmerksom på den aktuelle feilen, uten at dette har fått oppdragsgiver til å avlyse konkurransen.¹¹⁵ En leverandør som i et slikt tilfelle gjør oppdragsgiver oppmerksom på feilen, har gjort det som må kunne forventes av vedkommende for å beholde sitt erstatningsrettslige vern av tilbudskostnadene.

De forventninger til leverandørenes aktivitet som Høyesterett gav uttrykk for i *Fosen-Linjen*, bør etter utvalgets syn gjelde også senere i prosessen frem mot kontraktstildelingen. En leverandør som ser – eller må ha sett – at oppdragsgiver begår en feil, kan ikke bygge et etterfølgende erstatningskrav på denne feilen om leverandøren ikke har gjort oppdragsgiver oppmerksom på den ved første anledning.

Et vanskeligere spørsmål er imidlertid hvilke ytterligere tiltak som med rimelighet kan forventes av en leverandør dersom oppdragsgiver ikke er enig i at det er begått en feil, og derfor fortsetter prosessen uten å rette opp feilen.

Basert på EU-domstolens tilnærming i andre erstatningssaker, må det kunne legges til grunn at nasjonal rett kan avskjære krav på erstatning dersom leverandøren ikke har forsøkt å forhindre tapet gjennom bruk av de klage- og søksmålsmuligheter som står til rådighet.¹¹⁶

Utvalget har fått innspill fra referansegruppen om å se på muligheten for å innføre en plikt for leverandørene til å begjære midlertidig forføyning hvis de mener seg urettmessig forbigått, slik at de ellers mister retten til å ta ut erstatningssøksmål med krav om positiv kontraktsinteresse.

Dersom utgangspunktet tas i gjeldende rett, vil utvalget ikke ta til orde for at tapsbegrens-

ningsplikten strekkes til en forventning om å stanse kontraktsinngåelsen gjennom en begjæring om midlertidig forføyning. Kostnadene knyttet til en slik begjæring er for høye til at utvalget mener det er rimelig å oppstille et slikt krav, i hvert fall ikke for noe annet enn store kontrakter. Dette gjelder særlig så lenge det ikke er avklart at et motkrav fra oppdragsgiver med hjemmel i tviseloven § 32-11 er utelukket.¹¹⁷ Utvalget viser til at det fra lagmannsrettene finnes minst en dom som uttrykkelig avviser at tapsbegrensningsplikten kan strekkes så langt som til å kreve at leverandøren har begjært en midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelsen.¹¹⁸ Utvalget har også merket seg at Høyesterett i Storbritannia har vurdert dette på samme måte.¹¹⁹

Utvalget har samtidig merket seg at løsningen er en annen i Sverige, hvor en klar forventning til bruk av tilgjengelige klagemuligheter både bidrar til å styrke håndhevingen før kontrakt er inngått og til å redusere så vel behovet som risikoen for etterfølgende erstatningssøksmål.¹²⁰ Med utvalgets forslag om reelt tilgjengelige muligheter for prekontraktuell håndheving i KOFA, også for små og mellomstore leverandører, vil forholdene ligge til rette for å følge samme tilnærming som i svensk rett.

De vanligste feilene som påberopes som grunnlag for krav om erstatning for fortjenestetap, er feilaktig eller manglende avvisning, usaklig avlysning eller feil knyttet til selve tilbudsevalueringen. For alle disse vil det med utvalgets forslag måtte forventes at bruddet klages inn til KOFA senest i løpet av karensperioden.

34.7.7 Utmåling

Med tanke på utmålingen av erstatning for fortjenestetap, har utvalget merket seg at norsk utmålingspraksis fremstår som mer leverandørvennlig enn praksis fra Danmark og Sverige.¹²¹ Dette er basert på erstatningsbeløpene som tilkjennes i de ulike landene, og den omtalen av utvalgte avgjørelser fra danske og svenske domstoler som er inntatt i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*. Utvalget vil samtidig understreke at utvalget ikke har foretatt

¹¹⁴ Ibid. avsnitt 135

¹¹⁵ Ibid. avsnitt 136

¹¹⁶ Halvard Haukeland Fredriksen – Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen 2013 side 465 følgende og 514 følgende

¹¹⁷ Se kapittel 29.6.4

¹¹⁸ LE-2022-19926

¹¹⁹ Nuclear Decommissioning Authority v EneregySolutions EU Ltd [2017] UKSC 34 avsnitt 34 følgende

¹²⁰ Se kapittel 34.4.2

¹²¹ Kapittel 34.6.4

en inngående komparativ analyse av utmålingspraksis i disse landene.

Selv om utgangspunktet, både etter norsk rett og EU/EØS-retten, er at en leverandør som er påført et tap som følge av et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket, skal ha full erstatning, så er det i utgangspunktet opp til nasjonal rett å avgjøre hvilke beviskrav som skal gjelde. I saker som gjelder EU-institusjonenes erstatningsansvar har EU-domstolen stilt strenge beviskrav knyttet til påståtte fortjenestetap og deres størrelse.¹²² Det må for eksempel antas å være anledning til å innføre nasjonale bevisregler som skjerper beviskravet for erstatningskrav som forutsetter et svært høyt dekningsbidrag fra den aktuelle kontrakten, dersom det skulle være ønskelig.

Utvalget har fått innspill om at erstatningsutmålingen for positiv kontraktsinteresse bør standardiseres, for eksempel basert på leverandørens dokumenterte gjennomsnittlige overskudd fra virksomheten i et visst antall år eller gjennomsnittlig driftsmargin i den aktuelle bransje. Det har også vært foreslått å innføre et øvre tak på utmålingen, for eksempel som maksimalt dekningsbidrag fra den aktuelle kontrakten (i prosent), som et gitt antall prosent av kontraktsverdien eller i form av en øvre beløpsgrense.

Utvalget har delt seg i tre fraksjoner i vurderingen av disse spørsmålene.

Et flertall bestående av *Fredriksen, Arve, Greaker og Gresseth* har merket seg at norsk utmålingspraksis fremstår som mer leverandørvennlig enn praksis fra Danmark og Sverige, uten at det synes å være gode grunner for dette. Flertallet vil derfor ta til orde for at lovgiver legger føringer for utmålingen av fortjenestetap som gjør at dansk og svensk praksis anses som relevante kilder som norske domstoler bør se hen til.

Det bør i erstatningsutmålingen for fortjenestetap tas større hensyn til den usikkerheten som normalt knyttet seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget (spart prosjektrisiko, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse).

Utvalget er kjent med lagmannsrettspraksis hvor det er avvist at risikopåslaget i den forbigåtte leverandørens kalkyle skal løftes ut ved fastsettelsen av tapet.^{123 124} Dette er en praksis som etter flertallets syn bør endres.

I erstatningsutmålingen bør det også legges vekt på om leverandøren har godtgjort at tapet ikke kunne unngås eller reduseres gjennom å påta seg andre oppdrag.¹²⁵ En gjennomgang av rettspraksis viser at betydningen av at en forbigått leverandør har gjennomført andre kontrakter i den perioden som den omtvistede kontrakten skulle vært gjennomført på, sjelden drøftes ved utmålingen av erstatningen for den positive kontraktsinteressen.¹²⁶ Dette bør endres.

Flertallet vil imidlertid ikke anbefale at det innføres ulike varianter av *tak* på utmålingen, verken i form av maksimalt dekningsbidrag fra den aktuelle kontrakten (i prosent), som et gitt antall prosent av kontraktsverdien eller i form av en øvre beløpsgrense. Etter flertallets syn vil en slik regulering støte an mot prinsippet om at en leverandør som er påført et tap som følge av et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket, skal ha full erstatning for sitt dokumenterte tap.

Flertallet har vurdert om det er tilstrekkelig at justeringen av utmålingspraksis forankres i forarbeidene til den nye loven, men er kommet til at det bør slås fast i selve loven at det ved utmåling av erstatning for tapt fortjeneste skal tas hensyn til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren ville oppnådd det forventede dekningsbidraget og om leverandøren vil lykkes med å begrense tapet gjennom andre oppdrag.

Utvalgsmedlemmene *Breiland og Dankertsen Hennyng* slutter seg til flertallets syn om at domstolene ved utmålingen av erstatningen bør legge seg på samme linje som danske og svenske domstoler og at utmålingen reguleres i lovbestemmelsen. Erstatningsutmålingsspørsmålet fordrer vanskelige vurderinger, herunder er det vanskelig å overprøve leverandørenes kalkyler og tapsbegrensningstiltak. Ved utmåling av beløp for positiv kontraktsinteresse i saker hvor lov om offentlige anskaffelser er brutt, mener disse medlemmene at domstolene også må hensynta at det ikke foreligger et brudd på en eksisterende kontrakt, men en forspilt mulighet til å inngå en kontrakt. Det er en vesensforskjell mellom disse to situasjonene. I en situasjon med en brutt kontrakt, har leverandøren innstilt sin virksomhet mot denne kontrakten, og antagelig sagt nei til å delta i andre tilsvarende konkurranser. Derimot, i en situasjon med en mulig kontrakt, vil leverandøren ikke i like stor grad ha innstilt sin virksomhet mot den mulige kontrakten og ikke ha avslått andre

¹²² Halvard Haukeland Fredriksen – Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen 2013 side 511

¹²³ LB-2012-36777

¹²⁴ LB-2017-94201

¹²⁵ Rt-2003-486 Block Watne avsnitt 36

¹²⁶ Gjennomgang foretatt av advokatfirmaet Haavind på oppdrag for utvalget

kontrakter av interesse. Det vil være vanskelig for retten å anslå i hvilken grad en forbigått leverandør har hatt mulighet til å erstatte den tapte kontrakten med andre kontrakter. For å forenkle utmålingen og for å sikre at utmålingen kommer ned til ønsket nivå, mener disse medlemmene at departementet bør vurdere å lovregulere erstatningens størrelse og eventuelt sette et øvre prosentmessig og nominelt tak. Hertil bemerkes at høyeste utbetalte erstatning i Sverige og Danmark er på henholdsvis 2 millioner svenske kroner og 6 millioner danske kroner.

Utvalgsmedlemmene *Gjønnes, Karlstrøm og Tveit* ønsker ikke å endre på utmålingspraksisen i anskaffelsererstatningssaker gjennom ny lovgivning. Selv om erstatningsnivået i enkelte saker synes høyt, skyldes ikke dette etter disse utvalgsmedlemmenes oppfatning at domstolene ikke i tilstrekkelig grad hensyntar de momenter flertallet løfter frem. Disse medlemmene er enige i at fratrekk for alternativ fortjeneste (ressurser som ellers ville blitt utnyttet i kontraktsgjennomføringen brukes i andre prosjekter) og fratrekk for risikopåslag (når man ikke tar på seg det aktuelle oppdraget, tar man heller ikke risikoen) etter omstendighetene kan være relevant. Dette må det være opp til domstolene å vurdere etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, basert på omstendighetene i den enkelte sak. Domstolene praktiserer i dag en allerede streng tilnærming til de momentene som flertallet ønsker å lovfeste vedrørende utmåling, og håndhever beviskravet i utmålingen i henhold til gjeldende rett. Videre oppleves det at norske domstoler har et veldig bevisst forhold til offentlig pengebruk, og at det ikke idømmes beløp som ikke er forsvarlig fundert og begrunnet. Når det gjelder sammenligningen med utmålingspraksis i Danmark og Sverige, mener disse medlemmene at sammenligningsgrunnlaget er for mangelfullt til å trekke noen sikre konklusjoner. Domstolenes utmåling er basert på konkrete bevisvurderinger, og utmålingens størrelse beror på de konkrete faktiske omstendighetene, herunder kontraktens størrelse, samt nasjonale prosessregler.

Disse utvalgsmedlemmene mener det er helt sentralt at erstatningsadgangen ikke blir illusorisk, og at erstatningens størrelse gir tilstrekkelig incentiver til privat håndhevelse av et regelverk som nettopp skal ivareta best mulig offentlig pengebruk. Samtidig er det viktig at erstatningens størrelse i seg selv ikke blir prosessdrivende eller veldig høye til fortrenghet for andre viktige offentlige formål. Det må ses hen til at kostnadene til å få håndhevet brudd på regelverket heller ikke blir

større enn nødvendig, og at det derfor ikke bør legges opp til å komplisere erstatningsreglene, eller bevis-/dokumentasjonskrav i prosessen. I så måte bør det utredes om det vil være anledning innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet å innføre en form for standardisering av erstatningsbeløpet ved brudd på regelverket, for eksempel i form av en presentsats av kontraktens verdi. Dette ville ha senket prosesskostnader, redusert prosessrisiko samt bidratt til god forutsigbarhet for alle parter.

34.7.8 Frist for å fremme søksmål om erstatning

Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig å innføre en særskilt søksmålsfrist for å fremsette krav om erstatning. Etter utvalgets syn bør denne fristen ikke være for lang. Utvalget foreslår derfor at et erstatningssøksmål må bringes inn for de alminnelige domstoler innen ett år etter at leverandøren ble kjent med, eller burde ha kjent, at det er inngått kontrakt.

Som grundig redegjort for av Håndhevingsutvalget kan det også oppstå ulike erstatningsrettslige spørsmål knyttet til ulovlige direkteanskaffelser.¹²⁷ Utvalget foreslår derfor en selvstendig søksmålsfrist knyttet til slike erstatningsaker. Tilsvarende er innført i Sverige.

Dette avviker fra gjeldende rett, hvor søksmålsfristen følger den alminnelige foreldelsesfristen.¹²⁸

34.7.9 Erstatningsansvar i anskaffelser under EØS-terskelverdi

Utvalgets flertall *Arve, Breiland, Tveit, Karlstrøm, Fredriksen, Gresseth, Greaker og Gjønnes* ser ikke behov for særregulering av oppdragsgivers erstatningsansvar for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

For anskaffelser under EØS-terskelverdi som likevel har «klar grensekryssende interesse»,¹²⁹ og derfor omfattes av EØS-avtalens hovedregler om fri bevegelse av varer og tjenester, antar utvalget at kravene til erstatningsrettslig vern er de samme, eller i hvert fall langt på vei de samme, som ved brudd på anskaffelsesdirektivene.

For andre anskaffelser under EØS-terskelverdi er det fullt mulig å innføre særregler som

¹²⁷ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.6.2 og 13.6.3

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 23

utvider eller innskrenker oppdragsgivers erstatningsansvar, og dermed leverandørenes erstatningsrettslige vern. Utvalgets flertall ser imidlertid ikke noe behov for dette. Etter flertallets syn balanserer de ovenfor foreslåtte justeringene av erstatningsvernet hensynet til oppdragsgiver og leverandører, sett hen til samfunnets interesser i privat håndheving av anskaffelsesreglene og i lys av håndhevingssystemet for øvrig. Utvalget kan ikke se at denne avveiningen bør være en annen for anskaffelser under EØS-terskel.

Utvalgsmedlemmene, *Dankertsen Hennyng og Breiland*, mener at departementet bør vurdere om det for anskaffelser under EØS-terskelverdi, bør innføres et skjerpet ansvarsgrunnlag, slik at det bare er forsettlig eller grovt uaktsomme brudd på regelverket som kan lede til erstatningsansvar for fortjenestetap. Disse utvalgsmedlemmene mener at departementet også må vurdere om erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på avlysningsplikt bør avskjæres for anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Boks 34.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å gjennomføre håndhevingsdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 1 bokstav c, og håndhevingsdirektivet for forsyningssektoren artikkel 2 nr. 1 bokstav d og artikkel 2 nr. 7, i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 30-1 og 30-2.
- å presisere i loven at erstatning for tapt fortjeneste forutsetter at leverandøren har forsøkt å avverge eller tapet gjennom bruk av klagemulighetene i § 25-2.
- å regulere frist for å fremme søksmål i ny lov om offentlige anskaffelser § 30-4.

Når det gjelder utmåling foreslår utvalgets flertall:

- å presisere i loven at ved utmåling av erstatning for tapt fortjeneste skal retten blant annet ta hensyn til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren ville oppnådd det forventede dekningsbidraget og vil lykkes med å begrense tapet gjennom andre oppdrag.

Et mindretall:

- slutter seg til flertallets syn om at domstolene ved utmålingen av erstatningen bør legge seg på samme linje som danske og svenske domstoler og at utmålingen reguleres i lovbestemmelsen, med det tillegg at medlemmene mener departementet bør vurdere å lovregulere erstatningens størrelse og eventuelt sette et øvre prosentmessig og nominelt tak.

Et annet mindretall:

- foreslår ikke å endre på utmålingspraksisen i anskaffelsererstatningssaker gjennom ny lovgivning. For å senke prosesskostnader, redusere prosessrisiko samt bidra til god forutsigbarhet for alle parter mener disse medlemmene likevel det bør utredes om det vil være anledning innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet å innføre en form for standardisering av erstatningsbeløpet ved brudd på regelverket, for eksempel i form av en prosentsats av kontraktens verdi.

Kapittel 35

Avlysning

35.1 Innledning

Målet med å gjennomføre en konkurranse etter anskaffelsesreglene er å få dekket et behov hos oppdragsgiver. Når en konkurranse er satt i gang, er hensikten å inngå kontrakt med den leverandøren som leverer det beste tilbudet, vurdert ut fra de krav og kriterier som oppdragsgiver selv har stilt opp. Samtidig kan det skje ting underveis som gjør at oppdragsgiver likevel ikke kan, eller ønsker, å gjennomføre konkurransen frem til kontraktstildeling. Praktiske eksempler kan være endringer av oppdragsgivers behov eller budsjett, at det avdekkes at anskaffelsesdokumentene ikke er utformet på et vis som vil gi oppdragsgiver gode tilbud, at det viser seg at oppdragsgiver har tatt feil av hva leverandørmarkedet kan tilby eller at ingen av de innkomne tilbudene vurderes som gode nok. Det kan også tenkes at det underveis i prosessen avdekkes at det er begått feil som tilsier at konkurransen må avlyses, og oppdragsgiver må begynne på nytt.

Selv om oppdragsgiver må ha anledning til å avlyse en konkurranse i tilfeller hvor det foreligger saklige grunner for dette, er avlysning ikke noe ønskelig utfall for noen. Dette gjelder spesielt for leverandørene som har brukt tid og pådratt seg kostnader ved å inngi tilbud. Også for oppdragsgiver innebærer avlysning ikke-ubetydelig merarbeid og merkostnader, og det kan også utløse behov for midlertidige løsninger i påvente av at ny leverandør kommer på plass. Det er derfor sterkt ønskelig at oppdragsgiver planlegger en anskaffelse på et vis som minimerer risikoen for at det oppstår behov for å avlyse konkurransen. Oppdragsgiver må bruke det handlingsrom som regelverket gir for å rette opp avdekkede svakheter i anskaffelsesdokumentene eller for å rette opp feil som måtte være gjort underveis i anskaffelsesprosessen, slik at konkurransen kan fortsette. Det er også viktig at det legges til rette for at uenighet om det foreligger saklig grunnlag for å avlyse, kan avgjøres hurtig og umiddelbart etter avlysningstidspunktet, slik at urettmessige avlys-

ninger unngås. Slik vil formålet med anskaffelsesregelverket realiseres på best mulig måte.

For leverandørene kan en bekymring være at avlysningsadgangen skal misbrukes av oppdragsgiver for å unngå å inngå kontrakt med en leverandør som oppdragsgiver ikke ønsker, og hvor denne motviljen bygger på grunner som anskaffelsesregelverket ikke anerkjenner. Muligheten for hurtig rettslig prøving av en avlysning, av en uavhengig instans, er derfor viktig. En slik prøvingsadgang er også viktig for leverandørenes tillit til oppdragsgivere og anskaffelsesregelverket mer generelt.

Anskaffelsesregelverket gir ikke opphav til kontraheringsplikt for oppdragsgiver. Selv leverandøren med det beste tilbudet, kan derfor ikke tvinge oppdragsgiver til å inngå en kontrakt dersom oppdragsgiver ikke ønsker det. Av denne grunn er avlysningsspørsmålet tradisjonelt tett knyttet sammen med spørsmålet om erstatning til leverandører som har kastet bort tid og penger på å delta, eventuelt også erstatning for tapt fortjeneste til leverandøren som ville fått kontrakten om det ikke var for avlysningen. Dersom det legges til rette for hurtig rettslig prøving av en avlysning, kan denne koblingen langt på vei brytes, noe utvalget mener vil være en klar forbedring av rettstilstanden. Den foretrukne reaksjonen på en rettsstridig avlysning bør være at avlysningsbeslutningen settes til side, slik at konkurransen fortsetter.

Hovedgrepet i utvalgets forslag til nye avlysningsregler er å legge til rette for at oppdragsgiver og leverandør kan oppnå en rettslig bindende vurdering av om en avlysning er lovlig eller ikke før avlysning endelig trer i kraft, kombinert med en presisering av at leverandører som ikke benytter denne muligheten, er avskåret fra å senere anføre den påståtte ulovlige anskaffelsen som grunnlag for et erstatningskrav. Dernest har det vært sentralt for utvalget å klargjøre rettstilstanden for innholdet i avlysningsregelen, som de siste årene har vært gjenstand for en rekke tvistesaker.

35.2 Gjeldende rett

35.2.1 Anskaffelsesdirektivet

35.2.1.1 Avlysningsrett

Anskaffelsesdirektivet har ingen bestemmelser som uttrykkelig regulerer adgangen til å avlyse konkurranser. Det følger imidlertid av artikkel 55 nr. 1 at oppdragsgiver har plikt til snarest mulig å gi leverandørene en meddelelse med en begrunnelse for hvorfor oppdragsgiver eventuelt har valgt ikke å tildele kontrakt. Det følger dessuten av artikkel 84 nr. 1 bokstav g at oppdragsgiver skal angi grunnene til at kontrakt ikke tildeles i anskaffelsesprotokollen. Dette er et utslag av kravet til gjennomsiktighet, som igjen sikrer kravet til likebehandling av leverandørene.^{1 2} Direktivet forutsetter derfor at en konkurranse kan avsluttes uten at kontrakt inngås, selv om det er taust med hensyn til hvilke situasjoner som kan lede frem til avlysning.

Spørsmål knyttet til å avslutte konkurransen uten å inngå kontrakt har vært tema i flere saker for EU-domstolen. De fleste sakene gjelder 2004-direktivene, men de er fortsatt relevante ettersom tilsvarende bestemmelser er inntatt i de nåværende direktivene. EU-domstolen har avsagt en avgjørelse etter anskaffelsesdirektivet fra 2014, sak C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company*.³ Også EFTA-domstolen har uttalt seg om avlysning i sak E-16/16 *Fosen-Linjen I*.⁴

EU-domstolen har tatt utgangspunkt i at anskaffelsesregelverket ikke pålegger oppdragsgiver noen kontraheringsplikt.⁵ Domstolen har presisert at oppdragsgivers adgang til å avlyse en konkurranse, ikke er begrenset til unntakstilfeller eller må bero på vektige grunner.⁶

Samtidig har EU-domstolen fremholdt at en beslutning om å avlyse en konkurranse må være i samsvar med prinsippene i EU-retten og da særlig prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, jf. blant annet anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1.⁷

Videre er det særlig grunn til å påpeke at en beslutning om å avlyse en konkurranse er omfattet av håndhevingsdirektivene, og derfor må

kunne påklages til en instans som kan annullere avlysningsbeslutningen dersom den skulle vise seg å være rettsstridig.^{8 9 10} I sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* uttalte EFTA-domstolen at oppdragsgiver må begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen, slik at det skal kunne foretas en effektiv rettslig prøving av denne beslutningen.¹¹ Til støtte for dette viste EFTA-domstolen til sak C-92/00 *Hospital Ingenieure* og generaladvokatens uttalelse i sak C-250/07 *Kommisjonen mot Hellas*.¹²

35.2.1.2 Avlysningsplikt

Siden hverken anskaffelsesdirektivene eller håndhevingsdirektivene har regler om avlysning, inneholder de heller ingen bestemmelser om en eventuell plikt til å avlyse. Det følger imidlertid av EU-domstolens praksis at oppdragsgiver i visse tilfeller har en avlysningsplikt. I sak C-448/01 *Wienstrom* slo EU-domstolen fast at bruk av et ulovlig tildelingskriterium leder til avlysningsplikt, og begrunnet dette i at det ikke var mulig å rette opp feilen på annet vis.¹³

EFTA-domstolen uttalte i E-16/16 *Fosen-Linjen I* at «det kan være situasjoner der for eksempel en prosessuell feil bare kan rettes opp på forsvarlig vis ved at anbudskonkurransen avlyses og gjennomføres på nytt, for å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og åpen konkurranse».¹⁴

I praksis fra Underretten er vilkårene for avlysningsplikten presisert i sakene T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* og T-50/05 *Evropaiki Dynamiki II*. Anskaffelsesprosessene i de to sakene var regulert av EU-institusjonenes anskaffelsesregler, og ikke av anskaffelsesdirektivene.¹⁵ Avlysningsplikt forutsetter at den uopprettelige feilen kunne ha virket inn på konkurransens utfall.^{16 17} Underretten har formulert påvirkningskravet til at det må ha vært «en – om end begrenset – mulighet for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet udfalt», eller i den engelske versjonen av avgjørelsen «and if there was

¹ C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 33

² C-244/02 *Kaupatalo Hansel Oy* avsnitt 29 til 33

³ Sak C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company*

⁴ E-16/16 *Fosen I* avsnitt 106 til 109

⁵ Jf. blant annet sak C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 41 og 42

⁶ Jf. blant annet sak C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 31, med videre henvisninger

⁷ Sak C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* avsnitt 31

⁸ Se nærmere redegjørelse i kapittel 23

⁹ C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 48

¹⁰ C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 34

¹¹ E-16/16 *Fosen I* avsnitt 109

¹² Forslag til afgørelse fra generaladvokat Poiares Maduro i sak C-250/07 avsnitt 28

¹³ C-448/01 *EVN AG og Wienstrom GmbH* avsnitt 92 til 95

¹⁴ E-16/16 *Fosen I* avsnitt 106

¹⁵ Forordning (EU, Euratom) 2018/1046

¹⁶ T-345/03 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 147

¹⁷ T-50/05 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 61 følgende

even a small chance that the applicant could have brought about a different outcome to the administrative procedure». I norsk rettspraksis er det, basert på de samme rettskilder, lagt til grunn at det foreligger en avlysningsplikt dersom det påvises at «konkurransen kunne fått et annet utfall om feilen ikke var begått, eller der feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen».^{18 19}

Reelle hensyn taler også for at feil bare kan lede til avlysning dersom den kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. En avlysningsplikt knyttet til feil som ikke kan ha virket inn på utfallet av konkurransen, vil ikke være effektiv bruk av ressurser, verken for oppdragsgiver eller leverandør.

35.2.2 Forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet

Heller ikke forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktdirektivet omtaler adgangen til å avslutte en konkurranse uten å tildele kontrakt, men på samme måte som anskaffelsesdirektivet forutsetter de at en konkurranse kan avsluttes uten å tildele kontrakt, jf. forsyningsdirektivet artikkel 75 nr. 1 og konsesjonskontraktdirektivet artikkel 40 nr. 1. EU-domstolens og EFTA-domstolens rettspraksis om den nærmere adgangen til å avslutte en kontrakt er basert på direktivbestemmelsen og prinsippene i EU/EØS-retten. De nærmere presiseringene fra EU-domstolen og EFTA-domstolen som er gjengitt over, må derfor være gjeldende også for øvrige anskaffelsesdirektiver. Det inkluderer også eksistensen av en avlysningsplikt i tilfeller hvor en uopprettelig feil kan ha virket inn på utfallet av konkurransen.

35.2.3 Anskaffelsesforskriften

35.2.3.1 Avlysningsrett

I norsk rett er det gitt regler om oppdragsgivers rett til å avlyse en konkurranse i anskaffelsesforskriften § 25-4. Av bestemmelsens første ledd følger det at «oppdragsgiveren kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn». Det fremgår av andre ledd at oppdragsgiver «snarest mulig» skal gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avlysningen, sammen med en kort begrunnelse.

Høyesterett har fremholdt at oppdragsgivers rett til å avlyse etter EØS-retten fremstår som

videre enn etter norsk rett, og at EØS-retten derfor ikke legger føringer for forståelsen av forskriftsbestemmelsens krav til saklig avlysningsgrunn.²⁰ Også i Forenklingsutvalgets rapport ble det fremholdt at kravet om saklig grunn i anskaffelsesforskriften (2006) § 13-1 første ledd bygger på intern norsk rett, men samtidig at EU-domstolen har kommet med enkelte uttalelser av betydning for avlysningsspørsmålet, som for eksempel at det ikke er noen kontraheringsplikt og at en avlysningsbeslutning må skje i overensstemmelse med prinsippene i EU-retten.²¹

Det foreligger en rekke avgjørelser fra norske domstoler og KOFA om når det foreligger saklig grunn til å avlyse. Høyesterett uttalte i Rt. 2001 side 473 *Concord* at om det foreligger saklig grunn til avlysning beror på en helhetsvurdering, hvor omstendighetene som ligger til grunn for avlysningen, tidspunktet for avlysningen, og oppdragsgivers formål med avlysningen inngår.²² Dette er også fulgt opp i praksis fra KOFA.^{23 24}

I HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* uttalte Høyesterett at om det foreligger saklig grunn beror på en totalvurdering, hvor både subjektive og objektive elementer er relevante.²⁵ Høyesterett viste til at kravet til saklig grunn må sees i sammenheng med at det ikke foreligger kontraheringsplikt for oppdragsgiver, og at resultatet av en usaklig avlysning derfor bare kan bli erstatningsansvar for oppdragsgiver.²⁶

Videre ble det fremholdt at det ikke vil foreligge saklig grunn dersom oppdragsgiver har illojale hensikter, for eksempel ved å invitere til en konkurranse kun for å teste markedet.²⁷ Høyesterett slo også fast at dersom det foreligger reell rettslig usikkerhet om konkurransen er i tråd med anskaffelsesregelverket, vil det utgjøre saklig grunn for avlysning.²⁸

I *Fosen-Linjen* uttalte Høyesterett seg også om hvorvidt vurderingen av om det foreligger saklig grunn for avlysning bare kan bygge på den begrunnelsen oppdragsgiveren ga på avlysnings-tidspunktet. Høyesterett avviste dette, men la til at det i den konkrete saken var nær tilknytning mel-

¹⁸ LH-2013-195143 Boreal Transport Nord

¹⁹ KOFA-2023-148 Emagine AS avsnitt 33 med videre henvisninger, og LB-2019-85112 Zenitel

²⁰ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 83

²¹ NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser* kapittel 26.1

²² Rt-2001-473 *Concord*

²³ KOFA-2022-545 Bergen kommune avsnitt 29 og 30

²⁴ KOFA-2020-116 Fauske kommune avsnitt 18 til 20

²⁵ HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 86

²⁶ Ibid. avsnitt 82

²⁷ Ibid. avsnitt 86

²⁸ Ibid. avsnitt 88

lom den opprinnelige begrunnelsen og de grunner som oppdragsgiver senere anførte.²⁹

35.2.3.2 Avlysningsplikt

Avlysningsplikt er ikke regulert i anskaffelsesloven eller forskriftene. EU- og EFTA-domstolens praksis knyttet til avlysningsplikt er imidlertid fulgt opp av omfattende retts- og KOFA-praksis. Det er lagt til grunn at avlysningsplikt vil inntreffe dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning.^{30 31 32} KOFA har lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig med en teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen, og at hensynet til en effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier at det må være en «nærliggende faktisk mulighet» for at feilen virket inn på utfallet av konkurransen.³³

35.2.4 Forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften

Avlysningsrett er regulert i forsyningsforskriften § 21-4 og konsesjonskontraktforskriften § 12-4. Ordlyden er likelydende som i anskaffelsesforskriften § 25-4. På samme måte som i anskaffelsesforskriften, er ikke avlysningsplikt regulert i forsynings- eller konsesjonskontraktforskriften. Det er lagt til grunn i retts- og KOFA-praksis at praksis om avlysning etter anskaffelsesforskriften har overføringsverdi for saker etter forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften.^{34 35} Vilåret for avlysningsplikt er dermed at det er begått en feil som kan ha påvirket enten deltakerinteressen eller utfallet av konkurransen, og denne feilen må ikke kunne rettes på annen måte enn ved avlysning av konkurransen, jf. kapittel 35.2.3.2 ovenfor.

35.3 Utvalgets vurdering

35.3.1 Avlysningsrett

35.3.1.1 Innledning

Utvalget mener at ny lov om offentlige anskaffelser, ny lov om forsyningsanskaffelser og ny lov om konsesjonskontrakter alle bør ha en bestemmelse om oppdragsgivers adgang til å avlyse konkurransen. Dette gjelder selv om anskaffelsesdirektivene er tause om dette, og selv om avlysningsadgangen kan hevdes å følge av fraværet av kontraheringsplikt. Utvalget bemerker for ordens skyld at EU-domstolen har slått fast at medlemsstatene kan fastsette nærmere regler om avlysningsadgangen, jf. sak C-440/13 *Croce Amica* og sak C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company*.^{36 37}

Utvalget mener videre at terskelen for å kunne avlyse en kontrakt bør angis på samme måte som i dagens regelverk, altså som et krav til saklig grunn.

Utvalget vil vise til Høyesteretts oppfatning av at avlysningsadgangen etter gjeldende norsk rett fremstår som snevrere enn den som følger av EØS-retten. Utvalget mener det kan diskuteres hvorvidt det reelt sett er nevneverdig forskjell på EØS-retten og nasjonal rett på dette punkt. Etter utvalgets syn er det uansett ikke grunn til å ha en mer snever avlysningsadgang etter norsk rett, enn det EØS-retten krever. Utvalget vil derfor foreslå at kravet til saklig grunn for å kunne avlyse en konkurranse skal forstås, og praktiseres i tråd med EU-domstolens føringer for avlysningsadgangen i EU/EØS-rettslig sammenheng. En avlysning som overholder de anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet bør anses som saklig og derfor rettmessig. Etter utvalgets syn vil dette innebære en forenkling og det vil bidra til et bredere kildegrunnlag for forståelsen av de norske avlysningsreglene. I tillegg vil det redusere risikoen for at de norske reglene over tid utvikles på en måte som kan komme på kant med de EU/EØS-rettslige rammene, eller praktiseres slik i enkeltsaker. Som nevnt i kapittel 35.2.1 følger det av EU-domstolens praksis at det ikke kreves «vektige grunner» for å kunne avlyse en konkurranse. Som eksempler på grunner som kan rettferdiggjøre en avlysning, har domstolen nevnt endringer av økonomiske eller faktiske forhold, endringer av oppdragsgivers behov og mangel på konkurranse om den aktuelle kon-

²⁹ Ibid. avsnitt 102

³⁰ KOFA-2023-148 Emagine AS avsnitt 33

³¹ KOFA-2022-1810 Optimera AS avsnitt 27

³² LB-2019-85112 Zenitel

³³ KOFA-2021-351 Sykehusinnkjøp HF avsnitt 43 med videre henvisninger

³⁴ KOFA-2021-649 Lyse Elnett AS

³⁵ KOFA-2021-1098 Ullensvang kommune

³⁶ C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 35

³⁷ C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* avsnitt 31

trakten.^{38 39} Domstolen har mer overordnet lagt til grunn at avlysning kan begrunnes med at det «af hensyn til den offentlige interesse er hensigtsmæssigt at afslutte en tildelingsprocedure», noe som gir anvisning på et vidt skjønn.⁴⁰

Samtidig har både EU-domstolen og EFTA-domstolen understreket at avlysningsbeslutningen må være i samsvar med de anskaffelsesrettslige prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, og at dette må kunne etterprøves av en instans som kan annullere beslutningen dersom den skulle vise seg å være rettsstridig.⁴¹

Slik utvalget ser det, er kjernen i Høyesteretts utlegning av kravet til saklig grunn for å avlyse i dagens norske regelverk, og EU-domstolens henvisning til prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, at oppdragsgiver ikke skal kunne misbruke avlysningsadgangen for å unngå å tildele kontrakten til en leverandør som oppdragsgiver ikke ønsker, og hvor denne motviljen bygger på grunner som anskaffelsesregelverket ikke anerkjenner. Dersom konkurransen ikke ville blitt avlyst om leverandør A lå an til å vinne kontrakten, vil det som utgangspunkt og meget klare hovedregel være i strid med likebehandlingsprinsippet (og derfor usaklig) om konkurransen avlyses når det viser seg at leverandør B ligger an til å vinne. Gjennomsiktighetsprinsippet støtter her opp under likebehandlingsprinsippet ved å stille krav til en etterprøvable begrunnelse, for slik å redusere risikoen for skinnbegrunnelser av en avlysning som reelt sett skyldes antipatier mot en leverandør.⁴² Også forholdsmessighetsprinsippet støtter opp under likebehandlingsprinsippet ved å avskjære svært små og/eller ubetydelige avlysningsgrunner. Forholdsmessighetsprinsippet har imidlertid også betydning ut over dette som en generell skranke mot avlysninger som fremstår som klart uforholdsmessige overfor leverandørene.

Utvalgets forslag om at kravet til saklig grunn samordnes med EØS-rettens føringer innebærer samtidig at det må sondres mellom spørsmålet om avlysningsbeslutningen isolert sett er rettmessig,

vurdert ut fra forholdene på beslutningstidspunktet, og spørsmålet om oppdragsgiver tidligere i prosessen har begått feil som tilsier at leverandørene kan kreve erstatning for kostnader forbundet med å inngi tilbud, se kapittel 35.3.1.6.

Ut over tilfellene hvor hensynet til offentlige interesser tilsier at en konkurranse må kunne avlyses, har både EU-domstolen og EFTA-domstolen slått fast at det foreligger plikt (og dermed forutsetningsvis også en rett) til å avlyse dersom det avdekkes feil som kan påvirke utfallet av konkurransen og som ikke kan avhjelpes eller rettes på annet vis, jf. kapittel 35.2.3.1. I *Fosen-Linjen* anerkjente Høyesterett også at rettslig usikkerhet om konkurransen er i tråd med anskaffelsesregelverket, som en saklig grunn for avlysning, jf. kapittel 35.2.3.

I den nærmere redegjørelsen for avlysningsadgangen er det etter utvalgets syn grunn til å sonde mellom disse tre typetilfellene nevnt i avsnittet, jf. kapittel 35.3.1.2 til 35.3.1.4. Det er etter utvalgets syn ikke nødvendig å oppstille en tilsvarende regel under EØS-terskelverdi, jf. kapittel 35.3.3. Utvalgets forslag til endringer i overprøvingen av avlysningsbeslutninger følger i kapittel 35.3.1.5, etterfulgt av en vurdering av enkelte erstatningsrettslige spørsmål i kapittel 35.3.1.6.

35.3.1.2 Avlysningsrett av hensyn til offentlige interesser

Det første typetilfellet av avlysningsgrunner, er avlysninger som skyldes det som EU-domstolen har omtalt som offentlige interesser. Sentralt her står oppdragsgiverrelaterte årsaker, slik som endringer av oppdragsgivers behov eller tilgjengelige økonomiske ressurser. I samme kategori faller tilfeller hvor oppdragsgiver underveis i konkurranse gjennomføringen blir oppmerksom på at konkurransen er innrettet på en måte som gjør at man ikke får det man har behov for, eller at konkurransen ikke vil lede til at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet blir valgt.⁴³

Saklige grunner for å avlyse en konkurranse trenger imidlertid ikke være knyttet direkte til oppdragsgiver, det kan også være knyttet til andre offentlige interesser. Med tilveksten av ulike samfunnshensyn som lovgiver som pålegger offentlige oppdragsgivere å ta hensyn til, og som EU/EØS-retten anerkjenner, øker faren for at det underveis i en konkurranse avdekkes svakheter ved de krav og kriterier som er stilt opp i konkur-

³⁸ C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 33

³⁹ C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* avsnitt 31

⁴⁰ C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 33

⁴¹ Jf. kapittel 35.2.1.1 ovenfor

⁴² Jf. EU-domstolens generelle utlegning av gjennomsiktighetsprinsippet bl.a. i sak C-469/99 *Succhi di Frutta* avsnitt 111: «[p]rinsippet om gennemsiktighet, der følger af [prinsippet om likebehandling af de bydende], har i det væsentlige til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side»

⁴³ Se til illustrasjon klagenemndas avgjørelse i sak KOFA-2021-1374 Rogaland fylkeskommune

ransen. Dersom det eksempelvis viser seg at de klima- og miljøkrav som oppdragsgiver har stilt, ikke er hensiktsmessige for å oppnå reell effekt, må dette kunne gi saklig grunnlag for å avlyse og begynne på nytt med skjerpede krav, uavhengig av om dette har betydning for oppdragsgivers behovsdekning i snever forstand. Et annet eksempel kan være en konkurranse hvor det viser seg at et forsøk på å legge til rette for deltakelse fra små og/eller mellomstore leverandører har slått feil, eller hvor det avdekkes eller dukker opp beredskapsrelaterte utfordringer som ikke er hensyntatt.

I tilfeller hvor offentlige interesser tilsier at en konkurranse må kunne avlyses, vil det tidvis være grunnlag for å kritisere oppdragsgiver for ikke å ha gjort en god nok jobb i forberedelsen av konkurransen. Dersom forberedelsene kan karakteriseres som uforsvarlige, vil oppdragsgiver kunne holdes erstatningsansvarlig overfor leverandører som har kastet bort tid og penger på konkurransen. Etter utvalgets syn må imidlertid dette spørsmålet holdes atskilt fra spørsmålet om oppdragsgiver har adgang til å avlyse konkurransen når man rent faktisk har havnet i en situasjon hvor offentlige interesser tilsier at det er riktig å begynne prosessen på nytt, med justerte anskaffelsesdokumenter.

Dette må etter utvalgets syn også gjelde tilfeller hvor det avdekkes at oppdragsgiver har invitert til en konkurranse for å teste markedet, uten å gjøre leverandørene oppmerksomme på at utfallet av konkurransen for eksempel kan bli at oppdragsgiver konkluderer med at egenregi er en bedre løsning eller at hele anskaffelsen legges på is dersom markedsprisen viser seg å være høyere enn antatt. Slik fordekt testing av markedet vil være illojalt og innebære at *oppdragsgiver* kan holdes erstatningsansvarlig overfor leverandører som har kastet bort tid og penger på å delta. Det bør likevel ikke tvinge oppdragsgiver til å gå videre med en konkurranse som vil lede til et tilbud som oppdragsgiver ikke har reelt behov for. Anskaffelsesregelverket gir som utgangspunkt og hovedregel ikke opphav til kontraheringsplikt for oppdragsgiver, og det bør ikke innføres et unntak for disse særtilfellene. Erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse) er også vanskelig å se for seg i et tilfelle hvor oppdragsgiver aldri har hatt intensjon om å tildele noen kontrakt. Vilkårene for erstatningsansvar for leverandørenes tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse) vil imidlertid normalt vært oppfylt i tilfeller som dette, og Høyesteretts tilnærming til årsakskravet tilsier at dette ansvaret vil gjelde overfor alle leve-

randører som har kastet bort tid og penger på den fiktive konkurransen.⁴⁴ Utvalget legger til grunn at dette er tilstrekkelig til å sikre at fiktive utlysninger forblir et problem av større teoretisk enn praktisk interesse.

For leverandørene kan det være en bekymring for at den vide adgangen til å avlyse under henvisning til offentlige interesser kan misbrukes av oppdragsgiver. Den bekymringen kan etter omstendighetene være reell, men den må etter utvalgets syn løses gjennom mulighetene for reell og hurtig overprøving av avlysninger som en leverandør mener er usaklige, jf. nærmere i kapittel 35.3.1.5. Selv om sontringen mellom saklige og usaklige avlysningsgrunner prinsipielt sett er den samme uavhengig av når i prosessen avlysningen skjer, så må oppdragsgiver etter utvalgets syn akseptere at beviskravet skjerpes dersom avlysningen skjer etter åpning av tilbudene. En slik tilnærming følger allerede av klagenemndspraksis.⁴⁵ Dette må etter utvalgets syn særlig gjelde dersom avlysningsgrunnen er knyttet til forhold som oppdragsgiver var kjent med tidligere i prosessen, som for eksempel hvor mange leverandører som har valgt å delta eller eventuelle innvendinger fra en leverandør (eller andre) knyttet til hvordan konkurransen er innrettet. Effektiv håndheving forutsetter at overprøvingsinstansen i tilfeller som dette legger særlig vekt på tidsnære bevis.

Hensynet til leverandørene ivaretas også av det anskaffelsesrettslige forholdsmessighetsprinsippet, som må antas å være til hinder for å begrunne en avlysning med et ønske om å gjøre bare mindre justeringer i innretningen av konkurransen, for eksempel for å ivareta samfunnshensyn på en enda litt bedre måte enn det de eksisterende anskaffelsesdokumentene vil sikre. Forholdsmessighetsprinsippet gir her anvisning på en konkret avveining av de offentlige interesser som oppdragsgiver anfører som saklig grunnlag for å avlyse og hensynet til leverandørene, som har investert tid og ressurser på konkurransen. Utvalget antar at det i denne vurderingen er relevant om oppdragsgiver vil lyse ut konkurransen på ny innen kort tid, og med krav og kriterier som innebærer at mye av arbeidet som leverandørene har lagt ned i den opprinnelige konkurransen likevel vil komme til nytte.

⁴⁴ Se nærmere om årsakskravet ved krav om erstatning for negativ kontraktsinteresse i kapittel 34

⁴⁵ KOFA-2020-116 Perpetuum Miljø avsnitt 19 med videre henvisninger

35.3.1.3 Avlysningsrett ved feil i anskaffelsesdokumentene eller i konkurransegjennomføringen

Som redegjort for i kapittel 35.2.1.1 har EU-domstolen og EFTA-domstolen slått fast at det foreligger plikt, og dermed forutsetningsvis også en rett, til å avlyse dersom det foreligger feil i anskaffelsesdokumentene eller i konkurransegjennomføringen som kan ha virket inn på deltakelsen i eller utfallet av konkurransen, og som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning.

Etter utvalgets syn er det ikke grunnlag for å anta at det gjelder en avlysningsrett ved feil i anskaffelsesdokumentene eller i konkurransegjennomføringen som rekker ut over de tilfellene hvor feilen innebærer avlysningsplikt. Dersom feilen kan rettes, eller uansett ikke vil kunne virke inn på utfallet av konkurransen, er det ingen grunn til at den skal gi grunnlag for avlysning. Oppdragsgivers saklige behov for å kunne avlyse en konkurranse er fullt ut ivaretatt av den ovenfor omtalte adgangen til å avlyse i tilfeller hvor offentlige interesser tilsier dette. Et eventuelt ønske om å gjennomføre en helt prikkfri konkurranse, kan ikke i seg selv rettferdiggjøre avlysning av en konkurranse som leverandører har investert tid og ressurser i, jf. også omtalen ovenfor vedrørende forholdsmessighetsprinsippet.

Etter utvalgets syn bør avlysningsadgangen ved feil i anskaffelsesdokumenter eller i gjennomføringen av konkurransen være den samme, uavhengig av om den aktuelle feilen bygger på nasjonale eller EØS-rettslige regler. EU-domstolens praksis kan neppe forstås slik at det bare er feil som kan karakteriseres som brudd på EU-rett som kan gi avlysningsplikt. Det er naturlig at en avlysningsrett (og/eller plikt) må gjelde alle brudd på de rammer som gjelder for konkurransen, også de oppdragsgiver selv har stilt opp og som ikke er direkte forankret av EØS-retten. Utvalget vil særlig nevne at en slik tilnærming trolig ikke vil være upraktisk med tanke på brudd på forpliktelsene knyttet til samfunnshensyn i lovens kapittel 2.

35.3.1.4 Avlysningsrett ved rettslig usikkerhet om det foreligger avlysningsplikt

I *Fosen-Linjen* anerkjente Høyesterett at rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen gir saklig grunn for avlysning, jf. redegjørelsen i kapittel 35.2.3.1. I etterkant av denne dommen har dette

vært tema i flere etterfølgende saker for KOFA og domstolene.^{46 47}

Utvalgets flertall *Fredriksen, Arve, Breiland, Dankertsen Hennyng, Gresseth* og *Greaker* mener at hvorvidt det foreligger reell rettslig usikkerhet om det foreligger avlysningsplikt, er et avlysningsgrunnlag som må videreføres i nytt regelverk.

Spørsmålet om rettslig usikkerhet som avlysningsgrunn er bare aktuelt i tilfeller hvor oppdragsgiver selv mener at det ikke er begått feil som utløser avlysningsplikt, men samtidig erkjenner at spørsmålet er tvilsomt og at risikoen for at klagenemnda eller domstolen kommer til en annen konklusjon, er reell. Dette synes å ha vært situasjonen i *Fosen-Linjen*, hvor lagmannsretten i en forføyningssak hadde funnet det sannsynliggjort at det var benyttet et ulovlig tildelingskriterium. Oppdragsgiver var ikke enig i dette, og spørsmålet var ikke bindende avgjort i forføyningssaken. Oppdragsgiver var imidlertid av den oppfatning at dersom lagmannsrettens syn ble lagt til grunn, så forelå det en feil som ikke kunne rettes opp på annen måte enn ved å avlyse. Situasjonen er en annen dersom oppdragsgiver selv erkjenner at det er begått en feil, og så mener at denne gir plikt til å avlyse. I slike tilfeller må oppdragsgiver avlyse, *helt uavhengig av eventuell rettslig usikkerhet*, og så vil det være opp til leverandørene å påklage denne avgjørelsen dersom de mener at den er uberettiget. I en slik situasjon kan altså ikke oppdragsgiver påberope seg dette avlysningsgrunnlaget.

Rettslig usikkerhet knyttet til eventuelle feil som uansett ikke er av en slik karakter at de utløser avlysningsplikt, kan ikke gi grunnlag for avlysning, jf. kapittel 35.3.1.3. Feil som kan rettes opp, eller som uansett ikke kan komme til å påvirke utfallet av konkurransen, gir ikke avlysningsrett. Da kan heller ikke rettslig usikkerhet knyttet til eksistensen av en slik feil, gi saklig grunnlag for å avlyse.

Spørsmålet om avlysningsrett som følge av usikkerhet knyttet til om det er begått feil som utløser avlysningsplikt bør etter utvalgets syn løses prosessuelt, gjennom å tilrettelegge for en hurtig avklaring av den rettslige usikkerheten i en uavhengig instans. Så lenge leverandørene har tilgang til hurtig avklaring i klagenemnda, eller eventuelt i domstolene, så er det ikke noe pro-

⁴⁶ KOFA-2021-424 Sykehusinnkjøp HF avsnitt 34, KOFA-2020-116 Fauske kommune avsnitt 21, KOFA-2020-663 Norges Bank avsnitt 26 og KOFA-2018-350 Lofoten avfallsselskap IKS avsnitt 37

⁴⁷ LB-2023-83116 Norsk Nukleær Dekommisjonering

blem for dem at rettslig usikkerhet om det foreligger avlysningsplikt gir grunnlag for å avlyse. Forutsetningen er i så fall at klagenemnda tar stilling om det foreligger avlysningsplikt.

Dersom klagenemnda mener det foreligger avlysningsplikt, må konkurransen avlyses. Dersom klagenemnda mener det ikke foreligger noen feil, eller at den aktuelle feilen kan rettes opp eller uansett ikke er av en karakter som gir avlysningsplikt, så kan oppdragsgiver fortsette konkurransen, uten risiko for senere å bli møtt med at konkurransen skulle vært avlyst. For en oppdragsgiver som blir møtt med påstander om at konkurransen må avlyses, som oppdragsgiver selv ikke er enig i, vil denne muligheten til å få spørsmålet avklart, være en klar forbedring av dagens retts-tilstand.

Medlemmene *Gjønnes*, *Karlstrøm* og *Tveit* er av den oppfatning at det ved det nye håndhevings-sytemet som utvalget har lagt opp til, for alle praktiske formål ikke vil være behov for et slikt avlysningsgrunnlag. Dersom oppdragsgiver mener at det foreligger avlysningsplikt, må oppdragsgiver begrunne og stå ved sitt standpunkt. Dersom avlysningen blir utfordret, vil KOFA (eller domstol) ta stilling til avlysningen før oppdragsgiver kan ta videre skritt i prosessen, og det vil derfor ikke være behov for et grunnlag om reell rettslig usikkerhet. KOFA (eller domstol) tar ikke stilling til om noe er usikkert. De vil ta stilling til om det foreligger avlysningsplikt eller ikke. Dersom en klager velger å ikke utfordre avlysningen innen fristen på ti dager, vil avlysningen stå seg uavhengig av om det forelå plikt, ikke forelå plikt eller om dette var usikkert. Når Høyesterett i *Fosen-Linjen* oppstiller en avlysningsrett i tilfeller hvor det foreligger reell rettslig usikkerhet, var dette knyttet til at lagmannsretten tidligere hadde ment det forelå flere feil i konkurransen.⁴⁸ Oppdragsgiver måtte da, ifølge Høyesterett, ha saklig grunn til å avlyse. Denne rettslige usikkerheten er som nevnt mindre relevant etter utvalgets forslag til ny lov. En mer generell regel om at oppdragsgiver må anses å ha saklig grunn til å avlyse hvor oppdragsgiver er usikker på egen rettslig vurdering, mener disse medlemmene er en uheldig regel. Medlemmene *Gjønnes*, *Karlstrøm* og *Tveit* foreslår derfor å stryke «reell rettslig usikkerhet» som et selvstendig avlysningsgrunnlag, fordi det ikke er rettslig behov for en slik regel, og fordi rekkevidden av regelen og de nærmere vilkår for dette avlysningsgrunnlaget er uklart. Dette vil kunne bidra til unødvendige tvister og større prosesskostnader.

35.3.1.5 Overprøving av avlysninger

Som det fremgår av drøftelsene ovenfor, mener utvalget at hurtig prøving av en beslutning om å avlyse en konkurranse er viktig, både av hensyn til leverandørene, men også av hensyn til oppdragsgiver i tilfeller hvor det er reell usikkerhet knyttet til om det foreligger avlysningsrett eller -plikt. Tilgang til hurtig og rimelig prøving gjør det samtidig berettiget å slå fast at en leverandør som avstår fra å klage på avlysningen, ikke senere kan anføre usaklig avlysning som grunnlag for et krav på erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontrakt-sinteresse). Erstatningsrettslig kan dette begrunnes med at leverandøren i en slik situasjon ikke har oppfylt sin tapsbegrensningsplikt, se nærmere i kapittel 35.3.1.6 og i kapittel 34.

For alle praktiske formål fremstår prøving av avlysningen i klagenemnda for offentlige anskaffelser som eneste reelle alternativ, men av prinsipielle årsaker vil utvalget likevel holde muligheten åpen for i stedet å utfordre beslutningen i domstolene, om en leverandør skulle foretrekke dette. I det følgende konsentrerer utvalget seg om hvordan prøvingen av en avlysning som er brakt inn for klagenemnda bør legges opp.

Behovet for en rask avklaring av om avlysningsbeslutningen er lovlig eller ikke, tilsier at det settes en kort klagefrist, og utvalget foreslår at denne settes til bare ti dager fra meddelelse om avlysningen er sendt til leverandørene. En tisdagers frist er i samsvar med minstefristen angitt i håndhevingsdirektivene, og er innført i svensk rett.^{49 50} Dersom det ikke kommer noen klage innen denne fristen (eller begjæring om midlertidig forføyning for tingretten), så kan oppdragsgiver forberede en eventuell ny utlysning i visshet om at avlysningen vil stå seg. Meddelelsen om avlysningen må inneholde en kort begrunnelse og opplyse om det vil bli gjennomført en ny konkurranse om den samme anskaffelsen, slik som det også er i dag. Dersom avlysningsbeslutningen blir påklaget innen denne fastsatte fristen, må oppdragsgiver avvente klagenemndas (eller domstolens) avgjørelse i saken.

Klagenemnda må prioritere disse sakene høyt, for å sikre at selve prøvingen ikke fører til forsinkelser som gjør at det uansett ikke er mulig å fortsette konkurransen som opprinnelig forutsatt. Klagenemndas evne til, i henhold til gjeldende innretning, å håndtere prioriterte saker inn en 60

⁴⁸ HR-2019-1801-A Fosen-Linjen premiss 88

⁴⁹ Håndhevingsdirektivene artikkel 2c, se nærmere redegjørelse i kapittel 26

⁵⁰ Se LOU 20 kapittel § 12

til 70 dager gjør at utvalget er trygg på at dette skal la seg ordne. Utvalget viser til kapittel 21, med foreslåtte endringer i håndhevingssystemet, og som vil medføre en enda raskere saksbehandlingstid i prioriterte saker. Dersom oppdragsgiver er nokså trygg på at vilkårene for avlysning er til stede, er det heller ingenting i veien for at oppdragsgiver begynner å planlegge en ny utlysning parallelt med prøvingen av avlysningen, så lenge dette ikke skjer på en måte som undergraver muligheten for å fortsette den opprinnelige konkurransen dersom klagenemnda setter avlysningen til side.

I tilfeller hvor avlysningsgrunnen er reell rettslig usikkerhet om det foreligger avlysningsplikt, må klagenemnda ikke bare ta stilling til om spørsmålet kan anses usikkert, men også avgjøre om vilkårene for avlysningsplikt er oppfylt eller ikke, se kapittel 35.3.1.4.

Et vanskelig spørsmål gjelder bevisbyrden og beviskravet i tilfeller hvor en leverandør hevder at avlysningen reelt sett er begrunnet i et ønske om å unngå å måtte tildele kontrakten til vedkommende leverandør, jf. kapittel 35.3.1.2 ovenfor. Utvalget mener at beviskravet også her bør være alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dersom avlysning finner sted først etter at tilbudene er åpnet, vil det være en høyere terskel for å konstatere at det foreligger saklig grunn.

I tilfeller der en avlysning av konkurranse fremstår som helt uforholdsmessig, for eksempel at det bare er begått mindre feil uten betydning for konkurransen, og oppdragsgivers avlysning først og fremst synes å skyldes åpenbare misforståelser av regelverket, bør klagenemnda ha anledning til å oppheve avlysningsbeslutningen etter en enkel og svært hurtig gjennomgang av saken. Det kan også tenkes andre tilfeller av uforholdsmessige avlysninger som bør håndteres på samme måte.

35.3.1.6 Erstatningsrettslige spørsmål

For oppdragsgiver er det en vesentlig fordel ved utvalgets forslag til hurtig overprøving av avlysninger, at risikoen for senere å havne i erstatningsansvar som følge av en urettmessig avlysning i realiteten elimineres. Samtidig minner utvalget om at selv om selve avlysningen er saklig, så kan det tenkes at oppdragsgiver tidligere i prosessen har brutt andre deler av anskaffelsesregelverket, og av den grunn kan bli erstatningsansvarlig for leverandørenes negative kontraktsinteresse, som illustrert av *Fosen-Linjen*. Det kan også tenkes at oppdragsgiver har opptrådt

ansvarsbetingende uten at det kan påvises et konkret brudd på anskaffelsesregelverket, for eksempel fordi konkurransen er svært dårlig planlagt.

35.3.2 Avlysningsplikt

Så lenge norsk rett, i motsetning til direktivene, har en egen bestemmelse om avlysning, mener utvalget at denne også bør inkludere et ledd om plikten til å avlyse i tilfeller hvor det avdekkes feil som kan virke inn på utfallet av konkurransen og som ikke kan rettes opp på annen måte. Det er i gjeldende anskaffelseslov eller forskrift ikke noen bestemmelser som regulerer oppdragsgivers plikt til å avlyse konkurransen. Når utvalget foreslår å lovfeste avlysningsplikten, innebærer utvalgets forslag en kodifisering av gjeldende rettspraksis fra EU-retten og norsk rett. Tidligere rettspraksis om avlysning vil være fullt ut relevant.

Eksempler på feil som kan aktualisere spørsmålet om avlysningsplikt, er tilfeller hvor konkurransen gjennomføres med feil konkurranseform, ved bruk av ulovlige kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier, og ved motstrid eller uklarheter i anskaffelsesdokumentene.

Innvirkningsvilkåret innebærer at den som gjør gjeldende at konkurransen må avlyses, må kunne vise til at den aktuelle feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen eller vil kunne virke inn på utfallet. Oppdragsgiver må gjøre en konkret vurdering, som deretter kan etterprøves dersom den blir påklaget.

I enkelte saker er det lagt til grunn et krav om at feilen «kan ha virket inn» på konkurransen.⁵¹ I andre saker er det uttalt at det må foreligge en «nærliggende faktisk mulighet» eller en «reell mulighet» for slik innvirkning.⁵² Etter utvalgets syn bør det foreligge konkrete holdepunkter for innvirkning. I så måte er det utvalgets vurdering at vurderingstemaet om at det må foreligge en «nærliggende faktisk mulighet» eller en «reell mulighet» for innvirkning virker best egnet. I dette ligger ikke noe krav om at innvirkning kan påvises, men det må være konkrete holdepunkter for at feilen kan ha påvirket konkurransen.

De erstatningsrettslige konsekvensene av at det foreligger avlysningsplikt, vil behandles i kapittel 34. Spørsmålet om en oversett avlysningsplikt bør kunne anføres av oppdragsgiver som forsvaret mot krav om erstatning for tapt fortjeneste fra en leverandør som mener at vedkommende ville

⁵¹ LH-2021-145459

⁵² LG-2016-133934 Norsk Gjenvinning Renovasjon AS

vunnet kontrakten om alt hadde gått rett for seg, vil utvalget drøfte i kapittel 34.7.4.

35.3.3 Avlysningsrett og avlysningsplikt under EØS-terskelverdi

Om det er behov for å regulere oppdragsgivers rett eller plikt til å avlyse en konkurranse under EØS-terskelverdi, avhenger av de reglene som gjelder for slike anskaffelser.

For vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi er reglene som utvalget har foreslått i første delutredning så fleksible, at det etter utvalgets syn ikke er reelt behov for å regulere avlysningsspørsmålet. Oppdragsgiver er ikke pålagt en bestemt fremgangsmåte, og leverandørene vil normalt ikke ha berettigede forventninger om at en henvendelse fra en oppdragsgiver i henhold til utvalgets forslag til § 3-1 i ny anskaffelseslov skal lede til at en kontrakt tildeles. Fremgangsmåten kan være så enkel som bare å innhente tilbud fra to leverandører, og etter utvalgets syn er det ikke behov for regler om *avlysning* av en slik prosess. God forvaltningsskikk tilsier at oppdragsgiver informerer leverandørene som har inngitt tilbud dersom man bestemmer seg for ikke å tildele noen kontrakt, men det er ikke grunn til å stille krav til en formell avlysningsbeslutning.

Utvalgets syn er at dette bør gjelde også for tilfeller hvor en oppdragsgiver velger å arrangere en konkurranse under terskelverdi. Oppdragsgiver står også her fritt til ikke å tildele kontrakt, innenfor alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, jf. utvalgets forslag til § 3-1 fjerde ledd i ny anskaffelseslov. Om ønskelig kan oppdragsgiver oppstille nærmere betingelser for en eventuell avlysning, men i fravær av slike må utgangspunktet være at leverandørene ikke har noen berettiget forventning om at en konkurranse under terskelverdi leder til en kontraktsinngåelse.

Ettersom oppdragsgivers handlingsrom for å avlyse en konkurranse av hensyn til offentlige interesser uansett er vid, innebærer ikke fraværet av en egen avlysningsregel for anskaffelser under EØS-terskel noen større utvidelse av retten til å avslutte en anskaffelsesprosess uten å tildele kontrakt. Også under EØS-terskel vil det være rettsstridig dersom årsaken til at prosessen avsluttes, er usaklige motforestillinger mot den leverandøren som ligger an til å vinne kontrakten, jf. kravene til forutberegnelighet og likebehandling av leverandørene som det vises til i utvalgets forslag til § 3-1 fjerde ledd i ny anskaffelseslov. Oppdragsgivers noe større handlingsrom under EØS-ter-

skel er slik sett begrenset til fraværet av det EØS-rettslige forholdsmessighetsprinsippet, som nok uansett ville hatt svært beskjeden virkning for mindre anskaffelser hvor hensynet til leverandørens innrettelse ikke vil veie særlig tungt.

Hovedårsaken til at utvalget ikke vil foreslå en avlysningsregel for anskaffelser under EØS-terskelverdi er at det fremstår som unødig ressurskrevende å inkludere disse tilfellene i ordning med prioritert prøving av avlysningsbeslutninger i KOFA som utvalget ønsker å innføre, jf. kapittel 35.3.1.5. Ressursbruken knyttet til anskaffelser under EØS-terskelverdi må holdes nede, og dette inkluderer ressursbruken knyttet til håndheving av mulige feil. Uten en slik prioritert overprøvningsmulighet vil en egen avlysningsregel for anskaffelser under EØS-terskelverdi ha lite for seg.

Når det gjelder bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi avhenger behovet for å regulere oppdragsgivers rett eller plikt til å avlyse en konkurranse av om en legger til grunn flertallets eller mindretallets forslag til nye regler for slike anskaffelser. Med flertallets forslag om å la bygge- og anleggsanskaffelser over 15 millioner kroner følge EØS-reglene i del III i utkastet til ny lov, er det naturlig at dette inkluderer også den nye avlysningsregelen som utvalget nå tar til orde for. For bygge- og anleggsanskaffelser under 15 millioner ser flertallet ikke behov for en egen avlysningsregel, av de grunner som ovenfor er angitt for vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskel.

Utvalgets mindretall, medlemmene *Gjønnes* og *Dankertsen Hennying*, har i første delutredning foreslått et regelsett som skal gjelde for bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi fra tre millioner kroner og opp til EØS-terskelverdi. Etter mindretallets syn bør det innføres en lovbestemmelse om avlysningsrett for disse anskaffelsene.

For anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse er det i utvalgets forslag til § 3-3 første ledd bokstav c angitt at en oppdragsgiver må «underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning». Bestemmelsen angir ingen nærmere krav til at det må foreligge en saklig grunn, men det ligger i sakens natur at en avlysning ikke kan begrunnes i motvilje mot å tildele kontrakten til en leverandør etablert i en annen EØS-stat, eller andre grunner som EØS-retten ikke anerkjenner som legitime. Samtidig minner utvalget om at håndhevingsdirektivene ikke gjelder for anskaffelser under EØS-terskel, og at hensynet til å begrense ressursbruken knyttet til

anskaffelser under EØS-terskelverdi gjelder uavhengig av om anskaffelsen har klar grensekryssende interesse. Det foreligger ingen EØS-rettslig plikt til å legge til rette for prioritert prøving av avlysningsbeslutninger i KOFA i disse tilfellene, og utvalget finner det ikke riktig med særbehandling av denne kategorien av anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Boks 35.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å videreføre gjeldende regulering av at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse når det foreligger saklig grunn, med de presiseringer som fremgår av drøftelsene over
- å kodifisere plikten til å avlyse dersom det avdekkes feil som kan virke inn på utfallet av konkurransen og som ikke kan rettes opp på annen måte
- å innføre en regel om at en avlysningsbeslutning må påklages innen en frist på ti dager og legge til rette for hurtig behandling av slike klager i klagenemnda for offentlige anskaffelser
- å klargjøre at en leverandør som ikke påklager en avlysning innen fristen, mister muligheten til senere å kreve erstatning for urettmessig avlysning av konkurransen
- ikke å regulere rett eller plikt til å avlyse en konkurranse under EØS-terskelverdi.

Utvalgets mindretall foreslår:

- å innføre en bestemmelse om avlysningsrett for bygge- og anleggsanskaffelser under EØS-terskelverdi med antatt verdi fra tre millioner kroner og opp til EØS-terskelverdi.

Kapittel 36

Omgjøring, signering av kontrakt og vedståelsesfrist

36.1 Omgjøring

36.1.1 Gjeldende rett

Omgjøring av tildelingsbeslutning er regulert i anskaffelsesforskriften §§ 10-1 første ledd (del II) og 25-1 fjerde ledd (del III). Ordlyden er likelydende i begge bestemmelsene, som er formulert på følgende vis: «*Dersom oppdragsgiveren finner at beslutningen om valg av leverandør er i strid med forskriften, kan beslutningen omgjøres frem til kontrakten er inngått.*»

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse i den forstand at den ikke gjennomfører en EØS-rettslig forpliktelse. Den ble tatt inn i anskaffelsesforskriften av 2016,¹ men ble ikke omtalt i forarbeidene.² Bestemmelsens rekkevidde er dermed først og fremst utviklet i rettspraksis, KOFA-praksis og juridisk teori.

Omgjøringsbestemmelsen ivaretar hensynet til at konkurransen skal få et riktig resultat. Der som det ikke eksisterte en slik omgjøringsadgang ville det kunne føre til kontraktsinngåelser som ville vært i strid med anskaffelsesregelverket. Konsekvensen av at oppdragsgiver hadde vært tvunget til å inngå kontrakt på bakgrunn av en uriktig tildeling, ville være at leverandørene hadde blitt henvist til å kreve erstatning. I tråd med disse hensynene tolkes formuleringen «i strid med forskriften» utvidende til også å gjelde de tilfeller hvor tildelingen er ulovlig fordi den er i strid med anskaffelsesregelverket generelt, herunder anskaffelsesloven.³

Likebehandlingsprinsippet tilsier at oppdragsgiver har en plikt til å rette opp feil dersom feilen

har gått ut over tildelingsbeslutningen.⁴ I KOFA-praksis er det lagt til grunn at omgjøringsadgangen ikke rekker lenger enn feilen tilsier.⁵ Oppdragsgiver har ikke plikt til å rette opp feil som ikke virker inn på tildelingsbeslutningen.⁶ Der som feilen medfører plikt til å avlyse konkurransen, for eksempel på grunn av at tildelingskriteriet er ulovlig, kan oppdragsgiver ikke istedenfor velge å omgjøre tildelingsbeslutningen.⁷

Omgjøringsadgangen er betinget av at valg av leverandør er «i strid med» forskriften. I praksis og juridisk teori er det lagt til grunn at formuleringen tilsier at det ikke er anledning til å endre den skjønnsmessige evalueringen av tilbudene «i større grad enn feilen nødvendiggjør».⁸ Oppdragsgiver kan dermed ikke benytte omgjøringsadgangen til å gjennomføre en ny skjønnsmessig vurdering av tilbudene eller tilbydernes kvalifikasjoner dersom den opprinnelige skjønnsutøvelsen var lovlig.⁹ Bakgrunnen er å sikre at likebehandlingsprinsippet i anskaffelsesloven § 5 blir ivarettatt i klagebehandlingen. I KOFA-2011-201 ble hensynet til likebehandling vektlagt slik:

«Dersom oppdragsgiver skal korrigere en poengsum under en klagebehandling, følger det av kravet til likebehandling i loven § 5 at oppdragsgiver må benytte samme metode for poengfastsettelsen som ved den opprinnelige evalueringen. Noe annet ville åpnet for at oppdragsgiver kunne justert evalueringsmetoden

¹ Anskaffelsesforskriften 2016 slik den ble kunngjort 18. august 2016, klokken 11:00

² Dette kan ha sammenheng med at regelen var en nokså ukontroversiell forskriftsfesting av det som ble ansett for å være gjeldende rett, se f.eks. Prop. 12 L (2011–2012) kapittel 9.2.5.

³ Se for eksempel i KOFA-2022-757 Innlandet fylkeskommune avsnitt 21 og i LH-2021-58587

⁴ LB-2019-145192 og KOFA-2022-757 Innlandet fylkeskommune

⁵ KOFA-2023-122 Tromsø kommune avsnitt 36

⁶ LB-2019-145192 og i Oda Ekre mfl. «note 14 til § 25-1» Kar-nov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 16. februar 2023

⁷ C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH avsnitt 95

⁸ KOFA-2023-122 Tromsø kommune med videre henvisninger

⁹ Se for eksempel KOFA-2018-329 – KOFA-2018-340 – KOFA-2018-341 (forente saker) avsnitt 89 med videre henvisninger

for å opprettholde det valg oppdragsgiver først hadde gjort.»¹⁰

I rettspraksis er formuleringen «kan» tolket som at oppdragsgiver har valgfrihet dersom det eksisterer flere lovlige alternativer for å rette opp feilen. I LB-2019-145192 kom Borgarting lagmannsrett til at oppdragsgiver hadde valgfrihet mellom omgjøring og dialog etter anskaffelsesforskriften § 9-7 andre ledd.¹¹ Bestemmelsen i § 9-7 andre ledd gir oppdragsgiver adgang til å utsette avgjørelsen om avvisning til det er gjennomført eventuell dialog med leverandøren i del II-anskaffelser. Lagmannsretten mente at sammenhengen i regelverket tilsa at det ikke eksisterte en plikt til å velge omgjøring ettersom det var tillatt å gå i dialog med den valgte leverandøren.

Dersom oppdragsgiver foretar en ny tildeling, gjelder de samme kravene til meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse som ved den opprinnelige tildelingen, jf. anskaffelsesforskriften § 25-1 første ledd.¹² Herunder må oppdragsgiver angi en karenperiode.¹³ Dette er av hensyn til at forbigåtte leverandører skal ha reell klageadgang.¹⁴ Det er også lagt til grunn i KOFA-praksis at klager har krav på begrunnelse ved annullering av tildeling, som kan gis enten direkte i forbindelse med evalueringen, eller ved den senere nye tildelingen.¹⁵ Etter kontrakt er inngått, kan omgjøring ikke skje.¹⁶

36.1.2 Utvalgets vurdering

Utvalgets vurdering er at ny lov også bør inneholde en bestemmelse som regulerer oppdragsgivers adgang til å omgjøre en beslutning om å tildele kontrakt. Bestemmelsen har praktisk betydning, og gir oppdragsgiver adgang til å rette opp feil før kontrakten signeres. Det er også en fordel at omgjøringsadgangen har klare rettslige rammer, slik at en eventuell omgjøring skaper minst mulig usikkerhet for oppdragsgiver og berørte leverandører.

Slik bestemmelsen er tolket i praksis har oppdragsgiver en plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen dersom oppdragsgiver finner ut at det er begått feil i anskaffelsesprosessen, og feilen har virket inn på tildelingsbeslutningen. Motsetningsvis eksisterer det ikke en slik plikt dersom feilen ikke har fått innvirkning på resultatet i konkurransen. Dersom feilen ikke kan rettes på annen måte enn å avlyse konkurransen, som for eksempel hvis feilen består i at det er oppstilt ulovlige tildelingskriterier, vil oppdragsgiver ha en plikt til å avlyse konkurransen jf. kapittel 35.

Etter gjeldende rett er omgjøringsbestemmelsen formulert som en «kan»-bestemmelse, noe som betyr at den ikke avskjærer oppdragsgivers valgfrihet dersom det eksisterer øvrige lovlige fremgangsmåter for å rette opp feilen slik at tildelingen blir i samsvar med regelverket. Oppdragsgiver har dermed kun plikt til å omgjøre dersom omgjøring er det eneste lovlige alternativet for å rette opp feilen.

Etter utvalgets syn bør ordlyden i bestemmelsen endres, slik at bestemmelsen gir et klarere uttrykk for at feil som har virket inn på valget av leverandør medfører *omgjøringsplikt*, og ikke bare en *omgjøringsrett*. De foreslåtte språklige endringene er ikke ment å innebære en materiell endring av bestemmelsens innhold, slik at tidligere praksis knyttet til bestemmelsen fortsatt vil være relevant. Når utvalget foreslår å kodifisere omgjøringsplikten, må lovteksten etter utvalgets syn også reflektere at oppdragsgiver har adgang til å rette opp feilen på annen måte dersom det er mulig. Rettspraksis har vist at oppdragsgiver for eksempel kan benytte forhandlinger til å rette feil, men dette forutsetter at konkurranseformen som oppdragsgiver har benyttet åpner for en slik fremgangsmåte.¹⁷

Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at det fremgår av lovteksten at omgjøring bare kan skje frem til kontrakt er inngått, og utvalget foreslår derfor å videreføre dette i nytt regelverk.

Utvalget har vurdert om det bør presiseres i loven at det eksisterer en omgjøringsrett. Dette kan for eksempel være praktisk dersom det oppdages en feil som har hatt betydning for den øvrige rangeringen i tildelingsbeslutningen, uten at det har hatt betydning for valg av leverandør. Dersom klagebehandling eller rettslig behandling av tildelingsbeslutning medfører at vinnende leverandører må avvises, vil det etter utvalgets syn kunne være ressursbesparende

¹⁰ KOFA-2011-201 Hordaland fylkeskommune v/Skyss: avsnitt 128

¹¹ LB-2019-145192

¹² Se for eksempel i KOFA-2004-155 Molde kommune og Oda Ekre mfl. «note 14 til § 25-1» Karnov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 16. februar 2023

¹³ KOFA-2016-13 Hå kommune avsnitt 32

¹⁴ C-81/98 Alcatel Austria

¹⁵ KOFA-2008-198 Nittedal kommune avsnitt 57

¹⁶ KOFA-2022-631 Norges Bank avsnitt 23

¹⁷ LB-2019-145192

om rangeringen av de øvrige tilbudene i konkurransen er korrekt i henhold til regelverket. Utvalgets vurdering er likevel at en slik presisering ikke er nødvendig eller hensiktsmessig, da det uansett er opp til oppdragsgiver å vurdere om oppdragsgiver vil benytte en slik rett. Dette har også en side til at oppdragsgiver kun har plikt til å innhente oppdatert underlagsdokumentasjon fra vinnende leverandør før tildeling, og ikke samtlige leverandører, som nærmere redegjort for i første delutredning kapittel 24.35.2.

Boks 36.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at:

- lov om offentlige anskaffelser, lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter, inneholder en bestemmelse om omgjøring.
- lovbestemmelsen om omgjøring får en noe mer detaljert ordlyd, for bedre å gi uttrykk for de rettslige rammene for omgjøring.

36.2 Signering av kontrakt

36.2.1 Gjeldende rett

Reguleringen av tidspunktet for kontraktsinngåelse er å finne i nåværende anskaffelsesforskrift §§ 10-1 fjerde ledd (del II) og 25-1 femte ledd (del III). Reguleringen er likelydende i begge bestemmelsene, og har følgende formulering: «Kontrakten anses inngått når begge parter har signert kontrakten.»

Hverken håndhevelsesdirektivet eller anskaffelsesdirektivet har bestemmelser som direkte regulerer skjæringspunktet for når en kontrakt blir bindende. Reguleringen er i den forstand nasjonal. Anskaffelsesdirektivet regulerer imidlertid definisjonen og rekkevidden av kontraktbegrepet i offentlige anskaffelser i artikkel 2 nr. 1 punkt 5. Direktivbestemmelsen er gjennomført i anskaffelsesforskriften 2016 § 4-1 bokstav a. En offentlig kontrakt er en gjensidig bebyrdende kontrakt, som inngås skriftlig mellom én eller flere leverandører og én eller flere oppdragsgivere. I tillegg inngår det i direktivets definisjon av en kontrakt at kontraktsgjenstanden er utførelsen av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester. Definisjonen av kontraktbegrepet er et selvstendig EU/EØS-rettslig begrep, som ikke

nødvendigvis sammenfaller med nasjonal avtalerett.^{18 19}

Et eksempel på dette er kravet om skriftlighet, som fraviker alminnelig avtaleretts utgangspunkt om at muntlig avtale er like bindende som skriftlig avtale. Kravet om at kontrakten skal være «skriftlig» må tolkes i lys av EU/EØS-rettslig praksis. Formålet med definisjonen av kontrakt i anskaffelsesdirektivet er å kodifisere og formalisere kontraktsbegrepet, ikke å oppstille tilleggsvilkår for at anskaffelsen skal være en omfattet av direktivet.²⁰ I EU/EØS-retten er det ikke oppstilt et krav om avtalen må være signert av begge parter.²¹

Formålet med den særnorske regelen om signering fra begge parter er å skape et skjæringspunkt for håndhevelsesdirektivets regler om karens. Regelen skal sikre at tildelingsbeslutningen ikke skaper forventninger hos leverandøren som kan gi grunnlag for avtalerettslig binding før karensfristen er utløpt.²²

Skjæringspunktet for kontraktsinngåelse har også betydning i andre sammenhenger. For eksempel sikrer omgjøringsregelen at oppdragsgiver kan rette opp feil frem til kontraktsinngåelsen. Videre er tidspunktet for når «kontrakt er inngått» avgjørende for domstolenes rett til å sette til side beslutninger og adgang til å beslutte midlertidig forføyning jf. anskaffelsesloven (2016) §§ 7 og 8. Både KOFA's adgang til å ilegge overtredelsesgebyr og domstolenes adgang til å avkorte en kontrakts varighet, kjenne en kontrakt «uten virkning» jf. anskaffelsesloven § 12 og ilegge overtredelsesgebyr jf. anskaffelsesloven §§ 13 og 14 bortfaller to år etter at «kontrakt er inngått».²³

I forbindelse med gjennomføringen av håndhevingsdirektivet har det vært reist spørsmål om fravikelsen fra alminnelig avtalerett har nødvendig hjemmel i lov.²⁴ Begrunnelsen for å videreføre regelen i forskrift var at regelen var godt innarbeidet og fungerte bra i praksis.²⁵

¹⁸ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 7.3.2.3.2 på side 76 følgende

¹⁹ Carina Risvig Hamer – Grundlæggende udbudsret 2016 side 95

²⁰ Arrowsmith 2014 side 397

²¹ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 7.2.3.2. side 76, med videre henvisning til juridisk teori

²² Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven* kapittel 9.2.5 og NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 7.2.3.4 side 77

²³ Jf. anskaffelsesloven §§ 12 fjerde ledd tredje punktum og 15 fjerde ledd første punktum.

²⁴ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 7.2.3.1. side 75

²⁵ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven* kapittel 9.2.5. side 72

Selv om reguleringen av skjæringspunktet er ment å fravike alminnelig norsk avtalerett, gjelder ikke denne fravikelsen generelt for hele anskaffelsesretten. For eksempel vil reglene om avtalerettslig binding ha betydning for om det foreligger en ulovlig direkteanskaffelse.²⁶ Videre regulerer reglene om vedståelsesfrist hvor lenge leverandørene er bundet av sine tilbud.

36.2.2 Utvalgets vurdering

Etter utvalgets syn må bestemmelsen om når kontrakt ansees inngått videreføres i nytt anskaffelsesregelverk. Regelen om signering fra begge parter bidrar til å klargjøre skjæringspunktet for kontraktsinngåelse. At regelen er klar og tydelig, kan avverge twister om skjønnsmessige spørsmål om avtaleinngåelsens tidspunkt. Utvalget mener det er nødvendig å lovfeste regelen ettersom reguleringen av skjæringspunktet fraviker alminnelig norsk avtalerett.

Boks 36.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at:

- lov om offentlige anskaffelser, lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter, inneholder en bestemmelse om når kontrakt ansees som inngått.

36.3 Vedståelsesfrist

36.3.1 Gjeldende rett

36.3.1.1 Innledning

Anskaffelsesforskriften §§ 8-15 (del II) og 20-6 (del III) gir regler om vedståelsesfrist. Vedståelsesfristen angir hvor lenge en leverandør er bundet av sitt tilbud. En leverandør vil innenfor vedståelsesfristen være bundet av tilbudet og dermed være forpliktet til å inngå kontrakt på grunnlag av tilbudets innhold. Så lenge vedståelsesfristen løper må derfor leverandørene holde av ressurser til å kunne gjennomføre kontrakten dersom de skulle få den tildelt. Etter utløpet av vedståelsesfristen er leverandøren ikke lenger bundet av tilbudet.²⁷

Håndhevelsesdirektivet gir ikke regler om vedståelsesfrist. Temaet har likevel indirekte sammenheng med håndhevelsesdirektivets bestemmelser. For eksempel vil håndhevelsesdirektivets regler om suspensjonsplikt og karenperiode føre til at anskaffelsesprosessen strekker seg over lengre tid. Dette reiser spørsmål om hvilke regler som skal gjelde dersom vedståelsesfristen løper ut før anskaffelsesprosessen er sluttført.²⁸

Formålet med vedståelsesfristen er å sikre at leverandørene er bundet av tilbudet gjennom anskaffelsesprosessen. Fristen gir oppdragsgiver tid til å evaluere tilbudene, gjennomføre eventuelle forhandlinger og gjennomføre en eventuell klageprosess. Dermed gir fristen oppdragsgiver en trygghet om at leverandørene ikke kan trekke tilbudene eller fritt endre tilbudet i evalueringsperioden.²⁹

Vedståelsesfristen er en avtalerettslig disposisjon. Reglene om vedståelsesfrist medfører imidlertid forskjeller fra avtalerettens alminnelige regler om binding. For eksempel blir leverandører bundet av tilbudet uavhengig av tidspunktet hvor oppdragsgiver får kunnskap om tilbudet.³⁰

36.3.1.2 Fristens varighet

Det er opp til oppdragsgiver å fastsette hvor lenge tilbudene skal være bindende, så lenge fristen ikke er «lenger enn det som er nødvendig».³¹ Dersom suspensjonsvirkningen får lenger varighet, vil dette kunne medføre at oppdragsgivere ønsker lenger vedståelsesfrist. Dette kan ha en kostnadsdrivende effekt.³² Hvis vedståelsesperioden er lang, kan dette begrense leverandørenes evne til å levere andre kontrakter. Leverandørene kan også oppleve økte kostnader knyttet til å vedlikeholde sitt tilbud, for eksempel kostnader knyttet til finansiering, administrasjon og andre ressurser som er bundet opp i tilbudet. Videre kan det oppstå uforutsette kostnadsøkninger, endringer i tilgangen på ressurser eller andre forhold som påvirker leverandørens evne til å oppfylle kontrakten i løpet av vedståelsesperioden. Problemet med lange vedståelsesfrister er at leverandører i mange tilfeller vil se seg tvunget til prise uforut-

²⁸ Se nærmere beskrivelse av problemstillingen i NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.13.11 på side 161

²⁹ Med mindre det er lagt opp til forhandlinger.

³⁰ Giertsen 2021 kapittel 13.15 (iii), side 111

³¹ Anskaffelsesforskriften §§ 8-15 første ledd og 20-6 første ledd

³² NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.13.13 side 162–163

²⁶ Ibid. og NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 7.2.3.4 side 77

²⁷ Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven* side 72

sett risiko i vedståelsesperioden inn i tilbudsprisen.

Dersom oppdragsgiver ikke har fastsatt en vedståelsesfrist, gjelder en frist på «30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen» jf. anskaffelsesforskriften §§ 8-15 andre ledd og 20-6 andre ledd. Bestemmelsen aktualiserer spørsmål om 30-dagersfristen starter å løpe på nytt i de tilfeller hvor leverandør inngir et nytt revidert tilbud. Praksis fra KOFA og domstolene er ikke entydig.³³ Håndhevingsutvalget uttalte imidlertid at det ikke gjelder særlige formkrav til fristforlengelsen, og at alminnelige avtalerettslige prinsipper bør gjelde.³⁴ Dette betyr at fristen kan forlenges muntlig og ved konkludent atferd, dersom det er klart at leverandøren ønsker at tilbudet fortsatt står ved lag.

36.3.1.3 Forlengelse av vedståelsesfristen

Likebehandlingsprinsippet tilsier at alle leverandørene må gis lik mulighet til å forlenge vedståelsesfristen, forutsatt at leverandørene ikke er avvist. Håndhevingsutvalget mente at det ville kunne påvirke konkurransesituasjonen dersom vedståelsesfristen kunne forlenges uten samtykke fra samtlige leverandører, men at påvirkningen i praksis ikke ville virke inn på konkurransen. Dette var fordi det i praksis er leverandørene med best vinnerejanser som vil gå med på å forlenge fristen. Utvalget antok derfor at konkurransesituasjonen mellom de beste tilbudene ikke blir påvirket av at leverandørene med lavest vinnerejanser velger å ikke forlenge fristen.³⁵

I tidligere KOFA-praksis var det antatt at oppdragsgiver måtte forlenge vedståelsesfristen før fristen var utløpt.³⁶ Håndhevingsutvalget foreslo en ny lovregel om at oppdragsgiver kan spørre leverandørene som har gitt tilbud, som ikke er avvist og ikke har fått sine tilbud forkastet etter § 23-11, om å forlenge fristen.³⁷ Lovendringen trådte i kraft 1. juli 2012.

Utsettelse av vedståelsesfrist kan få innvirkning på konkurransen ved at datoen for kontraktsoppstart endres. Utsatt dato for kontraktsoppstart kan få betydning for leverandørers mulighet til å delta i konkurransen på grunn av kapasitet.

Videre kan utsatt kontraktsoppstart ha innvirkning på beregning av pris og kalkulering av risiko ved å binde opp ressurser. Forlengelse av vedståelsesfristen etter at fristen er utløpt er kun tillatt dersom forlengelsen medfører at «grunnlaget for kontrakt ikke endres vesentlig i forhold til innholdet av kunngjøringen, konkurransegrunnlaget, mv.».³⁸

36.3.1.4 Ulovlig direkteanskaffelse ved inngåelse av kontrakt etter utløpt vedståelsesfrist

Det følger av anskaffelsesforskriften § 20-6 tredje ledd at oppdragsgiver innen rimelig tid etter utløpet av vedståelsesfristen kan spørre leverandørene om å fastholde tilbudet, når dette ikke «fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud».

Dersom oppdragsgiver inngår kontrakt med leverandør etter at vedståelsesfristen er utløpt, oppstår spørsmål om hva som skal til for at endringen er «vesentlig» endring. Utgangspunktet er at endringer i en kontrakt utgjør ny kontrakt når bestemmelsene er «materially different» fra bestemmelsene i den opprinnelige avtalen.³⁹ Hvorvidt endringen er vesentlig, må vurderes konkret. Det sentrale vurderingsspørsmålet for om endringen er «vesentlig» er om kjennskap til den utsatte kontraktsoppstarten ville medført at andre tilbydere hadde deltatt i konkurransen, eller tilbudene ville fått et annet innhold.^{40 41} Det er lagt til grunn i KOFA-praksis og rettspraksis at kontraktsinngåelse etter utløpet av vedståelsesfristen, ikke uten videre skal anses som en ulovlig direkteanskaffelse.⁴²

Håndhevingsutvalget ønsket ikke å sette en tidsbestemt grense for fastholdelse av tilbud etter utløpet av vedståelsesfristen, men mente at «en måned åpenbart er for sent, mens en forespørsel fremsatt få dager etter fristens utløp åpenbart må være innenfor det akseptable». Videre påpekte Håndhevingsutvalget at oppdragsgivers valg av leverandør normalt følges opp av en kontraktsinngåelse, forutsatt at det ikke foreligger klager eller saklige grunner til omgjøring eller avlysning. For disse tilfellene konkluderte utvalget med at det ikke er tale om en ulovlig direkteanskaffelse der-

³³ Dragsten 2019 kommentar til § 20-26, punkt 24, med videre henvisninger til nemnds- og rettspraksis

³⁴ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.3.3.6

³⁵ Ibid. kapittel 13.3.3.5

³⁶ Ibid.

³⁷ Anskaffelsesforskriften § 20-6 tredje ledd første punktum.

³⁸ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.13.12 side 163

³⁹ C-454/06 Pressetext

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Vurderingstemaet er blant annet lagt til grunn i KOFA-2021-1046 Stange kommune

⁴² Ibid. avsnitt 30 med videre henvisninger til retts- og nemndspraksis

som vedståelsesfristen løper ut før kontrakten er signert, men etter meddelelse av tildelingsbeslutning.⁴³

36.3.2 Utvalgets vurdering

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende bestemmelse, uten materielle endringer. Utvalget foreslår likevel å forenkle og forkorte bestemmelsens ordlyd. Utgangspunktet er fortsatt at dersom oppdragsgiver ikke har fastsatt en vedståelsesfrist, gjelder en frist på 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen.

Ved å fastsette en vedståelsesfrist, sikres det at leverandørene er bundet av sine tilbud gjennom evalueringsprosessen. Denne perioden er avgjørende for oppdragsgiver for å kunne gjøre grundige vurderinger og sikre at konkurransen er i tråd med anskaffelsesregelverket.

En fordel med dagens løsning er at den gir forutsigbarhet til begge parter. At leverandørene vet hvor lenge de er bundet av sine tilbud, gjør det mulig for dem å planlegge og administrere ressurser på en effektiv måte. Samtidig gir det oppdragsgiver trygghet om at tilbudene er bindende i evalueringsperioden, og gjennom eventuelle klageprosesser.

Utvalget mener at det ikke bør stilles strenge formkrav til forlengelse av vedståelsesfristen. Det har gode grunner for seg at leverandør ved konkludent atferd kan forlenge fristen med 30 dager, selv om det foretrukne alternativet er at en fristforlengelse bør skje skriftlig jf. prinsippet om gjennomsiktighet. Forlenget frist ved konkludent adferd er tilfellet for eksempel dersom en leverandør leverer et nytt tilbud under forhandlinger, men ikke spesifiserer at vedståelsesfristen forlenges. I denne situasjonen er det åpenbart at leverandøren ønsker at tilbudet skal være bindende. Det kan likevel fort skje at både oppdragsgiver og leverandør overser å forlenge fristen i mer formelle former. Etter utvalgets syn er det ikke ønskelig at denne situasjonen fører til tvister om formaliteter. En innvending er at oppdragsgiver i denne situasjonen kan miste oversikten over at alle leverandørene gis lik mulighet til å forlenge vedståelsesfristen. Likebehandlingsprinsippet er likevel uansett ivaretatt ved at leverandørene gis lik mulighet til forhandling og revidering av tilbud.

Utvalget vil understreke at det er viktig at oppdragsgiver foretar en forsvarlig vurdering av fris-

tens lengde, for å unngå unødvendige kostnader. Dersom oppdragsgiver fastsetter lange vedståelsesfrister, kan dette medføre uheldige ulemper for leverandørene. For eksempel er det uheldig om fristens lengde begrenser leverandørenes evne til å levere andre kontrakter eller begrenser mindre leverandører fra å delta i konkurransen. Videre bør det unngås at fristens lengde medfører unødvendige økte kostnader for leverandørene som i sin tur kan medføre økte tilbudspriser. Det bør derfor fremgå fra lovteksten at unødvendig lange vedståelsesfrister bør unngås.

Utvalget har foreslått at formuleringen «forholdsmessig» brukes istedenfor anskaffelsesforskriften formulering om at fristen ikke skal være lenger enn det som er «nødvendig». Dette er ikke ment som en realitetsendring. Det sentrale er å sikre at oppdragsgivere fastsetter en realistisk frist som på den ene siden gir nok tid til å foreta en forsvarlig evaluering samt behandling av eventuelle klager, men på den andre siden ikke er så lang at det fører til unødvendige merkostnader og lavere deltakerinteresse.

Utvalget mener at oppdragsgivers mulighet til å spørre leverandørene om å forlenge vedståelsesfristen etter at den er utløpt, bør videreføres. Utvalget ønsker ikke å tidfeste grensen for når en slik forlengelse i realiteten innebærer en ulovlig direkteanskaffelse. Utvalget er enig med Håndhevingsutvalgets synspunkt om at «en måned åpenbart er for sent, mens en forespørsel fremsatt få dager etter fristens utløp åpenbart må være innenfor det akseptable».⁴⁴ Utvalget vil likevel understreke at det ikke bør være lengden etter vedståelsesfristens utløp som er det sentrale vurderingsmomentet, men hvorvidt den utsatte kontraktsoppstarten ville medført at andre tilbydere hadde deltatt i konkurransen, eller tilbudene ville fått et annet innhold.

Utvalget foreslår å fjerne lovtekstens presisering av at oppdragsgiver kan spørre «leverandørene som har gitt tilbud, og som ikke er avvist og ikke har fått sine tilbud forkastet etter § 23-11» om fristforlengelse. Begrunnelsen er at det ikke er nødvendig å presisere i lov at bestemmelsen gjelder for leverandører som er en del av konkurransen. Utvalget mener at det uansett kan ha gode grunner for seg at oppdragsgiver kan spørre om å forlenge vedståelsesfristen, også for leverandører som ikke er endelig avvist og kan komme inn igjen i konkurransen. Etter utvalgets syn bør ikke bestemmelsen stenge for dette. Det vil tvert imot føre til mindre god bruk av ressurser dersom en

⁴³ NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* kapittel 13.3.3.7 side 166

⁴⁴ Ibid. kapittel 13.3.3.7 side 166

avvist leverandør, etter klage, tas inn igjen i konkurransen, men ikke kan få tildelt kontrakten ettersom vedståelsesfristen til vedkommende leverandør er gått ut – mens de øvrige har fått sine oppfrisket. Etter utvalgets syn vil en slik løsning også kunne være i strid med håndhevingsdirektivene, som oppstiller krav om effektive klageprosesser, jf. håndhevingsdirektivene artikkel 2 nr. 8.

Boks 36.3 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår at:

- lov om offentlige anskaffelser, lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter, inneholder en bestemmelse om vedståelsesfrist.

Kapittel 37

Oppsigelse av kontrakt

37.1 Innledning

I første delutredning foreslo utvalget å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 73, som regulerer oppsigelse av kontrakter i ny lov om offentlige anskaffelser § 21-1. Artikkel 73 er ikke uttømmende, men angir en minimumsliste over hvilke tilfeller som må reguleres i nasjonal rett, jf. ordlyden «minst under følgende omstendigheter».¹ Minimumslisten viser til vesentlige endringer (bokstav a), at det foreligger obligatoriske avvisningsgrunner etter artikkel 57 nr. 1 på tidspunktet for kontraktstildelingen (bokstav b) eller at kontrakten er inngått i strid med EU-retten (bokstav c).

Utvalget ga i første delutredning samtidig uttrykk for at det kunne være hensiktsmessig å lovregulere andre forhold enn de som uttrykkelig er nevnt i artikkel 73, og ønsket å drøfte dette nærmere i andre delutredning i sammenheng med reglene om håndheving.

Forsyningsdirektivet artikkel 90 og konsepsjonskontraktdirektivet artikkel 44 inneholder tilsvarende bestemmelse som i anskaffelsesdirektivet artikkel 73. Den videre drøftelsen gjelder for anskaffelsesregelverket som sådan, men det er for å lette henvisningene kun vist til anskaffelsesdirektivets bestemmelser.

Den videre fremstillingen vil konsentrere seg om fem mulige grunnlag for oppsigelse.

37.2 Utvalgets vurdering

37.2.1 Oppsigelsesrett som følge av brudd på bestemmelser om samfunnshensyn

Utvalget har drøftet om det bør være en lovfestet rett for oppdragsgiver til å si opp en kontrakt som følge av brudd på kontraktsvilkår som omhandler samfunnshensyn. Med samfunnshensyn menes i denne sammenheng utvalgets forslag til nytt

kapittel 2 om blant annet klima- og miljø, lønns- og arbeidsvilkår og menneskerettigheter.

Utgangspunktet er avtalefrihet. Oppdragsgiver kan innta klausuler i kontrakten som gir rett til oppsigelse som følge av brudd på kontrakten, herunder bestemmelser for å ivareta samfunnshensyn. Anskaffelsesdirektivet åpner imidlertid for at medlemsstatene kan gi nasjonale bestemmelser om oppsigelse, ut over de tre tilfellene som eksplisitt er omhandlet i direktivet.

En lovfestet rett til oppsigelse kan utformes som en plikt for oppdragsgiver til å innta kontraktsvilkår om oppsigelse ved brudd på kontraktsvilkår om samfunnshensyn, eller som en lovfestet rett til å si opp en kontrakt som følge av slike brudd. En lovbestemt oppsigelsesrett vil gjelde uavhengig av om kontrakten regulerer dette, og som et tillegg til den alminnelige hevingsadgangen som uansett følger av bakgrunnsretten i tilfeller hvor det foreligger vesentlig mislighold av kontrakten.

Utvalget har i første delutredning foreslått i § 2-10 at oppdragsgiver har en plikt til å innta egnede sanksjoner ved brudd på kontraktsvilkår om samfunnshensyn. Under henvisning til avtalefriheten, pekte utvalget på at det bør overlates til oppdragsgiver å avgjøre hvilke sanksjoner som mer konkret bør oppstilles, så lenge de er egnet til å påvirke leverandøren til å oppfylle forpliktelsene knyttet til samfunnshensyn.

Utvalget har drøftet om lovforslaget bør gå lengre og inneholde en oppsigelsesrett ved brudd på samfunnsbestemmelsene, men konkludert med at de beste grunner taler imot dette.

Etter utvalgets syn bør oppdragsgiver ha frihet til å vurdere behovet for å innta klausuler om adgang til oppsigelse, i den enkelte kontrakt. En lovbestemt adgang til å si opp en kontrakt som følge av brudd på bestemmelser om samfunnshensyn, vil forskyve risikofordelingen i kontraktsforholdet, ved å gi oppdragsgiver en ensidig rett til å si opp en kontrakt uten at det foreligger vesentlig kontraktsbrudd, og uten et erstatningsrettslig vern til den aktuelle leverandør. En slik

¹ Se første delutredning kapittel 24.39

lovfestet oppsigelsesrett vil medføre økte kostnader ved at leverandører priser dette inn som et usikkerhetsmoment. Spesielt vil dette kunne gjøre seg gjeldende hvis oppdragsgiver benytter handlingsrommet til å stille ambisiøse krav relatert til samfunnshensyn og hvor det foreligger en reell risiko for at forhold, også utenfor leverandørens kontroll, vil kunne utløse oppsigelsesrett. Utsiktene til økte kostnader vil da kunne føre til at oppdragsgiver avstår fra å stille ambisiøse krav til ivaretagelse av samfunnshensyn, noe som vil være uheldig.

Utvalget vil i stedet understreke viktigheten av at oppdragsgiver fastsetter egnede, forholdsmessige sanksjoner på grunnlag av § 2-10, og at oppmerksomheten rettes mot å få korrekt kontraktsoppfyllelse gjennom egnede sanksjoner. Utvalget vil i denne sammenheng påpeke at det ikke er stengt for at oppdragsgiver, på grunnlag av § 2-10, og uansett på grunnlag av generell avtalefrihet, står fritt til å regulere oppsigelse i kontrakt som følge av brudd på kontraktsvilkår om samfunnshensyn.

Dersom det skulle innføres en lovbestemt rett til å si opp kontrakter som følge av brudd på samfunnsbestemmelsene, mener utvalget at en slik oppsigelsesrett må forbeholdes alvorlige brudd. I slike tilfeller vil det imidlertid trolig uansett foreligge grunnlag for å heve kontrakten. Utvalget ser derfor ikke noe reelt behov for en slik regulering.

37.2.2 Oppsigelsesrett som følge av en ulovlig direkteanskaffelse

I henhold til artikkel 73 bokstav a er det adgang til å si opp en kontrakt der det er gjort vesentlige endringer som innebærer at kontrakten må konkurransesettes på nytt. Innholdet av denne bestemmelsen er redegjort for i utvalgets første delutredning kapittel 24.39.

Ettersom denne bestemmelsen kun knytter seg til etterfølgende endringer av en i utgangspunktet lovlig inngått kontrakt, er det utvalgets syn at den ikke regulerer oppsigelse av ulovlig inngåtte kontrakter. Dette innebærer at bestemmelsen ikke hjemler en rett for oppdragsgiver til å si opp en ulovlig inngått kontrakt, som et supplement til domstolenes mulighet for å kjenne en kontrakt uten virkning innen de frister som gjelder for dette.

I forente saker 2021/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182 drøftet KOFA om oppdragsgiver har en generell adgang til å si opp en kontrakt som er en ulovlig direkteanskaffelse.² KOFA foretok en grundig gjennomgang av EU-kildene,

og konkluderte med at håndhevingsdirektivene ikke pålegger medlemsstatene en oppsigelsesplikt som supplement til sanksjonen uten virkning.³ KOFA vurderte deretter om de generelle EU/EØS-rettslige anskaffelsesprinsippene gir opphav til en plikt til oppsigelse i disse tilfellene, men kom til at de ikke gjør det.⁴ Samtidig fremholdt klagenemnda at medlemsstatene kan fastsette nasjonale løsninger, når disse er i tråd med prinsippene om effektivitet og ekvivalens.⁵ KOFA fant at ettersom det ikke forelå en uttrykkelig lovhjemmel som tilsa at det var adgang til å si opp kontraktene, forelå ikke en slik mulighet, men la til følgende:

Hensynet til konkurranse og en effektiv håndhevelse av ulovlige direkte anskaffelser må i dette tilfellet vike, fordi det ikke er en klar nok lovhjemmel i norsk rett til å oppstille en oppsigelsesplikt med et etterfølgende krav om kunnngjøring av anskaffelsen. Det innebærer at klage må fremsettes innen de frister som følger av anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, som for ulovlige direkte anskaffelser innebærer at klage må fremsettes innen to år fra kontrakten ble inngått.

Tilsvarende er også grundig vurdert av Strømsnes.⁶

Som utvalget har redegjort for i kapittel 32, utgjør ulovlige direkteanskaffelser det groveste bruddet på anskaffelsesreglene. Hensynet til konkurranse om offentlige kontrakter og effektiv håndheving tilsier etter utvalgets syn at det også må være adgang til å si opp en ulovlig inngått kontrakt, også utover fristen for å kjenne en kontrakt uten virkning.

Etter utvalgets syn gir det liten mening at oppdragsgiver har rett til å si opp en kontrakt der det er gjort en vesentlig endring som anses som en ulovlig direkteanskaffelse i medhold av artikkel 73 bokstav a, men ikke i tilfeller der kontrakten fra begynnelsen av er en ulovlig direkteanskaffelse. Hensynet til å gjenopprette konkurransen er etter utvalgets syn tilsvarende, om ikke større ved sistnevnte situasjon. Hertil kommer det også at etter fristen for å anlegge søksmål for å kjenne en kontrakt uten virkning, eller å ilegge overtredelses-

² KOFA-2021-1132 / 2021-1180 / 2021-1181 og 2021-1182 (forente saker) Bodø pensjonskasse

³ Ibid. avsnitt 15

⁴ Ibid. avsnitt 16

⁵ Ibid. avsnitt 21

⁶ Strømsnes 2021 kapittel 5

gebyr, er det ingen mulighet til å avslutte en slik kontrakt, slik ble slått fast av klagenemnda. Etter utvalgets syn er det uheldig at det er vanskeligere å få terminert en tidsbestemt kontrakt som hele tiden var ulovlig, enn en tidsbestemt kontrakt, som i utgangspunktet var lovlig, men der det er gjort ulovlige endringer.

Etter utvalgets syn kan dette avhjelpest enten ved at det innføres en oppsigelsesplikt eller ved at sanksjonen avkortning i forslag til ny § 27-6 ikke begrenses i tid, slik at domstolene eller Klagenemnda kan idømme denne sanksjonen også etter at det er mulig å kjenne en kontrakt uten virkning. Utvalget har falt ned på sistnevnte ettersom denne sanksjonen allerede er foreslått å gjelde som alternativ sanksjon ved ulovlige direkte anskaffelser.

37.2.3 Oppsigelsesrett etter anskaffelsesdirektivet artikkel 73 bokstav b

Oppsigelsesretten i henhold til artikkel 73 bokstav b knytter seg kun opp mot situasjonene listet i artikkel 57 nr. 1 (de obligatoriske avvisningsgrunnene). I udbudsloven § 185 er det derimot gitt oppsigelsesrett også for andre situasjoner enn det som følger av artikkel 57 nr. 1.

Etter utvalgets syn bør oppdragsgiver også ha rett til å si opp kontrakten dersom en leverandør er omfattet av en avvisningsrett i henhold til artikkel 57 nr. 2 og 4 (avvisning som følge av brudd på forpliktelser til å betale skatter og avgifter og frivillige avvisningsgrunner) på tidspunktet for signering av kontrakt. Manglende avvisning kan for eksempel skyldes at det er feil ved dokumentasjonen som leverandøren har sendt inn. Dersom oppdragsgiver etter tildeling av kontrakt blir kjent med forhold som gjør at oppdragsgiver ville hatt en avvisningsrett, bør oppdragsgiver ha mulighet til å si opp kontrakten. Utvalget foreslår derfor å utvide virkeområdet av oppsigelsesbestemmelsen sammenlignet med direktivet, til også å omfatte grunner som fremgår av artikkel 57 nr. 2 og nr. 4.⁷ Dette innebærer også en endring sammenlignet med anskaffelsesforskriften.

37.2.4 Oppsigelsesrett i kontraktsperioden som følge av visse avvisningsgrunner

Utvalget har vurdert om det bør innføres en rett til å si opp en kontrakt som følge av at leverandøren i løpet av kontraktsperioden blir omfattet av avvis-

ningsgrunnene i artikkel 57 nr. 1, 2 og 4, og ikke kan dokumentere sin integritet i medhold av artikkel 57 nr. 6.

I den danske udbudsloven ble dette regulert fra og med 2023. I henhold til § 185 nr. 1 tredje ledd har oppdragsgiver rett til å si opp en kontrakt der en leverandør blir omfattet av en avvisningsgrunnene i udbudsloven i løpet av kontraktsperioden, og leverandøren ikke har dokumentert tilstrekkelige avbøtende tiltak (*self-cleaning*).

Det følger av forarbeidene til udbudsloven at bestemmelsen vil bidra til å skape klarhet om oppdragsgivers adgang til å si opp en kontrakt i dens løpetid, dersom leverandøren blir omfattet av en avvisningsgrunn som angitt i udbudsloven.⁸ Oppsigelsesretten gjelder for avvisningsgrunnene som etter udbudsloven gir avvisningsrett dersom de foreligger på tildelingstidspunktet. Videre følger det at retten til å si opp kontrakten gjelder først der oppdragsgiver har meddelt leverandøren at den er omfattet av en avvisningsgrunn, og leverandøren har fått mulighet til å vise til avbøtende tiltak.⁹ Ifølge forarbeidene er det forventet at bestemmelsen vil føre til at leverandører som handler med det offentlige i større grad vil påse å overholde regler og forpliktelser i lovgivningen.¹⁰ Bestemmelsen ble innført som en av flere bestemmelser for å styrke adgangen til å utelukke leverandører fra offentlige anskaffelser.

Utvalget mener at det er grunn til å innføre en slik rett også i Norge. Etter utvalgets syn kan det være tilfeller der leverandøren underveis i kontraktsperioden omfattes av en av avvisningsgrunnene i artikkel 57 nr. 1, 2 eller 4 (obligatoriske og frivillige avvisningsgrunner, samt avvisning knyttet til brudd på forpliktelser til å betale skatter og avgifter). Det er ikke ønskelig fra et samfunnsmessig perspektiv at oppdragsgiver ikke har mulighet til å komme seg ut av en kontrakt dersom en leverandør blir omfattet av avvisningsgrunnene. En slik oppsigelsesrett vil også påse at leverandørene overholder regler og forpliktelser også ved gjennomføringen av en kontrakt.

37.2.5 Oppsigelsesplikt som følge av ulovlig tildelingsbeslutning

I tillegg til oppsigelsesretten som følger av direktivet, følger det av udbudsloven § 185 nr. 2 at oppdragsgiver har plikt til å si opp en kontrakt der-

⁸ Erhvervsministeren 2022 kommentarer til lovforslaget nr. 33

⁹ Ibid. kommentarer til lovforslaget nr. 33

¹⁰ Ibid. kommentarer til lovforslaget nr. 33

⁷ Dette er §§ 16-2 til 16-5 i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser

som en tildelingsbeslutning er annullert ved endelig avgjørelse i Klagenævnet, eller ved dom. Innholdet av bestemmelsen er redegjort for i digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark*. Bestemmelsen må sees i sammenheng med at det Klagenævnet kan komme frem til at en tildelingsbeslutning er ulovlig, også etter at kontrakt er inngått, jf. klagenævnsløven § 13 første ledd nr. 2.

Om bakgrunnen for bestemmelsen er det i forarbeidene fremholdt at en tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen ikke har rettsvirkning for den inngåtte kontrakten.¹¹ Dette medførte at en klager som hadde fått medhold i Klagenævnet om at tildelingsbeslutningen var ulovlig, likevel ikke oppnådde at kontrakten ble gjenstand for ny konkurranse. Som etter norsk rett var leverandørens eneste mulighet i slike tilfeller å kreve erstatning, men dette var (og er) «forbundet med store vanskeligheter». Det ble derfor lovfestet at kontrakter som er tildelt på bakgrunn av en i ettertid fastslått ulovlig tildelingsbeslutning, som et utgangspunkt kan og skal sies opp.¹²

Grunnvilkåret for oppsigelsesplikten er at en tildelingsbeslutning er satt til side ved en endelig avgjørelse eller dom. Med dette menes en avgjørelse som ikke lenger kan ankes.

Oppdragsgiver må gi leverandøren et passende varsel. Det fremgår av forarbeidene at hva som utgjør passende beror på de konkrete omstendighetene, herunder kontraktens karakter og den konkrete overtredelsen.¹³ I de tilfeller hvor oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse som følge av den annullerte tildelingsbeslutningen, må oppdragsgiver si opp kontrakten senest når den nye anskaffelsesprosessen er avsluttet.¹⁴

Det er gitt to unntak fra plikten til å si opp kontrakten.

For det første åpner bestemmelsen for at en kontrakt kan videreføres dersom det foreligger «særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse». Særlige forhold inkluderer vesentlige samfunnsinteresser, som offentlig sikkerhet, mennesker og dyrs liv og helse, eller der opphør av kontrakten vil medføre et ekstraordinært *værdispild*.¹⁵ I veiledningen til udbudsloven er det fremholdt at dette eksempelvis kan være tilfellet ved «[v]itale IT-systemer i sundhedssektoren eller

levering af vigtige sundhedsydelser kan konkret rettfærdiggøre en videreførelse af kontrakten». Samtidig understrekes det at det er tale om en ganske snever unntaksregel, og det må være tale om tungtveiende grunner før unntaket kommer til anvendelse.

Oppdragsgivers eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten på bakgrunn av dette unntaket, skal offentliggjøres på samme sted som anskaffelsesdokumentene, senest syv kalenderdager etter den endelige avgjørelsen eller dommen.

For det andre får oppsigelsesplikten ikke anvendelse i tilfeller der kontrakten er kjent uten virkning.

I tillegg til unntakene som følger av loven er det angitt i forarbeidene til bestemmelsen at en kontrakt kan videreføres, dersom leverandøren som er urettmessig forbigått ved tildelingen har fått erstatning for positiv kontraktsinteresse, i tillegg til at den leverandøren som faktisk har fått tildelt kontrakten, også skulle vært tildelt kontrakten, dersom den forbigåtte leverandøren ikke hadde inngitt tilbud.¹⁶

Utvalget har drøftet om det bør gis en tilsvarende bestemmelse i norsk rett.

Utvalgets flertall, bestående av *Fredriksen, Arve, Gjønnnes, Greaker, Gresseth, Karlstrøm og Tveit*, vil foreslå å innføre en regel lik den danske regelen. Oppsigelsesplikt ved tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen vil kunne bidra til å gjenopprette konkurransen om kontrakter som er tildelt i strid med anskaffelsesregelverket, noe som er klart ønskelig. Det vil også kunne bidra til at både oppdragsgiver og valgte leverandør ser seg tjente med å avvente KOFAAs vurdering av tildelingsbeslutningen, uten å fremtvinge en avgjørelse fra KOFA om å suspendere kontraktsinngåelsen. En oppsigelsesplikt som slår inn dersom tildelingsbeslutningen settes til side, vil slik bidra til å styrke den prekontraktuelle prøvingen av anskaffelsesregelverket og dermed også bidra til å redusere grunnlaget og behovet for etterfølgende erstatningssøksmål.

For flertallet veier det tungt at Danmark har hatt en slik oppsigelsesplikt siden 2016, uten at den synes å ha budt på de problemer som utvalgets mindretall frykter. Erfaringene fra Danmark er, så langt flertallet har kunnet finne ut av, gode. Utvalget er ikke kjent med at det fra noe hold er tatt til orde for at oppsigelsesplikten i § 185 nr. 2 bør oppheves eller justeres.¹⁷ De kontraktsretts-

¹¹ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport 2014 kommentarer til § 183 Ophør af kontrakt

¹² Ibid. kommentarer til § 183 Ophør af kontrakt

¹³ Ibid. side 253: kommentarer til § 183

¹⁴ Ibid. side 253: kommentarer til § 183

¹⁵ Ibid. side 253: kommentarer til § 183

¹⁶ Ibid. side 253: kommentarer til § 183

¹⁷ Udbudsloven ble senest endret i 2022, ved lov 2022-06-21 nr. 884

lige utfordringer som en lovbestemt oppsigelsesplikt kan gi opphav til, synes løst gjennom kontraktsvilkår som tar høyde for muligheten for at tildelingsbeslutningen settes til side av Klagenævnet.

Innvendingene knyttet til at det vil være situasjoner hvor oppsigelse ikke er en forholdsmessig følge av en ulovlig tildelingsbeslutning, kan etter flertallets syn ivaretas av unntak fra oppsigelsesplikten, slik som det er gjort i Danmark. Flertallet vil samtidig gi uttrykk for at listen for å gjøre unntak fra oppsigelsesplikten synes lagt noe høyt i Danmark, særlig når det kreves at et eventuelt *værdispild* må være ekstraordinært for å rettferdiggjøre unntak. Flertallet mener at terskelen for å gjøre unntak også i norsk rett kan formuleres som «særlige forhold», men at det bør presiseres i forarbeidene at dette ikke skal forstås like strengt som det de danske lovforarbeidene legger opp til.

Som i Danmark bør både leverandør og oppdragsgiver under en KOFA-sak kunne be KOFA uttale seg om hvorvidt det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten kan videreføres, jf. § 14a i klagenævnsløven.^{18 19} Flertallet foreslår å ta den inn i bestemmelsen om oppsigelsesplikt, men overlater til departementet å vurdere om denne reguleringen heller passer bedre i ny klagenemndsforordning.

Flertallet foreslår, lik den danske bestemmelsen, å klargjøre at oppdragsgiver skal offentliggjøre sin beslutning om hvorvidt man ønsker å videreføre kontrakten innen syv kalenderdager etter offentliggjøringen av endelig dom eller avgjørelse som annullerer tildelingsbeslutningen. Det bør settes en kort frist på 20 dager til å klage til KOFA over oppdragsgivers eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten, tilsvarende som i Danmark. Flertallet foreslår å regulere dette i bestemmelsen om oppsigelsesplikt, men overlater til departementet å vurdere om denne reguleringen heller passer bedre i ny klagenemndsforordning.

Utvalgsmedlemmene *Dankertsen Hennyng* og *Breiland* bemerker at bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Forslaget medfører en overimplementering og øker kompleksiteten i regelverket. Disse utvalgsmedlemmene mener at hensynet til partenes behov for å innrette seg etter kontrakten må veie tungt. Dersom en oppdragsgiver inngår kontrakt etter at KOFA har funnet at tildelingen er i tråd med regelverket, eller i en midlertidig avgjø-

relse ikke har opprettholdt suspensjonen, så må oppdragsgiver og leverandør kunne innrette seg i den tro at kontrakten består. Dette må gjelde selv om domstolen eller KOFA senere kommer til at tildelingen var ulovlig ved endelig avgjørelse. Det kan være gode grunner for at oppdragsgiver inngår kontrakt før endelig avgjørelse foreligger, for eksempel fordi det har oppstått et akutt behov. Dersom oppdragsgiver senere må si opp kontrakten, vil oppdragsgiver kunne bli erstatningsansvarlig både overfor kontraktsparten og den forbigåtte leverandøren dersom denne krever erstatning for positiv kontraktsinteresse. Videre vil oppdragsgiver måtte starte hele anskaffelsesprosessen på nytt, ettersom det ikke lenger foreligger bindende tilbud i den opprinnelige konkurransen. Den forbigåtte leverandøren vil således uansett ikke kunne komme i kontraktsposisjon, noe som kunne begrunnet en oppsigelsesplikt. Utfallet av ny konkurranse kan hertil resultere i at samme leverandøren vinner den nye konkurransen. Det oppstår videre spørsmål om hvordan oppdragsgiver skal få dekket behovet i mellomtiden. Disse utvalgsmedlemmene mener forslaget vil kunne virke prosessdrivende og føre til store økonomiske tap for oppdragsgiver. Det vil også føre til at oppdragsgiver fremstår som en usikker kontraktspart, noe som kan føre til økte priser ettersom denne usikkerheten vil måtte prises inn i leverandørens tilbud. Effekten av oppsigelsesplikten fremstår således som lite samfunnsøkonomisk og fremmer ikke effektiv bruk av samfunnets ressurser.

Mindretallet vil vise til at direktivet ikke krever at det innføres bestemmelser om oppsigelsesplikt ved ulovlige tildelingsbeslutninger. Videre mener mindretallet at utvalget ikke i tilstrekkelig grad har rukket å utrede alle de kontraktsrettslige implikasjoner som følger av en oppsigelsesplikt. Dette gjelder spesielt også ettersom Danmark har en annerledes innretning av erstatningsreglene, som gjør at det i liten grad utbetales erstatning som følge av brudd på anskaffelsesregelverket. Etter mindretallets syn taler dette imot å innføre en slik bestemmelse. Mindretallet mener også at utvalget ikke har hatt mulighet til grundig å undersøke hvordan bestemmelsen fungerer og praktiseres i Danmark, og mener at oppdragsgiver heller kan gis en oppsigelsesrett i slike tilfeller.

37.2.6 Kontraktsrettslige følger

De kontraktsrettslige følgene av oppsigelsespliktene bør reguleres i kontraktsvilkårene som oppdragsgiver utarbeider, supplert av alminnelig

¹⁸ Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 5. maj 2022

¹⁹ Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 22. december 2023

norsk kontraktsrett. Det er ikke noe behov for å særregulere dette i ny lov om offentlige anskaffelser. Dagens anskaffelsesforskrift inneholder ingen nærmere regulering av de kontraktsrettslige følgene av oppsigelsesmulighetene i § 28-3, og det gjør heller ikke den danske udbudsloven.

Utvalget vil likevel bemerke at behovet for å regulere en eventuell oppsigelse utløst av en lovbestemt oppsigelsesplikt vil øke med utvalgets forslag, og da særlig flertallets forslag om å lovfeste en oppsigelsesplikt i tilfeller hvor tildelingsbeslutningen settes til side av KOFA.

Utvalget gjør i denne anledning oppmerksom på at danske oppdragsgivere har flere års erfaring med å regulere oppsigelsesplikter i kontraktsvilkårene. Det foreligger flere danske standardvilkår som avskjærer erstatning for indirekte tap, driftstap og tapt fortjeneste, etablerer tak på oppdragsgivers eventuelle erstatningsansvar og avgrenser erstatningsvernet til tap som er oppstått i oppsigelsesperioden. Utvalget har også sett eksempler på kontraktsvilkår hvor erstatning avskjæres der leverandøren hadde eller burde hatt kjennskap til de faktiske og/eller rettslige omstendigheter som bevirket at kontrakten ble brakt til opphør i medhold av udbudsloven § 185 nr. 2. Som alt nevnt er inntrykket at oppsigelsesplikten etter udbudsloven § 185 nr. 2 ikke har foranlediget særskilte utfordringer i Danmark, heller ikke knyttet til de kontraktsrettslige følgene av en oppsigelse på dette grunnlag.

Boks 37.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- å utvide oppsigelsesretten som følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 73 bokstav b til også å omfatte avvisningsgrunner som gjelder manglende overholdelse av skatter og avgifter og de frivillige avvisningsgrunnene i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 21-1 bokstav b
- å innta en ny oppsigelsesrett i kontraktsperioden som følge av visse avvisningsgrunner i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 21-1 bokstav d
- å innta tilsvarende bestemmelser i forslag til lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter.

Utvalgets flertall foreslår:

- å innta en oppsigelsesplikt der en tildelingsbeslutning er kjent ulovlig ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 21-2
- å innta tilsvarende bestemmelse i forslag til lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter.

Del IX
Forsyningsdirektivet og
konsesjonskontraktdirektivet

Kapittel 38

Lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter

38.1 Innledning

Utvalget har fått i oppdrag å foreslå en ny samlet struktur for anskaffelsesregelverket, og utvalget har i første delutredning foreslått at de fire hoveddirektivene på anskaffelsesområdet gjennomføres i hver sin lov.¹ Dette innebærer fire nye lover på anskaffelsesområdet: lov om offentlige anskaffelser, lov om anskaffelser i forsyningssektorene, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsanskaffelser.

Som følge av et omfattende mandat og korte tidsfrister i første delutredning, valgte utvalget å utsette arbeidet med forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter til andre delutredning. I fremstillingen av anskaffelsesdirektivets bestemmelser, ble det likevel gjennomgående pekt på korresponderende bestemmelser i forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet.

Heller ikke tidsfristene for utvalgets andre delutredning har tillatt en like grundig gjennomgang av forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet som anskaffelsesdirektivet. Med utgangspunkt i to eksterne rapporter som inneholder en juridisk analyse av direktivet med tilhørende forslag til regulering og merknader, en for hvert direktiv, har utvalget likevel utarbeidet utkast til lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter. Disse er, etter utvalgets syn, er egnet for offentlig høring og videre arbeid i departementet.^{2 3} I dette kapitlet er det gitt en overordnet fremstilling av forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet. Det tilhørende lovutkastet er inntatt i kapittel 1.3 og 1.4. Forslag til spesialmerknader til disse lovene er inntatt i digitale vedlegg til denne utredningen.

¹ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*

² Advokatfirmaet Haavind AS 2023

³ Advokatfirmaet Thommessen AS 2023

38.2 Forsyningsdirektivet

38.2.1 Innledning

Forsyningsdirektivet ble vedtatt i EU 26. februar 2014, samtidig med vedtakelsen av nytt anskaffelsesdirektiv og nytt konsesjonskontraktdirektiv.

Forsyningsdirektivet gir prosedyreregler for anskaffelser i forsyningssektorene. Dette omfatter aktiviteter innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester. Det første direktivet om anskaffelser innen forsyningssektorene var direktiv 90/531/EF. Dette direktivet kom senere enn reglene for klassisk sektor, noe som henger sammen med at forsyningssektorene historisk har vært regulert ulikt i medlemsstatene. I noen medlemsstater har vann- og energiforsyning, transport og/eller posttjenester vært en integrert del av staten, mens de i andre stater har vært betrodd til virksomheter underlagt ulike former for særregulering.

Særegenhetene knyttet til vann- og energiforsyning, transport og posttjenester gjør seg langt på vei gjeldende også i dag. Det er snakk om tjenester av stor samfunnsmessig betydning som vedrører grunnleggende infrastruktur, og som derfor er gjenstand for særregulering i mange medlemsstater. Forsyningsdirektivet gjelder av denne grunn også for privatrettslige virksomheter (offentlige foretak og foretak som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av særlige rettigheter). Anskaffelsesdirektivet gjelder til sammenligning bare offentlige myndigheter og offentligrettslige organer. Det ligger en veileder på regjeringens nettsider, som redegjør nærmere for virkeområdet til forsyningsforskriften.⁴

Forsyningsdirektivet er bygget opp med samme struktur som anskaffelsesdirektivet, og det er mange bestemmelser som er helt eller tilnærmet like. Det finnes likevel noen bestemmel-

⁴ Virkeområdet for forsyningsforskriften

ser som er unike for dette direktivet. Reglene i forsyningsdirektivet er gjennomgående mindre detaljerte og mer fleksible enn reglene i anskaffelsesdirektivet, noe som skyldes særtrekkene ved vann- og energiforsyning, transport og posttjenester som grunnleggende infrastruktur.

Forsyningsdirektivet er gjennomført i norsk rett ved forsyningsforskriften av 8. desember 2016. Forslag til ny forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene ble sendt på høring sammen med forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, ny forskrift om offentlige anskaffelser og ny forskrift om konsesjonskontrakter.⁵ Forsyningsforskriften er omtalt i høringsnotat 3. Det vises også til kort omtale av forsyningsforskriften i utvalgets første delutredning.⁶

38.2.2 Forsyningsdirektivets virkeområde

Følgende aktiviteter anses som forsyningsaktiviteter etter bestemmelsene i forsyningsdirektivet artikkel 8 til 14:

- Produksjon, transport, distribusjon og forsyning av gass- og varme
- Produksjon, transport, distribusjon og forsyning av elektrisitet
- Produksjon, transport, distribusjon og forsyning av drikkevann
- Offentlige transporttjenester (transport med jernbane, automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss eller kabel)
- Utnyttelse av et geografisk område for å stille til rådighet havner og lufthavner
- Posttjenester
- Utnyttelse av et geografisk område til utvinning av olje og gass, samt leting etter eller utvinning av kull og andre typer fast brensel

Forsyningsdirektivet gjelder bare for kontrakter som tjener til utøvelsen av de omfattede aktivitetene. Det oppstilles altså et tilknytningskrav om at anskaffelsene må skje som ledd i utøvelsen av aktivitetene, eller på annen måte være knyttet til utøvelsen av disse for at direktivet skal få anvendelse. I EU-domstolens avgjørelse i C-521/18 *Pegaso* slo EU-domstolen fast i premiss 43 at:

«... alle aktiviteter, som faktisk tjener til utøvelsen af aktiviteter i sektoren for posttjenester, idet de gør det muligt at udøve disse aktiviteter på passende vis, henset til de normale

betingelser for udøvelsen heraf, med undtagelse af de aktiviteter, som udøves med andet formål end udøvelsen af den pågældende sektorspecifikke virksomhed, henhører under aktiviteter i forbindelse med tilrådighedsstillelse af posttjenester som omhandlet i denne bestemmelse.»⁷

I saken var spørsmålet om kontrakten hadde tilstrekkelig tilknytning til forsyningsaktiviteten posttjenester. De uttalelsene i avgjørelsen som er knyttet til forståelsen av tilknytningskravet har generell anvendelse også i relasjon til de andre forsyningsaktivitetene omfattet av direktivet.

Det er ikke oppstilt et krav om at kontrakten må være en nødvendighet for utøvelsen av forsyningsaktiviteten. Det er tilstrekkelig at kontrakten muliggjør «at udøve disse aktiviteter på passende vis». Med *på passende vis* vil oppdragsgivers innretning av aktiviteten et stykke på vei avgjøre hvilke kontrakter som vil omfattes av reglene om forsyningsaktiviteter. Dersom en oppdragsgiver for eksempel velger å tilby kiosksalg på en flyplass- eller havneterminal, og ønsker å inngå en slik kontrakt med en leverandør, vil kontrakten inngå som ledd i utøvelsen av en omfattet forsyningsaktivitet. Også kontrakter som ligger forut for etableringen av en forsyningsaktivitet kan omfattes av forsyningsreglene, forutsatt at de inngås med sikte på etableringen av en slik aktivitet. For eksempel omfattes kontrakter om hogst av skog til etablering av en flyplass.⁸

Dersom oppdragsgiver er et privatrettslig selskap, er konsekvensen av at forsyningsdirektivet ikke gjelder at man står fritt til å kontrahere på privatrettslig grunnlag. Dersom oppdragsgiver derimot er en offentlig oppdragsgiver underlagt anskaffelsesdirektivet, vil dette kunne komme til anvendelse.

Virkeområdet til forsyningsdirektivet gjennom omfattede aktiviteter må ses i sammenheng med at EU-kommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan kan treffe vedtak om fritak for såkalte liberaliserte sektorer.⁹ Et slikt vedtak kan treffes der en virksomhet som leverer vann- og energiforsyning, transport eller posttjenester er utsatt for direkte konkurranse i et marked, som det ikke er begrenset adgang til. I slike tilfeller er det ikke noe behov for å oppstille egne regler for hvordan virksomheten skal gjennomføre sine anskaffelser fordi markedskreftene tvinger virksomheten til å inn-

⁵ Nærings- og fiskeridepartementet – høring – nye bestemmelser i regelverket om offentlige anskaffelser 2015

⁶ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 5.4.3

⁷ C-521/18 *Pegaso*

⁸ KOFA 2021-1415 Rana kommune

⁹ Forsyningsdirektivet artikkel 34-35

rette sine anskaffelser slik at det blir konkurranse om dem. ESA har foreløpig truffet følgende vedtak om fritak i Norge:

- Vedtak av 22. mai 2012 om fritak for kraftsektoren vedrørende produksjon og videresalg av elektrisk kraft i grossistmarkedet¹⁰
- Vedtak av 30. april 2013 om fritak for oppstrøms petroleumsvirksomhet¹¹
- Vedtak av 6. juli 2015 om fritak for Posten Norge AS for enkelte posttjenester¹²
- Vedtak av 17. juni 2019 om fritak for busstransporttjenester¹³

Vedtakene er ikke tidsbegrenset, men baserer seg på den faktiske og rettslige situasjonen som det er vist til i søknaden og med forbehold om rett til endring ved endrede forutsetninger.

Liberalisering av ulike sektorer har også hatt betydning for utviklingen i hvilke sektorer som omfattes av direktivreguleringen av forsyningssektorene. Når en sektor er blitt liberalisert gjennom ny EU-lovgivning, har den blitt tatt ut ved neste revisjon av forsyningsdirektivet. Et eksempel på dette er telekommunikasjonssektoren. Forsyningsdirektivet fra 1993 omfattet visse anskaffelser foretatt av virksomheter som leverte telekom-tjenester, men da sektoren ble liberalisert i 1998 falt behovet for å regulere disse anskaffelsene bort. I forsyningsdirektivet fra 2004 var derfor telekommunikasjon ikke lenger omfattet.¹⁴ Samtidig ble det tatt inn et generelt unntak for telekommunikasjonsaktiviteter i anskaffelsesdirektivet, jf. artikkel 8 i dagens anskaffelsesdirektiv, slik at også eventuelle offentligrettslige virksomheter som fremdeles leverer slike tjenester, nå står fritt til å innrette sine anskaffelser på samme måte som de andre markedsaktørene. En tilsvarende utvikling har skjedd for visse posttjenester, jf. dagens anskaffelsesdirektiv artikkel 7, og for aktiviteter som gjelder leting etter olje og gass.

38.2.3 Omfattede oppdragsgivere

Følgende oppdragsgivere er omfattet av forsyningsdirektivet når de utøver forsyningsaktiviteter, jf. direktivets artikkel 3 og 4:

- Offentlige myndigheter (staten, fylkeskommunene og kommunene)
- Offentligrettslige organer (for eksempel foretak, stiftelser mv. som er kontrollert av offentlige myndigheter og som ikke er markedseksponerte)
- Offentlige foretak (foretak som er kontrollert av offentlige myndigheter og som er markeds-eksponerte)
- Private foretak som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av enerett eller særrett.

Forsyningsdirektivet gjelder altså både for offentlige og private forsyningsvirksomheter. Dette er bakgrunnen for at forsyningsdirektivet skiller mellom *oppdragsgivere* (dansk: *ordregivende enheder*; engelsk: *contracting entities*, som omfatter alle typer oppdragsgivere, og *offentlige oppdragsgivere* (dansk: *ordregivende myndigheter*; engelsk: *contracting authorities*), som bare omfatter offentlige myndigheter og offentligrettslige organer.¹⁵

Forskjellen på hvilke oppdragsgivere som er omfattet av henholdsvis forsyningsdirektivet og anskaffelsesdirektivet fremgår også av begrepene som brukes om kontrakter. Forsyningsdirektivet bruker i hovedsak begrepet *kontrakter*, mens anskaffelsesdirektivet i hovedsak bruker begrepet *offentlige kontrakter*. I det norske regelverket fra 2016 brukes samlebetegnelsen *oppdragsgiver* om både *ordregivende myndigheter* og *ordregivende enheder*, og begrepet *kontrakt* brukes i både anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Dette er en forenkling, og så langt utvalget har registrert har den ikke budt på praktiske problemer.

Offentlige myndigheter og offentligrettslige organer vil altså være omfattet av virkeområdet til både anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet. For å vurdere hvilket direktiv som må følges for en konkret anskaffelse, må det avgjøres hvilken aktivitet anskaffelsen skal understøtte. Hvis anskaffelsen skjer som ledd i utøvelsen av en forsyningsaktivitet, må oppdragsgiver følge forsyningsdirektivet. Skjer anskaffelsen derimot som ledd i utøvelse av andre aktiviteter, gjelder anskaffelsesdirektivet. Der en anskaffelse skal understøtte både forsyningsaktiviteter og andre aktiviteter, er det reglene om blandede anskaffelser som avgjør hvilket direktiv som skal gjelde.¹⁶

¹⁰ Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 189/12/COL

¹¹ Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 178/13/COL

¹² Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 227/15/COL

¹³ Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 042/19/COL

¹⁴ Forsyningsdirektivet 2004

¹⁵ Den norske oversettelsen av direktivet har flere feil når det gjelder å skille mellom begrepene «oppdragsgiver» og «offentlig oppdragsgiver». Se for eksempel artikkel 29 nr. 1, artikkel 44 nr. 1, artikkel 46 nr. 1 og artikkel 47 nr. 1.

¹⁶ Anskaffelsesloven kapittel 5 og forsyningsloven kapittel 5

38.2.4 Forsyningsaktivitetene

38.2.4.1 Innledning

De ulike forsyningsaktivitetene er beskrevet i forsyningsdirektivet artikkel 8 til artikkel 14 og omfatter aktiviteter innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester.

Forsyningssektoren består av aktiviteter som er av stor samfunnsmessig betydning og som vedrører grunnleggende infrastruktur. Med unntak av posttjenester gjelder alle aktivitetene utnyttelse av avgrensede geografiske områder og infrastruktur.

Forsyningsaktivitetene gass og varme, elektrisitet, drikkevann og til dels transport gjelder aktiviteter som er knyttet til levering eller drift av faste nett, og forsyning til slike nett. Nedenfor beskrives disse begrepene nærmere, med utgangspunkt i bestemmelsene om gass og varme og transport.

38.2.4.2 Gass og varme

Forsyningsdirektivet artikkel 8 nr. 1 lyder:

«Når det gjelder gass og varme, får dette direktiv anvendelse på følgende former for virksomhet:

- a) levering eller drift av faste nett beregnet på å yte en tjeneste til allmennheten i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av gass eller varme,
- b) forsyning av gass eller varme til slike nett.»

Tilsvarende begreper er benyttet i artikkel 9 nr. 1 bokstav a, artikkel 10 nr. 1 bokstav a og (delvis) i artikkel 11 første ledd.

Utvalget har foreslått å gjennomføre artikkel 8 nr. 1 med følgende ordlyd:

«Loven gjelder for følgende aktiviteter

- a. å stille til rådighet eller drive faste nettverk beregnet på å yte tjenester til offentligheten i forbindelse med produksjon, transport eller distribusjon av gass og varme
- b. å forsyne slike nettverk med gass eller varme. Forsyning omfatter produksjon, grossistsalg og detalj salg.»

Det å *stille til rådighet* et nettverk omfatter forvaltning av nettverket, herunder etablering av nettverk og øvrige disposisjoner som er nødvendige for at nettverkene skal kunne stilles til rådighet.

Dette inkluderer for eksempel prosjektering og oppføring av fjernvarmesentraler, eller rørdningsnett for varme.¹⁷ I EU-domstolens avgjørelse i C-388/17 *SJ* er det uttalt at *drift* skal forstås som bruk av en gjenstand eller utøvelse av en rettighet for å oppnå en inntekt.¹⁸ Det er altså eieren eller forvalteren av nettverket, infrastrukturforvalteren, som leverer (stiller til rådighet) nettverket.¹⁹ Avgjørelsen gjaldt forsyningsdirektivet artikkel 11 om transport, men det er samme begrepsbruk.

Med å *drive* et slikt nettverk menes anvendelse av nettverket til å oppnå inntekt.²⁰ Den som utnytter nettverket til produksjon, transport og distribusjon av gass eller varme, for eksempel etter avtale med eieren, med henblikk på å oppnå inntekt, er dermed omfattet av bestemmelsen.

Bestemmelsen gjelder kun «*faste nettverk*». Aktiviteter knyttet til midlertidige nettverk er dermed ikke omfattet. Når det gjelder gass, så vil for eksempel enkeltstående gasstanker ikke være omfattet av begrepet.²¹ Videre må aktiviteten være beregnet på å «yte tjenester til offentligheten». Dette betyr at anlegg som kun betjener kunder i et enkelt bygg eller avgrenset hytteområde eller lignende ikke er omfattet. Det er imidlertid ikke noe krav om at anlegget må være allment tilgjengelig. Det må antas at der et anlegg betjener et industriområde med flere ulike virksomheter, eller et boligområde med flere bygninger, vil anlegget være omfattet av reglene. Den nærmere grensedragningen må gjøres konkret i det enkelte tilfelle.

Begrepet *forsyning* er definert i forsyningsdirektivet artikkel 7 første punkt som sier at «i artikkel 8, 9 og 10 omfatter 'forsyning' produksjon, engrossalg og detalj salg.»

Det presiseres at *detalj salg* omfatter salg av gass eller varme til sluttbruker gjennom et nettverk som nevnt i bokstav a. Det er en viss uklarhet i ordlyden i forsyningsdirektivet, da *forsyning av* et nettverk, som definert i artikkel 8 nr. 1 bokstav b, ikke intuitivt omfatter salg til sluttbruker. Det er imidlertid i tråd med oppfatningen i juridisk teori at begrepet «detalj salg» omfatter salg til sluttbruker.²²

¹⁷ Virkeområdet for forsyningsforskriften punkt 3.2.1

¹⁸ C-388/17 *SJ* avsnitt 49

¹⁹ *Ibid.* avsnitt 50 til 53

²⁰ *Ibid.* avsnitt 49

²¹ Kjersti Holum Karlstrøm Marianne Dragsten og Lars Sørensen 2023 § 1-3 punkt 2.3

²² *Ibid.* § 1-3 punkt 2.2 med videre henvisninger

Boks 38.1 EU-domstolens sak C-388/17 SJ

«EU-domstolen tok i sak C-388/17 SJ stilling til om det svenske selskapet SJ AB var omfattet av forsyningsdirektivet. SJ er et selskap som driver med jernbanetransport, og kan sammenlignes med det norske selskapet VY. SJ hadde tildelt to kontrakter om rengjøring av tog uten å følge anskaffelsesregelverket. Det svenske Trafikverket var forpliktet til å innvilge alle søknader om tildeling av infrastrukturkapasitet fra jernbaneselskaper. SJ anførte at selskapet utførte transporttjenester under fri konkurranse på markedet og uten å motta statlig finansiering, og dermed ikke nøt noen særstilling ved bedømmelsen av tildeling av jernbanekapasitet. Dette utelukket imidlertid ikke at driftsvilkårene for jernbanevirksomheten SJ utførte, ble fastsatt av en kompetent myndighet. EU-domstolen viste til

at Trafikverket som infrastrukturforvalter hadde utarbeidet en nettveiledning med en redegjørelse for karakteren av infrastrukturen og opplysninger om vilkårene for adgang til jernbaneinfrastrukturen. Tildelingen av kapasitet i nettet var betinget av at søkeren oppfylte visse vilkår, herunder for hvordan virksomheten driver på jernbanenettet. SJs virksomhet var dermed underlagt begrensninger i den forretningsmessige friheten i betydelig grad. SJ var videre avhengig av tildelt kapasitet. Vilråene for SJs virksomhet var dermed fastsatt av en kompetent myndighet som infrastrukturforvalter.»

Kilde: Sitat fra Kjersti Holum Karlstrøm, Marianne Dragsten og Lars Sørensen, Forsyningsforskriften. Lovkommentar, § 1-6. Transport, Juridika

38.2.4.3 Transport

Forsyningsdirektivet artikkel 11 omhandler transport. Utvalget har foreslått at artikkel 11 første ledd gjennomføres i norsk rett med følgende ordlyd:

«Loven gjelder for aktivitetene å stille til rådighet eller drive rutenett beregnet på å yte transporttjenester til offentligheten med jernbane, automatiserte systemer, sporvei, trolleybuss, buss eller kabel.»

Det som er sagt ovenfor om begrepene å «stille til rådighet» og «drive» gjelder også for rutenett beregnet på å yte transporttjenester til offentligheten.

Det å stille et rutenett til rådighet omfatter blant annet etablering av den infrastruktur som er nødvendig for å utøve transportaktivitetene, for eksempel legging av jernbaneskiner eller oppføring av busskur. Anskaffelse av operatører, for eksempel til å kjøre fastsatte bussruter, er også omfattet.

Det kreves ikke at rutenettet er knyttet til skinner eller annen særskilt infrastruktur, også aktører som organiserer rutegående transport, for eksempel et selskap som setter opp bussruter eller jernbaneruter uten å selv eie infrastruktur, er omfattet, jf. EU-domstolens avgjørelse i C-388/17 SJ.²³

I EU-domstolens avgjørelse i C-388/17 SJ er det uttalt at «drift» skal forstås som bruk av en gjenstand eller utøvelse av en rettighet for å oppnå en inntekt.²⁴ Det er altså eieren eller forvalteren av nettverket, infrastrukturforvalteren, som leverer (stiller til rådighet) nettverket.²⁵

Et rutenett foreligger i henhold til artikkel 11 andre ledd «dersom tjenesten ytes på driftsvilkår, for eksempel vedrørende ruter, kapasitet og betjeningshyppighet, som er fastsatt av en vedkommende myndighet i en medlemsstat»

Kjøp av transporttjenester vil omfattes av *drift* og er derfor i utgangspunktet omfattet av forsyningsdirektivet. Det er imidlertid flere andre reguleringer som det må tas hensyn til. For det første må det trekkes en grense mot tjenestekonsesjonskontraktsreglene. Hvis kontrakten inngås som en konsesjonskontrakt, gjelder reglene i lov om konsesjonskontrakter. Det må også trekkes en grense mot tjenestekontrakter om offentlig transport med jernbane eller t-bane, jf. forsyningsdirektivet artikkel 21 bokstav g som unntar disse kontraktene. Slik transport er regulert av forskrift 17. desember 2010 nr. 1673 om offentlig persontransport, som gjennomfører EUs kollektivtransportforordning.²⁶

²³ C-388/17 SJ avsnitt 43

²⁴ Ibid. avsnitt 49

²⁵ Ibid. avsnitt 50 til 53

²⁶ Kollektivtransportforordningen 2007

Transporttjenestene må ytes *til offentligheten* for å være omfattet av forsyningsreglene. I dette ligger det at bedriftsinterne transportordninger, for eksempel utelukkende til ansatte, ikke er omfattet. Det samme vil gjelde for eksempel skoleskyssruter og pasienttransport som ikke kan benyttes av ordinære passasjerer.

Det kreves ikke at rutenettet er knyttet til skinner eller annen særskilt infrastruktur, og også aktører som organiserer rutegående transport, for eksempel et selskap som setter opp bussruter eller jernbaneruter uten å selv eie infrastruktur, er omfattet.²⁷

38.2.4.4 Øvrige forsyningsaktiviteter

De øvrige forsyningsaktivitetene er produksjon, transport, distribusjon og forsyning av henholdsvis elektrisitet og drikkevann, utnyttelse av et geografisk område for å stille til rådighet havner og lufthavner, posttjenester og utnyttelse av et geografisk område til utvinning av olje og gass samt leting etter eller utvinning av kull og andre typer fast brensel. Det vises til merknadene til de foreslåtte lovbestemmelsene i §§ 4-3 til 4-9.

38.2.5 Terskelverdier

Forsyningsdirektivet artikkel 15 angir tre ulike terskelverdier for kontrakter som er omfattet av direktivets bestemmelser. De ulike kategoriene av terskelverdier som er angitt, svarer i hovedsak til inndelingen i anskaffelsesdirektivet.

I artikkel 15 bokstav a er det fastsatt at terskelverdien for varekontrakter, tjenestekontrakter og plan- og designkonkurranser som er omfattet av direktivet utgjør 4,6 millioner kroner.²⁸ Det følger videre av artikkel 15 bokstav b at terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter er 57,8 millioner kroner.²⁹ Avslutningsvis følger det av artikkel 15 bokstav c at terskelverdien for kontrakter som omhandler sosiale og andre særlige tjenesteytelser er 10,4 millioner kroner.³⁰

Artikkel 16 gir konkrete føringer på hvordan anskaffelsens verdi skal beregnes.

Artikkel 17 gir bestemmelser om justering av terskelverdiene. Det følger av bestemmelsen at terskelverdien i artikkel 15 bokstavene a og b skal justeres annet hvert år, opp mot de relevante terskelverdiene i GPA-avtalen om offentlige innkjøp.

Terskelverdien for kontrakter om sosiale og andre særlige tjenesteytelser har stått uendret siden direktivet ble vedtatt i 2014, men i den norske forskriften er verdien nylig oppjustert fra 10 millioner kroner til 10,4 millioner kroner ved siste revisering.³¹

38.2.6 Kunngjøring av konkurransen

Reglene om kunngjøring er svært lik reglene i anskaffelsesdirektivet. En veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring kan brukes av alle oppdragsgivere, det er ikke noe unntak for statlige oppdragsgivere slik som i anskaffelsesdirektivet. Det er gitt egne bestemmelser om kunngjøring av en kvalifikasjonsordning i forsyningsdirektivet artikkel 68.

På samme måte som i anskaffelsesdirektivet har forsyningsdirektivet bestemmelser om hvilke opplysninger som skal inngå i kunngjøringen, og dette er listet i forskjellige vedlegg til direktivet.

38.2.7 Tildeling av kontrakt

Oppdragsgiver plikter å kunngjøre hvilken leverandør som har fått tildelt kontrakt innen 30 dager etter tildeling, jf. forsyningsdirektivet artikkel 70. Dette gjelder også kontrakter som er inngått ved anskaffelse gjennom en kvalifikasjonsordning.³² Det er en egen bestemmelse i artikkel 70 nr. 3 andre avsnitt som gjelder kunngjøring av kontrakt om forsknings- og utviklingstjenester. Bestemmelsen gjelder kun i forsyningssektorene og innebærer at oppdragsgiver kan begrense hvilke opplysninger som gis om tjenesten i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen.

38.2.8 Prosedyreregler

Oppdragsgivere i forsyningssektoren kan benytte alle de samme prosedyrereglene som i anskaffelsesdirektivet. Det er imidlertid større fleksibilitet ved at oppdragsgiver alltid kan velge å benytte konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog. Etter anskaffelsesdirektivet må visse vilkår være oppfylt for å kunne bruke disse prosedyrene.

Et annet eksempel på større fleksibilitet er gjennomføring av konkurranser med forhandling. Her oppstilles i anskaffelsesdirektivet en rekke detaljerte regler og forpliktelser.³³ Eksem-

²⁷ C-388/17 SJ avsnitt 43

²⁸ EUR 443 000

²⁹ EUR 5 538 000

³⁰ EUR 1 000 000

³¹ Forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser m.m 2024

³² Jf. forsyningsdirektivet vedlegg XII I nr. 5 bokstav a

³³ Anskaffelsesdirektivet artikkel 29

pelvis er oppdragsgivere etter anskaffelsesdirektivet forpliktet til å be om endelige tilbud, og det gjelder et forbud mot å forhandle om disse. I forsyningsdirektivet finnes det derimot ingen regler som regulerer forhandlingsfasen.

Også når det gjelder tidsfrister er det forskjeller mellom forsyningsdirektivet og anskaffelsesdirektivet. I forsyningsdirektivet er minimumsfristene i flere prosedyrer, både for å levere tilbud og søknad om å delta i konkurranser, betydelig kortere og oppdragsgivere har generelt et større handlingsrom til å avtale tidsfrister med leverandørene.

38.2.9 Kvalifikasjonskrav

Når det gjelder kvalifikasjonskrav, er systematikken noe annerledes i forsyningsdirektivet enn i anskaffelsesdirektivet.

I anskaffelsesdirektivet er det listet opp en rekke mulige kvalifikasjonskrav med tilhørende dokumentasjonskrav i artikkel 58 samt vedlegg XI og XII. Særlig når det gjelder kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner, medfører reglene om dokumentasjonskrav begrensninger for hvilke kvalifikasjonskrav som kan oppstilles.

Forsyningsdirektivet inneholder ikke en tilsvarende liste over mulige kvalifikasjonskrav og tilhørende dokumentasjonskrav. Det fremgår derimot at oppdragsgiver «kan fastsette objektive regler og kriterier for utvelging», jf. artikkel 78 nr. 1. Oppdragsgiver kan velge å oppstille andre objektive regler og kriterier for kvalifisering av leverandørene enn de som følger av anskaffelsesdirektivet. Det betyr at oppdragsgivere i forsyningssektorene har noe større fleksibilitet ved fastsettelse av kvalifikasjonskrav enn etter anskaffelsesloven. Det foreligger ikke rettspraksis som avklarer hvor stort handlingsrommet er, og hvilke regler og kriterier som kan oppstilles for kvalifisering.

Det følger videre av forsyningsdirektivet artikkel 80 at oppdragsgiver kan velge å benytte de kvalifikasjonskrav som er angitt i anskaffelsesdirektivets artikkel 58, på de vilkår som er fastsatt i anskaffelsesdirektivet. Det betyr at hvis oppdragsgiver for eksempel ønsker å oppstille et krav til leverandørenes årlige omsetning, så kan i utgangspunktet ikke kravet overstige to ganger den anslåtte verdien av kontrakten. Videre er det en plikt for offentlige oppdragsgivere å ta med avvisningsgrunnene i direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1 og 2. Dette er avvisningsgrunner knyttet til blant annet deltakelse i en kriminell

organisasjon, korrupsjon, terrorhandlinger med mer.

38.2.10 Avvisning

Kvalifikasjonskrav og avvisning behandles samlet i forsyningsdirektivet artikkel 78 og artikkel 80. Der oppdragsgiver har henvist til kvalifikasjonskravene etter anskaffelsesdirektivet, henvises det også til avvisningsreglene i anskaffelsesdirektivet 57, men med noe større grad av fleksibilitet. Det vises til kapittel 13.1.

38.2.11 Kvalifikasjonsordning

Etter forsyningsdirektivet har oppdragsgiver mulighet til å gjennomføre anskaffelser ved å bruke en såkalt kvalifikasjonsordning. En kvalifikasjonsordning er et register over kvalifiserte leverandører som er interesserte i bestemte typer kontrakter. Når oppdragsgiver skal inngå en konkret kontrakt, kan oppdragsgiver invitere de leverandørene som er tatt opp i ordningen direkte, uten å måtte kunngjøre den spesifikke kontrakten. Dette gir oppdragsgiver fleksibilitet både med tanke på kunngjøring og tidsfrister.

Etablering av en kvalifikasjonsordning skal kunngjøres, og kunngjøringen skal være aktiv i hele kvalifikasjonsordningens varighet. Leverandører skal kunne søke om opptak i kvalifikasjonsordningen i hele varigheten. Det skal føres en liste over leverandørene som er tatt opp i ordningen og listen kan deles inn i kategorier etter hvilke typer kontrakter de ulike kvalifikasjonskravene gjelder for.

Når oppdragsgiver skal gjennomføre en anskaffelse ved bruk av en kvalifikasjonsordning, skal kontrakten inngås etter reglene for begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurransepreget dialog eller konkurranse om innovasjonspartnerskap. Dette er to-trinns prosedyrer, hvor prekvalifisering gjøres helt eller delvis ved bruk av kvalifikasjonsordningen. Med delvis menes at man kan stille ytterligere kvalifikasjonskrav utover det som kreves for å bli tatt opp i ordningen for den enkelte anskaffelse. Oppdragsgiver kan bare invitere de leverandørene som er tatt opp i ordningen til å delta i konkurransen.

Kvalifikasjonsordninger er mye benyttet blant oppdragsgivere i forsyningssektorene, og mange bruker kvalifikasjonsordninger som administreres av en ekstern leverandør. Det kan kreves gebyr for behandling av søknad om opptak i ordningen og i forbindelse med oppdatering

eller opprettholdelse av en allerede oppnådd kvalifikasjon. Slike gebyrer skal i så fall stå i rimelig forhold til de faktiske kostnadene.

38.2.12 Endringer i kontrakt

Flere av bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet inneholder vilkår og begrensninger som ikke er å finne i de tilsvarende bestemmelsene i forsyningsdirektivet. Et eksempel på dette er reglene om endring av en kontrakt. Etter begge direktiv er det mulig å foreta visse endringer som gjelder nødvendige tilleggsleveranser, eller som er nødvendige som følge av uforutsette omstendigheter. Etter anskaffelsesdirektivet gjelder det imidlertid den begrensning at slike endringer ikke må overstige 50 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien.³⁴ En tilsvarende begrensning gjelder ikke etter forsyningsdirektivet.³⁵

38.3 Konesjonskontraktdirektivet

38.3.1 Innledning

Proseduren for tildeling av konsesjonskontrakter var i liten grad regulert frem til direktiv 2014/23/EU om tildeling av konsesjonskontrakter.³⁶ Før dette var tildeling av konsesjonskontrakter for bygge- og anleggsarbeider delvis omfattet av anskaffelsesdirektivet av 2004 (2004/18/EF), mens tildeling av konsesjonskontrakter for tjenester med grensekryssende interesse var omfattet av EØS-avtalens prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og ikke-diskriminering. Det fremgår av fortalen til konsesjonskontraktdirektivet at dette ledet til usikkerhet, og at konsesjonskontrakter i praksis var utilgjengelige for en rekke aktører, særlig små og mellomstore bedrifter.³⁷

Konesjonskontraktdirektivet fra 2014 omfatter både bygge- og anleggsarbeider og tjenester. I fortalen fremgår det at formålet med direktivet er å innføre balanserte og fleksible prosedyreregler for å styrke både oppdragsgivers og leverandørs rettssikkerhet og sikre effektiv og ikke-diskriminerende markedstilgang for alle aktører.³⁸

Direktivet er gjennomført i Norge i anskaffelsesloven, konsesjonskontraktforskriften og forsyningsforskriften. En studie av gjennomføringen av konsesjonskontraktdirektivet i ulike europeiske

land viser at det gjennomsnittlig inngås omtrent fire konsesjonskontrakter årlig i Norge, hvorav én av fire er en bygge- og anleggskontrakt.³⁹ Tallmaterialet utvalget har innhentet tilsier at det inngås flere enn fire konsesjonskontrakter årlig, se nærmere redegjørelse i kapittel 38.4.

EU-kommisjonen har gjort en vurdering av konsesjonskontraktdirektivet i 2023, og publisert en rapport om tildelingen av konsesjonskontrakter, påvirkningen på det indre marked og unntakene i direktivet.⁴⁰ Rapporten viser til at det er en økende grad av tildelinger av konsesjonskontrakter i EU. Antallet kontraktstildelinger av konsesjonskontrakter har omtrent doblet seg siden 2016, og fortsetter å øke.⁴¹

38.3.2 Forholdet mellom konsesjonskontraktdirektivet og de øvrige anskaffelsesdirektivene

En konsesjonskontrakt er en gjensidig bebyrdende kontrakt der en eller flere oppdragsgivere overdrar utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller yting og forvaltning av tjenester til en eller flere konsesjonsinnehavere, jf. direktivet artikkel 5. nr. 1 bokstav a og b. Vederlaget til konsesjonsinnehaveren består enten utelukkende av retten til å utnytte bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, eller av en slik rett sammen med betaling. Driftsrisikoen må være overført fra oppdragsgiver til konsesjonsinnehaveren. Konesjonskontrakter skiller seg fra andre kontrakter underlagt anskaffelsesregelverket ved at de, i tillegg til å gi konsesjonsinnehaveren rett og plikt til å levere kontraktens gjenstand, også gir rett til å utnytte denne. Hvilken type bygge- og anleggsarbeid eller hvilken type tjenester kontrakten regulerer, er uten betydning. Det er reguleringen av den økonomiske risikoen som er avgjørende for spørsmålet om det foreligger en konsesjonskontrakt.

Selv om flere av bestemmelsene i konsesjonskontraktdirektivet langt på vei er sammenfallende med bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet, er konsesjonskontraktdirektivet gjennomgående mer fleksibelt. Konesjonskontrakter er ofte komplekse, innebærer langvarige økonomiske forpliktelser og krever betydelige investeringer for at konsesjonsinnehaver skal kunne hente ut en gevinst. Oppdragsgiver har føl-

³⁴ Anskaffelsesdirektivets artikkel 72

³⁵ Forsyningsdirektivet artikkel 89

³⁶ Konesjonskontraktdirektivet 2014

³⁷ Fortalen premiss 1

³⁸ Fortalen premiss 1

³⁹ LE Europe Study on the implementation of the Concessions Directive 2021

⁴⁰ EU-kommisjonen COM (2023) 460 final 2023

⁴¹ Ibid. side 2

gelig også behov for en større grad av fleksibilitet i konkurransen.⁴²

Gjennom kontraktperioden kan det skje endringer i regler og øvrige rammebetingelser som påvirker utførelsen av konsesjonskontrakten og den økonomiske balansen i kontrakten. I forkant av vedtakelsen av konsesjonskontraktdirektivet ble forslaget til nye regler diskutert i juridisk teori,⁴³ og det ble stilt spørsmål om det først og fremst er endringer i selve kontraktperioden som skiller seg fra anskaffelser som inngås etter anskaffelsesdirektivet og ikke behovet for spesielle regler ved tildeling av kontrakten.

Fleksibiliteten kommer til uttrykk flere steder i direktivet, som for eksempel ved at:

- oppdragsgiver kan fritt utforme prosedyren som fører til valget av konsesjonsinnehaver
- oppdragsgiver har alltid adgang til å forhandle med leverandører
- tildelingskriteriene må ikke vektes, kun prioriteres

Fleksibiliteten begrenses av at oppdragsgiver må følge prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. I det følgende vil det redegjøres nærmere for konsesjonskontraktdirektivet, med særlig fokus på særegenhetene sammenlignet med anskaffelsesdirektivet.

38.3.3 Virkeområde

Konsesjonskontraktdirektivet gjelder både for oppdragsgivere i klassisk sektor og oppdragsgivere i forsyningssektoren. Direktivet gjelder både for bygge- og anleggskonsesjoner og tjenestekonsesjoner.

En konsesjonskontrakt er en gjensidig bebyrdende kontrakt der én eller flere oppdragsgivere overdrar utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller yting og forvaltning av tjenester til én eller flere konsesjonsinnehavere. Konsesjonen består av retten til å utnytte bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, eller av slik rett sammen med en betaling. For at det skal foreligge en konsesjonskontrakt skal driftsrisikoen overføres til konsesjonsinnehaver.

En tjenestekonsesjon kan for eksempel være tillatelse til å utplassere el-sparkesykler eller drift av et parkeringshus. En bygge- og anleggskonsesjon kan for eksempel foreligge når en entrepre-

nør overtar den økonomiske risikoen ved at vederlaget for oppføringen av bygget eller anlegget vil skje, helt eller delvis, gjennom senere utnyttelse og bruk. I Europa er sektorene med størst andel konsesjonskontrakter angitt å være «1) tjenester i forbindelse med hotel, restaurant og detalhandel, 2) fritids- og sportsaktiviteter samt kulturelle aktiviteter og 3) bygge- og anleggsarbeider».⁴⁴

Ved tildeling av en bygge- og anleggskonsesjon eller tjenestekonsesjon overføres driftsrisikoen til konsesjonsinnehaveren. Konsesjonsinnehaveren bærer da risikoen for å ikke få dekket sine investeringer eller driftskostnader. Risikoen må innebære en reell eksponering for svingninger i markedet.⁴⁵ Det må være en mulighet for at konsesjonsinnehaveren ikke tjener inn igjen investeringene og kostnadene gjennom driften av bygget, anlegget eller tjenesten under normale driftsforhold.⁴⁶ Dette kan for eksempel skyldes konkurranse fra andre virksomheter, at tilbudet av tjenester ikke oppfyller etterspørselen, at debitorer ikke vil være i stand til å betale for ytelsene eller at utgifter i forbindelse med driften ikke vil bli dekket ved inntektene. Driftsrisikoen anses ikke overført dersom oppdragsgiver kompenserer konsesjonsinnehaver for mulige tap ved å garantere inntekt som er minst like høy som konsesjonsinnehavers investeringer og kostnader i forbindelse med gjennomføring av kontrakten.⁴⁷

Hva som utgjør en konsesjonskontrakt, har vært behandlet av EU-domstolen i flere saker. I sak C-486/21 *Sharengo* ble EU-domstolen bedt av den slovenske domstolen om å uttale seg om begrepene konsesjon og offentlig kontrakt.⁴⁸ Domstolen slo fast at begrepene er selvstendige EU-rettslige begrep, som må fortolkes enhetlig innenfor EU. EU-domstolen uttalte følgende:

«... en koncesjon på tjenesteydelser adskiller sig fra en offentlig kontrakt ved at tildele koncesjonshaveren retten til eventuelt sammen med betaling af en pris at udnytte de tjenesteydelser, der er genstand for koncesjonen, idet koncesjonshaveren inden for rammerne af den indgåede kontrakt råder over en vis økonomisk frihed til at fastsætte betingelserne for udnyttelsen af den ret, som koncesjonshaveren har fået tildelt, og samtidig påtager sig

⁴² Se fortalen premiss 68.

⁴³ Sanchez-Graells 2012

⁴⁴ EU-kommisjonen COM (2023) 460 final 2023: side 4

⁴⁵ Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b.

⁴⁶ Se fortalen premiss 18

⁴⁷ Se fortalen premiss 18

⁴⁸ C-486/21 *Sharengo*

den risiko, der er forbundet med udnyttelsen af de pågældende tjenesteydelser...». ⁴⁹

Det er tilstrekkelig for å utgjøre en tjenestekonsejnskontrakt at risikoen forbundet med utnyttelsen av tjenesteytelsene er overført til konsesjonsinnehaveren. Domstolen slo for øvrig fast at CPV-kodifisering er uten betydning for klassifiseringen av om kontrakten er en tjenestekonsejnskontrakt. ⁵⁰

KOFA har behandlet flere saker som gjelder drosjetransport, hvor det har vært spørsmål om kontraktene var konsesjonskontrakter eller ordinære tjenestekontrakter. KOFA-2021-369 gjaldt en avtale om skoleskyss og bestillingstrafikk og en opsjon om enerett for drosjetransport. ⁵¹ Klagenemnda konkluderte med at den delen av avtalen som omfattet skoleskyssen og bestillingstrafikk var en tjenesteavtale, men at opsjonen om tildeling av enerett for drosjetransport var en konsesjonskontrakt. I opsjonen om enerett var risikoen overført til leverandøren, og leverandøren ville ikke motta vederlag for disse tjenestene, og driftsrisikoen var «således reell». I sak KOFA-2022-1582 vurderte KOFA en annen avtalte om skoleskyss og understreket at selv om det er gitt uforpliktende estimat om behovet for transport, og at behovet varierer, er ikke det tilstrekkelig for at driftsrisikoen er overført slik konsesjonskontraktforskriften krever. ⁵²

I forberedelsen av konsesjonskontraktdirektivet ble det stilt spørsmål ved om kravet til overføring av risiko hindrer avtaler som begrenser hvor stort tapet til leverandøren kan være, eller som innebærer en deling av risiko. ⁵³ Videre ble det pekt på at oppdragsgiver i mange situasjoner kan treffe beslutninger som påvirker leverandørens risiko i negativ og positiv retning. Dette kan for eksempel være beslutninger som påvirker bruken av tjenesten som konsesjonen gjelder. I slike tilfeller virker det hensiktsmessig at oppdragsgiver garanterer for at leverandørens investering ikke vil bli skadelidende som følge av oppdragsgivers beslutninger, men dette kan reise spørsmål om det påvirker at kontrakten anses som en konsesjonskontrakt. ⁵⁴ Det er ikke funnet rettspraksis som nærmere belyser dette.

Unntaksbestemmelsene om hvilke konsesjonskontrakter som likevel ikke faller innenfor

anvendelsesområde til direktivet, er langt på vei sammenfallende med unntaksbestemmelsene i anskaffelsesdirektivet. Det er likevel enkelte særbestemmelser. Konsesjonskontraktdirektivet unntar blant annet kontrakter som tildeles på grunnlag av en lisens etter lufttransportforordningen, kontrakter som er underlagt kollektivtransportforordningen, kontrakter som tildeles private virksomheter på grunnlag av en enerett i forbindelse med aktiviteter i forsyningssektorene, kontrakter om vannforsyningsvirksomhet, kontrakter om lotteritjenester og enkelte særlige kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet. ^{55 56}

Utenom unntaket for vannforsyningsvirksomhet, gjelder samtlige unntak aktivitet som er regulert av sektorspesifikt EØS-regelverk.

Direktivet oppstiller også en regulering av inngåelsen av kontrakter som gjelder sosiale og andre særlige tjenesteytelser. Direktivet pålegger oppdragsgiver i slike tilfeller å kunngjøre konkurransen og å kunngjøre konsesjonstildelingen. Reglene om håndheving får også anvendelse for slike konsesjoner.

38.3.4 Terskelverdier

Konsesjonskontraktdirektivet har én terskelverdi, som oppdateres annethvert år. Terskelverdien på 57,8 millioner kroner er lik terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter i klassisk sektor og forsyningssektoren, men ligger betydelig høyere enn terskelverdiene som gjelder for tjenestekontrakter i disse direktivene. Dette skyldes at konsesjonskontrakter generelt er store og komplekse, og at medlemsstatene skal sikres fleksibilitet ved anvendelsen av regelverket.

Konsesjonskontraktdirektivet regulerer både tjenestekonsejnsjoner og bygge- og anleggskonsejnsjoner, men det er bare den terskelverdien som gjelder bygge- og anleggskonsejnsjoner som er knyttet opp mot en korresponderende terskelverdi i WTO-avtalen om offentlige innkjøp. ⁵⁷ Dette følger av konsesjonskontraktdirektivet artikkel 9, som viser til at EU-kommisjonen annet hvert år skal oppdatere terskelverdien for *bygge- og anleggskonsejnsjoner* slik at denne svarer til terskelverdien som fremgår av WTO-avtalen om offentlige innkjøp.

⁴⁹ Ibid. avsnitt 60

⁵⁰ Ibid. avsnitt 70 til 73

⁵¹ KOFA-2021-369 Viken Fylkeskommune

⁵² KOFA-2022-1582 Tysvær kommune

⁵³ Sanchez-Graells 2012

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Lufttransportforordningen 2008

⁵⁶ Kollektivtransportforordningen 2007

⁵⁷ Terskelverdier i GPA er omtalt som «Special Drawing Rights», se NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 24.19.

Anvendelsen av samme terskelverdi for både bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter medfører at det ikke er nødvendig å klassifisere en konsesjonskontrakt som enten en bygge- og anleggskontrakt eller en tjenestekontrakt. Konsesjoner kan ofte inneholde elementer av begge deler.⁵⁸

Verdien av en konsesjon skal være konsesjonsinnehaverens samlede omsetning i kontraktens løpetid, uten merverdiavgift, slik det er anslått av oppdragsgiveren. Verdifastsettelse er ofte mer utfordrende for konsesjonskontrakter enn for andre kontrakter. Mens oppdragsgiver i andre tilfeller betaler for kontraktsgjenstanden slik den er definert i konkurransegrunnlaget, vil betalingen ved konsesjonskontrakter helt eller delvis komme fra tredjeparter, ligge (tidvis langt) frem i tid og være mer usikker. Det gir verdifastsettelsen en usikker karakter, noe som også er anerkjent i EU-domstolens praksis.⁵⁹

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder derfor mer detaljerte bestemmelser om verdifastsettelsen enn det som følger av de øvrige direktivene.⁶⁰ Dersom kontraktens verdi på tidspunktet for tildeling er mer enn 20 prosent høyere enn den anslåtte verdien ved kunngjøringen, skal verdien på tildelingstidspunktet legges til grunn. Dette gir i praksis oppdragsgiver en feilmargen på 20 prosent ved estimering av kontraktsverdien. Samtidig må oppdragsgiver beregne verdien ved hjelp av en egen metode som er nedfelt i direktivet.⁶¹

38.3.5 Kunngjøring av konkurransen

Reglene om kunngjøring ligner på reglene i anskaffelsesdirektivet, men har en betydelig enklere utforming. Konsesjonskontraktdirektivet stiller krav om at oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen om en konsesjonskontrakt gjennom en konsesjonskunngjøring. Anskaffelsesdirektivet oppstiller to kunngjøringstyper, veiledende og alminnelig kunngjøring, og inneholder også nærmere reguleringer av hvilke oppdragsgivere som kan benytte de ulike kunngjøringene, og hvilken konkurranseform som benyttes. Konsesjonskontraktdirektivet har bare én kunngjøringstype.

På samme måte som i anskaffelsesdirektivet har konsesjonskontraktdirektivet bestemmelser om hvilke opplysninger som skal inngå i kunn-

gjøringen, og dette er listet i forskjellige vedlegg til direktivet.

Konsesjonskontraktdirektivet oppstiller også enkelte unntak fra kunngjøringsplikten, og disse unntakene svarer til noen av unntakene som fremgår av anskaffelsesdirektivet.

38.3.6 Tildeling av kontrakt

Oppdragsgiver plikter å kunngjøre hvilken leverandør som har fått tildelt konsesjonskontrakten innen 48 dager etter tildeling, jf. artikkel 31 nr. 7. Tilsvarende frist i klassisk sektor og forsyningssektoren er 30 dager.

38.3.7 Prosedyreregler

På bakgrunn av konsesjonskontraktens karakter, fremgår det av direktivets fortale at oppdragsgiver har behov for betydelig fleksibilitet ved utformingen av konkurransegrunnlaget og gjennomføring av konkurransen.⁶² Behovet for fleksibilitet var også en av de sentrale problemstillingene som ble spilt inn av interessenter i forbindelse med arbeidet med direktivet.⁶³

Bestemmelsene om gjennomføring av konkurransen er av denne grunn mindre omfattende i konsesjonskontraktdirektivet enn i anskaffelsesdirektivet. Mens anskaffelsesdirektivet har egne prosedyrer, med relativt høy grad av detaljregulering, har oppdragsgiver etter konsesjonskontraktdirektivet stor frihet til å bestemme hvordan konkurransen skal gjennomføres.

Det følger imidlertid av artikkel 37 nr. 4 at oppdragsgiver må forplikte seg til en nærmere organisering av konkurransen og kommunisere dette sammen med tidsfrister til deltakerne. Fleksibiliteten begrenses ytterligere av at oppdragsgiver må følge prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, som fastslått av EU-domstolen.⁶⁴ Dette innebærer blant annet at oppdragsgiver er bundet av de reglene som er fastsatt for konkurransen, og at reglene som er fastsatt må anvendes likt overfor alle tilbydere.⁶⁵

⁶² Fortalen premiss 68

⁶³ Commission staff working document COM(2011) 897 final SEC(2011) 1589 final

⁶⁴ Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 3

⁶⁵ Se også, som et digitalt vedlegg til første delutredning, en rapport om prinsippene i EØS-retten for anskaffelser under EØS-terskelverdi, av advokat Simen Hammersvik. Rapporten redegjør for hvordan EU-domstolen tolker prinsippene i EØS-retten, anvendt på anskaffelser som ikke er omfattet av anskaffelsesdirektivene.

⁵⁸ Arrowsmith 2018 side 30

⁵⁹ C-486/21 Sharengo avsnitt 79

⁶⁰ Jf. artikkel 8 nr. 2 og 3

⁶¹ Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 8

I prosedyrer med flere steg er det i juridisk teori stilt spørsmål ved om oppdragsgiver kan vente med å utforme og gi informasjon som ikke eksplisitt må være angitt i kunngjøringen eller konsesjonsdokumentene. Dette kan for eksempel være underkriterier som blir brukt i evalueringen. Det er ikke funnet avklarende rettspraksis om dette.

Oppdragsgiver kan etter konsesjonskontraktdirektivet forhandle med leverandørene, men må overholde de begrensningene som følger av prinsippene. Det følger av artikkel 37 nr. 6 at kontraktens gjenstand, tildelingskriteriene eller minstekravene ikke må endres gjennom forhandlingene.

Det er uklart om prinsippene skal anvendes ulikt i de ulike direktivene. I teorien er det vist til at den fleksibilitet som oppdragsgiver nyter ved inngåelsen av kontrakter etter konsesjonskontraktdirektivet også tilsier at det er handlingsrom ved anvendelsen av de generelle prinsippene.⁶⁶

38.3.8 Kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

Bestemmelsene om kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier er mindre omfattende i konsesjonskontraktdirektivet enn i anskaffelsesdirektivet. I tillegg inneholder konsesjonskontraktdirektivet enkelte særregler om kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier.

Det følger av artikkel 38 nr. 1 at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørenes faglige og tekniske dyktighet og finansielle og økonomiske evne. Kvalifikasjonskravene skal være knyttet til og stå i forhold til behovet for å sikre at konsesjonsinnehaveren er i stand til å oppfylle kontrakten. Til forskjell fra anskaffelsesdirektivet oppstiller ikke konsesjonskontraktdirektivet detaljer om hvilke typer krav som kan fastsettes, eller hvilken dokumentasjon som kan etterspørres. Oppdragsgiver har dermed en videre skjønnsmargin både med hensyn til kvalifikasjonskravene og de tilhørende dokumentasjonskravene.

Reglene for tildelingskriterier er betydelig mindre omfattende enn i anskaffelsesdirektivet.⁶⁷ Tildelingskriteriene skal brukes for å identifisere tilbudet som gir en «samlet økonomisk fordel», men det gis, i motsetning til anskaffelsesdirektivet, ingen eksempler. Det fremgår imidlertid av artikkel 41 nr. 2 at tildelingskriteriene kan være miljømessige, sosiale eller innovasjonsrelaterte.

Oppdragsgiver trenger ikke å vekte tildelingskriteriene, men skal angi dem i prioritert rekkefølge, jf. artikkel 41 nr. 3. Rekkefølgen kan dessuten, riktignok bare i særlige tilfeller, justeres for å ta hensyn til innovative løsninger, jf. kapittel 38.3.9.

Også tildelingskriteriene må være i samsvar med kravene til likebehandling, ikke-diskriminering, gjennomsiktighet og forholdsmessighet.⁶⁸ Det innebærer blant annet at tildelingskriteriene skal følges av dokumentasjonskrav som gjør det mulig å etterprøve leverandørenes opplysninger.

38.3.9 Valg av tilbud når det foreslås en innovativ løsning

Oppdragsgiver kan endre rekkefølgen på tildelingskriteriene i særskilte tilfeller, jf. artikkel 41 nr. 3. Dette gjelder dersom det mottas et tilbud som foreslår en innovativ løsning med funksjonstelse på et ekstraordinært nivå, såfremt en akt-som oppdragsgiver ikke kunne forutsett en slik innovativ løsning. Unntaket gir oppdragsgiver anledning til å ta hensyn til de muligheter som den innovative løsningen gir.

Ved endringer av rekkefølgen på tildelingskriteriene skal oppdragsgiver underrette alle leverandører, og utstede ny invitasjon til å inngi tilbyd eller utlyse ny konkurranse. Endringen skal ikke føre til forskjellsbehandling.⁶⁹

38.3.10 Konsesjonens varighet

Konsesjoner skal være tidsbegrenset, jf. artikkel 18 nr. 1. Varigheten fastsettes av oppdragsgiver på grunnlag av bygge- og anleggsarbeidene som skal utføres, eller tjenestene som skal ytes. Dersom en konsesjon har en varighet på mer enn fem år, skal varigheten ikke overstige den tiden det tar før konsesjonsinnehaver har mulighet til å tjene inn sine investeringer, samt få en avkastning på den investerte kapitalen. Ved vurderingen, skal det tas hensyn både til førsteinvesteringer og investeringer i konsesjonens løpetid.

Bestemmelsen har ingen direkte parallell i anskaffelsesdirektivet. Det kan imidlertid nevnes at for rammeavtaler inngått i medhold av anskaffelsesdirektivet gjelder det som hovedregel at en rammeavtale ikke kan vare mer enn fire år. For andre kontrakter er det ikke regulert i anskaffelsesdirektivet hvor lang kontraktsperioden kan være. Det må foretas en konkret vurdering av hvil-

⁶⁶ Arrowsmith 2018 side 52-54

⁶⁷ Jf. artikkel 41

⁶⁸ Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 3

⁶⁹ Jf. artikkel 41 nr. 3 andre ledd.

ken varighet som er egnet til å sikre best mulig tilbud fra det aktuelle leverandørmarkedet, best mulig behovsdekning for oppdragsgiver gjennom hele kontraktens varighet og en konkurransesituasjon i leverandørmarkedet som også sikrer gode tilbud for påfølgende kontraktperioder.

Det følger av fortalen til konsesjonskontrakt-direktivet premiss 52 at bakgrunnen for tidsbegrensningen er at svært langvarige kontrakter vil kunne ha utestengende effekt og dermed hindre fri bevegelse av tjenester og etableringsfrihet. I sak C-451/08 *Helmut Müller* viste EU-domstolen til at tungtveiende grunner, særlig hensynet til konkurranse, taler for at en konsesjonskontrakt uten en tidsbegrensning er i strid med EU-retten.⁷⁰ Konsesjoner med lang varighet kan imidlertid rettferdiggjøres dersom det er nødvendig for å sikre at konsesjonsinnehaver har mulighet til å få avkastning på sine investeringer, jf. artikkel 18. nr. 2.

Reglene om varighet på en konsesjonskontrakt vil i praksis bero på en helhetlig vurdering, hvor oppdragsgiver må balansere hensynet mellom reell konkurranse om den aktuelle kontrakten, og konkurranse i markedet på lengre sikt.

38.3.11 Avvisning

Bestemmelsene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren er i stor grad sammenfallende med avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesdirektivet, med unntak av en særregel som gjelder for konsesjonskontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet, der det kan dokumenteres at en sikkerhetsrisiko ikke kan utelukkes.

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder ingen bestemmelser om avvisning på grunn av formalfeil og på grunn av forhold ved tilbudet.

⁷⁰ C-451/08 *Helmut Müller*

38.3.12 Endringer i kontrakt

Konsesjonskontrakter omfatter vanligvis langsiktige og sammensatte tekniske og finansielle ordninger, og er utsatt for endrede omstendigheter. EU-lovgiver anså det derfor som nødvendig å avklare vilkårene for når endringer i en konsesjonskontrakt krever gjennomføring av ny konkurranse.⁷¹ Reglene om endring av kontrakt i konsesjonskontraktdirektivet kodifiserer relevant rettspraksis fra EU-domstolen.

Ifølge fortalen premiss 76 gir endringsadgangen oppdragsgiver en viss grad av fleksibilitet til å tilpasse konsesjonen til nye ytre omstendigheter, sett i lys av at gjennomføringen av konsesjonen kan strekke seg over lang tid. Det er i juridisk teori blitt stilt spørsmål ved om reglene om endring av kontrakt er tilstrekkelig fleksible i situasjoner hvor det skjer endringer i ytre omstendigheter.⁷² Konsesjonskontrakter er ofte langvarige, og det kan skje endringer i regulatoriske forhold. Dette medfører at reglene ikke bør tolkes så strengt at det hindrer at den økonomiske balansen i avtalen opprettholdes.⁷³

38.4 Statistikk

Tallmateriale som utvalget har innhentet viser at de fleste kunngjøringene av konkurranser skjer i henhold til anskaffelsesforskriften, se nærmere i tabell 38.1. Antall kunngjøringer i henhold til forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften utgjør en liten andel. Samtidig er anskaffelser i forsyningssektorene og anskaffelser som skjer i form av konsesjonskontrakter generelt nokså store.

⁷¹ Fortalen premiss 75

⁷² Sanchez-Graells 2012

⁷³ Ibid.

Tabell 38.1 Antall kunngjøringer av konkurranser (inkl. frivillige) på Doffin i 2022 fordelt på forskrifter

Forskrifter	Kunngjøringer	Andel
Anskaffelsesforskriften	9 699	92 prosent
Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser	46	~ 0 prosent
Forsyningsforskriften	749	7 prosent
Konsesjonskontrakt-forskriften	86	~ 1 prosent
<i>Sum</i>	<i>10 580</i>	<i>100 prosent</i>

Kilde: Oslo Economics, Doffin/DFØ

Tabell 38.2 Estimert verdi av offentlige anskaffelser fordelt på forskrifter

Forskrifter	Estimert verdi
Anskaffelsesforskriften	~370–450 mrd. kroner
Forsyningsforskriften	85,6 mrd. kroner
Konsesjonskontraktforskriften	42 mrd. kroner
<i>Sum</i>	<i>~497–577 mrd. kroner</i>

Kilde: Oslo Economics, Doffin/DFØ

Tabell 38.3 Antall kunngjøringer av vare- og tjenestekonkurranser iht. forsyningsforskriften i 2022

Del av forskrift	Antall kunngjøringer	Andel
Under EØS-terskelverdi (FOR del 1)	175	42 prosent
Over EØS-terskelverdi (FOR del II)	239	58 prosent
<i>Totalt</i>	<i>414</i>	<i>100 prosent</i>

Kilde: Oslo Economics, Doffin/DFØ

Tabell 38.4 Antall kunngjøringer av bygg og anleggskonkurranser iht. forsyningsforskriften i 2022

Del av forskrift	Antall kunngjøringer	Andel
Under EØS-terskelverdi (FOR del 1)	251	76 prosent
Over EØS-terskelverdi (FOR del II)	79	24 prosent
<i>Totalt</i>	<i>330</i>	<i>100 prosent</i>

Kilde: Oslo Economics, Doffin/DFØ

Tabell 38.1 illustrerer at de langt fleste anskaffelser, 92 prosent, reguleres av anskaffelsesforskriften, 7 prosent av forsyningsforskriften og under 1 prosent av konsesjonskontraktforskriften.

Oslo Economics har i rapport til anskaffelsesutvalget om offentlige anskaffelser i 2022 lagt til grunn at gjennomsnittlig verdi per kontrakt etter henholdsvis forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften er på om lag 115 millioner kroner og 489 millioner kroner. I rapporten er anslått samlet verdi for offentlige anskaffelser i henhold til forsyningsforskriften på 85,6 milliarder kroner og i henhold til konsesjonskontraktforskriften på 42 milliarder kroner, som vist i tabell 38.2. Det bemerkes at estimatene er svært usikre, og reelt sett trolig er større.

Estimert verdi av offentlige anskaffelser etter anskaffelsesforskriften er anslått til 370–450 milli-

arder kroner. Dette tilsier en gjennomsnittlig størrelse på rundt 20 millioner kroner på slike kontrakter. Det betyr at anskaffelser etter forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften i snitt er betydelig større enn anskaffelser etter anskaffelsesforskriften.

Tabell 38.3 viser at 58 prosent av kunngjøringene av vare- og tjenestekonkurranser i henhold til forsyningsforskriften i 2022 hadde verdier som lå over EØS-terskelverdi, mens 42 prosent lå under EØS-terskelverdi.

Tabell 38.4 viser at 76 prosent av kunngjøringene av bygg og anleggskonkurranser i henhold til forsyningsforskriften i 2022 hadde verdier over EØS-terskelverdi, mens 24 prosent hadde verdier under EØS-terskelverdi.

Tabell 38.5 viser at det i 2022 ble kunngjort 86 kontrakter som fulgte reglene i konsesjonskontraktforskriften. 59 prosent av kunngjøringene var

Tabell 38.5 Antall kunngjøringer av konkurranser iht. konsesjonskontraktforskriften i 2022

Del av forskrift	Antall kunngjøringer	Andel
Under EØS-terskelverdi (FOR del I)	51	59 prosent
Over EØS-terskelverdi (FOR del II)	35	41 prosent
<i>Totalt</i>	<i>86</i>	<i>100 prosent</i>

Kilde: Oslo Economics, Doffin/DFØ

under EØS-terskelverdi, mens 41 prosent var over EØS-terskelverdi.

Når det gjelder bestemmelser om håndheving, har utvalget drøftet strukturelle spørsmål i kapittel 38.5.5.

38.5 Utvalgets vurdering

38.5.1 Overordnet om utvalgets forslag

Utvalget har i første delutredning redegjort for hvorfor forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet, på samme måte som anskaffelsesdirektivet, bør gjennomføres på lovs nivå.⁷⁴ Samtidig konkluderte utvalget med at det ikke er hensiktsmessig å prøve og innarbeide direktivene i en felles lov for alle offentlige anskaffelser.⁷⁵ Den mest brukervennlige løsningen, som samtidig også best får frem reglenes EØS-rettslige opphav, er at forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet gjennomføres i hver sin lov. Utvalgets utkast til lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter er inntatt i kapittel 1.

Utvalget vil samtidig bemerke at det innenfor den tid som utvalget har hatt til rådighet, ikke har vært anledning til å gjøre et dypdykk i reguleringen av forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter. Siden langt de fleste anskaffelser reguleres av anskaffelsesdirektivet, har utvalget funnet det riktig å prioritere arbeidet med dette direktivet.

I arbeidet med utkastene til lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter har utvalget prioritert selve gjennomføringen av forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet. Enkelte øvrige bestemmelser i disse to lovene bør koordineres med den endelige utformingen av den nye anskaffelsesloven. Utvalget nøyer seg derfor i hovedsak med å vise til de forslag til de tilsvarende bestemmelsene i ny anskaffelseslov som fremkommer av utvalgets første delutredning.

38.5.2 Formålsbestemmelser

Etter utvalget syn bør lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter innledes med en formålsbestemmelse som er sydd over samme lest som § 1-1 i forslaget til ny anskaffelseslov. Det er riktignok slik at den EØS-rettslige reguleringen i forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet er mer fleksibel og «lettere» enn reguleringen i anskaffelsesdirektivet, noe som isolert sett kanskje kan tilsi en tilsvarende «lett» formålsbestemmelse. Mot dette kan det imidlertid innvendes at mer fleksible regler øker viktigheten av en veiledende formålsbestemmelse, som angir hvilke hensyn lovgiver forventer at oppdragsgiver tar. Utvalget minner i denne sammenheng om at det ikke er slik at det kan utledes konkrete rettslige forpliktelser av formålsbestemmelsen i ny anskaffelseslov.⁷⁶ Etter utvalgets syn vil det være unødig kompliserende med avvikende formålsbestemmelser i de tre lovene, jf. også mandatets overordnede mål om enklest mulig regelverk.

Utvalgets syn er at lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter innledes med en formålsbestemmelse som tilsvarende den som er foreslått i § 1-1 i forslaget til ny anskaffelseslov. I tråd med utvalgets drøftelser i kapittel 4, har utvalget inntatt ytterligere et strekpunkt om sikkerhets- og beredskapshensyn.

38.5.3 Samfunnshensyn

I utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, har utvalget foreslått å samle bestemmelsene om samfunnshensyn i et nytt kapittel 2 i loven. Utvalget mener at også ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjons-

⁷⁴ NOU 2023: 26, kapittel 8.1.

⁷⁵ Ibid, kapittel 8.2.

⁷⁶ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*: kapittel 11

kontrakter bør inneholde et dedikert kapittel om samfunnshensyn, sydd over samme lest som kapittel 2 i forslaget til ny anskaffelseslov.

På tilsvarende vis som for formålsbestemmelsene kan det anføres at den EØS-rettslige reguleringen i forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet er mer fleksibel og «lettere» enn reguleringen i anskaffelsesdirektivet, og at dette kan tilsi en tilsvarende «lett» regulering av samfunnshensyn. Samtidig lar det seg vanskelig hevde at samfunnshensyn er mindre viktige for anskaffelser i forsyningssektorene eller for anskaffelser som skjer i form av konsesjonskontrakter. At antall anskaffelser i disse kategoriene er relativt få, er ikke i seg selv noe argument for en lettelse i plikten til å ta samfunnshensyn. Anskaffelsene i forsyningssektorene og anskaffelser som skjer i form av konsesjonskontrakter er dessuten ofte større enn mange av anskaffelsene som vil bli regulert av ny anskaffelseslov. Også forholdsmessighetsbetraktninger taler derfor imot en lettere regulering av samfunnshensyn.

Hensynet til den forenkling som ligger i like regler er et ytterligere argument for at ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter bør regulere samfunnshensyn på samme måte som i ny anskaffelseslov. Dette hensynet gjør seg særlig gjeldende ved gjennomføringen av anskaffelser om blandede kontrakter som kan deles opp, hvor en oppdragsgiver deler opp en kontrakt, og kontrakten følger reglene i to eller flere av lovene på anskaffelsesområdet.

I noen tilfeller er det uten videre klart at bestemmelser i kapittel 2 i forslaget til ny anskaffelseslov må gjenfinnes i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og/eller lov om konsesjonskontrakter. For eksempel er det i ny anskaffelseslov foreslått hjemmel til å gjennomføre standardiserte minimumskrav (§ 2-3), og de forslagene som per nå foreligger fra EU-kommisjonen retter seg mot anskaffelser som gjennomføres etter både anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet – noe som innebærer at lov om anskaffelser i forsyningssektorene må ha en tilsvarende bestemmelse. Et annet eksempel er utvalgets forslag til bestemmelse om grønn omstilling. Hele samfunnet skal gjennomføre en omstilling mot et lavutslippssamfunn innen 2050, og i dette perspektivet virker det unaturlig ikke å regulere klima- og miljøkrav i lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter på samme vis som i anskaffelsesloven. Et tredje eksempel er enkelte av bestemmelsene om lønns- og arbeidsvilkår som er gjennomføring av

konvensjonsforpliktelser som gjelder for alle anskaffelser.⁷⁷

Samtidig erkjenner utvalget at det kan være særlige forhold knyttet til visse anskaffelser i forsyningssektorene og/eller anskaffelser som skjer i form av konsesjonskontrakter som tilsier at det er behov for tilpasninger i reguleringen av samfunnshensyn. Utvalget har hatt begrenset mulighet til å gå inn på dette, og ser seg derfor nødt til å overlate problemstillingen til høringsrunden og departementets oppfølging av denne.

38.5.4 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Utvalget har i første delutredning foreslått tre lovbestemmelser i ny lov om offentlige anskaffelser som regulerer anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det er foreslått én bestemmelse om vare- og tjenesteanskaffelser (§ 3-1), én bestemmelse om bygge- og anleggsanskaffelser (§ 3-2) og én bestemmelse om anskaffelser med klar grensekryssende interesse (§ 3-3).

Som omtalt i kapittel 38.2.5 og 38.3.4 er EØS-tersklene for forsyningssektorene og for konsesjonskontrakter vesentlig høyere enn for anskaffelser som følger anskaffelsesdirektivet – henholdsvis 4,6 millioner kroner eksklusive merverdiavgift for forsyningssektorene og 57,8 millioner for konsesjonskontrakter. Spørsmålet om hvilke regler som bør gjelde under EØS-terskelverdi kan derfor være praktisk viktig.

I dansk rett er direktivene om forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter gjennomført med bekendtgørelser (forskrifter) med hjemmel i udbudsloven § 194. I de respektive bekendtgørelsene er det ikke gitt regler om anskaffelser under terskelverdiene. Udbudsloven stadfester i § 2 at prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet gjelder ved gjennomføring av anskaffelser som følger reglene i loven del II til IV. Hjemmelsbestemmelsen for de to bekendtgørelsene er i loven del VI, og faller således utenfor denne henvisningen. I udbudsloven § 3 er prinsippet om ikke-diskriminering lovfestet, og dette prinsippet har ikke et avgrenset anvendelsesområde, og må derfor antas å komme til anvendelse ved bekendtgørelser gitt i medhold av § 194.

I svensk rett gjelder de direktivfestede prinsippene for anskaffelser under terskelverdi, og i tillegg er det gitt enkelte regler om direkteanskaffelser for anskaffelser som ikke er regulert av direktivene.

⁷⁷ Ibid. se kapittel 16

Sverige og Danmark er uansett, gjennom sine EU-medlemskap, forpliktet til å følge rettspraksis fra EU-domstolen, herunder de forpliktelsene som gjelder for anskaffelser under terskelverdi med klar grensekryssende interesse.

I norsk rett, i forsyningsforskriften og i konsesjonskontraktforskriften, er det ikke gitt egne nasjonale regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi. For disse anskaffelsene gjelder i dag kun prinsippene i anskaffelsesloven § 4.

Utvalget foreslår å videreføre en relativt «lett» regulering av anskaffelser i forsyningssektorene og særlig anskaffelser som skjer i form av konsesjonskontrakter. Utvalget foreslår at det gis to lovbestemmelser som regulerer anskaffelser under EØS-terskelverdi.

For det første foreslår utvalget at det som i ny anskaffelseslov er foreslått som § 3-1, også tas inn i lov om forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter. Etter utvalgets syn er det nødvendig med noen føringer på anskaffelser under EØS-terskelverdi som ikke er regulert av EØS-retten, og dette behovet synliggjøres ved at det jf. punkt 38.4 over er et ikke ubetydelig antall kontrakter som faller i denne kategorien. Basert på antall kunngjøringer som ble foretatt i 2022, kan det synes som at om lag 477 kontrakter vil reguleres av en slik bestemmelse.

Utvalgets forslag til § 3-1 i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og konsesjonskontrakter stiller krav om at oppdragsgiver skal sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår, og offentliggjør at kontrakt er inngått. Bestemmelsen stiller også enkelte krav til oppdragsgivers fremgangsmåte i anskaffelsesprosessen, herunder at oppdragsgiver skal overholde forvaltningsrettslige prinsipper. Utvalget viser til første delutredning, for en nærmere redegjørelse av bestemmelsens innhold.⁷⁸

Til forskjell fra utvalgets forslag til ny anskaffelseslov, fremstår det ikke som nødvendig eller hensiktsmessig å foreslå noen særegen regulering av bygge- og anleggsanskaffelser. Det vises til utvalgets forslag til § 3-2 i ny anskaffelseslov. Bakgrunnen er at det er et langt større antall anskaffelser som blir regulert av anskaffelsesloven, og det var der et behov for en mer nyansert regulering av bygge- og anleggskontrakter. Siden antallet av kontrakter under terskelverdi i forsyningssektorene og konsesjonskontrakter er langt lavere, jf. statistikken over kunngjøringer inntatt under punkt 38.4, foreslår utvalget ikke å regulere dette særskilt for disse to lovene.

I forlengelsen av utvalgets forslag til ny § 3-1, blir det også naturlig at lov om forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter innehar en avgrensning mot anskaffelser av svært lav verdi, på samme måte som utvalgets forslag til anskaffelseslov. Utvalget foreslår således at alle tre lover på anskaffelsesområdet opererer med en nedre terskelverdi på 300 000 kroner. Utvalget viser til første delutredningen for en nærmere begrunnelse av denne terskelverdien, og hvordan den bør inflasjonsjusteres med jevne mellomrom for å unngå at terskelen reelt sett senkes for hvert år.⁷⁹

For det andre foreslår utvalget at ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene og konsesjonskontrakter har en lovbestemmelse som regulerer kontrakter med klar grensekryssende interesse, som følge av særegne forhold ved den aktuelle anskaffelsen. Dette er for å kodifisere EU-domstolens rettspraksis for anskaffelser under terskelverdi, som Norge uansett er forpliktet til å følge. Utvalget viser til første delutredning, der utvalget påpekte at bestemmelsen må ansees å ha et snevert anvendelsesområde og at det må antas at det skal en del til før en anskaffelse under terskelverdiene har klar grensekryssende interesse.⁸⁰ Forslaget vil innebære en delvis videreføring av gjeldende rett, så langt prinsippene i § 4 i anskaffelsesloven fra 2016 gjennomfører EØS-rettslige prinsipper. De komponenter av § 4 som per i dag er av et rent nasjonalt innhold foreslås ikke videreført, uten at dette antas å medføre store materielle endringer.

38.5.5 Bestemmelser om håndheving

Utvalget har vurdert om lov om forsyningsanskaffelser og lov om konsesjonskontrakter bør inneholde egne bestemmelser om håndheving, eller om det kan være tilstrekkelig å vise til bestemmelsene om håndheving i ny anskaffelseslov. I Danmark er håndhevingsdirektivene i utgangspunktet gjennomført i lov om Klagenævnet for Udbud, men i Sverige inneholder alle de fire lovene på anskaffelsesområdet bestemmelser om håndheving.⁸¹ Utvalget har funnet fordeler og ulemper ved ulike tilnærminger.

På den ene siden kan det hevdes at det er hensiktsmessig at også lov om forsyningsanskaffelser og konsesjonskontrakter er «komplette», i den

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Se NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* særlig kapittel 23, herunder 23.6.3 og på side 406.

⁸¹ Reglene om håndheving er gitt i LOU og LUF kapittel 20 til 22, og i LUK og LUFs kapittel 16 til 18.

⁷⁸ Ibid. kapittel 22.5

forstand at de inneholder alle relevante bestemmelser for å gjennomføre en anskaffelse, også i de tilfeller det oppstår uoverensstemmelser eller tvister knyttet til gjennomføringen av en anskaffelse. En slik tilnærming vil også kunne åpne for å hensynta særlige forhold ved håndheving knyttet til anvendelsesområdet for de ulike direktivene, for eksempel har EU valgt å gi et eget direktiv om håndheving av anskaffelser som foretas i forsyningssektorene. Dette kan tilsi, jf. også utvalgets drøftelser av strukturelle spørsmål i første delutredning, at Norge også følger EU når det gjelder håndheving. I så fall oppstår spørsmålet om hvordan dette skal håndteres for konsesjonskontrakter, som både kan falle inn under håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene eller klassisk sektor, alt ettersom hva anskaffelsen gjelder.

På den andre siden kan det fremstå som uhenksmessig at det gis 20 til 30 lovbestemmelser i alle tre, og etter hvert fire, lover på anskaffelsesområdet, som i hovedsak vil være utformet på samme måte. For rettsanvendere vil det også kunne bli anstrengende å gjenfinne rettspraksis og lovkommentarer knyttet til et spesifikt tema, ettersom en slik løsning også vil kreve oppslag på Lovdata i flere lover som inneholder samme bestemmelse.

Utvalget har landet på at den mest hensiktsmessige fremgangsmåten vil være at ny lov om offentlige anskaffelser inneholder bestemmelser om håndheving, og at øvrige lover på området viser tilbake til anskaffelsesloven. Etter utvalgets syn vil en slik strukturell løsning være ryddig og oversiktlig samt være best egnet for å fremme en ensartet tolkning og praksis. I lov om forsyningsanskaffelser bør det gis enkelte tilleggsbestemmelser som er tilpasset forsyningssektorene. For det første bør særbestemmelsen om verneting for anskaffelser i oljesektoren videreføres, som i gjeldende forsyningsforskrift er angitt i § 28-1. Utvalget foreslår samtidig å oppdatere fra «Stavanger tingrett» til «Sør-Rogaland tingrett» i tråd med endringene som følge av domstolsreformen. Med utvalgets forslag til nye erstatningsregler, er det ikke nødvendig at lov om forsyningsanskaffelser inneholder en særskilt regulering av erstatning for negativ kontraktsinteresse jf. håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7.⁸²

38.5.6 Vurdering av om det kan oppstilles krav om vekting av tildelingskriterier etter konsesjonskontraktdirektivet

Utvalget har sett nærmere på spørsmålet om en ny lov om konsesjonskontrakter kan ha en regel om tretti prosent vekting av klima- og miljø som tildelingskriterium. Spørsmålet har særlig aktualitet jf. skjerpede krav til klima- og miljø som trådte i kraft 1. januar 2024.⁸³ Vektingskravet ble da ikke innført for konsesjonskontrakter.

I anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet er det plikt til å oppgi tildelingskriterienes relative vekt. For konsesjonskontrakter har EU-lovgiver eksplisitt valgt å innføre mer fleksible regler for tildelingskriteriene, og tildelingskriteriene skal angis i prioritert rekkefølge. Spørsmålet er om direktivet gir handlingsrom på dette punkt, og om det *kunne* vært tillatt å oppstille en regel om vekting av klima- og miljøkrav i konsesjonskontrakter.

Det må vurderes om en vektingsregel vil begrense oppdragsgivers mulighet til å utnytte det handlingsrommet som direktivet for øvrig legger opp til, og om det vil være i tråd med det formål og de betingelser som følger av direktivet.

Det følger av fortalen til konsesjonskontraktdirektivet at det er hensiktsmessig å fastsette en minste grad av samordning av nasjonale framgangsmåter ved tildeling av konsesjonskontrakter over en viss verdi, på grunnlag av prinsippene i TEUV for å sikre at konsesjonene åpnes for konkurranse og at rettssikkerheten er tilstrekkelig.⁸⁴ Videre presiseres det at disse bestemmelsene om samordning ikke bør gå lenger enn det som er nødvendig for å nå overnevnte mål og for å sikre en viss fleksibilitet. Det vises også til at medlemsstatene bør ha mulighet til å utfylle og videreutvikle disse bestemmelsene dersom de mener det er hensiktsmessig, og særlig for bedre å sikre samsvar med de overnevnte prinsippene.

Selv om fortalen eksplisitt trekker frem muligheten medlemsstatene (herunder også EØS-statene) bør ha til å utfylle og videreutvikle bestemmelsene i direktivet, presiseres det at denne muligheten særlig bør foreligge for å bedre sikre reglenes samsvar med de overnevnte prinsippene. Det vil derfor være relevant å vurdere om eventuelle miljøregler som stiller krav til en bestemt prioritering eller vekting er i overensstemmelse med disse prinsippene, og i det aller minste må det vurderes om det vil være motstrid mellom en slik

⁸² Se nærmere omtale i kapittel 34.

⁸³ FOR-2023-08-01-1305

⁸⁴ Fortalen premiss 8

regel og disse prinsippene. Ved motstrid vil direktivet legge begrensning på nasjonale myndigheters mulighet til å innføre en slik regel.

Hensynet til å ha forenklede regler og større fleksibilitet for konsesjonskontrakter taler etter utvalgets syn for at lovgiver som et generelt utgangspunkt bør være tilbakeholden med å innføre strengere regler enn det direktivet legger opp til, og som følgelig begrenser valgfriheten som er tiltenkt på dette området. Dette har også vært lagt til grunn av nasjonal lovgiver tidligere.⁸⁵ Som nevnt i kapittel 38.3.7 var behovet for fleksibilitet en av de sentrale innspillene som EU mottok i forbindelse med utarbeidelsen av direktivet. Oppdragsgivers behov for fleksibilitet ved utformingen av anskaffelsesdokumentene og gjennomføring av konkurransen er trukket frem flere steder.

Utvalget vil peke på at en eventuell vektingsregel vil kunne komme i konflikt med konsesjonskontraktdirektivet artikkel 41 nr. 3. Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan endre tildelingskriteriene hvis et tilbud foreslår en ekstraordinær innovativ løsning. En vektingsregel vil kunne gå utover denne type fleksibilitet i direktivet. Utvalget mener det er uheldig. Videre, i første delutredning viste utvalget til at den grønne omstillingen særlig forutsetter innovasjon, og etter utvalgets syn vil bestemmelsen i konsesjonskontraktdirektivet artikkel 41 nr. 3 åpne for at tilbud med innovative løsninger, herunder grønne innovative løsninger, vil få bedre anledning til å nå frem i en konkurranse.

Utvalget finner ikke grunn til endelig å konkludere på dette spørsmålet, men vil understreke at både EU-lovgiver og nasjonal lovgiver har hatt særlig oppmerksomhet rettet mot fleksibilitet når det gjelder konsesjonskontrakter. Samtidig er det vanskelig å se for seg at EU-lovgiver har tenkt at fleksibiliteten skal stenge for nasjonale initiativer, men likevel at eventuell utøving av nasjonalt hand-

lingsrom ikke kan gå ut over andre bestemmelser i direktivet.

Utvalget vil uansett fremheve forslagene som ble fremsatt i første delutredning, og som hadde til formål å bidra til den grønne omstillingen.⁸⁶ I utvalgets forslag til en ny klima- og miljøbestemmelse, tok utvalget til ordet for at klima- og miljøhensyn best kan ivaretas gjennom at oppdragsgiver stiller krav til ytelsen. En slik bestemmelse er etter utvalgets syn bedre i samsvar med fleksibiliteten i konsesjonskontraktdirektivet.

Boks 38.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at forsyningsdirektivet gjennomføres i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
- at konsesjonskontraktdirektivet gjennomføres i ny lov om konsesjonskontrakter
- at begge lover innledes med en formålsbestemmelse som § 1-1 i utkast til ny anskaffelseslov
- at begge lover inneholder et kapittel 2 om samfunnshensyn som kapittel 2 i utkast til ny anskaffelseslov
- at begge lover har en nedre terskelverdi på 300 000 kroner
- at begge lover stiller krav om at anskaffelsen skal skje på markedsmessige vilkår under EØS-terskelverdi
- at begge lover kodifiserer EU-domstolens praksis om krav til anskaffelser under terskelverdi med klar grensekryssende interesse
- at anskaffelseslovens bestemmelser om håndheving gjelder tilsvarende for kontrakter omfattet av forsyningsloven og konsesjonskontraktloven, men at det gis enkelte særbestemmelser i forsyningsloven.

⁸⁵ Prop. 51 L (2015–2016): kapittel 8.3

⁸⁶ NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*: kapittel 14

Del X
Avsluttende del

Kapittel 39

Administrative bestemmelser

39.1 Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

39.1.1 Innledning

I anskaffelsesdirektivene er det gitt enkelte bestemmelser om at oppdragsgiver skal sende dokumenter eller opplysninger til EU-kommisjonen. Det varierer om opplysningene skal sendes på eget initiativ, eller etter anmodning fra EU-kommisjonen. Direktivet pålegger også medlemsstatene å sende opplysninger eller dokumentasjon, men det er ikke nærmere redegjort for i denne utredningen.

39.1.2 Anskaffelsesdirektivet

Anskaffelsesdirektivet inneholder tre bestemmelser som pålegger den enkelte oppdragsgiver å sende informasjon til EU-kommisjonen:

- artikkel 32 nr. 2 bokstav a første avsnitt
- artikkel 69 nr. 4
- artikkel 84 nr. 3

Det følger av artikkel 32 nr. 2 bokstav a første avsnitt at oppdragsgiver kan gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i situasjoner som nevnt i bokstavene a til c. Bokstav a gjelder situasjoner der oppdragsgiver allerede har gjennomført en åpen eller begrenset anbudskonkurranse, men ikke fikk noen tilbud eller kun mottok uegnede forespørsler eller tilbud. I slike tilfeller kan oppdragsgiver gjennomføre en ny konkurranse med forhandling, uten å gjøre en ny kunngjøring, forutsatt at oppdragsgiver oppfyller to kriterier. For det første må vilkårene i den nye konkurransen ikke inneholde vesentlig endrede kontraktsvilkår, og for det andre må oppdragsgiver sende en rapport til EU-kommisjonen, dersom den ber om det.

Direktivet angir ingen videre krav til rapporten, eller konkretiserer hva den skal omhandle. Ut fra sammenhengen i direktivet, at artikkel 32 opp-

stiller unntak fra kunngjøringsplikt, kan det antas at rapporten eller opplysningene som EU-kommisjonen vil kunne be om, er de faktiske og rettslige omstendigheter som leder frem til bruk av unntaksadgangen.

Artikkel 69 nr. 4 regulerer det tilfellet at en oppdragsgiver avviser en leverandør fordi vedkommende har mottatt ulovlig statsstøtte. Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å drøfte forholdet med leverandøren, jf. ordlyden om at avvisning bare kan skje «etter samråd med anbyderen», og etter at vedkommende etter en fastsatt frist ikke kan godtgjøre at støtten er forenlig med TEUV artikkel 107. Dersom en oppdragsgiver i slike tilfeller avviser en leverandør, skal oppdragsgiveren underrette Kommisjonen om dette.

Direktivet oppstiller en plikt til å underrette Kommisjonen om avvisningen. Direktivet gir ingen detaljerte føringer om hvilke nærmere opplysninger som skal inntas i underretningen, men ut fra sammenhengen kan det antas at oppdragsgiver må opplyse om hvilken konkurranse det gjelder, hvilken fremgangsmåte og begrunnelsen avvisningsbeslutningen bygger på samt angivelse av hvilken leverandør det er snakk om.

Artikkel 84 omhandler krav til dokumentasjon av anskaffelsesprosessen i anskaffelsesprotokollen. Av artikkel 84 nr. 3, følger det at anskaffelsesprotokollen eller hovedelementene i denne skal sendes til EU-kommisjonen eller de relevante myndighetene i henhold til artikkel 83, dersom de anmoder om dette.

39.1.3 Forsyningsdirektivet

Forsyningsdirektivet inneholder fem bestemmelser som pålegger den enkelte oppdragsgiver å sende informasjon til EU-kommisjonen.

- artikkel 18 nr. 2
- artikkel 19 nr. 2
- artikkel 31
- artikkel 84 nr. 4
- artikkel 100 nr. 3

Det følger av artikkel 18 nr. 1 at kontrakter som oppdragsgivere i forsyningssektorene inngår med sikte på videresalg og utleie til tredjeperson, ikke er omfattet av direktivets regler. Det følger videre av artikkel 18 nr. 2 at oppdragsgiver, på anmodning, skal underrette Kommisjonen om «produkter eller virksomhet som de anser som unntatt i henhold til nr. 1». Det følger videre av bestemmelsen at EU-kommisjonen kan offentliggjøre lister over kategorier og produkter som den anser som omfattet av unntaket i EUT. Kommisjonen skal i så tilfelle hensynta eventuelle kommersielt sensitive opplysninger, som oppdragsgiver påpeker ved oversendelse av opplysningene.

Artikkel 19 nr. 1 angir at direktivet ikke får anvendelse på kontrakter som oppdragsgiver tildeles for andre formål enn å kunne utøve sin virksomhet etter artikkel 8 til 14 (forsyningsaktiviteter). Videre følger det av artikkel 19 nr. 2 at oppdragsgiver, på anmodning, skal underrette EU-kommisjonen om enhver virksomhet som de anser som unntatt etter artikkel 19 nr. 1. På samme måte som for unntaket i artikkel 18 nr. 2 kan kommisjonen offentliggjøre lister over kategorier av virksomheter som den anser omfattet av unntaket, herunder hensynta eventuelle kommersielle sensitive opplysninger.

Forsyningsdirektivet artikkel 31 stiller krav om at oppdragsgiver, etter anmodning, skal gi EU-kommisjonen opplysninger som listet i bokstavene a til c, når unntakene i artikkel 29 nr. 2 og 3 samt artikkel 30 anvendes. Unntakene kontrakter som tildeles foretak i samme gruppe, og kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak.

Opplysningene som skal sendes inn er navnene på de berørte foretakene eller fellesforetakene (bokstav a), de berørte kontraktens art og verdi (bokstav b) og alle opplysninger som er nødvendig for å bevise at unntaksadgangen kan benyttes (bokstav c).

Forsyningsdirektivet artikkel 84 nr. 4 inneholder den samme reguleringen som i anskaffelsesdirektivet artikkel 69 nr. 4, som omtalt i kapittel 39.1.2. Oppdragsgiver skal underrette EU-kommisjonen hvis vedkommende avviser en leverandør som følge av et unormalt lavt tilbud grunnet ulovlig statsstøtte.

Forsyningsdirektivet artikkel 100 nr. 3 inneholder tilsvarende regulering som i anskaffelsesdirektivet artikkel 84 nr. 3. Det stilles ikke krav til at det utarbeides en egen protokoll i forsyningsdirektivet artikkel 100, men oppdragsgiver har bl.a. plikt til å oppbevare opplysninger og doku-

mentasjon som er tilstrekkelig til å begrunne beslutninger som treffes i alle stadier av anskaffelsen. Disse opplysningene og dokumentasjon skal sendes til EU-kommisjonen eller de relevante myndighetene i henhold til artikkel 99, dersom de anmoder om dette.

39.1.4 Konsesjonskontraktdirektivet

Konsesjonskontraktdirektivet inneholder to bestemmelser som pålegger den enkelte oppdragsgiver å sende informasjon til EU-kommisjonen.

- artikkel 15
- artikkel 31 nr. 5

Etter artikkel 15 skal oppdragsgiver etter anmodning gi EU-kommisjonen opplysninger som listet i bokstavene a til c, dersom oppdragsgiver benytter unntakene i artikkel 13 nr. 2 og 3 eller 14. Artikkel 13 nr. 2 og 3 og artikkel 14 oppstiller unntak fra konsesjonskontraktdirektivet for visse kontrakstyper.¹

Direktivet lister hvilke opplysninger som skal sendes til kommisjonen i bokstavene a til c. Det følger av bokstav a at oppdragsgiver skal gi opplysninger om navnet på de berørte foretakene eller fellesforetakene. Videre skal oppdragsgiver jf. bokstav b gi opplysninger om den berørte konsesjonens art og verdi, og avslutningsvis følger det av bokstav c at oppdragsgiver også skal gi alle opplysninger som EU-kommisjonen finner nødvendig for å etterprøve at vilkårene for å benytte unntaksadgangen i artikkel 13 nr. 2 og 3 eller artikkel 14 er oppfylt.

Konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 nr. 5 pålegger oppdragsgiver å sende en rapport til EU-kommisjonen, i de tilfeller oppdragsgiver benytter unntaksmuligheten til ikke å kunngjøre en konkurranse fordi det ved førstegangs utlysning ikke ble mottatt (egnede) tilbud. Bestemmelsen ligner i stor grad på den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav 2 andre avsnitt, som er omtalt i kapittel 39.1.2. Forpliktelsen til å sende rapporten er bare dersom EU-kommisjonen krever det, og det er videre ingen krav til innholdet i rapporten, jf. tilsvarende i kapittel 39.1.2.

¹ Bestemmelsene i artikkel 13 nr. 2 og 3 oppstiller unntak fra konsesjonskontraktdirektivet for konsesjoner som tildeles foretak i samme gruppe. Artikkel 14 oppstiller unntak fra konsesjonskontraktdirektivet for kontrakter som tildeles av eller til et fellesforetak.

39.2 Utvalgets vurdering

Fremstillingen har vist at anskaffelsesdirektivene i visse tilfeller pålegger oppdragsgiver å sende informasjon til EU-kommisjonen. I enkelte tilfeller skal dette skje på eget initiativ, for eksempel dersom oppdragsgiver benytter enkelte av unntaksmulighetene i direktivene, eller dersom en oppdragsgiver avviser en leverandør fordi det er oppdaget ulovlig statsstøtte. Det finnes også tilfeller der opplysninger skal gis etter forespørsel fra EU-kommisjonen. Dette gjelder for eksempel anskaffelsesdirektivet artikkel 84 nr. 3 og forsyningsdirektivet artikkel 100 nr. 3. I norsk kontekst, med de tilpasningene som følger av EØS-avtalen og vedtakene som innlemmer anskaffelsesdirektivene i norsk rett, skal norske oppdragsgivere gi opplysninger til EFTAs overvåkningsorgan (ESA) i de tilfeller det er påkrevet.

Det følger av ODA-avtalen artikkel 6 at ESA, i samsvar med bestemmelsene i EØS-avtalen og ODA-avtalen, kan anmode om «alle nødvendige opplysninger fra regjeringer og vedkommende myndigheter i EFTA-statene». Tilsvarende gjelder for foretak eller sammenslutninger av foretak. ESAs kompetanse til å anmode om nødvendige opplysninger gjelder bare så langt det er innenfor de oppgavene som ESA er pålagt.

Det nevnes også, for helhetens skyld, at ESA er gitt særskilte oppgaver for å håndheve regelverket for offentlige anskaffelser, herunder følge enkeltsaker og pågående anskaffelsesprosesser. Utvalget vil vise til fremstillingen i håndhevingsutvalgets rapport fra 2010.² Håndhevingsutvalget fremholdt at det pågikk cirka 6 til 10 granskningssaker til enhver tid, og at antallet saker hadde vært høyere før etableringen av KOFA. Utvalget har vært i kontakt med Nærings- og fiskeridepartementet, som har gitt uttrykk for at det i hvert fall etter vedtakelsen av det nye regelverket i 2017, ikke har vært initiert etterforskning fra ESA i enkeltanskaffelser.

I dagens anskaffelsesregelverk er det ingen konkret gjennomføring av direktivets bestemmelser om oppdragsgivers opplysningsplikt. I anskaffelsesloven er det i § 17 gitt en bestemmelse om pålegg, som gir departementet hjemmel til å pålegge oppdragsgivere tiltak som er nødvendig for å sikre oppfyllelse av blant annet EØS-avtalen. Det er videre vist til at adgangen til å gi pålegg kan benyttes til å sikre oppfyllelsen av de opplysningsplikter som Norge eller den enkelte opp-

dragsgiver er pålagt etter de nye anskaffelsesdirektivene. Det er deretter, blant annet, vist til bestemmelsene som utvalget har redegjort for i dette kapittelet. Det følger av forarbeidene at departementets syn var at opplysningsplikten skulle kunne oppfylles gjennom bruk av pålegg med tilhørende adgang til å ilegge mulkt.³ Forarbeidene behandler ikke konkret hvordan dette skal foregå i de tilfeller opplysningsplikten pålegger oppdragsgiver å gi opplysninger til ESA, uten at det foreligger en konkret anmodning.

Utvalget foreslår etter dette å gjennomføre bestemmelsene som gjelder opplysningsplikt i ny lov om offentlige anskaffelser, og at det gis enkelte utdypende bestemmelser i ny anskaffelsesforskrift. Å lovfeste opplysningsplikten er viktig for å gjøre plikten lett tilgjengelig, og videre rettslig nødvendig ettersom opplysningsplikten i visse tilfeller omfatter private virksomheter, og ikke bare offentlige oppdragsgivere. Utvalget vil understreke at dette nok ikke vil kreve en særskilt EØS-rettslig vurdering, ettersom ESA allerede besitter nokså vidtrekkende beføyelser til å etterforske og be om dokumentasjon i relasjon til gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Etter utvalgets syn er det naturlig å dele opp bestemmelsen i to ledd, slik at det oppstilles et skille mellom de tilfeller oppdragsgiver skal gi opplysninger til ESA etter anmodning, og de tilfeller der oppdragsgiver på eget initiativ skal gi opplysninger til ESA.

Utvalget har ingen sterk oppfatning av om opplysningene som oppdragsgiver sender til ESA skal gå via departementet eller ikke, og overlater den endelige vurderingen av dette til departementet. I utkastet til forskriftsbestemmelser er det lagt opp til at opplysningene skal formidles gjennom departementet. Utvalget kan ikke se at dette skal medføre nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser for departementet, da bestemmelsene om opplysningsplikt for oppdragsgiver er relativt få.

Utvalget har sett hen til tilsvarende bestemmelser om opplysningsplikt i andre lover på konkurranserettens område, som for eksempel støtteprosessloven og EØS-konkurranseloven.⁴ I begge lover skal opplysninger som formidles til EFTAs overvåkningsorgan gis uten hinder av lovbestemt taushetsplikt. Utvalget er i tvil om en slik formu-

² NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser*, kapittel 3.3.4

³ Prop. 51 L (2015–2016) *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)* kapittel 10 merknader de til enkelte bestemmelsene i lovforslaget, til § 17 Pålegg

⁴ LOV-2022-03-04-7 Støtteprosessloven § 8 og LOV-2004-03-05-11 EØS-konkurranseloven § 2

ring er nødvendig for de tilfeller anskaffelsesdirektivene krever informasjon fra oppdragsgivere. Siden dette så langt i praksis ikke synes å ha vært en utfordring, vil utvalget overlate til høringsinstansene og departementet å uttale seg nærmere om behovet for en eventuell lovregulering av taushetsbelagte opplysninger i relasjon til opplysningsplikten.

Boks 39.1 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at ny lov om offentlige anskaffelser inneholder en lovbestemmelse om opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan
- at ny forskrift om offentlige anskaffelser angir de nærmere tilfellene hvor det er påkrevet at oppdragsgiver gir opplysninger til EFTAs overvåkningsorgan
- at departementet bestemmer en hensiktsmessig innretning på hvordan opplysninger formidles til EFTAs overvåkningsorgan

39.3 Forskrifter

39.3.1 Utvalgets vurdering

Utvalget har foreslått at anskaffelsesregelverket reguleres i lov, og at det gis én lov for hvert av anskaffelsesdirektivene. Samtidig har utvalget foreslått én tverregående forskrift, som regulerer mer tekniske aspekter, som det ikke er nødvendig eller lovteknisk mulig å regulere i lov.

Utvalget har i utgangspunktet foreslått enkelte forskriftshjemler fortløpende i nye lover, men det er også behov for enkelte tilleggshjemler. Det er behov for følgende:

- forskriftshjemmel til å gjennomføre rettsakt om beregning av tidsfrister
- forskriftshjemmel til å gjennomføre vedleggene til anskaffelsesdirektivene
- forskriftshjemmel til å gjennomføre direktivet om elektronisk faktura
- forskriftshjemmel til å gjennomføre rettsakter som tas inn i vedlegg XVI til EØS-avtalen

Etter utvalgets syn viser også den pågående rettsutviklingen i EU, at det kan bli behov for at regelverket etter hvert utvides med nye lov-

hjemler.⁵ Utvalget har en viss bekymring knyttet til at EU ser ut til å utvikle stadig nye bestemmelser som pålegger oppdragsgivere konkrete plikter. Bestemmelsene er ikke å gjenfinne i anskaffelsesregelverket men i annet sektorspesifikt regelverk. Selv om de spredte bestemmelsene fra EU tar sikte på å være virkemidler for å oppnå gjennomgående gode og eller legitime formål, vil utvalget erkjenne at det kan bli krevende for offentlige oppdragsgivere å bli oppmerksom på disse bestemmelsene. Hvis oppdragsgivere ikke er klar over bestemmelsene, kan det naturligvis få konsekvenser for etterlevelsen av bestemmelsene.

Utvalget har allerede foreslått en konkret lov-hjemmel for å gjennomføre kommende obligatoriske minimumskrav fra EU knyttet til klima og miljø i forslag til § 2-3 i ny lov om offentlige anskaffelser. Ettersom utvalget har registrert at EUs spredte bestemmelser om offentlige anskaffelser også regulerer andre forhold, er det lagt inn en generell forskriftshjemmel til å gjennomføre andre rettsakter i EØS-avtalen. Forskriftshjemmelen er tenkt å kunne utgjøre hjemmelsgrunnlag for den eller de rettsakter som gjennomføres i andre forskrifter i Norge, men som også inneholder forpliktelser for oppdragsgivere underlagt anskaffelsesregelverket. En delt forskriftshjemmel vil i hvert fall medføre at oppdragsgivere har en reell mulighet til å bli oppmerksom på at det finnes anskaffelsesbestemmelser også i annet regelverk.

Et relevant eksempel å nevne er den nye forordningen om avskogingsfrie råvarer og produkter, som blant annet inneholder en forpliktelse for medlemsstatene til å gjennomføre sanksjoner om avvisning fra konkurransen om offentlige kontrakter. Forordningen sorterer under Klima- og miljødepartementet, og må gjennomføres i forskrift som skal gjennomføre den forordningen, og forskriften kan vurderes å ha lov-hjemmel også i nytt anskaffelsesregelverk – såkalt delt hjemmelsgrunnlag. Utvalet vil peke på at departementene naturligvis må gjøre den endelige vurderingen om hvordan dette bør innrettes, men utvalget har for ordens skyld valgt å foreslå en forskriftshjemmel, som i hvert fall kan være et aktuelt alternativ for å avhjelpe de strukturelle utfordringene som EU-lovgiver har skapt.

Utvalget har etter dette også foreslått en mer generell forskriftshjemmel, som gir hjemmel til å

⁵ Henvise til første delutredning om standardiserte minimumskrav og det ene kapittelet i avvisningskapittelet, og kapittelet om sikkerhet og beredskap.

gi forskrift om gjennomføringsbestemmelser av rettsakter i EØS-avtalen for øvrig, altså utenfor vedlegg XVI, men som gjelder offentlige anskaffelser.

Boks 39.2 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at nye lover på anskaffelsesområdet inneholder lovhjemmel til å gi forskrift om gjennomføringen av EØS-rettslige forpliktelser.

Utvalget vil fremheve:

- at det er viktig at sektorspesifikt regelverk på andre områder, også er å gjenfinne for brukere av anskaffelsesregelverket.

39.4 Ikrafttredelse og overgangsregler

39.4.1 Utvalgets vurdering

Utvalget viser til at det i ny lov om offentlige anskaffelser vil være behov for regler om ikrafttreden og eventuelle overgangsregler. For helhetens skyld er det satt inn foreløpige bestemmelser om ikrafttreden og overgangsregler i utvalgets forslag. Utvalget legger til grunn at dette har en viss opplysningsverdi overfor høringsinstansene, som også etter omstendighetene kanskje har innspill knyttet til bestemmelsene. Den endelige utformingen av disse bestemmelsene må naturligvis overlates til departementet.

Boks 39.3 Utvalgets forslag

Utvalget foreslår:

- at nye lover på anskaffelsesområdet inneholder utkast til bestemmelser om ikrafttredelse og overgangsregler, som bestemmes av departementet og eller Stortinget.

Kapittel 40

Økonomiske og administrative konsekvenser

40.1 Innledning

Utvalgets forslag til endringer i regelverket for offentlige anskaffelser vil få økonomiske og administrative konsekvenser både for de enkelte oppdragsgiverne og leverandørene, og for offentlig sektor og samfunnet som helhet. Ifølge utredningsinstruksen skal utredningen beskrive forventede virkninger for de som berøres av forslagene som fremmes, både positive og negative virkninger og kostnader.

Utvalget vil innledningsvis bemerke at kunnskapsgrunnlaget for å vurdere hvordan dagens håndhevingssystem fungerer, sammenlignet med håndhevingssystemene i de øvrige nordiske land, ikke er så godt som det helst burde være. Det er mange milliarder som brukes på offentlige anskaffelser hvert år, men uten at det er prioritert ressurser til forskning på hvordan håndhevingssystemet bør se ut for å realisere lovgivers formål med anskaffelsesregelverket i størst mulig grad. Utvalgets medlemmer har, hver på sin måte, innsikt i ulike sider ved dagens håndhevingssystem og dette er supplert med eksterne rapporter, innhenting av data fra ulike hold og innspill fra referansegruppen. Samlet mener utvalget å ha grunnlag for å hevde at de endringer som foreslås i dagens håndhevingssystem vil være til det bedre. Utvalget vil samtidig understreke behovet for forskning for å skaffe et bedre kunnskapsgrunnlag for fremtidige vurderinger av styrker og svakheter ved ulike systemer for håndheving av regelverket for offentlige anskaffelser. Utvalget vil her særlig fremheve behovet for komparativ forskning på håndhevingssystemene i de nordiske land.

Første del av dette kapittelet gir en oversikt over utvalgt statistikk om offentlige anskaffelser relevant for utvalgets arbeid i andre delutredning. I den andre delen redegjøres det for vurderinger av økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag.

40.2 Statistikk om offentlige anskaffelser

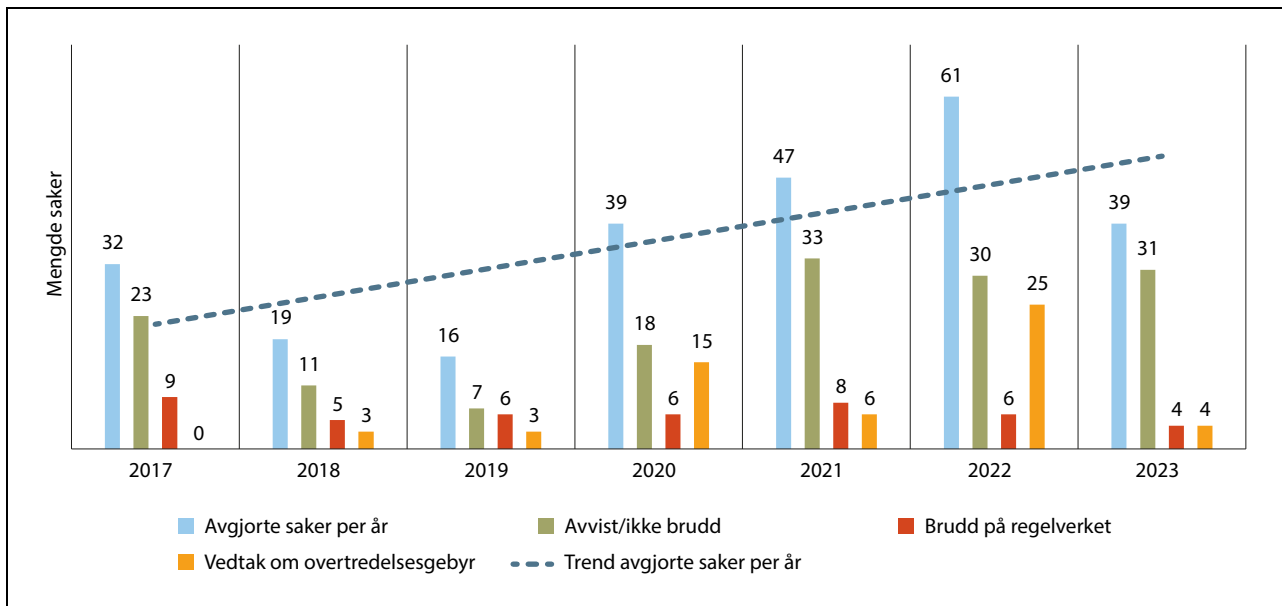
I dette kapitlet omtales statistikk for offentlige anskaffelser, med særlig vekt på utviklingen i antall saker i ulike håndhevsorganer. Utvalget har forsøkt å fremskaffe en fullstendig oversikt over alle saker som gjelder offentlige anskaffelser i tingrettene, men dette har ikke vært mulig. Utvalget har imidlertid innhentet oversikt over saker om midlertidige forføyninger fra Oslo tingrett, fordi det er i Oslo tingrett de fleste forføyningssakene behandles. Utviklingen i antall saker om midlertidige forføyninger i Oslo tingrett omtales i kapitlet om dagens håndhevingssystem.

Som det fremgår i kapitlet om erstatning har utvalget også innhentet informasjon om antallet anskaffelsesrelaterte erstatningssaker i Norge og andre utvalgte land, samt utmåling av erstatning. Det er svakheter ved dette datagrunnlaget, men utvalget mener likevel det gir forsvarlig grunnlag for å mene at det er markant færre erstatningssaker i Sverige enn i Norge, og at dansk og svensk utmålingspraksis er strengere enn norsk.

40.2.1 Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Klagenemndssekretariatet betjener ni klagenemnder. Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er en av disse. Bevilgningen til Klagenemndssekretariatet har i perioden 2022 til 2024 ligget på mellom 36,2 og 38,15 millioner kroner. Om lag 30 prosent av bevilgningen går til KOFA, dvs. rundt 11 millioner kroner. Estimater bygger på informasjon fra Klagenemndssekretariatet. I kapitlet om håndhevingssystemet gis det oversikt over utviklingen i antall behandlede saker i KOFA og i saksbehandlingstiden i KOFA i perioden 2003–2023. I tillegg vises det til informasjonen nedenfor.

Tabell 40.1 viser utviklingen i andelen saker om ulovlige direkteanskaffelser av total saksmengde i KOFA i perioden 2017–2023. Andelen er



Figur 40.1 Utviklingen i antall saker om ulovlige direkteanskaffelser i KOFA i perioden 2017–2023

Kilde: KOFA

økt fra 21,3 prosent i 2017 til 27,1 prosent i 2023. Andelen var lavest i 2019 (10 prosent) og høyest i 2022 (35,3 prosent).

Figur 40.1 viser utviklingen i antall saker om ulovlige direkteanskaffelser i KOFA i perioden 2017–2023. Det er en økende trend i avgjorte saker om ulovlige direkteanskaffelser i perioden 2017–2023. KOFA avgjorde flest saker i 2022 (61 saker), og det var også dette året det ble gjort flest vedtak om overtredelsesgebyr (25 saker). Dette antas å ha en sammenheng med at det under korona-pandemien ble gjennomført en del hasteanskaffelser. Antall saker med vedtak om over-

tredelsesgebyr varierte fra null til 25 saker i perioden. Antall saker som ble avvist eller der det ikke var brudd varierte fra syv i 2019 til 33 saker på sitt høyeste nivå i 2021.

Figur 40.2 viser utviklingen i habilitetssaker og innsyn-/taushetspliktssaker i KOFA i perioden 2017–2023. Antall avgjorte saker i KOFA varierer i perioden 2017–2023, og var syv i 2017 og en i 2023. Trenden for avgjorte saker i KOFA per år er avtagende i perioden, med en topp på elleve saker i 2019. Antall saker i KOFA om brudd på regelverket var tre i 2017 og ti i 2022, mens det i 2023 ikke var slike saker. Antall saker i KOFA der det ikke er brudd eller som ble avvist har ligget på mellom en og fem saker i perioden.

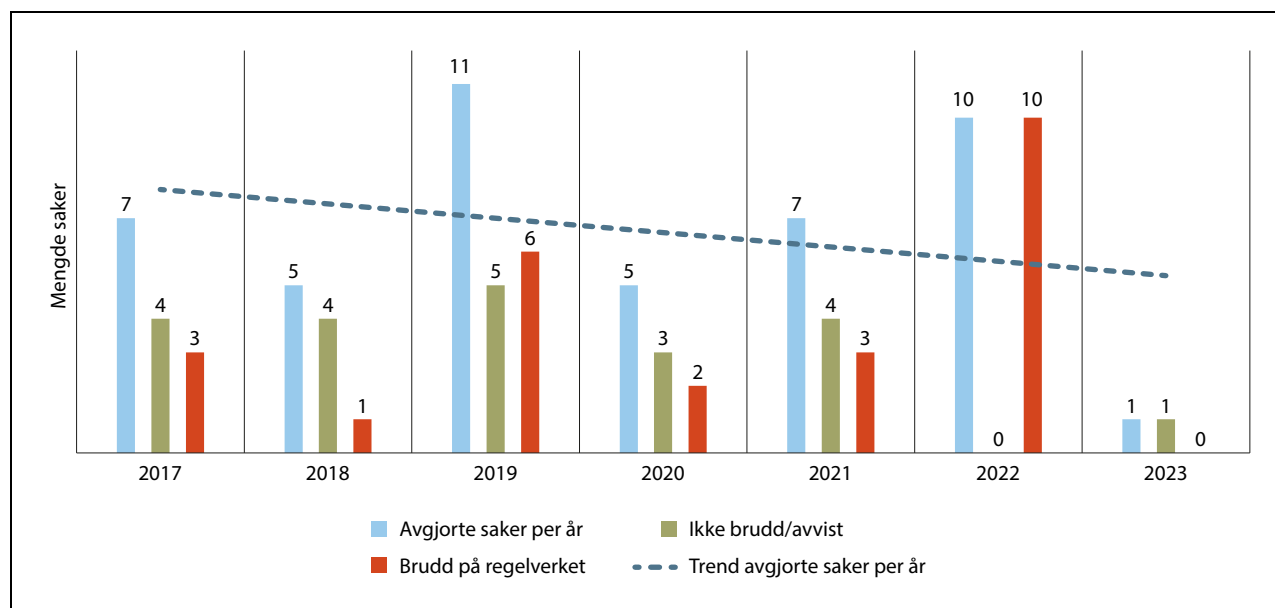
Tabell 40.1 Utviklingen i andelen saker om ulovlige direkteanskaffelser av total saksmengde i KOFA i perioden 2017–2023

År	Saker om ulovlige direkteanskaffelser relativt til total saksmengde
2017	21,3 prosent
2018	17,6 prosent
2019	10,0 prosent
2020	21,7 prosent
2021	21,5 prosent
2022	35,3 prosent
2023	27,1 prosent

Kilde: KOFA

40.2.2 Utviklingen i antall saker i håndhevsorganer i øvrige nordiske land

I kapitlet om håndhevingssystemet i øvrige nordiske land gis det en oversikt over utviklingen i antall saker i det finske Konkurs- og konsumentverket i perioden 2018 til 2022 og utviklingen i antall saker og saksbehandlingstid i den finske Marknadsdomstolen i perioden 2020 til 2023. Videre gis det en oversikt over utviklingen i antall saker i den islandske klagenemnda i perioden fra 2018 til 2023. I digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark* er det gitt oversikt over innkommende saker til Klagenævnet for udbud i Danmark og oversikt over inn-



Figur 40.2 Utviklingen i habilitetssaker og innsyn-/taushetspliktssaker i KOFA i perioden 2017–2023

Kilde: KOFA

komne klager til forvaltningsdomstolene i Sverige og gjennomsnittlig saksbehandlingstid.

I erstatningskapitlet fremgår statistikk om antallet anskaffelsesrelaterte erstatningssaker i andre utvalgte land, samt utmåling av erstatning. Det vises til nærmere omtale av antall erstatnings-søksmål og erstatningsbeløp i utvalgte andre land i kapitlet om erstatning.

40.2.3 Statistikk for anskaffelser i forsyningssektorene og konsesjonskontrakter

Tallmateriale som utvalget har innhentet i forbindelse med første delutredning viser at de fleste kunngjøringene av konkurranser skjer i henhold til anskaffelsesforskriften. Antall kunngjøringene i henhold til forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften utgjør en liten andel. Samtidig er anskaffelser i forsyningssektorene og anskaffelser som skjer i form av konsesjonskontrakter generelt nokså store. Vi viser til statistikk for slike anskaffelser i kapitlet om lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter.

40.3 Vurderinger av økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag

Utvalgets forslag til lovendringer vil medføre gevinster og kostnader for oppdragsgivere, leve-

randører, offentlig sektor og samfunnet som helhet. I dette kapitlet gis det vurderinger av økonomiske og administrative konsekvenser av utvalgets forslag. Det er i hovedsak konsekvenser av flertallsforslag som vurderes, mens mindretallsforslag i mindre grad er omtalt. Det vises også til kapitlet om økonomiske og administrative konsekvenser i utvalgets første delutredning for nærmere vurderinger av konsekvenser av enkelte forslag.

40.3.1 Sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser

I kapitlet om sikkerhet og beredskap fremhever utvalget at offentlige anskaffelser er et egnet verktøy for å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn på en kostnadseffektiv måte, men at dette forutsetter at offentlige oppdragsgiver er oppmerksomme på det handlingsrom som regelverket gir. Utvalget er enig med totalberedskapskommisjonen i at det stilles for få krav til sikkerhet og beredskap knyttet til anskaffelser i «klassisk» sektor.

Utvalget mener at god planlegging i forkant i form av risikovurderinger og valg av riktig regelverk er viktig for å kunne stille nødvendige krav til sikkerhet og beredskap. Videre vises det til at oppdragsgiver kan vurdere å dele opp anskaffelsen i delkontrakter og begrense antall delkontrakter som kan tildeles en leverandør, og at oppdragsgiver kan vurdere behovet for lengre kontrakts-

varighet. Samtidig påpeker utvalget at det er vid adgang til å stille krav og kriterier på de ulike trinnene av en anskaffelse som ivaretar hensyn til sikkerhet og beredskap innenfor det relevante regelverket.

Utvalget foreslår at sikkerhet og beredskap tas inn som et formål og samfunnshensyn i nye lover på anskaffelsesområdet. Forslaget innebærer at oppdragsgiver kan stille krav eller kriterier for å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn, og at oppdragsgiver bør vurdere å stille slike krav i anskaffelser der det er relevant. Dette kan medføre at det i større grad tas slike hensyn i offentlige anskaffelser, noe som vil gi økonomiske og administrative konsekvenser.

40.3.1.1 Gevinster og kostnader ved å ivareta hensyn til sikkerhet og beredskap

Å stille krav i offentlige anskaffelser for å ivareta hensyn til beredskap og sikkerhet innebærer både gevinster og kostnader for oppdragsgivere, leverandører og samfunnet som helhet. Det kan være både nyttig og lønnsomt for oppdragsgiver og samfunnet at sikkerhet og beredskap ivaretas gjennom offentlige anskaffelser. Utvalget har ikke vurdert når en oppdragsgiver bør stille slike krav, fordi det vil avhenge av anskaffelsen og dens tilknytning til sikkerhets- og beredskapshensyn. Det vil være opp til de enkelte oppdragsgiverne å vurdere om gevinstene ved å ta slike hensyn er høyere enn kostnadene i de enkelte anskaffelsene, og om det dermed er lønnsomt å ivareta slike hensyn.

Å ta hensyn til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser kan være ressurskrevende for oppdragsgivere. Vurderinger knyttet til adgangen til å ta hensyn til sikkerhet og beredskap er krevende for oppdragsgivere, samtidig som det kan være viktig fra et samfunnsmessig perspektiv at dette faktisk hensyntas i anskaffelser der det er behov for og adgang til dette. Dersom oppdragsgivere stiller feil eller uforholdsmessige krav kan dette medføre unødvendige kostnader eller risiko. Det samme gjelder dersom oppdragsgivere ikke tar slike hensyn, der det er relevant, i frykt for å trå feil.

Videre kan hensyn til sikkerhet og beredskap gi mindre konkurranse om offentlige anskaffelser, og dermed høyere priser for en gitt kvalitet. Å oppfylle krav til sikkerhet og beredskap kan være ressurskrevende for leverandører, og kan medføre at leverandører velger å ikke delta i konkurransen om kontrakten. Det er derfor etter utvalgets syn viktig at slike krav ikke fører til unødig begrens-

ning av konkurransen om offentlige kontrakter. Det offentliges ressurser er begrensede, og et helhetlig beredskapsarbeid må være kostnadseffektivt. Offentlige oppdragsgivere må etter utvalgets syn være forberedt på at beredskap og sikkerhet koster, men nettopp av denne grunnen er det viktig at det sikres god konkurranse også om beredskaps- og sikkerhetsrelaterte anskaffelser.

40.3.1.2 Oppdatert veileder og utredning om sikkerhet og beredskap

I lys av utvalgets tydeliggjøring av mulighetene for oppdragsgivere til å ta hensyn til sikkerhet og beredskap anbefaler utvalget at Nærings- og fiskeridepartementet ser nærmere på behovet for ny veiledning om dette temaet. Etter utvalgets syn er dette særlig viktig i lys av økt aktualitet knyttet til sikkerhet og beredskap i dagens samfunn. Å oppdatere veilederen om sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser vil kreve bruk av ressurser i Nærings- og fiskeridepartementet, eventuelle andre berørte departementer og/eller DFØ. En oppdatert veileder kan være nyttig for oppdragsgivere og leverandører som ønsker å stille krav og kriterier som ivaretar hensyn til sikkerhet og beredskap innenfor regelverket.

I lys av tiden utvalget har hatt til rådighet har utvalget ikke hatt tid til å se nærmere på forståelsen og praktiseringen av regelverket i Finland hva gjelder sikkerhet og beredskap. Utvalget er imidlertid enig med Totalberedskapskommisjonens syn om at dette bør utredes. Utvalget overlater derfor til Nærings- og fiskeridepartementet og vurdere om det er grunn til å se nærmere på dette. En eventuell slik utredning vil kreve ressurser i departementet.

40.3.2 Lokale og regionale leverandører

Utvalgets vurdering er at det er tilstrekkelig fleksibilitet i utvalgets foreslåtte regelverk for oppdragsgiver til å ivareta hensynet til lokale og regionale aktører, både for anskaffelser under og over EØS-terskelverdi. Utvalgets vurdering er derfor at det ikke er behov for særregler. Utvalget har tydeliggjort at det i enkelte tilfeller vil være mulig å klage på oppdragsgiveres begrunnelse for ikke å dele opp en kontrakt. Det vil derfor kunne komme noen slike klagesaker, men neppe av et nevneverdig omfang. Utvalgets forslag har ikke økonomiske og administrative konsekvenser utover dette.

Utvalget omtaler tiltak for å innrette konkurransen slik at lokale og regionale leverandører

kan delta i konkurransen om offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdi. Utvalget fremhever at det er viktig med konkurranse om offentlige kontrakter, fordi godt innrettede konkurranser fører til kostnadseffektiv behovsdekning for det offentlige, og dermed til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dersom konkurransen om slike kontrakter reelt sett avgrenses til lokale og regionale leverandører, vil manglende konkurransepress kunne føre til at offentlige oppdragsgivere ikke får god kvalitet til en god pris.

40.3.3 Åpenhet om eierskap

Utvalget viser til at dagens regelverk gir oppdragsgiver anledning til å etterspørre informasjon om eierskap i tilfeller hvor dette har saklig relevans for anskaffelsen og/eller for å avgjøre om det foreligger plikt eller adgang til å avvise en leverandør. Videre fremhever utvalget at det pågår prosesser knyttet til økt åpenhet om eierskap (aksjeregister og register over reelle rettighetshavere) som vil kunne ha positive virkninger for åpenhet i offentlige anskaffelser, uten behov for særregulering i ny anskaffelseslov.

Finansdepartementet har foreslått at offentlige myndigheter skal få lovfestet tilgang til opplysninger fra registeret over reelle rettighetshavere, det vil si at det vil gjelde de fleste oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket. Utvalget anbefaler at Finansdepartementet benytter forskriftshjemmelen til å sikre at alle oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket får tilgang til registeret over reelle rettighetshavere. Forslaget vil medføre at en noe større gruppe får tilgang til registeret, men ettersom registeret allerede er opprettet må de økonomiske og administrative konsekvensene av dette anses helt ubetydelige.

40.3.4 Land-for-land rapportering

Utvalget foreslår at det ikke innføres et krav til offentlig land-for-land-rapportering i anskaffelsesregelverket. Videre foreslår utvalget at mer åpenhet om skatt og skatteplanlegging ivaretas gjennom målrettede regler på andre rettsområder. Utvalgets forslag er nærmere begrunnet i kapitlet om land-for-land rapportering, og er blant annet basert på en samfunnsøkonomisk vurdering, der nytten for samfunnet som helhet og de enkelte oppdragsgiverne vurderes opp mot kostnadene disse påføres.

Land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser vil kunne bidra til mer åpenhet om leverandørers betaling av skatt og andre økonomiske

opplysninger fordelt på ulike land der leverandøren har virksomhet. Det er imidlertid lite sannsynlig at denne informasjonen ville kunne brukes i en anskaffelsesprosess. Det ville vært krevende for oppdragsgiver å avdekke eventuelle ulovlige forhold eller alvorlige feil som kunne gitt et godt nok grunnlag for å avvise leverandører. Nyten for samfunnet som helhet og de enkelte oppdragsgiverne ved å innhente informasjon fra leverandører om skatt og andre opplysninger fordelt på ulike land er derfor trolig lav.

Land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser ville medført økt ressursbruk hos oppdragsgivere og leverandører, og enkelte leverandører ville valgt ikke å delta i anbudskonkurranser. Svekket konkurranse kan føre til høyere priser og dårligere kvalitet på anskaffelsene, og den negative effekten ville vært størst i markeder med få konkurrenter. For oppdragsgivere ville det kreve spesialisert økonomisk og skattemessig kompetanse for å vurdere opplysningene fra leverandører, og trekke konklusjoner ut fra disse. Slik kompetanse er det ikke hensiktsmessig at enhver offentlig oppdragsgiver besitter, og vil også kreve mer ressurser. Etter utvalgets vurdering ville derfor kostnadene for samfunnet ved land-for-land-rapportering i offentlige anskaffelser vært høyere enn nytten.

40.3.5 Tydeliggjøring av geografisk virkeområde

I lys av EFTA-domstolens tilnærming i Scanteamsaken mener utvalget at det er hensiktsmessig at ny lov om offentlige anskaffelser uttrykkelig angir at loven kommer til anvendelse på alle anskaffelser foretatt av norske oppdragsgivere så lenge anskaffelsen har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, uavhengig av hvor i verden kontrakten skal oppfylles. EFTA-domstolens uttalelse må anses som uttrykk for gjeldende rett, og det er ønskelig at rettstilstanden også kommer til uttrykk i lovteksten.

Utvalget foreslår å videreføre særregler om geografisk virkeområde fra forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet i nye lover om slike kontrakter. I tillegg foreslår utvalget å videreføre særreguleringen om at regelverket i utgangspunktet ikke får anvendelse for Svalbard, med mindre dette forskriftsreguleres. Utvalget viser til kapitlet om anskaffelseslovens geografiske virkeområde, der utvalget gir nærmere vurderinger av hvordan det geografiske virkeområdet kan klargjøres.

En tydeliggjøring av det geografiske virkeområdet vil kunne være nyttig for oppdragsgivere,

leverandører og andre som skal følge regelverket, fordi det kan gjøre det enklere å tolke og etterleve reglene om geografisk virkeområde i de tilfellene der det har vært usikkerhet rundt tolkningen. Ettersom det uansett kun er snakk om kodifisering av gjeldende EØS-rett, har det lite for seg å vurdere økonomiske og administrative konsekvenser opp mot et hypotetisk scenario hvor EØS-forpliktelsen tenkes borte.

40.3.6 Endringer i avvisningsregler

Anskaffelsesforskriften har en rekke avvisningsbestemmelser. I anskaffelsesforskriften er avvisningsbestemmelsene inndelt i tre kategorier. Dette er avvisning som følge av formalfeil, forhold ved leverandøren og forhold ved tilbudet. Reglene som angir en *plikt* til å avvise leverandører ivaretar lik behandling av leverandørene eller øvrige hensyn av samfunnsmessig betydning. Reglene om *rett* til avvisning er derimot i utgangspunktet begrunnet i hensynet til oppdragsgiver. Reglene om avvisning danner grunnlaget for en stor del av klagen i anskaffelsesprosessen. I perioden 2017 til 2023 utgjorde 42 prosent av klagen KOFA behandlet avvisninger.

Etter utvalgets syn er det ikke behov for store endringer i dagens bestemmelser om avvisninger. Utvalget har imidlertid tydeliggjort hvilket handlingsrom direktivet gir, og foreslått enkelte endringer i ordlyd og struktur for bedre å samsvare med direktivets ordlyd og system. Utvalgets forslag til endring i struktur er gjort for å gjøre sammenhengen mellom ulike bestemmelser mer tilgjengelige, samt å synliggjøre hvilke bestemmelser som er utslag av direktivbestemmelser.

Siden utvalgets forslag i hovedsak innebærer en videreføring av dagens avvisningsbestemmelser, og en tydeliggjøring av handlingsrom og struktur, har utvalgets forslag ikke store økonomiske og administrative konsekvenser for oppdragsgivere, leverandører og offentlig sektor og samfunnet som helhet. Samtidig vil de foreslåtte endringene gjøre det enklere for brukerne å tolke bestemmelsene i samsvar med EØS-retten. I tillegg er det også gjort en grundig sammenstilling av gjeldende rett knyttet til de ulike avvisningsbestemmelsene som vil være nyttig for brukerne av regelverket. Også dette kan spare tid og ressurser hos oppdragsgivere og leverandører ved anvendelsen av bestemmelsene.

I forlengelsen av avvisningsbestemmelsene i anskaffelsesregelverket har utvalget også redegjort for bestemmelsene i Sanksjonsforskrift Ukraina som gjelder i offentlige anskaffelser, jenn

nom et forbud mot å tildele kontrakter til visse leverandører. Utvalget har foreslått at klagenemnda bør ha kompetanse i slike saker, der det har direkte betydning for gjennomføringen av en anskaffelse. Utvalget har ikke grunn til å tro at dette vil øke saksmengden i nevneverdig grad.

40.3.7 Endringer i håndhevingssystemet

40.3.7.1 Innledning

Som det fremgår i kapitlet om håndhevingssystemet er et velfungerende håndhevingssystem en forutsetning for at utvalgets forslag til ny anskaffelseslov skal fungere etter intensjonene. I dagens håndhevingssystem er det de alminnelige domstolene som oppfyller Norges forpliktelser etter håndhevingsdirektivene, men i praksis er det likevel Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) som fungerer som første og eneste tvisteløsningsorgan for langt de fleste anskaffelsene. Utvalgets syn er at klagenemnda oppfyller oppdraget om å bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Skriftlig saksbehandling sørger for å holde sakskostnadene nede, og nemndsmedlemmer med særlig innsikt i offentlige anskaffelser og tvisteløsning sørger for avgjørelser av høy kvalitet.

Utvalget foreslår å endre dagens håndhevingsystem ved å dreie håndhevingen mot prekontraktuell fase, og slik begrense behovet for etterfølgende erstatningssøksmål. For utvalget har det vært viktig å finne løsninger som sikrer også små og mellomstore leverandører reelle muligheter til å få stanset en kontraktstildeling og få en avgjørelse som pålegger oppdragsgiver å rette opp eventuelle feil, slik at kontrakten deretter kan tildeles rette leverandør. Utvalget har videre vært opptatt av at KOFA fortsatt skal være et lavterskeltilbud som tilbyr kostnadseffektiv og rask prøving av påståtte brudd på regelverket. Det er ikke ønskelig å endre KOFA til en særdomstol med fast ansatte dommere og kostnadsdrivende muntlige forhandlinger.

Hovedpunktene i utvalgets forslag til håndhevingssystem er som følger:

- Klagenemndas avgjørelser gjøres bindende.
- Klage til KOFA innen utløpet av karensperioden suspenderer oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakten. Suspensjonen varer inntil klagenemnda har avgjort saken, eller klagenemnda kommer frem til at den oppheves.
- Det overlates til domstolene å ta stilling til om det er grunnlag for å holde oppdragsgiver

erstatningsansvarlig for tilbudskostnader eller tapt fortjeneste. Samtidig avskjæres muligheten for å kreve erstatning for tapt fortjeneste som følge av feil som kunne og burde vært anført alt før kontrakten ble inngått.

- Konkurransetilsynet fører tilsyn med at oppdragsgivere overholder kunngjøringsplikten.
- Konkurransetilsynet kan fremme sak til KOFA om at en kontrakt skal kjennes «uten virkning».
- Konkurransetilsynet kan også ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlig direkteanskaffelser, og eventuelle klager over Konkurransetilsynets vedtak overprøves av KOFA.

Utvalget vurderer at et slikt håndhevingssystem vil gi samfunnsøkonomiske gevinster. Utvalgets forslag antas å kunne gi gevinster både for samfunnet, oppdragsgivere og leverandører gjennom blant annet økt tillit til offentlige anskaffelser, god konkurranse om offentlige anskaffelser, kostnadseffektiv håndheving, færre erstatningssaker og lavere erstatningsutbetalinger, samt færre ulovlige direkteanskaffelser.

Utvalgets forslag innebærer at en leverandør som mener at en offentlig oppdragsgiver har kommet i skade for å bryte regelverket, får mulighet til å håndheve sine rettigheter for en uavhengig og upartisk klagenemnd på en kostnadseffektiv måte. Også små og mellomstore leverandører sikres reelle klagemuligheter, noe som er viktig for deres tillit til offentlige anskaffelser, og derfor for deres vilje til å bruke tid og krefter på å konkurrere om offentlige kontrakter, noe som igjen bidrar til effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Utvalgets forslag vil videre innebære at offentlige oppdragsgivere som mener at de med urette anklages for å ha opptrudd i strid med regelverket, kan få prøvd dette på en rask og effektiv måte.

Utvalgets forslag innebærer at en i større grad får rettet opp den aktuelle feilen tidlig i prosessen, fremfor en håndheving i form av etterfølgende sanksjoner som erstatning. For alle involverte, og for ivaretagelsen av lovens formål, er det klart å foretrekke at feil avdekkes og rettes opp, før kontrakt inngås. Det har derfor vært sentralt for utvalget at håndhevingssystemet innrettes slik at feil i størst mulig grad avdekkes og rettes opp før kontrakt tildeles.

Ønsket om et effektivt håndhevingssystem må avveies mot ressursbruken knyttet til prøvingen, både kostnadene knyttet til selve håndhevingssystemet og kostnadene som prøvingen medfører for oppdragsgiver. For saksanlegg for domstolene er kostnadene i dag så høye at faren for misbruk

er svært liten, men for en klagenemnd kan dette stille seg annerledes. Et passende klagegebyr og gjennomtenkte regler om sakskostnader er derfor viktig, og vil ha innvirkning på antallet klager til klagenemnda.

Utvalget foreslår at departementet vurderer å innføre etterannonsering av kontraktsinngåelser under EØS-terskelverdi, samt plikt for oppdragsgivere som er omfattet av anskaffelsesregelverket til å offentliggjøre årlig oversikt over den totale størrelse på kjøp fra eksterne enheter (private eller andre offentlige enheter). Forslaget forutsetter at dette kan gjøres forholdsvis enkelt. Forslaget vil kunne ha økonomiske og administrative konsekvenser, men det vil bero på om disse forslagene tas videre av departementet, og hvilken utforming de i så fall vil ha.

40.3.7.2 KOFA's organisering, saksbehandling og budsjett

Utvalget ser ikke behov for større endringer i KOFA's organisering, men som det redegjøres for i kapittel 21 mener utvalget at det er grunn til å vurdere om nemnda bør utvides fra ti til tolv medlemmer, for å muliggjøre intern organisering som gir rom for større avstand mellom partene i en sak og nemndas advokatmedlemmer. Det er også ønskelig å rekruttere flere dommere til nemnda, og da helst slik at nemnda kan settes med én dommer i hver sak. En økning fra ti til tolv nemndsmedlemmer vil imidlertid ikke i seg selv medføre økte kostnader, ettersom nemndsmedlemmene honoreres per sak de deltar i.

Utvalget ser ikke behov for større endringer i KOFA's saksbehandlingsregler. For å holde kostnadene nede, er det avgjørende at saksbehandlingen er skriftlig. Når KOFA skal gi bindende avgjørelser før kontraktsinngåelse, vil dette trolig gi en økt saksmengde for KOFA, isolert sett. Det er i dag ressurskrevende og kostbart for leverandørene å begjære midlertidig forføyning hos domstolen for å få stanset en kontraktsinngåelse, og det må antas at flere saker vil bli brakt inn for prøving i karensperioden hos KOFA. På den andre siden ser ikke utvalget behov for at KOFA skal fortsette å gi rådgivende uttalelser i det foreslåtte håndhevingssystemet. Dette vil medføre en markant reduksjon i antallet saker som sendes til klagenemnda. Hvis det tas utgangspunkt i tallene for 2023, ville det medføre en reduksjon på 131 saker, av totalt 170.¹ Antallet prioriterte saker utgjorde 59 av totalt 170 saker i 2023. Det er pri-

¹ Se tabell 18.2 i kapittel 18.

mært denne typen saker at utvalget mener at KOFA skal fokusere på. Den faktiske økningen i klagenemndas saker som følge av at det åpnes for å klage til KOFA i karensperioden vil for øvrig kunne styres gjennom justering av klagegebyrets størrelse.

KOFA bruker i dag mye ressurser på saker om ulovlige direkteanskaffelser. Med utvalgets forslag vil Konkurransetilsynet gjennom sin behandling av klager og tips om ulovlige direkteanskaffelser si hvilke som bringes inn for nemnda med henblikk på å få kjent en kontrakt uten virkning, noe som vil redusere arbeidsbyrden for KOFA. Saker hvor Konkurransetilsynet mener en ulovlig direkteanskaffelse kan og bør sanksjoneres med et overtredelsesgebyr, vil kunne bli brakt inn for KOFA for overprøving, men det vil uansett være snakk om langt færre saker enn i dag, hvor også helt opplagte tilfeller må behandles av KOFA.

Samtidig er det svært viktig at KOFA har ressurser som sikrer grundig og tillitsvekkende behandling av klagene som kommer inn. Med utvalgets forslag vil KOFA få en helt sentral rolle i den prekontraktuelle håndhevingen av regelverket, noe som fordrer at KOFA har de ressursene som kreves for å håndtere korte tidsfrister. Også oppgaven med å vurdere om en kontrakt inngått etter en ulovlig direkteanskaffelse skal kjennes «uten virkning», vil by på nye utfordringer. En nøkkel til KOFAs suksess er nemndas sekretariat, som forbereder alle sakene for nemnda og holder arbeidsbelastningen for nemndas medlemmer nede.

I innfasingen av de endringene i håndhevings-systemet som utvalget tar til ordet for, er det svært viktig at KOFA har de ressursene som trengs for å mestre sin nye rolle. Ressursbehovet på lengre sikt kan reguleres gjennom blant annet klagegebyr og justeringer av sakskostnadsreglene.

40.3.7.3 Klagegebyr ved behandling i KOFA

Det må betales klagegebyr ved behandling i KOFA. For klager på ulovlige direkteanskaffelser er gebyret 1000 kroner. Gebyret er for tiden på 8000 kroner for alle andre saker. Partene bærer sine egne omkostninger ved behandlingen i KOFA, uavhengig av sakens utfall.

Utvalget har drøftet om nivået på klagegebyret bør løftes. Når Konkurransetilsynet får myndighet til å ta imot og håndtere klager på ulovlig direkteanskaffelser, bortfaller behovet for særskilt tilrettelegging for slike klager til KOFA. En potensiell leverandør må fremdeles kunne klage en ulov-

lig direkteanskaffelse inn til KOFA, men må da være beredt til å betale ordinært klagegebyr.

Utvalget vil ikke foreslå noe klagegebyr for klager til Konkurransetilsynet på ulovlige direkteanskaffelser. De inntektene man i dag har fra slike gebyrer vil med utvalgets forslag bortfalle, men dette er et helt ubetydelig beløp.

Når det gjelder det ordinære klagegebyret til KOFA, mener utvalget at det er viktig å videreføre KOFA som et lavterskeltilbud, også for små og mellomstore leverandører. Samtidig bør gebyret være høyt nok til at det luker bort klager som det ikke er grunn til at nemnda skal bruke tid og krefter på, som for eksempel mulige brudd som uansett ikke har virket inn på tildelingsbeslutningen. Det er viktig at nemndas samlede arbeidsbelastning ikke blir for stor, og at nemnda kan prioritere rask behandling av klager inngitt i karensperioden.

Utvalget overlater til departementet å balansere de ulike hensynene som her gjør seg gjeldende, og har derfor foreslått en lovbestemmelse om klagegebyr uten å sette inn et konkret forslag.

40.3.7.4 Håndheving av bestemmelser om samfunnshensyn

Utvalget har ikke foreslått særskilte regler om håndheving av bestemmelsene om samfunnshensyn, og forslaget vil derfor ikke få økonomiske og administrative konsekvenser. Utvalget presiserer at det er lite hensiktsmessig med en etterfølgende overprøving av oppdragsgivers skjønnsmessige vurderinger knyttet til hvordan samfunnshensyn skal ivaretas i den konkrete anskaffelsen. Det er en bedre løsning om leverandører og organisasjoner tar opp dette i forkant av tildeling av kontrakt. Det vises til nærmere omtale i kapitlet om håndhevingsystemet.

40.3.7.5 Håndheving under EØS-terskelverdi

Utvalget antar at forslaget til regler for håndheving av anskaffelser under EØS-terskelverdi ikke i seg selv vil ha nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser. Under EØS-terskelverdi står lovgiver fritt til å avveie de ulike hensynene som anskaffelsesregelverket skal ivareta, og dette inkluderer også å vektlegge økonomiske og administrative konsekvenser av reglene. Utvalgets forslag til regler for anskaffelser under EØS-terskel fremgår av første delutredning, med de dissenser som fremgår der. Utvalget kan ikke se at forslaget om håndheving av reglene under EØS-terskel som nå fremsettes, vil ha særegne økonomiske eller administrative konsekvenser.

40.3.7.6 Konkurransetilsynet fører tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser

I kapitlet om håndhevingssystemet diskuterer utvalget spørsmålet om det bør opprettes et eget tilsyn for offentlige anskaffelser. Utvalget mener det er behov for et uavhengig tilsynsorgan for å sikre konkurranse om offentlige kontrakter, og da særlig for å bekjempe ulovlige direkteanskaffelser. Dagens ordning hvor enhver kan klage en ulovlig direkteanskaffelse inn for KOFA er etter utvalgets vurdering effektiv, men den gir KOFA en dobbeltrolle som kombinert gebyrmyndighet og tvisteløsningsorgan og den åpner heller ikke for anonyme klager. Etter utvalgets syn vil det være en ryddigere og bedre ordning om gebyrkompetansen legges til Konkurransetilsynet, men mulighet for overprøving i KOFA.

Dersom Konkurransetilsynet får myndighet til å sanksjonere ulovlige direkteanskaffelser, vil dette medføre både gevinster og kostnader for samfunnet. Økt tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser vil kunne gi gevinster for samfunnet dersom det medfører at omfanget av ulovlige direkteanskaffelser reduseres. Det totale omfanget av slike anskaffelser per i dag er ikke kjent, men det antas at et tilsyn vil kunne ha en avskrekkende effekt. Det er ikke mulig å vurdere om gevinstene vil være høyere enn kostnadene et slikt tilsyn medfører.

Konkurransetilsynet har rutiner for å motta anonyme tips og klager, og tilrettelegging for slike vil etter utvalgets syn kunne bidra til å styrke arbeidet med å bekjempe ulovlige direkteanskaffelser. Tilsynet bør etter utvalgets syn få en generell adgang til å innhente opplysninger fra både oppdragsgivere og leverandører for å vurdere om anskaffelsesreglene er overholdt og en skjønnsmessig adgang til å påklage også andre brudd på anskaffelsesregelverket som har en side til konkurransen om offentlige kontrakter. En slik adgang vil medføre ressursbruk hos tilsynet, oppdragsgivere og leverandører.

Tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser vil nødvendigvis kreve tilførsel av ressurser til Konkurransetilsynet. Samtidig vil dette avlaste KOFA, og da særlig KOFA's sekretariat, som i dag bruker en hel del ressurser på å utarbeide utkast til forhåndsvarsel om overtredelsesgebyr, som så behandles av nemnda og som både oppdragsgiver og klager deretter gis anledning til å kommentere på før nemnda treffer endelig avgjørelse i saken. Det er heller ikke slik at alle de 30-50 klagen med påstand om ulovlige direkteanskaffelser som KOFA årlig mottar, er særlig kompliserte, og

utvalget mener at tilsynet må få anledning til selv å prioritere hvilke saker som bør følges, innenfor de til enhver tid gjeldende rammebetingelser for tilsynets arbeid. Utvalgets syn er uansett at det er riktig å tilføre Konkurransetilsynet ressurser for å styrke arbeidet med å bekjempe ulovlige direkteanskaffelser, for slik å bidra til å oppfylle lovens formål om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

Dersom Konkurransetilsynet får tilsynsansvar for anskaffelsesregelverket, vil det etter utvalgets vurdering være naturlig at det også håndterer varsler om brudd på anskaffelsesregelverket etter varslingsdirektivet. Dette mener utvalget ville vært en god løsning, fordi Konkurransetilsynet generelt har rutiner for å motta anonyme tips og klager. Dette vil medføre noe økt ressursbruk i Konkurransetilsynet, men ikke mer enn om oppgaven legges til et annet tilsynsorgan. Varslingsdirektivet må uansett gjennomføres og etterleves.

40.3.8 Erstatningsreglene

Utvalgets vurdering av erstatningsreglene henger uløselig sammen med utvalgets forslag til endringer av andre deler av håndhevingssystemet, og for å legge til rette for rask og kostnadseffektiv håndheving før kontrakt inngås. Med de endringer som utvalget har foreslått, reduseres behovet for å bruke erstatningsreglene som et virkemiddel for å effektivisere anskaffelsesregelverket.

Et hovedgrep i utvalgets forslag er at leverandørenes tapsbegrensningsplikt presiseres slik at muligheten til å kreve erstatning bortfaller dersom leverandøren kunne og burde ha forsøkt å avverge tapet gjennom en klage til KOFA eller domstolene forut for kontraktsinngåelsen. Slik utvalget ser det vil dette ta bort behovet for etterfølgende erstatningssøksmål i de langt fleste tilfellene. Dersom leverandøren har rett i at oppdragsgiver har trådt feil, kan feilen rettes opp før kontrakt er inngått. Dersom KOFA konkluderer med at det ikke foreligger noe brudd på regelverket, kan oppdragsgiver inngå kontrakt i nær visshet om at det ikke vil være grunnlag for noe etterfølgende erstatningskrav fra en leverandør som mener seg forbigått.

Erstatningskrav vil derfor først og fremst være aktuelle i tilfeller hvor kontrakt er inngått uten at det var praktisk mulig å klage til KOFA, eller tilfeller hvor kontrakt er inngått før KOFA har rukket å avgjøre klagen (for eksempel i tilfeller hvor KOFA mener det ikke er grunnlag for å suspendere retten til å inngå kontrakt).

Det andre hovedgrepet i utvalgets forslag gjelder erstatningsutmålingen for fortjenestetap, hvor utvalget mener det må legges større vekt på leverandørenes tapsbegrensningsplikt og tas større hensyn til den usikkerheten som normalt knyttet seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget (spart prosjektrisiko, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse).

Etter utvalgets vurdering vil utvalgets forslag til endringer i håndhevingssystemet og erstatningsreglene samlet sett ha positive konsekvenser for samfunnet. Når en legger til rette for rask og kostnadseffektiv håndheving før kontrakt inngås, vil det redusere grunnlaget for erstatningskrav. Dette vil gi innsparinger for oppdragsgivere og offentlig sektor. Selv om det med utvalgets forslag forventes lavere erstatningsutbetalinger til leverandører, vil leverandører bruke mindre ressurser på erstatningssøksmål og få gevinster av rask og kostnadseffektiv håndheving før kontrakt inngås. Det legges derfor til grunn at regelendringene samlet sett vil få positive effekter også for leverandører.

40.3.9 Gjennomføring av håndhevingsdirektivene

Utvalgets forslag til oppdatert gjennomføring av håndhevingsdirektivene inneholder flere regelendringer som vil kunne få økonomiske og administrative konsekvenser. I det følgende vurderes konsekvenser av endringer i regler om klager, frister, midlertidige avgjørelser og tilsidesettelse av ulovlige beslutninger samt sanksjoner.

40.3.9.1 Endringer i regler om klager

Håndhevingsdirektivene fastslår at medlemsstatene skal treffe nødvendige tiltak for å sikre at det «effektivt og særlig så raskt som mulig» kan klages på beslutninger truffet av offentlige oppdragsgivere med påstand om brudd på anskaffelsesretten. Utvalgets vurdering er at håndhevingsdirektivet artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt om at «beslutninger truffet av de offentlige oppdragsgivere» må kunne påklages bør gjennomføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Det anses som hensiktsmessig at loven inneholder en konkretisering av hva som er klagegjensstand, og at ny lov angir at klage «må gjelde unnløtelser, handlinger eller beslutninger i forbindelse med gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelseslovene eller forskrifter gitt med hjemmel i disse». Forslaget antas å ikke ha nevneverdige økonomiske og administrative konsekvenser.

Håndhevingsdirektivet gir regler om hvem som skal ha adgang til å klage på oppdragsgivers beslutninger i en anskaffelsesprosess (rettslig klageinteresse). Som en følge av utvalgets anbefaling om å gjøre KOFA til håndhevingsorgan i håndhevingsdirektivenes forstand, er det behov for bestemmelser i ny lov om offentlige anskaffelser om hvem som skal ha adgang til å klage. Etter utvalgets syn bør klageadgangen formuleres etter inspirasjon fra tvistelovens bestemmelser om søksmålsadgang for domstolene. Dette gjelder både det overordnede vurderingstemaet «reelt behov» og særbestemmelsen om foreninger, stiftelser og offentlige organers søksmålsadgang. Forslaget antas å ikke ha nevneverdige økonomiske og administrative konsekvenser.

Utvalget foreslår at det ikke innføres en plikt for leverandør til først å klage til oppdragsgiver. Når direktivet krever at enhver klage skal suspendere adgangen til å inngå kontrakt, vil selv en åpenbart grunnløs klage til oppdragsgiver utsette kontraktsinngåelsen, noe som ikke er ønskelig. Utvalget påpeker at det likevel ofte vil være hensiktsmessig å klage til oppdragsgiver. Det er også utvalgets inntrykk at leverandører i stor grad velger å gjøre dette, og at oppdragsgiver da ofte aksepterer å utsette kontraktsinngåelsen uten at leverandøren må begjære en midlertidig forføyning. Utvalget foreslår at leverandør skal ha plikt til å underrette oppdragsgiver før det inngis klage i karensperioden. Forslaget skal bidra til å sikre at klager innen karensperioden *faktisk* gir suspensjonsvirkning. Det kan hevdes å medføre en byrde for leverandører å orientere oppdragsgiver om at de vil fremme en klage i karensperioden, samtidig er dette vesentlig mindre enn de mulige konsekvensene av ikke å ha en slik plikt til å underrette (økt mulighet for erstatningskrav). Forslaget antas å ikke ha nevneverdige økonomiske og administrative konsekvenser.

40.3.9.2 Flere preklusive frister

Utvalgets vurdering er at Norge bør benytte handlingsrommet i håndhevingsdirektivene til å innføre flere preklusive frister i anskaffelsesregelverket. Etter utvalgets syn er det hensiktsmessig at beslutninger i en anskaffelsesprosess påklages fortløpende, slik at tvister i størst mulig grad løses før kontraktsinngåelse og mens det ennå er mulig å rette opp feil. Ved å fremtvinge klager underveis i en anskaffelsesprosess, vil feil bli brakt til oppdragsgivers oppmerksomhet på et tidspunkt hvor de fortsatt kan rettes opp. Etter utvalgets syn vil dette fremme effektiv håndheving av anskaffelses-

regelverket, og forebygge større tvister i etterkant av kontraktinngåelsen.

Utvalget har foreslått følgende preklusive frister i nytt anskaffelsesregelverk:

- preklusiv frist på ti dager i to-trinns prosedyrer for å klage på oppdragsgivers beslutning om å avvise eller ikke velge ut en leverandør (det er i dag valgfritt å sette en slik frist).
- preklusiv frist på ti dager for å klage på oppdragsgivers beslutning om å avlyse en konkurranse.
- preklusiv frist på 20 dager for å klage på oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt selv om det i utgangspunktet foreligger en oppsigelsesplikt (dette antas å gjelde svært få saker).
- preklusiv frist på seks måneder etter at kontrakt er inngått for å fremme klage eller søksmål om sanksjonen «uten virkning».
- preklusiv frist på to år til å fremme klage eller søksmål om overtredelsesgebyr som sanksjon mot en ulovlig direkteanskaffelse
- preklusiv frist på 1 år for å fremme søksmål om erstatning som følge av en overtredelse

Utvalgets forslag om preklusive frister antas å fremme effektiv håndheving ved at flere tvister kan løses før kontraktinngåelse, at større tvister etter kontraktinngåelse kan forebygges og at en kan oppnå hurtig tvisteløsning. En preklusiv frist kan også i noen grad kunne virke prosessdrivende ved at en leverandør må klage for ikke å tape rettigheter. Imidlertid forventes forslaget samlet sett å gi gevinster både for oppdragsgivere, leverandører og offentlig sektor og samfunnet som helhet.

40.3.9.3 Midlertidige avgjørelser og tilsidesettelse av ulovlige beslutninger

Utvalget har et ønske om å styrke den prekontraktuelle prøvingen, noe som innebærer at leverandørenes mulighet til å få utsatt kontraktsinngåelsen må styrkes. Det er etter utvalgets syn sterkt ønskelig at klager om påståtte ulovlige beslutninger raskt avgjøres av KOFA, slik at de kan rettes opp før de får betydning for hvem som får tildelt kontrakten. Dette gjelder ikke bare ulovlige tildelingsbeslutninger, men også for eksempel en beslutning om å avvise en leverandør, eller en beslutning om å avlyse hele konkurransen, fordi det har oppstått uenighet om lovligheten av de beslutninger som oppdragsgiver har truffet. Dagens gjennomføring av håndhevingsdirektivene legger ikke til rette for dette.

Forslaget vil kunne gi gevinster for leverandører, fordi det vil øke muligheten til å få rettet opp brudd på regelverket før kontrakt inngås. I tillegg vil det være mindre ressurskrevende for leverandører med midlertidige avgjørelser i KOFA enn å gå til domstolene for å kreve midlertidig forføyning. For oppdragsgivere kan utsettelse av kontraktinngåelser gi økte kostnader, men rask behandling i KOFA vil begrense disse. Samtidig kan avgjørelser før kontraktinngåelser redusere ressursbruken hos oppdragsgivere og leverandører knyttet til tvister etter kontraktinngåelser.

40.3.9.4 Sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser

En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt. Det at offentlige kontrakter er gjenstand for konkurranse bidrar til at det offentlige får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte, gjennom at leverandørene må konkurrere om å levere det beste tilbudet. Konkurransen har til formål å medføre bedre kvalitet til lavere pris. Utvalget legger derfor til grunn at mer effektive sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser vil føre til at flere kontrakter blir gjenstand for konkurranse, noe som vil gi betydelige gevinster for oppdragsgivere og samfunnet som helhet.

Utvalget konstaterer at KOFAs myndighet til å ilegge gebyr, men ikke til å kjenne kontrakten uten virkning, har ført til at overtredelsesgebyr er blitt hovedregelen snarere enn unntaket. Utvalget deler EU-lovgivers oppfatning av at det er riktig at en kontrakt inngått som følge av en ulovlig direkteanskaffelse kjennes «uten virkning» i tilfeller hvor dette vil lede til reell konkurranse om den aktuelle anskaffelsen.

Utvalget foreslår derfor at KOFA får myndighet til å kjenne en kontrakt «uten virkning», for slik å sikre at sanksjonen «uten virkning» blir den primære reaksjonen mot ulovlig direkteanskaffelser også i Norge.

Tilfeller hvor en kontrakt kjennes «uten virkning» vil nødvendigvis medføre økte kostnader for oppdragsgivere, men nettopp av denne grunn er det grunn til å tro at denne sanksjonen vil være enda mer effektiv enn et overtredelsesgebyr for å bekjempe ulovlige direkteanskaffelser. For oppdragsgivere som er i god tro om adgangen til å foreta en direkteanskaffelse vil intensjonskunngjøring være en enkel måte å unngå risiko for at kontrakten kjennes «uten virkning». Utvalgets forslag vil kunne medføre flere intensjonskunngjøringer.

gjøringer, med det vil ikke være ressurskrevende og må anses som en ønsket utvikling.

Utvalget antar at forslaget om Konkurransetilsynet som tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser, og KOFA's mulighet til å kjenne en kontrakt «uten virkning», samlet vil føre til flere tilfeller hvor ulovlig tildelte kontrakter kjennes «uten virkning». Samtidig foreslår utvalget en klagefrist på seks måneder etter at kontrakt er inngått, noe som er vesentlig kortere enn dagens frist på to år. Klager innkommet etter denne fristen, vil bare kunne lede til illeggelse av et overtredelsesgebyr (innen en frist på to år) eller avkortning av kontrakten.

I dag ilegges et overtredelsesgebyr på inntil 15 prosent av anskaffelsens verdi. Dette er markant høyere enn nivået i Danmark og Sverige, som også forutsetningsvis har et gebyrnivå som er i overensstemmelse med de kravene som EØS-retten stiller. Utvalget foreslår at maksimalt gebyr ved ulovlige direkteanskaffelser skal være 10 prosent av anskaffelsens verdi, oppad begrenset til 15 millioner kroner, og at departementet gir nærmere føringer på utmålingen av overtredelsesgebyrets størrelse. Forslaget vil medføre at oppdragsgivere som blir ilagt overtredelsesgebyr som følge av en ulovlig direkteanskaffelse, vil bli ilagt et lavere gebyr enn hva som er tilfellet i dag. Etter utvalgets syn gjør styrkingen av «uten virkning» som den primære sanksjon mot ulovlige direkteanskaffelser, at det ikke er behov for et gebyrnivå som er markant høyere enn i Danmark og Sverige, særlig når det også sees hen til muligheten for anonyme klager til Konkurransetilsynet.

Når det gjelder sanksjonen avkortning av kontrakten, har utvalget kommet til at dagens gjennomføring av muligheten for å avkorte en kontrakt bør videreføres i norsk rett. Det kan tenkes tilfeller hvor samfunnshensyn gjør at en kontrakt ikke kan kjennes «uten virkning» her og nå, men hvor det likevel er mulig å avkorte kontrakten, for slik å gjenopprette konkurransen om i hvert fall deler av den opprinnelige anskaffelsen. Forslaget vil ha økonomiske og administrative konsekvenser for oppdragsgivere som får en kontrakt avkortet, noe som er en tilsiktet konsekvens av sanksjoner mot ulovlige direkteanskaffelser og en forutsetning for at sanksjonene skal virke preventivt.

40.3.10 Endringer i avlysningsregler

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende regulering av at oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse når det foreligger saklig grunn, med noen presiseringer. Videre foreslår utvalget å kodifisere

plikten til å avlyse dersom det avdekkes feil som kan virke inn på utfallet av konkurransen og som ikke kan rettes opp på annen måte. Det foreslås også å innføre en regel om at en avlysningsbeslutning må påklages innen en frist på 10 dager, og legge til rette for hurtig behandling av slike klager i KOFA. En leverandør som ikke påklager en avlysning innen fristen, mister muligheten til senere å kreve erstatning for urettmessig avlysning av konkurransen.

Utvalgets forslag innebærer en rettslig avklaring av når oppdragsgivere har rett og plikt til å avlyse en konkurranse, som er et spørsmål som de siste årene har vært gjenstand for en rekke tvistesaker. En klargjøring vil kunne redusere antall tvistesaker, og dermed også domstolenes, oppdragsgiveres, leverandørers og andre aktørers ressursbruk på slike tvistesaker.

Hovedgrepet i utvalgets forslag til nye avlysningsregler er å legge til rette for at oppdragsgiver og leverandør hurtig kan oppnå en rettslig bindende vurdering av om en avlysning er lovlig eller ikke, kombinert med en presisering av at leverandører som ikke benytter denne muligheten, er avskåret fra å senere anføre den påstått ulovlige anskaffelsen som grunnlag for et erstatningskrav. Dette vil kunne redusere omfanget av erstatningskrav.

40.3.11 Omgjøring, signering av kontrakt og vedståelsesfrist

Utvalgets forslag til regler om omgjøring, signering av kontrakt og vedståelsesfrist er i hovedsak en videreføring og klargjøring av gjeldende regler, og har ikke vesentlige økonomiske og administrative konsekvenser. Forslagene har likevel noen fordeler og ulemper for oppdragsgivere og leverandører som omtales i det følgende.

Utvalgets vurdering er at en ny lov bør inneholde en bestemmelse som regulerer oppdragsgivers adgang til å omgjøre en beslutning om å tildele kontrakt. Bestemmelsen har praktisk betydning, og gir oppdragsgiver adgang til å rette opp feil før kontrakten signeres. Det er også en fordel at omgjøringsadgangen har klare rettslige rammer, slik at en eventuell omgjøring skaper minst mulig usikkerhet for oppdragsgiver og berørte leverandører.

Etter utvalgets syn må bestemmelsen om når kontrakt ansees inngått videreføres i nytt anskaffelsesregelverk. Regelen om signering fra begge parter bidrar til å klargjøre skjæringspunktet for kontraktsinngåelse. At regelen er klar og tydelig, kan avverge tvister om skjønnsmessige spørsmål

om avtaleinngåelsens tidspunkt. Utvalget mener det er nødvendig å lovfeste regelen ettersom reguleringen av skjæringspunktet fraviker alminnelig norsk avtalerett.

Utvalget foreslår å videreføre gjeldende bestemmelse om vedståelsesfrist, uten materielle endringer. Utvalget foreslår likevel å forenkle og forkorte bestemmelsens ordlyd. Utgangspunktet er fortsatt at dersom oppdragsgiver ikke har fastsatt en vedståelsesfrist, gjelder en frist på 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen. Ved å fastsette en vedståelsesfrist, vil leverandørene være bundet av sine tilbud gjennom evalueringsprosessen. Denne perioden er avgjørende for oppdragsgiveren for å kunne gjøre grundige vurderinger og sikre at konkurransen er i tråd med anskaffelsesregelverket. En fordel med dagens løsning er at den gir forutsigbarhet til begge parter. At leverandørene vet hvor lenge de er bundet av sine tilbud, gjør det mulig for dem å planlegge og administrere ressurser på en effektiv måte. Samtidig gir det oppdragsgiveren trygghet om at tilbudene er bindende i evalueringsperioden, og gjennom eventuelle klageprosesser. Utvalget vil understreke at det er viktig at oppdragsgiver foretar en forsvarlig vurdering av fristens lengde, for å unngå unødvendige kostnader. Dersom oppdragsgiver fastsetter lange vedståelsesfrister, kan dette medføre ulemper for leverandørene, som igjen vil kunne veltes over på oppdragsgiver i form av økte risikopåslag og økte priser.

40.3.12 Oppsigelse av kontrakt

Utvalget foreslår å utvide oppsigelsesretten som følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 73 bokstav b til å omfatte også avvisningsgrunner som gjelder manglende overholdelse av skatter og avgifter og de frivillige avvisningsgrunnene. Utvalget foreslår videre å innta en ny oppsigelsesrett for avvisningsgrunner som oppstår i kontraktsperioden.

Forslagene vil kunne gi gevinster både for oppdragsgivere og samfunnet for øvrig. For oppdragsgivere vil bestemmelsene kunne bidra til å skape klarhet om adgangen til å si opp en kontrakt i dens løpetid, og styrke adgangen til å utelukke leverandører fra offentlige anskaffelser. En slik oppsigelsesrett kan innebære at en vil kunne påse at leverandørene overholder regler (om f.eks. skatter og avgifter) og forpliktelser ved gjennomføringen av en kontrakt.

Utvalget foreslår også å innføre en oppsigelsesplikt der en tildelingsbeslutning er kjent ulovlig ved endelig avgjørelse av klagenemnda eller domstolene. Utvalget erkjenner at oppsigelse av

en kontrakt vil kunne medføre økonomiske og administrative kostnader, men anser disse rettfærdiggjort av det bidrag til mer effektiv prekontraktuell prøving som oppsigelsesplikten vil gi. Tilfeller hvor kostnadene ved en oppsigelse er urimelig høye, må ivaretas gjennom anvendelsen av de unntak fra oppsigelsesplikten som utvalget har redegjort for i kapittel 37.

40.3.13 Oppbevaring og innsyn i kontrakt

Anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet inneholder regler om oppbevaring av kontrakt og påfølgende innsyn. Utvalget konstaterer at det er en del oppdragsgivere, eksempelvis offentligrettslige organer, som er omfattet av anskaffelsesregelverket, men som likevel ikke er omfattet av offentliglova. For å ivareta kravet om innsyn i disse kontraktene, mener utvalget at bestemmelsen må gjennomføres i nytt regelverk. Utvalget foreslår derfor at oppdragsgiver som ikke er omfattet av offentliglova, skal gi allmennheten innsyn i vare- og tjenestekontrakter med en verdi på minst 10 millioner kroner eksklusive merverdiavgift, og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst 100 millioner kroner eksklusive merverdiavgift. Reglene i offentliglova om unntak fra innsyn gjelder tilsvarende.

Hensynet til åpenhet tilsier at det bør være innsyn i alle kontrakter som er inngått med offentlige midler. Utvalget har imidlertid falt ned på at plikten først inntre i henhold til beløpsgrensene som følger av direktivet, ettersom det vil påføre oppdragsgivere, som ikke er omfattet av offentliglova, nye administrative byrder dersom alle kontraktene omfattes.

Videre foreslår utvalget at oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden. Etter utvalgets syn vil det være en forenkling ikke å oppstille egne terskelverdier for kravet om oppbevaring av kontrakt. De aller fleste offentlige oppdragsgivere vil være underlagt andre offentligrettslige krav til arkivering og journalføring som gjør at de i praksis uansett har plikt til å oppbevare kontrakten. Bestemmelser om oppbevaring av kontrakt og innsyn bør gjelde alle anskaffelser som er omfattet av de tre lovene som utvalget foreslår på anskaffelsesområdet. Dette er i samsvar med dagens regulering i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften, men nytt for konsesjonskontraktforskriften hvor det etter gjeldende rett ikke er krav til å gi innsyn i kontrakt over angitte terskelverdier.

Utvalgets forslag vedrørende oppbevaring og innsyn i kontrakt vil ikke medføre nevneverdig

økt ressursbruk hos oppdragsgivere, ettersom forslaget innebærer en videreføring av plikter som allerede er gjeldende rett. For oppdragsgivere som gjennomfører anskaffelser etter konsesjonskontraktdirektivet vil likevel forslaget ha den konsekvens at de får lovfestet en plikt til å gi innsyn i kontrakter over de angitte terskelverdiene. Dette antas ikke å medføre merarbeid for disse virksomhetene, ettersom de allerede i dag er underlagt krav om å oppbevare kontrakt. Økt åpenhet vil være nyttig for aktører som ønsker innsyn i kontrakter om offentlige anskaffelser, og kan styrke tilliten til det offentlige og kontrollen fra allmenheten.

40.3.14 Offentlige anskaffelser i forsyningssektorene og i form av konsesjonskontrakter

40.3.14.1 Overordnet

Utvalget har i første delutredning redegjort for hvorfor forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet, på samme måte som anskaffelsesdirektivet, bør gjennomføres på lovs nivå. Samtidig konkluderte utvalget med at det ikke er hensiktsmessig å prøve å innarbeide direktivene i en felles lov for alle offentlige anskaffelser. Den mest brukervennlige løsningen, som samtidig også best får frem reglens EØS-rettslige opphav, er at forsyningsdirektivet og konsesjonskontraktdirektivet gjennomføres i hver sin lov.

Reglene i forsyningsdirektivet er i stor grad sammenfallende med bestemmelsene i anskaffelsesdirektivet, men mindre detaljerte og mer fleksible, noe som skyldes særtrekkene ved vann- og energiforsyning, transport og posttjenester. Bestemmelser i konsesjonskontraktdirektivet er gjennomgående mer fleksible enn bestemmelser i anskaffelsesdirektivet og forsyningsdirektivet.

Utvalget foreslår at forsyningsdirektivet gjennomføres i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene, og at konsesjonskontraktdirektivet gjennomføres i ny lov om konsesjonskontrakter. Det foreslås i hovedsak at bestemmelsene i disse to lovene koordineres med den endelige utformingen av den nye anskaffelsesloven. Å flytte regelverk fra forskrift til lov gir demokratisk forankring og muliggjør lovforarbeider som gir veiledning om de underliggende EØS-reglene.

Regelendringene kan medføre økte administrative kostnader i en overgangsperiode til å lære nytt regelverk. Forenklingene forventes deretter å redusere transaksjonskostnadene for oppdragsgivere og leverandører ved offentlige anskaffelser.

Det vises til kapittel 29 i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* for en nærmere omtale av økonomiske og administrative konsekvenser av å flytte regelverk over i lov og å gjennomføre direktiv.

40.3.14.2 Formål og samfunnshensyn

Utvalget foreslår at lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter innledes med en formålsbestemmelse som tilsvarende den som er foreslått i § 1-1 i forslaget til ny anskaffelseslov. Den EØS-rettslige reguleringen i direktivene om forsyning og konsesjonskontrakter er mer fleksibel og «lettere» enn reguleringen i anskaffelsesdirektivet, noe som kan tilsi en «lett» formålsbestemmelse. Samtidig øker mer fleksible regler viktigheten av en veiledende formålsbestemmelse, som angir hvilke hensyn lovgiver forventer at oppdragsgiver tar. Det kan også være unødig komplisert med ulike formålsbestemmelser i de tre lovene, jf. også målet om et enklest mulig regelverk.

Utvalgets forslag til ny formålsbestemmelse i første delutredning NOU 2023: 26 er i utgangspunktet ikke ment å utvide formålet med loven vesentlig, utover økt ivaretagelse av samfunnshensyn. Økt ivaretagelse av samfunnshensyn vil gi både gevinster og kostnader for oppdragsgivere, leverandører og samfunnet som helhet. Det vises til kapittel 29 i NOU 2023: 26 for en nærmere redegjørelse av økonomiske og administrative konsekvenser av endringer i lovens formål og bestemmelser om samfunnshensyn.

Utvalget foreslår at lov om anskaffelser i forsyningssektorene og lov om konsesjonskontrakter inneholder et kapittel om samfunnshensyn. Det vises til at det kan være særlige forhold knyttet til visse anskaffelser i forsyningssektorene og/eller anskaffelser som skjer i form av konsesjonskontrakter som tilsier at det er behov for tilpasninger i reguleringen av samfunnshensyn. Utvalget har hatt begrenset mulighet til å gå inn på dette, og ser seg derfor nødt til å overlate det til høringsrunden og Nærings- og fiskeridepartementets oppfølging av denne. De økonomiske og administrative konsekvensene ved å ivareta samfunnshensyn i slike anskaffelser vil derfor avhenge av departementets oppfølging.

40.3.14.3 Innslagspunkt og klar grensekryssende interesse

Forslaget fra utvalget om å øke innslagspunktet for lov om anskaffelser i forsyningssektorene og

lov om konsesjonskontrakter fra 100 000 kroner til 300 000 kroner vil medføre at færre anskaffelser vil bli omfattet av lovene, og redusere transaksjonskostnadene for anskaffelser som ikke lenger omfattes.

Videre foreslår utvalget at begge lovene kodifiserer EU-domstolens praksis om krav til anskaffelser under terskelverdi med klar grense-

kryssende interesse. Bestemmelsen må ansees å ha et snevert anvendelsesområde og det må antas at det skal en del til før en anskaffelse under terskelverdiene har klar grensekryssende interesse.

Kapittel 29 i NOU 2023: 26 redegjør nærmere for konsekvenser av å øke innslagspunktet og ha regler om anskaffelser med klar grensekryssende interesse.

Kapittel 41

Spesialmerknader

41.1 Utkast til bestemmelser i ny lov om offentlige anskaffelser

§ 1-1 *Formål*

(1) Loven gir regler om fremgangsmåten for offentlige anskaffelser. Loven skal fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

(2) Dette innebærer blant annet at loven skal bidra til

- at oppdragsgiver får dekket sine behov på en kostnadseffektiv måte
- omstilling til et lavutslippssamfunn
- at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres
- innovasjon
- anstendige arbeidsforhold
- konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører
- at det offentlige opptrer på en tillitsvekkende måte
- at arbeidet med å gjennomføre en anskaffelse står i et rimelig forhold til anskaffelsens størrelse og betydning
- å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn.

(3) Sammen med lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsanskaffelser gjennomfører loven Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 4.

§ 1-4 *Geografisk virkeområde*

(1) Loven gjelder også for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, hvis kontrakten har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. En slik tilknytning foreligger dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

(2) Departementet kan i forskrift bestemme at loven også skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og en kodifisering av rettspraksis knyttet til anskaffelsesdirektivenes geografiske virkeområde. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 7.

Første ledd fastslår at loven også kommer til anvendelse for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles utenfor EØS. Dette er en kodifisering av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.

Loven får anvendelse for slike kontrakter dersom anskaffelsen har en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. Oppdragsgiver må gjøre en konkret vurdering av kontraktens tilknytning til EØS.

Det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

Det skal være «klart» at kontrakten har en slik interesse, og dette betyr at ikke enhver mulig eller potensiell interesse fra aktører i EØS-området er tilstrekkelig. Kontrakten må ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 7 om de ulike momentene som kan inngå i en slik vurdering.

Andre ledd i bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Departementet får kompetanse til å bestemme at loven helt eller delvis skal gjelde for Svalbard. Det kan også gis særregler i den grad det er nødvendig for å tilpasse lovgivningen til de særlige forhold som gjør seg gjeldende for disse områdene.

§ 1-6 *Offentlighet*

(1) For allmennhetens innsyn i dokumenter knyttet til en offentlig anskaffelse gjelder offentliglova.

(2) Oppdragsgiver som ikke er omfattet av offentliglova, skal gi allmennheten *innsyn i vare- og tjenestekontrakter med en verdi på minst 10 millioner kroner eksklusive merverdiavgift, og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på minst 100 millioner kroner eksklusive merverdiavgift*. Reglene i

offentleglova om unntak *fra innsyn gjelder tilsvarende*.

(3) Oppdragsgiver skal oppbevare kontrakten i hele kontraktsperioden.

Bestemmelsen andre og tredje ledd gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 83 nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 22.4.

§ 2-11 Sikkerhet og beredskap

Oppdragsgiver kan stille krav eller kriterier for å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn, og oppdragsgiver bør vurdere å stille slike krav i anskaffelser der det er relevant.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 4.

Bestemmelsen inneholder ingen konkrete forpliktelser, men tydeliggjør at oppdragsgiver kan stille krav eller kriterier for å ivareta sikkerhets- og beredskapshensyn. Det fremgår også en oppfordring til oppdragsgiver til å vurdere slike krav i anskaffelser der det er relevant. Hvilke anskaffelser hvor det er relevant vil variere.

§ 14-9 Meddelelse fra oppdragsgiver

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig, skriftlig og samtidig, gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutning som er truffet om å inngå en rammeavtale, å tildele en kontrakt eller opptak i et dynamisk innkjøpssystem.

(2) Meddelelse om tildelingsbeslutningen skal inneholde informasjon om hvilken leverandør som har vunnet kontrakten og hvorfor. Oppdragsgiver skal også opplyse om karenstiden jf. § 25-4 tredje ledd.

(3) Oppdragsgiver skal begrunne en beslutning om ikke å inngå en rammeavtale som har vært kunngjort, ikke å inngå en kontrakt som har vært kunngjort, for å starte en konkurranse på nytt eller ikke å implementere et dynamisk innkjøpssystem.

Andre ledd gjennomfører håndhevingsdirektivet artikkel 2a nr. 2 fjerde avsnitt første og andre strekpunkt og kodifiserer EU-domstolens praksis om krav til begrunnelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 27.6.6.

Innholdet av plikten til å gi begrunnelse om hvilken leverandør som har vunnet konkurransen og hvorfor må ses i lys av at mottakerne må få tilstrekkelig informasjon til å kunne vurdere om avgjørelsen bør prøves rettslig, samt at domstolene skal kunne vurdere anskaffelsesprosessen.

Begrunnelsen må inneholde en forklaring på hvordan vinnende tilbud ble evaluert under tildelingskriteriene, og hva med vinnende tilbud som har vært bedre enn konkurrentenes. Kravet til begrunnelse vil variere etter anskaffelsens art, størrelse og kompleksitet. Begrunnelsesplikten skjerpes dersom det er oppstilt skjønnsmessige tildelingskriterier.

Det er tilstrekkelig at det sendes en samlet begrunnelse. Den må imidlertid sendes direkte til de berørte leverandørene.

Kapittel 16 Avvisning

I. Avvisning på grunn av formalfeil

§ 16-1 Avvisning på grunn av formalfeil

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør eller et tilbud

- når tilbudet ikke er mottatt innen tilbudsfristen
- når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør eller et tilbud dersom det ikke er uforholdsmessig

- når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er mottatt innen fristen
- når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller kravene til utforming som oppdragsgiver har fastsatt.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Bestemmelsen er utslag av likebehandlingsprinsippet, og innebærer en delvis kodifisering av EU-domstolens rettspraksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.2.

II. Avvisning på grunn av forhold ved leverandør

§ 16-2 Avvisning knyttet til betaling av skatt, avgift og trygdeavgift

(1) Leverandøren skal avvises når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge, og dette er slått fast ved en rettskraftig dom eller et endelig forvaltningsvedtak, med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den

staten leverandøren er etablert, eller i Norge, i andre tilfeller enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter denne bestemmelsen dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

(4) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren.

Første til tredje ledd gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.4.

Fjerde ledd gjennomfører artikkel 57 nr. 3 andre avsnitt. Bestemmelsen svarer til § 16-3 andre ledd. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.5.

§ 16-3 *Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av straffbare forhold*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for følgende straffbare forhold

- a. deltakelse i en kriminell organisasjon
- b. korrupsjon
- c. bedrageri
- d. terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet
- e. hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme
- f. barnearbeid og andre former for menneskehandel.

(2) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren.

(3) Dersom utelukkelsesperioden ikke er fastsatt gjennom endelig dom, skal leverandøren maksimalt utestenges i fem år fra datoen for den rettskraftige dommen eller vedtakelsen av forelegget i tilfellene nevnt i første ledd.

Første ledd gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1 første avsnitt. At bestemmelsen også gjelder for et vedtatt forelegg er en nasjonal regulering som ikke følger av direktivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.

Andre ledd gjennomfører art 57 nr. 3 første avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.5.

Tredje ledd gjennomfører artikkel 57 nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.10.

§ 16-4 *Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av habilitet*

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 1-8

(2) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og det er skjedd en urimelig konkurransevridding som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 12-2. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiver gi leverandøren en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridding

Første ledd gjennomfører artikkel 57 nr. 4 bokstav e. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.6.

Andre ledd gjennomfører artikkel 57 nr. 4 bokstav f. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.6.

§ 16-5 *Frivillige avvisningsgrunner*

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når

- a. oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg X
- b. som er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess
- c. dersom oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlig yrkesmessig forsømmelse, som medfører tvil om leverandørens integritet
- d. når oppdragsgiver har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen
- e. som tidligere har vist betydelige eller vedvarende kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av et vesentlig krav i en tidligere offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivene. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner.

- f. som har gitt grovt uriktige opplysninger, har tilbakeholdt opplysninger eller ikke har inngitt supplerende dokumenter knyttet til avvisning og utvelging.
- g. som utilbørlig har forsøkt å påvirke beslutningsprosessen hos oppdragsgiver, å innhente fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren urettmessige konkurransefordeler ved tildeling, eller uaktsomt å gi villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger om avvisning, utvelging eller tildeling.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør etter § 16-5 bokstav a, c, d, og e i inntil tre år fra den relevante hendelsen.

Første ledd gjennomfører artikkel 57 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.6.

Første ledd bokstav e viser til kontrakter som er inngått etter anskaffelsesdirektivene. Med dette menes denne lov, lov om anskaffelser i forsyningssektorene, lov om konsesjonskontrakter eller lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Andre ledd gjennomfører direktiv artikkel 57 nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.10. Dersom leverandøren er ilagt sanksjoner av en kompetent myndighet regnes perioden fra denne avgjørelsen.

§ 16-6 Identifikasjon etter §§ 16-3 til 16-5

(1) Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises etter § 16-3, skal oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(2) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 16-4 og 16-5, kan oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av personer som nevnt i første ledd, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(3) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 16-3 til 16-5 kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

Første ledd gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 1 andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.

Andre ledd gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men svarer innholdsmessig til artikkel 57 nr. 1 andre avsnitt og kodifiserer EU-domstolens praksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.

Tredje ledd gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men er et utslag av omgåelsesbetraktninger som følger av direktivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.

§ 16-7 Tiltak for å unngå avvisning etter §§ 16-3 til 16-5

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter §§ 16-3 til 16-5, dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført følgende tiltak som viser at leverandøren likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart

- a. betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,
- b. aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og
- c. truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.

(2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiver legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiver ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal oppdragsgiver gi leverandøren en begrunnelse.

(3) En leverandør som ved en endelig dom er utelukket fra å delta i en offentlig anskaffelse, kan ikke unngå avvisning ved å vise til self cleaning tiltak i henhold til denne bestemmelsen i løpet av avvisningsperioden som følger av den endelige dommen i den medlemsstaten der dommen er gyldig.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 57 nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.9.

§ 16-8 Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner

(1) Oppdragsgiver skal godta følgende dokumentasjon som tilstrekkelig bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner

- a. vandelsattest eller et tilsvarende dokument utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 16-3

- b. attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 16-2 første og andre ledd og § 16-5 bokstav b.

(2) Dersom det ikke utstedes dokumenter som nevnt i første ledd i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, eller dersom de ikke dekker alle avvisningsgrunnene som nevnt i §§ 16-2 første ledd, 16-3 og 16-5 bokstav b, skal oppdragsgiver godta det europeiske egenerklæringsskjemaet som tilstrekkelig bevis. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren i stedet skal fremlegge en erklæring avgitt under ed eller en forsikring avgitt for et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den stat hvor leverandøren er etablert, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 60. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 10.

§ 16-9 Avvisning av leverandør som følge av andre forhold

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når det foreligger en interessekonflikt mellom oppdragsgiver og leverandør som kan ha negativ innvirkning på kontraktoppfyllelsen.

Første ledd gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av likebehandlingsprinsippet og har en side til artikkel 56 nr. 1 og kodifiserer EU-domstolens praksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.3.1.

Andre ledd gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men har en side til likebehandlingsprinsippet og artikkel 58 nr. 4 andre avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.3.2.

III. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

§ 16-10 Avvisning av unormalt lave tilbud

(1) Oppdragsgiver skal avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 18-6, fordi det ikke oppfyller bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg X.

(2) Oppdragsgiver kan avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 18-6, av andre grunner enn dem som er nevnt i første ledd.

(3) Dersom oppdragsgiver fastslår at et tilbud er unormalt lavt fordi leverandøren har mottatt statsstøtte, kan tilbudet bare avvises på dette grunnlag alene etter samråd med leverandøren, og dersom leverandøren innen en tilstrekkelig frist som oppdragsgiver fastsetter, ikke kan godtgjøre at den aktuelle støtten er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 61.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 69 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 11. Det vises også til kapittel 39 om oppdragsgivers plikt til å informere EFTAs overvåkningsorgan ved bruk av avvisningsbestemmelsen i § 16-10 tredje ledd.

§ 16-11 Obligatoriske avvisningsgrunner knyttet til tilbudet

Oppdragsgiver har plikt til å avvise tilbud

- som ikke anses bindende
- som inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av artikkel 56 nr. 1 og de anskaffelsesrettslige prinsippene. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.4.2 og 12.4.3.

§ 16-12 Frivillig avvisningsgrunner knyttet til tilbudet

Oppdragsgiver kan avvise tilbud

- som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige
- i medhold av § 15-1 andre ledd
- som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt på forhånd
- oppdragsgiver for øvrig ikke kan akseptere fordi det foreligger lignende forhold som i bokstav a til c og § 16-10.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av de anskaffelsesrettslige prinsippene. Bokstav a og b har en side til artikkel 56 nr. 1. Bokstav c og d har en side til artikkel 26. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.4.4 til 12.4.7.

IV. Fremgangsmåten ved avvisning

§ 16-13 Beslutning om avvisning

(1) Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet. Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen avvise en leverandør fra konkurransen dersom det viser seg at vilkårene for å avvise er oppfylt.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avvisningen.

(3) Leverandøren må påklage en avvisningsbeslutning i en to-trinns prosedyre i henhold til § 30-1.

Første ledd gjennomfører direktivet artikkel 57 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.8. Adgangen til å avvise gjelder både for handlinger eller unnlatelser som er gjennomført før eller underveis i konkurransen.

Andre ledd gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men har sammenheng med artikkel 55 nr. 2 og gjennomsiktighetsprinsippet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.8.

Tredje ledd er kun en henvisning til § 30-1, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse.

Kapittel 21 – Oppsigelse av kontrakter

§ 21-1 Oppsigelsesrett

Oppdragsgiver kan si opp en kontrakt dersom

- a. det er foretatt vesentlige endringer i kontrakten som krever at oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse, jf. § 20-1.
- b. leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt §§ 16-2 til 16-5
- 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
- d. leverandøren i løpet av kontraktens løpetid blir omfattet av en av avvisningsgrunnene i §§ 16-2 til 16-5 og ikke kan dokumentere sin pålitelighet etter § 16-7.

Bokstav b gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 73 bokstav a når det gjelder avvisning etter artikkel 57 nr. 1. Avvisning knyttet til artikkel 57 nr. 2 og 4 er en nasjonal bestemmelse.

Etter *bokstav b* kan oppdragsgiver si opp en kontrakt dersom leverandøren på tidspunktet for signering av kontrakt var i en situasjon som nevnt i §§ 16-2 til 16.5. Dette gjelder situasjoner der leverandøren ikke har overholdt plikter knyttet til skatt og avgifter i henhold til § 16-2, der en leverandør er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for en av de straffbare forholdene som er angitt i 16-3, habilitet etter § 16-4 og frivillige avvisningsgrunner etter § 16.5.

Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlige ikke handler med leverandører som befinner seg i situasjoner som bestemmelsen angir. Før oppsigelse i medhold av bestemmelsen

kan gjøres må leverandøren gis mulighet til å dokumentere at leverandøren har gjennomført tiltak som viser at leverandøren har ryddet opp etter seg (såkalte «self-cleaning»-tiltak), og likevel har nødvendig integritet som leverandør.

Bokstav d gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er en nasjonal bestemmelse.

Etter bokstav d kan oppdragsgiver si opp en kontrakt dersom leverandøren i løpet av kontraktsperioden blir omfattet av en av avvisningsgrunnene i §§ 16-2 til 16-5. Dette gjelder situasjoner der leverandøren ikke har overholdt plikter knyttet til skatt og avgifter i henhold til § 16-2, der en leverandør er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for en av de straffbare forholdene som er angitt i 16-3, habilitet etter § 16-4 og frivillige avvisningsgrunner etter § 16.5.

Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlige ikke handler med leverandører som befinner seg i situasjoner som bestemmelsen angir. Før oppsigelse i medhold av bestemmelsen kan gjøres må leverandøren gis mulighet til å dokumentere at leverandøren har gjennomført tiltak som viser at leverandøren har ryddet opp etter seg (såkalte «self-cleaning»-tiltak), og likevel har nødvendig integritet som leverandør.

§ 21-2 Oppsigelsesplikt

(1) Oppdragsgiver skal si opp en kontrakt som er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som er satt til side ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene. Kontrakten skal sies opp med et passende varsel.

(2) Plikten i første ledd gjelder ikke der det foreligger særlige forhold som tilsier at kontrakten videreføres.

(3) Oppdragsgivers eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten skal offentliggjøres samme sted som anskaffelsesdokumentene senest syv kalenderdager etter offentliggjøringen av den endelige avgjørelsen av klagenemnda eller domstolene.

(4) Bestemmelsen gjelder ikke der § 27-1 om uten virkning kommer til anvendelse.

(5) Er det under en klagesak nedlagt påstand om å sette til side en tildelingsbeslutning, kan klagenemnda etter påstand fra klager eller oppdragsgiver avgi en ikke-bindende foreløpig uttalelse av om det foreligger særlige forhold, som tilsier at kontrakten videreføres, jf. første ledd.

(6) En klage på oppdragsgivers videreføring av en kontrakt som er satt til side i henhold til første ledd må påklages til klagenemnda innen 20 kalenderdager fra dagen etter at oppdragsgiver har meddelt sin beslutning.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 37.

Første ledd oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å si opp en kontrakt som er inngått på bakgrunn av en tildelingsbeslutning som senere er kjent ugyldig ved endelig avgjørelse fra klagenemnda eller domstolene. Med endelig avgjørelse menes at avgjørelsen ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler. Oppsigelsen inntrer først etter passende varsel. Hva som utgjør et passende varsel beror på en konkret vurdering av kontraktens karakter og overtredelsen. Der oppdragsgiver gjennomfører en ny konkurranse som følge av at en tildelingsbeslutning er satt til side må kontrakten senest sies opp når denne anskaffelsen er avsluttet.

Andre ledd angir unntak fra oppsigelsesplikten der det foreligger særlige grunner. Hva som vil være særlige forhold beror på en konkret vurdering. Det er en snever unntaksregel og det må påvises særlige forhold før unntaket kan anvendes. Det kan eksempelvis foreligge der det vil være i strid med vesentlige samfunnsinteresser, som offentlig sikkerhet, mennesker, dyrs liv og helse, eller der oppsigelse av kontrakten vil medføre et ekstraordinært verditap.

Det er heller ingen plikt til å si opp kontrakten dersom leverandøren som er urettmessig forbigått ved tildelingen har fått erstatning for positiv kontraktsinteresse, i tillegg til at den leverandøren som faktisk har fått tildelt kontrakten, også skulle vært tildelt kontrakten, dersom forbigåtte leverandøren ikke hadde inngitt tilbud.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver en plikt til å offentliggjøre eventuell videreføring av kontrakten senest 7 dager etter den endelige avgjørelsen. Slik offentliggjøring kan gjøres på Doffin.

Fjerde ledd angir at oppsigelsesplikten heller kommer heller ikke til anvendelse der kontrakten er kjent uten virkning.

Femte ledd åpner for at oppdragsgiver eller klager i en sak som gjelder å sette en tildelingsbeslutning til side kan be klagenemnda kan avsi en rådgivende uttalelse av om det foreligger særlige forhold som tilsier videreføring. Oppdragsgiver er ikke bundet av avgjørelsen. I slike saker er klagenemnda gitt myndighet til å avsi rådgivende avgjørelser, dette er en særregel jf. at klagenemndas avgjørelser er bindende.

I henhold til *sjette ledd* kan det fremsettes klage på oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt der en tildelingsbeslutning er satt til side. Klagen må fremsettes innen 20

kalenderdager fra dagen etter at oppdragsgiver har offentliggjort sin eventuelle beslutning om å videreføre kontrakten. Dette innebærer at klagenemnda i disse tilfellene kan vurdere spørsmål, selv om en kontrakt er inngått og klagen ikke er sendt inn før kontrakt er inngått, se § 25-2 andre ledd.

Del IV – Håndheving

Kapittel 25 Innledende bestemmelser

§ 25-1 Formål og virkeområde

(1) Formålet med bestemmelsene i del IV er å sikre effektiv, tilgjengelig, rask og tillitsskapende håndheving av regelverket om offentlige anskaffelser.

(2) Reglene i kapittel 26 og 27 gjelder bare anskaffelser som følger reglene i del III.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, for så vidt gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi. Bestemmelsen har et videre anvendelsesområde, og gjelder også for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 23.

Bestemmelsen tydeliggjør at håndhevingen av regelverket må være effektiv, tilgjengelig, rask og tillitsskapende.

Andre ledd avgrenser virkeområde til bestemmelsene i kapittel 26 (karensperiode og suspensjon) og kapittel 27 (sanksjoner) til å gjelde anskaffelser som følger reglene i del III. Det betyr anskaffelser over EØS-terskelverdi, og anskaffelser som er omfattet av § 3-2 andre ledd (bygge- og anleggsanskaffelser over femten millioner kroner.).

§ 25-2 Håndhevingsorganer

(1) Klagenemnda for offentlige anskaffelser og de alminnelige domstoler er å anse som håndhevingsorganer etter håndhevingsdirektivene.

(2) Klagenemnda og domstolene kan treffe midlertidige beslutninger og sette til side beslutninger som oppdragsgiver har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Dette gjelder bare dersom saken har kommet inn til nemnda eller retten før kontrakt er inngått.

(3) Etter at kontrakt er inngått kan klagenemnda og domstolene ilegge sanksjoner mot ulovlig direkteanskaffelser.

(4) Domstolene kan tilkjenne erstatning som følge av oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene jf. §§ 28-1 og 28-2.

(5) Departementet kan gi forskrift om klagenemndas virksomhet og saksbehandling.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav a, b og c. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 19, 22, 29, 30, 32, 33 og 34.

Første ledd konstaterer at både klagenemnda for offentlige anskaffelser og de alminnelige domstoler er å anse som håndhevingsorganer etter håndhevingsdirektivene. Dette innebærer at når de treffer avgjørelser som håndhevingsorganer, må EØS-rettens krav til effektiv rettsbeskyttelse og de nærmere bestemte kravene som følger av håndhevingsdirektivene overholdes.

Andre ledd angir at klagenemnda og domstolene kan treffe midlertidige beslutninger (eller forføyninger) og settes til side beslutninger dersom saken har kommet inn til nemnda eller retten før kontrakt er inngått.

Klagenemnda behandler likevel klager over oppdragsgivers beslutning om å videreføre en kontrakt som bygger på en tildelingsbeslutning som er kjent uten virkning, jf. § 21-2 sjette ledd.

Domstolene behandler likevel midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved tilfeller av ulovlig direkteanskaffelser jf. § 27-7.

Fjerde ledd innebærer at det kun er domstolene som kan tilkjenne erstatning som følge av oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene. Erstaningsreglene er regulert i §§ 28-1 og 28-2.

§ 25-3 Konkurransetilsynet

(1) Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med etterlevelsen av anskaffelsesregelverkets forbud mot ulovlig direkteanskaffelser.

(2) Enhver som mener at en offentlig oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse kan klage til Konkurransetilsynet. Klagen kan fremsettes anonymt.

(3) Dersom Konkurransetilsynet kommer til at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, skal tilsynet:

- a. fremme sak til klagenemnda med påstand om å ilegge sanksjoner etter kapittel 27, eller
- b. ilegge overtredelsesgebyr jf. § 27-4 eller § 27-7.

(4) Klage over Konkurransetilsynets vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan klages inn til klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 21.4.

§ 25-4 Andre tilsynsorganer

(1) Arbeidstilsynet fører tilsyn med at bestemmelsene i §§ 2-5 og 2-10 blir overholdt.

(2) Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføring av bestemmelsene nevnt i første ledd. Arbeidsmiljøloven § 18-5, § 18-6 første, annet, sjette, sjuende og åttende ledd samt §§ 18-7, 18-8 og 18-10 får tilsvarende anvendelse.

(2) Havindustritilsynet har tilsvarende tilsynsansvar og myndighet som nevnt i første og andre ledd, innenfor sitt myndighetsområde.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 21.4, og den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser* kapittel 16.

§ 25-5 Klagegjensstand og klageinteresse

(1) Klage til klagenemnda må gjelde unnlater, handlinger eller beslutninger i forbindelse med gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelseslovene eller forskrifter gitt med hjemmel i disse.

(2) Klage kan fremsettes av enhver som har reelt behov for å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlattelse, handling eller beslutning.

(3) En forening eller stiftelse kan inngi klage om forhold som det ligger i dens formål eller naturlige virkeområde å ivareta.

(4) Offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser kan på tilsvarende måte inngi klage for å ivareta disse.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevelsesdirektivene artikkel 1 nr. 3 tredje avsnitt og deler av artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt (klagegjensstand). Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.

Reglene om klageinteresse skal tolkes på samme måte som tvisteloven §§ 1-3 og 1-4.

Kapittel 26 Karensperiode og suspensjon

§ 26-1 Karensperiode

(1) Oppdragsgiver kan tidligst inngå kontrakt etter utløpet av en karensperiode på ti dager, regnet fra dagen etter at meddelelse om valg av leverandør er sendt.

(2) Ved bruk av andre kommunikasjonsmidler enn elektronisk kommunikasjon, skal karensperioden være femten dager, regnet fra dagen etter at meddelelse om valg av leverandør er sendt.

(3) Karensperiodens utløp skal meddeles sammen med tildelingsbeslutningen jf. § 14-9, og angis ved dato og klokkeslett.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevelsesdirektivene artikkel 2a nr. 2 første og fjerde avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 27.

§ 26-2 *Unntak fra karenperiode*

Kravet om karenperiode gjelder ikke

- når oppdragsgiver ikke har plikt til å kunngjøre konkurransen
- når valgte leverandør er eneste berørte leverandør
- når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en rammeavtale
- når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en dynamisk innkjøpsordning.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevelsesdirektivene artikkel 2b første avsnitt bokstavene a til c. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 27.

§ 26-3 *Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt*

(1) Ved klage på tildelingsbeslutningen til klagenemnda i karenperioden suspenderes oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt.

(2) Klager skal orientere oppdragsgiver om klagen senest dagen før karenperiodens utløp.

(3) Suspensjonen varer frem til klagenemnda har avgjort saken, eller har truffet en midlertidig avgjørelse jf. fjerde ledd om at suspensjonen oppheves. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karenperioden eller etter ti dager regnet fra dagen etter datoen for intensjonskunngjøringen.

(4) Dersom oppdragsgiver ber om det skal klagenemnda treffe en midlertidig avgjørelse av om suspensjonen skal oppheves før klagenemnda har avgjort saken. Den midlertidige avgjørelsen skal i så fall treffes innen 30 dager etter at klagen er inngitt. Klagenemnda kan oppheve suspensjonen dersom den finner grunn til det.

(5) Med mindre klagen trekkes, eller saken forlikes, etter at klagenemnda har truffet en midlertidig avgjørelse etter fjerde ledd, skal klagenemnda ta stilling til om oppdragsgivers beslutning skal settes til side.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevelsesdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 3 og 4, og håndhevelsesdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3 og 3a. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 28.

Andre ledd innebærer at leverandør må gi beskjed om at klage vil bli inngitt, men krever ikke at leverandøren fullt ut redegjør for klagens innhold på tidspunktet vedkommende orienterer oppdragsgiver.

Tredje ledd angir hvor lenge suspensjonen varer.

Fjerde ledd regulerer hvilke avgjørelser klagenemnda skal treffe dersom en klage over oppdragsgivers beslutning er inngitt i karenperioden. For det første skal klagenemnda, dersom oppdragsgiver ber om det, treffe en midlertidig avgjørelse innen 30 dager om hvorvidt suspensjonen skal oppheves eller videreføres. Klagenemnda kan oppheve suspensjonen dersom den finner grunn til det.

§ 26-4 *Suspensjon ved begjæring om midlertidig forføyning*

(1) Tvisteloven gjelder for behandlingen av begjæringer om midlertidig forføyning med mindre annet er bestemt i denne loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

(2) Oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt suspenderes dersom begjæring om midlertidig forføyning fremsettes i karenperioden.

(3) Tvisteloven § 32-11 gjelder ikke, med mindre saksøkeren visste eller burde vite at kravet ikke bestod da sikringen ble besluttet.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 28.5.1.

Andre ledd gjennomfører håndhevingssdirektivet for klassisk sektor artikkel 2 nr. 3 og 4, og håndhevingssdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 3 og 3a.

Kapittel 27 Uten virkning og alternative sanksjoner

§ 27-1 *Uten virkning*

Klagenemnda eller retten skal kjenne en kontrakt uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse i følgende tilfeller

- når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt.
- når kontrakten tildeles under en rammeavtale med flere leverandører i strid med regler om gjenåpning av konkurransen, eller tildeles under en dynamisk innkjøpsordning i strid med loven
- når oppdragsgiver har brutt reglene om karenperiode eller suspensjon og med dette fratatt leverandøren muligheten til prekontraktuell håndheving, og bruddet er kombinert med et brudd på anskaffelsesdirektivene som har påvirket leverandørens mulighet til å vinne kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 1, og delvis artikkel 2d nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 32.

Første ledd angir i hvilke tilfeller håndhevingsorganet skal kjenne en kontrakt uten virkning. Bestemmelsen må sees i sammenheng med unn-taket i § 27-2 og reglene om intensjonskunngjøring i § 27-3.

§ 27-2 Unntak av hensyn til allmennhetens interesser

Dersom allmenne interesser gjør det påkrevd å opprettholde kontrakten, skal håndhevingsorganet i stedet ilegge alternative sanksjoner etter § 27-3.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 32.

§ 27-3 Unntak ved intensjonskunngjøring

(1) Håndhevingsorganet kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter § 27-1 første ledd bokstav a dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen. Kunngjøringen skal inneholde

- a. navn og kontraktopplysninger for den offentlige oppdragsgiveren
- b. en beskrivelse av formålet med kontrakten
- c. en begrunnelse for oppdragsgivers beslutning om å tildele kontrakten uten kunngjøring
- d. navn på valgte leverandør
- e. andre relevante opplysninger.

(2) Håndhevingsorganet kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter § 27-1 første ledd bokstav b dersom oppdragsgiveren har sendt meddelelse om valget av leverandør til berørte leverandører og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av en frivillig karensperiode.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevingsdirektivene artikkel 2d nr. 4 og 5, og 3a. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 32.

§ 27-4 Alternative sanksjoner

(1) Håndhevingsorganet skal avkorte kontraktens varighet eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr i følgende tilfeller:

- a. hvis en kontrakt allerede er oppfylt, og kontrakten derfor ikke kan kjennes uten virkning
- b. hvis en kontrakt bare kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse

c. hvis kontrakten ikke kan kjennes uten virkning som hensynet til allmenne interesser jf. § 27-2.

d. hvis oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon enn dem som er omfattet av § 27-1 første ledd bokstav c

(2) Ved fastsettelse av sanksjoner kan håndhevingsorganet utøve skjønn. Retten kan kombinere sanksjonene.

(3) Overtredelsesgebyret skal ikke settes høyere enn ti prosent av anskaffelsens verdi, og aldri høyere enn femten millioner kroner.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevingsdirektivene artikkel 2e og 2d nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 33.

Første ledd angir hvilke tilfeller håndhevingsorganet skal idømme alternative sanksjoner. Alternative sanksjoner er å avkorte en kontrakts varighet, eller å ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Utbetaling av erstatning utgjør ikke en alternativ sanksjon etter denne bestemmelsen.

Bestemmelsen lister relevante tilfeller i bokstavene a til d. I alle tilfellene som er listet opp kan det være aktuelt med overtredelsesgebyr. Det er bare i tilfellene omhandlet i bokstavene c og d at det er aktuelt å vurdere og avkorte kontraktens varighet.

Andre ledd fastslår at håndhevingsorganet kan utøve skjønn. Det betyr at håndhevingsorganet jf. håndhevingsdirektivene artikkel 2e nr. 2 andre avsnitt kan ta hensyn til alle relevante faktorer, herunder overtredelsens alvorlighetsgrad og den offentlige oppdragsgivers adferd. Håndhevingsorganet kan også hensynta, i den grad det er relevant, hvorvidt kontrakten fortsatt er i kraft.

Tredje ledd angir størrelsen på overtredelsesgebyret.

§ 27-5 Prosessuelle særregler

(1) Ved søksmål eller klage om brudd som gjelder sanksjonen uten virkning, skal saksøker eller klager varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet, senest samtidig med klagen eller søksmålet.

(2) Håndhevingsorganet skal, uavhengig av partenes påstander, idømme sanksjoner etter §§ 27-1 eller 27-4 dersom vilkårene for det er oppfylt.

(3) En rettskraftig dom som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning, eller at en kontrakts varighet avkortes, er bindende for alle og enhver og skal legges til grunn i alle forhold.

(4) Sanksjoner etter §§ 27-1 og 27-4 kan bare idømmes når søksmål reises eller klage fremmes innen seks måneder etter at kontrakt er inngått.

Bestemmelsen gjennomfører håndhevingsdirektivene artikkel 2d og 2f. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 32.

Fjerde ledd klage betyr klage til enten Konkurransetilsynet eller Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

§ 27-6 Sanksjoner mot ulovlig direkteanskaffelser på nasjonalt grunnlag

(1) Klagenemnda og domstolene kan avkorte kontraktens varighet dersom oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse.

(2) Konkurransetilsynet, klagenemnda og domstolene kan idømme oppdragsgiver et overtreddesgebyr dersom oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse, inntil to år etter at kontrakt er inngått.

(3) Det er ingen frist for klage eller søksmål etter første ledd.

(4) § 27-4 andre og tredje ledd gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 33.6.3.

Bestemmelsen åpner for at klagenemnda og domstolene kan ilegge direktivets alternative sanksjoner, dersom det er foretatt en ulovlig direkteanskaffelse og klage eller søksmål er fremmet etter utløpet av seks måneders fristen i § 27-5 fjerde ledd.

Vurderingen av hvorvidt det foreligger en direkteanskaffelse skal skje på samme måte som § 27-1 første ledd bokstav a. En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelse som ikke er kunnngjort, selv om det foreligger kunnngjøringsplikt.

Klagenemnda og domstolene har ingen plikt, men *kan* ilegge sanksjonene. Den fakultative adgangen må sees i sammenheng med at det ikke er noen klage- eller søksmålsfrist for å ilegge sanksjoner. Hvorvidt sanksjoner skal ilegges må gjøres ut fra en konkret helhetsvurdering.

§ 27-7 Midlertidig forføyning mot ulovlig direkteanskaffelser

Etter at kontrakt er inngått kan retten likevel behandle en midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse dersom hovedkravet gjelder en ulovlig direkteanskaffelse som kan føre til at kontrakten blir kjent uten virkning.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 29.6.3.

Bestemmelsen åpner for at domstolene kan behandle midlertidige forføyninger mot fortsatt kontraktsoppfyllelse, dersom hovedkravet er påstand om ulovlig direkteanskaffelse. Bestemmelsen er et unntak fra § 25-2 andre ledd, om at domstolen i utgangspunktet bare kan behandle saker dersom søksmålet eller begjæringen er motatt før kontrakt er inngått.

Det følger av bestemmelsen at midlertidig forføyning bare kan behandles dersom hovedkravet gjelder en ulovlig direkteanskaffelse som kan bli kjent uten virkning. Dette innebærer at den midlertidige forføyningen må fremsettes innen seks måneders fristen i § 27-4 fjerde ledd, etter dette vil ikke klager kunne ha rettslig interesse, ettersom kontrakten da uansett ikke kan kjennes uten virkning.

Kapittel 28 Erstatning

§ 28-1 Erstatning for tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse)

En leverandør kan kreve erstatning for påregnelige kostnader som vedkommende har hatt ved å delta i konkurransen dersom

- oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket på et vis som har fratatt leverandøren en reell mulighet til å bli tildelt kontrakten, eller
- oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket er kvalifisert og leverandøren ikke ville deltatt i konkurransen dersom vedkommende hadde visst om bruddet.

Bestemmelsen angir vilkårene for erstatning for tilbudskostnader. Vilårene i bokstav a og b er alternative.

Bokstav a gjennomfører håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene artikkel 2 nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 34.3. Det er ikke et krav til at det foreligger et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket. Det er tilstrekkelig at det kan påvises et brudd. Det må påvises at bruddet har redusert en realistisk mulighet til å vinne kontrakten.

Bokstav b gjennomfører håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 34.2. Erstatning etter denne bestemmelsen krever at det påvises et kvalifisert brudd.

§ 28-2 Erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse)

(1) En leverandør kan kreve erstattet tapt fortjeneste dersom det foreligger et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket som har fratatt leverandøren en kontrakt som leverandøren ellers kunne og ville fått.

(2) Erstatning for tapt fortjeneste forutsetter at leverandøren har forsøkt å avverge tapet gjennom bruk av klagemulighetene i § 25-2 andre ledd.

(3) Ved utmåling av erstatning for tapt fortjeneste skal retten blant annet ta hensyn til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren ville oppnådd det forventede dekningsbidraget og vil lykkes med å begrense tapet gjennom andre oppdrag.

Bestemmelsen *første ledd* kodifiserer det EØS-rettslige statsansvaret på anskaffelsesrettens område. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 34.7.3.

Andre ledd er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 34.7.6. Bestemmelsen innebærer at erstatning for tapt fortjeneste er avskåret dersom leverandøren ikke har klaget til klagenemnda eller domstolene i henhold til § 25-2 andre ledd.

Tredje ledd er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 34.7.7. Bestemmelsen angir forhold skal se hen til ved utmåling av erstatning for tapt fortjeneste. Ordlyden blant annet viser at bestemmelsen ikke angir uttømmende hvilke forhold retten skal se hen til ved vurdering av erstatningsutmålingen. Bestemmelsen fremhever to forhold retten skal se hen til.

For det første må retten se hen til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget. Dette innebærer forhold som spart prosjektrisiko, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse. For det andre skal retten se hen til om leverandøren har godtgjort at tapet ikke kunne unngås eller reduseres gjennom å påta seg andre oppdrag.

Kapittel 29 Særskilte regler for klager som gjelder nasjonale vare- og tjenesteanskaffelser og bygge- og anleggsanskaffelser

§ 29-1 Klager som gjelder nasjonale anskaffelser

(1) Enhver som oppfyller vilkårene i § 25-5 kan klage til klagenemnda for å få en avgjørelse på om oppdragsgiver har overholdt regelverket.

(2) Klage må fremsettes senest innen en måned etter kontrakt er inngått.

(3) Klage som gjelder habilitetsregler eller favoriseringsforbudet er ikke omfattet av fristen i andre ledd.

Bestemmelsen er en nasjonalbestemmelse og regulerer adgang til å klage på vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi, og bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi under femten millioner kroner. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 21.10. Bestemmelsen stenger ikke for alminnelige søksmål til domstolene.

Første ledd angir hvem og hva som kan påklages til klagenemnda. Hvem som kan klage er enhver som oppfyller vilkårene i § 25-2, og hva som kan påklages er hvorvidt oppdragsgiver har overholdt anskaffelsesregelverket.

Andre ledd angir at klage må fremsettes innen en måned etter at kontrakt er inngått. Fristen starter å løpe dagen etter at kontrakt er inngått etter alminnelig norsk avtalerett. Fristen beregnes for øvrig på samme måte som andre frister i anskaffelsesregelverket.

Tredje ledd er et unntak fra fristregelen i andre ledd, og åpner for at saker som gjelder påstand om brudd på habilitetsregler eller favoriseringsforbudet (§ 3-1 tredje ledd) kan fremmes uavhengig av en-månedes-fristen.

Kapittel 30 Preklusive frister

§ 30-1 Frist for å påklage på en beslutning om avvisning

(1) Oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen etter §§ 16-1 til 16-5 og 16-9 påklages innen 10 dager regnet fra dagen etter at oppdragsgiver sender en meddelelse etter 16-13 er sendt i følgende konkurranser

- i en konkurranse etter §§ 10-6 (begrenset anbudskonkurranse),
- 10-9 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring),
- 10-15 (konkurransepreget dialog) eller
- 10-20 (konkurranse om innovasjonspartner-skap)

(2) Hvis oppdragsgivers meddelelse ikke sendes med elektronisk kommunikasjon er fristen 15 dager.

(3) Oppdragsgiver skal angi fristen i meddelelsen til leverandøren om at forespørselen er avvist.

(4) Klagen kan fremsettes til klagenemnda eller til domstolene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det

vises til den generelle fremstillingen i kapittel 26.8.2.

Bestemmelsen innfører en preklusjonsfrist i to-trinns prosedyrer for å klage på oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen eller ikke velge ut en leverandør der hvor oppdragsgiver har satt et tak for hvor mange kvalifiserte leverandører som inviteres med videre basert på utvelgelseskriterier. Dette er en endring i forhold til anskaffelsesforskriften § 20-7 hvor det var opp til oppdragsgivers skjønn å fastsette en slik frist. Det er ikke nødvendig at fristen oppgis i anskaffelsesdokumentene siden dette er en lovfestet preklusiv frist, men det følger av *tredje ledd* at oppdragsgiver skal orientere om fristen i meddelelsen som skal sendes.

Det følger av *fjerde ledd* at klage kan fremsettes til KOFA eller som en begjæring om midlertidig forføyning til tingretten. En klage vil ikke gi automatisk suspensjon etter i henhold til §§ 26-3 og 26-4.

§ 30-2 *Frist for å påklage på en beslutning om ikke å velge ut en leverandør*

(1) Oppdragsgivers beslutning om beslutning om ikke å velge ut en leverandør etter § 17-12 femte ledd må påklages innen ti dager regnet fra dagen etter at oppdragsgiver har sendt en meddelelse etter 16-13i følgende konkurranser

- a. i en konkurranse etter §§ 10-6 (begrenset anbudskonkurranse),
- b. 10-9 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring),
- c. 10-15 (konkurransepreget dialog) eller
- d. 10-20 (konkurranse om innovasjonspartner-skap)

(2) Hvis oppdragsgivers meddelelse ikke sendes med elektronisk kommunikasjon er fristen 15 dager.

(3) Oppdragsgiver skal angi fristen i meddelelsen til leverandøren om at forespørselen ikke er valgt ut.

(4) Klagen kan fremsettes til klagenemnda eller til domstolene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 26.8.2.

Bestemmelsen innfører en preklusjonsfrist i to-trinns prosedyrer for å klage på oppdragsgivers beslutning om å ikke velge ut en leverandør der hvor oppdragsgiver har satt et tak for hvor mange kvalifiserte leverandører som inviteres med videre basert på utvelgelseskriterier. Dette er en endring i forhold til anskaffelsesforskriften § 20-7

hvor det var opp til oppdragsgivers skjønn å fastsette en slik frist. Det er ikke nødvendig at fristen oppgis i anskaffelsesdokumentene siden dette er en lovfestet preklusiv frist, men det følger av *tredje ledd* at oppdragsgiver skal orientere om fristen i meddelelsen som skal sendes.

Det følger av *fjerde ledd* at klage kan fremsettes til klagenemnda eller som en begjæring om midlertidig forføyning til tingretten. En klage vil ikke gi automatisk suspensjon etter §§ 26-3 og 26-4.

§ 30-3 *Frist for å bringe avgjørelser fra klagenemnda til domstolene*

En avgjørelse fra klagenemnda for offentlige anskaffelser kan bringes inn for domstolene senest åtte uker etter at avgjørelsen er meddelt partene. Tas saken ikke videre innen utløpet av denne fristen, er avgjørelsen endelig.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle gjennomgangen i kapittel 21.7.

§ 30-4 *Frist for å fremme søksmål om erstatning*

(1) Et erstatningssøksmål må bringes inn for de alminnelige domstoler innen ett år etter at leverandøren ble kjent med, eller burde ha kjent, at det er inngått kontrakt.

(2) Dersom det er rettskraftig avgjort at vilkårene for å kjenne en kontrakt uten virkning eller alternative sanksjoner må erstatningssøksmål reises innen ett år etter at avgjørelsen er endelig.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle gjennomgangen i kapittel 34.

Kapittel 31 Regler om klagegebyr og sakskostnader

§ 31-1 *Klagegebyr ved klage til klagenemnda*

Klagegebyret til Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være ____ kroner.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 21.

§ 31-2 *Sakskostnader ved klage til klagenemnda*

(1) Partene skal som hovedregel dekke egne kostnader i forbindelse med klagebehandlingen.

(2) Dersom klagenemnda finner at oppdragsgiver har gjort seg skyld i et grovt brudd på regel-

verket, kan klager tilkjennes erstatning for nødvendige kostnader med inntil 100 000 kroner.

(3) Dersom klagenemnda finner at klagen er fremsatt uten aktverdig formål, kan oppdragsgiver tilkjennes erstatning for nødvendige kostnader med inntil 100 000 kroner

(4) Beløpsgrensen i andre ledd kan fravikes dersom det foreligger i særlige tilfeller.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 21.6.

En klage er fremsatt uten aktverdige formål hvis den er åpenbart grunnløs, eller er fremsatt for å trenere en anskaffelsesprosess.

§ 31-3 Sakskostnader ved søksmål

Reglene om sakskostnader i tvisteloven gjelder for anskaffelsestvister som behandles for domstolene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse.

Kapittel 32 Bestemmelser om avlysning, omgjøring og vedståelsesfrist

§ 32-1 Avlysning

(1) Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn.

(2) Oppdragsgiver skal avlyse konkurransen dersom det avdekkes feil som kan virke inn på utfallet av konkurransen og som ikke kan rettes opp på annen måte.

(3) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene skriftlig meddelelse om avlysningen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse, og opplyse om det vil bli gjennomført en ny konkurranse om den samme anskaffelsen.

(4) En leverandør som bestrider oppdragsgivers adgang til å avlyse konkurransen må inngi klage til klagenemnda innen ti dager etter at meddelelsen om avlysningen er sendt. Fristen er femten dager dersom oppdragsgiver ikke benytter elektronisk kommunikasjon.

(5) Dersom avlysningen er begrunnet i rettslig usikkerhet knyttet til avlysningsplikt, skal klagenemnda ta stilling til om det foreligger avlysningsplikt.

Bestemmelsen første og andre ledd kodifiserer EU-domstolens rettspraksis. Bestemmelsen tredje til sjette ledd er nasjonale bestemmelser, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 35.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Oppdragsgivers adgang til å avlyse en konkurranse, er ikke begrenset til unntakstilfeller eller må bero på vektige grunner.

Andre ledd angir i hvilke tilfeller oppdragsgiver plikter å avlyse en konkurranse. Andre ledd kodifiserer EU-domstolens rettspraksis.

Tredje ledd oppstiller krav om skriftlig meddelelse om avlysningen. Det er ikke nødvendig med en omfattende begrunnelse, det er tilstrekkelig med en kort begrunnelse. Begrunnelsen må vise til de forhold som har ledet frem til, og etter oppdragsgivers syn berettiger avlysningen.

Fjerde ledd oppstiller en preklusiv frist for leverandøren, som på påklage en avlysningsbeslutning innen ti dager etter at meddelelsen er sendt.

Femte ledd angir hvilke spørsmål klagenemnda må ta stilling i en sak som gjelder påstått rettsstridig avlysning.

§ 32-2 Omgjøring av tildelingsbeslutning før kontraktsinngåelse

(1) Oppdragsgiver skal omgjøre tildelingsbeslutningen dersom det avdekkes feil som har virket inn på valget av leverandør og feilen ikke kan rettes på annen måte.

(2) Omgjøring av tildelingsbeslutning kan skje frem til kontrakten er inngått.

(3) Kontrakt anses inngått når begge parter har signert kontrakten.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 36.

Bestemmelsen regulerer oppdragsgivers adgang til å omgjøre tildelingsbeslutningen, i tidsperioden etter at tildelingsbeslutningen er meddelt leverandørene og inntil kontrakt er inngått. Bestemmelsen kodifiserer retts- og nemndspraksis.

Første ledd angir at oppdragsgiver har plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen dersom det avdekkes feil som har virket inn på valget av leverandør. Med feil menes både rettslige feil, typisk feil ved gjennomføringen av anskaffelsen, eller faktiske feil som for eksempel tilfeller der oppdragsgiver har bygget sine beslutninger på uriktige opplysninger. Kriteriet om at feilen har virket inn på valget av leverandør, betyr at omgjøringsplikten får aktualitet der feil leverandør er innstilt til å vinne konkurransen.

Det foreligger ikke omgjøringsplikt i tilfeller hvor feilen kan rettes på annen måte, for eksempel gjennom forhandlinger så fremt oppdrags-

giver har valgt en konkurranseform der det er til-
latt.

Andre ledd angir at omgjøring kan skje frem til kontrakt er inngått. Omgjøring kan ikke skje etter at kontrakt er inngått. Tidspunktet for når kontrakt er inngått fremgår av tredje ledd.

Tredje ledd fastslår når kontrakt er inngått, og klargjør at det er når begge parter har signert kontrakten. Tidspunktet for inngåelse av kontrakt som følge av en anskaffelse avviker fra alminnelig norsk avtalerett.

§ 32-3 Vedståelsesfrist

(1) Oppdragsgiver skal fastsette en forholdsmessig vedståelsesfrist som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. Fristen skal være minst 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen.

(2) Vedståelsesfristen kan forlenges så fremt dette ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 36.

Første ledd angir at oppdragsgiver skal fastsette en forholdsmessig vedståelsesfrist. At fristen skal være forholdsmessig betyr at fristen bør være realistisk, og gi tilstrekkelig tid til en forsvarlig evaluering og behandling av eventuelle klager. Fristens lengde bør ikke være for lang, ettersom det kan føre til unødvendige merkostnader og lavere deltakerinteresse. Fristen skal være minst tretti dager.

Andre ledd angir på hvilke vilkår en frist kan forlenges. Det er ikke oppstilt formkrav til forlengelsen. Fristforengelsen bør skje i skriftlige former, men også konkludent adferd kan anses å utgjøre forespørsel eller aksept med tanke på fristforlengelse. Likebehandlingsprinsippet må overholdes ved forlengelse av vedståelsesfristen.

Del V Administrative og avsluttende bestemmelser

Kapittel 33 Administrative bestemmelser

§ 33-1 Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

(1) Enhver oppdragsgiver som gjennomfører anskaffelser etter denne lov, plikter å gi EFTAs overvåkningsorgan de opplysninger som organet kan kreve i henhold til EØS-avtalen.

(2) Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgiver å formidle opplysninger knyttet til

gjennomføringen av en anskaffelse til EFTAs overvåkningsorgan.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav a første avsnitt, artikkel 69 nr. 4 og artikkel 84 nr. 3. Bestemmelsen gjennomfører også forsyningsdirektivet artikkel 18 nr. 2, artikkel 19 nr. 2, artikkel 31, artikkel 84 nr. 4 og artikkel 100 nr. 3 og konsesjonskontrakt-direktivet artikkel 15. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 39.

Første ledd regulerer tilfeller der EFTAs overvåkningsorgan anmoder oppdragsgiver om informasjon.

Dette gjelder blant annet anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav a om bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunn-gjøring og artikkel 84 nr. 3 hvor oppdragsgiver kan bli pålagt å sende anskaffelsesprotokollen eller de viktigste elementene i den til EFTAs overvåkningsorgan.

Andre ledd regulerer tilfeller der oppdrags-giver på eget initiativ skal sende opplysninger til EFTAs overvåkningsorgan. Dette er regulert blant annet i anskaffelsesdirektivet artikkel 69 nr. 4 som gjelder informasjon om at oppdragsgiver avviser en leverandør fordi vedkommende har mottatt ulovlig statsstøtte. Det nærmere innholdet av opplysningsplikten fastsettes i forskrift.

§ 33-2 Forskrifter

Departementet kan gi forskrift om følgende

- beregning av tidsfrister i EØS-avtalen
- om gjennomføring av vedleggene til anskaffelsesdirektivene
- om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser
- om gjennomføringsbestemmelser av rettsakter i EØS-avtalen vedlegg XVI
- om gjennomføringsbestemmelser av rettsakter i EØS-avtalen for øvrig og som gjelder anskaffelser som er omfattet av loven.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Bestemmelsen gir departementet hjemmel til å fastsette forskrift. Alle forskriftshjemlene i første til fjerde ledd gir hjemmel til å gjennomføre EØS-forpliktelseser.

Kapittel 34 Avsluttende bestemmelser

§ 34-1 Ikrafttredelse og overgangsregler

(1) Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves [gjeldende anskaffelsesregelverk].

(2) Departementet kan gi forskrift om overgangsregler.

41.2 Utkast til bestemmelser i forskrift om offentlige anskaffelser

Kapittel 3 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser

[Overlates til departementet].

Kapittel 4 – Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

§ 4-1 *Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan*

I anskaffelser som følger reglene i lov om offentlige anskaffelser skal oppdragsgiver gi opplysninger til Nærings- og fiskeridepartementet hvis oppdragsgiver avviser en leverandør på grunnlag av anskaffelsesloven § 16-10 tredje ledd.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 69 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 39.

§ 4-2 *Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan*

I anskaffelser som følger reglene i lov om anskaffelser i forsyningssektorene skal oppdragsgiver gi opplysninger til Nærings- og fiskeridepartementet hvis oppdragsgiver avviser en leverandør på grunnlag av forsyningsloven § 17-10 tredje ledd.

Bestemmelsen gjennomfører forsyningsdirektivet artikkel 84 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 39.

§ 4-3 *Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan*

I anskaffelser som følger reglene i lov om konsesjonskontrakter skal oppdragsgiver gi opplysninger til Nærings- og fiskeridepartementet hvis oppdragsgiver benytter unntaksadgangen i konsesjonskontraktloven § 10-4.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet konsesjonskontraktdirektivet artikkel 31 nr. 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 39.

41.3 Utkast til endringer i konkurranseloven

§ 9 *Konkurransetilsynets oppgaver*

Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å

- kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes,
- foreta nødvendige inngrep mot foretaks-sammenslutninger,
- iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet,
- håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og
- påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal det organ som forestår tiltaket, svare Konkurransetilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.
- f. føre tilsyn og ta imot klager for brudd på anskaffelsesregelverkets bestemmelser om ulovlig direkteanskaffelser og ilegge sanksjoner for slike brudd. Tilsynet kan også håndheve andre brudd på anskaffelsesregelverket som er til skade for konkurransen i markedet.*

Konkurransetilsynet plikter å veilede foretak vedrørende forståelse av denne lov, lovens rekkevidde og dens anvendelse i enkeltsaker.

Etter bokstav f skal Konkurransetilsynet føre tilsyn og håndtere klager for brudd på anskaffelsesregelverkets bestemmelser om ulovlig direkteanskaffelser. Tilsynet skal også ilegge sanksjoner for slike brudd, de nærmere bestemmelsene om tilsynets reaksjonsmuligheter fremgår av anskaffelsesloven § 25-3. Det fremgår også av bestemmelsen at tilsynet kan håndheve andre brudd på anskaffelsesregelverket som er til skade for konkurransen i markedet.

Forkortelser

DFØ	Direktoratet for forvaltning og økonomistyring	LUF	Lag om opphandling inom områdena vatten energi, transporter og post-tjänester (SE)
Doffin	Den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser	LUK	Lag om opphandling av koncessioner (SE)
EU	Den europeiske union	LUFS	Lag om opphandling på försvars- og säkerhetsområdet (SE)
ESA	EFTAs overvåkingsorgan	NFD	Nærings- og fiskeridepartementet
EØS	Europeiske økonomiske samarbeidsområde	NHO	Næringslivets hovedorganisasjon
GPA	WTO-avtalen om offentlige innkjøp	NOU	Norges offentlige utredninger
ILO	Den internasjonale arbeidsorganisasjonen	ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol
KFST	Konkurrence- og Forbrukerstyrelsen (DK)	Prop. L	Lovproposisjon
KGV	Konkurransegjennomføringsverktøy	SMB	Små og mellomstore bedrifter
KS	Kommunesektorens organisasjon	TED	EUs kunngjøringsdatabase for offentlige anskaffelser
KOFA	Klagenemnda for offentlige anskaffelser	TEU	Traktaten om den europeiske union
LO	Landsorganisasjonen	TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte
LOU	Lag om offentlig opphandling (SE)		

Referanse- og litteraturliste

Lovgivning

Norske lover

- LOV-1814-05-17 Grunnloven. Kongeriket Norges Grunnlov. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1814-05-17>
- LOV-1915-08-13-5 Domstollosen. Lov om domstolene. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1915-08-13-5>
- LOV-1969-06-13-26 Skadeserstatningsloven. Lov om skadeserstatning. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1969-06-13-26>
- LOV-1981-05-22-25 Straffeprosessloven. Lov om rettergangsmåten i straffesaker. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1981-05-22-25>
- LOV-1997-06-13-44 Aksjeloven. Lov om aksjeselskaper. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1997-06-13-44>
- LOV-1997-06-13-45 Allmennaksjeloven. Lov om allmennaksjeselskaper. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1997-06-13-45>
- LOV-1999-07-16-69 Anskaffelsesloven 1999. Lov om offentlige anskaffelser. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/1999-07-16-69>
- LOV-2004-05-07-21 Riksrevisjonsloven. Lov om Riksrevisjonen. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/2004-05-07-21>
- LOV-2004-03-05-11 EØS-konkurranseloven. Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. <https://lovdata.no/lov/2004-03-05-11>
- LOV-2005-06-17-90 Tvisteloven. Lov om mekling og rettergang i sivile tvister. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/2005-06-17-90>
- LOV-2006-06-30-41. (2006). Lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Lovdata. <https://lovdata.no/LTI/lov/2006-06-30-41>
- LOV-2012-05-11-25. Lov 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevingsdirektiv i norsk rett). Lovdata. <https://lovdata.no/dokument/LTI/lov/2012-05-11-25>

- LOV-2016-06-17-73 Anskaffelsesloven. Lov om offentlige anskaffelser. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73>
- LOV-2016-05-27-14 Skatteforvaltningsloven. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/2016-05-27-14>
- LOV-2018-06-01-24 Sikkerhetsloven. Lov om nasjonal sikkerhet. Lovdata. <https://lovdata.no/lov/2018-06-01-24>
- LOV-2019-03-01-2 Lov om register over reelle rettighetshavere. <https://lovdata.no/lov/2019-03-01-2>
- LOV-2021-06-18-121 Sivilombudsloven. Lov om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen <https://lovdata.no/lov/2021-06-18-121>
- LOV-2022-03-04-7 Støtteprosessloven. Lov om nasjonale saksbehandlingsregler i saker om offentlig støtte. <https://lovdata.no/lov/2022-03-04-7>
- LOV-2023-12-20-108 Digitalsikkerhetslov. (2023). Lov om digital sikkerhet.

Norske forskrifter

- Forskrift om elektronisk kommunikasjon med og i forvaltningen (eForvaltningsforskriften 2004). *Forskrift om elektronisk kommunikasjon med og i forvaltningen (eForvaltningsforskriften)*. FOR-2004-06-25-988. Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet. Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2004-06-25-988>
- Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester (Forsyningsforskriften 2006). FOR-2006-04-07-403. Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2006-04-07-403>
- Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften 2006). (FOR-2006-04-07-402). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2006-04-07-402>
- Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter mv. (FOR-2008-02-08-112) <https://lovdata.no/forskrift/2008-02-08-112>
- Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. (2014) (FOR-2013-10-04-1185). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2013-10-04-1185>

- Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (Klagenemndforskriften 2002). (FOR-2002-11-15-1288). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2002-11-15-1288>
- Forskrift om land-for-land-rapportering. (2013). (FOR-2022-06-28-1224). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2013-12-20-1682>
- Forskrift om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territorielle integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet (Sanksjonsforskrift Ukraina). (FOR-2014-08-15-1076). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2014-08-15-1076>
- Forskrift om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD IV (CRR/CRD IV-forskriften). (FOR-2014-08-22-1097). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2014-08-22-1097>
- Anskaffelsesforskriften. (2016). Forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2016-08-12-974). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-974>
- Forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften 2016). (FOR-2016-08-12-976). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-976>
- Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester (forsyningsforskriften 2016). (FOR-2016-08-12-975). Lovdata. <https://lovdata.no/forskrift/2016-08-12-975>
- Forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) og forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften). (FOR-2023-08-01-1305.) Lovdata. <https://lovdata.no/LTI/forskrift/2023-08-01-1305>
- Forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser m.m (2024). (FOR-2024-03-14-449). <https://lovdata.no/LTI/forskrift/2024-03-14-449>
- Svenske lover og forskrifter*
- Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1971289-om-allmanna-forvaltningsdomstolar_sfs-1971-289/
- Förvaltningsprocesslag (1971:291). https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/forvaltningsprocesslag-1971291_sfs-1971-291/
- Förordning (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/forordning-1977937-om-allmanna_sfs-1977-937/
- Förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket. SFS. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/forordning-20071117-med-instruktion-for_sfs-2007-1117/
- Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20111029-om-upphandling-pa-forsvars-och_sfs-2011-1029/
- Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.
- Lag (2016:1145) om offentlig upphandling. SFS. https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-20161145-om-offentlig-upphandling_sfs-2016-1145/
- Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna.
- Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner.
- Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.
- Danske lover og forskrifter*
- Bekendtgørelse nr. 887 af 11. august 2011 om Klagenævnet for Udbud. <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2011/887>
- Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 lov om Klagenævnet for Udbud. <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2016/593>
- Lovbekendtgørelse nr 145 af 24. februar 2020 Offentlighedsloven. <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2020/145>
- Lovbekendtgørelse nr 1655 af 25. desember 2022 Retsplejeloven. <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/1655>
- LOV nr 884 af 21/06/2022. Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/884>
- Lovbekendtgørelse nr. 10 af 1. juni 2023 Udbudsloven. <https://www.retsinformation.dk/eli/accn/A20230001029>
- Finske lover og forskrifter*
- 1397/2016 Act on Public Procurement and Concession Contracts. Ministry of Economic Affairs and Employment, Finland. <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2016/en20161397.pdf>

Marknadsdomstolens forretningsorden https://www.markkinaoikeus.fi/material/collections/20210128144833/7TO6xA55t/Marknadsdomstolens_arbetsordning.pdf.

Finsk forvaltningsprosessloven.

Islandske lover og forskrifter

Lög um meðferð einkamála. <https://www.althingi.is/lagas/nuna/1991091.html>

Mál nr. 20/2023. Úrskurður kærunefndar útboðsmála, (Kærunefnd útboðsmála). <https://www.stjornarradid.is/gogn/urskurdir-og-alit-/stakur-urskurdur/?newsid=7163c0bd-e509-11ee-b883-005056bcdef&cname=K%C3%A6runeftnd%20%C3%BAtbo%C3%B0sm%C3%A1la&cid=e219adb9-4214-11e7-941a-005056bc530c>

Frumvarp til laga um breytingar á lögum nr. 84/2007, um opinber innkaup (aukin skilvirkni í meðferð kærumála). (2012). <https://www.asi.is/um-asi/hlutverk-og-saga/umsagnir-um-thingmal/frumvarp-til-laga-um-breytingar-a-logum-nr-842007-um-opinber-innkaup-aukin-skilvirkni-i-medferd-kaerumala/>

Lög um opinber innkaup (lov om offentlige anskaffelser). (2016). <https://www.althingi.is/lagas/nuna/2016120.html>

Starfsreglur kærunefndar útboðsmála (Saksbehandlingsregler for den islandske klagenemnda). (2022). <https://www.stjornarradid.is/library/07-urskurdir/starfsr-kaerunefn-utbods-mala-22.pdf>

Internasjonale kilder

EØS-komiteens beslutning nr. 83/2011 av 1. juli 2011. (2011). EØS-komiteens beslutning nr. 83/2011 av 1. juni 2011 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp)

EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016. EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp).

Traktater og konvensjoner

EØS-avtalen. (1992). Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992. Lovdata. <https://lovdata.no/avtale/avt-1992-05-02-1>

ODA-avtalen. (1992) Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, med protokollene 1-7. Lovdata. <https://lovdata.no/traktat/1992-05-02-2>

De europeiske fellesskaps finansielle interesser. (1995). EFT C 316 av 27.11.1995. EUR-LEX.

eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1995:316:FULL

Konvensjonen om bekjempelse av korrupsjon som tjenestemenn i De europeiske fellesskap eller tjenestemenn i Den Europeiske unions medlemsstater er delaktige i. (1997)

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåte (TEUF 2020). Konsolideret tekst. EUR-LEX. EUT C 202 af 7.6.2016, s. 47. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:02016E/TXT-20200301>

Direktiver og forordninger

Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsettelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter.

Lufttransportforordningen. (2008). EUROPAPARLAMENTETS OG RÅDSFORORDNING (EF) nr. 1008/2008 av 24. september 2008 om felles regler for drift av lufttrafikk i Fellesskapet

Kollektivtransportforordningen. (2007). Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1370/2007 av 23. oktober 2007 om offentlig persontransport med jernbane og på vei og om oppheving av rådsforordning (EØF) nr. 1191/69 og 1107/70.

Finansforordningen. (2011). Regulation (EU, Euratom) No 966/2012 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the financial rules applicable to the general budget of the Union and repealing Council Regulation (EC, Euratom) No 1605/2002.

Implementeringsforordning. (2012). Kommisjonens delegerende forordning (EU) Nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gjennomførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budjet.

Finansforordningen. (2018). EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budjet, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012.

Rådsdirektiv av 21. desember 1976 om samordning av behandlingen ved tildeling av kontrakter om offentlig varekjøp. <https://lovdata.no/pro/eu/3197710062>

- Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor. (1989). Rådets direktiv 89/665/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.
- Forsyningsdirektivet. (1990). Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.
- Håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene. (1992). Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne.
- Rådets direktiv af 14. juni 1993 om samordning av behandlingsmåten ved tildeling av kontrakter om offentlige varekjøp. Direktiv 93/36/EØF.
- Forsyningsdirektivet. (1993). Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.
- Forsyningsdirektivet. (2004). Europaparlamentet of rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.
- Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/849 av 20. mai 2015 om tiltak for å hindre at finanssystemet brukes til hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme, om endring av europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 648/2012 og om oppheving av europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EF og kommisjonsdirektiv 2006/70/EF.
- Anskaffelsesdirektivet. (2004). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting.
- Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/60/EF om forebyggende tiltak mot bruk av det finansielle system til hvitvasking av penger og finansiering av terrorisme
- Endringsdirektiv til håndhevingsdirektivene. (2007). Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.
- Forsvarsanskaffelsesdirektivet. (2009). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av framgangsmåtene ved oppdragsgiveres eller offentlige oppdragsgiveres tildeling av visse bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet og om endring av direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.
- Europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/36/EU av 5. april om forebygging og bekjempelse av menneskehandel og vern av ofrene for menneskehandel.
- EUs fjerde kapitalkravsdirektiv CRD IV. (2013). EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2013/36/EU av 26. juni 2013 om adgang til å utøve virksomhet som kredittinstitusjon og om tilsyn med kredittinstitusjoner og verdipapirforetak, om endring av direktiv 2002/87/EF og om oppheving av direktiv 2006/48/EF og 2006/49/EF(*). <https://lovdata.no/static/NLX3/32013l0036.pdf>
- Anskaffelsesdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.
- Forsyningsdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF.
- Konsesjonskontraktdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1937 af 23. oktober 2019 om beskyttelse af personer, der indberetter overtrædelser af EU-retten.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2021/2101 af 24. november 2021 om ændring af direktiv 2013/34/EU for så vidt angår offentliggørelse af selskabsskatteoplysninger for visse virksomheder og filialer (EØS-relevant tekst). <http://data.europa.eu/eli/dir/2021/2101/oj>
- Rådets rammebeslutning 2002/475/JIS av 13. juni 2002 om bekjempelse av terrorisme. EFT L 164 av 22.6.2002.
- Rådets rammebeslutning 2003/568/JIS av 22. juli 2003 om bekjempelse av korrupsjon i privat sektor.
- Rådets rammebeslutning 2008/841/JIS av 24. oktober 2008 om bekjempelse av organisert kriminalitet. (2008).

For- og etterarbeider*Offentlige utredninger*

- NOU 1997: 21 *Offentlige anskaffelser*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-1997-21/id141007/>
- NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser. Håndhevelse av offentlige anskaffelser*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/NOU-2010-2/id600370/>
- NOU 2012: 2 *Utenfor og innenfor Norges avtaler med EU*. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/nou-2012-2>
- NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser – Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/NOU-2014-4/id761768/>
- NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov. Lov om saksbehandling i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)*. Justis- og beredskapsdepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2019-5/id2632006/>
- NOU 2022: 20 *Et helhetlig skattesystem*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2022-20/id2951826/>
- NOU 2023: 17 *Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2023-17/id2982767/>
- NOU 2023: 26 *Ny lov om offentlige anskaffelser*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2023-26/id3013726/>
- NOU 2023: 28 *Investeringskontroll – En åpen økonomi i usikre tider*. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2023-28/id3016161/>
- NOU 2024: 7 *Norge og EØS: Utvikling og erfaringer*

Proposisjoner

- Ot.prp. nr.97 (1991–92) *Om lov om offentlige anskaffelser mm.* Næringsdepartementet. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/otprp-97-199192>
- Ot.prp. nr. 71 (1997–98). *Om lov om offentlige anskaffelser*. Nærings- og handelsdepartementet. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/otprp-71-199798>
- Ot.prp. nr. 62 (2005–2006) *Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser*. Fornyings- og administrasjonsdepartementet. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/otprp-62-200506>

- Prop. 12 L (2011–2012) *Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/prop-12-l-201112>
- Prop. 75 L (2012–2013) *Endringer i konkurranseloven*. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/prop-75-l-201213>
- Prop. 51 L (2015–2016). *Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop-51-l-20152016/id2471374/>
- Prop. 153 L (2016–2017) *Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven)*. Forsvarsdepartementet. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/prop-153-l-201617>
- Prop. 46 L (2017–2018) *Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)*. Kommunal- og moderniseringsdepartementet. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/prop-46-l-201718>
- Prop. 109 L (2017–2018) *Lov om register over reelle rettighetshavere*. Finansdepartementet. Lovdata. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/prop-109-l-201718>
- Prop. 136 LS (2020–2021) *Endringer i aksjelovgivningen mv. (åpenhet om eierskap og deltakelse på generalforsamlingen) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 235/2020 og 236/2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2017/828 og forordning (EU) 2018/1212*. Nærings- og fiskeridepartementet. Lovdata. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/prop-136-ls-202021>
- Prop. 114 L (2022–2023). *Endringer i lov om offentlige anskaffelser (forskriftshjemler om arbeidslivskriminalitet)*. Nærings- og fiskeridepartementet. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/prop-114-l-20222023/id2976187/>
- Prop. 1 S (2023–2024) Finansdepartementet. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/prop-1-fin-202324>
- Prop. 74 LS (2023–2024). *Samtykke til godkjenning av fire beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsakter på finansmarkedsområdet*. Finansdepartementet.

Innstillinger

- Innst. S. nr. 101 (2001–2002) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om 1. Ekstrakt av Norges statsregnskap og regnskap for administrasjonen av Svalbard for budsjetterminen 2000 2. Saker for desisjon av Stortinget og saker til orientering*. <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjo>

- ner/Innstillinger/Stortinget/2001-2002/inns-200102-101/?lvl=0
- Innst. 185 L (2011–2012) *Innstilling fra næringskomiteen om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven*. (2012). <https://lovdata.no/pro/forarbeid/inns-185-l-201112>
- Innst. 261 L (2013–2014) *Innstilling fra finanskomiteen om endringer i skatte-, avgifts- og tollovgivningen i forbindelse med revidert nasjonalbudsjett 2014*. Finanskomiteen. Lovdata. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/inns-261-l-201314>
- Innst. 358 L (2015–2016) *Innstilling fra næringskomiteen om Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)*. <https://lovdata.no/pro/forarbeid/inns-358-l-201516>
- Innst. 228 S (2022–2023) *Innstilling fra finanskomiteen om representantforslag om å begrense skjult eierskap og sikre økt åpenhet om skatt og økonomiske forskjeller*. <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2022-2023/inns-202223-228s/>
- Innst. 159 L (2023–2024) *Innstilling fra finanskomiteen om Lov om suppleringskatt på underbeskattet inntekt i konsern (suppleringskatteloven)* Stortinget. <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Stortinget/2023-2024/inns-202324-159l/>

Stortingsmeldinger

- St.meld. nr. 22 (2008–2009) Svalbard
- Meld. St. 5 (2012–2013) EØS-avtalen og Norges øvrige avtaler med EU.
- Meld. St. 32 (2015–2016) Svalbard.
- Meld. St. 5 (2020–2021) Samfunnssikkerhet i en usikker verden.
- Meld. St. 17 (2022–2023) Eit godt liv i heile Noreg – distriktspolitikk.

Rettspraksis mv.

Fra høyesterett

- Rt-1983-205
- Rt-1997-574 Firesafe
- Rt-1998-1398 Torghatten
- Rt-1998-1951 E. Klubben Transport
- Rt-2000-1076 Faber
- Rt-2001-473 Concord
- Rt-2001-1288 Gate Gourmet
- Rt-2001-1062 Nucleus
- Rt-2003-486 Block Watne
- Rt-2004-1887
- Rt-2005-1365 Finanger II

- HR-2007-1124-A
- Rt-2007-983 SB Transport
- Rt-2007-1783 NIDA
- Rt-2008-982 Catch
- Rt-2008-1705 Trafikk & Anlegg
- Rt-2008-982 Ventelo
- Rt-2010-1500 Edquist
- Rt-2012-1729 Mika
- Rt-2012-1793
- Rt-2013-116
- HR-2019-830-A Sveen
- HR-2019-1801-A Fosen-Linjen
- HR-2022-1964-A Flage Maskin
- HR-2022-1552-U Flage Maskin
- HR-2023-206-A Perpetuum Miljø

Fra lagmannsrettene

- LB-2010-201985
- LB-2012-36777
- LB-2013-64251
- LB-2014-156469
- LB-2015-72805 BT Signaal
- LB-2016-1675
- LB-2016-14778
- LB-2016-16753 NAV
- LB-2017-61961
- LB-2017-94201
- LB-2017-156250
- LB-2017-194440-2
- LB-2019-145192
- LB-2019-85112 Zenitel
- LB-2020-37901 EspressoBønne
- LB-2020-122884
- LB-2021-90164
- LB-2021-152543
- Borgarting lagmannsretts kjennelse i sak 21-049373ASK-BORG/04 https://www.halden.kommune.no/_f/p1/i6421da91-f9a0-4d46-b38a-a6532eb59ecf/21052021_os_kjennelse.pdf
- LB-2023-83116 Norsk Nukleær Dekommisjonering
- LE-2005-183161 I
- RG. 2007 side 1390
- LE-2015-102226 Ødegården skole
- LE-2022-141058
- LE-2022-19926
- LF-2013-14271
- LF-2014-32160 Fosen-Linjen
- LF-2015-187242
- LG-2016-133934 Norsk Gjenvinning Renovasjon AS
- LG-2019-148023
- LG-2021-21890
- LG-2021-44783
- LH-2008-134402 Ventelo

LH-2013-195143 Boreal Transport Nord
 LH-2014-168975
 LH-2018-99424 Herøy kommune
 LH-2018-32429
 LH-2018-99242
 LH-2019-41071
 LH-2020-2431
 LH-2020-140680 Park Nordic
 LH-2020-178227
 LH-2021-141669 Perpetuum
 LH-2021-58587
 LH-2021-145459
 LH-2022-125450
 LH-2022-43940

Rettspraksis fra tingrettene

TOSFI-2010-59689
 TOBYF-2016-109245
 TAHER-2017-180764 Drukningsalarm
 TOSL-2020-185751
 TOBYF-2021-5815
 TOIN-2021-130644 Protonterapiutstyr
 TOSL-2023-135746 Bane NOR SF
 TSRO-2024-16911 Kolumbus AS

Rettspraksis fra EU-domstolen

C-36/74 Walrave mot Koch.
 C-33/76 Rewe-Zentralfinanz, ECLI:EU:C:1976:188.
 C-61/77 Kommisjonen mot Irland.
 C-76/81 Transporoute, ECLI:EU:C:1982:49.
 C-237/83 Prodest mot Caisse primaire d'assurance maladie de Paris.
 C-89/85 Ahlström mot Kommisjonen.
 C-27-29/86 CEI og Bellini, ECLI:EU:C:1987:355.
 C-103/88 Fratelli Costanazo, ECLI:EU:C:1989:256.
 C-243/89 Storebælt, ECLI:EU:C:1993:257
 C-328/92 Kommisjonen mot Spania, ECLI:EU:C:1994:178.
 C-312/93 Peterbroeck, ECLI:EU:C:1995:437.
 C-392/93 British Telecommunications.
 Forente saker C-46/93 og C-48/93 Brasserie du Pêcheur, ECLI:EU:C:1996:79.
 C-214/94 Boukhalfa mot Tyskland.
 C-319/96 Brinkmann Tabakfabriken GmbH mot Skatteministeriet Danmark.
 C-225/97 Kommisjonen mot Frankrike, ECLI:EU:C:1999:252.
 C-81/98 Alcatel Austria, ECLI:EU:C:1999:534.
 C-27/98 Fracasso.
 C-352/98 P – Bergaderm.
 C-469/99 Succhi di Frutta, ECLI:EU:C:2004:236.
 Forente saker C-285/99 og C-286/99 Impresa Lombardini SpA.

C-280/00 Altmark, ECLI:EU:C:2003:415.
 C-92/00 Hospital Ingenieure, ECLI:EU:C:2002:379.
 C-57/01 Makedoniko Metro og Michaniki, ECLI:EU:C:2003:47.
 C-314/01 Siemens AG Österreich, ECLI:EU:C:2004:159.
 C-249/01 Hackermüller, ECLI:EU:C:2003:359.
 C-410/01 Fritsch, Chiari & Partner, ECLI:EU:C:2003:362.
 C-424/01 Communications & System Austria, ECLI:EU:C:2003:213.
 C-315/01 GAT, ECLI:EU:C:2003:360.
 C-448/01 EVN AG og Wienstrom GmbH, ECLI:EU:C:2003:651.
 C-153/02 Neri, ECLI:EU:C:2003:614.
 C-212/02 Kommisjonen mot Østerrike, ECLI:EU:C:2004:386.
 C-230/02 Grossmann Air Service, ECLI:EU:C:2004:93.
 C-244/02 Kauppatalo Hansel Oy, ECLI:EU:C:2003:560.
 C-385/02 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:2004:522.
 C-26/03 Stadt Halle, ECLI:EU:C:2005:5.
 Forente saker C-21/03 og C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127
 C-275/03 Kommisjonen mot Portugal, EU:C:2004:632.
 C-295/04 Manfredi.
 C-15/04 Koppensteiner, ECLI:EU:C:2005:345.
 C-129/04 Espace Trianon, ECLI:EU:C:2005:521.
 C-503/04 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2007:432.
 Forente saker C-226/04 og C-228/04 La Cascina, ECLI:EU:C:2006:94.
 C-337/05 Kommisjonen mot Italia, ECLI:EU:C:2008:203.
 C-243/05 P Agraz, ECLI:EU:C:2006:708.
 C-278/05 Robins, ECLI:EU:C:2007:56.
 C-241/06 Lämmerzahl GmbH, ECLI:EU:C:2007:597.
 C-444/06 Kommisjonen mot Spania, ECLI:EU:C:2008:190.
 C-492/06 Consorzio San Raffaele, ECLI:EU:C:2007:583.
 C-450/06 Varec SA mot Belgia.
 C-452/06 Synthon, ECLI:EU:C:2008:565.
 C-454/06 Pressetext, ECLI:EU:C:2008:351.
 C-169/07 Hartlauer ECLI:EU:C:2009:141.
 C-213/07 Michaniki, ECLI:EU:C:2008:731.
 C-538/07 Assitur, ECLI:EU:C:2009:317.
 C-455/08 Kommisjonen mot Irland, ECLI:EU:C:2009:809.
 C-570/08 Symvoulou, ECLI:EU:C:2010:621.

- C-305/08 CoNISMA.
 C-376/08 Serrantoni and Consorzio edili.
 C-451/08 Helmut Müller, ECLI:EU:C:2010:168.
 C-456/08 Kommisjonen mot Irland.
 C-568/08 Combinatie Spijker, ECLI:EU:C:2010:751.
 Forente saker C-145/08 og C-149/08 Club Hotel Loutraki, ECLI:EU:C:2010:247.
 C-246/09 Susanne Bulicke, ECLI:EU:C:2010:418.
 C-74/09 Bâtiments et Ponts Construction, ECLI:EU:C:2010:431.
 C-314/09 Stadt Graz mot Strabag mfl., ECLI:EU:C:2010:567.
 C-429/09 Günter Fuß mot Stadt Halle.
 C -274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, ECLI:EU:C:2011:130.
 C-599/10 SAG ELV Slovensko, ECLI:EU:C:2012:191.
 C-544/11 Petersen mot Finanzamt Ludwigshafen.
C-544/11 Petersen mot Finanzamt Ludwigshafen.
 C- 465/11 Forposta, ECLI:EU:C:2012:801.
 C-100/12 Fastweb, ECLI:EU:C:2013:448.
 C-351/12 OSA, ECLI:EU:C:2014:110.
 C-509/12 Navileme, ECLI:EU:C:2014:54.
 C-573/12 Ålands vindkraft, ECLI:EU:C:2014:2037.
 Forente saker C-159/12 og C-161/12 Venturini ECLI:EU:C:2013:791.
 C-358/12 Libor, ECLI:EU:C:2014:2063.
 C-689/13 PFE, ECLI:EU:C:2016:199.
 C-19/13 Fastweb, ECLI:EU:C:2014:2194.
 C-440/13 Croce Amica, ECLI:EU:C:2014:2435.
 C-470/13 Generali, ECLI:EU:C:2014:2469.
 C-538/13 eVigilo, ECLI:EU:C:2015:166.
 C-61/14 Orizzonte, ECLI:EU:C:2015:655.
 C-166/14 MedEval, ECLI:EU:C:2015:779.
 C-115/14 RegioPost.
 C-387/14 Esaprojekt, ECLI:EU:C:2017:338.
 Forente saker C-132/14 til C-136/14 Europaparlamentet mot Rådet
 C-35/15 Kommisjonen mot Vanbreda, ECLI:EU:C:2015:275.
 C-355/15 Bietergemeinschaft, ECLI:EU:C:2016:988.
 C-391/15 Marina del Mediterráneo, ECLI:EU:C:2017:268.
 C-27/15 Pippo Pizzo, ECLI:EU:C:2016:404.
 C-35/15 P(R) Kommisjonen mot Vanbreda Risk & Benefits, ECLI:EU:C:2015:275.
 C-298/15 Borta.
 C-516/15 P Akzo Nobel NV og andre mot Kommisjonen.
 C-677/15 P – EUIPO v European Dynamics Luxembourg and Others, ECLI:EU:C:2017:998.
 C-178/16 Impresa di Costruzioni,
 C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike, ECLI:EU:C:2018:194.
 C-376/16 P EUIPO.
 C-531/16 Ecoservice, ECLI:EU:C:2018:324.
 C-260/17 Anodiki Services, ECLI:EU:C:2018:864.
 C-328/17 Amt Azienda Trasporti e Mobilità, ECLI:EU:C:2018:958.
 C-14/17 VAR.
 C-124/17 Vossloh Laeis, ECLI:EU:C:2018:855.
 C-144/17 Lloyd's of London, ECLI:EU:C:2018:78.
 C-300/17 Hochtief, ECLI:EU:C:2018:635.
 C-388/17 SJ, ECLI:EU:C:2019:161.
 C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco, ECLI:EU:C:2019:118.
 C-41/18 Meca, ECLI:EU:C:2019:507.
 C-63/18 Vitali, ECLI:EU:C:2019:787.
 C-101/18 Idi Srl, ECLI:EU:C:2019:267.
 C-267/18 Delta Antrepriză, ECLI:EU:C:2019:826.
 C-309/18 Lavorgna.
 C-395/18 Tim, ECLI:EU:C:2020:58.
 C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi. *C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi.*
 C-501/18 BT, ECLI:EU:C:2021:249.
 C-521/18 Pegaso, ECLI:EU:C:2020:867.
 C-263/19 T-Systems, ECLI:EU:C:2020:373.
 C-927/19 Klaipėdos, ECLI:EU:C:2021:700.
 C-367/19 Tax-Fin-Lex, ECLI:EU:C:2020:685.
 C-387/19 RTS, ECLI:EU:C:2021:13.
 C-472/19 Vert Marine, ECLI:EU:C:2020:468.
 Forente saker C-721/19 og C-722/19 Sisal, ECLI:EU:C:2021:672.
 C-497/20 Randstad Italia, ECLI:EU:C:2021:1037.
 C-23/20 Simonsen & Weel, ECLI:EU:C:2021:490.
 Forente saker C-37/20 og C-601/20 Luxembourg Business Registers, ECLI:EU:C:2022:912.
 C-210/20 Rad Service.
 C-295/20 Sanresa, ECLI:EU:C:2021:556.
 C-332/20 Roma Multiservizi and Rekeep, ECLI:EU:C:2022:610.
 C-669/20 Veridos, ECLI:EU:C:2022:684.
 C-682/21 HSC Baltic, ECLI:EU:C:2023:48.
 C-787/21 Estaleiros Navais de Peniche, ECLI:EU:C:2022:414.
 C-769/21 BTA Baltic Insurance Company, ECLI:EU:C:2022:973.
 C 68/21 og C-84/21 Iveco (forente saker).
 C-416/21 K. Reisen, ECLI:EU:C:2022:689.
 C-486/21 Sharengo.
 Forente saker C-274/21 og C-275/21 EPIC Financial Consulting, ECLI:EU:C:2022:565.
 C-53/22 VZ mot CA, ECLU:EU:C:2023:88.
 C-493/22 Armaprocure, ECLI:EU:C:2023:291.
 C-66/22 Infraestrcturas de Portugal SA.
 C-101/22 P Sopra Steria Benelux, ECLI:EU:C:2023:396.

C-547/22 Ingsteel, ECLI:EU:C:2023:967 (Generaladvokatens uttalelse).

Rettspraksis fra underretten

T-8/90 Dredging International.

T-4/01 Renco SpA, ECLI:EU:T:2003:37.

T-40/01 Scan Office Design.

T-345/03 Evropaiki Dynamiki, ECLI:EU:T:2008:67.

T-148/04 TQ3 Travel Solutions Belgium.

T-50/05 Evropaiki Dynamiki, ECLI:EU:T:2010:101.

T-554/08 Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis, ECLI:EU:T:2012:194

T-47/10 Akzo Nobel NV og andre mot Kommisjonen.

T-415/10 Nexans France

T-556/11 European Dynamics Luxembourg and Others v EUIPO

T-394/12, Alfastar Benelux SA.

T-403/12 Intrasoftware International mot Kommisjonen.

T-570/13 Agriconsulting Europe, ECLI:EU:T:2016:40

T 570/13 Agriconsulting Europe, ECLI:EU:T:2016:40

T-199/14 Vanbreda, ECLI:EU:T:2015:820.

T-292/15 Vakakis kai Synergates, ECLI:EU:T:2019:84.

T-849/19 Lenardo SpA

T-175/21 RH.

Forente saker T-301/22 og T-304/22 Aven og Fridman, ECLI:EU:T:2024:214.

T-1/23 Enmacc, ECLI:EU:T:2023:506.

Avgjørelse fra EFTA-domstolen

E-9/97 Sveinbjörnsdóttir

E-4/01 Karlsson

E-11/12 Koch

E-16/16 Fosen I

E-7/18 Fosen II

E-7/19 Tak

E-8/19 Scanteam

E-12/19 Hraðbraut

Rettspraksis Sverige (domstolene og forvaltningsdomstolene)

NJA 1998 side 873 Arkitekttjänst.

NJA 2007 side 349 Ishavet. NJA 2007 side 349 Ishavet.

NJA 2016 s. 358 Bergfors Distribution AB mot Regionförbundet.

NJA 2016 s. 358 NBB.

NJA 2018 s. 1127 Spinator.

HFD 2022 ref. 4 I og II avsagt 10. januar 2022.

Rettspraksis og klagenemnspraksis Danmark

U.2012.2952 H Montenaisien, (Dansk Højesterett). Kjennelse av 24. mars 2004 M.J. Eriksson A/S. (Klagenævnet for Udbud).

Kjennelse av 5. mai 2022 (Klagenævnet for Udbud)

Kjennelse av 22. desember 2023 (Klagenævnet for Udbud)

Kjennelse av 19. oktober 2010.

Oversikt over saker fra Klagenævnet for Udbud som er brakt inn for domstolene. *Søk – oversikt over saker fra Klagenævnet for Udbud som er brakt inn for domstolene*, . <https://klfu.naevne-neshus.dk/soeg?sort=score&categories=e23cf5cb-5408-4eaa-aac3-848b089a5ffb>

Annen internasjonal rettspraksis

Nuclear Decommissioning Authority v Eneregy Solutions EU Ltd [2017] UKSC 34.

A.G.M.-COS.MET Srl mot Suomen valtio og Tarmo Lehtinen.

Generaladvokatens forslag til avgjørelser

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott i sak C-454/06 Presstext, ECLI:EU:C:2008:167.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Poiares Maduro i sak C-250/07, ECLI:EU:C:2008:734.

Forslag til avgjørelse i sak i C-568/08 Combinatie Spijker, ECLI:EU:C:2010:515.

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat M. Campos i sak C-927/19 Klaipėdos, ECLI:EU:C:2021:295.

Forslag til avgjørelse i sak C-547/22 Ingsteel, ECLI:EU:C:2023:967.

Praksis fra KOFA

KOFA-2004-155 Molde kommune.

KOFA-2006-153 Forsvarets Logistikkorganisasjon.

KOFA-2007-111 Stranda kommune.

KOFA-2008-25 Reindriftsforvaltningen.

KOFA-2008-58 Trondheim kommune.

KOFA-2008-89 Nordlandssykehuset HF.

KOFA-2008-142 Vestviken kollektivtransport.

KOFA-2008-197 Utlendingsdirektoratet

KOFA-2008-198 Nittedal kommune.

KOFA-2009-28 GKI Grenlandskommunenenes Innkjøpsenhet.
 KOFA-2009-134.
 KOFA-2009-252 Kristiansand kommune.
 KOFA-2010-6 Troms fylkeskommune.
 KOFA-2010-12.
 KOFA-2010-23 Helse Sunnmøre HF.
 KOFA-2010-336 Helse Nord RHF.
 KOFA-2010-361 Bærum kommune.
 KOFA-2011-206 Rana kommune.
 KOFA-2011-254.
 KOFA-2011-201 Hordaland fylkeskommune v/Skyss.
 KOFA-2012-142 Direktoratet for forvaltning og IKT.
 KOFA-2012-205 Helse Førde HF.
 KOFA-2013-8 Sandefjord.
 KOFA-2013-79 Karmøy kommune.
 KOFA-2013-111 Rana kommune.
 KOFA-2014-32 Fredrikstad kommune.
 KOFA-2014-55 Bergen kommune Trafikketaten.
 KOFA-2014-105 Alta kommune.
 KOFA-2014-125 UDI Region Sør.
 KOFA-2014-136 Sverresborg Trøndelag Folkemuseum.
 KOFA-2015-4 Oppland fylkeskommune.
 KOFA-2015-133 Time kommune.
 KOFA-2016-13 Hå kommune.
 KOFA-2016-118 Helgelandssykehuset HF.
 KOFA-2016-138 Andebu kommune.
 KOFA-2017-82 Sykehusinnkjøp HF.
 KOFA-2017-84 Sandefjord kommune.
 KOFA-2017-96 Larvik kommune.
 KOFA-2017-120 Oslo kommune.
 KOFA-2017-170 Troms fylkeskommune.
 KOFA-2017-185.
 KOFA-2017-58 Grenlandskommunenenes innkjøpsenhet.
 KOFA-2018-23 Forsvarsbygg.
 KOFA-2018-30 og KOFA-2018-86.
 KOFA-2018-157 Utenriksdepartementet.
 KOFA-2018-232 Oppedgård kommune.
 KOFA-2018-329 – KOFA-2018-340 – KOFA-2018-341 (forente saker).
 KOFA-2018-331 Rogaland fylkeskommune.
 KOFA-2018-350 Lofoten avfallsselskap IKS.
 KOFA-2018-483 Stavanger kommune.
 KOFA-2018-521 Osterøy kommune.
 KOFA-2019-380 Helse Stavanger HF.
 KOFA-2019-426.
 KOFA 2019-468 Energigjenvinningsetaten.
 KOFA-2019-597 Skien og Porsgrunn kommune.
 KOFA-2019-698 Harstad kommune.
 KOFA-2020-116 Fauske kommune.

KOFA-2020-171.
 KOFA-2020-413 Ørland Sparebank.
 KOFA-2020-656 Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap.
 KOFA-2020-663 Norges Bank.
 KOFA-2021-1132 / 2021-1180 / 2021-1181 og 2021-1182 (forente saker) Bodø pensjonskasse.
 KOFA-2021-1416 Direktoratet for Forvaltning og Økonomistyring (DFØ).
 KOFA-2021-2100 Halden kommune.
 KOFA-2021-2100 Troms og Finnmark fylkeskommune.
 KOFA-2021-351 Sykehusinnkjøp HF.
 KOFA-2021-369 Viken Fylkeskommune.
 KOFA-2021-424 Sykehusinnkjøp HF.
 KOFA-2021-592 Sykehusinnkjøp HF.
 KOFA-2021-649 Lyse Elnett AS.
 KOFA-2021-1046 Stange kommune.
 KOFA-2021-1098 Ullensvang kommune.
 KOFA-2021-1374 Rogaland fylkeskommune.
 KOFA 2021-1415 Rana kommune.
 KOFA-2022-322 KOFA-2022-326 Universitetet i Oslo (forente saker).
 KOFA-2022-373 Consto.
 KOFA-2022-631 Norges Bank.
 KOFA-2022-757 Innlandet fylkeskommune.
 KOFA-2022-872 Infra Anlegg.
 KOFA-2022-883 Sykehusinnkjøp HF.
 KOFA-2022-1010 Ragn-Sells AS.
 KOFA-2022-1582 Tysvær kommune.
 KOFA-2022-1810 Optimera AS.
 KOFA-2022-545 Bergen kommune.
 KOFA-2022-552 Helse Midt-Norge RH.
 KOFA-2022-881 Sporveien AS.
 KOFA-2022-9130 Bergen kommune.
 KOFA-2023-122 Tromsø kommune.
 KOFA-2023-148 Emagine AS.
 KOFA-2023-182 Oslo kommune v/Bymiljøetaten.
 KOFA-2023-587 Politiets fellestjenester.
 KOFA-2023-182 Oslo kommune v/Bymiljøetaten.
 KOFA-2023-313.
 KOFA-2023-0616 Sykehusinnkjøp HF.
 KOFA-2023-682.
 KOFA-2023-852.

Annen offentlig praksis

Sivilombudet

SOM-2018-4937. <https://lovdata.no/pro/avgjor-else/som-2018-4937>
 SOM-2019-108. <https://lovdata.no/pro/avgjor-else/som-2019-108>
 SOM-2019-4197. <https://lovdata.no/pro/avgjor-else/som-2019-4197>

Høringer

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet – økt klagegebyr i KOFA, (2012). https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/hnotat_klagegebyr.pdf

Nærings- og fiskeridepartementet – høring – forslag om endring av håndhevelse av regelverket om offentlige anskaffelser (2015). <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-forslag-om-endring-av-handhevelse-av-regelverket-om-offentlige-anskaffelser/id2405911/?expand=horingsbrev>

Nærings- og fiskeridepartementet – høring– nye bestemmelser i regelverket om offentlige anskaffelser, 07.12.2015, (2015). <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nye-bestemmelser-i-regelverket-om-offentlige-anskaffelser/id2466166/>

Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – anskaffelsesforskriften. (2015). Høring – endring av lov og forskrifter om offentlige anskaffelser, 17. mars 2015 (15/1514-1).

Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – konsesjonskontraktforskriften

Nærings- og fiskeridepartementet – høringsnotat 17. mars 2015 – forsyningsforskriften

Justis- og beredskapsdepartementene – Høring – utredning om gjennomføring av direktiv (EU) 2019/1937 (varslingsdirektivet) i norsk rett. (2022) <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-utredning-om-gjennomforing-av-direktiv-eu-20191937-varslingsdirektivet-i-norsk-rett/id2919283/?expand=horingsnotater>

Finansdepartementet – høring – Endringer i lov om register over reelle rettighetshavere. (2023) <https://www.regjeringen.no/contentassets/80e61e148afc4dbba83b983afdd44e02/horingsnotat.pdf>

Instrukser/retningslinjer

Regelverk for Statens anskaffelsesvirksomhet mv. (REFSA) 16. desember 1978.

Justisdepartementet (2000) – veileder om lov- og forskriftsarbeid. (2000). Justisdepartementet (2000) – veileder om lov- og forskriftsarbeid. Justisdepartementet.

Fornyings- og administrasjonsdepartementet – tolkningsuttalelse vedrørende det geografiske virkeområdet for offentlige anskaffelser. (2006). Fornyings- og administrasjonsdeparte-

mentet – tolkningsuttalelse vedrørende det geografiske virkeområdet for offentlige anskaffelser.

Forsynings- og administrasjonsdepartementet – fortolkningsuttalelse 12. januar 2011 – anskaffelsesforskriften. (2011).

Nærings- og fiskeridepartementet. (2017). Veileder til reglene om offentlige anskaffelser. <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>

Forsvarsdepartementet. Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. (2019). Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. https://www.regjeringen.no/contentassets/6e4f50af38ef4b6683dd3d994e9c4cad/veileder-til-fosa_2.pdf

Nærings- og fiskeridepartementet og Forsvarsdepartementet. Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser. (2019). Veileder om ivaretagelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser – sammenhenger mellom sikkerhetsloven og anskaffelsesregelverket mv. . <https://www.regjeringen.no/contentassets/b94b845a21334316882948945eb8bd0c/veileder-om-ivaretagelse-av-sikkerhet-i-offentlige-anskaffelser-v2-.pdf>

Nasjonal sikkerhetsmyndighet – Veileder i anskaffelser etter sikkerhetsloven. (2020). Veileder i anskaffelser etter sikkerhetsloven.

Skatteetaten – Veileder til land-for-land rapportering for skatteformål. Land-for-land-rapportering 2022,

<https://www.skatteetaten.no/globalassets/bedrift-og-organisasjon/rapportere-og-bransjer/bransjer-med-egne-regler/llr/faglig-rettledning-llr-regnskapsar-2022.pdf>

Nærings- og fiskeridepartementet. Virkeområdet for forsyningsforskriften. Hentet 13.03.2024 fra <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser/andre-kolonne/virkeomrade-for-forsyningsforskriften/id2598956/>

Offentlige publikasjoner (rapporter mv.)

Advokatfirmaet Lund & Co DA. (2022). GJENNOMFØRING AV EUS VARSLINGSDIREKTIV (DIREKTIV 2019/1937) I NORSK RETT – Utredning fra advokatfirmaet Lund & Co DA, 28. februar 2022. <https://www.regjeringen.no/contentassets/e57f8e85f0e14fa58b60e64ab3a851d9/utredning-gjennomfor>

- ing-av-eus-varslingsdirektiv-direktiv-2019_1937-i-norsk-rett.pdf
- Arbeidsgruppen for vurdering av overvåknings- og håndhevelsessystemet innen offentlige anskaffelser. (1999). Forslag til effektivisering av håndhevelses- og overvåkningsreglene for offentlige anskaffelser. <https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/nfd/dokumenter/rydder-undersider/forslag-til-effektivisering-av-handhevelses.pdf>
- Arbeidstilsynet. Årsrapport 2023. <https://www.arbeidstilsynet.no/globalassets/rapportar/arsrapport/arsrapport-2023.pdf>
- Bård Kårveit Stig Karlstad Vigdis Nygaard. Leverandørutvikling Forsvaret – Hvordan styrke Forsvarets bruk av små og mellomstore bedrifter i Nord. NORCE Norwegian Research Centre AS. https://www.ffk.no/_f/p1/ief2c02d2-e26c-47f1-a57c-b8c7c779606b/publiseringsrapport.pdf
- Departementene – Småbedriftslivet. (2019). Småbedriftslivet – Strategi for små og mellomstore bedrifter. <https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/nfd/dokumenter/vedlegg/smabedriftslivet-uu.pdf>
- Etterretningstjenesten – Fokus 2024. https://www.etterretningstjenesten.no/publikasjoner/fokus/Fokus24_innhold
- Kommunal- og distriktsdepartementet. Norges handlingsplan 5 Open Government Partnership (OGP) 2024 -2027 Utkast per 8. juni 2023. <https://files.nettsteder.regjeringen.no/wpuploads01/sites/441/2023/06/Handlingsplanetekst-kladd-L193929-utkast-til-Interessentforum.pdf>
- KomRev NORD IKS. (2022). Offentlige anskaffelser – rammeavtaler. <https://komrevnord.no/wp-content/uploads/2023/11/2022-Rammeavtaler-1.pdf>
- Menon Economics og Arntzen de besche Advokatfirma. Utredning av det EØS-rettslige handlingsrommet for å stille kvalitetskrav i anskaffelser av fartøy. (2023).
- Nasjonal sikkerhetsmyndighet – Risiko. (2023).
- Nærings- og fiskeridepartementet. Næringsministeren lanserer fempunktsplan for å skape større åpenhet om aksjeeiere. (19. januar 2024). <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/naringsministeren-lanserer-fempunktsplan-for-a-skape-storre-apenhet-om-aksjeeiere2/id3022368/>
- Politiets sikkerhetstjeneste – Nasjonal trusselvurdering.
- Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige DirekteAnskaffelser. (2003). AUDA! Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige DirekteAnskaffelser 31. mars 2003. <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/nhd/rap/2003/0015/ddd/pdfv/175229-030331auda.pdf>
- Regjeringsplattform for en regjering utgått fra Arbeiderpartiet og Senterpartiet. Hurdalsplattformen 2021-2025. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hurdalsplattformen/id2877252/>
- Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser. (2022). Dokument 3:5 (2021–2022) Riksrevisjonens undersøkelse av grønne offentlige anskaffelser.
- Rapport skrevet for og utgitt av Landsorganisasjonen i Norge, Fagforbundet og Norsk Folkehjelp, Folkeretten og næringsvirksomhet i konfliktområder, Mads Harlem og Mark B. Taylor. (2022). <https://www.fagforbundet.no/globalassets/solidaritetsprosjekter/filer/rapport-folkeretten-og-naringsvirksomhet-i-konfliktomrader-2022.pdf>
- Tax Justice. Skjult – Skatteparadis, kapitalflukt og hemmelighold. (2023). (Bd. 3. utgave). Norge. https://taxjustice.no/assets/documents/SKJULT_ensidig_Universell_2023.pdf
- Utenriksdepartementet. (2024, 7. mars 2024). Regjeringen fraråder handel og næringsvirksomhet med israelske bosettinger <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-frarader-handel-og-naringsvirksomhet-med-israelske-bosettinger/id3028680/>
- Økokrim. Trusselvurdering 2022. <https://www.okokrim.no/getfile.php/5017571.2528.q7zikspuaaqs/%C3%98ko-krim+trusselvurdering+2022.pdf>

Andre rapporter

- Advokatfirmaet Haavind AS. (2023). Juridisk analyse av forsyningsdirektivet, direktiv 2014/25/EU.
- Advokatfirmaet Haavind AS. (2023) Utredning om håndhevelsesdirektivene
- Advokatfirmaet Thommessen AS. (2023). Juridisk analyse av konsesjonskontraktdirektivet, direktiv 2014/23/EU.
- Advokatfirmaet Wiersholm AS. (2023) Gjennomgang av avvisningsreglene i anskaffelsesregelverket
- Arntzen de Besche Advokatfirma AS. (2024) Håndhevingssystemet på Island
- Hammersvik, Simen. (2023). Utredning av det rettslige handlingsrommet for regulering av offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Andre EØS-kilder*Forslag til forordninger og direktiver*

Forslag til direktiv om virksomhedernes due diligence i forbindelse med bæredygtighed og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937 COM(2022) 71 final. Forslag til Europa-parlamentets og rådets direktiv om virksomhedernes due diligence i forbindelse med bæredygtighed og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937. EU-kommisjonen. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>

Forslag til forordning om oprettelse af et nødinstrument for det indre marked COM(2022) 459 final. Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om oprettelse af et nødinstrument for det indre marked og om ophævelse af Rådets forordning (EF) nr. 2679/98. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0459>

Svenske og danske kilder

Anders Asplund på oppdrag fra Svensk Näringsliv. (2023). *Påtalandeskyldigheten i offentlig upphandling*. https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/rapporter/d7jfq-q_patalandeskyldigheten-i-offentlig-upphandlingpdf_1204888.html/P%25C3%25A5talandeskyldigheten+i+Offentlig+upphandling.pdf

Erhvervsministeren. (2006). Forslag til Lov om ændring af konkurrenceloven, retsplejeloven, lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren og lov om Klagenævnet for Udbud. 2006/1 LSF 152. <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/200612L00152>

Erhvervsministeren. (2009). Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. L 110 FT 2009-10. https://www.ft.dk/samling/20091/lovforslag/l110/20091_l110_som_fremsat.htm

Erhvervsministeren. (2022). *Forslag til lov om ændring nr. L 19 – Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter*. Folketinget. <https://www.regeringen.se/contentassets/dd8b2a31d4b14fac9dda0a26bbc4f1a2/en-effektivare-upphandlingstillsyn-prop.-2023243.pdf>

Handläggningstiden för upphandlingsmål minskar 2022. Hentet 12.03.2024 fra <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/>

rattsfallsstatistik/handläggningstiden-for-upphandlingsmal-minskar/

Konkurrensverket. *Uppdragsforskningsrapport 2022:3*. https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyror/uppdagsforskning/forskrappport_2022-3.pdf

https://www.ft.dk/ripdf/samling/20211/lovforslag/l199/20211_l199_som_fremsat.pdf

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Opdel kontrakten eller forklar.

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Rapport. (2014). *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*. <https://www.kfst.dk/media/2278/rapport-fra-udvalg-om-dansk-udbudslovgivning-december-2014.pdf>

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – Skattemæssige forhold i offentlige udbud. (2022). *Skattemæssige forhold i offentlige udbud*. <https://www.kfst.dk/media/qi0btfua/skattem%C3%A6ssige-forhold-i-offentlige-udbud2022.pdf>

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen – Udbudsloven. (2016). *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*. <https://www.kfst.dk/media/ua3fml2r/udbudsloven-vejledning-om-udbudsreglerne.pdf>

Konkurrens- och konsumentverket. (2022). *Årsrapport for 2022*. <https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2021/12/julkisten-hankintojen-valvonnantulosten-raportointi-2020.pdf>

Konkurrensverket. (2022). *Upphandlingstillsynens konsekvenser för reglefterlevnad*. Hentet 26.02.2024 <https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/upphandlingstillsynens-konsekvenser/>

Konkurrensverket. (2023). *Konkurrensverkets tillsynsverksamhet 2022*. https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/informationsmaterial/rapporter-och-broschyror/rapportserie/rapport_2023-1.pdf

Konkurrensverket. (2023). Konkurrentverkets årsredovisning 2023. <https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/konkurrensverkets-arsredovisning-2023/>

Lovforslag L110 af 27. oktober 2010. <https://www.retsinformation.dk/eli/ft/20091XX00439>

Lovbemærkninger til lov nr. 511 av 27. mai 2013. <https://www.folketingstidende.dk/samling/20121/lovforslag/L153/index.htm>

Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling.

Prop. 2009/10:180. (2010). Finansdepartementet <https://www.regeringen.se/contentassets/58485d90d05f495fa98b94d1a69ad0b7/nyarattsmedel-pa-upphandlingsområdet-prop.-200910180>

- Prop. 2015/16:195. Nytt regelverk om opphandling, Det svenske finansdepartementet. <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2016/06/prop.-201516195>
- Prop. 2021/22:120. En effektivere overprøving av offentlige opphandlinger. <https://www.regeringen.se/contentassets/0c8d9407149641348f0426443cb74a03/en-effektivere-overprovning-av-offentliga-upphandlingar-prop.-202122120.pdf>
- Prop. 2021/22:5 Ett förenklat upphandlingsregelverk. Det svenske finansdepartementet. <https://www.regeringen.se/contentassets/b4fd6f795a8e49b8b175c60d322bceba/ett-forenklat-upphandlingsregelverk-prop.-2021225.pdf>
- Prop. 2023/24:3 En effektivere opphandlingstillsyn Finansdepartementet.
- Statistik om overprøvningsärenden 2022. Hentet 11.03.2024 fra <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/rattsfallsstatistik/statistik-om-overprovningssarenden-2022/>
- Upphandlingsmyndigheten rapport 2017:7. Kartläggning och analys av mål om överprövning. https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/dokument/publikationer/rapport-2017_7-kartlaggning-och-analys-av-mal-om-overprovning.pdf

Øvrige internasjonale kilder

- Commission staff working document COM(2011) 897 final SEC(2011) 1589 final. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT OF AN INITIATIVE ON CONCESSIONS Accompanying the document PROPOSAL FOR A DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the award of concession contracts <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1588&qid=1702465464091>
- EFTAs overvåkingsorgan (ESA). (2023). Complaint concerning the implementation of ineffectiveness in Norway.
- Europa-kommisjonen – COM (90) 297 final. 1990.
- Europa-kommisjonen – The single market review (1997)
- EU-kommisjonen 2003/361/EF Kommissionens henstilling af 6. maj 2003 om definitionen af mikrovirksomheder, små og mellemstore virksomheder.
- Europa-kommisjonen – COM/2006/0195 final. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts {SEC(2006)557}.
- Europa-kommisjonen – staff working document – impact assessment report SEC/2006/0557/. Annex to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts {COM(2006) 195} -Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement.
- EU-kommisjonen SEC(2008) 2193. (2008). European Code of Best Practices Facilitation Access by SMEs to Public Procurement Contracts. https://www.ecec.net/fileadmin/user_upload/smecodeofbestpracticesen1.pdf
- Europa-kommisjonen Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts – final study. (2015). Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts – final study.
- EU-kommisjonen meddelelse om begrebet statsstøtte i artikkel 107, s., i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C 262/01).
- EU-kommisjonen COM/2017/028 final. (2017). REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON THE EFFECTIVENESS OF DIRECTIVE 89/665/EEC AND DIRECTIVE 92/13/EEC, AS MODIFIED BY DIRECTIVE 2007/66/EC, CONCERNING REVIEW PROCEDURES IN THE AREA OF PUBLIC PROCUREMENT EUR-LEX. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52017DC0028>
- Europa-kommisjonen – COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT – SWD (2017) 13 final. (2017). COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT – EVALUATION OF THE MODIFICATIONS INTRODUCED BY DIRECTIVE 2007/66/EC TO DIRECTIVES 89/665/EEC AND 92/13/EEC CONCERNING THE EUROPEAN FRAMEWORK FOR REMEDIES IN THE AREA OF PUBLIC PROCUREMENT/REFIT EVALUATION – SWD(2017) 13 final.
- EU-kommisjonen 2020/C 108 I/01. (2020). Vejledning fra Europa-Kommisjonen om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/>

- PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN
- EU-kommisjonen meddelelse «tools to fight collusion in public procurement and on guidance on how to apply the related exclusion ground», 15. mars 2021. (2021).
- EU-kommisjonen COM (2023) 460 final. (2023). Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the functioning of Directive 2014/23/EU on the award of concession contracts and on the impact on the internal market of the exclusions set out in Article 12. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2023:460:FIN>
- LE Europe Study on the implementation of the Concessions Directive. (2021). LE Europe, Study on the implementation of the Concessions Directive (Directive 2014/23/EU), Stakeholders Workshop 15 November 2021. europa.eu. Hentet 13.12.2023 fra <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fsingle-market-economy.ec.europa.eu%2Fsystem%2Ffiles%2F2021-11%2F20211115%2520Presentation%2520of%2520sutdy%2520London%2520Economics.pptx&wdOrigin=BROWSELINK>
- OECD. (2013). Addressing Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing
- OECD – Tool. Checklist for protection competition when splitting contracts into lots. Tool: Checklist for protection competition when splitting contracts into lots. <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-splitting-contracts-lots.pdf>
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report. OECD Publishing.
- Rapport om finsk håndheving av anskaffelsesverket utarbeidet av arbeidsgruppe oppnevnt av det finske justis- og arbeids- og næringsdepartementene – (6_2010_loppuraportti_142_s.pdf (valtioneu-vosto.fi)). Rapport om finsk håndheving av anskaffelsesverket utarbeidet av arbeidsgruppe oppnevnt av det finske justis- og arbeids- og næringsdepartementene, side 19. (6_2010_loppuraportti_142_s.pdf (valtioneu-vosto.fi)).
- SIGMA – Division of Contracts into Lots. (2016). Division of Contracts into Lots. <https://www.sigmaxweb.org/publications/public-procurement-policy-brief-36-200117.pdf>
- SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management). Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union.
- Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 178/13/COL. Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 178/13/COL af 30. april 2013 om undtagelse af efterforskning og udvinding af råolie og naturgas på Norges kontinentalsokkel fra anvendelsen af direktiv 2004/17/EF.
- Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 189/12/COL. Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 189/12/COL av 22. mai 2012 om unntak for produksjon og engrossalg av elektrisk kraft i Norge fra anvendelsen av
- Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 227/15/COL. Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 227/15/COL av 6.juli 2015 om å unnta enkelte logistikkjenester i Posten Norge fra anvendelsen av europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/17/EF om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og postjenester. https://www.regjeringen.no/contentassets/9e91b9e1c9544b9694b44330a45df70f/college-decision-277_15_postennorge.pdf
- Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 042/19/COL. Vedtak i EFTAs overvåkningsorgan nr. 042/19/COL av 17. juni 2019 om å unnta drift av offentlige transportjenester med buss i Norge fra anvendelsen av direktiv 2014/25/EU. <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/Decision%20regarding%20a%20Request%20for%20an%20exemption%20under%20Article%2035%20of%20Directive%202014%2025%20EU%20in%20respect%20of%20bus%20services%20i.pdf>

Nettsteder

- <https://aktuelt.oslo.kommune.no/byr%C3%A5det-lanserer-ny-oslomodel>, Oslo kommune Byrådsavdeling for finans. (2023, 10. mai 2023). *Byrådet lanserer ny Osломodel*
- <https://anskaffelser.no/nn/hva-skal-du-kjope/mat-og-maltidstjenester/lokalprodusert-mat>. *Veiledning fra DFØ om «Lokalprodusert mat»*.
- <https://anskaffelser.no/nn/nyhetsarkiv/arbeids-tilsynet-startar-tilsyn-med-offentlege-oppdragsgivarar>. *Arbeidstilsynet startar tilsyn med offentlege oppdragsgivarar*.
- <https://anskaffelsesutvalget.no>
- <https://atlas-offshore.world/country/NOR>. *Landprofil for Norge – «Global profit shifting by multinational firms»*.
- <https://einnsyn-fillager-api.api.oslo.kommune.no/fil?virkksomhet=976819837&filnavn=>

- 7d6bbf5742144a3895e08d786508a4c4_ca320053a153b49a0bc6ed935643a3b.pdf. *Instruks for Oslo kommunes anskaffelser*
- <https://europalov.no/rettsakt/regnskapsdirektivet-endringsbestemmelser-om-opplysningsplikt-om-inntektsskatt/id-9018>. *Regnskapsdirektivet: endringsbestemmelser om opplysningsplikt om inntektsskatt*.
- <https://europalov.no/rettsakt/varslingsdirektivet/id-25572>. *Varslingsdirektivet, omtale hentet fra departementets EØS-notat, sist oppdatert 14.12.2023*.
- <https://www.anbud365.no/regelverk/efta-domstolens-uttalelse-erstatningsansvar-brudd-pa-anskaffelsesreglene-star-na/>.
- <https://www.consilium.europa.eu/da/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>. *EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes*.
- <https://www.domstol.no/no/rettsgebyr-og-kostnader/>. *Norske domstoler, rettsgebyr og kostnader*.
- <https://www.howtocrackanut.com/blog/2017/11/9/important-efta-case-on-procurement-damages-was-the-court-of-one-mind-e-1616?rq=Fosen-linjen>.
- <https://www.kkv.fi/kilpailuasiat/hankintojen-valvonta/kkvn-valvontatehtavan-tausta/>. *Tillsyn över offentlig upphandling före tillsynen vid KKV*.
- <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/metoder-for-att-ingripa-i-lagstridiga-upphandlingar/>. *Metoder för att ingripa i lagstridiga upphandlingar*.
- <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/>.
- <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/>. *Tillsyn över offentlig upphandling*.
- <https://www.kkv.fi/sv/konkurrensarenden/tillsyn-over-offentlig-upphandling/tillsyn-over-offentlig-upphandling/#vad-overvakar-kkv-inte-och-nar-kan-kkv-inte-ingripa-i-problem>.
- <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/innkomne-avgjorte-saker?search=&status=Avgjort&widget=single&searchsort=1>. *Klagenemndssekretariatet – alle saker*.
- <https://www.klagenemndssekretariatet.no/klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser-kofa/statistikk>. *Klagenemnda for offentlige anskaffelser – statistikk*.
- <https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/markkinaoikeus/markkinaoikeudenesity.html>. *Markedsdomstolen i Finland*.
- <https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/markkinaoikeus/markkinaoikeudenesity.html#>.
- https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/anvisningarinforrattegangen_1/upphandlingsarenden.html. *Upphandlingsärenden*.
- https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/anvisningarinforrattegangen_1/upphandlingsarenden.html#.
- https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/anvisningarinforrattegangen_1/upphandlingsarenden.htmlhttps://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/anvisningarinforrattegangen_1/upphandlingsarenden.html.
- <https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/rattegangsavgift.html>.
- <https://www.markkinaoikeus.fi/sv/index/oikeudenkayntiohjeet/rattegangsavgift.html>. *Rättegångsavgift*.
- <https://www.nho.no/tema/sma-og-mellomstore-bedrifter/artikler/sma-og-mellomstore-bedrifter-smb/>. *NHO – Fakta om små og mellomstore bedrifter (SMB)*.
- <https://nsm.no/regelverk-og-hjelp/rad-og-anbefalinger/grunnleggende-nasjonale-funksjoner-gnf/grunnleggende-nasjonale-funksjoner/oversikt-over-innmeldte-grunnleggende-nasjonale-funksjoner/>. (2023). N. sikkerhetsmyndighet. Oversikt over innmeldte nasjonale funksjoner
- <https://naevneneshus.dk/sagsbehandlingstider/historisk-sagsbehandlingstid/>. *Nævnenes hus – historisk saksbehandlingstid*.
- <https://www.nkrf.no/nyheter/2021/01/01/sammen-styrker-vi-offentlig-revisjon> Per-Kristian Foss. Sammen styrker vi offentlig revisjon. Hentet 01.03.2024
- <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-transparency/>. OECD BEPS Tax Transparency.
- <https://www.regjeringen.no/contentassets/871f5a2c6fd645dd8f9eb4d871bd7670/oppdrag-arbeidsgruppe.pdf>. *Mandat for «Arbeidsgruppe som skal foreslå en modell for enklere tilgang til opplysninger om eierskap til aksjer»*.
- <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/norge-vil-innfore-regler-om-skattlegging-av-multinasjonale-konsern/id3015877/>. *Norge vil innføre regler om skattlegging av multinasjonale konsern*.

- <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/nov/forslag-til-offentlig-land-for-land-rapportering-for-skatteformal/id2525236/>. EØS-notatbasen – Forslag til offentlig land-for-land-rapportering for skatteformål.
- https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/Eksportkontroll/sanksjoner-og-tiltak1/sanksjoner_aggresjon/id2905102/. Sanksjoner som svar på Russlands militære aggresjon mot Ukraina – veileder for næringslivet.
- <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-foreslar-at-flere-aktorer-gis-tilgang-til-opplysninger-i-register-over-reelle-rettighetshavere/id3032785/>
- <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-medlemmer-i-klagenemnda-for-offentlige-anskaffelser/id2985414/>
- <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser/forste-kolonne/regelverk-og-skjemaer-liste-side/fritak-forsyningssektorene/id2518878/> – Oversikt over vedtak om fritak for visse aktiviteter innen forsyningssektorene. Hentet 30.01.2024 fra
- <https://www.sanctionsmap.eu/#/main>. EU Sanctions Map.
- <https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/rapportering-og-bransjer/bransjer-med-egne-regler/internprising/land-for-land-rapportering/om-land-for-land-rapportering/>. Om land-for-land-rapportering.
- <https://www.skatteetaten.no/deling/aksjonarregisteret/>. Aksjonærregisteret, Skattedirektoratet.
- [https://www.stjornarradid.is/gogn/urskurdir-og-alit-/\\$LisasticSearch/Search/?SortByDate=True&Committee=K%C3%A6runefnd+%C3%BAto%C3%B0sm%C3%A1la](https://www.stjornarradid.is/gogn/urskurdir-og-alit-/$LisasticSearch/Search/?SortByDate=True&Committee=K%C3%A6runefnd+%C3%BAto%C3%B0sm%C3%A1la). Úrskurðir og álit.
- <https://www.stjornarradid.is/raduneyti/nefndir/nanar-um-nefnd/?itemid=e219adb9-4214-11e7-941a-005056bc530c>. Kæruneftnd útboðsmála.
- <https://www.taxobservatory.eu/publication/global-tax-evasion-report-2024/>. Global Tax Evasion Report 2024.
- <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/upphandlingsstatistik/statistik-om-annonserade-upphandlingar-i-sverige-2022/48-anbud-per-upphandling-2022/>.
- Arnesen og Haukeland Frederiksen, Erstatningsansvar ved brudd på anskaffelsesreglene – etter EFTA-domstolens tolkningsuttalelse i Fosen-Linjen – (2018). Tidsskrift for forretningsjus, Vol.23, Utg.3-4.
- Arrowsmith, S. (2005). The Law of Public and Utilities Procurement (2. utg., Bd. 1). Sweet & Maxwell.
- Arrowsmith, S. (2014). The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK (3. utg., Bd. 1). Sweet & Maxwell.
- Arrowsmith og Craven – Public procurement and access to justice: a legal and empirical study of the UK system. (2016). Public Procurement Law Review, 6.
- Arrowsmith, S. (2018). The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK (3. utg., Bd. 2). Sweet & Maxwell.
- Berg, C. (2012). Udbudsret i byggeriet. Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Bergman, M. (2022). Upphandlingstillsynens konsekvenser för regelefterlevnad.
- Caranta. (2021). Article 1 Subject-matter and scope, Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentart on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.
- Den Europæiske Revisionsret – Særberetning om Offentlige Udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, (2023). Særberetning om Offentlige Udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser i de ti år frem til 2021. https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-28/SR-2023-28_DA.pdf
- Dragsten og Esther Lindalen. (2005). Offentlige anskaffelser (Bd. I).
- Dragsten. (2013). Offentlige anskaffelser – Regelverk praksis og løsninger, Universitetsforlaget.
- Dragsten, M. (2019). Anskaffelsesforskriften, kommentarutgave. Universitetsforlaget.
- Dragsten, M. (2020). Anskaffelsesloven : lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser: med forskrift: kommentarutgave. Universitetsforlaget.
- Ekre, Goller (2020). Erstatning for positiv kontraktsinteresse ved brudd på anskaffelsesreglene.
- Ekre mfl. «note 8 til 24-8» Karnov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 17. februar 2023.

Litteratur

Asplund m.fl. (2012). Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF. Jure Förlag.

- Ekre mfl. «note 14 til § 25-1» Karnov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 16. februar 2023.
- Ekre mfl. «note til § 4» Karnov lovkommentar: Anskaffelsesloven 2016 på Lovdata.no – sist revidert 23. august 2023.
- Ellehauge, M. (2013). Erfaringer med håndhevelsen af EU's udbudsregler. Ugeskrift for retsvæsen, avdeling B, U.2013B.241.
- Fabricius, J. (2017). Offentlige indkøb i praksis (4. utg.). Karnow Group.
- Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad & Ole-Andreas Rognstad. (2022). Oversikt over EØS-retten (1. utgave. utg.).
- Friton og Zöll. (2021). Article 57 Exclusion grounds, Robert Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentart on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.
- Giertsen, J. (2021). Avtaler (4. utgave. utg.).
- Graver – «Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser». (2005). Tidsskrift for forretningsjus.
- Goller med flere. (2014). Anskaffelsesrett i et nøtteskall, Gyldendal Juridisk.
- Gomes. (2021). Article 83 Enforcement, European Public Procurement – Commentart on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing 2021.
- Halonen, K.-M. (2015). The liability of a contracting authority for an infringement of public procurement rules leading to contractual ineffectiveness – a Finnish approach. Upphandlingsrättslig tidskrift (UrT) 2015 (no 3), 227 til 245. <https://ssrn.com/abstract=2769838>
- Haukeland Fredriksen – Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen. (2013). Fagbokforlaget.
- Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg – Årsaksspørsmål ved krav om erstatning for tapt fortjeneste i anskaffelsessaker. (2018). Tidsskrift for Rettsvitenskap.
- Haukeland Fredriksen & Gjermund Mathisen. (2022). EØS-rett (Bd. 4). Fagbokforlaget.
- Holum Karlstrøm, Dragsten og Sørensen. (2023). Forsyningsforskriften. Lovkommentar. Juridika. (2022).
- Høegh, K. & Thorup, K. (2016). Standstill og opsættende virkning inden for udbudsretten – endnu en gang. Ugeskrift for retsvæsen, avdeling B, U.2016B.403.
- Ignacio, H. A., Linda, M. & Strømsnes Kristian. (2018). Service Concessions. Directive 2014/23 on the Award of Concession Contracts. A Comparative Study of its Transposition into Norwegian Law.
- Midtun, L. (2023). Avvikende og uklare tilbud i konkurranser om offentlige kontrakter. Cappelen Damm Akademisk.
- Poulsen, S. T., Jakobsen, P. S. & Kalsmose-Hjelmborg, S. E. (2012). EU Udbudsretten (2. utg.). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Risvig Hamer – Grundlæggende udbudsret. (2016).
- Risvig Hamer, C. (2020). Lov om klagenævnet for Udbud med kommentarer (2. utg.). Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Sanchez-Graells, A. (2012). What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance? European Public Private Partnerships Law Review, Forthcomming, (2), 94-101. <https://ssrn.com/abstract=2101712>
- Stenvik og Hagstrøm. (2015). Erstatningsrett (Bd. 2. utgave). Universitetsforlaget.
- Vikanes – «note til 9-1» Karnov lovkommentar: Sikkerhetsloven på Lovdata.no – sist revidert 31. oktober 2023. I.
- Ullebust – «Krav- skal-krav- minstekrav- absolutte krav – bør kjært barn ha så mange navn. (2020). I Offentlige kontrakter. Gyldendal Norsk Forlag.
- Strømsnes, K. (2021). Anskaffelsesrettslig «uten virkning» – vilkår for og virkninger av at en kontrakt etter en offentlig anskaffelse kjennes «uten virkning». Cappelen Damm Akademisk.
- Strømsnes, K. (2024). Er forbudet mot midlertidig forføyning mot en ulovlig direkte anskaffelse EØS-stridig? Nr. 4 2024 63. årgang, 251 til 268.
- Thue, A. (2018). Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: med kommentarer (2. utg.). Gyldendal.
- Treumer, S. & Fejø, J. (2006). EUs Udbudsregler – implementering og håndhevelse i Norden. Djøf Forlag.
- Hagstrøm. (2021). Obligasjonsrett (Bd. 3. utgave). Universitetsforlaget.

Vedlegg 1

Gjennomføringstabell

Tabell 1.1 Håndhevingsdirektivet for klassisk sektor

Rådsdirektiv 89/665/EØF		Foreslått gjennomføring i ny lov om offentlige anskaffelser
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 1	Nr. 1 fjerde avsnitt	§ 25-1
Art. 1	Nr. 3	§ 25-5
Art. 2	Nr. 1 bokstav a	§ 25-2 andre ledd
	Nr. 1 bokstav b	§ 25-2 andre ledd
	Nr. 1 bokstav c	§ 25-2 fjerde ledd og §§ 28-1 og 2.
Art. 2	Nr. 2	§ 25-2 og § 25-3
Art. 2a		§ 26-1
Art. 2b		§ 26-2
Art. 2c		-
Art. 2d	Nr. 1	§ 27-1
	Nr. 2	§ 27-1
	Nr. 3	§ 27-2 jf. også § 27-4
	Nr. 4	§ 27-3
	Nr. 5	§ 27-3
Art. 2e		§ 27-4
Art. 2f		§ 27-5 fjerde ledd
Art. 3a		§ 27-3 første ledd andre punktum bokstavene a til d.

Tabell 1.2 Håndhevingsdirektivet for forsyningssektorene

Rådsdirektiv 92/13/EØF		Foreslått gjennomføring i ny lov om offentlige anskaffelser
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 1	Nr. 1 fjerde avsnitt	§ 25-1
Art. 1	Nr. 3	§ 25-5
Art. 2	Nr. 1 bokstav a	§ 25-2 andre ledd
	Nr. 1 bokstav b	§ 25-2 andre ledd
	Nr. 1 bokstav c	-
	Nr. 1 bokstav d	§ 25-2 fjerde ledd og §§ 28-1 og 2.
Art. 2	Nr. 2	§ 25-2 og § 25-3
	Nr. 7	§ 28-1 første ledd bokstav a
Art. 2a		§ 26-1
Art. 2b		§ 26-2
Art. 2c		-
Art. 2d	Nr. 1	§ 27-1
	Nr. 2	§ 27-1
	Nr. 3	§ 27-2 jf. også § 27-4
	Nr. 4	§ 27-3
	Nr. 5	§ 27-3
Art. 2e		§ 27-4
Art. 2f		§ 27-5 fjerde ledd
Art. 3a		§ 27-3 første ledd andre punktum bokstavene a til d.

Tabell 1.3 Anskaffelsesdirektivet

Direktiv 24/2014 (EU)		Foreslått gjennomføring i ny lov om offentlige anskaffelser
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Artikkel 57	Nr. 1 første avsnitt	§ 16-3
	Nr. 1 andre avsnitt	§ 16-6 første ledd
	Nr. 2	§ 16-2
	Nr. 3	§§ 16-2 fjerde ledd og 16-3 andre ledd
	Nr. 4 bokstav a	§ 16-5 bokstav a
	Nr. 4 bokstav b	§ 16-5 bokstav b
	Nr. 4 bokstav c	§ 16- 5 bokstav c
	Nr. 4 bokstav d	§ 16-5 bokstav d
	Nr. 4 bokstav e	§ 16-4 første ledd
	Nr. 4 bokstav f	§ 16-4 andre ledd
	Nr. 4 bokstav g	§ 16-5 bokstav e
	Nr. 4 bokstav h	§ 16-5 bokstav f
	Nr. 4 bokstav i	§ 16- bokstav g
	Nr. 4 andre avsnitt	Ikke gjennomført
	Nr. 5	§ 16-13
	Nr. 6	§ 16-7
	Nr. 7	§ 16-3 tredje ledd og § 16-5 andre ledd
Artikkel 58	Nr. 4 andre avsnitt	§ 16-10
Artikkel 60	Nr. 2	§ 16-9
Artikkel 69	Nr. 3	§ 16-11
	Nr. 4	§ 33-1
Artikkel 83	Nr. 1 til 5	N/A
	Nr. 6	§ 1-6 andre og tredje ledd

Tabell 1.4 Konsesjonskontraktdirektivet

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om konsesjonskontrakter
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 1	Nr. 1	§ 4-1
	Nr. 2	§ 1-3
	Nr. 3	Krever ikke gjennomføring
	Nr. 4	Krever ikke gjennomføring
Art. 2	Nr. 1	Krever ikke gjennomføring
	Nr. 2	Krever ikke gjennomføring
Art. 3	Nr. 1	§§ 1-9 og 4-2
	Nr. 2	§§ 4-2 og 10-1
Art. 4	Nr. 1	
	Nr.2	Krever ikke gjennomføring
Art. 5	Nr. 1	§ 1-2
	Nr. 2 -13	§ 5-1
Art. 6	Nr. 1	§ 1-3
	Nr. 2	§ 1-3
	Nr. 3	§ 1-3
	Nr. 4	§ 1-3
Art. 7	Nr. 1	§ 1-3
	Nr. 2	§ 1-3
	Nr. 3	§ 1-3
	Nr. 4	§ 1-3 ¹
Art. 8	Nr.1	§ 6-1
	Nr.2	§ 6-2
	Nr.3	§ 6-3
	Nr.4	§ 6-2
	Nr.5	§ 6-4
	Nr.6	§ 6-4
Art. 9		Krever ikke gjennomføring
Art. 10	Nr. 1	§ 7-1
	Nr. 2	§ 7-1
	Nr. 3	§ 7-2
	Nr. 4	§ 7-3
	Nr. 5	§ 7-4
	Nr. 6	§ 7-4

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om konsesjonskontrakter
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
	Nr. 7	§ 7-5
	Nr.8	§ 7-6 (bortsett fra bokstav h i direktivet)
Art. 10	Nr. 9	§ 7-7
Art. 10	Nr. 10	§ 7-8
Art. 12	Nr. 1	§ 7-9
	Nr. 2	§ 7-9
Art. 13	Nr. 1	§7-16
	Nr. 2	§7-16
	Nr. 3	§ 7-16
	Nr. 4	§ 7-16
	Nr.5	§ 7-16
	Nr.6	§ 7-16
Art. 14		§ 7-17
Art .15		Anskaffelsesloven § 33-1
Art. 16		§ 7-11
Art 17	Nr. 1	§ 7-12
	Nr. 2	§ 7-12
	Nr. 3	§ 7-13
	Nr. 4	§ 7-14
	Nr. 5	§ 7-15
Art. 18	Nr. 1	§ 8-1
	Nr. 2	§ 8-1
Art. 19	Nr. 1	§ 8-2
Art. 20	Nr. 1	§ 8-4
	Nr.2	§ 8-5
	Nr.3	§ 8-6
	Nr. 4	§ 8-7
	Nr.5	§ 8-8
Art. 21	Nr. 1	§ 8-9
	Nr. 2	§ 8-9
	Nr. 3	§ 8-9
Art. 22	Nr. 1	§ 8-10
	Nr. 2	§ 8-10
	Nr. 3	§ 8-10

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om konsesjonskontrakter
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 23	Nr. 1	§ 8-11
	Nr. 2	§ 8-11
Art. 24		§ 9-1
Art. 25		§ 9-2
Art. 26	Nr. 1	§ 9-3
	Nr. 2	§ 9-4
	Nr. 3	§ 9-4
Art. 27		§ 9-5
Art. 28	Nr. 1	§ 1-6, første ledd
	Nr. 2	§ 1-6, andre ledd
Art. 29	Nr. 1	§ 9-6
	Nr. 2	§ 9-6
Art. 30	Nr. 1	§10-1
	Nr. 2	§ 10-11
	Nr. 3	§ 12-11 bokstav b
	Nr. 4	Krever ikke gjennomføring
Art. 31	Nr. 1	§ 10-2
	Nr. 2	§ 10-2
	Nr. 3	§ 10-2
	Nr. 4	§ 10-3
	Nr. 5	§ 10-4
Art. 32		§ 10-5
Art. 33	Nr. 1	§ 10-6
	Nr. 2	§ 10-6
	Nr. 3	§ 10-6
	Nr. 4	§ 10-7
Art. 34	Nr. 1	§ 10-8
	Nr. 2	§ 10-8
	Nr. 3	§ 10-8
Art. 35		§ 1-8
Art. 36	Nr. 1	§ 11-1
	Nr. 2	§ 11-1
	Nr. 3	§ 11-1

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om konsesjonskontrakter
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 37	Nr. 1	§ 11-2
	Nr.2	§ 11-2
	Nr. 3	§ 11-2
	Nr. 4	§ 11-2
	Nr. 5	§ 11-2
	Nr. 6	§ 11-2
Art.38	Nr.1	§ 11-3
	Nr. 2	§ 11-4
	Nr. 3	§ 11-4
	Nr. 4 bokstav a til f og andre avsnitt, tredje avsnitt	§ 12-3, første og andre ledd
	Nr. 5	§ 12-2, første til fjerde ledd
	Nr. 6	§§ 12-2, femte ledd og 12-3 tredje ledd
	Nr. 7	§ 12-5, første ledd
	Nr. 7	§§ 12-4, første ledd og 12-6, første ledd
	Nr. 8	§ 12-12, første ledd
	Nr. 9	§ 12-7
	Nr. 10	§§ 12-3, fjerde ledd og 12-5, andre ledd
Art. 39	Nr.1	§ 11-5
	Nr. 2	§ 11-5
	Nr. 3	§§ 11-6 og 11-7
	Nr. 4	§ 11-7
	Nr. 5	§ 11-7
Art. 40	Nr. 1	§§ 11-8 og 11-9
	Nr. 2	§ 11-10
Art. 41	Nr. 1 til 3 første avsnitt	§ 11-1
	Nr. 3 andre avsnitt	§ 11-2
Art. 42	Nr. 1	§ 13-1
	Nr. 2	§ 13-1
	Nr. 3	§ 13-1
	Nr. 4	§ 13-1
Art. 43	Nr. 1	§§ 13-3 og 13-4 og 13-5
	Nr. 2	§ 13-6
	Nr. 3	§§ 13-5, fjerde ledd og 13-6, tredje ledd
	Nr. 4	§13-2

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om konsesjonskontrakter
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
	Nr. 5	§§ 13 -5, første ledd og 13-6, første ledd
Art. 44		§ 13-4
Art. 45		Krever ikke gjennomføring
Art. 46		§ 16-1
Art. 47		§ 16-1

¹ Definisjonen av offentlig foretak er omtalt i spesialmerknaden til § 1-3.

Tabell 1.5 Forsyningsdirektivet

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 1	Nr. 1	§ 1-2
	Nr. 2	§ 1-3
Art. 2		§ 4-2 ¹
	Punkt 12 andre avsnitt første punkt	§ 4-10
Art. 3		§ 1-3 første ledd
Art. 4		§ 1-3 andre ledd
Art. 5	Nr. 1	§ 5-1
	Nr. 2	§ 5-2
	Nr. 3	§ 5-3
	Nr. 4	§ 5-4
	Nr. 5	§ 5-5
Art. 6		§ 5-6
Art. 7		Innarbeidet i relevante best.
Art. 8		§ 4-3
Art. 9		§ 4-4
Art. 10		§ 4-5
Art. 11		§ 4-6
Art. 12		§ 4-7
Art. 13		§ 4-8
Art. 14		§ 4-9
Art. 15		§ 6-1
Art. 16	Nr. 1 til 4	§ 6-2
	Nr. 5 til 10	§ 6-3
	Nr. 11	§ 6-4
	Nr. 12	§ 6-5
	Nr. 13 til 14	§ 6-6
Art. 17		Krever ikke gjennomføring
Art. 18	Nr. 1	§ 7-1
	Nr. 2	Anskaffelsesloven § 33-1
Art. 19	Nr. 1	§ 7-2
	Nr. 2	Anskaffelsesloven § 33-1
Art. 20		§ 7-3

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 21		§ 7-4
Art. 22		§ 7-5
Art. 23		§ 7-6
Art. 24		§ 8-1
Art. 25	Nr. 1	§ 8-2
	Nr. 2 første og andre avsnitt	§ 8-2
	Nr. 2 tredje og fjerde avsnitt	§ 8-3
	Nr. 3	§ 8-3
	Nr. 4	§ 8-4
Art. 26	Nr. 1	§ 8-2
	Nr. 2	§ 8-3
Art. 27		§ 7-3
Art. 28	Nr. 1	§ 9-1
	Nr. 1 bokstav c	§ 9-1 ²
	Nr. 2	§ 9-1
	Nr. 3	§ 9-2
	Nr. 4	§ 9-3
	Nr. 5	§ 9-4
Art. 29		§ 9-5
Art. 30		§ 9-6
Art. 31		Anskaffelsesloven § 33-1
Art. 32		§ 9-7
Art. 33		Krever ikke gjennomføring
Art. 34		§ 7-7
Art. 35		§ 7-7
Art. 36	Nr. 1 første setning	§ 10-1
	Nr. 1 andre setning	§ 1-9
	Nr. 2	Kapittel 2
Art. 37	Nr. 1	§ 10-2
	Nr. 2 til 3	§ 10-3
Art. 38		§ 10-4
Art. 39		§ 1-7
Art. 40	Nr. 1 første avsnitt første punkt	§ 10-5 (1)
	Nr. 1 første avsnitt andre punkt	§ 10-6 (1)

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
	Nr. 1 andre avsnitt	§ 10-8 (1)
	Nr. 1 tredje avsnitt	§ 10-8 (4)
	Nr. 1 fjerde avsnitt	§ 10-8 (3)
	Nr. 1 femte avsnitt	§ 26-1 (1) bokstav f
	Nr. 2	§ 10-5 (2)
	Nr. 3	§ 10-7
	Nr. 4	Krever ikke gjennomføring
	Nr. 5	§ 10-6 (3)
	Nr. 6 bokstav a	§ 10-6 (2)
	Nr. 6 bokstav b	§ 10-9 (2)
	Nr. 6 bokstav c	§ 10-9 (1), (3), (4)
	Nr. 7	Krever ikke gjennomføring
Art. 41		§ 10-10
Art. 42		§ 1-8
Art. 43		§ 1-5
Art. 44	Nr. 1 til 3	§ 11-1
	Nr. 4 bokstav a og c	§ 11-2
	Nr. 4 bokstav b	§15-3 (3)
	Nr. 5	§ 11-1
Art. 45	Nr. 1	§ 11-3
	Nr. 2 til 4	§ 11-4
Art. 46	Nr. 1 første avsnitt	§ 11-5 (1)
	Nr. 1 andre avsnitt	§ 11-6 (1)
	Nr. 2 første avsnitt	§ 11-5 (2) og (3)
	Nr. 2 andre og tredje avsnitt	§ 11-6 (2)
Art. 47	Nr. 1 første avsnitt	§ 11-7 (1)
	Nr. 1 andre avsnitt	§ 11-8
	Nr. 2 første avsnitt	§ 11-7 (2) og (3)
	Nr. 2 andre og tredje avsnitt	§ 11-8
Art. 48	Nr. 1	§§ 11-9 og 11-10
	Nr. 2	§ 11-11
	Nr. 3	§ 11-12
	Nr. 4	§ 11-13
	Nr. 5 til 7	§ 11-14

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
	Nr. 8	§ 11-11 (2) bokstav d
Art. 49	Nr. 1	§ 11-15
	Nr. 2 første avsnitt	§ 11-19
	Nr. 2 andre og tredje avsnitt	§ 11-18
	Nr. 3	§ 11-16
	Nr. 4	§ 11-16 (2) til (4)
	Nr. 5	§ 11-17
	Nr. 6 første avsnitt	§ 11-15 fjerde ledd bokstav c
	Nr. 6 andre avsnitt	§§ 11-15 og 11-16
	Nr. 6 tredje avsnitt, første setning	§ 11-15 fjerde ledd bokstav e
	Nr. 6 tredje avsnitt, andre og tredje setning	§ 11-6 tredje ledd
	Nr. 7	§ 11-18 tredje ledd
Art. 50	Første ledd bokstav a til d	§ 11-20
	Første ledd bokstav e, g, h og i	§ 11-21
	Første ledd bokstav f	§ 11-23
	Første ledd bokstav j	§ 11-22
Art. 51		§ 12-1
Art. 52	Nr. 1	§ 12-2
	Nr. 2 første avsnitt	§ 12-3 (1)
	Nr. 2 andre avsnitt	§ 12-4 (2), § 12-5 (3)
	Nr. 3	§ 12-2 (3)
	Nr. 4	§ 12-3 (2), (4)
	Nr. 5 første avsnitt	§ 12-4 tredje og femte ledd
	Nr. 5 andre avsnitt	§ 12-4 fjerde ledd
	Nr. 6	§ 12-5
	Nr. 7	§ 12-5 (6)
	Nr. 8	§ 12-3 (3)
	Nr. 9	§ 12-2 (5)
Art. 53	Nr. 1 første og andre avsnitt	§ 12-7 (1)
	Nr. 1 tredje avsnitt	§ 12-6 (2)
	Nr. 2	§ 12-6 (1), (3)
	Nr. 3	§ 12-7 (2)
	Nr. 4	§ 12-7 (3)

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
	Nr. 5 første avsnitt	§ 12-7 (4)
	Nr. 5 andre til femte avsnitt	§ 12-8 (1), (3)
	Nr. 6	§ 12-8 (2)
	Nr. 7	§ 12-8 (4)
	Nr. 8	§ 12-9 (1), (2)
	Nr. 9	§ 12-9 (3)
Art. 54		§ 12-10
Art. 55		§ 12-11
Art. 56		§ 12-12
Art. 57		§ 12-13
Art. 58		§ 13-1
Art. 59		§ 13-2
Art. 60	Nr. 1 første avsnitt	§ 14-1 (1) og (4)
	Nr. 1 andre avsnitt	§ 14-1 (2)
	Nr. 1 tredje avsnitt	§ 14-1 (3)
	Nr. 1 fjerde avsnitt	§ 14-2
	Nr. 1 femte avsnitt	§ 14-2
	Nr. 2	§ 14-3 (1)
	Nr. 3 bokstav a	§ 14-3 (2) bokstav a
	Nr. 3 bokstav b	§ 14-3 (2) bokstav b
	Nr. 3 bokstav c og d	§ 14-3 (2) bokstav c
	Nr. 4	§ 14-5
	Nr. 5	§ 14-4 (2)
	Nr. 6	§ 14-4 (1)
Art. 61	Nr. 1 første avsnitt bokstav a	§ 14-6 (1) bokstav a
	Nr. 1 første avsnitt bokstav b	§ 14-6 (1) bokstav b
	Nr. 1 første avsnitt bokstav c	§ 14-6 (1) bokstav c
	Nr. 1 første avsnitt bokstav d	§ 14-6 (1) bokstav d
	Nr. 1 første avsnitt bokstav e	§ 14-6 (1) bokstav e
	Nr. 1 andre avsnitt	§ 14-6 (3)
	Nr. 1 tredje avsnitt	§ 14-7 (1)
	Nr. 1 fjerde avsnitt	§ 14-7 (2)
	Nr. 2	§ 14-6 (2)
Art. 62	Nr. 1 første avsnitt	§ 14-8 (1) første setning.

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
	Nr. 1 andre avsnitt	§ 14-8 (2)
	Nr. 1 tredje avsnitt	§ 14-8 (1) andre setning.
	Nr. 2	§ 14-8 (3)
	Nr. 3	Krever ikke gjennomføring.
Art. 63		§ 14-9
Art. 64		§ 14-10
Art. 65		§ 14-11
Art. 66		§ 14-12
Art. 67	Nr. 1	§ 15-1
	Nr. 2	§ 15-2
Art. 68		§ 15-3 (1) og (2)
Art. 69		§ 15-4
Art. 70		§ 15-5
Art. 71		§ 15-6
Art. 72		§ 15-7
Art. 73		§ 15-8
Art. 74		§ 15-9
Art. 75	Nr. 1	§ 15-10
	Nr. 2	§ 15-11
	Nr. 3	§ 15-12
	Nr. 4	§ 19-2 (1)
	Nr. 5	§ 19-2 (2)
	Nr. 6	§ 19-2 (4)
Art. 76	Nr. 1 bokstav a	§ 17-9 (1)
	Nr. 1 bokstav b	§ 18-3
	Nr. 1 bokstav c	§ 18-3
	Nr. 2 og 3	§ 19-3 (3)
	Nr. 4	§ 16-2
	Nr. 5 til 7	§ 16-1
Art. 77	Nr. 1 til 3	§ 19-1
	Nr. 4	§ 19-2 (3)
	Nr. 5	§ 19-3 (1) og (2)
	Nr. 6	§ 19-2 (5)
Art. 78	Nr. 1	§ 18-1 (1)

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
	Nr. 2	§ 18-3 (§ 18-5?)
Art. 79	Nr. 1 og 2	§ 18-4
	Nr. 3	§ 18-5
Art. 80	Nr. 1	§ 18-1 (2)
	Nr. 2	§ 18-1 (2)
	Nr. 3	§ 18-1 (3)
Art. 81		§ 18-2
Art. 82	Nr. 1 og nr. 2 første punkt	§ 20-1
	Nr. 2	§ 20-2
	Nr. 3	§ 20-3
	Nr. 4	§ 20-4
	Nr. 5	§ 20-2 (3)
Art. 83		§ 20-5
Art. 84	Nr. 1 og 2	§ 20-6
	Nr. 3	§ 17-10
	Nr. 4	Anskaffelsesloven § 33-1
	Nr. 5	Krever ikke gjennomføring.
Art. 85		Ikke EØS-relevant
Art. 86		Ikke EØS-relevant
Art. 87		§ 21-1
Art. 88		§ 21-2
Art. 89	nr. 1 første ledd bokstav a	§ 22-2
	nr. 1 første ledd bokstav b og c	§ 22-4
	nr. 1 andre ledd	§ 22-4
	nr. 1 første ledd bokstav d	§ 22-3
	nr. 1 første ledd bokstav e	§ 22-1
	nr. 2 og nr. 3	§ 22-5
	nr. 4 og nr. 5	§ 22-1
Art. 90		§ 23-1
Art. 91		§ 24-1
Art. 92		§ 24-2
Art. 93		§ 24-3
Art. 94		§ 24-4
Art. 95		§ 25-1

Direktiv		Foreslått gjennomføring i ny lov om anskaffelser i forsyningssektorene
Artikkel	Nr./Bokstav	Paragraf
Art. 96		§ 25-2
Art. 97	nr. 1 til nr. 3	§ 25-3
	Nr. 4	§ 25-4
Art. 98		§ 25-5
Art. 99	Nr. 1 til nr. 5	Bestemmelsene om håndheving i anskaffelsesloven
	Nr. 6	§ 1-6 (2) og (3)
Art. 100	Nr. 1	§ 26-1
	Nr. 2	§ 26-2
	Nr. 3	Anskaffelsesloven § 33-1

¹ Enkelte definisjoner er valgt ut

² Unntaket for ikke-kontrollerende og ikke-blokkerende privat kapital i henhold til nasjonal lovgivning er ikke foreslått gjennomført, ikke relevant i Norge. Det samme gjelder for § 7-7.

=====

Norges offentlige utredninger

2023

Arbeids- og inkluderingsdepartementet:

NOU 2023: 11 Raskt og riktig

NOU 2023: 12 Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2023

Barne- og familiedepartementet:

NOU 2023: 7 Trygg barndom, sikker fremtid

NOU 2023: 24 Med barnet hele vegen

Finansdepartementet:

NOU 2023: 6 Finanstilsynet i en ny tid – ny lov om
Finanstilsynet

NOU 2023: 15 Bærekraftsrapportering

NOU 2023: 30 Utfordringer for lønnsdannelsen
og norsk økonomi

Forsvarsdepartementet:

NOU 2023: 14 Forsvarskommisjonen av 2021

Helse- og omsorgsdepartementet:

NOU 2023: 2 Fremtidens apotek – fleksibelt og
forsvarlig

NOU 2023: 4 Tid for handling

NOU 2023: 5 Den store forskjellen

NOU 2023: 8 Fellesskapets sykehus

NOU 2023: 29 Abort i Norge

Justis- og beredskapsdepartementet:

NOU 2023: 17 Nå er det alvor

Klima- og miljødepartementet:

NOU 2023: 18 Genteknologi i en bærekraftig fremtid

NOU 2023: 25 Omstilling til lavutslipp

Kommunal- og distriktsdepartementet:

NOU 2023: 9 Generalistkommunesystemet

NOU 2023: 21 Embetsordningen – i takt med tiden

Kultur- og likestillingsdepartementet:

NOU 2023: 13 På høy tid

NOU 2023: 20 Tegnspråk for livet

Kunnskapsdepartementet:

NOU 2023: 1 Kvalitetsvurdering og kvalitetsutvikling
i skolen

NOU 2023: 19 Læring, hvor ble det av deg i alt
mylderet?

NOU 2023: 27 Et nytt system for kvalitetsutvikling

Nærings- og fiskeridepartementet:

NOU 2023: 10 Leve og oppleve

NOU 2023: 23 Helhetlig forvaltning av

akvakultur for bærekraftig verdiskaping

NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser

– Første delutredning

NOU 2023: 28 Investeringskontroll

Olje- og energidepartementet:

NOU 2023: 3 Mer av alt – raskere

Samferdselsdepartementet:

NOU 2023: 22 På vei mot en bedre regulert

drosjenæring

Statsministerens kontor:

NOU 2023: 16 Evaluering av pandemihåndteringen

Bestilling av publikasjoner

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
publikasjoner.dep.no
Telefon: 22 24 00 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Forsideillustrasjon: Konsis AS

Trykk: Departementenes sikkerhets- og
serviceorganisasjon – 05/2024