

Kontaktperson:
Terje Einarsen
terje.einarsen@uib.no

Høringsuttalelse fra ICJ-Norge til Ny lov om offentlige anskaffelser

1. Innledende bemerkninger

ICJ-Norge ønsker å inngi høringsuttalelse til enkelte spørsmål knyttet til *NOU 2024:9 Ny Lov om offentlige anskaffelser* (heretter NOU 2024:9). ICJ-Norges anliggende er at regelverket for offentlige anskaffelser må tydeliggjøres slik at offentlige anskaffelser som et minimum praktiseres i samsvar med Norges grunnleggende folkerettslige forpliktelser, i tillegg til å være i samsvar med EØS-retten slik lovutvalget særlig har fremhevet.

Selv om lovutvalget i NOU 2024:9 punkt 9.6.4.2 kommer med en viktig uttalelse som ICJ-Norge vil komme tilbake til nedenfor, mener ICJ-Norge overordnet at utvalgets utredning er noe mangelfull hva gjelder forholdet til Norges folkerettslige forplikter etter alminnelig folkerett og sentrale konvensjoner for beskyttelse av sivile i krig og konflikt og mot alvorlige brudd på menneskerettighetene rettet mot en sivilbefolkning eller bestemte grupper generelt. Bekymringen er at offentlige anskaffelser fra leverandører som kan knyttes til krig og konflikt, eller til situasjoner med omfattende eller alvorlige brudd på menneskerettighetene, kan medføre at statens organer og institusjoner – og Norge som stat – bryter folkeretten.

Ansvar for å sikre respekt for folkeretten i offentlige innkjøp har blitt ytterligere aktualisert med [den rådgivende uttalelsen fra Den internasjonale domstolen av 19. juli 2024](#), om de folkerettslige sidene ved Israels okkupasjon av Vestbredden, Øst-Jerusalem og Gaza. ICJ er tydelig på at både bosettingene og selve okkupasjonen er ulovlig og at disse bruddene også angår tredjestater som ikke direkte er berørt av bruddene. Uttalelsen har derfor betydning for hvilke tilbydere offentlige innkjøpere kan benytte seg av i Norge både generelt og spesifikt i den aktuelle situasjonen.

ICJ-Norge vil derfor gi et konstruktivt ment innspill om dette temaet knyttet til spesifikke regler i utvalgets lovforslag (pkt. 3). Uttalelsen knytter seg særlig til spørsmål om avvísning på grunn av forhold ved leverandør, jf. lovutvalgets kapittel 16 II, nærmere bestemt forslaget til § 16-3 (om obligatoriske avvísningsgrunner som følge av straffbare forhold), § 16-5(1)(c) (frivillige avvísningsgrunner), § 16-6(3) (om identifikasjon). Også behovet for utfyllende veiledning vil

bli kort kommentert (pkt. 4). Men ICJ-Norge vil også foreslå en ny generell bestemmelse i loven om forholdet til folkeretten (pkt. 2).

2. Lovens forhold til internasjonale regler bør tydeliggjøres i en generell lovregel

2.1 Gjeldende lov

Gjeldende lov har ingen generell regel om lovens forhold til internasjonale regler. Det nærmeste er lovens § 5 om «miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn», jf. særlig § 5 første ledd tredje punktum om at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal ha

«egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter».

Grunnleggende menneskerettigheter er internasjonale av natur og er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner, herunder sentrale konvensjoner som FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon mot tortur og FNs barnekonvensjon (BK). SP og BK er også generelt inkorporert i norsk rett gjennom *menneskerettsloven*, sammen med flere andre konvensjoner, som ifølge menneskerettsloven selv har forrang fremfor andre norske lovbestemmelser. I tillegg gjelder det generelle presumsjonsprinsippet – om at norsk lov så vidt mulig skal tolkes slik at loven blir anvendt i samsvar med folkeretten – også på anskaffelseslovens område. Denne rettslige rammen for anskaffelsesloven er imidlertid verken presisert i det gjeldende lovverket eller på en fullt ut tilfredsstillende måte i lovutvalgets forslag og begrunnelser i NOU 2024:9, jf. *NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser* (heretter NOU 2023:26).

Mye tyder på at norske innkjøpere ikke alltid er seg bevisst at offentlige anskaffelser skal foretas innenfor rammen av folkeretten og ansvaret for å sikre og respektere menneskerettighetene ved norske innkjøpshandlinger, jf. Mads Harlem og Terje Einarsen, [Offentlige anskaffelser i UH-sektoren og Israels brudd på folkeretten](#) (Khrono, 19.08.2024). Dette kan blant annet skyldes at forholdet til internasjonal rett ikke er tydeliggjort i tilstrekkelig grad i det gjeldende lovverket.

2.2 Lovutvalgets forslag

I NOU 2024: 9 viderefører utvalget sitt eget forslag i NOU 2023:26 om en bestemmelse i ny lov § 1-1 (Formål), nærmeste bestemt § 1-1(3), som lyder:

«Sammen med lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvarsavtaler gjennomfører loven Norges EØS-rettslige forpliktelser og øvrige folkerettslige forpliktelser på anskaffelsesområdet.»

Denne bestemmelsen sier kun at det er et formål med loven å gjennomføre Norges *EØS-rettslige* forpliktelser og øvrige folkerettslige forpliktelser på *anskaffelsesområdet*. Det er ingen bestemmelse om lovens forhold til internasjonale regler generelt eller en bestemmelse om forrang for folkeretten, jf. også NOU 2023: 26 kap. 11.3.4.

Den foreslåtte bestemmelsen i § 2-8 (Menneskerettigheter) i NOU 2023: 26 angår imidlertid forholdet til grunnleggende menneskerettigheter:

«I anskaffelser som følger lovens del III og der er høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter, skal oppdragsgiver stille krav eller kriterier for å motvirke at slike brudd oppstår.»

Forholdet til menneskerettighetene er nærmere drøftet i NOU 2023: 16, kap. 19.

Lovutvalget viser her blant annet til at forarbeidene til *åpenhetsloven* indikerer «at lovgiver forutsetningsvis mener at anskaffelsesloven skal forplikte offentlige oppdragsgivere til å ta hensyn til menneskerettigheter ved gjennomføringen av sine anskaffelser, og at dette er grunnen til at de ikke er pliktsubjekter etter åpenhetsloven», jf. pkt. 19.4 (s. 175). Samtidig peker lovutvalget på plikten til å utføre aktsomhetsvurderinger etter åpenhetsloven § 4 i samsvar med OECDs retningslinjer (s. 174-175). Lovutvalget legger til grunn at begrepet «grunnleggende menneskerettigheter» skal forstås på samme måte i anskaffelsesloven som i åpenhetsloven», det vil si med henvisning til «de internasjonalt anerkjente menneskerettigheter» (s. 175), og at «oppdragsgiver må ha stor grad av fleksibilitet til å håndtere risikoen for brudd på grunnleggende menneskerettigheter i den enkelte anskaffelse» (s. 176).

ICJ-Norge er enig i disse betraktningene, med den presisering som fremgår av lovteksten, at oppdragsgiver ved høy risiko «skal» stille krav eller kriterier. Dersom slike krav eller kriterier ikke blir etterkommet, eller hvis bruddene er så alvorlige og/eller omfattende at det ikke nytter å stille krav til leverandøren, vil det etter ICJ-Norges syn måtte få direkte betydning for spørsmål om avvisning etter lovens kapittel 16, jf. nedenfor pkt. 3.

Lovutvalgets bestemmelse i § 2-8 er begrenset til anskaffelser etter lovens del III (Begrenset anbudskonkurranse). Fordi utvalgets forslag «innebærer en konkret plikt til å stille krav i enkelte anskaffelser, mener utvalget at virkeområdet til bestemmelsen bør avgrenses til å gjelde anskaffelser som følger lovens del III». Noen begrunnelse utover dette tautologiske utsagnet er ikke gitt.

ICJ-Norge mener at når det gjelder Norges internasjonale forpliktelser i medhold av grunnleggende folkerett, kan ikke anbudsformen ved offentlige anskaffelser i norsk rett ha avgjørende betydning, se nærmere nedenfor pkt. 2.3. Disse forpliktelsene er ikke avgrenset slik og de bør derfor heller ikke i norsk rett avgrenses på denne måten i den nye anskaffelsesloven. En generell bestemmelse som foreslått av ICJ-Norge, vil kunne avhjelpe dette problemet.

2.3 ICJ-Norges forslag om en generell lovregel om lovens forhold til folkeretten

2.3.1 Bakgrunn for forslaget

Det er først nå, ved NOU 2024:9, med drøftelse av reglene i kapittel 16 om avvisning av leverandører, at det er mulig å danne seg fullstendig bilde av lovutvalgets forslag om lovens

forhold til folkeretten. ICJ-Norge mener derfor at det ligger innenfor denne høringen å kunne kommentere forholdet til den grunnleggende folkeretten. Denne folkeretten innbefatter, men ikke er begrenset til «grunnleggende menneskerettigheter» i § 2-8s forstand.

ICJ-Norge mener som nevnt at det er behov for generell bestemmelse om lovens forhold til internasjonale regler, særlig for å kunne fange opp de mest grunnleggende folkerettslige forpliktelser som gjelder universelt for alle stater, statlige organer og institusjoner, selskaper, organisasjoner og enkeltpersoner etter gjeldende alminnelig folkerett.

Disse forpliktelsene er i den senere tid blitt aktualisert og anskueliggjort i flere saker for Den internasjonale domstol (ICJ) i Haag. Dette gjelder blant andre den pågående saken [Sør-Afrika mot Israel](#), om folkemord i Gaza vurdert etter *folkemordkonvensjonen*, og ICJs rådgivende uttalelse av 19. juli 2024 om de folkerettslige konsekvensene av Israels okkupasjon av de palestinske territorier (Gaza, Vestbredden og Øst-Jerusalem) vurdert etter flere overordnede folkerettslige regelsett. I sistnevnte sak har ICJ som nevnt slått fast at Israels okkupasjon av Vestbredden, Øst-Jerusalem og Gaza er ulovlig og i strid med FN-paktens grunnleggende regler om territoriell integritet og retten til palestinsk selvbestemmelse, at de israelske bosettingene i de okkuperte områdene er ulovlige og at all israelsk tilstedeværelse i de palestinske områdene inklusive Gaza er ulovlig. Denne autoritative uttalelsen om grunnleggende folkerett har betydning for offentlig innkjøp i Norge, også i andre situasjoner med okkupasjon som kan være ulovlig og i strid med grunnleggende folkerett.

I begge de nevnte saker for ICJ er også *tredjestaters* folkerettslige forpliktelser i situasjoner hvor grunnleggende folkerett brytes eller hvor det er risiko for at det skjer, drøftet av ICJ. Denne diskusjonen i folkeretten er pågående og forpliktelsene kan bli ytterligere presisert og utdypet senere av ICJ i den nevnte saken *Sør-Afrika mot Israel*, men også i andre saker for ICJ, som [Nicaragua mot Tyskland](#), om medvirkning til folkemord, og i fremtidige saker for Den internasjonale straffedomstolen (ICC) hvor selskapers og tredjestaters medvirkning til forbrytelser etter Roma-vedtektene kan komme mer i fokus, da riktignok primært med henblikk på sentrale aktørers individuelle ansvar.

Det er derfor etter ICJ-Norges syn et klart behov for en mer generell bestemmelse om anskaffelseslovens forhold til folkeretten.

2.3.2 Forslag til utforming av bestemmelsen

En slik generell bestemmelse kunne lyde:

«Lovens forhold til internasjonale regler

Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av.»

ICJ-Norge foreslår her en type lovregel som allerede finnes i liknende utforming i flere andre norske lover. På grunn av bestemmelsens viktighet bør den tas inn i en egen bestemmelse i

anskaffelseslovens kapittel 1, fortrinnsvis som ny § 1-2 (Lovens forhold til folkeretten), slik at utvalgets forslag til § 1-2 (Hvem loven gjelder for) blir § 1-3, og så videre.

Lovens § 2-8 kan etter ICJ-Norges syn antakelig beholdes slik den står, eventuelt i hovedsak slik den står, eventuelt ved at den foreslåtte begrensningen til «lovens del III» fjernes fra § 2-8. Den foreslåtte § 1-2 vil dermed supplere og utfylle § 2-8.

Dersom en generell bestemmelse som her foreslått også skulle bli foreslått av departementet i stortingsproposisjonen, bør hensikten med og virkningen av bestemmelsen naturligvis begrunnes nærmere av departementet selv.

Det som etter ICJ-Norges syn bør komme frem, er for det første at bestemmelsen innebærer at loven skal tolkes i samsvar med presumsjonsprinsippet. Det må antas å gjelde også i dag, ved tolkning av gjeldende lov, i medhold av det ulovfestede presumsjonsprinsippet i norsk rett. Dersom det skulle oppstå tvil om tolkningen av en bestemmelse, må rettsanvender velge det tolkningsalternativet som harmonerer best med Norges folkerettslige forpliktelser. Men dersom det foreligger motstrid som ikke kan tolkes bort, vil Norges internasjonale forpliktelser for det andre ha forrang etter den foreslåtte bestemmelsen. Dette betyr at internasjonale regler skal benyttes til tolkning og utfylling av loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor bestemmelser som eventuelt går i motsatt retning.

Dersom Norge kan ha internasjonale forpliktelser som på lovens område er uforenlige, bør departementet presisere at overordnede folkerettslige forplikter *erga omnes*, som er av *jus cogens* karakter, går foran alle andre forpliktelser. Dette omfatter de overordnede folkerettslige regler som gjelder for og mot alle, inklusive stater, statlige organer, selskaper, internasjonale og nasjonale organisasjoner, og enkeltpersoner. Disse reglene er universelle og gjelder i medhold av alminnelig folkerett, men er også reflektert i internasjonale traktater som Folkemordkonvensjonen hva gjelder virkninger for tredjeparter (artikkel 1, jf. artikkel 3 om medvirkning), Genèvekonvensjonene (jf. felles artikkel 1) og Romavedtektene (artikkel 5-8 bis, jf. artikkel 25 om medvirkning).

Nærmere bestemt handler de overordnede folkerettslige reglene om forbud mot ulovlig okkupasjon og andre aggresjonshandlinger som kan innebære *aggresjonsforbrytelse* (jf. FN-pakten artikkel 2 nr. 4 og Romavedtektene artikkel 8 bis), *krigsforbrytelser* (jf. Romavedtektene artikkel 8), *forbrytelser mot menneskeheten* (jf. Romavedtektene artikkel 7) og/eller *folkemord* (jf. Romavedtektene artikkel 6).

Norske innkjøpere, og Norge som stat, har folkerettslig plikt til ikke å medvirke til slike handlinger gjennom handel med leverandører som selv begår eller medvirker til slike handlinger. Men i tillegg gjelder det en folkerettslig aktsomhetsplikt som innebærer at alvorlig *risiko* for slike handlinger utløser en *umiddelbar handleplikt* til å gjøre det som er *mulig* for å forhindre eller motvirke slike handlinger. Det som ofte vil være mulig i slike situasjoner er for eksempel å avvise tilbydere med suspekt tilknytning til krig og konflikt hvor det begås alvorlige brudd på folkeretten, typisk alvorlige brudd på humanitærrettslige regler, jf.

Genøvekonvensjonene, og/eller alvorlige brudd på menneskerettighetene, jf. FN-konvensjoner som konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, konvensjonen mot tortur og barnekonvensjonen. Omfattende forekomst av slike krenkelser i et område innebærer alvorlig risiko for at det også begås brudd på regler erga omnes, av jus cogens karakter, som for eksempel krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten.

Alt dette bør norske innkjøpere være innforstått med og ha innarbeidet rutiner for. Et viktig første skritt er å synliggjøre dette forholdet i loven og lovens forarbeider enda tydeligere.

3. Kommentar til enkelte bestemmelser i lovens kapittel 16

3.1 § 16-3 (Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av straffbare forhold)

Bestemmelsen i § 16-3(1) som foreslått gjennomfører EUs anskaffelsesdirektiv artikkel 57 nr. 1 første avsnitt. Bestemmelsen om vedtatt forelegg er en norsk nasjonal regulering som ikke følger direktivet, jf. NOU 2024:9 s. 419.

ICJ-Norge mener at de obligatoriske avvisningsgrunner i § 16-3 bør suppleres av avvisningsgrunner som følge av begrunnet mistanke om at leverandøren har begått eller medvirket til brudd på overordnede folkerettslig regler. En slik bestemmelse kunne inntas som ny § 16-3(2). En mulig ordlyd kunne være:

Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med en alvorlig mistanke om at leverandøren har begått eller gjennom sin virksomhet har medvirket til ulovlige okkupasjonshandlinger eller andre ulovlige handlinger som kan utgjøre aggresjonsforbrytelse, krigsforbrytelser, forbrytelser mot menneskeheten eller folkemord.

Alminnelig sannsynlighetsovervekt bør etter ICJ-Norges syn være tilstrekkelig for at det skal foreligge alvorlig mistanke.

Bestemmelsen tydeliggjør at norsk anskaffelsespraksis skal være i samsvar med grunnleggende folkerettslige forpliktelser.

3.2 § 16-5(1)c (Frivillige avvisningsgrunner)

Bestemmelsen i den foreslåtte § 16-5(1)c er kommentert i NOU 2024:9 punkt 9.6.4.2 med henvisning til at EU-domstolen har anlagt en vid forståelse av direktivets bestemmelse om hvilke forsømmelser som kan anses som yrkesmessige (s. 167):

«Artikkel 57 nr. 4 bokstav c gir med dette også avvisningsrett overfor leverandører som kan knyttes til brudd på internasjonal humanitærrett eller annen folkerett, for eksempel i konfliktområder.»

ICJ-Norge mener at dette er en viktig presisering av bestemmelsens virkeområde som burde fremgå av selve lovteksten.

Bestemmelsen i § 16-5(1)c kunne gis et tillegg som kunne lyde slik (tillegget i kursiv):

[...], som medfører tvil om leverandørens integritet, som hvis leverandøren kan knyttes til brudd på internasjonal humanitærrett eller annen folkerett for eksempel i konfliktområder

Selv om denne formuleringen anses som dekkende for rettstilstanden allerede i dag, er det ICJ-Norges erfaring at ikke alle norske innkjøpere tolker regelverket slik. Det kan derfor ha stor informasjonsverdi at lovutvalgets forståelse av regelen på dette viktige punktet fremgår direkte av lovteksten.

Departementet kunne også tydeliggjøre i forarbeidene til denne bestemmelsen, hvis ikke andre steder, at norske innkjøpere – og Norge – også er *forpliktet* til å avvise leverandører som har tilknytning til alvorlige folkerettsbrudd i væpnet konflikt. ICJ-Norge er enig i Redd Barnas vurdering slik den fremkommer i Redd Barnas høringsuttalelse s. 3-4.

3.3 § 16-6 Identifikasjon etter §§ 16-3 til § 16-5

På dette punkt slutter ICJ-Norge seg til pkt. 3.2 i Redd Barnas høringsuttalelse, som ICJ-Norge er helt enig i.

4. Veiledning for offentlige innkjøpere

ICJ-Norge har merket seg lovutvalgets boks 9.5 (Behov for veiledning), jf. NOU 2024:9 s. 168, og deler synspunktet der om behovet for klarere veiledning til offentlige oppdragsgivere hvor en leverandør har tilknytning til alvorlige folkerettsbrudd, slik som der illustrert i relasjon til de folkerettsstridige israelske bosettingene.

ICJ-Norge vil samtidig påpeke at dette eksempelet på den ene side ikke er unikt, og at det på den annen side også er for snevert utformet rent konkret, jf. ICJs rådgivende uttalelse av 19. juli 2024. Denne slår som nevnt fast at hele okkupasjonen, og all israelsk tilstedeværelse i de okkuperte områder, er ulovlig. Det flytter vurderingen norske innkjøpere må gjøre i vesentlig grad, da langt flere leverandører gjennom sin virksomhet vil ha tilknytning til de okkuperte områder og til den israelske opprettholdelsen av den ulovlige okkupasjonen av Vestbredden, Gaza og Øst-Jerusalem, enn bare til de ulovlige bosettingene.

ICJ-Norge har merket seg at Redd Barna i sin høringsuttalelse (pkt. 4) også har pekt på behovet for bedre veiledere for innkjøpere og leverandører.

Etter ICJ-Norges syn bør derfor departementet, eventuelt næringsdepartementet etter innspill fra UD, utarbeide løpende rundskriv i form av bindende instruks for norske innkjøpere. Slike instruks i rundskrivs form kan inneholde veiledning både om visse generelle spørsmål og konkret anvendelse av lovverket i bestemte faktiske situasjoner i forskjellige land med alvorlige brudd på folkeretten hvor norske innkjøpere benytter seg av leverandører. Det kan til illustrasjon vises til utlendingsfeltet, for eksempel kapittel 14 i utlendingsloven om

sikkerhetshensyn og utenrikspolitiske interesser, hvor departementet løpende gir utfyllende veiledning til UDIs og UNEs praktisering av lovverket gjennom instruks/rundskriv.

På vegne av ICJ-Norge:

Terje Einarsen
Terje Einarsen
Styreleder ICJ-Norge

Bergen 31. august 2024

