

Nærings- og fiskeridepartementet

Høringsuttalelse om NOU 2023:26 Anskaffelsesutvalgets delutredning II (og enkelte oppfølgingskommentar som også inngår til I)

Om NHO Service og Handel: NHO Service og Handel skal bidra til økt seriositet i arbeidslivet, inkludering og bærekraft, økt kompetanse og utvikling av bedre tjenester. Bedriftene har 87.875 årsverk fordelt på 148.023 ansatte, i juni 2024.

Det vises til høring av NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser delutredning II.

Både del I og II er grundige og faglig kvalitative rapporter på til sammen over 900 sider. Det skal likevel understrekes innledningsvis at omfanget av mulige rettslige og praktiske spørsmål er betydelig i disse omfattende delrapportene. Med de tidsfristene som er gitt, vil høringsinstansene kun skrape overflaten på enkelte temaer.

Det er i dag gjeldende et svært velutviklet regelverk, hvor de fleste aktører kjenner sin rolle og markedssystem. Det er f.eks. ingen nye hensyn i regelverket som foreslås, som i dag ikke kan eller i stor grad er forhindret til å gjennomføres med eksisterende regelverk. Det bør absolutt ikke være en hasteoppgave for regjeringen å etablere "det nye regime", kun for senere å se at ting ikke henger sammen. Det er viktigere at forslagene i regelverket modnes og i resultat faktisk er til støtte for de grunnleggende hensynene med regelverket. Og dersom regelverket faktisk skal bli enklere - at endringene har virkning helt frem til og med de lovlydige leverandørene som vi ønsker skal være en del av det offentlige markedet.

Uten de rette vilkårene og leverandørene – "lite kraft" i "nye" samfunnsmålene ved anskaffelser. Det er med andre ord leverandørene som skaper en stor del av resultatene av de prioriterte samfunnsmålene som knyttes til anskaffelsene. Behovene er der uansett. Det er leverandørene som skal endre eller korrigere verdikjeden og samarbeidspartnere. Oppdragsgiver krav er viktige, men leverer ikke produktene eller resultatene. Og da bør et av de gjennomgående spørsmålene være hvordan er regelverket og anskaffelsespolitikken i sin helhet gir rammer for verdiskapende oppdrag for næringslivet.

Mange seriøse bedrifter er i ferd med å tape interessen for de offentlige kontraktene i sine bransjer, og det skyldes ikke dagens regler i anskaffelsesforskriften. Veien til kontrakt er viktig, men om kontrakten og tilleggsforpliktelser ikke er til å leve med – er det enda viktigere. Det kommenteres kort nedenfor.

I utredning del I er det sentrale om hvordan samfunnshensyn skal forsterkes ytterligere i offentlige anskaffelsesprosessen og hvilke andre lovpålagte krav det skal være til fremgangsmåten ved anskaffelser for majoriteten av anskaffelser som ikke faller inn under anskaffelsesdirektivets prosedyrer. Årlig anskaffer det offentlige for ca 740 mrd kroner. En betydelig andel av dette anskaffes etter det regelverket som utvalget foreslår nye regler for. Etter delutredning del I, så er det også forslag om å ta bort grunnleggende anskaffelsesregler som krav til likebehandling, transparens og forutberegnelighet under kunngjøringspliktige anskaffelser, selv om disse anskaffelsene både i volum og viktighet utgjør det relevante markedet for mindre bedrifter. Det er vanskelig å se hvordan disse kontraktene skal ha et fornuftig tilsyn fra markedsaktørene, når ikke bedriftene har mer raffinerte juridiske rammer når det gjelder – før kontraktinngåelse.

For utredning del II, er forslaget som er av størst praktisk betydning for leverandørene at Utvalget foreslår å endre dagens håndhevingssystem. Blant annet ved å dreie håndhevingen mot prekontraktuell fase, og på denne måten begrense behovet for etterfølgende erstatningssøksmål. Utvalget skriver at det 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.

Hovedpunkter: NHO Service og Handel slutter seg til NHOs høringssvar, som også støtter hovedtrekkene utvalgets forslag til håndhevingsmekanismer. Videre støttes Utvalgsmedlems Gjønnnes forslag for såkalte del II-anskaffelser (nasjonalt kunngjøringspliktige anskaffelser m.m). Utvalget har også foreslått at sikkerhet- og beredskap tas inn i formålsbestemmelsen og får en egen bestemmelse i kapittelet om samfunnshensyn. NHO SH støtter dette.

Likevel, når det gjelder enkelte forutsetninger for endringer i klage og håndhevelsesmulighetene for leverandørene vil vi kommentere det noe nærmere. I særdeleshet knyttet til begrunnelsesplikten som berøres under pkt 27.6.6 m.m. Herunder at bedriftene må få informasjon på et tilstrekkelig nivå tidsmessig, slik at de kan foreta en kvalifisert vurdering om kontrakurransens faktiske gjennomføring er i tråd med reglene. Ellers vil det kunne genere feil type klager eller at de som faktisk trenger lavterskelsystemet er de som kommer dårligst ut.

Som nevnt ovenfor vil også andre forhold knyttet til leverandørens stilling i det offentlige marked bli kommentert nedenfor.

Det foreslås et bredere rettet sentralt ledet arbeid på hvordan kontroll av samfunnskravene kan skje på måter som ikke innebærer doble og triple administrative kostnader for de lovlydige bedriftene. Er det f.eks. rett bruk av bedriftens og det offentliges ressurser om tre offentlige kunder innen den samme perioden kontroller lønn og arbeidsvilkår på individnivå, når kanskje også denne har tariffavtale med sine anerkjente ordninger – eller at arbeidstilsynet har gjort sine undersøkelser, eventuelt at kontraktbestemmelser på samme område som åpenhetslovens eller miljørapporteringsystemer med etablert offentlig tilsyn, får samme omfang tilsyn og unike kunderevisjon uansett tidligere rapportering eller andre offentlige kunders kontraktsrevisjon. Vårt poeng er at kontraktsoppfølging er viktig, og et sentralt bidrag til å holde bedrifter som verken etterlever samfunnskravene eller spekulerer i manglende oppfølging i størst mulig grad

ute av det offentlige markedet. Men alle kontrollkravene og revisjonsinnretningene bedriftene møter på unike måter hos offentlige kunder, blir ikke sett i en større sammenheng. Det trengs en helhetstenkning som kan gi en samfunnsfunnet verdi for hver kontroll, og ikke kun kostnader eller administrative byrder for de aktører som har flere offentlige kunder.

Utdypning av hovedpunkter

1) Delutredning II, og særlig om håndhevelse og den prekontraktuelle innretningen

Prioriteringen om å løse feil før kontraktinngåelse støttes, og NHO SH mener at den prekontraktuelle fasen og muligheten til å rette opp feil bør være den bærende prioritert for håndhevingsystemet. Dette kan også omfatte enkelte prekluderingsfrister som motiverer til behandling av anførsler når feilen ennå kan rettes.

Men om bedrifter kan miste et fullt ut legitimt krav ut fra prekluderingsfrister på grunn av klagesystemet, må premissene for det vurderes nøye. For ordningen må ikke belønne oppdragsgivere som gir et uhensiktsmessig og fragmentert informasjonsbilde av faktiske forhold og hvor idealoppskrift blir å holde leverandørene lengst unna hva som egentlig har skjedd i konkurransen – til fristene har løpt ut. Vi understøtter at dette ikke trenger å være en bevisst strategi, men også noe som skyldes forståelse av regelverket fra bestillersiden. For eksempel, er tildelingsbrevet ofte nær intetsigende i praksis for svært mange leverandørers mulighet til å forstå oppdragsgivers vurderingsgrunnlag av eget tilbud, leverandørenes spørsmål blir svart ut med gjentakelser av konkurransegrunnlaget, reelt innsyn i andres tilbud et ofte såpass sladdet at det ikke gir større verdi på faktiske forhold – samt at leverandører flest vil oppdage logiske brudd eller en saksbehandling som ikke virker troverdig, men er uten større kompetanse til å forstå at det faktisk har skjedd eller evner å adressere et juridisk brudd.

Så når Utvalget understreker at de har 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, henger dette sammen med hvilken informasjon som bedriftene får realistisk sett tilgang på og om det gir avvisningsgrunn for videre klagebehandling at klagen ikke avdekker de reelle anførselene eller faktiske forhold på friststadiet. F.eks. Klagenemnda kan ikke gå utenfor partenes anførsler og påstand. Det følger av dagens §12 i Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Når det gjelder § 9. Avvisning av klage, så går det frem at: *Sekretariatet avgjør om en klage kan tas til behandling, og kan avvise klage som er ubegrunnet eller uhensiktsmessig for behandling.*

Vi ser at også Utvalget drøfter begrunnelsesplikten og Håndhevelsesdirektivet, samt begrunnelsesplikten om tildelingsbeslutningen til oppdragsgiver. Enkelte sider av forholdet mellom anskaffelsesregelverket og Håndhevelsesreglene overlates til departementet for å trekke konklusjonene. Vi kommenterer derfor forutsetningene noe nærmere nedenfor.

Forutsetningen for reelt lavterskeltilbud og tap av erstatning: For vår del skal påpekes at en klagemekanisme som krever en klage til KOFA etter relativt kort frist for å ivareta mulige krav,

legger et sterkt press på leverandørers evne eller faktiske mulighet til å orientere seg i delvis lite tilgjengelig informasjon på tidspunktet hvor de knapt ser "toppen av isflaket" av underliggende informasjon. Spørsmålet er om dette kravet til leverandørene, vil frata leverandører som ikke er støttet av juridisk kompetanse en reell mulighet til erstatning i tilfeller når disse strenge vilkårene faktisk er oppfylt. Særdeles om leverandørene skal angi faktiske forhold som grunnlag for klagen til KOFA, noe som kanskje ikke kommer til syne før leverandørene ser tilstrekkelig av konkurrerende tilbud, anskaffelsesprotokoll, evalueringsmetode osv. Det er i klageperioden kun oppdragsgiver som sitter med et samlet informasjonsbilde om hva som faktisk har skjedd.

NHO SH mener derfor om preklusjonsfrister skal føre til tap av eventuelt legitime krav, så må etterspurt informasjon og forklaringer om anskaffelsens faktiske gjennomføring bli mer tilgjengelig i rimelig tid, før slike frister løper ut. Ellers vil to ting skje, enten klager leverandøren for å sikre seg om at man ikke mister legitime krav som kan være aktuelle ellers så vil SMB leverandørene miste legitime krav ut fra sin kapasitet eller evne til å engasjere juridisk bistand. Ingen av delene er gunstig for et lavterskeltilbud.

NHO SH vil peke på at noe av dette kan være dekket i de avveiningene som utvalget har gjort, men det er likevel i det påfølgende arbeid som det skal tas stilling til om regelverket skal pålegge muligheten for mer innsyn i vurderingene - før preklusjonfristene kan påberopes. Muligens bør bedriftene i visse tilfeller kunne kreve en relativ vurdering av eget tilbud, siden de først ved å se hvordan eget tilbud stilles opp mot det vinnende tilbud – kan forstå hvordan oppdragsgiver har anvendt føringene i konkurransegrunlaget.

2) Delutredning II/I, og særlig om forutsetningene for SMB virksomheters reelle adgang til det offentlige markedet

Det gjentas ofte fra myndighetenes side at revidering av reglene også er forenklerende for leverandørene, men den oppfatningen er ikke speilet i f.eks. leverandørmarkedet for servicetjenester. På det jevne er vel endringene stort sett en lempning for oppdragsgivere – og forutsigbarhet og effektivitetsfordeler med mer standardiserte fremgangsmåter i det offentlige markedet ([NOU 1997:21](#)), synes byttet ut med – at enhver anskaffelse har sin særvariant uansett om hensynene bak kravene er like.

For mange tjenesteleverandører er strategien endret i de senere år. Stadig flere tilkjenner at de ønsker å gå ut av det offentlige markedet. Det skyldes verken den økte vektleggingen av at flere samfunnshensyn som forutsetning, omstillingskrav i seg selv eller regelverket for tildeling av offentlige kontrakter. Det er derimot ofte forklart med at det er en ensidig risikoplassering på leverandørene for utenforliggende forhold til selve leveransen, oppdragsgivers ensidige krav til fleksibilitet i kontrakten som gir for mange investeringer og kostnader uten betalingsvillighet, at betalingen er utestående lenge og at disse må yte det offentlige kreditt gjennom lange betalingsfrister, unødvendige særkrav – og de offentlige kunder mer opptatt av en sanksjonsbasert tilnærming fremfor utviklende samarbeid som også kommer bedriften til gode.

Når det gjelder anskaffelsesregelverkets krav til anskaffelsesfremgangsmåter er det på flere måter et skille etter 2017 hvor det frem til da var et fleksibelt regime for nasjonale anskaffelser, men ulike standardiserte anskaffelsesprosesser som gav leverandører en større mulighet til

forutsigbarhet, transparens og etterprøvbarehet i konkurransen om kontrakter. Fra 2017 og nå med nye forslag for denne delen, er reglene for disse anskaffelsene i betydelig grad endret i retning av å fristille oppdragsgivere fra tidligere anskaffelsesprosedyrer. Fra et leverandørståsted innebærer at de må møte hver oppdragsgiver ut fra unike konkurranseregler om kontrakten og lite overføringsverdi til neste offentlige kunde. Videre vil en del av endringene innebære at færre vil kunne få tilstrekkelig kunnskap i praksis til å vurdere eventuelle irringer i kontraktstildeling, med mindre det tilfeldig avdekkes at det er klare holdepunkter for inhabilitet.

Eventuelle regelverksforenklinger, fylles med en rekke nye kontraktskrav som er gjennomført slik at den administrative og dokumentasjonsbyrden er så varierende og tung at bedriftene ikke lenger kan ta seg råd. Det er symptomatisk hvor lite det legges vekt på at nye krav - både i mandatet til utvalget og kommunale "sær-kravsmodeller" - som nå både er obligatorisk og frivillig fra det offentlige side, om hvordan f.eks. oppfølging av samfunnsnyttige krav i leveransen kan skje på måter som bedriften faktisk kan unngå både doble og triple administrasjonskostnader. Det offentlig virker å bry seg lite om bedriften får ekstra og unødvendig kostnader. Leverandørene skal også kanskje forholde seg til titalls kunder og mer, som har avvikende krav i tillegg til allerede strengt lovverk eller krav til egendefinerte dokumentasjonsmåter enn det f.eks. arbeidstilsyn eller forbrukertilsyn (åpenhetsloven) har på samme samfunnshensyn.

I dag er vi som organisasjon klar over at stadig flere seriøse bedrifter sier nei til det offentlige marked, og vurderer det slik at heller ikke utvalgets forslag vil endre på det.

Vi mener derfor at oppmerksomheten fra sentrale myndigheter ikke bare må være på hva den offentlige kunden kan eller skal gjøre for å sikre at krav knyttet til ulike samfunnshensynene i gjennomføringsfasen blir etterlevd, men hvordan helheten for bedriftene blir. Dårlige kontraktsvilkår eller dårlig utredet lovverk, har en ting til felles. Reglene kan ende med å legge byrden på feil bedrift, og svekke de som man egentlig ønsker å beskytte. Derfor bør også kontraktsbestemmelser følge prinsippene til [Regelrådet](#).

Det bør derfor igangsettes et evalueringsarbeid for hvordan kontroller kan skje på en effektiv og proporsjonal måte, samt et større fokus på balanserte og standardiserte kontrakter som blant annet fungerer veldig godt for privat sektor.

Med vennlig hilsen

Digitalt signert

Henrik Bjørge

Advokat