



Mottaker  
Nærings- og fiskeridepartementet  
Postboks 8090 Dep  
0032 OSLO

Deres ref.: 24/3624-1

Vår ref.: 2024/0252-2

Saksbehandler: Marion Stamnes  
Saksansvarlig: Karin S. Laastad

Dato: 30.08.2024

## Høringsuttalelse - NOU 2024:9 - Ny lov om offentlige anskaffelser - andre delutredning

### 1 Innledning

- (1) Konkurransetilsynet viser til høringsbrev fra Nærings- og fiskeridepartementet 16. mai 2024, som gjelder Anskaffelsesutvalgets andre delutredning. Høringsfristen er 31. august 2024.
- (2) I andre delutredning har anskaffelsesutvalget foreslått endringer på mer avgrensede områder i regelverket. I tillegg har utvalget kommet med forslag til nytt håndhevingsystem. Utvalget ønsker at regelverket i større grad skal håndheves før kontrakt er inngått, slik at kontrakt tildeles riktig leverandør og behovet for etterfølgende erstatnings søksmål begrenses. Det nye systemet er inspirert av klagenemndsmodellene som er innført i Danmark og Island, og innebærer blant annet at Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA) får oppgaven med å håndheve regelverket prekontraktuelt. Utvalget foreslår i tillegg at Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med brudd på kunngjøringsplikten.
- (3) Konkurransetilsynet mener i likhet med utvalget at det er behov for å styrke håndhevingen av anskaffelsesregelverket sammenlignet med dagens system. Tilsynet støtter også flere av utvalgets konkrete forslag til endringer. Konkurransetilsynet ser imidlertid noen utfordringer med at tilsynet får den tilsynsfunksjonen utvalget foreslår, og fremhever at det er viktig at eventuelle nye håndhevingsoppgaver for Konkurransetilsynet ikke går på bekostning av tilsynets primære mandat og samfunnsoppdrag som håndhever av konkurransereguleringen. Behovet for uavhengighet og fagkunnskap i utføringen av tilsynsoppgavene vil også kreve at det bygges opp en egen avdeling i Konkurransetilsynet, noe som vil kreve betydelige ressurser.
- (4) Konkurransetilsynet vil under punkt 2 gi en overordnet gjennomgang av utredningen. I punkt 3 vil tilsynet redegjøre for sine merknader når det gjelder håndhevingsystemet. Videre i punkt 4 følger tilsynets merknader til utvalgets gjennomgang av muligheten for å styrke lokale og regionale leverandørers deltakelse, etterfulgt av merknader til regelverket om avvisning av leverandører som har deltatt i konkurransebegrensende samarbeid under punkt 5. Avslutningsvis følger noen merknader til åpenhet om eierskap i punkt 6.

### 2 Bakgrunn for utredningen og utvalgets forslag

- (5) Anskaffelsesutvalget ble oppnevnt 4. november 2022 for å gjennomgå regelverket for offentlige anskaffelser og komme med forslag til endringer. Hovedmålet var å gjøre regelverket enklere og lettere tilgjengelig, blant annet gjennom endringer i struktur, materielle endringer og gjennomgang av reglene om samfunnshensyn.

- (6) Denne høringen gjelder andre delutredning, der anskaffelsesutvalget har sett på adgangen til å stille krav til sikkerhet og beredskap, hvordan man kan øke lokale og regionale aktørers deltakelse i konkurransen, samt adgangen til å velge lokale og regionale leverandører innenfor det EØS-rettslige handlingsrommet. Utvalget har også vurdert om anskaffelsesreglene kan endres for å skjerpe kravene til åpenhet om eierskap og skatt i offentlige anskaffelser, de har gjennomgått avvisningsreglene, og vurdert behovet for å gjøre regelverkets geografiske virkeområde tydeligere.
- (7) Utvalget ble også bedt om å se på innretningen av erstatningsreglene. Utvalget har i den forbindelse vist til at det ikke er mulig å se på erstatningsreglene isolert, og har derfor sett på innretningen av hele håndhevingssystemet.
- (8) Utvalget gir uttrykk for at et velfungerende håndhevingssystem er en forutsetning for at forslaget til ny anskaffelseslov skal fungere etter sin intensjon, og at dagens håndheving i for stor grad er rettet inn mot etterfølgende sanksjoner og erstatningssøksmål.
- (9) Utvalget mener håndhevingen av regelverket primært bør skje før kontrakt er signert, slik at kontrakt blir tildelt riktig leverandør og behovet for erstatningssøksmål reduseres. På den måten tilpasses håndhevingssystemet også norske forhold, som er karakterisert av en større andel små anskaffelser enn det som er tilfellet i mange andre EØS-land. Markedsaktørene som deltar i disse anbudskonkurransene har i mindre grad ressursene til å forfølge et erstatningskrav i domstolene enn det større aktører har.
- (10) Når det gjelder håndheving av ulovlige direkteanskaffelser skriver utvalget at det ikke er opplagt at dagens norske system er i samsvar med målsettingen i håndhevingsdirektivet.<sup>1</sup> Systemet i direktivet er at den primære sanksjonen skal være å kjenne kontrakten "uten virkning", slik at interesserte leverandører får mulighet til å konkurrere om mest mulig av den aktuelle anskaffelsen. I Norge sanksjoneres derimot ulovlige direkteanskaffelser i praksis gjennom overtredelsesgebyr. Utvalget foreslår derfor å innrette håndhevingen slik at ulovlig inngåtte kontrakter skal kjennes "uten virkning" når vilkårene for dette er oppfylt.
- (11) Hovedpunktene i utvalgets forslag til nytt håndhevingssystem er listet opp i sammendraget. Utvalget foreslår blant annet at avgjørelser fra KOFA gjøres bindende, og at klage til KOFA innenfor karensfristen suspenderer oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakt. Erstatningssøksmål skal fortsatt behandles i domstolene, men lovforslaget avskjærer leverandørens mulighet til å kreve erstatning for tapt fortjenestene som følge av feil som kunne og burde ha vært tatt opp i en klagesak før kontrakt ble inngått.
- (12) I tillegg foreslår utvalget at tilsyn med brudd på kunngjøringsplikten skal legges til et uavhengig tilsynsorgan, og foreslår at Konkurransetilsynet får tilsynsansvaret. Ifølge forslaget skal brudd på kunngjøringsplikten kunne klages inn anonymt, og tilsynsmyndigheten skal ha en skjønnsmessig adgang til å vurdere om saken skal prioriteres for videre saksbehandling.
- (13) Utvalgets forslag innebærer et prosessuelt system som avviker fra forvaltningslovens alminnelige system med underinstans og klageinstans. Når tilsynsmyndigheten mottar en klage eller et tips, skal den gjøre det utvalget kaller en preliminær vurdering av om vilkårene for å kjenne kontrakten "uten virkning" er oppfylt. I bekreftende fall skal tilsynets utredning lede til et saksfremlegg for KOFA med påstand om at kontrakten kjennes "uten virkning".<sup>2</sup> I et slikt tilfelle har ikke tilsynsmyndigheten vedtakskompetanse.
- (14) Dersom den preliminnære vurderingen viser at vilkårene ikke er oppfylt, har tilsynsmyndigheten derimot kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr. Vedtak om overtredelsesgebyr kan klages inn til KOFA som klageinstans. Dersom klager er en potensiell leverandør, kan saken også starte direkte i KOFA (eller domstolene) uten noen forutgående utredning hos tilsynsmyndigheten.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Direktiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om endring av Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter.

<sup>2</sup> Se forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 27-1 jf. § 25-3(3).

<sup>3</sup> Se NOU 2024:9, punkt 21.4, fotnote 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."*

- (15) Når det gjelder saksbehandlingsregler inneholder forslaget til ny anskaffelseslov enkelte prosessuelle særregler. Utvalget foreslår også at tilsyn med brudd på kunngjøringsplikten tilføyes som en av Konkurransetilsynets oppgaver i konkurranseloven § 9, slik at § 24 vil gi adgang til å kreve opplysninger som er nødvendige for å føre tilsyn med kunngjøringsplikten. Utover dette er det overlatt til departementet å utarbeide regler for den saksbehandlingen lovforslaget legger opp til.
- (16) Utvalget mener at det vil være naturlig at Konkurransetilsynet også får rollen med å håndtere varsler om brudd på anskaffelsesregelverket etter varslingsdirektivet (direktiv (EU) 2019/1937), dersom Konkurransetilsynet får tilsynsansvar for anskaffelsesregelverket. Konkurransetilsynet har rutiner for å motta anonyme tips og klager, og på denne bakgrunn mener utvalget at det vil være en god løsning å legge et slikt ansvar til tilsynet. Utvalget foreslår imidlertid ikke lovendringer som ivaretar varslingsdirektivet, siden norske myndigheter foreløpig ikke har bestemt om direktivet skal tas inn i EØS-avtalen.
- (17) Utvalget antar at endringene i håndhevingssystemet samlet sett vil gi gevinster for oppdragsgivere og leverandører konkret, samt for samfunnet generelt. Samtidig understreker utvalget at man burde hatt et bedre kunnskapsgrunnlag for å vurdere hvordan håndhevingssystemet best kan utformes, og anbefaler at det settes av midler til forskning med dette som mål. Utvalget uttaler også at den foreslåtte løsningen vil gjøre det nødvendig å tilføre ressurser til KOFA og til Konkurransetilsynet, dersom tilsynet gis oppgaver i tråd med forslaget.
- (18) Når det gjelder behovet for økte ressurser til Konkurransetilsynet, skriver utvalget nærmere om dette under punkt 40.3.7.6. Utvalget peker på at Konkurransetilsynet bør få en generell adgang til å innhente opplysninger fra oppdragsgivere og leverandører for å vurdere om anskaffelsesreglene er overholdt, og viser til at dette vil medføre ressursbruk hos tilsynet, oppdragsgivere og leverandører. Videre går det frem at utvalget ikke har funnet det mulig å vurdere om gevinstene ved styrket håndheving vil være høyere enn kostnadene et slikt tilsyn medfører.
- (19) Utvalget mener at Konkurransetilsynet må få anledning til selv å prioritere hvilke saker som bør følges, innenfor de til enhver tid gjeldende rammebetingelser for tilsynets arbeid. Videre uttaler utvalget at det uansett er riktig å tilføre tilsynet 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.

### **3 Konkurransetilsynets merknader til håndhevingssystemet**

#### **3.1 Effektiv håndheving er bra for konkurransen**

- (20) Det offentlige bruker i dag store beløp på innkjøp. Effektiv bruk av konkurranse om offentlige kontrakter gir dermed grunnlag for betydelige samfunnsmessige gevinster og besparelser. I praksis kan gevinstene man oppnår ved konkurranse ha stor betydning for omfang og utvikling av offentlig infrastruktur, velferdstjenester og andre goder som det offentlige skal tilby innbyggerne.
- (21) Velfungerende konkurranse forutsetter imidlertid at anskaffelsesreglene etterleves. Sentralt for etterleving av regelverket er plikten til å kunngjøre konkurranser om offentlige kontrakter. Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at det er behov for mer effektiv håndheving av kunngjøringsplikten spesielt, og av anskaffelsesreglene generelt. Tilsynet er positiv til tiltak som bedrer kontrollen med anskaffelsesreglene, da dette vil bidra til mer velfungerende konkurranse om offentlige anbud.

---

Se også NOU 2024:9, punkt 40.3.7.3, der det fremgår på side 409: "*En potensiell leverandør må fremdeles kunne klage en ulovlig direkteanskaffelse inn til KOFA, men må da være beredt til å betale ordinært klagebyr.*"

### 3.2 Håndheving før kontrakt er inngått og uten virkning som primær sanksjon mot ulovlige direkteanskaffelser

- (22) Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag om å innrette håndhevingssystemet slik at feil og lovbrudd i større grad rettes opp før kontrakt er inngått. Når feil av betydning for konkurransen ikke rettes opp underveis, kan konkurranseelementet bli satt ut av spill. Erstatningssøksmål vil ikke gjenopprette konkurransen om kontrakten, men gir leverandøren som skulle ha vunnet kontrakten, dersom konkurransen hadde blitt gjennomført i tråd med regelverket, mulighet for å få kompensasjon for sitt tap. Dagens system, der håndheving primært skjer gjennom erstatningssøksmål, ivaretar derfor ikke hensynet til konkurranse i tilstrekkelig grad. Dersom verdien av konkurranse skal komme offentlige innkjøp til gode, må både regelverket og praktiseringen av dette sørge for at konkurranseelementet ikke settes ut av spill.
- (23) Utvalget mener at de foreslåtte endringene også vil styrke små og mellomstore leverandørers muligheter til å få stanset en kontrakt som er tildelt i strid med regelverket. Konkurransetilsynet er enig i at endringsforslaget vil styrke håndhevingen, sammenlignet med dagens system, da praksis fra gjeldende håndheving har vist at små og mellomstore leverandører i liten grad tar saker inn for retten.
- (24) Utvalget foreslår at KOFA får oppgaven med å håndheve regelverket før kontrakt er inngått. Dette forutsetter at nemndas avgjørelser gjøres bindende, slik at nemnda oppfyller vilkårene for å være håndhevingsorgan etter håndhevingsdirektivet. Utover dette er det etter utvalgets syn ikke nødvendig å endre KOFAs organisering eller saksbehandling.<sup>4</sup> Alternativt kan oppgaven legges til domstolene, men dette vil ifølge utvalget kreve nokså stor omlegging av tingrettens oppgaver i anskaffelsessaker.<sup>5</sup> Etter Konkurransetilsynets vurdering vil utvalgets forslag om å legge oppgaven til KOFA være best i samsvar med den overordnede målsetningen om å styrke håndhevingen av anskaffelsesregelverket.
- (25) Også etterfølgende reaksjoner og sanksjoner, som erstatning og overtredelsesgebyr, har imidlertid en viktig funksjon i håndhevingssystemet, siden disse har en avskrekkende effekt og kan føre til færre brudd på anskaffelsesregelverket. Konkurransetilsynet ser samtidig at offentlige innkjøpere i stor grad ønsker å følge anskaffelsesreglene, og at frykten for sanksjoner og erstatningssøksmål kan føre til at innkjøperne i liten grad benytter seg av handlingsrommet i regelverket.<sup>6</sup> Dersom innkjøpere for eksempel ikke tar sjansen på å gjennomføre markedsundersøkelser, eller konsekvent benytter skjønnsmessige avvisningsretter, kan dette føre til at konkurransen om kontraktene blir mindre effektiv.
- (26) Konkurransetilsynet støtter utvalgets forslag om at adgangen til erstatning for tapt profitt faller bort dersom feilen kunne og skulle ha blitt påberopt i konkurransefasen. Dette gir leverandørene insentiver til å bidra til at feil blir rettet før kontrakt er signert, slik at kontrakten blir tildelt riktig leverandør basert på konkurranse.
- (27) Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil også utvalgets forslag om å innrette håndhevingen slik at ulovlige direkteanskaffelser i større grad kjennes "uten virkning" være et fornuftig tiltak for å effektivisere håndhevingen. Dersom kontrakten kjennes uten virkning, vil (den resterende) ytelsen konkurranseutsettes på nytt, slik at det offentlige kan dra nytte av konkurransens positive effekter på pris og kvalitet.
- (28) Konkurransetilsynet har også merket seg at utvalget mener at "uten virkning" skal være den primære sanksjonen ifølge håndhevingsdirektivet, og tilsynet ser at endringene som foreslås av utvalget er bedre i samsvar med direktivets krav.

<sup>4</sup> NOU 2024: 9 side 251: "Ytterligere endringer i KOFAs organisering eller saksbehandling kan utvalget ikke se at håndhevingsdirektivet krever."

<sup>5</sup> NOU 2024: 9 side 247: "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."

<sup>6</sup> Utvalget skriver om dette i NOU 2024: 9 på side 211.

### 3.3 Håndtering av anonyme tips

- (29) Utvalget foreslår å innføre mulighet til å klage inn ulovlige direkteanskaffelser anonymt. Dette følger av forslaget til § 25-3 (2) i ny lov om offentlige anskaffelser, hvor det i siste punktum fremkommer at *"Klagen kan fremsettes anonymt."* Dersom Konkurransetilsynet gis tilsynsmyndighet, foreslår utvalget at anonyme tips og klager skal rettes til Konkurransetilsynet. Dersom det ikke prioriteres 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.<sup>7</sup>
- (30) Konkurransetilsynet støtter forslaget om å legge til rette for anonyme tips i håndhevingen av ulovlige direkteanskaffelser. Anonyme tips øker muligheten for at lovbrudd avdekkes og sanksjoneres, og kan på denne måten bidra til mer effektiv håndheving av anskaffelsesreglene. Relevant informasjon kan eksempelvis gis fra leverandører som ikke ønsker å klage inn en innkjøper i frykt for at det kan påvirke muligheten til å få neste kontrakt, eller fra ansatte i det offentlige som blir oppmerksomme på feil som gjøres i egen organisasjon.
- (31) Etter Konkurransetilsynets oppfatning kreves det imidlertid ytterligere regulering dersom anonymitet skal sikres i praksis. Tilsynet viser i denne forbindelse til at det følger av konkurranseloven § 27, første ledd, at tilsynets ansatte har taushetsplikt *"...om identiteten til foretak eller person som gir tips om overtredelse [...]."*
- (32) Informasjon og beskrivelser som gis i en klage kan gjøre det mulig å identifisere avsender, selv der avsender i utgangspunktet ønsker å være anonym og ikke ville ønske å informere om saken dersom anonymitet ikke kunne garanteres. Eksempelvis kan henvendelser mottas på telefon eller e-post, fra kjent avsender.
- (33) Det kan også være en fordel at tilsynsorganet har kunnskap om klagers identitet, siden dette gir bedre muligheter for å utrede saken videre og dermed øker sannsynligheten for at saken prioriteres.
- (34) Siden lovforslaget ikke inneholder noen konkret regulering av taushetsplikt, fremstår det uklart for Konkurransetilsynet hvordan reell anonymitet kan sikres i praksis. Etter tilsynets syn vil ytterligere regulering av taushetsplikt være nødvendig for å sikre anonymitet, uavhengig av hvilket organ som skal håndtere anonyme tips og klager.
- (35) I likhet med utvalget mener Konkurransetilsynet at tipsordningen bør kombineres med myndighet til å håndtere brudd på anskaffelsesregelverket etter varslingsdirektivet, dersom dette innlemmes i EØS-avtalen.
- (36) Konkurransetilsynet mener at dersom håndhevingen av anskaffelsesreglene skal styrkes på en helhetlig måte, bør det også åpnes for gjennomføring av tilfeldig kontroll. Utvelgelse av kontrollobjekt bør være risikobasert, for å sikre at kontrollressursene brukes effektivt. I denne forbindelse viser tilsynet til ordningen i Sverige, der Konkurrensverket kan gjennomføre såkalt dybdetilsyn.<sup>8</sup> Dette innebærer at det kan gjennomføres en bredere gjennomgang av hvordan en anskaffelsesmyndighet organiserer og gjennomfører sine anskaffelser.

---

<sup>7</sup> Se NOU 2024: 9 side 250, der det kommer frem *"For det tilfelle at det heller ikke ved denne korsvei 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. KOFAs gebyrvedtak vil som i dag måtte kunne påklages til tingretten, med full overprøving både av juss og faktum."*

<sup>8</sup> Se mer om dette på Konkurrensverkets hjemmesider om ["fördjupad upphandlingsgranskning."](#)

### 3.4 Fordeling av håndhevingsoppgaver på flere offentlige myndigheter

- (37) Utvalget foreslår i utgangspunktet at adgangen til å føre tilsyn og ilegge overtredelsesgebyr legges til et uavhengig tilsyn, og ikke til KOFA. Utvalget peker i denne forbindelse på at det er betenkeligheter ved at samme organ skal være både gebyrmyndighet og tvisteløsningsorgan.
- (38) KOFA avsier i dag både rådgivende uttalelser som tvisteløsningsorgan, og ilegger bindende overtredelsesgebyr som tilsynsmyndighet.<sup>9</sup> Utvalget peker på at dagens ordning er kostnadseffektiv, og sikrer at anskaffelsesrettslige spørsmål vurderes av nemdsmedlemmer med særlig innsikt i offentlige anskaffelser og tvisteløsning. Dette sørger for avgjørelser av høy kvalitet.<sup>10</sup> Utvalget mener også at klagenemnda i dag oppfyller oppdraget i klagenemndsforordningen § 1 om å bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte.<sup>11</sup> Basert på dette, stiller Konkurransetilsynet spørsmål ved om dobbeltrollen i praksis skaper utfordringer for tilliten til klagenemnda.
- (39) Eventuelle utfordringer ved at gebyrmyndighet ligger hos tvisteløsningsorganet må etter Konkurransetilsynets oppfatning holdes opp mot konsekvensene av å dele håndhevingen av regelverket på flere aktører.
- (40) Dersom målet er å legge til rette for mer effektiv håndheving av anskaffelsesreglene, samtidig som tilliten til at håndhevingen er objektiv og uavhengig bevares, er Konkurransetilsynet spørrende til hvorvidt det å fordele håndhevingen på flere offentlige myndigheter i praksis vil være den beste måten å sikre samspillet mellom disse formålene.
- (41) Det kan være utfordrende for offentlige innkjøpere og leverandører å forholde seg til flere offentlige myndigheter, og det medfører også økt behov for å samordne prosesser på tvers av organer. Konkurransetilsynet ser at det i praksis kan være utfordrende å håndheve kun en begrenset del av anskaffelsesregelverket, da dette ikke gir grunnlag for praktisk erfaring og kompetansebygging når det gjelder den generelle anskaffelsesretten. En løsning der håndhevingen fordeles på flere, vil kreve at det settes av tilstrekkelige ressurser hos alle de involverte myndighetene.
- (42) Konkurransetilsynet peker på at det også er viktig at rollene til de forskjellige myndighetene er klart definerte, slik at det ikke oppstår usikkerhet knyttet til kompetanse, eller at samme sak blir behandlet av flere organer.
- (43) En rolleavklaring er særlig viktig siden utvalgets forslag legger opp til at tilsynsmyndigheten skal kunne prioritere hvilke saker som bør forfølges,<sup>12</sup> samtidig som potensielle leverandører skal ha en selvstendig rett til å få sin klage behandlet direkte hos KOFA.<sup>13</sup>
- (44) Etter Konkurransetilsynets oppfatning skaper dette en uklar fordeling av roller og kompetanse mellom tilsynsmyndigheten og KOFA. Når ulovlige direkteanskaffelser kan klages inn direkte for KOFA, er det heller ikke åpenbart at man oppnår det ønskede skillet mellom gebyrmyndighet og tvisteløsningsorgan.
- (45) Konkurransetilsynet stiller også spørsmål ved om en slik løsning kan gi potensielle leverandører incentiv til å klage inn samme sak både for tilsynsmyndigheten og direkte til KOFA, for å redusere risikoen for at saken prioriteres bort.

<sup>9</sup> NOU 2024: 9 side 250.

<sup>10</sup> NOU 2024: 9 side 212.

<sup>11</sup> NOU 2024: 9 side 212.

<sup>12</sup> NOU 2024: 9 side 250.

<sup>13</sup> Se NOU 2024: 9 side 319: "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 kjønnnes 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."

- (46) Konkurransetilsynet er for øvrig positiv til at det innføres en adgang til å prioritere saker basert på skjønn. Dette vil bidra til at håndhevingsressursene kan benyttes effektivt, slik at sanksjoneringen får den ønskede preventive effekten.

### 3.5 Særskilt saksbehandlingsspor for å kjenne kontrakter "uten virkning"

- (47) I forslaget er det lagt opp til at tilsynsmyndigheten ikke har vedtakskompetanse når vilkårene for å kjenne kontrakten "uten virkning" er til stede.<sup>14</sup> Tilsynsmyndigheten skal da fremme en sak for KOFA, og blir part i en videre tvisteløsningsprosess med den offentlige innkjøperen som motpart.
- (48) Dersom kunngjøringsplikten er brutt, men uten at de øvrige vilkårene for å kjenne kontrakten "uten virkning" er oppfylt, vil tilsynsmyndigheten derimot ha selvstendig kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.<sup>15</sup> Man vil dermed få et to-spolet saksbehandlingsløp hos tilsynsmyndigheten, hvor bare sporet som gjelder overtredelsesgebyr vil følge de alminnelige bestemmelsene for enkeltvedtak i forvaltningsloven kapittel IV-VI.
- (49) For å avklare hvilket prosessspor saken skal følge, må tilsynsmyndigheten gjøre en preliminær vurdering av om vilkårene for å kjenne kontrakten "uten virkning" er oppfylt. Hvor intensiv den preliminare vurderingen skal være er ikke nærmere utdypet. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil det imidlertid kreve en viss saksbehandling for å kunne forsvare et saksfremlegg for KOFA.
- (50) Konkurransetilsynet stiller spørsmål ved om ikke den preliminare vurderingen i praksis vil kreve alminnelig saksbehandling, uten at tilsynsmyndigheten fatter en endelig avgjørelse som kan påklages. Dette vil i så fall innebære at det legges opp til en ny form for prosess, som avviker fra den alminnelige forvaltningsrettslige saksgangen.
- (51) Etter Konkurransetilsynets oppfatning kompliserer det foreslåtte saksbehandlingssystemet håndhevingen av brudd på kunngjøringsplikten. I det videre lovarbeidet mener Konkurransetilsynet derfor at det vil være hensiktsmessig å se på andre løsninger med sikte på å redusere kompleksiteten i saksbehandlingen.
- (52) Konkurransetilsynet peker i den forbindelse på at det kan være relevant å utrede muligheten for at tilsynsmyndigheten forblir hos KOFA, med utvidet kompetanse til å utrede saker basert på anonyme tips. Utvalget har pekt på at oppdragsgivers rettssikkerhet ikke vil bli skadelidende dersom KOFA får kompetanse til å behandle anonyme klager.<sup>16</sup> Konkurransetilsynet er enig i dette.
- (53) For å styrke håndhevingen ytterligere, mener Konkurransetilsynet som nevnt at det også bør foreligge adgang til å utrede uavhengig av tips, slik at man åpner for tilfeldig kontroll.

### 3.6 Konkurransetilsynets tiltenkte rolle i håndhevingssystemet

- (54) I tillegg til de generelle merknadene til håndhevingssystemet som Konkurransetilsynet har gitt over, har tilsynet også noen kommentarer til Konkurransetilsynets tiltenkte rolle som kombinert tilsynsmyndighet for konkurranselovgivningen og kunngjøringsplikten etter anskaffelsesregelverket.
- (55) Konkurranseregulverket og anskaffelsesregelverket har overlappende og komplementære formål, og utvalget viser til at man i andre land har valgt løsninger der konkurransemyndighetene også håndhever anskaffelsesreglene. De synergiene utvalget konkret viser til ved å gi Konkurransetilsynet tilsynsmyndighet når det gjelder brudd på

<sup>14</sup> Se forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 27-1 jf. § 25-3 (3) bokstav a.

<sup>15</sup> Se forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 25-5 (3) bokstav b og (4).

<sup>16</sup> NOU 2024:9 s. 250, der utvalget uttaler: "*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.*"

kunngjøringsplikten, er at tilsynet allerede har relevant erfaring med å håndtere anonyme tips og å ilegge overtredelsesgebyr.<sup>17</sup>

- (56) Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det snakk om et begrenset potensiale for synergieffekter. Konkurranselovgivningen og anskaffelsesregelverket har komplementære formål. Det er imidlertid Konkurransetilsynets oppfatning at kompleksiteten i de ulike regelsettene, og behovet for å bevare tilsynsmyndighetenes uavhengighet ved håndhevingen av disse, legger begrensninger på hvilke synergier man kan forvente. Etter tilsynets oppfatning kommer dette til uttrykk i hvordan kombinerte tilsynsmyndigheter er organisert i andre land.
- (57) Både i Sverige og Danmark har konkurransemyndighetene egne interne avdelinger som håndhever anskaffelsesreglene. Etter det Konkurransetilsynet kjenner til har anskaffelsesavdelingen i Sverige per i dag ca. 20 ansatte, og samtidig er det 4-5 medarbeidere på rettsenheten som hovedsakelig arbeider med rettslige prosesser som gjelder offentlige anskaffelser. I tillegg har Konkurrensverket en egen avdeling som håndterer tips.<sup>18</sup>
- (58) Konkurransetilsynet ser også at en dobbeltrolle som tilsynsmyndighet for både konkurranselovgivningen og kunngjøringsplikten etter anskaffelsesregelverket kan gi noen utfordringer for håndhevingen av konkurranseloven. Kontakt med innkjøpere i offentlige anbudsmarkeder er viktig for å kunne avdekke ulovlig anbudssamarbeid og andre brudd på konkurransereguleringen. Flere av tilsynets etterforskningssaker starter med henvendelser fra offentlige innkjøpere.
- (59) Dersom Konkurransetilsynet skal opptre som tilsynsmyndighet overfor de samme innkjøperne, med mulighet til å ilegge overtredelsesgebyr og fremme sak for KOFA, kan det i praksis føre til at innkjøpere vil være mer tilbakeholdne med å kontakte og involvere tilsynet dersom de i forbindelse med en anbudssamarbeid blir oppmerksomme på uregelmessigheter.
- (60) Som utvalget fremhever, er effektiv håndheving av konkurranseloven en fordel også når det gjelder markedene der offentlige innkjøp gjennomføres. Velfungerende markeder gir bedre utnyttelse av offentlige ressurser og understøtter anskaffelsesreguleringens formål.<sup>19</sup> Det er derfor viktig at Konkurransetilsynet ikke gis nye oppgaver som går ut over tilsynets primære mandat og samfunnsoppdrag som håndhever av konkurransereguleringen.
- (61) Dersom tilsynsmyndigheten legges til Konkurransetilsynet, foreslår utvalget også at tilsynet skal prosedere saker i tilfeller der KOFAs vedtak tas inn for domstolene. Denne løsningen kan gjøre det utfordrende for Konkurransetilsynet å få bistand fra Regjeringsadvokaten både i anskaffelsessaker og i konkurransesaker. Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det behov for ytterligere utredning av hvordan domstolsprøvingen av nemndas vedtak skal gjennomføres dersom utvalgets forslag blir vedtatt.
- (62) Konkurransetilsynet understreker at det vil kreve betydelige økonomiske og administrative ressurser dersom tilsynet skulle få den rollen som utvalget foreslår. Tilsynet må bygge opp anskaffelsesfaglig kompetanse fra grunnen av, og det må opprettes en egen avdeling som kan håndtere tilsynsoppgaver innen anskaffelsesregelverket.
- (63) Som nevnt over er det ca. 20 årsverk tilknyttet enheten som arbeider med offentlige anskaffelser i Sverige, og i tillegg er det en håndfull ansatte i rettsenheten som også hovedsakelig arbeider med offentlige anskaffelser. Dette er relevant grunnlag for å estimere ressursbehov for en eventuelt ny anskaffelsesavdeling i Konkurransetilsynet, selv om anskaffelsesenheten i Sverige også har andre oppgaver.
- (64) Dersom det legges nye oppgaver til Konkurransetilsynet uten at det følger med tilstrekkelige ressurser til å løse de nye oppgavene, kan konsekvensen bli at håndheving av øvrig konkurranseregulering svekkes. Det vil i så fall være svært uheldig, og til skade for offentlige innkjøpsprosesser. Dersom målet er å sikre at konkurransen om de offentlige anbudene styrkes,

<sup>17</sup> NOU 2024:9 s. 410

<sup>18</sup> Se [Organisation | Konkurrensverket](#)

<sup>19</sup> NOU 2024: 9 side 221.



vil det være nødvendig å få på plass klare og tydelige rammebetingelser, avklarte prosessregler og tilstrekkelige ressurser til at dette kan lykkes.

#### 4 Lokale og regionale leverandører

- (65) På bakgrunn av at 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, foretas det i utredningens kapittel 5 om lokale og regionale leverandører en gjennomgang av det eksisterende regelverket, gjeldende rammeverk og de ulike sidene ved oppsplitting av kontrakter.
- (66) Utvalget viser til at lokale og regionale leverandører ofte vil være i kategorien små og mellomstore leverandører, og at dette er en gruppe som EU-lovgiver uttrykkelig anerkjenner at anskaffelsesregelverket må ta særskilt hensyn til.
- (67) Utvalget foreslår ikke endringer i eksisterende regelverk. I utredningen vises det til at oppdragsgiver etter regelverket har full anledning til å foreta en avveining mellom ulike hensyn og dele opp kontrakter der dette er hensiktsmessig. Utvalget stiller likevel spørsmål ved om fleksibiliteten som finnes i regelverket benyttes.
- (68) Utvalget peker på at hensynet til kostnadseffektiv behovsdekning og hensynet til lokale og regionale leverandører må avveies, slik at det etterstrebes konkurranse om offentlige kontrakter på vilkår som også gir små og mellomstore leverandører mulighet til å hevde seg. Som støtte for dette synet henviser utvalget til OECD, der det anbefales at oppdragsgiver bør vurdere å splitte opp kontrakter der dette kan fremme konkurranse og tiltrekke mer gunstige tilbud.
- (69) Konkurransetilsynet har også tidligere understreket verdien av at konkurransen kan bedres dersom anskaffelsen utformes slik at *flere aktører* kan by på den aktuelle kontrakten. Ved flere anledninger har tilsynet tatt til orde for at det er viktig at offentlige innkjøpere vurderer muligheten for å splitte opp kontrakter.
- (70) I enkelte markeder kan oppsplitting av kontrakter gi flere leverandører mulighet til å konkurrere om kontrakter. Men i andre markeder kan oppsplitting være uheldig, og hindre mindre foretak å by på kontrakter.<sup>20</sup> Som utvalget peker på, finnes det ikke noe enhetlig svar på hvorvidt en kontrakt bør deles opp. Det er derfor viktig at oppdragsgiver gjør konkrete vurderinger i hver enkelt anskaffelse.
- (71) Konkurransetilsynet slutter seg til utvalgets vurderinger hva gjelder oppdeling av kontrakter og betydningen av å benytte fleksibiliteten i eksisterende regelverk til å fremme eksisterende og fremtidig konkurranse.
- (72) Konkurransetilsynet vil ellers slutte seg til utvalgets understreking av at oppsplitting av kontrakter ikke må knyttes særskilt til leverandørens geografiske tilhørighet.

#### 5 Avvisning av leverandør som har deltatt i konkurransebegrensende samarbeid

- (73) Det følger av mandatet at utvalget skal vurdere endringer i avvisningsreglene, og dette behandles i utredningen del VI. Utvalget har i denne sammenheng foreslått språklige forenklinger samt vurdert muligheten for å gjøre forholdet til EØS-retten tydeligere.
- (74) Konkurransetilsynet vil i denne forbindelse komme med noen merknader som gjelder utredningens punkt 9.6.5, der utvalget behandler "*avtaler inngått for å vri konkurransen*" som grunnlag for avvisning.
- (75) Utvalgets forslag til § 16-5 regulerer de frivillige avvisningsgrunnene, hvor det foreligger en skjønnsmessig adgang til å avvise, under forutsetning av at avvisningen er forholdsmessig. Bestemmelsen er en "kan"-regel, hvor det må foretas en nærmere vurdering av innkjøper. Lovutkastets § 16-5 (1) d. åpner for adgang til å avvise leverandør som har deltatt i konkurransebegrensende samarbeid. Reguleringen tar utgangspunkt i anskaffelsesdirektivet

<sup>20</sup> Se kronikk datert 8. juni 2020 "[Skal, skal ikke dele opp?](#)"

artikkel 57 nr. 4 (d), og er tidligere gjennomført i det norske anskaffelsesregelverket med virkning fra 1. januar 2017.

- (76) Utvalget forslår å endre ordlyden, slik at den blir mer i samsvar med ordlyden i direktivet, som åpner for avvisning ved "*sufficiently plausible indications*" på konkurransebegrensende samarbeid. Konkret innebærer dette at dagens ordlyd i anskaffelsesforskriften § 24-2 tredje ledd bokstav e, som krever «*klare holdepunkter*» for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen, ikke videreføres. Utvalget foreslår at «*Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig [...] d. når oppdragsgiver har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen.*»
- (77) Utvalget påpeker at dersom oppdragsgiver får kunnskap om objektive forhold som reiser tvil om hvorvidt det er inngitt selvstendige og uavhengige tilbud, kan oppdragsgiver ha plikt til å foreta nærmere undersøkelser, jf. C-531/16 Ecoservice.
- (78) Konkurransetilsynet understreker at dersom oppdragsgiver mistenker ulovlig anbudssamarbeid er det viktig at tilsynet kontaktes, uten at leverandørene får informasjon om dette i forkant. Ulovlig anbudssamarbeid er et alvorlig brudd på konkurransereglene, og krevende å avdekke. Det er derfor viktig at Konkurransetilsynet får mulighet til å iverksette undersøkelser på et tidlig tidspunkt, uten at leverandørene får informasjon om dette på forhånd.
- (79) Konkurransetilsynet fremhever samtidig at det kan være krevende å vurdere hvorvidt innkjøper bør velge å avvise en leverandør som tidligere har deltatt i ulovlig anbudssamarbeid, da en slik avgjørelse også vil påvirke hvor mange aktører som kan konkurrere om det aktuelle oppdraget.
- (80) Konkurransetilsynet understreker at innkjøper har et handlingsrom når det gjelder hvorvidt en leverandør skal avvises, selv der innkjøper har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har deltatt i konkurransebegrensende samarbeid. I denne sammenheng er det relevant å se hen til mulighet for alternative sanksjoner ved brudd på konkurranselovens forbud mot konkurransebegrensende samarbeid. Det kan ilegges overtredelsesgebyr mot foretak eller strafferettslige sanksjoner rettet mot enkeltindivider som har deltatt i en overtredelse. I tillegg risikerer foretak etterfølgende private søksmål.
- (81) Når innkjøper skal vurdere hvorvidt avvisningsgrunnlaget skal anvendes er det dermed viktig at innkjøper vurderer hvordan dette vil fungere i samspill med eventuelt øvrige sanksjoner, samt hvordan dette vil virke inn på muligheten til å oppnå tilstrekkelig konkurranse om det aktuelle oppdraget. Etter det tilsynet kjenner til har konkurransebegrensende samarbeid som avvisningsgrunnlag ikke blitt anvendt etter lovendringen i 2017.
- (82) Når det gjelder det konkrete i lovutkastet, mener Konkurransetilsynet at ordlyden "*hensikt*" bør endres. I denne forbindelse viser tilsynet til at hvorvidt et samarbeid har et konkurransebegrensende formål etter konkurranseloven § 10 og EØS-avtalen artikkel 53, skal avgjøres ut ifra hvilket formål samarbeidet rent objektivt fremmer.<sup>21</sup> Partenes mål, ønsker eller hensikt med samarbeidet er ikke avgjørende.<sup>22</sup> Dersom konkurransebegrensende hensikt oppstilles som et vilkår for avvisning, vil dette ikke være i samsvar med det som ellers følger av bestemmelsen om konkurransebegrensende samarbeid i konkurransereguleringen.
- (83) Som gjennomgått i utredningen følger det av direktivet at en leverandør kan unngå avvisning ved å legge frem tilstrekkelige bevis for at vedkommende har truffet tiltak som dokumenterer at aktøren er pålitelig ("self cleaning measures"). Et tiltak som er relevant i denne sammenheng er aktivt samarbeid med offentlige myndigheter ved detaljert klargjøring av fakta og omstendigheter rundt overtredelsen.
- (84) Konkurransetilsynet fremhever at konkurranseloven åpner for samarbeid med tilsynet gjennom muligheten til å søke om [amnesti gjennom lempningsordningen](#). Denne ordningen gjør at foretak som samarbeider fullt ut med tilsynet med sikte på å avdekke de faktiske forholdene

<sup>21</sup> HR-2017-1229-A Ski Taxi, avsnitt 38, Rt. 2012 side 1556 (Brosaken), avsnitt 64 og sak C-8/08 T-Mobile Netherlands m.fl., avsnitt 27 flg.

<sup>22</sup> HR-2017-1229-A Ski Taxi, avsnitt 38, Rt. 2012 side 1556 (Brosaken), avsnitt 64 og 65.

knyttet til et ulovlig konkurransebegrensende samarbeid får krav på fritak eller reduksjon av overtredelsesgebyr.

Dersom målet er at oppdragsgiver skal ha kunnskap om i hvilken grad leverandøren har samarbeidet med offentlige myndigheter om avdekking av et ulovlig anbudssamarbeid, bør også innkjøper undersøke hvorvidt Konkurransetilsynet har innvilget lempning for overtredelsen.

## 6 Åpenhet om eierskap

- (85) Anskaffelsesutvalget ble også bedt om å vurdere hvordan regelverket for offentlige anskaffelser kan endres for å skjerpe kravene til åpenhet om eierskap i offentlige anskaffelser. I utredningen viser utvalget til arbeidet som pågår med utredning av mulige løsninger for større åpenhet om aksjeeiere. Arbeidsgruppen som arbeidet med dette leverte sin [rapport 18. juni 2024](#), i etterkant av at anskaffelsesutvalget leverte sin utredning.
- (86) Anskaffelsesutvalget fremhever at et aksjeregister, og et register over reelle rettighetshavere vil være positivt for åpenhet i offentlige anskaffelser. Utvalget ser ikke behov for særregulering i ny anskaffelseslov, men foreslår at alle oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket bør få tilgang til registeret over reelle rettighetshavere. Det er besluttet at dette [registeret etableres i Brønnøysundregistrene](#), og at opplysninger om reelle rettighetshavere kan registreres der.
- (87) Konkurransetilsynet er enig med utvalget i at det bør være åpenhet om eierskap hos tilbydere av varer og tjenester til offentlige anskaffelser. Åpenhet har også en side mot etterlevelse, ved at det bidrar til å sikre avvisning av leverandører som skulle eller burde vært avvist. Åpenhet bidrar dermed til økt tillit til offentlige anskaffelsesprosesser.
- (88) Åpenhet om eierskap er også viktig ut ifra et konkurranseperspektiv. Innsikt i eierskap kan være nødvendig for å avgjøre hvorvidt det er reell konkurranse om oppdraget, eller om overlappende eierskap fører til at tilbudene ikke er levert av uavhengige budgivere. Konkurransetilsynet støtter utvalgets anbefaling om at alle oppdragsgivere bør få tilgang til registeret over reelle rettighetshavere.

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