



Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.: 2023/0505-2

Saksbehandler: Marion Stamnes
Saksansvarlig: Karin Stakkestad Laastad

Dato: 09.02.2024

Svar på Høring - NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser - første delutredning

1. Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet 10. november 2023, der Anskaffelsesutvalgets første delutredning ble sendt på høring. Høringsfristen er satt til 10. februar 2024.
- (2) Utvalget har levert et forslag til ny lov om offentlige anskaffelser med en ny og enklere struktur. Reguleringen som foreslås skal gjøre offentlige anskaffelser til en sterkere pådriver i den grønne omstillingen.
- (3) Lovutkastet bidrar til å gjennomføre Norges EØS-rettslige og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet. Dette setter visse rammer for utformingen, og Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag om å ta en henvisning til disse forpliktelsene inn i lovens formålsbestemmelse. Videre har tilsynet merket seg at utvalget vektlegger behovet for å sikre en lojal og gjennomsiktig gjennomføring av direktivet, med forarbeider som gir bedre, mer oppdatert og utfyllende veiledning. Tilsynet er enig i at dette gir bedre veiledning for innkjøperne og dermed et bedre grunnlag for å sikre anbudsprosesser i samsvar med de underliggende direktivforpliktelsene.
- (4) Konkurransetilsynet vil i dette høringssvaret knytte kommentarer til tre hovedtema; vektlegging av konkurransehensyn ved offentlige anskaffelser (punkt 2), grønn omstilling – konkurranse, bærekraft og innovasjon (punkt 3), og bedre data fra gjennomførte anskaffelser (punkt 4).

2. Vektlegging av konkurransehensyn ved offentlige anskaffelser

- (5) Utvalgets forslag til formålsbestemmelse lyder:

"§ 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.

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

- (6) Som det kommer frem av forslaget foreslås "konkurranse om offentlige kontrakter, herunder for små og mellomstore leverandører" som et av flere momenter som skal bidra til å oppnå det overordnede formålet om "effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser".
- (7) I utredningen skriver utvalget, under punkt 11.3.3 at "konkurranse om offentlige kontrakter bør synliggjøres i ny formålsbestemmelse". Videre viser utvalget til at også anskaffelsesdirektivet i fortalen fremhever at direktivet skal åpne markedet for offentlige kontrakter opp for konkurranse, og at dette "kan tas til inntekt for at også EU-lovgiver anser konkurranse som et formål og ikke bare som et virkemiddel."
- (8) Utvalget peker videre på at hensynene som er innarbeidet i forslaget til formålsbestemmelse kan trekke i ulike retninger, eksempelvis når det gjelder "hensynet til kostnadseffektiv behovsdekning i snever forstand og hensynet til fremtidig konkurranse på det relevante leverandørmarkedet." I denne sammenheng skriver utvalget videre: "Oppdeling av kontrakter for å utvikle konkurransen i leverandørmarkedet vil etter omstendighetene kunne føre til at enkelte store leverandører mister interessen for den konkrete konkurransen, men det kan likevel være riktig av hensyn til fremtidig konkurranse i det aktuelle leverandørmarkedet."
- (9) Konkurranse er et viktig virkemiddel for å oppnå effektiv ressursbruk ved offentlige innkjøp. Velfungerende konkurranse kan også i seg selv bidra til økt innovasjon, for eksempel om mer bærekraftige løsninger. Etter Konkurransetilsynets oppfatning bør dermed regelverket gi føringer som sikrer at hensynet til konkurranse vektlegges tungt ved praktiseringen.
- (10) Konkurransetilsynet mener i tillegg at regelverket bør sikre at hensynet til langsiktig konkurranse ivaretas. Med "langsiktig konkurranse" sikter tilsynet til konkurransen om fremtidige anbud. Offentlige anbud som utformes slik at innkjøperen forplikter seg til bruk av én bestemt løsning, for eksempel et ladesystem, kan virke innelåsende, og er ett eksempel på hvordan fremtidig konkurranse kan svekkes.

- (11) Konkurransetilsynet anbefaler på denne bakgrunn at det må gå tydelig frem av særmerknadene til formålsbestemmelsen at konkurranseshensyn skal vektlegges tungt, og i tillegg at langsiktig konkurranse må ivaretas.

3. Grønn omstilling - konkurranse, bærekraft og innovasjon

- (12) Anskaffelsesutvalget foreslår, som nevnt over, at det går frem av formålsbestemmelsen at loven skal bidra til "*omstilling til et lavutslippssamfunn*", "*at de miljømessige belastningene av offentlige anskaffelser reduseres*" samt at loven skal bidra til "*innovasjon*". Videre foreslår utvalget en regulering av "*plikt til å ta samfunnshensyn og ha rutiner*" i utkastet § 2-1, hvor det går frem at oppdragsgiver skal innrette sin anskaffelsespraksis slik at samfunnshensynene nevnt i formålsparagrafen ivaretas, samt at oppdragsgiver skal ha offentlig tilgjengelige oppdaterte rutiner for dette formålet.
- (13) Forslaget til regulering i § 2-2 *Grønn omstilling* pålegger oppdragsgiver å "*ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser*". Videre foreslår utvalget en bestemmelse i § 2-3 som gir hjemmel til å forskriftsfeste standardiserte minimumskrav ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Forslag til en bestemmelse om innovasjon er tatt inn i § 2-4, hvor det går frem at oppdragsgiver kan stille egnede krav eller kriterier som fremmer innovasjon.
- (14) Formålet med reguleringen som foreslås er at ny lov skal påvirke etterspørselssiden slik at offentlige innkjøpere legger større vekt på verdien av klimagevinster. Utvalget skriver om dette innledningsvis i kapittel 2.1:
- "Et helt sentralt formål med gjennomgangen av regelverket er å styrke klima- og miljøhensyn. Samfunnet må hurtig omstilles i mer bærekraftig retning, og det er besluttet at offentlige anskaffelser skal bidra til dette."*
- (15) Konkurransetilsynet viser til at grønne offentlige anskaffelser (herunder bruk av standardiserte minimumskrav) kan føre til redusert konkurranse på kort sikt fordi det reduserer antallet selskaper som kan delta i anbudskonkurransen. Samtidig vil en tydelig regulering stimulere til mer innovasjon og konkurranse om bærekraftige løsninger, ved å gi markedsaktørene insentiver til å ta strategiske valg om å satse på utvikling av bærekraftige løsninger. Ny teknologi vil også etter hvert adapteres av flere selskaper, slik at man på lengre sikt vil kunne forvente at antallet konkurrenter som har mulighet til å levere grønne løsninger øker. På den måten kan rettslige rammevilkår som styrker klima- og miljøhensyn ved offentlige anskaffelser ha stor betydning for muligheten til å sikre velfungerende konkurranse, også i den videre utviklingen.
- (16) Anskaffelsesloven skal regulere prosessen ved offentlige anskaffelser. Siden de færreste anskaffelser er helt like er det behov for et regelverk som også gir innkjøper fleksibilitet til å utforme anbudet hensiktsmessig. Konkurransetilsynet ser at det kan være en utfordring å finne den beste balansen mellom tilstrekkelig grad av fleksibilitet for innkjøperne, samtidig som regelverket tydeliggjør rammevilkårene for markedsaktørene på en slik måte at de vil være villige til å ta risikoen som ligger i å satse på utvikling av stadig bedre og mer bærekraftige løsninger.
- (17) I denne sammenheng viser Konkurransetilsynet til tidligere høringsuttalelse¹ som gjaldt forslag til skjerpede miljøkrav i offentlige anskaffelser. Som tilsynet fremhevet i den nevnte høringsuttalelsen er det viktig å gi oppdragsgiver fleksibilitet til å stille de miljøkrav og kriterier som vurderes best egnet i den konkrete anskaffelse. Tilsynet påpekte videre at oppdragsgiver bør gis anledning til å utøve skjønn ved utforming av miljøkrav og kriterier, for å nå målet om mer miljøvennlige anskaffelser på en effektiv måte.

¹ Konkurransetilsynets høringsuttalelse datert 7. mars 2023, på Nærings- og fiskeridepartementets høring av forslag til endringer i miljøbestemmelsene i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 7-9, forsyningsforskriften § 7-9 og konsesjonskraftforskriften § 7-6, med høringsfrist er 8. mars 2023.

- (18) Tilsynet understreker i denne sammenheng at bruken av skjønn og fleksibilitet for å ivareta grønne hensyn likevel ikke må begrense konkurransen på en slik måte at effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser i realiteten blir hindret.
- (19) Av Anskaffelsesutvalgets forslag til regulering i § 9-1 går det frem at en anskaffelse ikke må utformes slik at konkurransen begrenses, for eksempel gjennom å favorisere eller forfordele visse leverandører.
- (20) Selv om regelverket stiller krav som skal hindre favorisering eller forfordeling kan det etter Konkurransetilsynets oppfatning være risiko for bruk av kvalifikasjonskrav som låser anskaffelsen til en konkret teknologi eller en bestemt leverandør. Dette vil ikke være i samsvar med målsettingen om effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Tvert imot kan det være svært skadelig for muligheten til å dra fordelene av konkurranse ved gjennomføringen av det grønne skiftet.
- (21) På denne bakgrunn mener Konkurransetilsynet det er viktig at oppdragsgivere er tilstrekkelig bevisste på denne problemstillingen på forhånd, og vurderer behovet for å utforme anbudet på en måte som reduserer risikoen for dette. I denne sammenheng viser tilsynet til behovet for å vektlegge hensynet til langsiktig konkurranse, jf. gjennomgangen av dette i punkt 2 over.
- (22) Ensidig vektlegging av tilgang til en spesifikk grønn teknologi, på bekostning av hensynet til konkurranse, vil etter Konkurransetilsynets oppfatning i praksis kunne hindre eller forsinke en effektiv og bærekraftig omstilling til et lavutslippssamfunn. Insentivene til videre innovasjon svekkes, og offentlige innkjøpere vil dermed risikere å bli låst til en dyr teknologi der utviklingen stagnerer.
- (23) Så lenge det er velfungerende konkurranse i et marked, vil konkurrentene ha sterke insentiver til å utvikle nye, forbedrede løsninger for å vinne anbudskonkurranser. For sterke føringer på hvordan innovasjon skal foregå kan i verste fall føre til at de nye løsningene utvikles for å være tilpasset regelverket heller enn behovet til kunden.

4. Bedre datagrunnlag fra gjennomførte anskaffelser

- (24) Konkurransetilsynet viser til utredningen kapittel 27 som handler om ulovlig anbudssamarbeid, og behovet for tilgang til anbudsdata for å avdekke samt hindre slike lovbrudd gjennom såkalt "kartellscreening". Tilgang til data av god kvalitet har stor betydning for hvorvidt det vil være mulig å gjennomføre analyser som viser indikasjoner på ulovlig anbudssamarbeid.
- (25) Konkurransetilsynet mener at loven om offentlige anskaffelser må sikre at etterrettelige data fra gjennomførte anskaffelser bevares og gjøres tilgjengelige for relevante kontrollmyndigheter. Bedre håndtering av data er en nødvendig forutsetning for å få oversikt over bruken av de offentlige innkjøpsmidlene. Videre gir en mer helhetlig datahåndtering bedre grunnlag for en kunnskapsbasert og fremtidsrettet forvaltning.
- (26) I denne sammenheng viser Konkurransetilsynet til at det kreves bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ved informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør, jf. lovutkastet § 9-5. Elektronisk kommunikasjon ved utveksling av anskaffelsesdokumenter og levering av tilbud innebærer at data fra gjennomførte anskaffelser i utgangspunktet foreligger digitalt. Utfordringen så langt har vært at store deler av dataene er lagret i et ustrukturert format, og at det dermed har vært krevende å få på plass systematiserte uttrekk.
- (27) Konkurransetilsynet viser videre til at leverandørene i markedet for elektroniske konkurransegjennomføringsverktøy (KGV) tilbyr digitale tjenester, med utgangspunkt i egne digitale plattformer. Plattformteknologien gjør det mulig å tilby digitale produkter ved etablering og bruk av applikasjonsgrensesnitt (API-er) samt gjenbruk av data. Leverandørene bygger og videreutvikler sine systemer på en måte som legger til rette for

slik gjenbruk, for å realisere mulighetene som den digitale teknologien gir. Ny teknologi, eksempelvis ved bruk av kunstig intelligens, gir ytterligere anledning til å tilby digitale produkter i form av systematiserte sammenstillinger av data.

- (28) Konkurransetilsynet viser i denne sammenheng til tilsynets innspill til lovbestemmelse om tilgang til grunnleggende data, inntatt i boks 27.3 i utredningen. For å gjennomføre verdifulle analyser av anbudsdata har tilsynet som et minimum behov for grunnleggende data om innkjøper, anskaffelsen og tilbudene fra alle leverandører. Tilsynet er enig med utvalget i at både konkurransegjennomføringsverktøy og standardiserte kunngjøringsskjemaer for offentlige anskaffelser kan være aktuelle informasjonskilder. Forutsetningen må imidlertid være at informasjonskilden inneholder de relevante dataene, og ikke ufullstendige uttrekk.
- (29) Konkurransetilsynet ser at de grunnleggende dataene som tilsynet har behov for i sine analyser, langt på vei er i samsvar med den grunnleggende informasjonen som skal fremgå av anskaffelsesprotokollen, jf. lovutkastet kapittel 24. Et krav om funksjonalitet som gjør det mulig å hente automatiske uttrekk av data for analyse vil legge til rette for funksjonalitet som kan gi ytterligere gevinster for offentlige innkjøpere i form av muligheten til å fremskaffe en digitalt generert protokoll, som innkjøper deretter kan gjennomgå for å kvalitetssikre. Dette vil også spare arbeid for offentlige innkjøpere. Samtidig gir digital uthenting av data et bedre utgangspunkt for å redusere feilkilder, sammenlignet med manuell føring av protokoll.
- (30) Videre er Konkurransetilsynet enig med utvalget i at krav til verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon i forbindelse med en anbudsprosess ikke må hindre teknologisk utvikling eller bidra til å sementere eksisterende markedssituasjon, men ivareta hensynet til konkurranse.
- (31) Ved lovfesting av krav til ny funksjonalitet i verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon må det dermed legges til rette for informasjon god tid i forkant, samt overgangsregler, slik at man ikke risikerer å pålegge oppdragsgiver krav til tjenesten som skal etterspørres før denne faktisk kan leveres av markedet. Dette ble det i sin tid også tatt hensyn til ved innføringen av kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved offentlige anskaffelser.
- (32) Konkurransetilsynet har merket seg utvalgets syn på at det er behov for videre utredning og satsing på kvalitativt bedre data om offentlige anskaffelser, samt at en slik videre utredning bør hensynta Konkurransetilsynets, DFØs og allmennhetens behov for gode data om offentlige anskaffelser. Konkurransetilsynet påpeker at kravet om elektronisk kommunikasjon i anskaffelsesprosessen innebærer at relevante data i utgangspunktet foreligger i digitalt format. Det er imidlertid nødvendig med ny regulering for å sikre at disse dataene bevares og gjøres tilgjengelige for uttrekk og analyse for relevante myndigheter.

Med hilsen

Karin Stakkestad Laastad
juridisk direktør

Dokumentet er elektronisk godkjent.

Mottaker

Nærings- og fiskeridepartementet

Postadresse

Postboks 8090 Dep

*Poststed*0032 OSLO
Norge*Kontakt/e-post*

postmottak@nfd.dep.no