



Ny lov om offentlige anskaffelser

Beatrice Dankertsen Hennyng , KS Advokatene

Mandat

NOU

Norges offentlige utredninger 2023: 26

Ny lov om offentlige anskaffelser

Første delutredning



Lovutvalg som skal revidere anskaffelsesregelverket

Utvalget skal foreslå forenkling av regelverkets struktur, forenkling av innholdet i regelverket og forenkling og tydeliggjøring av bestemmelsene om samfunnshensyn.

Utvalget skal også foreslå endringer på mer avgrensede områder i regelverket.

Anskaffelsesutvalget

- Halvard Haukeland Fredriksen, professor i rettsvitenskap ved UiB, Bergen
- Malin Arve, professor i økonomi ved NHH, Bergen
- Marianne Breiland, statsviter, LO, Oslo
- Arnhild Dordi Gjønnnes, advokat i NHO, Oslo
- Mads Greaker, professor i økonomi ved OsloMet, Oslo
- Jon Reidar Gresseth, advokat, Arntzen de Besche, Trondheim
- Beatrice Dankertsen Hennyng, advokat, KS, Oslo
- Kjersti Holum Karlstrøm, advokat, SANDS, Tromsø
- Svein Terje Tveit, advokat, Arntzen de Besche, Oslo



Overordnede grep



En ny samlet struktur for regelverket

- Utvalget har bl.a. foreslått:
 - Direktivnær gjennomføring av EØS-retten
 - Forenkling av reglene under EØS-terskelverdi
 - Nye regler for bygge- og anleggsanskaffelser
 - Innføring av begrepet «grensekryssende interesse» under terskelverdi
 - Tydeliggjøring av reglene om samfunnshensyn
 - Enda mer spisset miljøbestemmelse

Noen prosessuelle hovedgrep



Ny anskaffelseslov

+ 3 nye lover for forsyning, konsesjon og FOSA

Enkelte forskrifter av mer teknisk karakter



Innslagspunktet for regelverket foreslås hevet til kr 300 000,-

Behovet for å unnta de minste anskaffelsene må sees i sammenheng med reglene for anskaffelser under EØS-terskelverdi



Dagens del II er foreslått fjernet

Forenklede regler for anskaffelser under EØS-terskelverdi



De [grunnleggende] prinsippene skal bare gjelde over EØS-terskelverdi

Hindre «nedfallsproblematikk»

Formålsbestemmelsen og samfunnshensyn



Ny formålsbestemmelse – § 1-1

(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.

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

Samfunnshensyn - kapittel 2

§2-1 Plikt til å ta samfunnshensyn og ha rutiner

(1) Oppdragsgiver skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene nevnt i §1-1 ivaretas.

(2) Oppdragsgiver skal ha oppdaterte rutiner for dette formålet. Rutinene skal være offentlig tilgjengelige.



Spesifikke bestemmelser

Grønn omstilling, jf. § 2-2

Standardiserte minimumskrav, jf. § 2-3

Innovasjon, jf. § 2-4

Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår, jf. § 2-5

Kontraktsvilkår om lærlinger, jf. § 2-6

Kontraktsvilkår om begrensninger i antallet ledd i leverandørkjeden, jf. § 2-7

Menneskerettigheter, jf. § 2-8

Krav til skatteattest, jf. § 2-9

§2-10 Sanksjoner

Oppdragsgiver skal i kontrakten innta egnede sanksjoner for leverandørens eller eventuelle underleverandørers brudd på kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene i dette kapittelet.

Lønns- og arbeidsvilkår § 2-5 - dissenser

- Utvalgets *flertall* foreslår:
 - At plikten til å innta kontraktvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde fra lovens innslagspunkt.
 - At plikten til å foreta risikovurdering av kontrakten og eventuell ytterligere kontroll, skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser.
- Utvalgets medlem *Hennyng* (KS) foreslår:
 - At plikten til å innta kontraktvilkår om lønns- og arbeidsvilkår skal gjelde for kunngjøringspliktige anskaffelser.
- Utvalgets medlem *Breiland* (LO) foreslår:
 - At plikten til å foreta risikovurdering av bygg- og anleggskontrakter og eventuell ytterligere kontroll, skal gjelde fra lovens innslagspunkt.

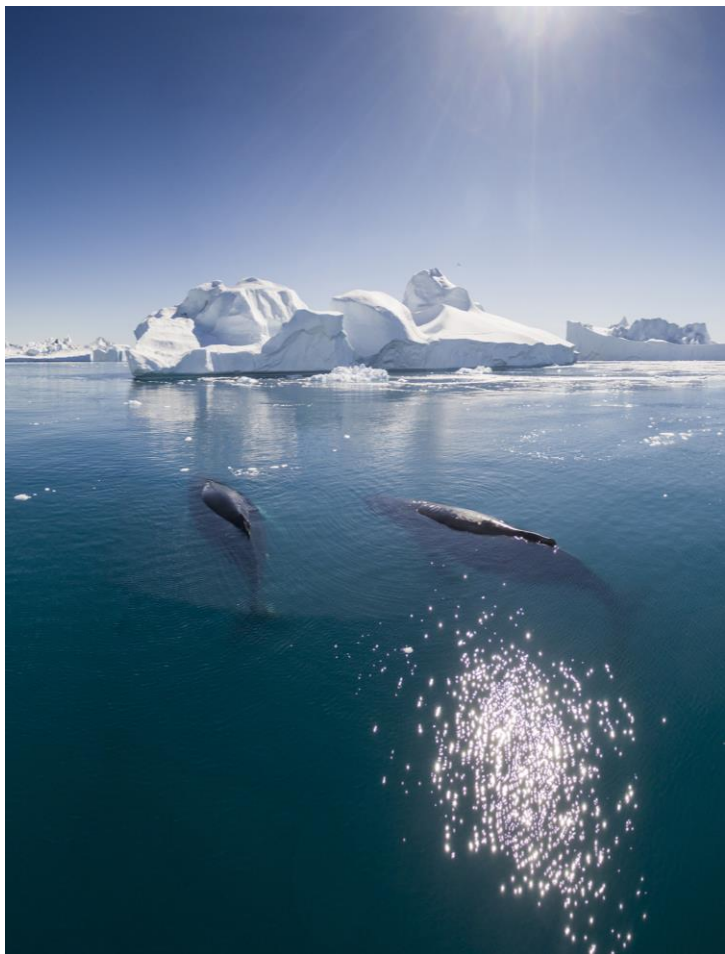
Grønn omstilling



For alle anskaffelser omfattet av loven:

- Endring av formålsbestemmelsen for å løfte frem omstilling til et lavutslippssamfunn og reduksjon av de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser, § 1-1
- Plikt til å ha offentlig tilgjengelige rutiner for samfunnshensyn, § 2-1
 - herunder miljø
- Plikt til å ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser, § 2-2(1)

Nærmere om grønn omstilling - § 2 – 2 (2)



For kunngjøringspliktige anskaffelser gjelder i tillegg:

- Klima- og miljøkartlegging i forkant (i dialog med leverandørmarkedet)
- Oppdragsgiver skal stille klima- eller miljøkrav til ytelsen
 - Kravene skal gi reell klima- og miljøgevinst, men uten å påføre oppdragsgiver uforholdsmessige merkostnader.
- Plikt til å stille klima- eller miljørelaterte krav eller kriterier også i andre trinn av anskaffelsesprosessen, dersom det vil gi ytterligere klima- eller miljøgevinst uten å medføre uforholdsmessige kostnader.

Nærmere om grønn omstilling (forts.)

- Prioritering av klimaavtrykk:
 - Oppdragsgiver skal prioritere å stille krav og kriterier som begrenser anskaffelsens samlede klimaavtrykk, § 2-2(3)
- Incitamenter for bruk av veiledende kriterier fra DFØ
 - Forpliktelsene etter første til tredje ledd kan oppfylles ved bruk av veiledende kriterier som er utarbeidet av DFØ, §2-2(5)
- Bruk av standardiserte minimumskrav på prioriterte områder, § 2-3
 - Klar oppfordring fra utvalget til vedtakelse av standardiserte minimumskrav
 - Se også § 2-2(4): For anskaffelser undergitt standardiserte minimumskrav kan oppdragsgiver nøye seg med dette (men kan selvfølgelig velge å stille ytterligere krav og kriterier)
- Unntak for anskaffelser som har uvesentlig klimaavtrykk eller miljøbelastning, §2-2(6)
- Synliggjøring av behovet for innovasjon, § 2-4
 - Ikke begrenset til grønn omstilling, men særlig aktuelt viktig her

Regler under EØS-terskelverdi



Anskaffelse av varer og tjenester under EØS- terskelverdi, § 3-1

- Oppdragsgiver skal 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.
- Oppdragsgiver skal sikre at bruken av mulighetene i første ledd ikke over tid medfører favorisering av en eller et fåtall av leverandører.
- Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.
- Plikt til meddelelse og offentliggjøring av at kontrakt er inngått.

Bygge- og anleggsanskaffelser under EØS- terskelverdi § 3-2 - *flertallet*

- (1) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 15 millioner kroner, gjelder § 3-1 tilsvarende. Hvis kontrakten har en **antatt verdi mellom 3 og 15 millioner** kroner skal oppdragsgiver også publisere en forenklet kunngjøring i Doffin, som åpner for at interesserte leverandører kan melde sin interesse.
 - Kunngjøring skal minst beskrive kontraktsgjenstanden, på hvilke kriterier kontrakten vil tildeles, estimert verdi, og tidsrom for gjennomføring.
- Oppdragsgiver får en «liste over interesserte leverandører» hvorfra oppdragsgiver kan velge ut et gitt antall leverandører til å gi tilbud
 - Fritt valg? Fremstår som vilkårlig

Bygge- og anleggsanskaffelser under EØS- terskelverdi § 3-2 - *flertallet*

- (2) Ved bygge- og anleggsanskaffelser med **antatt verdi over 15 millioner** kroner skal oppdragsgiver følge reglene i del III. Oppdragsgiver kan likevel
 - a) velge fritt mellom konkurranseformene, og konkurranse med forhandling kan gjennomføres i ett trinn
 - b) fastsette egne tidsfrister for gjennomføring av konkurransen
 - c) la være å bruke ESPD
 - d) velge bare å kunngjøre nasjonalt
 - e) fritt innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

Flertallets forslag for bygge- og anleggsanskaffelser over 15 MNOK innebærer

- Oppdragsgiver må forholde seg til de detaljerte og strenge reglene i direktivet når det gjelder f.eks.
 - Prosedyreregler
 - Kravspesifikasjonen
 - Kvalifikasjonskrav – begrensningene følger med
 - Tildelingskriterier
 - F.eks. begrensninger mht. hvilke kriterier oppdragsgiver kan velge, kriteriene må i utgangspunktet vektas - ikke lenger mulig å bare angi i prioritert rekkefølge
 - Ikke lenger mulig å bruke det samme vurderingstema som både kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium

Flertallets forslag: 4 regelsett for bygge- og anleggsanskaffelser

- Regler for anskaffelser fra 300.000 til 3 millioner
- Regler for anskaffelser fra 3-15 millioner med forenklet kunngjøringsplikt
- Regler for anskaffelser fra 15-56 millioner ("del III-light")
- Regler over 56 millioner, (del III EØS-regler)

Bygge- og anleggsanskaffelser under EØS- terskelverdi

Mindretallet (**Gjønnnes fra NHO og Hennyng fra KS!**):

- Ved bygge- og anleggsanskaffelser med antatt verdi opp til 3 millioner kroner, gjelder § 3-1 tilsvarende.
- Verdi 3 – 56 millioner
 - Fusjon av dagens del I og del II
- Plikt til å kunngjøre i Doffin, jf. §3-2 (ingen krav til innhold)
 - Men unntak fra kunngjøringsplikten, jf. §3-2 (3)
 - Der oppdragsgiver ikke har mottatt tilbud i kunngjort konkurranse
 - Der alle tilbud ble avvist i en kunngjort konkurranse
 - Andre særlige forhold

Bygge- og anleggsanskaffelser med verdi 3 – 56 millioner

- *mindretallet*

- Noen generelle prosedyreregler, jf. § 3-4.
 - Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.
 - Oppdragsgiver skal fastsette regler for hvordan anskaffelsen skal gjennomføres
 - Stor frihetsgrad ved gjennomføringen av anskaffelsen som i dagens del I
 - Hvilke forhold som vil vurderes ved valg av tilbud
 - Om det planlegges forhandling
 - Oppdragsgiver kan fritt innhente manglende dokumentasjon for å unngå avvisning som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav – men ingen plikt
 - Oppdragsgiver kan avklare og forhandle om alle sider av tilbudet (avvik og forbehold) – men ingen plikt
- Begrensninger i deltakelse/utvelgelse må skje på grunnlag av tilkjennegitte kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier
 - For å skape forutsigbarhet for leverandørene

Bygge- og anleggsanskaffelser med over MNOK 3 – 56

MNOK - *mindretallet*

Også forenklete regler om:

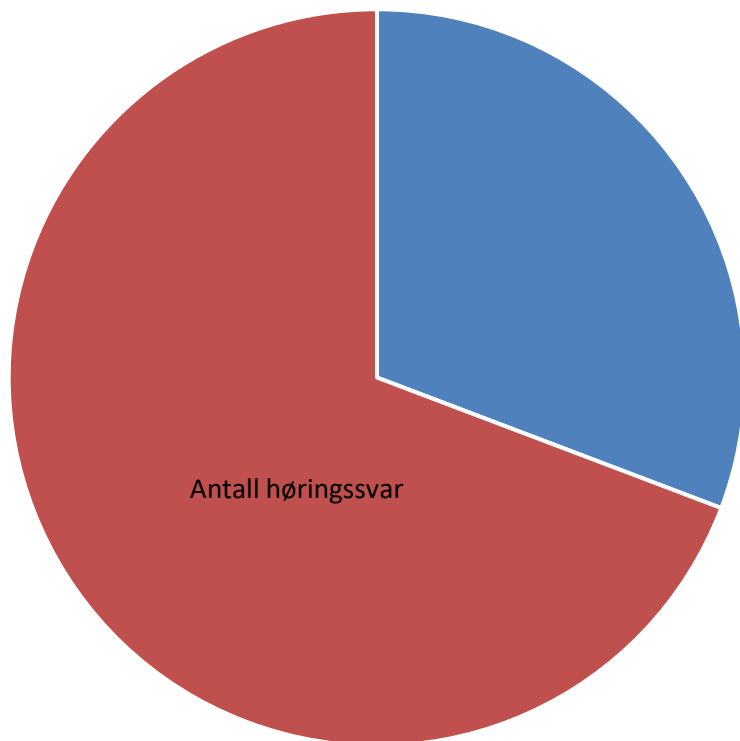
- Markedsdialog
- Kravspesifikasjoner
- Kvalifikasjonskrav
- Tildelingskriterier (prioritert rekkefølge, kan bruke det samme vurderingstema som for kvalifikasjonskrav)
- Tilbudets form, tilbuds- og vedståelsesfrister (ikke krav om e-kommunikasjon)
- Alternative tilbud
- Kontraktsvilkår
- Avvisning (kommer i delutredning to)
- Avlysning
- Meddelelse om valg av leverandør og automatisk begrunnelse
- Omgjøring og karens (kommer i delutredning to)
- Endring av kontrakt

Mindretallets argumenter: Nye regler for bygge- og anleggskontrakter over 3 MNOK – 56 MNOK

- «*Nedtrekksmodellen*» innebærer ikke en forenkling – gir unødig omfattende og rigide regler for anskaffelser over 15 MNOK
 - Økt ressursbruk for både oppdragsgivere og leverandører
- Kan være utfordrende for oppdragsgivere å forholde seg til ulike regler for kunngjorte anskaffelser under EØS-terskelverdi
 - Bedre med ett regelsett for kunngjorte bestemmelser under EØS-terskelverdi
- Fravær av regler er lite hensiktsmessig for kunngjorte kontrakter og kontrakter av en viss størrelse
 - Medfører usikkerhet om hvilke (uskrevne) regler som gjelder for eksempelvis for begrunnelse, avvisning og avlysning
- Oppdragsgiver må ha «knagger» å henge beslutninger på
- Regler øker også rettssikkerheten for leverandørene
 - Skaper tillitt i markedet

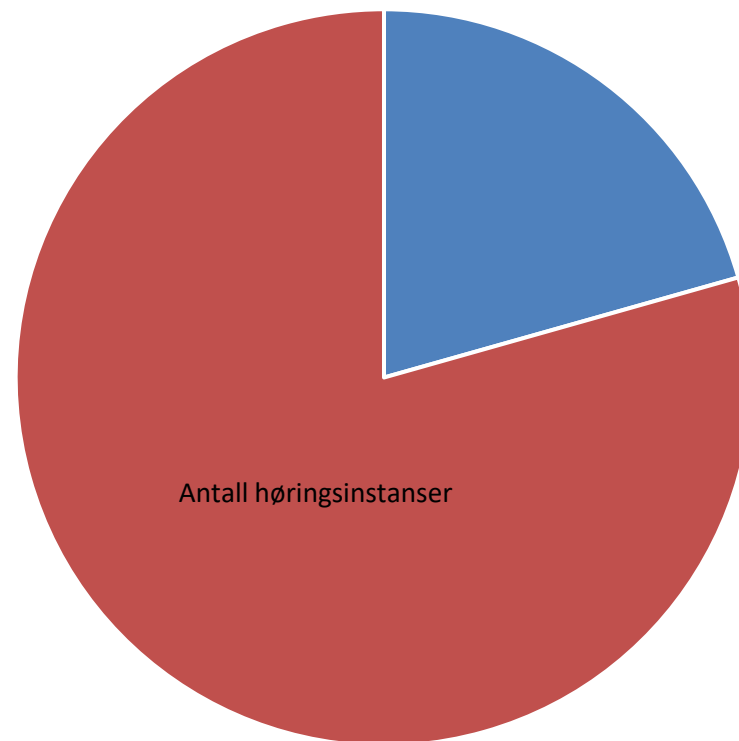
Inntrykk fra høringsinstansene

bygg og anlegg



■ Flertallet ■ Mindretallet ■ ■

bygg og anlegg

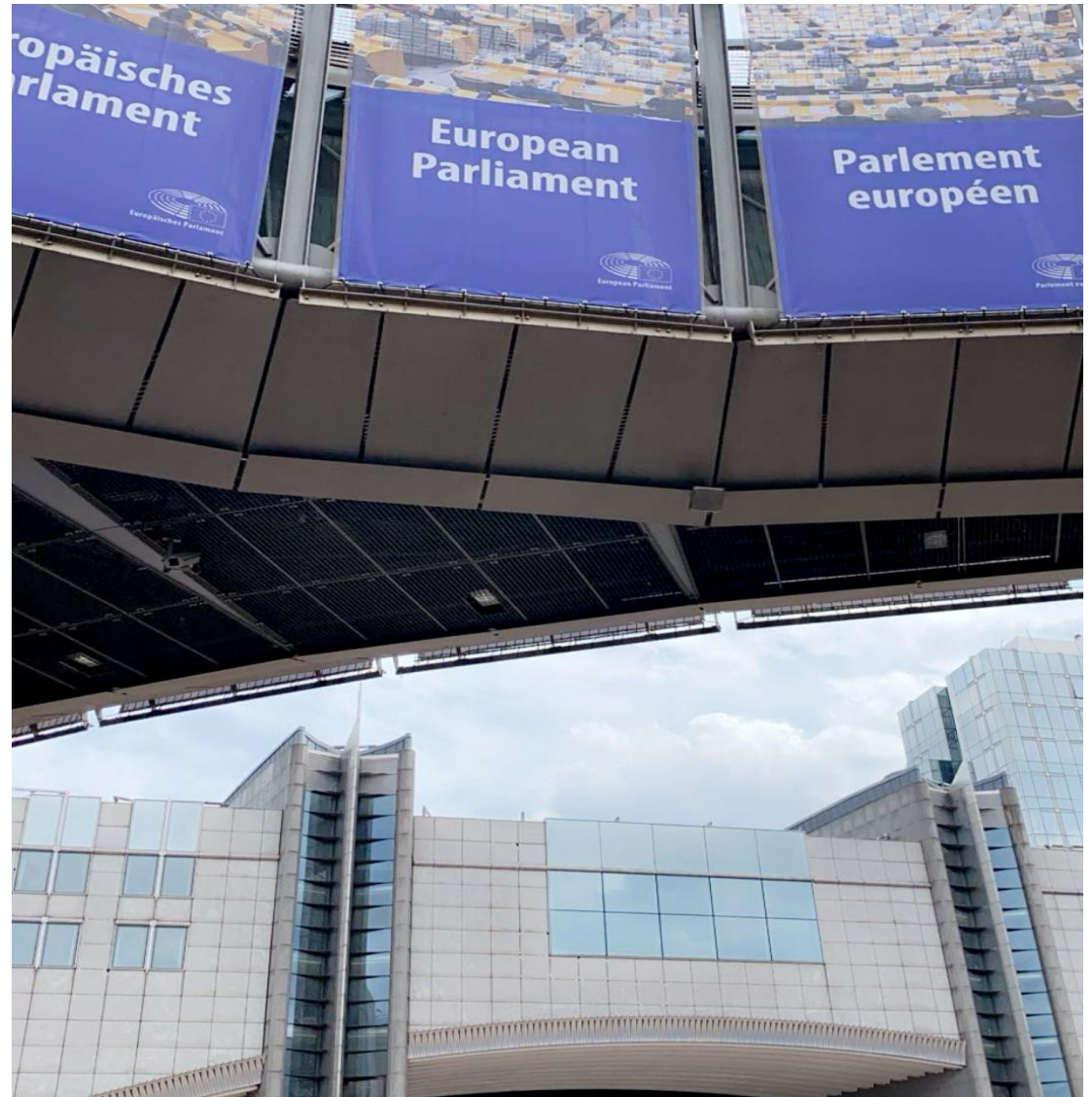


■ Flertallet ■ Mindretallet ■ ■

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

- (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.
- Forholdet til kunngjøringsplikten og ulovlig direkte anskaffelse?

Regler over EØS

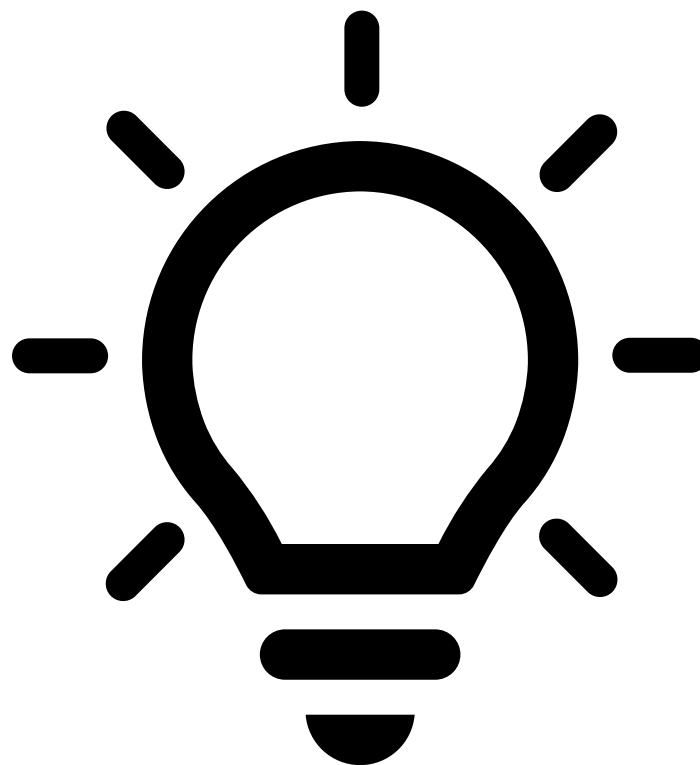


Reglene over EØS-terskelverdi

- Direktivnær gjennomføring
 - Prinsippene justert i samsvar med direktivet
 - Ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet, og forholdsmessighet
- Kodifisering og klargjøring
- Strukturelle endringer
 - Følger ikke lenger prosessen
 - Fellesbestemmelsene om unntak og beregning av anskaffelsens verdi er kun over EØS-terskelverdi
 - Lite hensiktsmessig

NOU del I oppsummert

- Ingen kunngjøringsplikt for varer og tjenester under EØS-terskelverdi
- Bygge- og anleggsanskaffelser fra 3 – 15 millioner – kunngjøring med noen bestemmelser
- Bygge- og anleggsanskaffelser fra 15 millioner = EØS-regler med noen unntak
- Kodifisering og ny struktur over EØS
- Samfunnsansvar inntatt i loven



NOU del II



Andre delleveranse – mandat

- 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.

Håndheving



- Ser på våre naboland
 - Prekontraktuell håndheving
 - Erstatningsutmålingene er markant lavere
 - Mange klagesaker i Sverige
 - færre i Danmark
- Forventet overlevering 16. mai
- Samtidig starter høringen for del II
- Utarbeidelse av stortingsproposisjon



Takk for oppmerksomheten!

bdh@ks.no

