



FORNYINGS- OG
ADMINISTRASJONSDEPARTEMENTET

Veileder

Veileder til reglene om offentlige anskaffelser



1 Innledning	9
Kapittel 2 Hvilke virksomheter og kontrakter som omfattes	10
2.1 Hvem er omfattet av regelverket?	10
2.1.1 Stat, fylkeskommune og kommuner	10
2.1.2 Offentligrettslige organer	10
2.1.3 Innkjøpsentraler	13
2.2 Hvilke kontrakter er omfattet?	14
2.2.1 Hva er en kontrakt?	14
2.2.2 De mest sentrale unntakene i forskriften	17
2.2.3 Utbyggingsavtaler	28
Kapittel 3 Egenregi og tjenestekonsesjoner	31
3.1 Offentlig-offentlig samarbeid	31
3.1.1. Innledning	31
3.1.2 Utvidet egenregi (vertikalt offentlig-offentlig samarbeid)	32
3.1.2.2 Aktivitetskriteriet (omsetningskriteriet)	36
3.1.2.3 Omvendt egenregi og tildeling til søsterselskaper	38
3.1.3 Horisontalt offentlig-offentlig samarbeid	38
3.1.4 Samarbeid som ikke bygger på kontrakt	40
3.1.5 Noen spesielle problemstillinger	41
3.2 Tjenestekonsesjonskontrakter	42
3.2.1 Innledning	42
3.2.2 Hva er en tjenestekonsesjonskontrakt?	43
3.2.3 Tildeling av tjenestekonsesjonskontrakter må skje i tråd med de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen	47
3.2.4 Spesielt om tjenestekonsesjon som enerett	48
Kapittel 4 Anvendelsesområde for de ulike delene i forskriften	49
4.1 Forskriftens struktur	49
4.2 Terskelverdi	50
4.2.1 Hvilke terskelverdier gjelder?	50
4.2.2 Hvordan beregnes terskelverdier?	51
4.2.3 Hva er én anskaffelse når flere enheter gjør innkjøp?	54
4.2.4 Løpende kontrakter	55
4.3 Prioriterte og uprioriterte tjenester	57
4.3.1 Generelt	57
4.3.2 Blanding av prioriterte og uprioriterte tjenester	58
4.4 Blandede kontrakter	59
Kapittel 5 Almennelige regler	62
5.1 Grunnleggende krav til alle anskaffelser	62
5.1.1 Betydningen av de grunnleggende prinsippene	62
5.1.2 Krav til konkurransen	64
5.1.3 Likebehandling og ikke-diskriminering	64
5.1.4 Gjennomsiktighet, forutberegnlighet og etterprøvbarehet	67
5.1.5 Forholdsmessighet	68



5.1.6 God forretningsskikk	69
5.2 Samfunnsmessige hensyn	70
5.2.1 Universell utforming	70
5.2.2 Miljø	71
5.2.3 Etske krav til produksjon av varer og tjenester	73
5.3 Anskaffelsesprotokoll	76
5.4 Bruk av rådgivere	77
5.4.1 Generelt	77
5.4.2 Hvem retter bestemmelsen seg mot og konsekvenser	78
5.4.3 Nærmere om å kunne «utelukke» konkurransen	78
5.5 Offentlighet og taushetsplikt	82
5.5.1 Innledning	82
5.5.2 Bakgrunnen for dagens regler om innsyn i anbudsdokumenter	82
5.5.3 Unntak fra offentlighet for opplysninger som er omfattet av taushetsplikt – hva er en forretningshemmelighet?	83
5.5.4 Unntak fra offentlighet ut fra hensynet til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen i organet	84
5.5.5 Hvem avgjør hva som er taushetsbelagt?	84
5.5.6 Ufordringer knyttet til offentlighetsloven § 23	84
5.5.7 Hvor finner man ytterligere informasjon?	85
5.6 Reserverte kontrakter	85
5.7 Kontraktslengde	85
Kapittel 6 Konkurransereformer	88
6.1 Innledning	88
6.2 Kort presentasjon av de ulike anskaffelsesprosedyrene	88
6.2.1 Anskaffelser etter forskriftens del I	88
6.2.2 Åpen anbudskonkurranse	88
6.2.3 Begrenset anbudskonkurranse	89
6.2.4 Konkurransepreget dialog	89
6.2.5 Konkurransse med forhandling	89
6.3 Hvilken konkurranseform bør oppdragsgiver velge?	89
Kapittel 7 Når kan de ulike anskaffelsesprosedyrene benyttes?	92
7.1 Oversikt over når en kan benytte de ulike anskaffelsesprosedyrene	92
7.2 Anskaffelser under 500 000 kr	93
7.3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi og uprioriterte tjenester	93
7.3.1 Hovedregel: Anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling	93
7.3.2 Unntak: Kjøp etter forskriftens del I	93
7.3.3 Kjøp av helse- og sosialtjenester fra en ideell organisasjon	98
7.4 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene	102
7.4.1 Hovedregel: Anbudskonkurranse	102
7.4.2 Unntak: Konkurransse med forhandling eller konkurransepreget dialog	102
7.4.3 Konkurranssepreget dialog	102
7.4.4 Konkurransse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring	104
7.4.5 Konkurransse med forhandling uten forutgående kunngjøring	107
Kapittel 8 Rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning	119
8.1 Innledning om rammeavtaler	119



8.2 Hva er rammeavtaler?	120
8.2.1 Tre typer rammeavtaler	120
8.2.2 Kjøpeplikt/leveringsplikt	120
8.3 Generelle regler for inngåelse av rammeavtaler	120
8.3.1 Alminnelige prosedyreregler	120
8.3.2 Kravet til konkurranse	121
8.3.3 Varigheten av rammeavtaler	121
8.3.4 Hvem kan benytte seg av rammeavtalen(e)?	122
8.3.5 Vesentlige endringer	123
8.3.6 Spesielt om inngåelse av rammeavtaler med flere leverandører – krav til antall	123
8.4 Tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler	124
8.4.1 Én leverandør	124
8.4.2 Flere leverandører, generelt	124
8.4.3 Flere leverandører, faste vilkår	125
8.4.4 Flere leverandører, ikke faste vilkår	125
8.5 Dynamisk innkjøpsordning	127
8.5.1 Generelt	127
8.5.2 Sammenligning av dynamiske innkjøpsordninger og rammeavtaler	128
Kapittel 9 Konkurransereguleringer	129
9.1 Innledning	129
9.2 Konkurransesgrunnlag	129
9.3 Kvalifikasjonskrav	130
9.3.1 Generelt om kvalifikasjonskrav	130
9.3.2 Noen spesielle problemstillinger	131
9.3.3 Om forholdet mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier	133
9.4 Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere	135
9.4.1 Generelt	135
9.4.2 Om nedre, og eventuelt øvre grense	136
9.4.3 Kunngjøringen	137
9.4.4 Objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler	137
9.5 Tekniske spesifikasjoner	138
9.5.1 Generelt	138
9.5.2 Hovedregel i forskriftens del III	139
9.5.3 Bruk av standarder i forskriftens del III	140
9.5.4 Forbud mot å vise til et bestemt merke	140
9.5.5 Om etiske krav	141
9.5.6 Om krav til miljø og livssyklus kostnader	142
9.6 Alternative tilbud	142
9.6.1 Generelt	142
9.6.2 Hva er et alternativt tilbud?	142
9.6.3 Noen mulige bruksområder for alternative tilbud	143
9.6.4 Krav til prosedyren ved åpning for alternative tilbud	144
9.6.5 Noen spesielle problemstillinger	145
9.7 Vedståelsesfrist	146



9.8 Kontraktbetingelser	147
9.8.1 Kontraksstandarder	147
9.8.2 Etikk som kontraktvilkår	149
9.8.3 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter	150
Kapittel 10 Kunngjøring av konkurransen	151
10.1 Kunngjøringskrav	151
10.2 Kjøperprofil	152
10.3 Frivillig kunngjøring	152
10.4 Kunngjøring av konkurranse	152
10.5 Hvordan kunngjøre	152
10.6 Anskaffelsesreferanse, CPV – Common Procurement Vocabulary	153
10.7 Avvisning av kunngjøring	153
Kapittel 11 Frister	154
11.1 Innledning	154
11.1.1 Generelt om fristberegningen	154
11.1.2 Konsekvenser av at det er satt frister	154
11.2 Anskaffelser under EØS-terskelverdiene – forskriftens del II	154
11.2.1 Frist for forespørsel om deltakelse og innlevering av tilbud	154
11.3 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene – forskriftens del III	156
11.4 «Frivillig» frist for begjæring om midlertidig forføyning	158
Kapittel 12 Generelle bestemmelser knyttet til gjennomføring av konkurransen	161
12.1 Kort om de grunnleggende krav	161
12.2 Regler om kommunikasjon	161
12.2.1 Generelle krav til kommunikasjon ved offentlige anskaffelser	161
12.3 Særlige krav til elektroniske systemer	164
12.3.1 Særlig om krav til elektronisk signatur	164
12.4 Tilbudet	166
12.4.1 Tilbudets utforming	166
12.4.2 Tilbakekall og endring av tilbud	166
12.4.3 Registrering av innkomne tilbud	167
12.4.4 Tilbudsåpning ved anbudskonkurranser	167
12.5 Forhandlinger, avklaringer mv.	167
12.5.1 Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser	167
12.5.2 Tillatte avklaringer og retting av åpenbare feil ved anbudskonkurranser	169
12.5.3 Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter	172
12.5.4 Supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner	173
12.6 Endring av eksisterende kontrakter	173
12.6.1 Generelt om endringer i eksisterende kontrakter	173
12.6.2 Hva skal til for å anse en endring som vesentlig	175
Kapittel 13 Avvisning	180
13.1 Innledning	180
13.1.1 Plikt eller rett til å avvise	180



13.2 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	180
13.2.1 Er avvisningsbestemmelsene uttømmende?	180
13.2.2 Fremgangsmåten ved avvisning av leverandør	181
13.2.3 Departementets fortolkningsuttalelse om avvisning av leverandør	182
13.2.4 Plikt til å avvise en leverandør	182
13.2.5 Rett til å avvise en leverandør	186
13.3 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet	189
13.3.1 Fremgangsmåten ved avvisning av et tilbud	189
13.3.2 Plikt til å avvise et tilbud	191
13.3.3 Rett til å avvise et tilbud	195
Kapittel 14 Gjennomføring av konkurransen	198
14.1 Innledning	198
14.2 Anskaffelser etter forskriftens del 1	198
14.2.1 Innledning	198
14.2.2 EU-domstolens praksis og kommisjonens fortolkningsuttalelse	199
14.2.3 Departementets kommentarer til kommisjonens fortolkningsuttalelse	200
14.2.4 Anskaffelser under 500 000	200
14.3 Åpen eller begrenset anbudskonkurranse	203
14.4 Gjennomføring av konkurransepreget dialog	203
14.4.1 Innledning	203
14.4.2 Kunngjøring	204
14.4.3 Dialogfasen	204
14.4.4 Avslutning av konkurransen	208
14.5 Gjennomføring av konkurranse med forhandlinger	208
14.5.1 Innledning	208
14.5.2 Ett- eller to-trinns prosedyre	209
14.5.3 Gjennomføringen av forhandlingene	210
Kapittel 15 Avslutning av konkurransen	213
15.1 Kriterier for valg av tilbud	213
15.1.1 Tildelingskriterier	213
15.1.2 Prioritering og vektning i forskriftens del II	217
15.1.3 Prioritering og vektning i forskriftens del III	217
15.2 Avlysning og totalforkastelse	222
15.3 Elektronisk auksjon	223
15.3.1 Hva er elektronisk auksjon?	223
15.3.2 Når kan elektronisk auksjon benyttes?	223
15.3.3 Gjennomføring av auksjon	225
15.3.4 Avslutning av auksjonen	228
15.3.5 Tildeling av kontrakt	228
Kapittel 16 Tilbakemelding til leverandørene og karensperiode	229
16.1 Generelt	229
16.2 Meddelelse om tildelingsbeslutning	229
16.2.1 Hvem skal motta meddelelsen	229

16.2.2 Meddelelsens innhold	230
16.2.3 Generelt om meddelelser	230
16.3 Karensperiode	230
16.3.1 Generelt om karensperiode	230
16.3.2 Karensperiodens lengde	231
16.3.3 Unntak fra kravet om karens	232
16.3.4 Skjæringstidspunkt for inngåelse av kontrakt	233
16.4 Begrunnelse	234
16.4.1 Generelt om begrunnelser	234
16.4.2 Begrunnelse for tildelingsbeslutningen	234
16.4.3 Begrunnelse når en leverandør blir avvist	236
16.4.4 Begrunnelse når et tilbud blir avvist	237
16.4.5 Begrunnelse når konkurransen avlyses	237
Kapittel 17 Øvrige prosedyrer	238
17.1 Plan- og designkonkurranser	238
17.2 Bygge- og anleggskonsesjoner	239
Kapittel 18 Klageadgang og overtredelsesgebyr	241
18.1 Klagemuligheter	241
18.1.1 Generelt om adgangen til å klage	241
18.1.2 Klage til Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA)	241
18.1.3 Anlegge sak for norske domstoler	242
18.1.4 Klage til EFTAs overvåkningsorgan	243
18.1.5 Klage på oppdragsgivere i andre EU-, EFTA- eller EØS-land	244
18.2 Begjæring om midlertidig forføyning	244
18.3 Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt	245
18.3.1 Generelt om suspensjon	245
18.3.2 Vilkår som må være oppfylt for at suspensjonsvirkningen skal inntre	246
18.3.3 Når inntrer og opphører suspensjonen	247
18.4 Frivillig utsettelse av kontraktsinngåelse ved klage til KOFA	248
18.5 Sanksjoner for alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket	249
18.5.1 Generelt om sanksjoner	249
18.5.2. I hvilke tilfeller skal oppdragsgiver idømmes sanksjoner	250
18.5.3 Hvilke sanksjoner skal idømmes	255
18.5.4 Unntak fra kravet om sanksjoner	257
18.5.5 Søksmålsfrister	261
Kapittel 19 Overgangsregler	264
19. Overgangsregler for nye håndhevelsesbestemmelser mm.	264
19.1 Generelt om nye håndhevelsesbestemmelser	264
19.2 Overgangsregler	265
19.3 Særlig om KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr	266
Litteraturliste	267



1 Innledning

Denne veilederen til regelverket om offentlige anskaffelser ble utarbeidet i 2006 i forbindelse med at nytt anskaffelsesregelverk trådte i kraft 1. januar 2007. Anskaffelsesfeltet er et relativt ungt og dynamisk rettsområde, og på enkelte områder har det vært betydelig rettsutvikling siden veilederen ble skrevet. Departementet har derfor høsten 2013 oppdatert veilederen. En stor del av oppdateringene består i innarbeiding av ny praksis fra EU-domstolen og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). I tillegg har noen kapitler blitt skrevet betydelig om, som for eksempel kapittel 3 om offentlig-offentlig samarbeid og tjenestekonsesjonskontrakter. I kapittel 2 har vi tatt inn en omtale av unntaket for kontrakter som innebærer offentlig myndighetsutøvelse som kom inn i regelverket høsten 2012, og vi har skrevet et nytt kapittel 12.6 om endringer i eksisterende kontrakter. Veilederen tar også for seg de nye håndhevelsesbestemmelsene som trådte i kraft 1. juli 2012. Hvis du skal utlyse en konkurranse der det er sannsynlig at varene vil bli produsert i lavkostland, vil du i kapittel 5 finne en omtale av og hjelp til å komme videre med å stille krav til sosialt ansvarlig produksjon.

Den primære målgruppen for denne veilederen er innkjøpere i offentlig sektor som jobber med innkjøp til daglig. Veilederen vil også være nyttig for bedrifter som ønsker å levere til det offentlig. Som ansvarlig for regelverket om offentlige anskaffelser, har departementet i denne veilederen lagt vekt på å forklare hvordan reglene skal forstås. For å lette forståelsen av jussen har vi også laget eksempler på hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt.

Departementets veileder er først og fremst et hjelpemiddel for å forstå regelverket. For veiledning om hvordan du som innkjøper bør gå frem i en anskaffelsesprosess eller hvordan du som leder bør styre og organisere innkjøpsfunksjonen, anbefaler vi å benytte www.anskaffelser.no, som er Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) sin fagportal om offentlige anskaffelser.

I Norge foretar offentlig sektor innkjøp for nærmere 400 milliarder kroner hvert år. Dette utgjør ca 15 prosent av bruttonasjonalproduktet og står således for en betydelig del av verdiskapingen i samfunnet. Offentlige anskaffelser er et område som krever høy kompetanse, både regelverkskompetanse og innkjøpsfaglig kompetanse. Departementet håper at denne veilederen kan bidra til å heve kvaliteten på anskaffelsesarbeidet ytterligere og at fagområdet får den nødvendige oppmerksomhet både i stat og kommuner.

Oslo, desember 2013



Kapittel 2

Hvilke virksomheter og kontrakter som omfattes

2.1 Hvem er omfattet av regelverket?

Hvem som er omfattet av forskriften følger av forskriftens § 1-2. Forskriften gjelder for offentlige oppdragsgivere. Bakgrunnen for dette er at det offentlige ikke i samme grad som private er utsatt for markedskreftene når de tar sine beslutninger. Forskriften skal derfor sikre at det offentlige velger sine leverandører på en måte som sikrer mest mulig effektiv ressursbruk, samtidig som leverandørene likebehandles.

2.1.1 Stat, fylkeskommune og kommuner

Reglene omfatter for det første alle etater og organer i staten, fylkeskommunene og kommunene. Dette gjelder for eksempel skoler og bibliotek. I tillegg omfatter reglene blant annet virksomheter som ikke er organisert som egne rettssubjekt. Dette gjelder for eksempel direktorater, fylkesmenn, ombudsmenn, forvaltningsbedrifter og kommunale foretak.

Det har ingen betydning at organet eller virksomheten har stor faglig, økonomisk eller administrativ selvstendighet. Selv om organet eller virksomheten driver forretningsmessig virksomhet, vil reglene komme til anvendelse.

2.1.2 Offentligrettslige organer

Forskriften omfatter også offentligrettslige organer. Dette er organer eller virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter, for eksempel aksjeselskap eller stiftelser, og som står i et nært tilknytningsforhold til det offentlige. Begrunnelsen for at slike virksomheter omfattes, er blant annet å hindre at andre hensyn enn rent forretningsmessige kan påvirke virksomhetens valg av leverandører.

For å omfattes av forskriften kreves det at organet:

- tjener allmennhetens behov og at det ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, og
- er et selvstendig rettssubjekt, og
- i hovedsak er kontrollert eller finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer.

Allmennhetens behov og ikke av industriell eller forretningsmessig karakter

Allmennhetens behov er et begrep som i følge EF-domstolens praksis skal fortolkes vidt¹. Om dette vilkåret er oppfylt, vil bero på en helhetsvurdering. En sentral vurdering er om selskapet skal ivareta behov i samfunnet, fremfor juridiske eller enkeltpersoners

¹ jf. sakene C-373/00 premiss 43, C-214/00 premiss 53 og C-18/01 premiss 41-45.

interesse. Vanligvis er dette behov det offentlige ønsker å ha en avgjørende innflytelse over, eller det offentlige ønsker å imøtekomme behovene selv, fordi det av hensyn til allmennheten ikke er tilstrekkelig med de tjenester som tilbys av private næringsdrivende. Dette kan for eksempel være utdanning og helse- og omsorgstjenester. Det faktum at andre private virksomheter kan imøtekomme behovet, utelukker ikke at virksomheten tjener «allmennhetens behov».

Når det gjelder kriteriet om at virksomheten ikke må være av industriell eller forretningsmessig karakter, er spørsmålet om selskapet er av en slik karakter at det samlet sett foreligger en risiko for at det kan ledes til å ta andre hensyn enn de rent økonomiske.

For å avgjøre om en virksomhet ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter, må det foretas en konkret vurdering hvor betingelsene for virksomhetens aktiviteter (deriblant konkurransesituasjonen), kommersiell risiko og omstendighetene ved stiftelsen av virksomheten, er sentrale momenter. EU domstolen uttrykker dette slik i domskonklusjonen i Taitotalo-avgjørelsen²:

«Med henblik på at vurdere, om disse behov falder uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige område, skal den nationale ret vurdere de omstændigheder, der gikk forud for opprettelsen af selskabet, og de betingelser, selskabet er underlagt ved udøvelsen af sin virksomhed, herunder særligt, om det forfølger et indtjeningsmæssigt hovedformål, om det bærer de risici, der er forbundet med udøvelsen af denne virksomhed, samt om virksomheden eventuelt finansieres af det offentlige.»

Dersom virksomheten er utsatt for en sterk konkurranse fra andre aktører, trekker dette i retning av at virksomheten ikke omfattes. Dersom selskapet har monopol eller er 100 prosent eid av det offentlige, vil virksomheten som regel være omfattet.

Andre relevante momenter i vurderingen kan for eksempel være prisfastsettelsen av virksomhetens produkter og tjenester og om det foreligger løyver eller konsesjonsordninger for virksomheten, noe som kan tale for at virksomheten er et offentligrettslig organ. For eksempel er AS Vinmonopolet og helseforetakene omfattet.

Se for øvrig departementets fortolkningsuttalelser³ vedrørende dette vilkåret.

Selvstendig rettssubjekt

Det neste vilkåret som må være oppfylt for at virksomheten skal anses som et offentligrettslig organ, er at det må være et selvstendig rettssubjekt. Et rettssubjekt er en juridisk person som kan ha selvstendige rettigheter og plikter. Eksempler på rettssubjekter er aksjeselskaper, ansvarlige selskaper, stiftelser og interkommunale foretak.

² C-18/01, premiss 59

³ Bl.a. brev 16.09.10 til Kunnskapsdepartementet og brev 12.07.04 til CargoNet AS, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/fortolkningsuttalelser.html?id=414622>

Virksomheten må i hovedsak være finansiert eller kontrollert av andre offentlige myndigheter eller offentligrettslige organer

Det siste vilkåret som må være oppfylt er at virksomheten enten:

- i hovedsak må være finansiert av offentlige myndigheter eller organer, eller
- at forvaltningen av virksomheten må være underlagt slike myndigheters eller organers kontroll, eller har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike organer.

Dette vilkåret angir med andre ord tre alternativer, og det er nok at ett av disse er oppfylt, i tillegg til de øvrige vilkårene i § 1-2 annet ledd. Felles for de tre alternativene er at det foreligger en tilknytning mellom organet og den kontrollerende offentlige virksomheten som gir en mulighet for det offentlige til å påvirke organets beslutninger⁴.

I vurderingen av om organet i hovedsak er finansiert av det offentlige må begrepet «finansiert» forstås vidt⁵. Det omfatter bl.a. låneopptak og direkte tilskudd til driften. På bakgrunn av EU-domstolens praksis er det ubestridt at den offentlige finansieringen må utgjøre mer enn halvparten av organets inntekter⁶. Spørsmålet avgjøres ved å se på organets samlede inntekter. At en virksomhets inntekter i det vesentlige stammer fra det offentlige, fordi de har det offentlige som sin største kunde, faller i utgangspunktet ikke inn under begrepet «finansiert». Dette er betaling for innkjøp, og innebærer ikke i seg selv at det offentlige kan sies å ha en innflytelse på virksomhetens beslutninger på en slik måte at det offentlige har kontroll. En mer omfattende vurdering av kravet til offentlig finansiering er gitt i departementets veiledende uttalelse i brev av 16.09.10⁷.

Når det gjelder alternativet om at forvaltningen må være underlagt offentlig kontroll, må det foretas en helhetsvurdering av innflytelsen det offentlige har på selskapet og dets beslutninger. Rettspraksis viser at det ofte er ulike former for kontroll som samlet sett gir tilstrekkelig kontroll⁸. Innflytelsen kan være basert både på et rettslig grunnlag og faktisk innflytelse uten et rettslig grunnlag⁹. EU-domstolens praksis viser imidlertid at formell innflytelse er tilstrekkelig, selv om det offentlige i praksis ikke benytter seg av muligheten til å drive kontroll¹⁰.

Offentlig eierskap i selskapet vil ofte være utslagsgivende for om vilkåret om at det offentlige har kontroll over selskapet ved at det oppnevner over halvparten av medlemmene i et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan er oppfylt. Fordi eierskapet normalt gir rett til å oppnevne styremedlemmer i virksomheten. Aksjonæravtaler eller vedtekter kan imidlertid begrense innflytelsen over virksomheten. Vurderingen må derfor skje konkret i hvert enkelt tilfelle.

4 Jf. sakene C-380/98 premiss 20 og C-44/96 premiss 20.

5 Jf. sak C-337/06 premiss 32 flg.

6 Se blant annet C-337/06 premiss 33

7 http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Studentsamskipnadene_anskaffelsesregelverket.pdf

8 Dragsten, Marianne H., Offentlige anskaffelser, Oslo 2013, s. 31.

9 Groesmeyer, Lise, og Steinicke, Michael, EUs Udbudsdirektiver, København 2008, s.294 flg.

10 Sak C-237/99 premiss 56.

I vurderingen av om interkommunale selskaper er offentligrettslige organer, er det et spørsmål om graden av innflytelse skal vurderes i forhold til hver enkelt kommune som deltar i samarbeidet, eller det offentlige sett under ett. Ordlyden og hensynet bak bestemmelsen tyder ikke på at det er noe krav at ett organ alene har den nødvendige innflytelsen. De ulike kommunene som deltar i et interkommunalt selskap kan derfor identifiseres med hverandre.

2.1.3 Innkjøpsentraler

Bruk av innkjøpsentraler har tidligere ikke vært regulert i anskaffelsesregelverket.

Reglene om innkjøpsentraler fremgår av forskriftens §§ 4-1 bokstav g og 3-13. En innkjøpsentral er en oppdragsgiver som:

- anskaffer varer og tjenester ment for andre oppdragsgivere,
- eller tildeler offentlige kontrakter eller inngår rammeavtaler for varer, tjenester eller bygg- og anlegg for offentlige oppdragsgivere.

Dette innebærer at innkjøpsentraler både kan virke som lagerførende grossister, og som formidlere av rammeavtaler eller kontrakter.

Det følger av forskriften at oppdragsgiver som har foretatt innkjøp fra eller gjennom innkjøpsentraler, anses for å ha overholdt reglene i forskrift om offentlige anskaffelser, dersom innkjøpsentralen har overholdt disse reglene. Oppdragsgiver som benytter innkjøpsentraler trenger med andre ord ikke selv å følge anskaffelsesregelverket.

Bestemmelsen omfatter for eksempel at oppdragsgiver legger inn en bestilling på varer eller tjenester hos innkjøpsentralen, som sentralen så kjøper og videreselger til oppdragsgiver. Likeledes kan oppdragsgiver kjøpe utstyr fra innkjøpsentralens lager. Forutsetningen er hele tiden at innkjøpsentralen har fulgt forskrift om offentlige anskaffelser når den har gjort sine innkjøp. Det fremgår imidlertid av definisjonen av innkjøpsentral i § 4-1 bokstav g, at innkjøpsentraler ikke kan kjøpe bygge- og anleggsarbeider for å videreselge det til oppdragsgiver, men kun kan inngå avtaler om slike anskaffelser på vegne av oppdragsgiver.

Regelverket åpner heller ikke for at innkjøpsentralen kan selge sine egne varer eller tjenester ved bruk av egne ressurser til andre oppdragsgivere. Eksempelvis kan ikke innkjøpsentralen selge veiledning knyttet til innkjøp til oppdragsgiver, uten at oppdragsgiver har hatt en konkurranse om dette.

I vurderingen av om innkjøpsentralen har fulgt forskriften, er det sentralens kjøp som må vurderes, ikke oppdragsgiverens. For eksempel må man legge sammen de kjøp sentralen gjør for å avgjøre om reglene om beregning av terskelverdi er overholdt, og ikke kun se på den konkrete oppdragsgiverens kjøp.

For å være en innkjøpsentral må sentralen selv være en oppdragsgiver etter anskaffelsesregelverket. Sentralen kan for eksempel være eid av en eller flere andre offentlige oppdragsgivere. Regelverket stiller imidlertid ikke krav om at en viss andel av innkjøps-

sentralens aktiviteter må være relatert til den eller de oppdragsgiverne som eier sentralen. Sentralen kan derfor også selge til andre offentlige oppdragsgivere. Dette betyr for eksempel at en statlig innkjøpsentral kan selge til kommuner.

2.2 Hvilke kontrakter er omfattet?

I dette kapittelet vil vi gå gjennom hvilke kontrakter som er omfattet av regelverket. Problemstillinger knyttet til egenregi og tjenestekonsesjoner hører også sammen med dette temaet, men er skilt ut i et eget kapittel. Se kapittel 3 for nærmere informasjon.

2.2.1 Hva er en kontrakt?

For at regelverket skal komme til anvendelse, må det foreligge en kontrakt. I følge forskriften er en kontrakt en gjensidig bebyrdende avtale som inngås skriftlig mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører, jf. § 4-1 bokstav a.

Det er altså kun gjensidig bebyrdende avtaler som omfattes. I dette ligger det at begge parter må være forpliktet av avtalen, og at forpliktelsene må være avhengige av hverandre¹¹. Oppdragsgivers vederlag vil normalt bestå i å betale en sum penger, men det kan også være en annen form for økonomisk motytelse, som for eksempel å gi avkall på noe de ellers ville fått.

Offentlig støtte

Ensidig støtte/tilskudd fra oppdragsgiver omfattes ikke av anskaffelsesregelverket. Avgjørende er ikke hva den konkrete transaksjonen kalles, men hvorvidt det reelt foreligger en gjensidig bebyrdende avtale. I sak 2003/228 la KOFA til grunn at tilskudd og støtteordninger må ha preg av å være kontraktsrettslig vederlag før det er tale om gjensidig bebyrdende avtale. Denne grensedragningen kan være krevende i praksis. EU-kommisjonen har i en veileder for tjenester av allmenn økonomisk interesse¹² gitt et viktig bidrag til grensedragning mellom gjensidig bebyrdende kontrakter og ensidig støtte. Følgende særtrekk taler for at man har å gjøre med en gjensidig bebyrdende kontrakt (enten et tjenestekjøp etter anskaffelsesregelverket eller en tjenestekonsesjonskontrakt):

- Formålet med kontrakten er å dekke de behovene den offentlige oppdragsgiveren har definert innenfor sitt kompetanseområde.
- Tjenestens karakter og måten den skal utføres på er spesifisert i detalj av den offentlige oppdragsgiveren.
- Det er kontraktsfestet et vederlag for tjenesten (alternativt i form av en rett til å utnytte tjenesten mot brukerbetaling hvis det er tale om en tjenestekonsesjonskontrakt).
- Den offentlige oppdragsgiver tar initiativet til å finne en leverandør som kan yte tjenesten.
- Kontrakten inneholder misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, for eksempel erstatning.

¹¹ Se sak C-107/98 premiss 48.

¹² «Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest», SWD (2013) 53 final, spørsmål 218.

Reglene om offentlig støtte kommer til anvendelse når det offentlige gir økonomiske fordeler til bestemte bedrifter, grupper av bedrifter, visse sektorer eller geografiske områder. Offentlig støtte gis ofte i form av ensidig støtte/tilskudd som altså faller utenfor anskaffelsesregelverket. Ulovlig støtte kan imidlertid også forekomme i situasjoner der det er et kontraktsforhold mellom partene, men det offentlige ikke betaler markedspris for ytelsen. I slike situasjoner kan det også foreligge et brudd på anskaffelsesregelverket. Dersom det offentlige derimot har inngått en kontrakt og anskaffelsesregelverket er fulgt, foreligger det en presumpsjon for at markedspris er oppnådd. I så fall kommer regelverket om offentlig støtte ikke til anvendelse. Denne presumpsjonen slår imidlertid ikke alltid til. Anskaffelsesregelverket og EØS-avtalens regler om offentlige regler er to regelverk som kan komme til anvendelse parallelt. Nærmere informasjon om forbudet mot offentlig støtte finnes i departementets veileder om EØS-avtalens regler om offentlig støtte som er tilgjengelig på departementets hjemmesider.

KOFA-sak 2003/228

En kommune hadde invitert tre selskaper til å søke om å få bygge og drive privat barnehage på en tomt i privat eie i kommunen. Alle de tre interessentene ble godkjent og fikk tilsagn om kommunal lånegaranti dersom de ønsket det. Kommunen skulle bidra med dekning av utgifter til søskenmoderasjon, og med kommunal garanti dersom utbyggers lånegiver krevde det. Klager mente kommunen hadde overtrådt regelverket om offentlige anskaffelser ved ikke å kunngjøre en konkurranse. Spørsmålet var om forholdet mellom den private barnehageutbyggeren og kommunen var av en slik karakter at det utgjorde en gjensidig bebyrdende avtale. Klagenemnda mente at det ikke var naturlig å se det slik at oppdragsgiver anskaffet barnehagetjenester. Nemnda uttalte at de støtteordningene som forelå, inklusive kommunal garanti, kan ha preg av å være gjensidig bebyrdelse, men at det neppe kan ses som kontraktsrettslig vederlag. Det forelå altså ingen gjensidig bebyrdende kontrakt mellom kommunen og den private utbyggeren, og forholdet var derfor ikke omfattet av anskaffelsesregelverket.

KOFA-sak 2005/180

Helse- og omsorgsdepartementet inngikk avtaler med rehabiliteringssentre og opptreningsinstitusjoner om offentlig finansiering. Blant disse var CatoSenteret som fikk tildelt midler direkte basert på Stortingets årlige budsjettvedtak. KOFA fant imidlertid at det forelå en gjensidig bebyrdende kontrakt ettersom CatoSenteret hadde forpliktet seg til å levere en tjeneste som motytelse for støtten. Statens tilskudd sto i direkte forhold til omfanget av de forpliktelser, det vil si antall behandlingsplasser og kurdøgn stilt til rådighet, som påhvilte CatoSenteret. Senteret måtte dokumentere, i form av årlige rapporter, hvordan midlene ble brukt. Videre bestemte oppdragsgiver hvilke målgrupper CatoSenteret forpliktet seg til å gi tilbud til. Oppdragsgiver hadde derfor en viss kontroll over den gjenytelsen CatoSenteret ga.

Gaver

Rene gaver til oppdragsgiver faller utenfor kontraktsbegrepet, da oppdragsgiver ikke yter vederlag. Hvis avtalen derimot inneholder både et gaveelement og en form for vederlag, vil det foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt. Et eksempel på en gave er et fond som gir et beløp til et helseforetak til innkjøp av teknisk utstyr til sykehuset. Hvis giveren har bestemt hva som skal anskaffes og fra hvem, anses dette som en gave til sykehuset, selv om sykehuset selv skal foreta anskaffelsen. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det må gjennomføres en konkurranse der giveren for eksempel har bestemt hvilket merke som skal anskaffes for donasjonen, dersom det ikke er angitt hvilken leverandør det skal kjøpes fra og det finnes flere leverandører av dette merket. Hvis giveren har latt det være opp til oppdragsgiver å bestemme hva som skal anskaffes og fra hvem, må det gjennomføres en konkurranse.

Skriftlighet

Det følger av forskriftens definisjon av kontrakt, at den aktuelle kontrakt må være skriftlig. Formålet med regelverket og alminnelige omgåelsesbetraktninger tilsier imidlertid at kravene til skriftlighet ikke kan være strenge. I forskriftens § 4-1 bokstav h er det gitt følgende definisjon av skriftlighet: «ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres. Det kan omfatte elektronisk melding når informasjonen i denne er tilgjengelig også for ettertiden». I praksis vil ikke skriftlighetskravet sette noen reelle begrensninger på hvilke kontrakter som omfattes av regelverket. Det vil normalt ikke forekomme anskaffelser som er omfattet av forskriften uten at de er nedtegnet skriftlig. Dessuten tilsier omgåelsesbetraktninger at dersom en oppdragsgiver skulle inngå en slik avtale muntlig, så gjelder regelverket likevel. KOFA har i vedtak av 6. november 2012 i de forente sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207, 2012/20, 2012/21 og 2012/22 gitt en utfyllende vurdering av skriftlighetskravet.

Avtale mellom to selvstendige rettssubjekter

For at det skal foreligge en kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand må avtalen være inngått mellom to selvstendig rettssubjekter. Det betyr for eksempel at en avtale mellom to statlige direktorater ikke er en gjensidig bebyrdende kontrakt i dette regelverkets forstand, da begge er en del av staten og anses som del av samme rettssubjekt. En slik avtale faller følgelig innenfor egenregiunntaket, jf. kapittel 3.

Kommuner og fylkeskommuner anses som selvstendige rettssubjekter. Dette innebærer at avtaler mellom kommuner anses som gjensidig bebyrdende kontrakter som omfattes av regelverket. Kommunale foretak anses ikke som selvstendige rettssubjekter, og slike foretak kan derfor inngå avtaler med en annen del av samme kommune, for eksempel et annet kommunalt foretak, uten at dette omfattes av regelverket. Det vises for øvrig til kapittel 2.1.3 om innkjøpsentraler, som er en mulighet for kommuner til å samarbeide om innkjøp uten å komme i konflikt med regelverket.

Departementet har for øvrig kommet med et par fortolkningsuttalelser vedrørende hva som er en gjensidig bebyrdende kontrakt¹³.

¹³ Brev av 03.06.04 til Oslo kommune, brev av 16.03.04 til Oslo skifterett og byskriverembete, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurrensepolitikk/offentlige-anskaffelser/fortolkningsuttalelser.html?id=414622>

2.2.2 De mest sentrale unntakene i forskriften

Regelverket omfatter alle typer anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider, uavhengig av anskaffelsens verdi og om kontrakten gjelder kjøp, leie eller leasing. Forskriftens § 1-3 annet ledd oppstiller imidlertid noen unntak. Selv om en anskaffelse er omfattet av et av unntakene, kommer lov om offentlige anskaffelser som hovedregel til anvendelse. Det vil si at oppdragsgiver må følge de grunnleggende kravene i lovens § 5 om konkurranse, likebehandling, gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet osv, se veilederens kapittel 4. Dette gjelder ikke for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123, jf. lov om offentlige anskaffelser § 3.

Samtlige unntak i § 1-3 annet ledd følger av EØS-direktivene. Vi vil her gå i dybden på enkelte av unntakene, mens andre ikke nevnes eller kun gis en overfladisk omtale.

Særskilte forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Forskriften gir unntak for anskaffelser som kan unntas i henhold til EØS-avtalens 123, eller som er erklært hemmelige, som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak eller når det kreves av vesentlige sikkerhetsinteresser, jf. § 1-3 annet ledd bokstav a. Unntaket kan for eksempel få anvendelse på anskaffelser av våpen og ammunisjon. Begrunnelsen for unntaket er at åpenhet rundt anskaffelsen vil kunne være skadelig ut ifra sikkerhets- og forsvarshensyn.

EU har vedtatt et nytt direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (2009/81/EF). Når direktivet blir gjennomført i norsk rett gjennom en egen forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, vil også disse anskaffelsene være unntatt forskrift om offentlige anskaffelser. Endringene vil innebære en tredeling av regelverket for anskaffelser til forsvarssektoren. Ordinære anskaffelser vil fortsatt følge lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Anskaffelser av forsvars- og gradert materiell, delkomponenter samt tilknyttede tjenester, vil følge den nye forskriften om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, mens enkelte anskaffelser fremdeles vil være unntatt fra regelverket om offentlige anskaffelser etter EØS-avtalens artikkel 123. Forsvaret har utgitt egne anskaffelsesregler for de forsvarsanskaffelsene som er unntatt de generelle anskaffelsesreglene.

Kontrakter om erverv eller leie av fast eiendom

Forskriften får ikke anvendelse på kontrakter om erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom. Begrunnelsen for unntaket er at anskaffelsen som regel vil være avhengig av geografisk plassering, og at den derfor ikke berører grenseoverskridende handel.

Unntaket gjelder kun selve kontrakten om erverv eller leie. Dersom det er behov for å anskaffe andre tjenester i tilknytning til kontrakten, må regelverket følges. Når det gjelder kontrakter om finansielle tjenester som inngås samtidig, før eller etter kontrakten om erverv eller leie, følger dette direkte av forskriftens ordlyd, jf. § 1-3 annet ledd bokstav b annet punktum.

I følge forskriftens ordlyd unntas kun erverv eller leie av eksisterende bygninger. Kontrakter som inngås for bygg som skal føres opp senere eller som er under oppføring vil derfor i utgangspunktet ikke være unntatt. Det kan likevel oppstå tilfeller hvor det kan reises spørsmål ved om unntaket bør tolkes utvidende, slik at også fremtidige bygg kan omfattes.

Problemstillingen er omdiskutert i juridisk teori og enkelte hevder at intensjonen må være at unntaket ikke bare skal omfatte bygninger som eksisterer på kontraktstidspunktet, men også bygninger som eksisterer på tidspunktet for «overdragelsen» av kontraktsgjenstanden¹⁴. Dersom en legger denne forståelsen til grunn vil for eksempel en oppdragsgiver som inngår leiekontrakt for å leie en del av et næringsbygg som er under oppføring, omfattes av unntaket, forutsatt at oppdragsgiver ikke har så stor innflytelse på byggeprosessen at det kan sies å foreligge en bygge- og anleggskontrakt¹⁵. Andre forfattere viser imidlertid til at unntakene i regelverket generelt skal tolkes restriktivt, og at det ikke foreligger reelle hensyn eller andre rettskilder som taler for en utvidende fortolkning¹⁶.

Departementet kan ikke se noen klar begrunnelse for det skjæringspunktet som ordlyden legger opp til. KOFA har behandlet spørsmålet i sak 2012/58, der det vises til sak C-451/08 og sak C-215/09 fra EU-domstolen¹⁷. Etter nemndas vurdering er unntaket i forskriftens § 1-3 (2) bokstav b i utgangspunktet ikke begrenset til erverv eller leie av bygninger som eksisterer på avtaletidspunktet. Ved avtaler om erverv av bygninger som ikke eksisterer på avtaletidspunktet, vil avtalen likevel lett kunne måtte kategoriseres som en bygge- og anleggskontrakt, jf forskriftens § 4-1 bokstav a. Når det gjelder spørsmålet om en kontrakt er en bygge- og anleggskontrakt eller en leieavtale, se kapittel 4.4.

Enkelte finansielle tjenester

Kontrakter om finansielle tjenester, herunder forsikring, bank- og investeringstjenester, er som hovedregel omfattet av forskriften, jf. forskriftens vedlegg 5 kategori 6. Forskriften får likevel ikke anvendelse på kontrakter om finansielle tjenester i forbindelse med emisjon, kjøp, salg og overdragelse av verdipapirer eller andre finansielle instrumenter, særlig transaksjoner utført for å skaffe til veie penger eller kapital, samt sentralbanktjenester, jf. § 1-3 bokstav e. Begrunnelsen for unntaket, er at disse tjenestene kan ha særlig konstitusjonell og politisk betydning og at det derfor kan være ønskelig å unnta disse fra anskaffelsesprosedyrene. Unntaket kan også begrunnes med at åpenhet rundt rådgivningstjenester kan vanskeliggjøre den finansielle transaksjonen som skal utføres.

Unntaket omfatter både rådgivning og selve avtalen om emisjon, kjøp, salg og overførsel av verdipapirer. Unntaket må således i hvert fall omfatte:

- obligasjonsbaserte lån (lån skaffet til veie gjennom salg av obligasjoner)
- rådgivning vedrørende salg av aksjer
- børsmeglervirksomhet og annen meglervirksomhet
- avtaler om emisjon av verdipapirer
- avtaler om handel med og overførsel av verdipapirer
- handel med investeringsforeningsbeviser og lignende

¹⁴ Se bl. annet Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2.ed 2005, s. 360.

¹⁵ Se kapittel 4 om blandede kontrakter og KOFA sak 2005/297 .

¹⁶ Dragsten, Marianne H. og Lindalen, Ester, *Offentlige anskaffelser kommentarutgave*, bind I og II, Oslo 2005 s.622 flg.

¹⁷ Se også KOFA sakene 2009/1 og 2009/53.

Avgrensningen av hvilke varer og tjenester unntaket omfatter er ikke helt klar. I norsk juridisk teori¹⁸ er det vist til at begrepene «finansielle instrumenter» og «omsettelige verdipapirer» er definert i lov om verdipapirhandel (lov om verdipapirhandel av 29. juni 2007 nr. 75), og at disse definisjonene må legges til grunn for tolkningen av hvilke tjenester som omfattes av foa § 1-3, 2.ledd bokstav e.

Unntaket gjelder ikke snevert for finansielle tjenester, men også for andre tjenester som kjøpes i forbindelse med finansielle tjenester, for eksempel kjøp av juridisk bistand.

Når det gjelder vanlige banktjenester, som for eksempel låneopptak¹⁹, betalingsformidling og sikkerhetsstillelse, må anskaffelsesregelverket følges.

Departementet har omtalt unntaket i en fortolkningsuttalelse av 18.06.13²⁰

Enkelte forsknings- og utviklingskontrakter (FoU)

Forskriftens § 1-3 annet ledd bokstav j unntar enkelte kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester, når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet. Bestemmelsen er et unntak og må ikke tolkes utvidende.

FoU-kontrakter er unntatt fra regelverket fordi det ofte kreves et samarbeid mellom partene som har mer til felles med et partnerskaps- og investeringslignende forhold, fremfor å være et forhold mellom en leverandør og en kjøper. Om en betegner en forsknings- og utviklingskontrakt som et samarbeid, felles prosjekt, støtte, anskaffelseskontrakt eller andre betegnelser er ikke av betydning. Det er realiteten som avgjør om forholdet er omfattet av anskaffelsesregelverket.

I fortalen til direktivet²¹ uttrykkes det at fremme av forskning og utvikling er et virkemiddel for å styrke den vitenskapelig og teknologiske basen for europeisk industri. Anskaffelsesforskriften skal ikke dekke forsknings- og utviklingsprogrammer som staten delfinansierer. Slike forsknings- og utviklingsprogrammer er definert som forsknings- og utviklingskontrakter, unntatt der hvor utbytte av kontrakten fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet eller når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten. Denne forklaringen er viktig for forståelsen av unntaket, men bør ikke leses begrensende i forhold til bestemmelsens ordlyd.

Begrepet forskning og utvikling

For at en kontrakt skal anses å være en FoU-kontrakt, må det foreligge et forsknings- eller utviklingselement. Kontrakten kan for eksempel omfatte utvikling av ny teknologi, nye produkter, nye tjenester, nye anvendelsesområder for kjent teknologi eller utvikling av ny kunnskap. Det avgjørende er om kontrakten reelt sett er en forsknings- og utviklingskontrakt, ikke hva oppdragsgiver betegner kontrakten.

18 Både i Dragsten, Marianne H. og Lindalen, Ester, Offentlige anskaffelser kommentarutgave, bind I og II, Oslo 2005, og i Bakken, Espen, og Nordby, Thomas, Offentlige anskaffelser, Oslo 2013.

19 EU-kommisjonen har i EF Tidende 1998 C 82/146 uttalt at unntaket ikke omfatter låneopptak.

20 http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_finansielle_tjenester.pdf

21 fortalen premiss 23.

Eksempelvis vil ikke en ren innsamling og systematisering av data omfattes av unntaket. Dette gjelder selv om kompetansen typisk finnes i et forskningsmiljø og tjenesten senere skal nyttes til forskningsformål. Kun dersom de innsamlede data skal bearbeides ved hjelp av en metode under utvikling, kan forholdet etter omstendighetene omfattes. Unntaket omfatter heller ikke typiske utredninger og avhandlinger, såfremt de ikke inneholder klare forsknings- og utviklingselementer.

KOFA sak 2004/206:

Saken gjaldt kartlegging av biologisk mangfold i jordbrukets kulturlandskap. Kartleggingen skulle gå ut på å finne frem til verdifulle lokaliteter for biologisk mangfold i jordbrukets kulturlandskap og beskrive og verdisette disse i forhold til visse kriterier oppført i en felthåndbok for kartlegging av biologisk mangfold i jordbrukets kulturlandskap. Dataene fra kartleggingen skulle legges inn i en egen database, Naturbasen, som er tilgjengelig på Internett. Dataene ble dermed tilgjengelig for andre brukere, som for eksempel kommuner, veivesenet og forsvaret, som et kunnskapsgrunnlag for miljøhensyn i arealplanlegging, arealbruk, arealinngrep og for utarbeidelse av miljøplaner i landbruket og tildeling av tilskudd. Klagenemnda kom til at dette ikke var forskning og utvikling.

Kontrakten må med andre ord ha til formål å frembringe noe som ikke allerede er tilgjengelig i markedet. Departementet legger også til grunn at unntaket kun omfatter kontrakter hvor forsknings- eller utviklingsdelen utgjør et hovedelement. Kontrakter om å utføre en alminnelig tjeneste, som innebærer mindre elementer av utvikling, kan med andre ord ikke anses å oppfylle bestemmelsens krav til nyskaping, se departementets fortolkningsuttalelse²².

Oppdragsgiver betaler ikke fullt ut

Anskaffelse



²² Brev av 11.07.2003 til Kommunal- og regionaldepartementet, http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0001/ddd/pdfv/220227-krd_-prosjekt_bostedslose.pdf

Bestemmelsen oppstiller to alternative vilkår for at FoU-tjenesten skal være unntatt. For det første omfattes anskaffelsen av unntaket dersom oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten. Med betaler forstås også andre bidrag, som eksempelvis å stille til rådighet lokaler eller forskningsutstyr. Situasjoner hvor oppdragsgiver ikke fullt ut betaler kan oppstå på forskjellige måter.

En mulighet er hvor leverandøren selv bidrar sammen med oppdragsgiver. Leverandøren dekker selv 20 prosent av utviklingskostnadene til en ny tjeneste, mens oppdragsgivers kjøp av tjenesten, herunder utviklingen, finansierer 80 prosent.

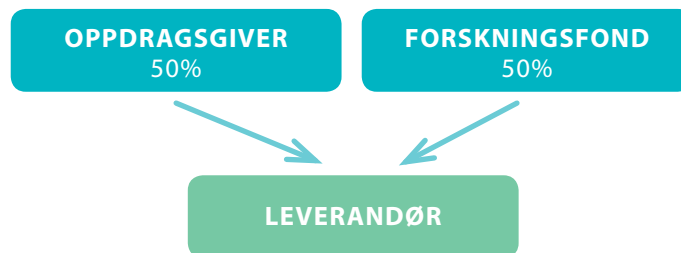
Unntak 1



Et særlig spørsmål er der forskningsinstitusjoner selv bidrar til finansieringen med egne grunnbevilgninger. En oppdragsgiver kan ikke omgå anskaffelsesregulverket ved først å bevilge en grunnbevilgning, som så deretter gjør det mulig å anvende FoU-unntaket for å tildele oppdragsforskning. Retts-tilstanden om dette er uklar, men departementet mener at det bør utvises forsiktighet. For å kunne regne grunnbevilgninger som egenfinansiering bør det i hvert fall være en viss distanse mellom tildelingen av grunnbevilgningene og tildelingen av oppdragsforskningen. Et annet moment kan være om forskningsinstitusjonen står fritt til å bruke sin grunnbevilgning.

En annen mulighet er hvor en tredjepart bidrar økonomisk til forskningen eller utviklingen. Oppdragsgiver dekker 50 prosent mens et forskningsfond dekker de andre 50 prosent.

Unntak 2

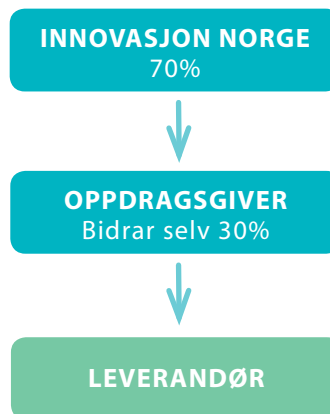


En tredje mulighet er hvor oppdragsgiver mottar økonomisk støtte som dekker hele eller deler av anskaffelsen. Unntaket kan også da komme til anvendelse. Dersom en kommune skal kjøpe et nytt renseanlegg og mottar støtte fra Innovasjon Norge til å kjøpe et renseanlegg som krever utvikling av en ny renseteknologi, vil det kunne være unntatt regelverket, selv om pengestrømmen formelt sett kommer fra oppdragsgiver. Dette må imid-

lertid vurderes konkret. Dersom en oppdragsgiver bruker en underordnet oppdragsgiver til å bestille en utredning vil dette ikke tilfredsstille vilkåret om at oppdragsgiver ikke fullt ut betaler.

Antakeligvis vil alle FoU-kontrakter som finansieres over offentlige ordninger og programmer være omfattet av unntaket, dersom de har et reelt element av støtte fra det offentlige, jf. EØS-avtalens art. 61 flg. 11 Forutsetningen er at støtten skjer på bakgrunn av alminnelige målsettinger om kompetanse og teknologiutvikling, og ikke forretningsmessige vurderinger. Rent kommersielle kontrakter, i betydningen hvor oppdragsgiver skal ha utført et oppdrag for eget behov, vil følgelig normalt anses å være en prioritert tjeneste som er omfattet av regelverket, mens ikke-kommersielle kontrakter normalt vil være unntatt.

Unntak 3



Ikke unntak



Tjenesten tilfaller ikke oppdragsgiver fullt ut

Selv om oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten, omfattes den likevel av unntaket dersom tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver. Kravet innebærer at også andre enn oppdragsgiver skal benytte tjenesten. Eksempelvis vil dette være oppfylt dersom forskningen skal utvikle produkter eller teknologi som gir konkrete eller direkte fordeler for andre offentlige organer eller for markedet generelt. Publisering av forskningsresultatene kan innebære at tjenesten ikke tilfaller oppdragsgiver fullt ut. Dette må vurderes konkret. En tilsvarende problemstilling oppstår der flere går sammen om å kjøpe en forskningstjeneste, mens bare en av dem formelt sett fremstår som oppdragsgiver. Hvem som skal regnes som oppdragsgiver i slike situasjoner, i betydningen hvem tjenesten til-

faller, er ikke avklart. Hvis de andre betaler til oppdragsgiver, er det normalt ikke grunnlag for unntak fra anskaffelsesregelverket, da det i praksis vil anses som bruk av fullmektig.

Dersom FoU-kontrakten innebærer at forskningsleverandøren blir sittende med eventuelle opphavsrettigheter, kan dette tale for at tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver. Dette kan være tilfelle selv om oppdragsgiver mottar utførelsen av selve tjenesten som er utviklet. Dette spørsmålet er imidlertid uavklart.

I den konkrete vurderingen vil det kunne legges vekt på hvem som tar initiativet til oppdraget og hvem som har utformet spesifikasjonene for det.

Spesiell EØS-terskelverdi for FoU-tjenester

Dersom FoU-kontrakten fullt ut er betalt av oppdragsgiver og fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet, er anskaffelsen en prioritert tjeneste, jf. forskriftens vedlegg 5 kategori 8, og følger forskriftens del III dersom anskaffelsen overskrider EØS-terskelverdien.

Etter forskriftens § 2-2 annet ledd er EØS-terskelverdien for sentrale statlige myndigheter ved anskaffelse av FoU-tjenester lik EØS-terskelverdien for andre oppdragsgivere. Dette er dermed et unntak fra den generelt lavere terskelverdien for sentrale statlige myndigheter.

Vare og bygge- og anleggsanskaffelser med FoU-elementer

Unntaket for forsknings- og utviklingskontrakter gjelder kun for kjøp av tjenester. For bygge- og anleggskontrakter og varekontrakter vises det til kapittel 7.4.

Kort om offentlig støtte ved FOU

Dersom regelverket om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse, kan statsstøttereglene være relevante. Dersom tildelingen av en FoU-kontrakt skjer gjennom en konkurranse etter anskaffelsesregelverket er det en presumsjon for at det ikke foreligger statsstøtte. Hvor kontrakten tildeles uten konkurranse oppstår spørsmålet om kontrakten innebærer statsstøtte. Statsstøtte er i utgangspunktet forbudt, men det finnes flere unntak fra det generelle forbudet. Før unntaket for FoU-anskaffelser benyttes, bør oppdragsgiver undersøke om tildeling av kontrakten vil innebære ulovlig statsstøtte.

Kontrakter om enerett

Forskriften unntar kontrakter som oppdragsgiver tildeler en annen offentlig oppdragsgiver, med en enerett til å yte den aktuelle tjenesten, jf. § 1-3 annet ledd bokstav h. Det er et krav at eneretten er kunngjort i lov, forskrift eller administrativt vedtak, og at kontrakten er i overensstemmelse med EØS-avtalen. Unntaket gjelder kun for tjenestekontrakter²³.

Kravet til enerett innebærer et krav om at leverandøren faktisk utfører de aktuelle tjenestene som eneleverandør.

²³ For hva som er tjenestekontrakt, se kapittel 4.

Det er altså tre vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal gjelde:

- kontrakten tildeles et organ som selv er en offentlig oppdragsgiver,
- organet må ha en kunngjort enerett til å utøve den angjeldende type virksomhet, og
- eneretten må være forenlig med EØS-avtalen.

Offentlig oppdragsgiver

Den som tildeles kontrakten må selv være en offentlig oppdragsgiver i henhold til forskriftens § 1-2, se kapittel 2.1. Dette har sammenheng med at begrunnelsen for unntaket er at den myndighet eller det organ som tildeles kontrakten selv må følge anskaffelsesreglene ved sine innkjøp. Kontrakter mellom det private og det offentlige vil derfor fortsatt tildeles på bakgrunn av økonomiske og forretningsmessige vurderinger.

Kunngjøring

Eneretten må fremgå av en kunngjort lov, forskrift eller administrativt vedtak. Eneretten må med andre ord være objektivt konstaterbar, og kan for eksempel ikke bare være nedfelt i en privatrettslig avtale mellom to offentlige oppdragsgivere. Eneretten må offentliggjøres, og være klart definert og avgrenset.

Forenlig med EØS-avtalen

Det er et krav at eneretten er forenlig med EØS-avtalen.

Tildeling av enerett er i utgangspunktet en restriksjon på adgangen til å yte tjenester, jf. EØS-avtalens art. 36. Etableringen av en enerett må derfor begrunnes i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegelsen av tjenester, jf. EØS-avtalens artikkel 36 til 39, forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet i artikkel 4, og konkurransereglene i avtalens del IV og særlig artikkel 59. Det må imidlertid skje en interesseavveining av om de ikke-økonomiske hensynene er tilstrekkelig tunge til å kunne gripe inn i den frie bevegelsen av tjenester. Det er videre krav om at tildeling av en enerett er nødvendig for å ivareta de aktuelle hensynene, og at målene ikke kan nås med andre og mindre inngripende midler.

EF-domstolen har anerkjent en rekke formål som allmenne hensyn som kan begrunne begrensninger i adgangen til fri bevegelse av tjenester. Dette gjelder for eksempel beskyttelse av arbeidstakerne, forbrukerne, miljøet, trafikksikkerhet, sammenhengen i skattesystemet og beskyttelse av rettspleien. Innenfor helsesektoren har hensynet til å opprettholde en stabil lege- og sykehustjeneste og hensynet til opprettholdelse av behandlingsmuligheter eller medisinsk kompetanse på det nasjonale territorium, vært godtatt som allmenne hensyn som kan begrense tjenestefriheten. For øvrig vil også hensyn som går inn under offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, jf. EØS-avtalen art. 39, utgjøre allmenne hensyn.

Økonomiske hensyn kan ikke anses som et allment hensyn.

Å gi enerett til et organ, og samtidig forby andre å tilby samme tjeneste, kan være i strid med EØS-avtalen. EU-domstolen har uttalt at det kan være misbruk av dominerende stilling dersom det offentlige organet ikke selv har kapasitet til å dekke etterspørselen. Med etterspørselen må her forstås etterspørselen fra private.

KOFAS avgjørelse av 18. februar 2013 i sakene 2012/157-165, 2012/169 og 2012/181

KOFA valgte å samle behandlingen av flere klager med påstand om at var foretatt en ulovlige direkte anskaffelse når 9 kommuner hadde gitt BIR Avfallsenergi enerett til behandle husholdningsavfall. Både vilkåret om at BIR Avfallsenergi AS må anses som en offentlig oppdragsgiver, og vilkåret om at eneretten må være forenlig med EØS-avtalen ble problematisert i saken.

BIR Avfallsenergi AS behandlet også innsamlet næringsavfall fra kommunene på kommersielle vilkår. Klagenemnda la til grunn at det følger av praksis fra EU-domstolen²⁴ at et selskap også kan ha kommersielle aktiviteter, så fremt virksomheten fortsetter å tjene allmennhetens behov. Behandling av næringsavfall utgjorde omlag halvparten av selskapets virksomhet. KOFA viste til at behandling av husholdningsavfall hadde første prioritet, og at næringsavfall kun ble behandlet ved overskuddskapasitet, og la til grunn at BIR Avfallsenergi AS er en offentlig oppdragsgiver som definert i forskriften § 1-2 (2). I vurderingen av om tildelingen av eneretten var forenlig med EØS-avtalen ble det vist til at eneretten må være begrunnet i det allmenne tvingende hensynet, må være egnet til å ivareta dette hensynet og at hensynet ikke vil kunne ivaretas med mindre inngripende midler. Eneretten var blant annet begrunnet med miljøhensyn og at det er ønskelig å ha kontroll med utførelsen av avfallsbehandlingen for å kunne sikre stabil drift og tilstrekkelig kapasitet. Klagenemnda kom til at enerettstildelingen var forenlig med EØS-avtalen og at det dermed ikke forelå noen ulovlig direkte anskaffelse.

Nemndas avgjørelser i sak 2008/7 og sak 2008/77 omhandlet også unntaket for enerett og belyser noen andre problemstillinger.

Utøvelse av offentlig myndighet

Generelt om unntakshjemmelen i § 1-3 (2) bokstav k

I henhold til forskriftens § 1-3 (2) bokstav k får forskriften ikke anvendelse for kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32. Departementet uttalte i forbindelse med innføring av bestemmelsen at heller ikke lov om offentlige anskaffelser får anvendelse for slike kontrakter.

²⁴ Sak C-44/96 Mannesheim premiss 25, sak C-360/96 Arnhem

Det fremgår av EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, at reglene om fri bevegelighet av tjenesteytelse ikke kommer til anvendelse på «virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet». EU-domstolen har i sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland slått fast at avtaler om tjenesteytelse som omfattes av unntaket for utøvelse av offentlig myndighet, også er unntatt fra anvendelsesområdet til anskaffelsesdirektivet. Forskriftens § 1-3 (2) bokstav k ble vedtatt i 2012 for å fastslå uttrykkelig at tilsvarende gjelder det norske anskaffelsesregelverket.²⁵ Bestemmelsen innebærer således en presisering av tjenestebegrepet både i lovens § 3 og forskriftens § 1-3 første ledd.

Bestemmelsene om fri flyt av tjenester, og anskaffelsesregelverket, er ikke godt egnet til å anvende på virksomhet som involverer offentlig myndighetsutøvelse. En rekke oppgaver som faller inn under det som må regnes som utøvelse av offentlig myndighet, vil være vanskelig eller umulig å gjøre om til varer eller tjenester som kan omsettes i markedet. Videre er det ikke ønskelig at EU griper inn i nasjonalstatens autonomi på dette området.

Når det skal avgjøres hva utøvelse av offentlig myndighet innebærer og dermed hvor vidt denne unntaksbestemmelsen fra anskaffelsesregelverket favner, må det sees hen til hvordan dette begrepet blir forstått i EU/ EØS-retten og særlig praksis fra EU-domstolen. Det er virksomhetens art som utgjør vurderingstema. Om en virksomhet har en spesiell status nasjonalt er ikke avgjørende - ei heller om den foretas av offentlige eller private institusjoner.²⁶

EU-domstolens tolkning av begrepet utøvelse av offentlig myndighet

Bestemmelsens karakter av unntaksbestemmelse fra de alminnelige reglene om fri bevegelighet av tjenester innebærer at den skal tolkes snevert. I følge EU-domstolen er den tilsvarende EU-bestemmelsens rekkevidde begrenset til det som er strengt nødvendig for å ivareta de interesser som disse bestemmelser tillater medlemsstatene å beskytte.²⁷

Det fremgår av rettspraksis at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse bare omfatter virksomhet som «i seg selv er direkte og særlig forbundet med utøvelse av offentlig myndighet».²⁸ EU-domstolen har videre uttalt at for at unntaket om myndighetsutøvelse skal komme til anvendelse, forutsettes det at virksomheten har en «tilstrekkelig kvalifisert udøvelse af ekstraordinære rettslige beføielser, statsmagtens privilegier eller beføielser til at udøve tvang».²⁹

EU-domstolen har ved flere anledninger uttalt at myndighet som enhver har eller kan utføre, ikke faller inn under unntaket. Domstolen har for eksempel uttalt at private sikkerhetstjenester³⁰ og redningstjenester³¹ ikke innebærer offentlig myndighetsutøvelse, fordi tjenesteyteren ikke har større myndighet enn det enhver enkeltperson har.

²⁵ I sak 2010/364 kom KOFA til at myndighetsutøvelsesunntaket i EØS-retten ikke kunne innfortolkes i det nasjonale anskaffelsesregelverket. Regjeringen fant etter dette at det var nødvendig å klargjøre rettstilstanden og fastsatte nåværende bestemmelse ved Kongelig resolusjon 26. oktober 2012.

²⁶ Sak C-47/08 Kommisjonen mot Belgia, avsnitt 83, sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland, avsnitt 77 og sak 2/74 Reyners, avsnitt 50.

²⁷ For eksempel sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland, avsnitt 76.

²⁸ Sak 2/74 Reyners premiss 45.

²⁹ Sak 160/08 Kommisjonen mot Tyskland premiss 79.

³⁰ Sak C-114/97 Kommisjonen mot Spania, se særlig avsnitt 35 flg og sak C-283/99 Kommisjonen mot Italia, særlig avsnitt 20-21.

³¹ Sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland, avsnitt 80.

Domstolen har også i en rekke saker uttalt at vilkåret «direkte og særlig» utelukker virksomhet som bare har en veiledende og forberedende funksjon til en senere myndighetsutøvelse. Det at en privat myndighet har fått vedtakskompetanse utelukker ikke at den anses som veiledende eller forberedende, dersom lovgivningen som gir de private organer slik myndighet, også foreskriver at offentlig myndighet skal utøve tilsyn med organene.³² Enkelte av disse sakene gjelder saksforhold hvor privat virksomhet var tildelt det man etter norsk forvaltningsrett ville omtalt som vedtakskompetanse, men hvor EU-domstolen likevel kom til at denne kompetansen bare hadde en veiledende eller forberedende funksjon.

Det at virksomheten kan utøve tvang eller tvangsbeføyelser, taler for at det foreligger offentlig myndighetsutøvelse forutsatt at tvangsbruken er tilstrekkelig kvalifisert. Myndighet til slik tvangsbruk taler med andre ord for at virksomheten ikke er veiledende eller forberedende.

Rettspraksis fra EU-domstolen:

I Cali og Figli kom EU-domstolen til at miljøovervåkingarbeid var utøvelse av offentlig myndighet. Saken gjaldt et tilfelle der et selskap (SEPG) hadde fått konsesjon fra italienske styresmaker til å utføre miljøovervåking i Genova havn og tillatelse til å kreve avgifter for dette av skip som losset olje i havnene. Rederlaget til et av skipene som hadde losset der, nektet å betale avgift med den begrunnelse at det ikke hadde etterspurt tjenesten fra SEPG. Skipet hadde eget rensesystem og redskap for å forebygge forurensning. Domstolen uttalte at: «Det miljøovervåkningsarbeidet SEPG hadde fått overdraget at utføre i oliehavnen i Genova, er en oppgave af almindeling interesse, der henhører under statens væsentlige oppgaver med hensyn til beskyttelse af havnemiljøet...[...]. Et sådant overvågningsarbeide er som følge av sin art, sit formål og de regler, det er undergivet, således knyttet til utøvelse af beføjelser vedrørende miljøbeskyttelse som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighet.»³³

Saken Kommisjonen mot Tyskland er hittil eneste sak der EU-domstolen har vurdert bruk av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse på en offentlig anskaffelse. Saken gjaldt spørsmålet om tyske delstater hadde gjort seg skyldige i brudd på innkjøpsregelverket, samt tjeneste- og etableringsreglene i traktaten, i forbindelse med tildeling av kontrakter om syketransport. De tyske myndighetene mente at unntaket om myndighetsutøvelse kom til anvendelse i dette tilfellet. Denne myndighetsutøvelsen kom til uttrykk gjennom særskilte trafikkregler om forkjørsrett, signallys og sirenebruk for førerne av redningsfartøy. EU-domstolen var ikke enig i dette.³⁴

32 Sak C-47/08 Kommisjonen mot Belgia, avsnitt 86, Sak C-42/92 Thijssen, særlig avsnitt 20-21, Kommisjonen mot Tyskland, særlig avsnitt 44 og Kommisjonen mot Portugal, særlig avsnitt 39-44.

33 Sak V-343/95 Cali & Figli premiss 16-18 og 22-23

34 Sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland

Eksempler på offentlig myndighetsutøvelse

Dersom man befinner seg innenfor kjerneområdet for statsmakten vil det som regel ikke være tvil om at man befinner seg innenfor området som må regnes som offentlig maktutøvelse. Oppgaver som typisk blir regnet som utøvelse av offentlig myndighet er lovgiving, rettsvesen, skattelegging, forsvars- og politioppgaver og utøvelse av tvangsmakt overfor borgerne.

Mer problematisk blir det når man står ovenfor velferdsstatstjenester, som infrastruktur-tjenester og tjenester innenfor helse - og sosialsektorene. Disse tjenestene vil som oftest falle utenfor kategorien offentlig maktutøvelse.

En del tjenester innenfor helse- og sosialsektoren vil likevel kunne inneholde sterke elementer av offentlig maktutøvelse. En del helse- og sosialtjenester har grunnlag i tvangsvedtak, for eksempel tvungen psykisk helsevern, tvungen rusomsorg og tvungen barnevern. De tjenester som relaterer seg til denne typen offentlige påbud og tvangsvedtak, faller som utgangspunkt utenfor anskaffelsesregelverket. KOFA har for eksempel uttalt at anskaffelser av institusjonsplasser innen barnevern er underlagt unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i EØS-avtalens artikkel 32.³⁵

Der pasientene frivillig har lagt seg inn og gitt et gyldig samtykke til behandling, vil likevel ikke unntaket nødvendigvis komme til anvendelse. En viss tvangsbruk i slike institusjoner vil kunne utledes av privatautonomien, typisk samtykkekompetansen og den allmenne nødretten.³⁶

2.2.3 Utbyggingsavtaler

En utbyggingsavtale er en avtale om utbygging av et konkret område, der en eller flere utbyggere og/eller grunneiere gjennomfører utbygging innenfor rammen av en kommunal arealplan, dvs. kommuneplanens arealdel, reguleringsplan eller bebyggelsesplan, jf. plan- og bygningsloven § 64. Det som ellers kjennetegner utbyggingsavtaler, er at kommunen bruker sin rolle som planmyndighet etter plan- og bygningsloven som grunnlag for avtale. Kommunens rolle i avtalen er altså knyttet til vedtagelsen av plan eller aksept for gjennomføring av plan (oppfyllelsen av rekkefølgekrav). Dette kan skje i kombinasjon med økonomiske eller andre forpliktelser eller bidrag fra kommunens side, men som oftest er et planvedtak kommunens eneste andel i avtalen. Utbygger på sin side forplikter seg til å gjennomføre eller bekoste tiltak som kommunen ellers har ansvaret for. Dette kan for eksempel gjelde opparbeidelse av friarealer og lekeplasser. Avtalene kan gjelde opparbeiding utbygger uansett kunne pålegges med hjemmel i plan- og bygningsloven, men de kan også gå lenger.

Utbyggingsavtaler reguleres i plan- og bygningsloven kapittel XI-A Utbyggingsavtaler. Hensikten med reguleringen er å forhindre en kostnadsoverføring på boligkjøper, og

³⁵ KOFA sak 2010/364, som ble behandlet før forskriftens § 1-3 bokstav k ble vedtatt.

³⁶ Se Helle, Herdis, *Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter* (doktoravhandling) 2013 s. 177-178. Hun argumenterer samtidig med at for frivillig barnevern, der foreldrene på barnets vegne har sagt fra seg en del av autonomien over barnet, har vi likevel med utøvelse av offentlig myndighet å gjøre.

sikre forutsigbarhet for utbyggerne og kommunen. Reglene setter grenser for hvilke forpliktelser avtalen kan pålegge utbygger/grunneier.

Forholdet til regelverket om offentlige anskaffelser

Regelverket for offentlige anskaffelser gjelder i utgangspunktet for alle offentlige anskaffelser, herunder bygge- og anleggskontrakter. Det er imidlertid ikke avklart i hvilken utstrekning utbyggingsavtaler omfattes. Om utbyggingsavtaler omfattes avhenger av om avtalen kan regnes som en bygge- og anleggskontrakt, jf. forskriftens § 4-1 bokstav c. For at det skal foreligge en slik kontrakt, må avtalen være gjensidig bebyrdende, jf. forskriftens § 4-1 bokstav a.

I spørsmålet om en utbyggingsavtale kan sies å utgjøre en gjensidig bebyrdende avtale, er vurderingen av kommunens ytelse sentral. I motsetning til vanlige bygge- og anleggskontrakter, er kommunens avtalte ytelse som oftest ikke av økonomisk karakter, men består gjerne av et planvedtak eller en byggetillatelse. Vi har få holdepunkter i rettspraksis, utover EF-domstolens avgjørelse i Scala-saken. Saken gjaldt et privat prosjekt for utvikling av et tidligere industriområde i Milano i Italia. En betingelse for å få innvilget byggetillatelse etter italiensk rett, er at tiltakshaver betaler en andel av utviklingen av infra- og servicestrukturen i området. Kommunens frafall av krav på bidrag til offentlig opparbeiding av infrastruktur ble betraktet som betaling etter avtalen, slik at kontrakten ble ansett for å være gjensidig bebyrdende og således omfattet av anskaffelsesdirektivet. Saken har imidlertid ikke direkte overføringsverdi til norske forhold, da premissene er nær knyttet til italiensk lovgivning. I motsetning til i italiensk rett, kan ikke norske kommuner ensidig pålegge grunneiere å betale for infrastruktur.

Norske kommuner kan derimot pålegge grunneieren å bygge ut teknisk infrastruktur som veg, vann og avløp etter plan- og bygningsloven § 67. Pålegget omfattes ikke av regelverket for offentlige anskaffelser, da det ikke er en gjensidig bebyrdende kontrakt i anskaffelsesregelverkets forstand. For utbyggingsavtaler som erstatter pålegg etter plan- og bygningsloven § 67, kan en tenke seg en parallell til Scala-dommen og anse kommunens ytelse som et avkall på muligheten til å gi pålegg. At kommunen lar være å bruke påleggskompetansen er likevel vesensforskjellig fra det å gi avkall på et pengekrav. Et avkall på et pengekrav vil lettere kunne ses på som en del av en gjensidig bebyrdende avtale. En utbyggingsavtale trer imidlertid i stedet for ensidige offentligrettslige pålegg om opparbeiding, og kan erstattes med for eksempel et vilkår etter plan- og bygningsloven § 67. Avtalen gjør at partene kan justere opparbeidingen slik de finner det hensiktsmessig. Etter departementets oppfatning tilsier dette at man ikke anser en utbyggingsavtale som en gjensidig bebyrdende avtale, dersom den kun erstatter kompetansen etter loven til å gi pålegg om teknisk infrastruktur.

I en utredning for Bygningslovutvalget hevder professor Lasse Simonsen at det er nødvendig å se bak den formelle argumentasjonen til EF-domstolen. Ifølge Simonsen er den reelle motytelsen fra kommunen byggetillatelsen, og ikke avkall på pengebidraget. Dette støttes også av Arrowsmith, som mener at et standpunkt om at en byggetillatelse ikke anses som et «vederlag» i anskaffelsesdirektivets forstand, vanskelig kan forenes med

Scala-dommen. Selv om det virker fremmed i norsk rett, kan man derfor ikke se bort fra at en domstol vil anse en ren byggetillatelse som et ledd i en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Ovennevnte viser at det foreligger en rettslig usikkerhet om utbyggingsavtaler der grunneieren skal utføre et bygge- og anleggsarbeid, er omfattet av regelverket om offentlige anskaffelser. For å være på den sikre siden kan kommunene velge å legge anskaffelsesregelverket til grunn.

Konsekvenser

Konsekvensen av at reglene om offentlige anskaffelser blir lagt til grunn er at anskaffelsen skal skje i konkurranse, der kommunen vanligvis er oppdragsgiver. Scala-dommen åpner imidlertid for at regelverket oppfylles der grunneieren gjennom avtalen forpliktes til å oppfylle kravene i anskaffelsesreglene på kommunens vegne. Dette innebærer at reglene ikke får anvendelse på utbyggingsavtalen, men i stedet at grunneieren og utbyggeren må overholde regelverket når de gjennomfører sine anskaffelser etter avtalen.

Der kommunen skal foreta en anskaffelse, kan den i stedet velge å utføre arbeidet i egenregi, jf. kapittel 3. Et spørsmål er om utbygger, som etter utbyggingsavtale gjennomfører en konkurranse på kommunenes vegne, kan utføre arbeidene selv. Dette er ut fra Scala-dommen meget tvilsomt. Det er også meget tvilsomt om utbyggeren selv kan delta i konkurransen (såkalt egenregitilbud).

For mer informasjon om utbyggingsavtaler, se Kommunal- og regionaldepartementets hjemmesider.



Kapittel 3

Egenregi og tjenestekonsesjoner

3.1 Offentlig-offentlig samarbeid¹

3.1.1. Innledning

Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Denne friheten gjelder også valg av fremgangsmåte når forvaltningen skal dekke sitt behov for varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeider. Det betyr at en offentlig oppdragsgiver står fritt til å bestemme om de vil dekke sin etterspørsel av eksterne leverandører eller om de vil ta i bruk egne ressurser. I det siste tilfellet sier man at det offentlige utfører leveransen i egenregi.

Dersom en ytelse leveres i egenregi, foreligger det ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand og anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse.² Det har ikke noen betydning at to enheter innenfor samme oppdragsgiver inngår en avtale. Bare dersom det offentlige bestemmer seg for å dekke sitt behov for varer og tjenester ved bruk av eksterne leverandører, kommer anskaffelsesregelverket til anvendelse.

Dersom det inngås en gjensidig bebyrdende avtale mellom to separate, selvstendige rettssubjekter, kommer som utgangspunkt anskaffelsesregelverket til anvendelse. EU-domstolen har imidlertid i sin praksis akseptert at det kan være en slik tilknytning mellom to rettssubjekter at anskaffelsesregelverket likevel ikke skal få anvendelse, såkalt utvidet egenregi. Unntaket for utvidet egenregi forutsetter et slags over-/underordnet forhold mellom oppdragsgiver og leverandøren. Samarbeidet benevnes dermed ofte som *vertikalt* offentlig-offentlig samarbeid. Det er redegjort nærmere for dette unntaket i kapittel 3.1.2.

Endelig har EU-domstolen oppstilt et unntak for anskaffelsesregelverket utover egenregi-tilfellene. I den såkalte *Hamburg*-dommen³ kom EU-domstolen frem til at anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse i visse tilfeller der to eller flere offentlige etater samarbeider om å løse en oppgave på vegne av allmennheten. Dette samarbeidet blir gjerne referert til som *horisontalt* offentlig-offentlig samarbeid. Det er redegjort nærmere for dette unntaket i kapittel 3.1.3.

1 Se EU-Kommisjonens veileder til offentlig-offentlig samarbeid: Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities («public-public cooperation»), Brussels, 4.10.2011 SEC(2011) 1169 final. Se også Janicke Wiggens PhD avhandling «Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: Kontraktsbegrepets grenser», det juridiske fakultet, 2012.

2 Forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 første ledd bokstav a

3 Sak C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

3.1.2 Utvidet egenregi (vertikalt offentlig-offentlig samarbeid)

For at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, må følgende to kriterier være oppfylt:

1. oppdragsgiver må utøve en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll den utøver over sin egen virksomhet (kontrollkriteriet) og
2. den vesentlige delen av leverandørens aktivitet må være for oppdragsgiveren (aktivitets- eller omsetningskriteriet).

Disse to kriteriene ble utarbeidet av EU-domstolen i den såkalte *Teckal*-dommen⁴ og er blitt presisert og utviklet i en rekke etterfølgende dommer. Læren om egenregi er med andre ord domstolsskapt, og unntaket er fremdeles under utvikling. Nedenfor fremstilles læren om egenregi som gjenspeiler dagens rettstilstand. Innledningsvis er det også verdt å merke seg at læren om egenregi innebærer unntak fra anskaffelsesregelverket og at den derfor skal tolkes restriktivt.⁵ Bevisbyrden for at egenregivilkårene er oppfylt ligger på den som gjør gjeldende at det foreligger egenregi.⁶

Rettspraksis om vertikalt offentlig-offentlig samarbeid er foreslått lovfestet i nytt anskaffelsesdirektiv.⁷

3.1.2.1 Kontrollkriteriet

Generelt

Det første vilkåret for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er at oppdragsgiver utøver en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll den utøver over egen virksomhet. Ved vurderingen av om kontrollkriteriet er oppfylt, skal det tas hensyn til alle relevante lovbestemmelser, vedtekter og andre faktiske omstendigheter. Når for eksempel leverandøren er organisert som et aksjeselskap, må vi således se hen til aksjeselskapslovgivningen og vedtektene til det konkrete selskapet. Oppdragsgiveren kan sies å ha kontroll med leverandøren i den utstrekning han kan påvirke leverandørens beslutninger. Nærmere bestemt betyr det at oppdragsgivers innflytelse må være bestemmende både i forhold til selskapets strategi og i forhold til viktige beslutninger.^{8 9}

Eierskap

I det tilfellet oppdragsgiver eier hele eller majoriteten av den virksomhet som anskaffelsen foretas fra, er det et moment som taler for at han også kan utøve den kontroll som er nødvendig for at kontrollkriteriet skal anses for oppfylt, men dette er ikke i seg selv avgjørende.¹⁰ Slik selskapsrettslig (majoritets-) kontroll er altså ikke tilstrekkelig for at kriteriet skal kunne sies å være oppfylt. Eksempelvis gir den råderetten som flertallet av eierne i et aksjeselskap har etter selskapsretten, bare en begrenset mulighet til å få innflytelse over selskapets beslutninger.¹¹ Oppdragsgiver må faktisk kunne påvirke organets beslutninger.

⁴ Sak C-107/98 *Teckal*

⁵ Sak C-26/03 *Stadt Halle*, premiss 46-47 og sak C-458/03 *Parking Brixen*, premiss 63.

⁶ Sak C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 63.

⁷ Se forslag til artikkel 11 i Kommissjonens forslag, KOM(2011)896.

⁸ Sak C-340/04 *Carbotermo*, premiss 36

⁹ Kravet til kontroll er strengere enn innenfor konkurranseretten. Generaladvokatens uttalelse i C-458/03, *Parking Brixen*, premiss 52. For en diskusjon av om kontrollkriteriet fordrer at oppdragsgiver faktisk utøver en aktiv kontroll, eller om det er tilstrekkelig at det er mulighet for oppdragsgiver til å utøve bestemmende innflytelse, se Janicke Wiggens PhD avhandling, kapittel 12.6.2.6.

¹⁰ Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 37.

¹¹ Sak C-458/03 *Parking Brixen* premissene 67-70 og sak C-340/04 *Carbotermo* premiss 38

Dersom leverandørselskapet kontrolleres indirekte gjennom et annet selskap, for eksempel et holdingselskap, kan dette vanskeliggjøre en sterk kontroll.¹²

EU-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at eierskap inngår som en viktig parameter ved vurderingen¹³, men har ikke uttalt at eierskap er en forutsetning for oppfyllelse av kontrollkriteriet. Departementet har imidlertid uttalt seg om dette spørsmålet i en forklingsuttalelse. Her fant departementet at kontrollvilkåret i noen konkrete tilfeller kan anses oppfylt, også for innkjøp av tjenester fra et selveiende rettssubjekt, her en stiftelse.¹⁴

Leverandørens autonomi

Dersom leverandøren har for stor grad av selvstendighet i forhold til oppdragsgiver, så vil dette begrense sistnevntes mulighet til å sikre den nødvendige kontrollen etter kontrollkriteriet. Organisasjonsmodellen for oppdragstakers virksomhet kan være et relevant moment i vurderingen av om kriteriet er oppfylt.

Norske selskaps/samarbeidsformer vurdert opp mot kontrollkriteriet¹⁵

- Kommuneloven § 27 åpner for å etablere et interkommunalt samarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner. Samarbeidet innebærer at det utarbeides vedtekter, etableres et felles styre og at det gis innskudd eller kan tas opp lån. Samarbeidsorganet kan drive ulike typer samarbeidstiltak, og det kan overføres ansvar og myndighet i saker som angår virksomhetenes drift og organisering. Samarbeid etter kommuneloven § 27 vil normalt sett oppfylle kravet til kontroll.
- Aksjeselskap (AS) er organisert etter lov om aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper. Departementet mener at norske aksjeselskaper ikke alene i kraft av selskapsformen vil være utelukket fra muligheten for egenregi, men dette forutsetter at oppdragsgiver har en innflytelse over selskapet som går ut over det en majoritetseier normalt har.
- Interkommunale selskaper (IKS) er organisert etter lov om interkommunale selskaper. Denne loven gir eierkommunene en større grad av mulighet for styring og kontroll over foretaket enn et aksjeselskap. Kontrollkriteriet vil derfor oftere kunne være oppfylt for slike selskaper enn for aksjeselskaper.
- Stiftelser kan være private eller offentlige. Karakteristisk for stiftelser er at de eier seg selv (egenkapital). Det kan ikke utelukkes at kriteriet også vil kunne være oppfylt for stiftelser når det offentlige på annen måte kan sies å utøve kontroll over stiftelsens beslutninger, typisk gjennom representasjon i styret eller bidrag til stiftelsens drift og formålsoppfyllelse. Dette siste vil i særlig grad være aktuelt for offentlige stiftelser.

¹² Sak C-340/04, *Cabotermo*, premiss 40.

¹³ Se for eksempel sak C-324/07, *Coditel*.

¹⁴ Brev av 9. september 2010 til Olje- og energidepartementet, http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_OD_PETRAD.pdf

¹⁵ For en nærmere vurdering av ulike norske selskapsformer i forhold til egenregireglene se Fredrik Werpen, «Anskaffelser i 'egenregi' og 'kvasi-egenregi' fra interkommunalt samarbeid» i Lov og Rett, 2005 nr. 5-6, s. 328-341. Artikkelen er skrevet for Coname, Parking Brixen, ANAV og Carbotermo. For en sammenligning mellom IKS og AS se Knut Høyvik, «Interkommunalt selskap eller aksjeselskap», *Lov og Rett*, 2005 nr. 9, s. 531-549.

For å kunne avgjøre graden av leverandørens autonomi, har EU-domstolen ikke begrenset seg til å se på valgte organisasjonsmodeller. Den har også sett på hvordan eieren (oppdragsgiveren) er representert i leverandørselskapets ledelse.¹⁶

I den forbindelse er det relevant å se på blant annet oppdragsgivers mulighet til å øve innflytelse gjennom:

- deltakelse i styret, representantskap eller andre lignende organer,
- fastsettelsen av virksomhetens formål og
- kontroll og tilsyn med økonomiske og kommersielle disposisjoner mv og annen daglig ledelse.

Saken C-458/03 *Parking Brixen*, gjaldt et italiensk aksjeselskap organisert etter en spesiell lov. EF-domstolen gikk konkret inn i selskapets vedtekter og kommenterte at en beføyelse for styret til å stille garanti på inntil 5 millioner euro eller gjennomføre andre tilsvarende forretningstransaksjoner uten forutgående godkjenning fra generalforsamlingen, var et tegn på at selskapet hadde en høy grad av selvstendighet i forhold til aksjonærene. Vedtektene krevde at kommunen skulle eie en absolutt majoritet av aksjene og utpeke flertallet i styret. Kommunen skulle også utpeke to av tre representanter i et tilsynsorgan. EF-domstolen kom til at egenregi var utelukket i dette tilfellet.

Leverandørens markedsorientering

Leverandørens markedsorientering, altså den grad leverandøren forfølger kommersielle snarere enn allmenne formål, er også et moment som domstolen tar i betraktning ved vurderingen av oppdragsgivers muligheter til å kontrollere leverandøren. Domstolen har slått fast at selv om oppdragsgivere er sterkt representert i leverandørens virksomhet og således har sikret seg kontrollbeføyelser som begrenser leverandørens autonomi, så vil en utstrakt markedsorientering hos leverandøren kunne undergrave den kontrollen som oppdragsgiver derved har sikret seg.¹⁷

Når EU-domstolen vurderer om leverandøren er «markedsorientert», tar den utgangspunkt i det formål leverandørselskapet forfølger. Virksomhetens formål kan for eksempel fremgå av det lovverket og de vedtekter som regulerer selskapets virksomhet. Momenter som inngår i denne vurderingen, er blant annet om leverandøren utfører oppgaver utover mer tradisjonelle offentlige oppgaver, om leverandøren driver virksomhet utenfor eiers (oppdragsgivers) territorium og leverandørens mulighet til å kontrahere med tredjepersoner – særlig private aktører.

¹⁶ Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 28-40; Sak C-573/07, *Sea*, premiss 81-83

¹⁷ Se for eksempel sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 36.

Private deltakere

Unntaket for utvidet egenregi kommer ikke til anvendelse når det er private eierinteresser i leverandørens virksomhet.¹⁸ Dette er også tilfellet selv om den private part bare eier en minoritetsandel.

En hypotetisk mulighet for privat deltakelse utelukker imidlertid ikke kontroll; det må faktisk foreligge privat deltakelse for at kontrollvilkåret ikke kan anses oppfylt.¹⁹ Vurderingen av om det foreligger privat deltakelse, må således som hovedregel gjøres på tidspunktet for kontraktsinngåelse. Likevel kan etterfølgende forhold også etter en konkret vurdering bli relevant, eksempelvis der det i kontrakten legges opp til at private aksjonærer skal få adgang til å kjøpe aksjer under kontraktens løpetid.²⁰

Hvis egenregi var mulig på tildelingstidspunktet, men en privat part får eierandeler i kontraktens løpetid, så vil dette være å anse som en vesentlig endring av kontrakten.²¹ Dette innebærer i utgangspunktet at kontrakten må konkurranseutsettes. Se nærmere i kapittel 12.6. om endring av eksisterende kontrakt.

Det følger også av EU-domstolens praksis at en kontrakt kan tildeles til et halvoffentlig selskap, når den private parten som deltar i selskapet er utvalgt i samsvar med anskaffelsesregelverket.²² Dette forutsetter at den private parten utvelges på bakgrunn av sine tekniske ferdigheter og særlige karakteristika ved tilbudet, og at selskapet bevarer det samme samfunnsmessige formål gjennom hele kontraktsperioden.

Kontroll utøvd i fellesskap

Når flere offentlige oppdragsgivere eier et selskap i fellesskap, kan kontrollkriteriet tilfredsstilles ved at kontrollen utføres av eierne i fellesskap.²³ Det ses således på de offentlige eierne samlede kontroll over selskapets beslutninger. Særlig aktuelt er slik sameierskap ved ulike former for interkommunalt samarbeid. For eksempel kan flere kommuner ha opprettet et aksjeselskap eller et interkommunalt selskap som de alle ønsker å tildele kontrakter. EU-domstolen har uttalt at siden det i denne type samarbeid sjelden vil være anledning for en enkelt oppdragsgiver å utøve dominerende kontroll alene (individuell kontroll), må det være tilstrekkelig at oppdragsgiverne kan kontrollere leverandøren i fellesskap.²⁴ Det forhold at avgjørelser treffes ved flertallsbeslutninger er ikke av betydning.²⁵

EU-domstolen har i tidligere saker antydnet at det finnes grenser for hvor lav eierandel en eier kunne ha for å kunne anvende unntaksbestemmelsene om utvidet egenregi, og at

18 Se for eksempel sak C-26/03, *Stadt Halle*, premiss 49 og sak C-410/04, *ANAV*, premiss 31.

19 Sak C-371/05, *Mantua*, premiss 29. Domstolen har tidligere i sak C-231/03, *Coname*, uttalt at kontroll er utelukket også der et selskap ikke er privatisert, når bare det prinsipielt er åpnet for privat kapital. Dette synes nå modifisert med *Mantua*.

20 Se også sak C-573/07, *SEA*, og sak C-59/04, *Kommisjonen mot Østerrike*. I *SEA* la domstolen vekt på om det var konkrete tegn på «snarlig åpning for privat kapital». I *Kommisjonen mot Østerrike* gjorde særlige omstendigheter at også de etterfølgende omstendigheter måtte tas i betraktning: Salg av aksjer til en privat part skjedde umiddelbart etter tildeling av kontrakt til et offentlig selskap. Kontrakten ble således tildelt ved hjelp av en kunstig konstruksjon.

21 Sak C-573/7, *Sea*, premiss 53.

22 Sak C-196/08, *Acoset*.

23 Se for eksempel sak C-324/07, *Coditel*,

24 Sak C-324/07, *Coditel Brabant*, premiss 47-50, sak C-573/07, *Sea*, premiss 56-59.

25 Sak C-573/07, *Sea*, premiss 60.

kontroll ikke er mulig ved et betydelig antall eiere.²⁶ Dette må imidlertid modifiseres noe med nyere avgjørelser, der EU-domstolen nettopp fastslår at kontroll kan utøves i fellesskap.²⁷ Det er imidlertid ikke tilstrekkelig bare å delta i selskapets kapital; eieren må også spille en rolle i ledelsesorganet og ha reell innflytelse. Det må med andre ord være snakk om et reelt felles foretak.²⁸

3.1.2.2 Aktivitetskriteriet (omsetningskriteriet)

Det andre vilkåret for at unntaket for utvidet egenregi skal komme til anvendelse, er at den vesentlige delen av leverandørens aktivitet utføres for oppdragsgiveren. Begrunnelsen for kravet er å sikre like konkurransevilkår med andre leverandører. Hvis et selskap mottar en del av sine oppdrag fra sin eier uten konkurranse, oppstår faren for at selskapet får for godt betalt og vil ha en konkurransefordel når det opptrer i det kommersielle markedet. Derfor vil selskapet, når det selger i et konkurranseutsatt marked, være forhindret fra egenregi.²⁹

At leverandøren utfører den vesentlige delen av sin aktivitet for oppdragsgiveren, innebærer at han i hovedsak skal utføre virksomhet som ledd i oppdragsgivers tildeling. Det er ikke avgjørende om oppdragsgiver mottar ytelsen selv, eller om den går til andre brukere. Det er ikke relevant hvem som betaler leverandøren. Det er heller ikke relevant i hvilket geografisk område leverandøren leverer ytelsene som er blitt tildelt av oppdragsgiver.

EU-domstolen har uttalt at den aktiviteten leverandøren utfører for andre kun kan være av marginal betydning.^{30 31} Ved vurderingen av om vesentlighetskravet er oppfylt er det oppdragsgivers samlede virksomhet som skal tas i betraktning. I den forbindelse skal alle relevante omstendigheter tas i betraktning. Ved vurderingen av omsetningskriteriet er det klart at en ikke kun skal se matematisk på omsetningstall. Det skal også foretas en vurdering av alle relevante kvalitative momenter.³² Det er uavklart hvilke momenter man skal se på i denne vurderingen. Formålet må være å sikre konkurranse i markedet og unngå at leverandøren får fordeler av sine oppdrag uten konkurranse. Dersom den tjenesten/varen det er tale om å tilby på det private markedet også kan leveres av andre private aktører, er det vanskeligere å argumentere for at leverandøren skal skjermes av egenregi-unntaket enn når varen/tjenesten ikke leveres av det private markedet. I denne sammenheng er det av betydning om det er privat etterspørsel etter leveransen i markedet.

26 I sak C-231/03 *Coname* avviste domstolen at kontrollkriteriet var oppfylt for en kommune som kun eide 0,97 prosent av aksjene.

27 Se for eksempel sak C-295/95, *Tragsa/Asemfo*, der en 0,25 prosent eierandel ikke utelukket kontroll, og sak C-573/07, *SEA*. I sistnevnte sak uttaler domstolen at avgjørelsen ikke er i motstrid med sak C-231/03, *Coname*, men at Domstolen i *Coname*-avgjørelsen ikke tok stilling til om kontrollen kunne utøves i fellesskap.

28 Se felles sak C-182/11 og C-183/11 *Econord SpA*, der EU-domstolen fastslo at eierskap i form av én aksje ikke var tilstrekkelig når det i praksis ikke fulgte med noen form for deltakelse i kontrollen med selskapet.

29 Anskaffelsesreglene virker her i et samspill med regelverket om offentlig støtte og konkurranseregulering for å sikre konkurranse mellom private og offentlige foretak på like vilkår.

30 Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 63-64

31 Forsyningsdirektivet har en bestemmelse om tildeling av kontrakter til tilknyttede foretak og fellesforetak, jf. forsyningsforskriftens § 1-7 og § 1-8. Her gjelder det en nedre grense på 80 prosent. I *Carbotermo* fastslo imidlertid EU-domstolen at denne regelen ikke får anvendelse i klassisk sektor. I sak C-295/05, *Asemfo/Tragsa*, premiss 63 fant EU-domstolen at aktivitetsnivået var oppfylt i et tilfelle der rundt 10 % av leverandørens omsetning stammet fra oppdrag for andre enn selskapets kontrollerende oppdragsgiver.

32 Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 64.

Videre kan egenregi være enklere å akseptere der leverandøren, ved salg til tredjeperson, opererer innenfor eierens geografiske region og avgrensede tjenesteområde. Det er for eksempel mindre problematisk at en leverandør utnytter overskuddskapasitet som han har i kraft av sine leveranser til oppdragsgiver enn når han leverer andre varer/tjenester på markedet, ev. utenfor sitt geografiske virkeområde.

Kofa-sak 2010/338 dreide seg om hvorvidt egenregiinntaket gjaldt for anskaffelser av vaskeritjenester utført av selskapet Tekstilvask Innlandet AS for Sykehuset Innlandet HF. Sykehuset eide vaskeriet i felleskap med en rekke kommuner i området. 14,11 prosent av vaskeriets omsetning i den kritiske perioden var knyttet opp til eksterne kjøpere, dvs. ikke-eiere. KOFA mente at siden vaskeritjenester ikke var en typisk offentlig oppgave og siden det eksisterte et marked for denne tjenesten, så var ikke aktivitetskriteriet oppfylt. KOFA valgte i denne saken ikke å legge vekt på at de private oppdragsgiverne var helseinstitusjoner, at vaskeriet i denne forbindelse kun utnyttet ledig kapasitet og at det hadde tatt grep for å redusere andelen av tjenester levert til det private markedet.

Eksempel på aktivitet til tredjeperson som kan være tillatt:
«Rent og ryddig IKS» har blitt tildelt en kontrakt etter egenregiinntaket til å samle inn og behandle husholdningsavfallet til alle husstander i kommune A. Kommune A ligger på en avsideliggende øy og har et spredt bosetningsmønster. Når søppelbilen er ute og kjører sine ulike ruter har den derfor tilgjengelig kapasitet som den ikke får utnyttet. For å utnytte denne tilleggskapasiteten, tar søppelbilen også med seg næringsavfall for det lokale næringslivet langs ruten som den allikevel kjører for å samle inn husholdningsavfallet. «Rent og Ryddig IKS» får dermed utnyttet overskuddskapasitet innenfor sitt geografiske område.

Eksempel på aktivitet til tredjepart som kan være problematisk:
«Rent og ryddig IKS» har blitt tildelt en kontrakt etter egenregiinntaket til å samle inn og behandle husholdningsavfallet til alle husstander i kommune A. De gjør det godt og bestemmer seg for å utvide sin virksomhet til også å samle inn spesialavfall i et område geografisk adskilt fra området til eierkommunene. Dette har ikke noen substansiell eller geografisk tilknytning til aktiviteten «Rent og ryddig IKS» har for sine eiere.

Dersom flere oppdragsgivere kontrollerer en leverandør, må den vesentlige delen av aktiviteten utføres for oppdragsgiverne sett under ett.³³

³³ Sak C-340/04, *Carbotermo*, premiss 70.

3.1.2.3 Omvendt egenregi og tildeling til søsterselskaper

Det er ikke avklart i rettspraksis om det er mulig med en organisering i offentlig regi der tildeling av kontrakter kan skje i egenregi fra den kontrollerte enhet til den kontrollerende, eksempelvis levering fra eier til underordnet selskap (såkalt omvendt egenregi). Det er heller ikke avklart om unntaket for egenregi omfatter tildeling av kontrakter mellom søsterselskaper, dvs. mellom enheter som kontrolleres av samme moderselskap.³⁴

Departementet mener at mye taler for at unntaket for egenregi også skal gjelde i slike tilfeller. I forslag til nytt anskaffelsesdirektiv er det da også foreslått å lovfeste dette.

3.1.3 Horisontalt offentlig-offentlig samarbeid

I *Hamburg*-dommen aksepterte EU-domstolen at anskaffelsesregelverket ikke kunne komme til anvendelse ved såkalt *horisontalt* offentlig-offentlig samarbeid, altså et samarbeid mellom flere offentlige oppdragsgivere der kontrollkriteriet ikke er oppfylt. Bakgrunnen for dette er at det offentlige skal stå fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Offentlige myndigheter kan organisere samarbeidsstrukturer på nærmere vilkår, uavhengig av hvordan man har valgt å formalisere samarbeidsorganene.

Hamburg-dommen³⁵

Dommen gjaldt et samarbeid mellom et avfallshåndteringselskap – *Stadtreinigung Hamburg* – eid av byen Hamburg og fire omkringliggende kommuner (Landkreise) om håndtering av sistnevntes avfall. De fire omliggende kommunene hadde ikke slik kontroll over avfallshåndteringselskapet som kreves etter kontrollkriteriet. Domstolen kom allikevel til at samarbeidet kunne inngås mellom partene uten at anskaffelsesregelverket kom til anvendelse.

Selv om faktum i *Hamburg*-dommen er spesielt, kan man allikevel lese ut av dommen noen relevante kriterier. I den etterfølgende *Universita del Salento*-dommen³⁶ er disse presisert. Domstolen oppstiller fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket for offentlig-offentlig samarbeid skal komme til anvendelse:

1. avtalen må ha som mål å sikre gjennomføring av offentlige oppgaver som alle må utføre;
2. arrangementet må kun omfatte offentlige oppdragsgivere og private parter må ikke være involvert;
3. ingen private leverandører blir tilgodesett i forhold til konkurrentene;³⁷
4. samarbeidet må kun være i allmennhetens interesse.

³⁴ Slike eksempler omtales i Kommisjonens Grønnbok, KOM(2011)15 endelig.

³⁵ C-480/06 *Commission v Germany* [2009] ECR I-4747.

³⁶ Sak C-159/11, *Universita del Salento*

³⁷ Se også C-386/11, *Piepenbrock*.

Formålet med samarbeidet må være å sikre gjennomføring av offentlige oppgaver som alle samarbeidende deltakere må utføre. Et slikt samarbeid må være karakterisert av deltagelse og gjensidig plikt for oppdragsgiverne og være ledet av et genuint ønske om å skape gjensidige synergieffekter. Dette betyr ikke nødvendigvis at hver av deltakerne i samarbeidet må delta likt i utøvelsen av oppgavene: Samarbeidet kan være basert på oppdeling av oppgaver eller på en viss spesialisering mellom oppdragsgiverne. Etter departementets mening er det ikke påkrevd at alle samarbeidsdeltakere faktisk utfører oppgaver så lenge alle har avgjørende innflytelse på utøvelsen.³⁸

Dersom deltakerne ønsker å samarbeide om innhenting og behandling av avfall, så kan de organisere det slik at en deltaker står for innhenting av avfallet, mens en annen behandler dette avfallet (forbrenner, deponerer, resirkulerer, etc.).

Videre er det et krav om at samarbeidet må være genuint og skille seg fra en vanlig offentlig kontrakt der en part utfører en oppgave mot betaling. En slik ensidig tildeling av oppgaver fra en oppdragsgiver til en annen kan ikke karakteriseres som et horisontalt offentlig-offentlig samarbeid.

Dersom en kommune forsyner en annen kommune med strøm, kommer ikke unntaket for horisontalt offentlig-offentlig samarbeid til anvendelse. Vi har i dette tilfellet å gjøre med en anskaffelse som må gjennomføres etter prosedyrene i anskaffelsesregelverket.

Endelig skal samarbeidet være ledet av hensyn som er knyttet til å fremme mål i allmennhetens interesse. I *Hamburg*-dommen ble det lagt vekt på at samarbeidet ikke involverte finansielle transaksjoner mellom deltakerne i samarbeidet utover det som fulgte av reelle kostnader i forbindelse med leveransen.

At samarbeidet *kun* kan være ledet av hensyn som er knyttet til å fremme mål i allmennhetens interesser, betyr at unntaket ikke kommer til anvendelse dersom virksomheten hovedsakelig er ledet av kommersielle interesser. Det betyr at samarbeidet som utgangspunkt ikke kan omfatte aktiviteter som tilbys i markedet.³⁹

³⁸ En slik ordning er gjennomført i den såkalte vertskommunemodellen.

³⁹ Se EU-kommisjonens veileder til offentlig-offentlig samarbeid punkt 3.3.3.

Hvis samarbeidsdeltakerne bygger et avfallsforbrenningsanlegg som har kapasitet som overstiger deres behov med det mål for øye å selge den ledige kapasiteten på det åpne markedet, så er ikke kriteriet for offentlig-offentlig samarbeid oppfylt. I dette tilfellet kan man ikke si at samarbeidet kun er ledet av hensyn som er knyttet til å fremme mål i fellesskapets interesse.

Mye taler imidlertid for at det må være akseptabelt at selskapet selger «tilfeldig» overkapasitet. Det kan heller ikke utelukkes at det vil være mulig å etablere et anlegg med overkapasitet, når en slik overkapasitet må til for at anlegget skal være rentabelt.

EU-kommisjonen legger i sin veileder til grunn at begrepet «offentlige oppgaver» må tolkes vidt. Det betyr at det ikke kan kreves at samarbeidet dreier seg om lovpålagte oppgaver.⁴⁰ Departementet mener at det også må kunne omfatte støttetjenester som for eksempel IKT-, regnskaps- og kantinetjenester.

Rettspraksis om horisontalt offentlig-offentlig samarbeid er foreslått lovfestet i nytt anskaffelsesdirektiv.

3.1.4 Samarbeid som ikke bygger på kontrakt

For at anskaffelsesregelverket skal komme til anvendelse, må det foreligge en kontrakt, jf. nærmere i kapittel 2.2.1. Tjenester med mer som utføres på grunnlag av ensidige ordrer, som for eksempel lover, forskrifter eller andre administrative bestemmelser, er ikke omfattet av regelverket.⁴¹ Her foreligger det ikke en kontraktsrettslig relasjon.

Ettersom det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver, vil det naturligvis også være mulig å omorganisere forvaltningen. Det vil også være mulig å delegerer kompetansen til å utføre bestemte offentlige oppgaver fra et offentlig organ til en annen uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.⁴² Forutsetningen er at ansvaret for utførelsen av oppgaven også overdras.⁴³

Et eksempel på et samarbeid som ikke bygger på kontrakt, finnes i EU-domstolens avgjørelse i sak C-295/05, Tragsa/Asemfo. Tragsa var et statlig selskap opprettet ved lov. Selskapet fungerte som forvaltningens eget operasjonelle organ og tekniske tjeneste ved å utføre en rekke tjenester vedrørende utvikling av landdistriktene og miljøbeskyttelse. Øvrige myndigheter hadde rett til å pålegge Tragsa oppgaver, og Tragsa var forpliktet til å utføre disse. Tragsa kunne ikke selv fastsette sin pris. En annen myndighet hadde fast-

⁴⁰ Se veilederens note 42.

⁴¹ Dette var uttrykkelig uttalt i det tidligere tjenstedirektivet (direktiv 92/50/EØS), premiss 8 i preambelen. Selv om ikke dette er videreført i anskaffelsesdirektivet, gjelder dette fortsatt.

⁴² EU-kommisjonen behandler dette temaet nærmere i sin veileder til offentlig-offentlig samarbeid.

⁴³ Se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-386/11, *Piepenbrock*. Her hadde oppdragsgiver beholdt retten til å kontrollere utførelsen av oppgavene, og til å heve avtalen dersom utførelsen ikke var tilfredsstillende.

satt takstene som avspeilte de reelle kostnadene. Her fant domstolen at det ikke forelå en kontrakt. Se også EU-domstolens senere avgjørelse i sak C-220/06, Correos.

Ved en vurdering av om en myndighets utførelse av en tjeneste for en annen er basert på en kontrakt i anskaffelsesdirektivets forstand, er det således relevante momenter om oppdragstaker er forpliktet til å utføre oppgaven for oppdragsgiver, om oppdragstaker selv kan fastsette sine priser og om avtalen utgjør en ensidig administrativ beslutning som avviker vesentlig fra en normal kommersiell kontrakt.

3.1.5 Noen spesielle problemstillinger

Egenregi i staten

Staten i Norge er å anse som én juridisk person. Med juridisk person forstås at enheten er selvstendig med råderett over egen formuesmasse. Departementer, underliggende etater, direktorater og forvaltningsbedrifter er en del av statens juridiske person. Statlig eide aksjeselskaper, stiftelser og selskaper med begrenset ansvar for staten, er derimot ikke en del av statens juridiske person; de er selvstendige rettssubjekter.

Dette betyr at anskaffelser innen statens juridiske person i utgangspunktet kan foretas i egenregi. Det vil si at én statlig virksomhet i utgangspunktet kan utføre oppgaver for en annen statlig virksomhet, dersom ingen av dem er skilt ut som et separat rettssubjekt, uten at anskaffelsesregelverket får anvendelse. Se brev til Finansdepartementet⁴⁴ og brev til Samferdselsdepartementet⁴⁵ for uttalelser fra departementet om egenregi internt i staten.

Det har i den juridiske litteraturen vært drøftet om enkelte statlige virksomheter kan ha en slik selvstendighet og markedsorientering at egentlig egenregi likevel ikke er mulig.⁴⁶ Det kan således ikke utelukkes at det kan være noen unntak fra dette utgangspunktet.

Om offentlig støtte ved egenregi

Dersom unntaket for egenregi benyttes til å tildele en kontrakt uten konkurranse til et foretak som ikke utelukkende leverer til oppdragsgiver, kan det oppstå spørsmål om ulovlig offentlig støtte. Dersom leverandøren som mottar egenregioppdraget overkompenseres, vil dette kunne vri konkurransen ved at egenregioppdraget brukes til å kryssubsidiere annen virksomhet leverandøren driver i markedet.

For å avgjøre om reglene om offentlig støtte får anvendelse på et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, er det sentrale spørsmålet om vederlaget er markedsmessig. Et oppdrag som inneholder støtteelementer kan falle inn under forbudet mot offentlig støtte.

I «rene» egenregitilfeller vil enheten som får kontrakten normalt ikke kunne anses som et eget foretak som leverer varer/tjenester på et marked. Reglene om offentlig støtte får ikke anvendelse der støttemottakeren ikke er et «foretak».

Problematikken er imidlertid aktuell der egenregileverandøren leverer tjenester til sin offentlige eier, og ellers opptrer på et marked. Hvis foretaket leverer en tjeneste av «allmenn økonomisk» betydning, må finansieringen av tjenesten vurderes i lys av regelverket for tilskudd til tjenester av allmenn økonomisk betydning. Krysssubsidierings-spørsmålet kan også oppstå der selskapet leverer ordinære tjenester til det offentlige, og kontrakten ikke er tildelt etter en konkurranse. I slike tilfeller bør det føres separate regnskaper for leverandørens aktiviteter for å dokumentere at ulovlig krysssubsidiering ikke finner sted. Nærmere informasjon om forbudet mot offentlig støtte finnes i departementets veileder om EØS-avtalens regler om offentlig støtte som er tilgjengelig på departementets hjemmesider.⁴⁷

3.2 Tjenestekonsesjonskontrakter

3.2.1 Innledning

Det fremgår av forskrift om offentlige anskaffelser § 1-3 (2) bokstav j) at forskriften ikke får anvendelse på tjenestekonsesjonskontrakter. KOFA har også kommet til at lov om offentlige anskaffelser ikke regulerer tjenestekonsesjonskontrakter.¹

I dette kapittelet behandles først hva som ligger i begrepet tjenestekonsesjonskontrakter. Selv om tjenestekonsesjonskontrakter er unntatt fra anskaffelsesregelverket, må de imidlertid tildeles i tråd med visse grunnleggende prinsipper. Disse prinsippene fremstilles i andre del av dette kapittelet.

Forskriftens unntak omfatter ikke bygge- og anleggskonsesjoner som er definert i § 4-1 bokstav f og underlagt en minimumsregulering i § 24-1 og § 24-2. Se nærmere omtale av bygge- og anleggskonsesjoner i kapittel 17.2.²

Definisjonen av, og kravene til tildeling av, tjenestekonsesjonskontrakter er utviklet gjennom rettspraksis. EU-kommisjonen har fremmet et forslag til et nytt direktiv om konsesjonskontrakter,³ og dette forslaget er til behandling i EU-parlamentet og Rådet. Forslaget til direktiv omfatter både tjenestekonsesjonskontrakter og bygge- og anleggskonsesjoner.

⁴⁷ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Offentlig%20stotte/Offentlig_stotte_veildere_2011.pdf

¹ KOFA sak 2003/250, senere tilsluttet i 2005/24 og 2005/86.

3.2.2 Hva er en tjenestekonsesjonskontrakt?

Forskriften inneholder en definisjon av tjenestekonsesjonskontrakt i § 4-1 bokstav e. Tjenestekonsesjon er definert som å være det samme som en tjenestekontrakt, men hvor vederlaget for tjenesten som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte tjenesten, eller en slik rett sammen med betaling.

Begrepet tjenestekonsesjonskontrakt er et begrep som må tolkes i samsvar med EØS-avtalen. Det er med andre ord ikke avgjørende hvordan begrepet konsesjoner normalt brukes i norsk rett, men hvordan EU-domstolen og andre rettskilder har tolket det EØS-rettslige begrepet «tjenestekonsesjonskontrakter». I norsk rett benyttes begrepet konsesjoner ofte på ulike former for autorisasjoner og tillatelser som ikke innebærer en gjensidig bebyrdende kontrakt. Et eksempel kan være tildeling av drosjeløyve eller autorisasjon og lisens som lege. Slike autorisasjoner og tillatelser er ikke tjenestekonsesjonskontrakter og faller derfor utenfor denne fremstillingen.⁴

Det foreligger en rekke avgjørelser fra EU-domstolen som klargjør nærmere hva som ligger i definisjonen av tjenestekonsesjonskontrakt. En tjenestekonsesjonskontrakt kjennetegnes ved at tjenesteyteren bærer utgiftene ved å etablere og drifte tjenesten. Inntektene sikres gjennom kommersiell utnyttning av tjenesten, vanligvis gjennom brukerbetaling.⁵ Dette kan suppleres med eventuell betaling fra oppdragsgiver. Et eksempel kan være et fergeselskap som får tillatelse til å drive en fergetjeneste og å motta vederlag fra passasjerene, eventuelt med tillegg av et vederlag fra kommunen. Betalingsstrømmen går altså fra tredjemenn til tjenesteyteren i stedet for via den offentlige oppdragsgiver. Dette i motsetning til en tjenestekontrakt etter anskaffelsesregelverket, som innebærer at en motytelse betales direkte fra oppdragsgiveren til leverandøren.

2 Videre inneholder kollektivtransportforordningens artikkel 5 prosedyrekrav for tildeling av konsesjonskontrakter innen kollektivtransport.

3 COM (2011) 897 final.

4 Kommisjonens forklaringsmeddelelse om konsesjoner, C-121/2000 pkt 2.4.

5 Inntektene trenger ikke å komme fra brukerbetaling i egentlig forstand. Det avgjørende er at tjenesteyteren skaffer seg inntekter gjennom driften av tjenesten, og at kilden til denne inntekten er andre enn den offentlige oppdragsgiveren som har tildelt kontrakten. For eksempel gjaldt KOFA 2011/167 avtale mellom Fiskeridirektoratet og flere private fiskefartøyer om overvåking av fiskefelt. Vederlaget besto utelukkende av fiskekvoter, altså retten til å fiske. Fiskerne hadde dermed risikoen for inntjening ved salget av fisken. Samtidig hadde de risikoen for kostnadene ved utførelsen av toktene, herunder risikoen for fartøy og utstyr. KOFA fant at avtalen var en tjenestekonsesjonskontrakt.

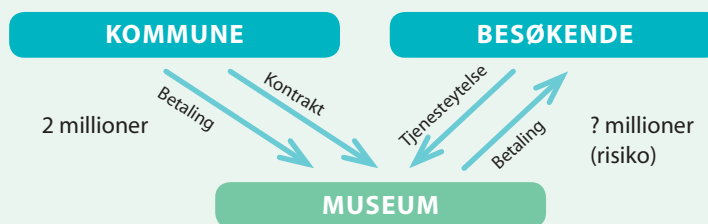
En kommune inngår en avtale med et renovasjonsselskap om avfallsinn-samling. Selskapet mottar hele vederlaget for tjenesten direkte fra kommu-nen, ikke fra husholdningene.

Anskaffelse



En kommune setter bort driften av et museum. Kommunen bidrar med et visst årlig beløp og besøkende betaler inngangspenger. Tjenesteyteren bærer den økonomiske risikoen for at det kommer et tilstrekkelig antall besøkende til å sikre inntjeningen.

Tjenestekonsesjon I



En tjenestekonsesjon kan også foreligge der tjenesteyteren betaler det offentlige for å ha retten til å utføre den aktuelle tjenesten. Betalingen går da fra brukerne til tjenestey-teren, som betaler en viss sum videre til oppdragsgiver. Betalingsstrømmen går i et slikt tilfelle motsatt vei av betalingsstrømmen i en tjenestekontrakt.

En kommune tildeler en tjenstekonsesjonskontrakt for driften av en parkeringsplass. Parkerings-selskapet er ansvarlig for å drive parkerings-plassen og kreve inn parkeringsavgift. Selskapet betaler et visst årlig beløp til kommunen. Parkerings-selskapet er avhengig av at bilistene bruker parkeringsplassen og at selskapet drives på en god måte.

Tjenstekonsesjon II



Det er likevel ikke tilstrekkelig å se på betalingsstrømmen alene. Det sentrale vurderingstemaet er om tjensteyteren har påtatt seg den kommersielle risikoen for å etablere og drifte den aktuelle tjenesten.⁶ Hva som nærmere menes med driftsrisiko, er presisert av EU-domstolen blant annet i *Privater Rettungsdienst*.⁷ Tjensteyteren må utsette seg for den risiko som finnes på markedet, herunder risiko for konkurranse fra andre aktører, risikoen for at tilbudet ikke dekker etterspørselen, risiko for brukernes manglende betalingsevne, risikoen for at driftsutgiftene ikke fullt ut blir dekket av inntektene og risikoen for erstatningsansvar. Derimot er risiko forbundet med tjensteyterens dårlige forvaltning eller uriktig skjønn ikke avgjørende for vurderingen om det er en tjenstekonsesjonskontrakt da denne risikoen er felles for alle typer kontrakter, både tjenstekontrakter og tjenstekonsesjonskontrakter.

Det må vurderes nærmere om tjensteyteren har fått overført en *reell* risiko for både inntektsiden og utgiftssiden av driften av den aktuelle tjenesten. Hvis kontrakten for eksempel inneholder muligheter for justering av vederlaget fra oppdragsgiver for det tilfelle at brukerbetaling uteblir, at oppdragsgiver og ikke tjensteyteren er erstatningsansvarlig ved manglende oppfyllelse eller lignende, taler dette for at tjensteyterens driftsrisiko ikke er reell.⁸

Det er ikke noe krav at tjensteyter har påtatt seg hele risikoen. Det fremgår blant annet klart av forskriftens definisjon at brukerbetaling kan suppleres med et vederlag fra opp-

⁶ Se f.eks. sak C-206/08 Eurawasser premiss 59 med ytterligere henvisninger.

⁷ Sak C-274/09 Privater Rettungsdienst premiss 37 og 38.

⁸ Se bl.a. sak C-348/10 Norma-A SIA som gjaldt offentlige busstransportytelser der den offentlige oppdragsgiveren var pliktig til å kompensere nærmere definerte potensielle driftstap.

dragsgiver. Et vanskelig spørsmål ved grensdragningen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjonskontrakter er hvor mye av den kommersielle risikoen som tjenesteyteren må ha påtatt seg for at det skal foreligge en tjenestekonsesjonskontrakt. På dette punktet gir ikke rettskildene noe klart svar. EU-domstolen har i *Eurawasser*⁹ uttalt at en vesentlig andel av driftsrisikoen må være overført til tjenesteyteren for at det skal foreligge en tjenestekonsesjonskontrakt. Av dette følger at det ikke er tilstrekkelig at kun en marginal del av risikoen er overført. På den annen side synes det klart at det ikke er noe krav om at minst 50 % av risikoen må være overført.¹⁰

At risikoen forbundet med den aktuelle form for virksomhet i utgangspunktet er liten, er ikke til hinder for at kontrakten anses som en tjenestekonsesjonskontrakt forutsatt at en vesentlig del av denne (begrensede) risikoen ligger til tjenesteyteren. Det er ikke uvanlig at enkelte sektorer, og da særlig sektorer som omfatter allmenntjenlige tjenester, er underlagt offentlig regulering som reduserer den økonomiske risikoen. Dette er ikke til hinder for å inngå tjenestekonsesjonskontrakter for å sikre leveransen av disse tjenestene. Minstekravet er at en vesentlig del av den driftsrisikoen som foreligger, og som oppdragsgiver løper, er overført til tjenesteyteren.¹¹

Tjenestekonsesjonskontrakter blir i enkelte norske kommuner blant annet brukt i forbindelse med opprettelse av såkalte fritt brukervalgsordninger innen helse- og omsorgssektoren.¹²

Flere norske kommuner har innført såkalte fritt brukervalgsordninger for en del helse- og omsorgstjenester. Det innebærer at innbyggere i kommunen som i henhold til et kommunalt vedtak har rett til slike helse- og sosialtjenester, kan henvende seg direkte til den av de autoriserte leverandørene som vedkommende ønsker å benytte. Det inngås en avtale mellom leverandøren og brukeren. Leverandøren leverer deretter tjenesten til brukeren, og kommunen betaler for dette. Alternativt kan innbyggerne fortsette å benytte kommunens eget tjenestetilbud innenfor disse områdene. Leverandørene får betalt pr bruker, ikke en fast sum for å stå til rådighet for kommunens innbyggere. Leverandørene vil derfor ha risikoen for at de faktisk klarer å tiltrekke seg brukere. Avtalen mellom kommunen og de autoriserte leverandørene anses normalt for å være tjenestekonsesjonskontrakter til tross for at all betaling skjer direkte fra kommunen til leverandørene. Dette skyldes at betalingen skjer som ledd i leverandørenes utnyttelse av sin kontraktsfestede rett til å levere tjenester til befolkningen, og leverandørene har fullt ut etterspørselsrisikoen.

9 Sak C-206/08 *Eurawasser* premiss 77.

10 KOFA sak 2005/304 gjaldt avtale om drift av snøggåtruter. Mellom 20 % og 55 % av de totale kostnader som medgår til driften av de forskjellige rutene ville ikke bli dekket av vederlaget fra fylkeskommunen. KOFA fant at leverandørene løp en reell og ikke ubetydelig risiko for ikke å gå med overskudd på driften, og konkluderte med at avtalen var en tjenestekonsesjonskontrakt.

11 Se sak C-206/08 *Eurawasser* som gjaldt vannforsyning og sak C-274/09 *Privater Rettungsdienst* som gjaldt redningstjenester.

12 Se utredning av fra Kluge Advokatfirma på vegne av KS som ligger til grunn for ordningen: http://www.ks.no/PageFiles/5950/094004_Utredning_Autorisasjonsordningene.pdf

3.2.3 Tildeling av tjenstekonsesjonskontrakter må skje i tråd med de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen

At anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse på tjenstekonsesjonskontrakter, betyr ikke at det ikke gjelder noen prosedyreregler for dem. EU-domstolen har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at EU-traktatens/EØS-avtalens grunnleggende regler gjelder også ved tildeling av tjenstekonsesjonskontrakter som kan påvirke samhandelen innen EØS-området. EU-domstolen har i sakene om tjenstekonsesjonskontrakter særlig trukket frem forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet og et likebehandlingsprinsipp som domstolen har utledet av EU-traktatens artikler om fri bevegelighet av tjenester og etableringsfriheten. Ut fra disse prinsippene har EU-domstolen utledet en gjennomsiktighetsforpliktelse.^{13 14} Tildeling av en tjenstekonsesjonskontrakt er dermed ikke fritatt for krav til gjennomsiktighet selv om annen norsk lovgivning ikke krever kunngjøring. Kravet til gjennomsiktighet følger av EØS-loven som gjør EØS-avtalen til norsk lov.

Innholdet i de kravene som EU-domstolen har utledet fra de grunnleggende prinsippene og bestemmelsene om de fire friheter i EØS-avtalen, er ikke nødvendigvis det samme som følger av de grunnleggende kravene i lovens § 5 og forskriftens § 3-1. De grunnleggende EØS-prinsippene som gjelder for tildeling av tjenstekonsesjonskontrakter som ikke er omfattet av direktivet, stiller mer overordnede og mindre detaljerte krav til tildeling av konsesjonskontrakter, enn de grunnleggende prinsippene som følger av lovens § 5 og forskriftens § 3-1 ved tildeling av tjenstekontrakter. Det bør derfor vises varsomhet med å anvende praksis knyttet til disse bestemmelsene på tjenstekonsesjonskontrakter.¹⁵

Hvorvidt kontrakten kan sies å påvirke samhandelen innen EØS-området, beror på en konkret vurdering. Det avgjørende er om kontrakten hypotetisk vil kunne være av interesse for aktører utenfor Norges grenser. Det er ikke avgjørende hvorvidt slike aktører faktisk har meldt sin interesse. EU-domstolen har påpekt at det kan tenkes at leverandører i andre medlemsland ikke vil være interessert i kontrakter av begrenset økonomisk verdi. Virkningene for samhandelen vil da være for usikre og indirekte til at det utgjør en innskrenkning av den grenseoverskridende samhandelen.¹⁶

Dersom kontrakten kan sies å ha en grenseoverskridende interesse, tilsier kravet til gjennomsiktighet at tildelingen må offentliggjøres på en slik måte at det er mulig for en aktør i en annen EØS-stat å få adgang til nødvendige opplysninger om konsesjonskontrakten før den tildeles og eventuelt melde sin interesse for oppdraget. EU-domstolen har i flere dommer uttalt at en manglende tilbudskonkurranse er i strid med de grunnleggende prinsipper.¹⁷ Ved flere interessenter må valget mellom dem være basert på objektive

13 Se for eksempel C-324/98 Telaustria, premiss 60, C-324/98 Coname, premiss 16 og C-458/03 Parking Brixen premiss 46.

14 Dette innebærer også at de unntak fra de grunnleggende friheter som kan utledes dels av EØS-avtalen og dels av rettspraksis fra EU-domstolen også gjelder, for eksempel unntaket for sikkerhet etter EØS-avtalen artikkel 123, for offentlige foretak i EØS-avtalen artikkel 59 og offentlig myndighetsutøvelse etter artikkel 39, jf artikkel 32, også vil gjelde for tjenstekonsesjonskontrakter. EU-domstolen har, blant annet i C-410/04 ANAV, kommet til at unntaket for egenregi får tilsvarende anvendelse på tjenstekonsesjonskontrakter.

15 KOFA kom i sak 2003/250, senere tilsluttet i 2005/24 og 2005/86, til at lov om offentlige anskaffelser ikke regulerer tjenstekonsesjonskontrakter.

16 Sak C-231/03 Coname.

kriterier som sikrer likebehandling.¹⁸ Det kan imidlertid ikke utledes noen detaljerte prosedyrekrav fra rettspraksis.

C-91/08 Wall gjaldt en tjenestekonsesjonskontrakt vedrørende drift og vedlikehold av offentlige toaletter. EU-domstolen uttaler i premiss 36:

”Kravet om gennemsiktighet, der er pålagt offentlige myndigheter, der indgår en konsesjonskontrakt om tjenesteydelser, innebærer, at enhver potensiell bydende sikres en passende grad af offentlighed, der gør det mulig at åbne markedet vedrørende tjenesteydelseskonsesjoner for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.”

Det er opp til den enkelte oppdragsgiver å beslutte hvordan informasjon om en planlagt konsesjonskontrakt skal offentliggjøres. Frivillig kunngjøring på Doffin kan være en hensiktsmessig fremgangsmåte for å nå ut til potensielle tjenesteytere, men det er ikke noe krav. Avisannonser kan være en annen fremgangsmåte. Imidlertid er det lite trolig at en annonse i en lokalavis sikrer tilstrekkelig åpenhet om en tjenestekonsesjonskontrakt av grenseoverskridende interesse, da det er lite sannsynlig at dette vil gi en aktør i en annen EØS-stat tilstrekkelig tilgang til informasjonen.

For nærmere informasjon om anvendelse av de generelle EØS-rettslige prinsippene på tjenestekonsesjonskontrakter, se Kommisjonens fortolkningsdokument fra 29. april 2000 som foruten krav til likebehandling og gjennomsiktighet, også omtaler krav til proporsjonalitet, gjensidig anerkjennelse og beskyttelse av enkeltpersoners rettigheter.¹⁹ Departementet gjør oppmerksom på at Kommisjonen i dette fortolkningsdokumentet går langt i å konkretisere prinsippene blant annet ved å trekke analogier fra rettspraksis fra EU-domstolen som gjelder tjenestekontrakter, og at EU-domstolen i begrenset grad har tatt stilling til en del av disse spørsmålene for så vidt gjelder tjenestekonsesjonskontrakter.

3.2.4 Spesielt om tjenestekonsesjon som enerett

Tildeling av tjenestekonsesjon vil i praksis ofte innebære en særrett eller enerett.²⁰ En bedrift får enerett til transport på fergestrekningen A-B. En slik enerett utgjør en restriksjon på etableringsadgangen og friheten til å levere tjenester. En slik begrensning må derfor være begrunnet i et allment hensyn og overholde kravene til proporsjonalitet. Videre vil det være begrensninger etter konkurranseretten til å forby kommersielle aktører å utføre en tjeneste der enerettsaktøren ikke klarer å møte etterspørselen. Vurderingen vil her være avhengig av hvilke begrensninger som er nødvendige for å sikre utførelsen av særlige oppgaver etter EØS-avtalen art 59.

17 Se blant annet sak C-410/04 ANAV premiss 22.

18 Sak C-234/03 Parking Brixen premiss 48.

19 EF-tidende C-121/2000

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:DA:PDF>

20 Se nærmere om denne problemstillingen i Graver, Hans Petter Konsesjoner og konkurranse om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser, Lov og Rett, 2004 nr. 4-5.



Kapittel 4

Anvendelsesområde for de ulike delene i forskriften

4.1 Forskriftens struktur

Forskriften er delt inn i fire deler som regulerer ulike typer anskaffelser, avhengig av anskaffelsens art og verdi, jf. § 2-1. I forskriften er det angitt ulike terskelverdier som har betydning for hvilke deler av forskriften som gjelder. De aktuelle terskelverdiene for når oppdragsgiver må kunngjøre i EØS-området (EØS-terskelverdiene) er gjengitt i tabellen nedenfor.

Del I:

Gjelder alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens verdi. Oppdragsgiver kan velge å bare følge del I hvis anskaffelsens verdi er på 500 000 kroner («nasjonal terskelverdi») eller mindre, eller hvis noen av unntaksbestemmelsene i § 2-1 annet ledd er oppfylt. For nærmere informasjon se kapittel 7. Oppdragsgiver kan også velge å bare følge del I (med noen unntak, jf. § 2-1 tredje ledd annet punktum) for kontrakter om utførelse av helse- og sosialtjenester som kjøpes fra en ideell organisasjon



Del I og II:

For anskaffelser mellom 500 000 kroner og EØS-terskelverdiene. Uprioriterte tjenester reguleres også av del I og II (med noen få tilleggskrav som følger av del III) uavhengig av anskaffelsens verdi.



Del I og III:

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Del I og IV:

Regulerer plan- og designkonkurranser og bygge- og anleggskonsesjoner. Oppdragsgiver kan velge å følge del I og IV for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål, som et alternativ til å følge del II eller III i forskriften.

4.2 Terskelverdi

4.2.1 Hvilke terskelverdier gjelder?

EØS-terskelverdiene fremgår av forskriftens § 2-2. Disse terskelverdiene justeres annen hvert år. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet foretar endringene i terskelverdiene og publiserer disse på departementets hjemmesider under overskriften offentlige anskaffelser/terskelverdi.¹ Nedenfor følger en oversikt over EØS-terskelverdiene (ekskl. mva) per 1. juli 2012.

Statlige etaters vare- og tjenestekjøp <i>Forskriftens § 2 – 2 (1)</i>	1 000 000
Andre oppdragsgivers vare- og tjenestekjøp <i>Forskriftens § 2 – 2 (1)</i>	1 600 000
Årlig veiledende kunngjøring om planlagte vare- og tjenestekjøp <i>Forskriftens § 18 – 2 (3)</i>	6 000 000
Delarbeid (tjenester) som kan unntas EØS-kunngjøring <i>Forskriftens § 2 – 2 (3)</i>	600 000
Alle oppdragsgivers bygg- og anleggsprosjekter <i>Forskriftens § 2 – 2 (1)</i>	40 000 000
Årlig veiledende kunngjøring for bygge- og anleggsarbeider <i>Forskriftens § 18 – 2 (3)</i>	40 000 000
Delarbeid (bygg og anlegg) som kan unntas EØS-kunngjøring <i>Forskriftens § 2 – 2 (3)</i>	8 000 000

I utgangspunktet skal den samlede verdien av delarbeider legges til grunn ved beregning av terskelverdiene. I forskriften er det imidlertid åpent for at bygge- og anleggsarbeider som har en anslått verdi under 8 millioner kroner (ekskl. mva), eller vare- og tjenestekontrakter som har en anslått verdi under 600 000 kroner, kan inngås etter del II i forskriften, selv om verdien totalt sett overstiger EØS-terskelverdiene. Dette forutsetter at den samlede verdien av disse kontraktene ikke overstiger 20 prosent av samtlige delkontraktens sammenlagte verdi.

Eksempel

En oppdragsgiver planlegger et byggeprosjekt med totalverdi på 50 millioner kroner. Rørleggerarbeidene utgjør 6 millioner kroner. Dette er under grensen på 8 millioner kroner, og overstiger heller ikke 20 prosent av totalverdien for alle delarbeidene. Oppdragsgiver kan da unnta rørleggerarbeidene fra EØS-kunngjøring.

¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser/terskelverdier.html?id=414970>

4.2.2 Hvordan beregnes terskelverdier?

Reglene om beregning av terskelverdier er fastsatt i forskriftens § 2-3. Oppdragsgiver plikter å foreta en forsvarlig vurdering av anskaffelsens verdi for å vurdere om anskaffelsen kommer over eller under de aktuelle terskelverdiene, og for å kunne slå fast hvilke regler som gjelder for den aktuelle anskaffelsen. Reglene om beregning av terskelverdier gjelder både EØS-terskelverdiene og den nasjonale terskelverdien.

Det er et generelt forbud mot å dele opp anskaffelser i den hensikt å unngå at bestemmelser i loven eller forskriften kommer til anvendelse, jf anskaffelsesloven § 5. Anskaffelser kan bare deles opp der det foreligger saklige grunner for dette. Forbudet er ikke til hinder for at man av praktiske grunner kan dele opp én anskaffelse i delkontrakter, som leverandørene enkeltvis kan gi tilbud på. Når man skal avgjøre hvilke prosedyreregler som skal benyttes, må man i så fall legge til grunn den samlede verdien for delkontraktene.

Oppdragsgiver må gjøre et kommersielt anslag over hva den mener anskaffelsen vil være verdt. Anslaget skal omfatte det samlede beløp oppdragsgiver kan komme til å betale for de kontrakter som utgjør anskaffelsen, eksklusiv merverdiavgift. Tidligere anskaffelser av samme type, andre offentlige oppdragsgivers anskaffelser og markedsundersøkelser vil være momenter som er sentrale i en slik vurdering. Der oppdragsgiver er i tvil om anskaffelsen kommer over eller under aktuelle terskelverdier, bør han utarbeide et notat som synliggjør hvilke vurderinger som er foretatt. Et slikt notat bør også utarbeides for anskaffelser som gjøres regelmessig.

Oppdragsgiver må foreta et forsvarlig skjønn ved beregningen av anskaffelsens verdi. Om tilbudene i etterkant likevel viser seg å ligge over terskelverdiene vil ikke oppdragsgiver kunne klandres såfremt skjønnet må karakteriseres som forsvarlig. Dersom tilbudene ligger høyt over anslagene som er foretatt, kan det imidlertid være grunn til å spørre seg om oppdragsgivers anslag har vært forsvarlig.

Hvordan avgjøre om det dreier seg om én anskaffelse?

Ulike momenter spiller inn i vurderingen av hvorvidt det dreier seg om én anskaffelse, for eksempel, hvorvidt ytelsene dekker det samme eller tilsvarende behov, om ytelsene normalt leveres fra en leverandør, om ytelsene er «ensartede» og om anskaffelsene utgjør et samlet prosjekt.² Andre momenter kan også tas inn i vurderingen. Videre må ikke alle de nevnte momentene være oppfylt for at man skal kunne konkludere med at det foreligger én anskaffelse i regelverkets forstand.

Hvorvidt ytelser dekker det samme behov eller hvorvidt de er ensartede beror på en konkret vurdering. «Ensartet ytelse» betyr ikke at ytelsene nødvendigvis må være identiske. Selv om det er nyanser i spesifikasjonene når det gjelder kvalitet og dimensjoner, kan man allikevel stå ovenfor «ensartede varer». Levering av forskjellige kontormøbler vil, for eksempel, regnes som én anskaffelse – også i det tilfellet dette leveres fra forskjellige leverandører. Og selv om varene ikke dekker det samme behov kan det allikevel være tale om én anskaffelse dersom det er tale om varer som har samme levetid og som anskaffes fra det samme leverandørmarkedet.

² Dragsten, Marianne H. og Lindalen, Ester, *Offentlige anskaffelser Kommentartutgave*, Oslo 2005, bind 1, kapittel 2, punkt 6.

KOFA sak 2007/79

Saken gjaldt kontrakter om kjøp av brune- og hvitevarer, samt småelektrisk utstyr. Vedrørende spørsmålet om det dreide seg om «kontrakter av samme type», som også inneholder en vurdering av om ytelsene er ensartede, uttalte KOFA at: «Når det gjelder brune- og hvitevarer samt småelektrisk utstyr, som i nærværende sak, er det ikke snakk om at varene dekker samme eller tilsvarende behov. Det er imidlertid tale om varer som jevnt over har samme levetid og det er varer som anskaffes fra det samme leverandørmarkedet. I tillegg taler fremlagt dokumentasjon for at innklagede selv har ansett dette som enhetlige varekjøp.» Klagenemnda kom etter en helhetsvurdering til at kontraktene i dette tilfellet var å anse som «kontrakter av samme type».

Tidspunktet for beregningen

Anslaget over anskaffelsens verdi må være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøring. I praksis innebærer dette når oppdragsgiver sender inn kunngjørings skjemaet til Doffin.

For anskaffelser som ikke krever kunngjøring, må tidspunktet for når oppdragsgiver «etter en forsvarlig vurdering av markedet begynner å innhente tilbud» legges til grunn, jf. forskriftens § 2-3 annet ledd. Dette kan for eksempel være når oppdragsgiver etter å ha undersøkt tidligere priser, eventuelt hva andre oppdragsgivere har betalt for sammenlignbare anskaffelser, henvender seg til leverandører for å få pristilbud.

Hva som skal inkluderes ved beregningen av terskelverdien – eksempler

Utgangspunktet for beregning av terskelverdien er oppdragsgivers anslag over anskaffelsens samlede verdi. Hensynet til omgåelse av reglene gir også sterke føringer for hva som skal tas med ved beregningen av anskaffelsens verdi. Nedenfor er det gitt en rekke eksempler på hva som må tas med ved beregningen av anskaffelsens verdi.

Forprosjekt og hovedprosjekt

En problemstilling som kan være aktuell ved bygge- og anleggskontrakter, hvor man først har et forprosjekt, er om man alltid må ta hensyn til muligheten for et etterfølgende byggeprosjekt ved beregning av anskaffelsens verdi. I mange tilfeller vil det være uklart om man får bevilgninger til byggeprosjektet før forprosjektet er gjennomført. Resultatene man kommer frem til i forprosjektet, vil kunne påvirke om hovedprosjektet blir gjennomført og kostnadsrammene for hovedprosjektet. I slike tilfeller vil oppdragsgiver måtte foreta en forsvarlig vurdering av hvor sannsynlig det er at hovedprosjektet blir gjennomført. Vurderingen må ikke bære preg av at oppdragsgiver ønsker å dele opp anskaffelsen for å komme under terskelverdiene.

Tjeneste og bygge- og anleggskontrakter

Forskriften stiller krav om at når en tjeneste eller et bygge- og anleggsarbeid er delt inn i

flere delarbeider som det skal inngås særskilte kontrakter for samtidig, skal den anslåtte verdi for hver enkel kontrakt tas med i beregningen. Et bygge- og anleggsarbeid er i forskriften definert som et sett av bygge- og anleggsaktiviteter (jf. vedlegg 1 til forskriften) som «i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon».

Igjen blir det avgjørende spørsmål hva som er å regne som én anskaffelse (én tjeneste/ ett arbeid). Departementet har uttalt seg om dette i en fortolkningsuttalelse av 3. juli 2012 til Oslo kommune («den kulturelle skolesekken»)³. Nedenfor gjengis saker fra EU-domstolen og KOFA som kan illustrere hvilke momenter som er relevante når man skal vurdere hvilke ytelser som må sees i sammenheng ved beregning av terskelverdier. Departementet understreker at beregning av terskelverdier alltid vil bero på en konkret vurdering.

C-16/98 Sydev-dommen

Et fransk foretak (bestående av forskjellige felleskommunale sammenslutninger) med navn Sydev, med ansvar for elektrisitetsforsyning, annonserte 37 konkurranser om el-forsyningsarbeider og veibelysningsarbeider. Arbeidene skulle gjennomføres i løpet av en tre års periode. Spørsmålet som domstolen tok stilling til, var hva som skulle vurderes som ett arbeid ved beregningen av terskelverdiene. Domstolen vurderte om arbeidene fylte en teknisk og økonomisk funksjon.

Veibelysningsarbeidet ble av domstolen ikke vurdert som «ett arbeid» fordi det ikke var en avhengighet mellom de ulike arbeidene på veibelysningen i den enkelte kommune. At arbeidene ble annonsert av én oppdragsgiver var ikke utslagsgivende.

Domstolen vurderte el-forsyningsarbeidene som ett arbeid fordi det var sterk sammenheng og avhengighet mellom de forskjellige ytelsene. I premiss 65 gjengir domstolen noen momenter som er sentrale i vurderingen: «*hver kontraktindgåelse skal vurderes i forhold til den kontekst, hvori den indgår, og de særlige forhold, som gør sig gældende. I den foreliggende sag er der væsentlige forhold, der taler for, at kontrakterne skal opfattes under ét på departementsniveau, f.eks. det samtidige udbud af de omtvistede kontrakter, lighederne mellem udbudsbekendtgørelserne, den fælles geografiske ramme, inden for hvilken disse kontrakter er udbudt, samt at det er Sydev, som er et foretagende bestående af de forskellige fælleskommunale sammenslutninger med ansvar for elforsyning på departementsniveau, som har haft det overordnede ansvar for koordinationen.*»

³ Fortolkningsuttalelse av 3. juli 2012 til Oslo kommune ("den kulturelle skolesekken"): http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_skolesekken.pdf

KOFA sak 2003/73

Oppdragsgiver hadde invitert fem leverandører til å inngi tilbud på 14 ulike oppdrag om transport av avfall. Hvert av oppdragene var beskrevet i eget brev, utformet på samme måte og med samme dato. Verdien av de ulike transportoppdragene varierte, men det var anslått at de to største hadde en verdi på henholdsvis 170 000 kroner og 40 000 kroner. Oppdragene skulle utføres på ulike steder i fylket. Oppdraget ble tildelt tre ulike selskap. KOFA kom frem til at det dreide seg om ensartede tjenester og derfor én anskaffelse. Nemnda la i sin begrunnelse vekt på at transportoppdragene rettet seg inn mot samme leverandørmarked. Videre var verken geografiske forhold eller forskjellen i avfallstyper eller kjøretøy av en slik art at det var tale om forskjellige typer ytelser. Det ble dessuten vektlagt at transportoppdragene ble tildelt samtidig.

4.2.3 Hva er én anskaffelse når flere enheter gjør innkjøp?

I enkelte innkjøpsvirksomheter kan det være flere desentraliserte enheter innenfor samme juridiske enhet som gjør innkjøp. Dette vil typisk kunne være aktuelt i staten, eller i en stor kommune hvor for eksempel en skole gjør innkjøp av samme art som andre skoler. En aktuell problemstilling er da om anskaffelser som de ulike enhetene gjør må ses i sammenheng når terskelverdiene beregnes. Forskriften gir ikke svar på denne problemstillingen. I en slik sammenheng må det vurderes hva som utgjør anskaffelsen.

Kommisjonen har oppstilt en rekke kriterier, som vil være veiledende ved vurderingen av om oppdragsgivers ulike avdelinger skal betraktes som *innkjøpsuavhengige enheter* i henhold til anskaffelsesdirektivet:⁴

- om enheten har et selvstendig budsjett;
- om enheten selv står for finansieringen av kontrakten;
- om enheten forestår anskaffelsen og er ansvarlig for anskaffelsens forløp;
- om enheten kan bestemme hvem det skal inngås kontrakt med;
- om anskaffelsen er beregnet på enhetens eget virke, på flere enheter eller på den overordnede oppdragsgiver;
- om overordnet oppdragsgiver forsøker å utnytte sin posisjon for å oppnå stordriftsfordeler til tross for at innkjøpskompetansen er delegert til underordnede enheter.

Hvis en enhet koordinerer kjøp for flere andre enheter, for eksempel gjennom en felles rammeavtale, må verdien av alle de planlagte innkjøpene sees i sammenheng ved beregning av terskelverdiene. Dette gjelder selv om de forskjellige enhetene ellers har

⁴ Veiledning om EU-reglene om offentlige innkjøp av varer under Directive 90/531/EEC: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_da.pdf. Se også Departementets fortolkningsuttalelser av 19. mai 2004 til Vest-Agder fylkeskommune: http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0001/ddd/pdfv/220235-vest-agder_fylkeskommune.pdf. og av 12. april 2011 til Norges forskningsråd: http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_forskningsradet_terskelverdi.pdf

selvstendig innkjøpsansvar. Hensynet til å hindre omgåelse av regelverket må også tas i betraktning i vurderingen av hva som er én anskaffelse.

4.2.4 Løpende kontrakter

Tjenestekontrakter

For løpende tjenestekontrakter uten fastsatt samlet pris er det i forskriften fastsatt noen regler for hvordan terskelverdiene skal beregnes, jf. § 2-3 niende og tiende ledd. Er det fastsatt en samlet pris legges denne til grunn ved beregningen. Dette kan for eksempel være tilfelle ved løpende advokatbistand, men hvor oppdragsgiver har satt en øvre økonomisk ramme for bistanden.

For tjenestekontrakter som er tidsbegrenset, og som har en varighet på 48 måneder eller mindre, skal beregningsgrunnlaget ta utgangspunkt i det anslåtte beløpet for hele kontraktens varighet. Om avtalen inneholder en tidsbegrensning beror på en tolkning av den konkrete kontrakten.

Eksempel

En kommune inngår en vedlikeholdsavtale om kopimaskiner for 3 år. Prisen er fastsatt til en fast sum per gang det er behov for vedlikehold. Oppdragsgiver må da på forsvarlig grunnlag, og ut fra hvor ofte det sannsynligvis vil være behov for vedlikehold, anslå et samlet beløp for hele 3 års-perioden.

Hvis avtalen ikke er begrenset i tid eller avtalen gjelder for mer enn 48 måneder, hvor det ikke er fastsatt en samlet pris, er det i forskriften fastsatt at man skal beregne terskelverdiene ut fra en månedlig rate multiplisert med 48. Dette kan for eksempel være tilfelle hvor avtalen i utgangspunktet har en varighet på 2 år, men det fremgår at avtalen kan «forlenges etter nærmere avtale mellom partene», uten at det er satt noen totalramme for avtalelengden. I dette tilfelle vil oppdragsgiver måtte ta utgangspunkt i en månedlig rate og multiplisere dette med 48.

Avtaler med ubegrenset avtaleperiode vil kunne være i strid med kravet til konkurranse, se mer om dette i kapittel 5.

Vare og tjenestekontrakter som inngås regelmessig

Ved kjøp av varer og tjenester som oppdragsgiver gjør regelmessig, stiller forskriften krav om at man tar hensyn til andre lignende regelmessige anskaffelser når terskelverdiene beregnes. I motsatt tilfelle ville oppdragsgiver kunne omgå regelverkets krav til konkurranse ved stadig å peke på at anskaffelsene er for små i forhold til terskelverdiene. Typiske kontrakter som inngås regelmessig vil være driftsrelaterede anskaffelser, for eksempel av rekvisita.

Terskelverdien kan i disse tilfellene beregnes på to måter:

- enten på grunnlag av den samlede faktiske verdien av påfølgende kontrakter av samme type tildelt i løpet av de siste 12 måneder, eventuelt siste regnskapsår, om mulig justert for endringer som kan forekomme i fremtidige leveranser jf. § 2-3 ellefte ledd bokstav a, eller
- den samlede anslåtte verdi av de påfølgende kontrakter som tildeles i løpet av 12 måneder fra den første leveransen, jf. § 2-3 ellefte ledd bokstav b.

Forskjellen på disse to metodene er at første alternativ legger historiske opplysninger til grunn, mens andre alternativ baseres på et anslag av forventet kontraktsverdi. Oppdragsgiver må vurdere hvilke av disse metodene som passer best ut fra de faktiske forhold ved anskaffelsen, så lenge dette ikke gjøres for å omgå regelverket.

Hvis det skal inngås en rammeavtale for disse anskaffelsene er det fastsatt egne bestemmelser om beregning av terskelverdiene for rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

Forutsetning for at kontraktene skal anses for én anskaffelse er at de er av «samme type». I uttrykket «kontrakter av samme type»⁵ ligger, etter Groesmeyer/Steinickes oppfatning,⁶ både at kontraktsgjenstandene helt eller delvis skal ligne på hverandre, slik at de tar sikte på å oppfylle de samme behov, og at kontraktens grunnkarakteristika og vilkår ikke må avvike så mye fra hverandre at de ikke kan anses som lignende kontrakter. Videre mener forfatterne det kan argumenteres for at det etter denne bestemmelsen kreves en noe tettere sammenheng mellom kontraktene enn det som ligger i bestemmelsen i direktivet om «ensartede varer».⁷ Nedenstående KOFA saker kan gi en viss veiledning:

KOFA sakene 2011/112, 2011/119, 2011/207

I sakene tok KOFA stilling til hvorvidt kontrakter om juridisk bistand er å anse som «kontrakter av samme type». Når det gjelder kontrakter innenfor samme type rettsområde, uttalte nemnda at disse som et utgangspunkt vil kunne anses som «samme type». I alle sakene gjaldt den juridiske bistanden en rekke til dels svært ulike rettsområder som i tillegg ble levert av over ti forskjellige leverandører. På bakgrunn av dette kom KOFA til at den ikke hadde tilstrekkelige holdepunkter for å fastslå at alle kontraktene som var inngått var av «samme type».

Rammeavtale og dynamisk innkjøpsordning

Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er ordninger hvor oppdragsgiver inngår en avtale (uten av alle vilkårene for de endelige kontraktene trenger å være regulert) med en eller flere leverandører for en bestemt periode, eller lar leverandører bli tatt opp i en innkjøpsordning for en bestemt periode. Felles for både rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er at oppdragsgiver bruker ordningen som grunnlag for å inngå konkrete kontrakter i løpet av ordningens varighet. Som hovedregel skal varigheten for disse

⁵ I direktiv 2004/18/EF artikkel 9 nr. 7 bokstav a bruker terminologien «lignende successive kontrakter».

⁶ Groesmeyer, Michael og Steinicke, Lise, *EU's Udbudsdirektiver*, København 2008, s. 593.

⁷ Direktiv 2004/18/EF artikkel 9 nr. 5 bokstav b.

ordningene ikke overstige 4 år. Ved inngåelse av rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger må oppdragsgiver foreta et forsvarlig anslag og legge til grunn den høyeste verdien av alle forventede kontrakter i hele avtaleperiodens eller ordningens varighet. jf. forskriften § 2-3 femtende ledd.

Det er ikke avgjørende om avtalen er forpliktende i den forstand at oppdragsgiver har en plikt til å foreta alle de relevante innkjøpene gjennom ordningen eller rammeavtalen.

Eksempel:

Et sykehus inngår en rammeavtale om medisinsk utstyr for tre år, med opsjon for ytterligere ett år. Her må oppdragsgiver anslå verdien av alle forventede kontrakter innen en fire års periode ved beregning av terskelverdiene. Der som dette er anskaffelser tidligere som har vært foretatt regelmessig, vil man kunne bruke historiske opplysninger som grunnlag. I slike tilfeller må man eventuelt korrigere for mulige endringer i økt/reduert behov for utstyret i løpet av avtaleperioden.

4.3 Prioriterte og uprioriterte tjenester

4.3.1 Generelt

For anskaffelser av tjenester skiller forskriften mellom såkalte prioriterte og uprioriterte tjenester. De prioriterte tjenestene er omfattet av direktivene og skal følge del III i forskriften hvis anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene. Uprioriterte tjenester reguleres av del II, men skal i tillegg følge reglene om tekniske spesifikasjoner i § 17-3 og kunngjøring av konkurranseresultater i § 18-3 i del III, hvis anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene. Det er 16 kategorier tjenestekjøp som regnes som prioriterte tjenester.

- Vedlikehold og reparasjon
- Landtransport
- Lufttransport
- Posttransport
- Teletjenester
- Finansielle tjenester
- EDB og beslektede tjenester
- Forsknings- og utviklingstjenester
- Regnskap, revisjon og bokføring
- Markeds- og opinionsundersøkelser
- Rådgivning i ledelse og administrasjon mv.
- Arkitektvirksomhet
- Reklametjenester
- Bygningsrengjøring og eiendomsforvaltning
- Forlags- og trykkerivirksomhet
- Kloakk- og avfallstømming

Det er videre 10 kategorier tjenestekjøp som regnes som uprioriterte tjenester:

- Hotell- og restaurantvirksomhet
- Jernbanetransport
- Transport på vannvei
- Støtte- og hjelpetjenester i forbindelse med transport
- Juridiske tjenester
- Utvelgelse og rekruttering av personell
- Etterforsknings- og sikkerhetstjenester, unntatt sikkerhetstransport
- Undervisning og yrkesutdanning
- Helse- og sosialtjenester
- Fritids-, kultur- og sportstjenester

En mer presis angivelse av hvilke tjenester som er prioriterte og uprioriterte fremgår av forskriftens vedlegg 5 og 6.⁸

KOFA sak 2012/236

Saken gjaldt inngåelse av kontrakt om levering av ambulansébåttjenester fra en ideell organisasjon. En forutsetning for at oppdragsgiver kan reservere konkurranser for ideelle organisasjoner er at den etterspurte tjenesten kan kategoriseres som en helse- og sosialtjeneste, jf. forskriftens § 2-1 (3). I sin vurdering av dette spørsmålet la KOFA til grunn EU-domstolens dom i sak C-76/97 Walter Tögel der kravet til helse- og sosialtjeneste som en uprioritert tjeneste vurderes. Det avgjørende momentet for hvorvidt det i dette tilfellet dreide seg om en ambulansetjeneste, i motsetning til en vanlig transporttjeneste, var om det kjøretøyet som ble benyttet til transport av pasienter kunne karakteriseres som en ambulansetjeneste, og inneholdt det utstyret denne type kjøretøy normalt inneholder. KOFA kom til at en slik båt ble benyttet i den foreliggende saken, og at kontrakten derfor var å kategorisere som en helse- og sosialtjeneste.

4.3.2 Blanding av prioriterte og uprioriterte tjenester

Hvis en anskaffelse inneholder både prioriterte og uprioriterte tjenester, skal reglene om prioriterte tjenester følges dersom verdien av de prioriterte tjenestene er høyere enn verdien av de uprioriterte tjenestene. Dette fremgår av forskriftens § 2-4 tredje ledd.

⁸ Normalt brukes CPV-nomenklatur i forbindelse med offentlige anskaffelser, og særlig ved kunngjøring av kontrakter. For å avgjøre om en tjeneste er prioritert eller uprioritert kan det imidlertid i tilfeller være nødvendig å bruke det såkalte CPC-nomenklaturet. Ved motstrid mellom CPV- og CPC-nomenklaturet er det CPC-nomenklaturet som avgjør om en tjeneste er prioritert eller uprioritert.

4.4 Blandede kontrakter

Vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter er underlagt til dels ulike terskelverdier og regler. Det er derfor i enkelte tilfeller nødvendig å klassifisere den konkrete kontrakten for å kunne avgjøre hvilke regler som gjelder ved anskaffelsen. Dette er særlig viktig for å avgjøre om en kontrakt er et tjenestekjøp, ettersom man da må vurdere om tjenesten er uprioritert eller prioritert, som reguleres henholdsvis av del II og III i forskriften. Det er også viktig å avgjøre om en kontrakt er en bygge- og anleggskontrakt da slike kontrakter har vesentlig høyere terskelverdier enn andre anskaffelser. Det er også andre regler i forskriften som bare gjelder visse typer kontrakter, for eksempel reglene om bruk av forhandlet kjøp i del III, som gjør det viktig å klassifisere kontrakten. Nedenfor vil noen problemstillinger som knytter seg til klassifisering av kontrakter bli omtalt.

De ulike kontraktstypene er definert i forskriften:

§ 4-1 bokstav b:

Varekontrakt: kontrakt som omhandler kjøp, avbetalingskjøp, leasing eller leie med eller uten rett til kjøp av varer, unntatt varer som nevnt i bokstav c. Levering av slike varer kan i tillegg omfatte monterings- og installasjonsarbeid.

§ 4-1 bokstav c:

Bygge- og anleggskontrakt: kontrakt som omhandler enten utførelse, eller både utførelse og planlegging, av arbeider i forbindelse med aktiviteter som er angitt i vedlegg 1 (liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) eller et bygge- og anleggsarbeid, eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon.

§ 4-1 bokstav d:

Tjenestekontrakt: kontrakt, unntatt kontrakter som nevnt i bokstav b og c, som gjelder tjenester angitt i vedlegg 5 (prioriterte tjenester) og vedlegg 6 (uprioriterte tjenester).

Avgrensning mellom vare- og tjenestekontrakter

En kontrakt kan gjelde både leveranser av varer og tjenesteytelser. Hele kontrakten vil anses for en varekontrakt dersom verdien av varene er større enn verdien av tjenestene. Dette gjelder uavhengig av om det er prioriterte eller uprioriterte tjenester. Omvendt vil kontrakten anses for en tjenestekontrakt dersom verdien av tjenestene er større enn verdien av varene.

En kontrakt som gjelder varer, men som i tilknytning til vareleveransen inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, er å anse som en varekontrakt, jf. § 2-4 første ledd. Bestemmelsen er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivet,⁹ og slik departementet forstår denne bestemmelsen, gjelder den uavhengig av hvilken del av kontrakten som har

⁹ Artikkel 1 nr.2 bokstav c.

størst verdi.¹⁰ Det sentrale spørsmålet er om monterings- og installasjonsarbeidet skjer i «tilknytning» til varekontrakten. Dette vil kunne være tilfelle ved kjøp av datautstyr hvor leverandøren også skal montere utstyret hos oppdragsgiver.

Avgrensning mellom tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter

En kontrakt som gjelder tjenester, men som i tilknytning til dette omfatter bygge- og anleggsarbeider, betraktes som en tjenestekontrakt, jf. § 2-4 annet ledd.¹¹ Bestemmelsen nedfeller tidligere praksis. Dette vil typisk kunne være aktuelt å vurdere ved drift av eiendom, hvor det også skal utføres bygge- og anleggsarbeid. For å vurdere om kontrakten er en tjenestekontrakt eller bygge- og anleggskontrakt, må man se på hva som er hovedformålet med kontrakten, og om hva som skjer i «tilknytning» til hovedformålet med kontrakten. Denne tolkningen ble lagt til grunn av EF-domstolen i *Gestion Hotelera*¹² saken.

Sak C-331/92 Gestion Hotelera

Myndighetene på Kanariøyene hadde gitt en leverandør i oppdrag å renovere et hotell for et fastsatt minimumsbeløp og innrede et kasino. I etterkant skulle leverandøren drive begge stedene. Domstolen slo fast at kontrakten ikke er en bygge- og anleggskontrakt hvis bygge- og anleggsarbeidet kun skjer i tilknytning til/er underordnet andre oppdrag, og ikke er hovedformålet med kontrakten.

Bygge- og anleggskontrakt eller ervervs-/leiekontrakt?

Kontrakter om erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom er unntatt fra forskriften, jf. § 1-3 annet ledd bokstav b. For nærmere informasjon om unntaket vises det til kapittel 2. Hvorvidt unntaket kommer til anvendelse eller ikke kommer på spissen i de tilfellet utleier skal oppføre en bygning, eller gjøre vesentlige bygge- og anleggsarbeider etter at leieavtalen er inngått. Et lignende grensespørsmål oppstår i det tilfellet det foreligger en avtale om erverv av bygninger som ikke er oppført. Denne type leie og ervervskontrakter omfattes ikke direkte av ordlyden i ovennevnte unntaksbestemmelse. Samtidig har KOFA uttalt i forhold til leieavtaler så vel som ervervsavtaler at unntaket i forskriftens § 1-3 annet ledd bokstav b ikke er begrenset til leie-/ervervsavtaler som gjelder lokaliteter som eksisterer i avtaletiden.¹³

Hvorvidt det i den konkrete saken dreier seg om en ervervs-/leieavtale eller en bygge- og anleggskontrakt beror på en helhetsvurdering, der man blant annet må ta i betraktning formålet med kontrakten. Faren for omgåelse av regelverket skal tillegges stor vekt.

¹⁰ Se også Arrowsmith, Sue, *The law and public and utilities procurement*, 2. ed. 2005, s. 333.

¹¹ Se også nr. 9 og 10 i fortalen til direktivet.

¹² Sak C-331/92 *Gestion Hotelera*.

¹³ Se KOFA sak 2009/1 premiss 57.

Det er videre en forutsetning at kontrakten ikke kan deles opp.¹⁴ Sentrale momenter i vurderingen er:¹⁵

- Oppdragsgivers påvirkning på byggearbeidene. Hvis oppdragsgiver har stor grad av påvirkning på arbeidet trekker dette i retning av at det er en bygge- og anleggskontrakt.¹⁶
- Hvem som har risikoen for byggekostnadene, og fordeling av annen type risiko. Hvis leiesummen er fastsatt ut fra stipulerte kostnader og leverandøren må bære en stor del av risikoen for de faktiske byggekostnadene, taler dette for at det er en ordinær leieavtale.
- Formålet med bygget. Stor grad av spesialtilpasning til oppdragsgivers behov kan tale for at det er et bygge- og anleggsarbeid. Hvis spesialtilpasningene til oppdragsgivers behov ikke kan gjøres i eksisterende bygningsmasse, og leverandøren må oppføre nybygg, er dette et ekstra moment som trekker i retning av at det er en bygge- og anleggskontrakt.
- Kontraktens varighet. En kortvarig avtale kan trekke i retning av at det foreligger en leiekontrakt.
- En opsjon for oppdragsgiver til å erverve bygget kan tale for at det er et bygge- og anleggsarbeid.
- Hvis leverandør skal beholde areal i bygget selv, og eventuelt leie dette ut til andre, taler dette i retning av at det er en leiekontrakt.

KOFA sak 2009/1

Saken gjaldt grensdragning mellom ervervskontrakt og bygg- og anleggskontrakter, nærmere bestemt om unntaket i forskriftens § 1-3 annet ledd bokstav b kom til anvendelse for to inngåtte kontrakter.

I den første kontrakten var spesifikasjonene til bygningen som skulle oppføres fastsatt av valgte leverandør. Det var også valgte leverandør som kontaktet oppdragsgiver med forespørsel om hvorvidt prosjektet var av interesse. KOFA kom til at kontrakten måtte anses som en avtale om erverv av fast eiendom, der oppdragsgiver kjøpte et ferdig prosjekt utarbeidet av valgte leverandør, snarere enn en bygge- og anleggskontrakt.

I det andre tilfellet var det tale om kjøp av fast eiendom med pågående, ferdigstilte bygninger der utformingen av bygget var utviklet i samarbeid mellom partene, basert på oppdragsgivers spesifikasjoner. KOFA kom til at det dreide seg om en bygge- og anleggskontrakt. At oppdragsgiver overlot detaljplanlegging til valgte leverandør endret ikke avtalens karakter i så måte.

¹⁴ EU-domstolens sak C-215/09.

¹⁵ Momentene er blant annet hentet fra departementets fortolkningsuttalelse (brev til Buskerud fylkeskommune av 10. januar 1997), Kofa sak 2009/1 og og fra juridisk teori, se blant annet Amdal, Gro og Roll-Matthiesen, Inger, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser: Kommentartutgave*, Oslo 2004 (2. utg.) s. 97-98, Dragsten, Marianne H. og Lindalen, Esther, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2005, s. 455-462 og Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2.ed. 2005, s. 305 flg.

¹⁶ EU-domstolens sak C-451/08 premiss 67, KOFA sak 2009/1 premiss 61-62.



Kapittel 5

Alminnelige regler

5.1 Grunnleggende krav til alle anskaffelser

I dette kapitlet vil vi fokusere på temaer som gjelder alle anskaffelser, som grunnleggende prinsipper, samfunnsmessige hensyn og enkelte generelle saksbehandlingsregler.

5.1.1 Betydningen av de grunnleggende prinsippene

Visse grunnleggende prinsipper gjelder for alle anskaffelser, uavhengig av anskaffelsens art og verdi. Dette gjelder blant annet kravene til konkurranse, god forretningskikk, forholdsmessighet, likebehandling av leverandører, forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Noen av prinsippene er delvis overlappende. Kravene er nedfelt i lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

Enkelte av de grunnleggende prinsippene er tydelig nedfelt i EU-traktaten, for eksempel ikke-diskrimineringsprinsippet. Hovedsaklig er det imidlertid EU-domstolen som har utviklet prinsippene. EU-domstolen anvender de grunnleggende prinsippene aktivt ved fortolkningen av EUs regelverk om offentlige anskaffelser. En gjennomgang av klagenemndas praksis viser at nemnda også anvender de grunnleggende prinsippene meget aktivt ved fortolkningen av det norske regelverket. I tillegg til å henvise til prinsippene som er nedfelt i regelverket, viser nemnda ofte til hvordan EU-domstolen har fortolket prinsippene for en nærmere forståelse av deres innhold. De grunnleggende prinsippene har derfor en meget sentral plass ved fortolkningen av det norske anskaffelsesregelverket.

De grunnleggende kravene kan sees på som en forlengelse av lovens formålsbestemmelse, fastsatt i anskaffelseslovens § 1, der det fremgår at regelverket skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Formålet med de grunnleggende prinsippene er blant annet å ivareta rettsikkerheten til aktørene i anskaffelsesprosessen og sikre at alle potensielle leverandører får de samme mulighetene til å få kontrakter med det offentlige. Videre skal kravene sikre effektiv ressursbruk i offentlig sektor.

Oppdragsgiver må følge de grunnleggende kravene uavhengig av hvilken del av forskriften som regulerer anskaffelsen, og uavhengig av hvilken anskaffelsesmetode som velges. De grunnleggende kravene må overholdes på alle stadier av anskaffelsesprosessen.

Visse kontrakter er unntatt anskaffelsesforskriftens anvendelsesområde. Som hovedregel er de imidlertid omfattet av anskaffelsesloven.¹ I utgangspunktet vil derfor de grunnleggende kravene også gjelde når anskaffelsen ikke omfattes av forskriften, men kun loven.

¹ Jf. lovens § 3. Se veilederens kapittel 2 om lovens og forskriftens virkeområde.

De grunnleggende prinsippene har hovedsakelig to funksjoner:

• *Føringer for anskaffelsesprosedyren*

For det første kan en i visse tilfeller, ut fra de grunnleggende prinsippene, utlede hvordan en anskaffelse skal gjennomføres, der dette ikke eksplisitt er regulert i regelverket. De grunnleggende prinsippene kan dermed bli et selvstendig rettslig grunnlag for plikter og rettigheter i anskaffelsesprosessen.

At de grunnleggende prinsippene gir føringer for anskaffelsesprosessen, er særlig synlig når anskaffelsen skal foregå etter forskriftens del I.² I forskriftens del I er det få detaljerte prosedyrekrav for hvordan anskaffelser skal foretas. Dette er for å gi oppdragsgiver større fleksibilitet. Det er derfor hovedsakelig de grunnleggende prinsippene som fastsetter rammene for hvordan anskaffelsen skal foretas. Innenfor rammene har oppdragsgiver stor valgfrihet med hensyn til hvordan anskaffelsen skal foretas.³ Det finnes imidlertid grenser for hvilke prosedyrekrav som kan leses inn i forskriftens del I.⁴

I forskriftens del II og III vil de grunnleggende prinsippene utfylle prosedyreglene. Dette vil i praksis særlig gjelde for konkurranser med forhandling, da denne prosedyren ikke er så detaljregulert som anbudskonkurranser. De grunnleggende kravene vil derfor kunne tjene som selvstendig rettslig grunnlag for hvordan konkurranse med forhandling skal gjennomføres.

• *Fortolkningsmomenter*

For det andre er de grunnleggende prinsippene fortolkningsmomenter til hvordan anskaffelsesregelverket skal forstås.

Reglene i anskaffelsesregelverket er i stor grad utslag av de grunnleggende prinsippene som omtales nedenfor. Dersom det oppstår tvil om hvordan en bestemmelse i regelverket skal forstås, følger det av praksis fra EU-domstolen at de grunnleggende prinsippene er tungtveiende fortolkningsmomenter. Dette er også gjentatt i KOFAs avgjørelser.

Ved tvil om en handling eller beslutning er i samsvar med regelverket skal derfor handlingen vurderes opp mot de grunnleggende prinsippene.

I det følgende gis en kort oversikt over innholdet i de grunnleggende prinsippene. Innholdet i prinsippene er i en stadig utvikling, der særlig EU-domstolens rettspraksis vil være retningsgivende for hvilke krav som kan utledes av prinsippene.

2 Se KOFA sak 2011/134 premiss 32 og 33: anskaffelsene skal «så langt det er mulig være basert på konkurranse», «gjennomføres på en måte som innebærer lik behandling av leverandører», og «med mulighet for leverandører til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltagelse og tildeling av kontrakt», jf. forskriften § 3-1 (1) og (4). Videre skal «[o]ppdragsgiver [] gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen» jf. § 3-1 (5). Dette innebærer at de plikter som indirekte påligger oppdragsgiver ved de grunnleggende kravene i loven § 5 og forskriften § 3-1, må forstås i lys av anskaffelsens verdi og øvrige karakteristikk, jf. også formålet om «mest mulig effektiv ressursbruk» i loven § 1.

3 Les mer om kjøp etter forskriftens del I i veilederens kapittel 14.2.

4 I KOFA sak 2011/134 premiss 35 og 40 avviste nemnda at det foreligger egne bestemmelser om begrunnelse for del I-an-skaffelser. På samme måte har klagenemnda uttalt at avvisning av tilbud ikke er regulert i forskriftens del I, og at det dermed ikke gjelder uttrykkelig regler om avvisningsplikt i disse tilfellene.

5.1.2 Krav til konkurransen

Oppdragsgiver plikter å sørge for at anskaffelsen så langt som mulig baserer seg på konkurranse, jf. lovens § 5 annet ledd og forskriftens § 3-1 første ledd. Bakgrunnen for kravet er at konkurranser anses som et egnet virkemiddel for å sikre en mest mulig effektiv ressursbruk i det offentlige, og bidra til økt verdiskapning i samfunnet i samsvar med lovens formål.

Kravet til konkurranse gjelder uavhengig av anskaffelsens art og verdi. Oppdragsgiver plikter derfor også «så langt det er mulig» å sikre konkurranse om anskaffelser som følger fremgangsmåten i forskriftens del I, for eksempel for anskaffelser med en verdi under 500 000 kr. Se veilederens kapittel 14.2 om anskaffelser etter forskriftens del I.

Kravet til konkurranse gjelder kun «så langt det er mulig». Hovedregelen er altså at konkurranse skal avholdes. I enkelte unntakstilfeller vil oppdragsgiver kunne tildele en kontrakt til en leverandør uten konkurranse, forutsatt at det foreligger hjemmel for dette i anskaffelsesregelverket. Dette vil typisk gjelde der det kun er én leverandør i markedet, og oppdragsgiver kan anskaffe ytelsen direkte fra leverandøren.⁵ Dersom anskaffelsen gjelder et ubetydelig beløp, kan forholdsmessighetsprinsippet i visse tilfeller også tilsi at det er tilstrekkelig å kontakte én leverandør.

Eksempel:

En kommune skal kjøpe inn cateringtjenester til den årlige sommerfesten for ca. 25 000 kr. I mange tilfeller vil det være tilstrekkelig å sjekke (for eksempel) to til tre leverandørers priser og menyer på Internett, gjennom e-post e.l. for å tilfredsstille kravet til konkurranse.

KOFA sak 2003/243:

En kommune skulle anskaffe bredbåndstjenester. I prosjektbeskrivelsen ble totalverdien anslått til ca. 4,25 mill. kr. Den aktuelle anskaffelsen var ikke omfattet verken av anskaffelsesforskriften eller forsyningsforskriften, kun lov om offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver valgte én leverandør uten å avholde en konkurranse. Klagenemnda kom til at oppdragsgiver hadde brutt det generelle kravet til konkurranse da de ikke vurderte alternative leverandører.

5.1.3 Likebehandling og ikke-diskriminering

Oppdragsgiver skal sikre at alle leverandørene behandles likt gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. lovens § 5 første ledd og forskriftens § 3-1 annet ledd. Dette gjelder blant annet ved valg av prosedyre, utarbeidelse av kunngjøring og konkurransegrunnlag i kvalifiseringsprosessen og tildelingsprosessen.

⁵ Jf. forskriftens § 2-1 annet ledd bokstav a (se veilederens kapittel 7.3.2), og § 14-4 bokstav c (se veilederens kapittel 7.4.4).

Mange av bestemmelsene i regelverket har sitt utspring i kravet om likebehandling. Dette gjelder blant annet reglene om kommunikasjon, kunngjøring, og kravet om at kontrakt skal tildeles på grunnlag av objektive kriterier som er fastsatt på forhånd.

Kravet til likebehandling gjelder uavhengig av nasjonalitet. Det er uttrykkelig bestemt at oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet, jf. forskriftens § 3-1 annet ledd og lovens § 5 femte ledd bokstav a. Forbudet innebærer at oppdragsgiver ikke kan fastsette krav eller kriterier, eller foreta handlinger eller unnlater, som gjør at utenlandske leverandører diskrimineres og/eller at norske leverandører favoriseres. Forbudet om ikke-diskriminering må sees som et utslag av prinsippet om likebehandling. De to prinsippene er derfor nært knyttet til hverandre. Forbudet om ikke-diskriminering gjelder kun der forskjellsbehandlingen er knyttet til nasjonalitet eller lokal tilhørighet, mens likebehandlingsprinsippet gjelder all forskjellsbehandling.

Kravene til likebehandling og ikke-diskriminering forbyr både åpenlys forskjellsbehandling, og enhver form for skjult forskjellsbehandling som reelt sett fører til det samme resultatet. Et eksempel på skjult forskjellsbehandling/diskriminering vil være at en oppdragsgiver setter krav om lokal tilstedeværelse for leverandøren, der dette etter en objektiv vurdering ikke er nødvendig. Et slikt krav vil favorisere norske/lokale leverandører, og være i strid med likebehandlingsprinsippet og kravet om ikke-diskriminering.

Dersom det foreligger saklige og objektive grunner for det, er det i visse unntakstilfeller tillatt å forskjellsbehandle norske og utenlandske leverandører. Det er for eksempel tillatt å utarbeide konkurransegrunnlaget på norsk, selv om dette i realiteten favoriserer norske leverandører. Bakgrunnen for dette er at det antas å være for ressurskrevende å oversette konkurransegrunnlaget til andre språk. Oversettelse av konkurransegrunnlaget til for eksempel engelsk, vil imidlertid i en del tilfeller kunne stimulere til en bredere konkurranse, og på den måten føre til bedre og billigere innkjøp for oppdragsgiver.

Rt 2008 s 1705 Trafikk og anlegg

Statens vegvesen gjennomførte to konkurranser om veivedlikehold for E18 i Vestfold og Telemark. De to konkurransene ble lyst ut uavhengig av hverandre. En leverandør hadde levert tilbud i begge konkurransene og tilbudt 5% rabatt på den ene kontrakten dersom leverandøren fikk tildelt begge kontraktene. Vegvesenet tildelte denne kontrakten først. Leverandøren var da på grunn av rabatten på 5% også økonomisk mest fordelaktig for den andre kontrakten og fikk tildelt denne også. Det avgjørende spørsmålet i saken var om det var adgang til å legge vekt på rabatten.

På dette spørsmål konkluderte Høyesterett med at kravene til likebehandling og forutberegnelighet krever at det må fremgå av konkurransegrunnlaget dersom det skal være adgang til å ta hensyn til rabatt-tilbud betinget av at anbyderen vinner en annen konkurranse utbudt av samme oppdragsgiver.

Rt. 2001 s. 1062 *Nucleus-dommen*

En fylkeskommune skulle etablere et psykiatrisk senter, og inviterte tre arkitektkontorer til å delta i en konkurranse om idéskisser (dvs. et forprosjekt) til anlegget. Fylkeskommunen valgte en idéskisse, og utlyste så en begrenset anbudskonkurranse. Leverandøren som hadde laget «vinner-utkastet» deltok i den etterfølgende konkurransen, sammen med 9 andre kvalifiserte leverandører. I denne etterfølgende konkurransen kom Høyesterett til at fylkeskommunen hadde brutt likebehandlingsprinsippet i to tilfeller:

1. Ved å vektlegge at den valgte leverandøren hadde vunnet den forutgående prosjektkonkurransen, og kunne bruke denne erfaringen i det videre prosjektet. Høyesterett mente oppdragsgiver ved tildelingen måtte se bort fra deltakelse i idékonkurransen, slik at deltakerne i idékonkurransen ikke ble stilt bedre enn de øvrige leverandørene.
2. Ved å vektlegge at leverandøren hadde en geografisk tilknytning til utbyggsstedet, selv om det ikke fremkom at dette var et krav av konkurransegrunnlaget. (Høyesterett tok ikke stilling til om det hadde vært anledning til å stille et slikt krav om lokal tilstedeværelse.)

Eksempel:

En kommune får et skriftlig spørsmål fra en leverandør om hvordan et spesielt punkt i konkurransegrunnlaget skal forstås. Kommunen ser behovet for å presisere konkurransegrunnlaget. En måte å gjøre dette på som ivaretar likebehandlingsprinsippet, er å sende spørsmålet (anonymisert) og svar skriftlig og samtidig til alle leverandørene. Alle leverandører må få lik informasjon på samme tidspunkt. Dersom en leverandør får informasjon tidligere enn de øvrige, vil dette kunne være et konkurransefortrinn.

KOFA sak 2003/128:

Klagenemnda kom til at det var lovstridig å vektlegge at leverandøren var ny i det norske markedet, da dette utestengte utenlandske leverandører. Klagenemnda kom til at forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet var brutt.

KOFA sak 2004/77:

Oppdragsgiver hadde gitt inntrykk i oversendelsesbrevet til brukerutvalget at dagens leverandør skulle beholdes dersom det ikke var grunn til å skifte. Dette gav eksisterende leverandør en fordel, og kravet til likebehandling var brutt.

5.1.4 Gjennomsiktighet, forutberegnlighet og etterprøvbarehet

Oppdragsgiver skal sikre at hensynet til åpenhet og gjennomsiktigheten ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. lovens § 5 tredje ledd og forskriftens § 3-1 fjerde og syvende ledd. Dette kan for det første innebære et krav om åpenhet om selve konkurransen, for eksempel gjennom en bekjentgjørelse/kunngjøring. For det andre kan gjennomsiktighetsprinsippet begrunne innsynsrett i dokumenter som viser hvordan anskaffelsesprosessen har foregått, for å kontrollere at oppdragsgiver har fulgt anskaffelsesregelverket og behandlet alle leverandørene likt.

Gjennomsiktighet er en forutsetning for at leverandørene skal kunne etterprøve oppdragsgiver. Kravet til at anskaffelsene skal være etterprøvbare innebærer at oppdragsgiver må kunne dokumentere hva som har foregått i anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver må derfor fortløpende sikre at de vurderinger og den dokumentasjon som har betydning for gjennomføringen av konkurransen er skriftlig, klar og utfyllende nok til at en tredjeperson eller et klageorgan i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurderinger, jf. forskriftens § 3-1 syvende ledd.

Videre skal oppdragsgiver sikre at hensynet til forutberegnlighet ivaretas gjennom hele anskaffelsesprosessen, jf. lovens § 5 tredje ledd og forskriftens § 3-1 fjerde ledd. Kravet til forutberegnlighet henger sammen med kravet om gjennomsiktighet og innebærer at leverandørene skal ha tilstrekkelig informasjon om konkurransen og gjennomføringen av det til at de kan foreta forsvarlige vurderinger og valg med hensyn til tilbudets innhold.

Flere regler i anskaffelsesregelverket kan sees på som et utslag av kravene til gjennomsiktighet, forutsigbarhet og etterprøvbarehet. Dette gjelder blant annet plikten for oppdragsgiver til å informere markedet om hvordan anskaffelsesprosedyren skal gjennomføres, hvilke kvalifikasjonskrav som oppstilles, og hva oppdragsgiver vil vektlegge i tildelingsfasen. Det samme gjelder for oppdragsgivers protokollplikt for anskaffelser over 100 000 kr, og oppdragsgivers plikt til å gi leverandører beskjed om hvilken leverandør de har valgt, med en begrunnelse for valget.

KOFA sak 2003/247:

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling om levering av kurs i kommunikasjon for arbeidssøkende. Det fantes ingen notater om eventuelle forhandlinger, og om tidspunkt for kontakt mellom partene. Nemnda kom til at dette var i strid med kravet til etterprøvbarehet. Videre hadde oppdragsgiver valgt et tilbud som lå fire til fem ganger over de andre tilbudene i pris, uten at innklagede klarte å gi en tilfredsstillende begrunnelse for dette. Nemnda konkluderte derfor med at skjønnsutøvelsen hadde vært vilkårlig, og at valg av tilbud var i strid med kravene til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

KOFA sak 2006/53:

En kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse i forbindelse med inngåelse av hovedbankavtale. Kommunens administrasjon foretok en evaluering av hvilket tilbud som var det økonomisk mest fordelaktige. Kommunestyret valgte imidlertid leverandør i strid med administrasjonens anbefaling, uten at det ble gitt noen begrunnelse. Det var heller ikke ført anskaffelsesprotokoll eller fremlagt andre dokumenter som viste kommunestyrets evaluering. I forbindelse med klagesaken forklarte kommunen riktignok hvorfor en annen leverandør ble valgt, men klagenemnda fant likevel at kravet til etterprøvbarehet var brutt.

KOFA sak 2010/114

Klagenemnda kom til at Statens Vegvesen ved gjennomføring av konkurranse om drift og vedlikehold av riks- og fylkesveier på Ytre Nordmøre hadde brutt kravet til forutberegnelighet ved ikke å følge konkurransegrunnlagets bestemmelser om poenggivning ved evaluering av hvorvidt valgte leverandør var kvalifisert for å utføre oppdraget. Kravet til forutberegnelighet var videre brutt ved at innklagede hadde foretatt en ny vurdering av hvorvidt valgte leverandør var kvalifisert, der innklagede endret sin skjønnsmessige vurdering av tilbyders dokumentasjon.

KOFA sak 2010/116

Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt kravet til forutberegnelighet blant annet ved å innføre et nytt tildelingskriterium etter at tilbudsfristen var løpt ut og vurdert dette ut fra opplysninger og dokumentasjon som ikke var etterspurt under angivelsen av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget.

5.1.5 Forholdsmessighet

Oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen, jf. forskriftens § 3-1 femte ledd. Dette blir ofte kalt forholdsmessighetsprinsippet eller proporsjonalitetsprinsippet.

Det følger av dette prinsippet at kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi. Prinsippet kommer derfor inn ved fortolkningen av de øvrige grunnleggende prinsippene. Det følger for eksempel av forholdsmessighetsprinsippet at kravet til hvordan konkurransen skal gjennomføres, og hvor mange aktører som skal være med i konkurransen, øker med anskaffelsens verdi og betydning, se kapittel 14.2.

Forholdsmessighetsprinsippet har fått sitt utslag i flere av forskriftens bestemmelser. Det er blant annet i samsvar med prinsippet at oppdragsgiver ikke må oppstille mer omfattende krav til leverandørene enn det som er nødvendig og rimelig i forhold til anskaffelsen, jf. forskriftens § 8-4 annet ledd og § 17-5 annet ledd.

Eksempel:

Kommune A skal kjøpe inn to nye spesialtilpassede kontorstoler til en beregnet verdi på 10 000 kr, mens kommune B skal anskaffe møbler til det nye rådhuset til en beregnet verdi på 450 000 kr. Begge anskaffelsene følger forskriftens del I. Det følger av forholdsmessighetsprinsippet at kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier derfor at det stilles strengere krav til anskaffelsesprosessen i kommune B, enn til kommune A, da anskaffelsen har høyere verdi. For eksempel vil forholdsmessighetsprinsippet kunne tilsa at kommune B må invitere flere leverandører til konkurransen enn kommune A.

KOFA sak 2008/84

Saken gjaldt anskaffelse av juridiske tjenester. Klager mente at minstekravet om at leverandør måtte ha ansatte med bevilling som advokat var uforholdsmessig ut fra innklagedes behov som var skissert i konkurransegrunnlaget. Klagenemnda var uenig i dette og viste til at oppdragsgiver hadde forklart at behovet strakk seg vesentlig lenger enn til kun juridisk rådgivning og bistand. I tillegg hadde oppdragsgiver et klart behov for assistanse fra en profesjonell tjenesteyter med god kjennskap til advokatrollen.

5.1.6 God forretningsskikk

Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, jf. lovens § 5 første ledd. Kravet til god forretningsskikk innebærer at oppdragsgiver må forholde seg slik en akt-som profesjonell aktør ville gjort på alle stadier av anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver må sørge for en forsvarlig og saklig saksbehandling, og at anskaffelsen foretas på en økonomisk og ressurseffektiv måte.

Kravet om god forretningsskikk har fått sitt utslag i mange av bestemmelsene i forskriften. Dette gjelder blant annet reglene om habilitet, opplysningsplikt, taushetsplikt, og reglene om hvordan forhandlinger skal gjennomføres. Kravene om forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet, samsvarer med kravet til å opptre i samsvar med god forretningsskikk.

Eksempel:

En skole skal kjøpe inn bygge- og anleggsarbeider til en beregnet verdi på 300 000 kr. Anskaffelsen følger forskriften del I, som ikke inneholder eksplisitte krav til oppdragsgiver om å gi beskjed til deltakerne i konkurransen om hvilken leverandør de har valgt, med en kort begrunnelse for dette. Fem leverandører utarbeider et tilbud på bygge- og anleggsarbeidene som skal gjøres på skolen. Når skolen har tildelt kontrakten tilsier god forretningsskikk at oppdragsgiver gir alle deltakerne i konkurransen beskjed om hvilken leverandør som ble valgt, med en begrunnelse for dette.

KOFA sak 2006/31:

Oppdragsgiver gjennomførte en konkurranse med forhandling om levering av analysetjenester. Underveis i prosessen anmodet oppdragsgiver en av leverandørene om å gi visse opplysninger. Leverandøren besvarte forespørselen samme dag. Oppdragsgiver valgte imidlertid ikke å ta hensyn til de nye opplysningene under evalueringen av tilbudene, fordi det ville forsinke prosessen. Klagenemnda mente oppdragsgivers begrunnelse for tildeling av kontrakt viste at beslutningen kunne fått et annet utfall dersom de hadde vektlagt de nye og vesentlige opplysningene. Nemnda mente at oppdragsgiver hadde brutt kravet til god anbuds- og forretningsskikk ved å etterspørre informasjon, og deretter ikke legge vekt på dette i evalueringen av tilbudene.

5.2 Samfunnsmessige hensyn

5.2.1 Universell utforming

Hva er universell utforming?

Universell utforming er definert i forskriftens § 4-1 bokstav l som «utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene slik at virksomhetens alminnelige funksjon kan benyttes av flest mulig.» Formuleringen er hentet fra diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 9 annet ledd (§ 13 i nye lov som trer i kraft 1.januar 2014).

I henhold til nevnte lov § 9 tredje ledd har offentlige og private virksomheter rettet mot allmennheten plikt til å sikre universell utforming av virksomhetens alminnelige funksjon så langt det ikke medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten. Ved vurderingen av om utformingen eller tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, hvorvidt virksomhetens alminnelige funksjon er av offentlig art, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen, virksomhetens ressurser, sikkerhetsmessige hensyn og vernehensyn.⁶

⁶ For mer informasjon om universell utforming, se hjemmesiden til Deltasenteret: <http://www.bufetat.no/bufdir/deltasenteret/Universell-utforming/>

Krav til å ta hensyn til universell utforming ved planleggingen av anskaffelser

Etter anskaffelseslovens § 6 og forskriftens § 3-1 åttende ledd skal oppdragsgiver ved planleggingen av anskaffelsen ta hensyn til universell utforming. Ved å ta hensyn til universell utforming allerede når man planlegger anskaffelsen, sikres det at universell utforming ivaretas på en best mulig måte med lavest mulig kostnad. Det er opp til den enkelte oppdragsgiver å bestemme hvilke fremgangsmåter eller løsninger som best kan ivareta hensynet til universell utforming.

Ved siden av plikten til å ta hensyn til universell utforming i planleggingsfasen, fastsetter forskriftens §§ 8-3 og 17-3 første ledd tredje punktum at de tekniske spesifikasjonene, når det er mulig, skal utformes slik at det tas hensyn til kriterier for tilgjengelighet for funksjonshemmede og universell utforming.⁷

Kofa sak 2005/218

Halden kommune gjennomførte en konkurranse med forhandling om bygging og drift av privat barnehage. Innklagede hadde i tilbudsevalueringen lagt avgjørende vekt på kriteriet *universell utforming*. Oppdragsgiver hevdet at dette forhold ble tatt opp på forhandlingsmøtet, mens klager bestred dette.

Kofa tok utgangspunkt i det som fremgikk av forhandlingsreferatet. Her fremgikk det at innklagede etterspurte muligheten for installering av heis mellom etasjene, men ingenting om at den tilbudte to etasjers planløsning ble ansett uheldig i lys av kriteriet om universell utforming, eller hvorvidt den kunne endres. På basis av dette la klagenemnda til grunn at dette forhold ikke hadde blitt påpekt eller vært gjenstand for forhandlinger. Nemnda fant at det var i strid med likebehandling og god forretningskikk ikke å påpeke vesentlige forhold klager kunne ha forbedret tilknyttet dette under forhandlingene.

5.2.2 Miljø

Oppdragsgivere har et særlig ansvar for å bidra til økt verdiskapning og bærekraftig ressursbruk ved at de forvalter samfunnets ressurser og har stor påvirkningskraft på markedet. Når oppdragsgivere vurderer sine anskaffelser ut fra et miljøhensyn tjener det flere formål. For det første kan det offentlige redusere miljøutfordringene knyttet til egen virksomhet ved å stille miljøkrav til varer og tjenester. For det andre vil det kunne bidra til å dreie tilbudet fra leverandørmarkedet i retning av mindre miljøbelastende og mer ressurs- og energieffektive varer og tjenester. Dette vil bidra til å endre produksjons- og forbruksmønstre i en mer bærekraftig retning.

⁷ Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 23 nr. 1.

Regjeringen har lansert en handlingsplan «Miljø- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser» med formål, målsettinger og virkemidler.⁸ Det er videre utarbeidet en veileder for miljø- og regelverket for offentlige anskaffelser.⁹

Krav til å ta hensyn til miljømessige konsekvenser ved planleggingen av anskaffelser

Loven og forskriften pålegger oppdragsgivere å ta hensyn til miljømessige konsekvenser av anskaffelsen i planleggingsfasen, jf lovens § 6 og forskriftens § 3-1 åttende ledd. Det er under planleggingsfasen de viktigste vurderinger og beslutninger foretas, senere kan det være for sent. I planleggingsfasen har oppdragsgiver mulighet til å tenke alternativt, innovativt og langsiktig på de miljøbelastninger som anskaffelsen vil kunne medføre. I tillegg foreta de undersøkelser, vurderinger og beslutninger som best ivaretar behovet samtidig som miljøbelastningen minimeres.

Krav til å stille konkrete miljøkrav ved produktets ytelse eller funksjon

Ved siden av plikten til å ta hensyn til miljømessige konsekvenser av anskaffelsen i planleggingsfasen, fastsetter forskriftens §§ 8-3 første ledd og 17-3 første ledd at det så langt det er mulig skal stilles konkrete miljøkrav til anskaffelsen. Oppdragsgiver bør utforme sin kravsspesifikasjon slik at den tilrettelegger for at leverandørene kan tilby sine mest miljøvennlige løsninger. Dette gjøres best ved å bruke ytelses- eller funksjonskrav og fastsette miljøegenskaper som for eksempel maksimum energibruk og utslipp, krav til kjemikalier og avfall. I tillegg kan det fastsettes detaljerte spesifikasjonskrav, som er definert i europeiske eller nasjonale miljømerker, som for eksempel Svanen eller EU-Blomsten, jf § 17-3 syvende ledd.

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har veiledning om miljøkrav og har utviklet veiledende miljøkriterier for ulike produkt og tjenesteområder, se www.Anskaffelser.no.

Miljøkrav i de ulike fasene

Oppdragsgiver kan ivareta miljøkrav gjennom å benytte muligheten til å avvise leverandører som har brutt miljølovgivningen og gjort seg skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, se kapittel 13.2 om avvisning av leverandør. Dette kan for eksempel gjelde brudd på miljølovgivningen.

Oppdragsgiver kan også stille krav til leverandørens miljøkompetanse, som teknisk eller faglige kvalifikasjoner der det er relevant og proporsjonalt, jf §§ 8-4 og 17-9, se kapittel 9.3.2. Miljøegenskaper er uttrykkelig nevnt som et mulig kriterium under tildelingskriteriet «det økonomisk mest fordelaktige tilbud» §§ 13-2 og 22-2.

Merkeordning som dokumentasjon

Det er ikke lovlig å kreve at varen eller tjenesten skal bære et bestemt miljømerke eller være miljømerket, som for eksempel Svanemerket eller EU-Blomsten. Det er de underliggende kravene i merkene som eventuelt kan kreves oppfylt, jf § 17-3 syvende ledd. Et miljømerke kan imidlertid brukes av leverandørene som dokumentasjon på at varen eller

⁸ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/samfansvar_off_ansk.pdf

⁹ http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0021/ddd/pdfv/197434-ferdig_miljoveileder.pdf

tjenester oppfyller de underliggende kravene. Leverandøren må imidlertid få anledning til å dokumentere at kravet er oppfylt også på annen måte. I tillegg kan miljøledelsessystem som EMAS, ISO 14001 eller Miljøfyrtårn-sertifisering tjene som dokumentasjonskrav på at leverandøren tilfredsstillende underliggende krav, jf § 17-13. Også her må det åpnes opp for at leverandørene på annen måte kan dokumentere at kravene er oppfylt. Se mer om miljøledelse under pkt 9.3.2.

5.2.3 Etiske krav til produksjon av varer og tjenester

Generelt

Oppdragsgivere viser i økende grad interesse for å stille etiske krav til produksjonen av varer og tjenester. I hvilken grad det er adgang til å stille etiske krav og hvordan dette kan gjøres under de enkelte fasene av anskaffelsen, drøftes i de respektive kapitlene. Her gis en generell innføring i temaet.

Med etiske krav forstås her krav av samfunnsmessig og sosial art, uavhengig av egenkapene ved varen eller tjenesten. I praksis er det særlig ved produksjon i land utenfor EØS-området med lavere sosiale standarder, slike krav er aktuelle. Det kan tenkes mange ulike former for etiske krav. De mest grunnleggende etiske krav er de som fremgår av grunnleggende menneskerettigheter, slik som FNs menneskerettighetskonvensjon og arbeidstagerrettigheter, slik som grunnleggende ILO-konvensjoner, for eksempel forbud mot barnearbeid.

En annen form for etiske krav er de som følger av tiltak for rettferdig handel. Et eksempel er kravene i merkeordningen Max Havelaar, som er betegnelsen som brukes i Norge for merkeordninger under FLO (Fair Trade Labelling Organisations International). Rettferdig handel forbindes med tiltak for å sikre bedre handelsbetingelser og styrke rettigheter til produsenter i utviklingsland, som ellers kan bli marginalisert i verdenshandelen. Slike krav kan omfatte sikring av primærprodusentens, sosiale vilkår, arbeidstagerrettigheter, HMS og miljø mv. Dette kan omfatte minimumskrav og krav til utvikling over tid. Rettferdige krav vil også typisk omfatte krav til handelsbetingelser i kjeden fra primærprodusent til detaljistselger, og prisen til primærprodusent.

Ved vurderingen av adgangen til å stille etiske krav ved offentlige anskaffelser, er det viktig å skille mellom ulike former for etiske krav.

Grunnleggende menneskerettigheter og arbeidstagerrettigheter må respekteres av alle. Det vil dermed ikke være diskriminerende å stille slike krav uavhengig av hvor et produkt har sin opprinnelse. Dette omfatter de grunnleggende ILO-konvensjonene^{10 11}. De grunnleggende konvensjonene er:

- Retten til å være organisert i en fagforening (ILO konvensjon nr. 87 av 09.07.1948)
- Retten til kollektive forhandlinger (ILO konvensjon nr. 98 av 01.07.1949)
- Forbudet mot tvangsarbeid (ILO konvensjon nr. 29 av 28.06.1930 og 105 av 25.06.1957)
- Forbudet mot all forskjellsbehandling i arbeid og belønning (ILO konvensjon nr. 100 29.06.1951 og 111 av 25.06.1958)
- Fastsette en minimums aldersgrense for å forhindre barnarbeid (ILO konvensjon nr. 138 26.06.1973)
- Forbud mot de grusomste formene for barnarbeid (ILO konvensjon nr. 182 17.06.1999)

I følge ILOs erklæring av juni 1998 må disse grunnleggende prinsippene respekteres av alle.

Krav som stilles utover dette, for eksempel de kriteriene som følger av tiltak for å fremme rettferdig handel, innebærer at det stilles sosiale krav til produksjonen i andre land. Det skal lite til før dette er i strid med forbudet mot diskriminering.

Rettskildesituasjonen

Adgangen til å stille etiske krav er i liten utstrekning behandlet i direktivene eller kommisjonsveiledning. En EU-dom, C-368/10 Kommisjonen mot Nederland av 10. mai 2012, den såkalte *Max Havelaar*-dommen, viser at det er mulig å ta etiske hensyn ved offentlige anskaffelser. Det er imidlertid ikke likegyldig hvordan etiske hensyn utformes i offentlige anskaffelsesprosesser.

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) tilbyr veiledning og verktøy på www.anskaffelser.no om hvordan offentlige oppdragsgivere kan stille og følge opp etiske/sosiale krav.

¹⁰ Se Kommisjonens kommunikasjon om grunnleggende arbeidstagerrettigheter. http://europa.eu.int/comm/trade/issues/global/development/docs/comcls_en.pdf

¹¹ Disse konvensjonene fremgår også av forsyningsdirektivet 2004/17/EF vedlegg XXIII. Etter forsyningsdirektivet artikkel 59 fjerde og femte ledd kan EU ekskludere leverandører fra tredjeland dersom EU-leverandører har problemer med å konkurrere om kontrakter i disse tredjelandene på grunn av konkurrentenes manglende overholdelse av de grunnleggende ILO-konvensjonene. Det følger indirekte av dette at EU-leverandører heller ikke kan benytte underleverandører som opererer i strid med grunnleggende ILO-konvensjoner.

C-368/ 10 Max Havelaar

Saken gjaldt en offentlig kontrakt om levering, installering og vedlikehold av automat til varme drikker og levering av te, kaffe og andre ingredienser til denne. I de tekniske spesifikasjonene hadde oppdragsgiver oppgitt at de ingrediensene som ble levert skulle være merket med merkene ECO og Max Havelaar. Merkene angir at produktene er produsert etter henholdsvis økologiske og etiske (fair trade) standarder. I en senere informasjonsmeddelelse hadde oppdragsgiver på spørsmål fra leverandør tilføyd at også tilsvarende merker kunne benyttes såfremt disse var basert på de samme kriterier som de nevnte.

Domstolen slo først fast at det er anledning til, som uttrykt i direktivet, å kreve at leveransene bar et bestemt merke, så lenge henvisningen ledsages av uttrykket «eller tilsvarende».¹² Domstolen var imidlertid av den oppfatning at angivelse av de tekniske spesifikasjoner i dette tilfellet uansett ikke var presis nok.

Videre hadde oppdragsgiver oppstilt som et ønske i tildelingskriteriene at leveransene av te og kaffe skulle være merket med ECO og/eller Max Havelaar. Domstolen kom frem til at kriteriet hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktsgjensstanden. Imidlertid mente den at angivelsen av kriteriet ikke var angitt presist nok.

Endelig mente domstolen at oppdragsgiver hadde oppstilt et ulovlig kvalifikasjonskrav. Oppdragsgiver hadde krevd at leverandøren redegjorde for hvordan de medvirket til å forbedre bæredyktigheten på kaffemarkedet og til en miljøteknisk, sosial og økonomisk sett forsvarlig kaffeproduksjon.

Etiske krav i de ulike fasene

Oppdragsgiver kan ivareta etiske krav til sine leverandører gjennom å benytte muligheten til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje, se kapittel 13.2. Oppdragsgiver kan også benytte seg av kontraktsvilkår om at leverandørene skal overholde visse grunnleggende arbeidstagerrettigheter, se kapittel 9.8. For anskaffelser under 500 000 kr er det også en utvidet adgang til å ivareta etiske krav, se kapittel 14.2 Se for øvrig om tekniske spesifikasjoner i kapittel 9.5, kvalifikasjonskrav i kapittel 9.3 og tildelingskriterier i kapittel 15.1.

Merkeordninger og dokumentasjon

Gitt at et krav er lovlig innholdsmessig, oppstår spørsmålet om hva slags dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve for at kravene er oppfylt. Det er ikke adgang til å stille krav om at produkter skal være merket med bestemte merkeordninger, eksempelvis Fair Trade,

¹² Se forskriftens § 8-3 (4) og 17-3 (10).

Max Havelaar eller SA 8000. Oppdragsgiver kan kun angi ulike merkeordninger som mulig dokumentasjon for at krav som oppdragsgiver har fastsatt er tilfredstilt. Leverandøren må imidlertid få anledning til, på annen måte, å dokumentere at kravene er tilfredstilt.

Oppdragsgiver må oppstille krav og være forberedt på å ta imot dokumentasjon som oppdragsgiver er i stand til å evaluere, og eventuelt følge opp i kontraktperioden. Dersom det stilles krav som oppdragsgiver ikke klarer å etterprøve, kan dette innebære brudd på likebehandlingsprinsippet. Dokumentasjonskrav må heller ikke være diskriminerende.

Utfordringen ved etiske krav

Utfordringen ved etiske krav er ikke bare å følge opp den leverandøren som oppdragsgiver direkte forholder seg til, men å omfatte hele den bakenforliggende leverandørkjeden. Et eksempel kan være en oppdragsgiver som skal kjøpe arbeidstøy og ønsker at disse er produsert uten bruk av barnearbeid. For den norske offentlige innkjøperen vil det være utfordrende å skulle følge opp et slikt krav på grunn av manglende kunnskap og ressurser. Oppdragsgiveren må dermed forholde seg til sin leverandør. Denne veilederen forsøker å gi juridisk veiledning om rammene for hvilke krav oppdragsgiveren kan stille til sin leverandør. Når en stiller etiske krav overfor leverandører, er det viktig å stille krav som er praktisk gjennomførbare og bidrar konstruktivt til formålet med å stille slike krav. Hvordan følge opp etisk/sosial handel i kontraktperioden er omtalt på www.anskaffelser.no. Andre nettsteder som omhandler etisk/sosial handel er www.etiskforbruk.no, www.etiskhandel.no, www.fairtrade.no, www.flo.org og www.sa-int.org.

5.3 Anskaffelsesprotokoll

I forskriftens § 3-2 er det oppstilt et krav om enkel protokollplikt for alle anskaffelser over 100 000 kroner eks. mva. Protokollplikten er noe mer omfattende for anskaffelser etter del II og III, enn for anskaffelser etter del I.

For at protokollplikten skal kunne etterleves på en brukervennlig og kostnadseffektiv måte, har departementet laget skjemaer som oppdragsgiver kan velge å benytte. Skjemaene ligger som vedlegg til forskriften, og finnes på departementets hjemmesider.¹³ Brukere kan fylle ut disse malene, i visshet om at de tilfredsstiller forskriftens krav. Hvis man velger å ikke bruke departementets maler, er det viktig at man uansett svarer på de spørsmålene som fremgår av disse malene.

Forskriften pålegger oppdragsgiver å føre protokoll gjennom hele anskaffelsesprosessen. Dette bidrar til at ulike instanser (nasjonale og internasjonale) kan føre kontroll med at oppdragsgivers beslutninger er fattet i samsvar med regelverket. Protokollen gir økt gjennomsiktighet og etterprøvbarhet i anskaffelsesprosessen, og kan dermed bidra til å motvirke kameraderi og korrupsjon.

¹³ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser/offentlige-anskaffelser-regelverk-og-skj/offentlige-anskaffelser-skjemaer.html?id=417580>

KOFA sak 2010/106

Bergen kommune hadde utlyst en åpen anbudskonkurranse vedrørende rehabilitering av fasadene på en skole. Klager anførte blant annet at oppdragsgiver hadde brutt kravene til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i lovens § 5 ved å ikke føre inn i anskaffelsesprotokollen kontakten med tilbyderne for å avklare hvorvidt disse oppfylte kravet til sertifikater for asbestsnering. Klager viste også til forskriftens § 3-2(2) der det fremgår at «[p]rotokollen skal beskrive alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom hele anskaffelsesprosessen».

KOFA bemerket at oppdragsgivers kontakt med tilbyderne i en åpen anbudskonkurranse er underlagt strenge regler. Samtidig fastslo KOFA at avklaringer av innholdet i tilbudene svært ofte vil ha betydning for en leverandørs muligheter for å nå frem i konkurransen. Dersom slik kontakt ikke protokollføres, kan dette videre gjøre det vanskeligere å kartlegge om avklaringene ligger innenfor regelverkets grenser. KOFA kom etter dette til at oppdragsgiver hadde brutt forskriften.

5.4 Bruk av rådgivere

5.4.1 Generelt

Forskriftens § 3-8 regulerer bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner. I henhold til bestemmelsen skal ikke oppdragsgiver benytte rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjonene dersom de kan ha en økonomisk interesse i anskaffelsen, hvis det skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurransen.¹⁴

Bestemmelsen er et utslag av kravet til likebehandling. Likebehandlingskravet forutsetter at informasjon vedrørende betingelser og krav til produktet gjøres kjent for alle leverandører samtidig. Rådgivere som bistår oppdragsgiver med planlegging og/eller utforming

¹⁴ Bestemmelsen følger av Norges forpliktelser etter WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA) art. VI nr. 4: Entities shall not seek or accept, in a manner which would have the effect of precluding competition, advice which may be used in the preparation of specifications for a specific procurement from a firm that may have a commercial interest in the procurement. GPA artikkel VI nr. 4 er gjengitt i direktiv 2004/18/EF fortalens premiss 8: "...seek or accept advice which may be used in the preparation of the specifications provided, however, that such advice does not have the effect of precluding competition.»

Problemstillingen er blitt behandlet av EU-domstolen i forente saker *Fabricom*, C-21/03 og C-34/03 og KOFA sak 2005/241 med videre henvisninger der. Teorien har behandlet emnet i Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet and Maxwell 2005 (2. ed.), s. 485; S. Treumer, *Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and the Principle of Equal treatment of tenderes*, PPLR 1999, s. 147; Steen Treumer, *Ligebehandlingsprinsippet i EU's udbudsregler*, 2000, kapittel 4 (s. 85-138); H.-J. Priess, *Distortions of Competition in Tender Proceedings: How to deal with conflicts of interest (Family ties, Business links and Cross-Representation of Contracting Authority Officials and Bidders) and the Involvement of Project Consultants*, PPLR 2000, s. 153. En analyse av *Fabricom* er gitt av S. Roe og C. Lessenich i PPLR 2005, NA 93. For kommende litteratur om temaet se J. Fejø og S. Treumer (eds.), *EU's udbudsregler-implementering og håndhævelse i Norden*, København: DJØF Publishing 2006, som skal inneholde artiklene K. Krüger, «Critical comments on the new procurement directives, preceding the Nordic adaptations» og J. Fejø, «Kommentar og supplement til Kai Krügers' critical comments on the new procurement directives».

av konkurransegrunnlaget, herunder behovsavklaring og kravspesifikasjon, vil gjennom dette arbeidet kunne få konfidensiell informasjon eller mer informasjon om anskaffelsen enn andre potensielle tilbydere.

Leverandørene er ofte presset på tid. Rådgivere som deltar i den etterfølgende konkurransen vil få et konkurransefortrinn ved at de får lenger tid på å forberede og utarbeide tilbudet, i tillegg til at de kan sitte med kjennskap til detaljer om hva som vil være vesentlig mv. i forbindelse med utformingen av tilbudet.

Rådgiveren kan gjennom sitt arbeid også ha hatt mulighet til å påvirke utformingen av krav til fordel for egen virksomhet, og oppdragsgiver mister fordelene ved at nøytrale rådgivere naturlig nok vil se annerledes på alternative løsninger.

5.4.2 Hvem retter bestemmelsen seg mot og konsekvenser

Regelen om bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner retter seg mot oppdragsgiveren. Oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd fra personer som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen. Oppdragsgiver må dermed ha et bevisst forhold til hvem han søker eller mottar råd fra.

Dersom oppdragsgiver har mottatt råd fra noen som medfører at konkurransen vil kunne bli utelukket etter § 3-8, skal oppdragsgiver avvise rådgiveren fra å delta i selve konkurransen, jf. forskriftens §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f. Dette kan ramme leverandøren i tilfeller der selve konkurransen er av langt større økonomisk verdi enn rådgivningsoppdraget. I tilfeller hvor aktuelle rådgivere står i fare for å bli avvist fra selve konkurransen, bør oppdragsgiver gjøre leverandørene oppmerksom på dette.

5.4.3 Nærmere om å kunne «utelukke» konkurransen

Ovennevnte bestemmelser gjelder etter sin ordlyd tilfeller hvor konsekvensen av å benytte rådene i en anskaffelsesprosess, kan være at konkurranse vil kunne utelukkes. Konkurranse vil også kunne sies å utelukkes i det tilfelle der konkurransen blir vesentlig begrenset.¹⁵ Terskelen for at bestemmelsen kommer til anvendelse er relativt høy, det vil si at konkurransefortrinnet må være av en viss størrelse og betydning.¹⁶ Formålet med bestemmelsen tilsier imidlertid at også engasjement eller samarbeid som kan forrykke en eller flere leverandørers konkurransemessige stilling i forhold til øvrige leverandører, i prinsippet også vil kunne omfattes av bestemmelsen.¹⁷

Hvorvidt konkurranse utelukkes eller blir vesentlig begrenset beror, i følge EU-domstolen, på en konkret vurdering.

¹⁵ Dragsten/Lindalen, *Offentlige anskaffelse: Kommentarutgave*, Oslo: Universitetsforlaget 2005 taler på side 633 og 635 om konkurransevidning av betydning og urimelig konkurransefordel. Graver, Hans Petter, *Tidsskrift for forretningsjus* 2005 s. 461 flg. bruker på s 476 uttrykket utilbørlig konkurransefordel.

¹⁶ Se Borgarting Lagmannsretts dom 5. april 2012 (LB-2010-201985 (*Norconsult*)).

¹⁷ Se departementets fortolkningsuttalelse av 11. juli 2003 til Kommunal- og regionaldepartementet: http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0001/ddd/pdfv/220237-krd_-prosjekt_bostedlose.pdf

Forente saker C-21/03 og C-34/03 (*Fabricom*)

Belgisk lovgivning hadde en avvisningsbestemmelse som ekskluderte personer som hadde ytet visse tjenester for oppdragsgiver i forbindelse med det aktuelle prosjektet. Kommisjonen argumenterte for at dette var i tråd med EU-retten, fordi en automatisk avvisning medførte at en forhindret mulig diskriminering og at dette førte til økt samhandel. Generaladvokaten argumenterte også for at den belgiske regelen var i tråd med EU-retten, fordi den sikret forutberegnlighet og gjennomsiktighet. EU-domstolen mente derimot at en slik regel var for streng og at det måtte foretas en konkret vurdering for hver situasjon. Automatisk avvisning innebar at ulike forhold ble behandlet likt. Likebehandlingsprinsippet innebærer ikke bare at like forhold ikke måtte behandles ulikt, men også at ulike forhold ikke måtte behandles likt.

Råd vedrørende utformingen av hele eller deler av kravspesifikasjonen eller tekniske spesifikasjoner, vil være av en slik karakter at konkurranse må kunne sies å utelukkes dersom det dreier seg om konkret detaljert veiledning, og ikke bare informasjon om hva som er mulige alternative løsninger eller standard løsninger. Det er viktig at oppdragsgiver kan utnytte den kompetansen leverandørene besitter under planleggingen av en anskaffelse. En rådgiver som ønsker å delta i konkurranse om en kontrakt, kan derfor gi råd om for eksempel generelle tekniske spesifikasjoner som ikke er særegne for rådgiverens eget produkt, uten at det i seg selv fører til utelukkelse.

Når man skal vurdere om konkurransen utelukkes eller blir vesentlig begrenset kan følgende momenter være til hjelp:¹⁸

- Hvor lett er det for andre å tilfredsstille de tekniske spesifikasjoner som er valgt?
- Er de valgte spesifikasjoner naturlige ut i fra oppdragsgivers behov?
- Får rådgiveren en stor tidsmessig fordel ved utarbeidelse av sitt tilbud?
- Har rådgiveren mottatt informasjon om oppdraget som ikke er blitt gjort tilgjengelig for de andre tilbyderne?
- Hvordan påvirker valget rådgiverens mulighet til å vinne konkurransen?

Lagmannsrettens dom 5. april 2012 (*Norconsult*)

Et rådgivende ingeniørfirma, som hadde utført noen mindre forberedende prosjekteringsoppgaver, ble avvist fra offentlig tilbudskonkurranse om prosjektering av jernbanestrekning på grunn av inhabilitet.

I dommen uttalte lagmannsretten følgende prinsipielle setning om når inhabilitet i et rådgiverforhold inntreffer: «... *hvis rådgiveren har hatt en rolle med tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt vedkommende et klart*

¹⁸ Se også om balansen mellom habilitetsreglene og kravet til likebehandling og konkurranse på den ene side og det offentliges behov for velkvalifisert og effektiv bistand på den andre side: Graver, Hans Petter, *Tidsskrift for forretningsjus* 2005 s. 461 flg. på s. 463.

konkurransefortrinn og denne fordelene heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet.» Lagmannsretten kom til at avvisningen i det konkrete tilfelle var urettmessig. Selv om det var uheldig at rådgiveren var blitt engasjert i oppdrag tett opp til og delvis inn i konkurranseperioden, var det ikke holdepunkter for at selskapet hadde oppnådd særfordeler.

Eksempel:

Banker vil ofte kunne være både investeringsrådgiver og forvalter av midler, for eksempel i aksjefond. De ulike fondene vil imidlertid ha forskjellige strukturer med hensyn til plassering i bransjer, selskaper og geografi.

Dersom en bank opptrer som rådgiver i utarbeidelsen av kravspesifikasjonene for profilen på investeringen som skal gjøres, kan dette skje på en måte som gjør at konkurransegrunnlaget «skreddersys» for egne fond, og at andre forvaltere utelukkes fra konkurransen. I så fall kan dette være i strid med reglene.

KOFA sak 2005/24

Saken gjaldt en konkurranse med forhandling om totalentreprise for bygging av et nytt hotell som åpnet for at tilbyderne kunne benytte innklagedes rådgivere. Konkurransegrunnlaget fastsatte: *«totalentreprenøren står eventuelt fritt til å benytte de rådgiverne byggherren har benyttet frem til inngåelse av kontrakt med totalentreprenøren.»*

Klagenemnda uttalte at det ikke kan utledes et generelt forbud mot at tilbydere benytter innklagedes rådgivere, og det kan dermed heller ikke være forbudt å opplyse om denne muligheten i konkurransegrunnlaget. Det avgjørende i forhold til om kravet til likebehandling er brutt, er hvorvidt enkelte tilbydere faktisk kan få en konkurransefordel ved å kunne benytte innklagedes rådgivere. Dette må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av de faktiske forholdene i saken.

Om denne helhetsvurderingen uttalte klagenemnda at: *«rådgiverne har utformet deler av kravspesifikasjonen i konkurransegrunnlaget. Slik saken foreligger for klagenemnda, er det ingen holdepunkter for at kravspesifikasjonen er utformet på en slik måte at den er tilpasset innklagedes rådgiveres virksomhet. Det kan ikke utelukkes at A og B har oppnådd et forsprang i forhold til andre potensielle underleverandører i konkurransen. Dette skulle imidlertid være avhjulpet av at tilbyderne er gitt god tid ved utarbeidelsen av tilbud. Klagenemnda finner på bakgrunn av dette at innklagede ikke har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved utformingen av konkurransegrunnlaget.»*

KOFA sak 2005/296

Saken gjaldt krav til utjevning av eventuelle konkurransefordeler ved å opplyse om visse forhold i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver hadde brukt et konsulentfirma til å utarbeide konkurransegrunnlag for en totalentreprise og til å evaluere tilbudene. Oppdragsgiver utlyste så en konkurranse for byggeledelse.

Klagenemnda uttalte at etter å ha evaluert det valgte tilbudet om totalentreprise hadde konsulentfirmaet etter nemndas vurdering en del viktig informasjon om denne kontrakten som de andre tilbyderne manglet. Dette gjaldt særlig opplysninger om total sum for byggearbeidene og sum for de enkelte delene. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, fant nemnda at rådgiveren derfor hadde bedre forutsetninger for å utforme tilbud enn de andre tilbyderne. Dette medfører imidlertid ikke nødvendigvis at rådgiveren skulle vært avvist. Kravene til konkurranse og likebehandling tilsier at oppdragsgiveren innen rimelige grenser forsøker å utligne de fortrinnene en enkelt leverandør kan ha, slik at også vedkommende kan delta i konkurransen. Klagenemnda antok at det hadde vært mulig å utligne rådgiverens kunnskapsfortrinn ved å inkludere de vesentligste opplysningene fra entreprisekontrakten i konkurransegrunnlaget for byggeledelse. Dette var imidlertid ikke skjedd og konkurransegrunnlaget var dermed i strid med kravet til likebehandling.

KOFA sak 2004/215

Saken gjaldt krav til utjevning av eventuelle konkurransefordeler. En oppdragsgiver hadde tidligere engasjert et firma for å lage et notat om hvordan en skulle overføre erfaringer fra et tidligere prosjekt for kongekrabbenæringen til større deler av sjømatnæringen. Notatet ble drøftet i et par møter og firmaet gjorde en rekke endringer basert på hva som var interessant for oppdragsgiver. Samme dato som oppdragsgiver mottok notatet startet oppdragsgiver arbeidet med å utforme kunngjøring og konkurransegrunnlag for en videre konkurranse. Deler av oppsummeringsnotatet ble kopiert og tatt inn som beskrivelse i konkurransegrunnlaget for den påklagede anbudskonkurransen.

Klagenemnda uttalte at oppdragsgiver hadde mottatt et notat fra en av leverandørene som inneholdt konkrete anbefalinger for tilbudsinnhenting, og hele konkurransegrunnlagets beskrivelse av oppdragets formål er sitert fra notatet. Oppdragsgiver anførte at formuleringene som ble benyttet fra notatet innholdsmessig finnes igjen i innklagedes egen marinestrategi og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Nemnda fant at utarbeidelsen av notatet ikke var egnet til å medføre risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av rådgiveren. Om utjevning av eventuelle konkurransefordeler uttalte KOFA: «Lovens § 5 oppstiller et generelt forbud mot forskjells-

behandling. Kravet til likebehandling kan innebære at oppdragsgiver har en plikt for å utjevne eventuelle fordeler en leverandør har som følge av tidligere oppdrag for oppdragsgiver, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen, jf. KOFA sak 2004/46 (KOFA-2004-46). Klagenemnda legger til grunn at NN, som følge av diskusjonen rundt NNs notat i april/mai, satt inne med en kunnskap om oppdragsgivers preferanser. Fordelen NN hadde ved sitt tidligere arbeide i forbindelse med prosjektet kunne utjevnes ved å gi samtlige leverandører tilstrekkelig tid til å utarbeide sine tilbud og eventuelt stille spørsmål til konkurransegrunnlaget.

5.5 Offentlighet og taushetsplikt

5.5.1 Innledning

Det følger av forskriften § 3-5 at "[f]or allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentliglova».

I lov 19. mai 2006 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentlighetsloven) § 3 er hovedregelen at saksdokumenter er offentlige. Etter offentlighetsloven § 23 tredje ledd kan oppdragsgiver imidlertid unnta tilbud og protokoller fra innsyn frem til valg av leverandør.

Etter at leverandør er valgt er oppdragsgiver dermed i utgangspunktet forpliktet til å gi innsyn i de innkomne tilbud. Av forskriften § 3-6 følger det imidlertid at «[o]ppdragsgiver og dennes ansatte plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter eller drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde, jf. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 13 ».

Selv om utgangspunktet er at oppdragsgiver skal gi innsyn i tilbudene etter at leverandør er valgt, har oppdragsgiver etter forskriften § 3-6 likevel plikt til å unnta forretningshemmeligheter når innsyn gis. Henvisningen til forvaltningslovens § 13 viser at bestemmelsen må forstås på samme måte, og at praksis knyttet til forvaltningslovens § 13 er relevant i vurderingen av om det skal gis innsyn i dokumenter knyttet til anskaffelsesprosessen.

5.5.2 Bakgrunnen for dagens regler om innsyn i anbudsdokumenter

Innsynsreglene skal sikre gjennomsiktighet i forvaltningens saksbehandling. Slik vil leverandører, politikere og allmennheten kunne kontrollere at det ikke tas utenforliggende hensyn når offentlige midler disponeres.

Offentlighetsloven trådte i kraft 1. januar 2009 og gir leverandørene en videre innsynsrett i tilbud og protokoller enn de hadde etter det gamle regelverket om innsyn. Forarbeidene begrunner den økte innsynsretten med at den vil sikre at reglene om offentlige anskaffelser anvendes i tråd med de intensjoner som reglene bygger på, og kan bidra til å forhindre alvorlige forhold som korrupsjon o.l. Innsynsreglene styrker også leverandørenes muligheter til å avdekke feil og dermed klage på innkjøpsprosessen når det er grunnlag for det, samt pressens rolle som vaktbikkje.

5.5.3 Unntak fra offentlighet for opplysninger som er omfattet av taushetsplikt – hva er en forretningshemmelighet?

Hva som utgjør en forretningshemmelighet må i utgangspunktet vurderes konkret i forhold til den enkelte anskaffelse, jf. klagenemndas saker 2010/294 og 2005/70.

Etter forvaltningslovens § 13 første ledd nr. 2 er opplysninger om «*tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- og forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningene angår*», omfattet av taushetsplikt. Den sentrale avgrensingen av taushetsplikt ligger i vilkåret om at det må være av «*konkurransemessig betydning*» for den aktuelle virksomhet at opplysningene ikke er tilgjengelige for andre. For at opplysningene skal være omfattet av taushetsplikt, må det kunne føre til fare for økonomisk tap eller redusert gevinst for virksomheten dersom de blir kjent. Alminnelige kjente eller tilgjengelige opplysninger om produkt, priser, produksjonsmetoder og annet vil ikke være omfattet av taushetsplikten, jf. forvaltningslovens § 13a nr. 3.¹⁹

Ved tilbud om levering av fysiske varer vil opplysninger om produksjonsmetoder og nye produkter som er under utvikling, være tilfeller som berettiger unntak. For tjenesteanskaffelser kan det være aktuelt å unnta informasjon om strategi og lignende, mens for oppdrag som gjelder bygging og annet entreprenørarbeid, kan opplysninger om arbeidsteknikker være å regne som forretningshemmeligheter. Videre kan informasjon om markedsanalyser, økonomiske utregninger og prognoser, konkrete forretningsstrategier og lignende ha en slik karakter at konkurrenter kan utnytte denne informasjonen.

Justisdepartementet har kommet med en fortolkningsuttalelse av 20. januar 2011 som redegjør for hvilke opplysninger som er omfattet av taushetsplikt.²⁰ Det vises til denne uttalelsen for en nærmere redegjørelse.

Klagenemnda har i sin praksis lagt til grunn at de innkomne tilbudenes totalpriser som hovedregel ikke kan anses som forretningshemmeligheter, men at enhetspriser lett kan bli ansett som forretningshemmeligheter, jf. blant annet klagenemndas saker 2011/154, 2010/294, 2008/87 og 2008/208.

¹⁹ Se nærmere om forvaltningslovens §§ 13 og 13a i Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer* (5. utg, 2011).

²⁰ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_innsyn_off_ansk.pdf

5.5.4 Unntak fra offentlighet ut fra hensynet til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen i organet

Unntak på dette grunnlaget kan være aktuelt i tilfelle der oppdragsgivers forhandlingsposisjon eller strategiske stilling kan bli svekket, enten i den aktuelle saken eller i senere saker, jf. offentlighetsloven § 23 første ledd. Det vises til ovennevnte fortolkningsuttalelse fra Justisdepartementet om nærmere redegjørelse for dette unntaket.

5.5.5 Hvem avgjør hva som er taushetsbelagt?

Når forvaltningen skal vurdere om visse opplysninger kan unntas fra offentligheten er det hensiktsmessig å la leverandørene uttale seg om hvilke opplysninger de mener er forretningshemmeligheter. Det er viktig å understreke at forvaltningen likevel alltid må gjøre en selvstendig vurdering av om opplysninger skal unntas offentlighet.

5.5.6 utfordringer knyttet til offentlighetsloven § 23

Skjæringspunktet «til valg av leverandør er gjort» etter § 23 medfører at tilbud og protokoller skal være offentlige før kontrakt signeres. Det vil si allerede i den såkalte karensperioden, som er den obligatoriske ventetiden mellom tidsrommet for valg av leverandør til signering av kontrakt. Det er visse utfordringer knyttet til at leverandørene kan få innsyn i hverandres tilbud på dette stadiet i anbudsprosessen.

Disse utfordringene er tatt opp av Håndhevelsesutvalget i kapittel 13 i NOU 2010:2 om håndhevelse av offentlige anskaffelser.²¹ Der påpeker utvalget at oppdragsgiver kan endre sin tildelingsbeslutning i karensperioden dersom kontrakten skulle vise seg å være tildelt feil leverandør eller dersom det har skjedd feil i anskaffelsesprosessen som gjør at konkurransen må avlyses og utlyses på nytt. Når konkurransen må utlyses på nytt, kan det være svært skadelig for konkurransen at leverandørene har hatt innsyn i hverandres tilbud i den forutgående konkurransen. De vil, så langt opplysninger ikke er unntatt som følge av taushetspliktsreglene, kunne få innsyn i hverandres priser og øvrige betingelser. Dette legger til rette for at leverandørene kan tilpasse seg hverandres tilbud i den nye konkurransen. Dersom det dreier seg om en forhandlet konkurranse kan en gjenåpning av konkurransen etter at tilbudene har vært offentlig tilgjengelige vise seg umulig, fordi offentliggjøringen har forrykket konkurransesituasjonen.

Justisdepartementet tar også opp utfordringene knyttet til skjæringspunktet i § 23 i sin fortolkningsuttalelse (se ovennevnte henvisning) og uttaler at i visse tilfeller kan opplysninger være omfattet av taushetsplikt frem til *kontraktsinngåelsen*. De uttaler at «[d]ersom en konkurranse skal lyses ut på nytt, vil også priser, økonomiske prognoser og annen informasjon som kun er relevant for den aktuelle saken, kunne være omfattet av taushetsplikt. Andre tilbydere vil ellers kunne tilpasse sine tilbud etter de aktuelle opplysningene.» Justisdepartementet legger derfor til grunn at opplysningene vil være omfattet av taushetsplikt inntil det er klart at konkurransen vil bli avgjort på grunnlag av de innkomne tilbudene. Dersom dette ikke er klart før ved kontraktsinngåelsen, vil opplysningene være omfattet av taushetsplikt frem til dette tidspunktet.

²¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/nouer/2010/NOU-2010-2.html?id=600370>

5.5.7 Hvor finner man ytterligere informasjon?

For nærmere informasjon om offentlighetsloven viser vi til Rettleiar til offentleglova, utgitt av Justis- og politidepartementet.

5.6 Reserverte kontrakter

Oppdragsgiver kan begrense konkurransen til virksomheter hvor flertallet av de berørte ansatte er funksjonshemmede. Videre må arten eller omfanget av deres handicap innebære at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår, jf. forskriftens § 3-12.²²

Bestemmelsen er meget generelt formulert og vil derfor kunne omfatte bedrifter med ansatte med ulike nivåer av funksjonshemming. Spørsmål kan da oppstå om det er muligheter for å begrense konkurransen ytterligere. Departementet antar at oppdragsgiver kan foreta en nærmere avgrensning av hvilke funksjonsnivåer de ansatte hos leverandørene skal ha, for å kunne delta i konkurransen. Dette for å kunne sikre at også leverandører som har funksjonshemmede med et relativt lavt funksjonsnivå får muligheter til å konkurrere på like vilkår. Forutsetningen for at en ytterligere begrensning er at denne ikke strider mot diskrimineringsforbudet og at kravet til konkurranse er oppfylt.²³

Dersom oppdragsgiver ønsker å benytte muligheten til å begrense konkurransen, må det opplyses om dette i kunngjøringen, jf. § 3-12 siste punktum. Har oppdragsgiver angitt i kunngjøringen at kontrakten er reservert, kan han ikke i konkurransegrunnlaget åpne for at også andre typer leverandører kan inngi tilbud. Dette følger av kravene til forutberegnlighet i anskaffelsesloven § 5.²⁴

5.7 Kontraktslengde

Tidsbegrensede avtaler

I mange typer kontraktsforhold er det vanlig med tidsbegrensede avtaler. Verken anskaffelsesdirektivet eller lov eller forskrift om offentlige anskaffelser inneholder en eksplisitt regulering av varigheten av en kontrakt. Unntaket er rammeavtaler. Disse kan som hovedregel ikke ha en lengre varighet enn fire år, se forskriftens §§ 6-1 (4) og 15-1 (4) og veilederens kapittel 8.3.3.

Anskaffelsesregelverket gir likevel visse føringer for varigheten. Først og fremst gjelder de grunnleggende prinsipper om konkurranse og krav til god forretningsskikk. Dette tilsier at det ikke kan inngås kontrakter med lengre varighet enn nødvendig. Er kontraktperioden for lang, kan dette virke konkurransebegrensende og være i strid med anskaffelsesregelverkets grunnleggende krav og prinsipper om å oppetre forretningsmessig for å oppnå effektiv ressursbruk.

²² Se KOFA sak 2012/87 om bestemmelsens virkeområde.

²³ Se departementets fortolkningsuttalelse 14. desember 2011 til Bergen kommune.

²⁴ Se KOFA sak 2008/181.

Hva som er en forretningsmessig godt begrunnet kontraktslengde, og som ikke begrenser konkurransen i markedet unødig, må vurderes konkret fra sak til sak avhengig av som skal anskaffes.

Lang kontraktvarighet kan resultere i økt risiko for at øvrige leverandører vil forsvinne fra markedet.

Motsatt kan konkurransehensyn i andre tilfeller tilsi lengre avtaleperioder dersom det er tale om investeringskrevende tjenester. Dette bidrar til en forutsigbarhet som kan være nødvendig for at nye aktører skal kunne forsvare de store investeringene. I slike kontraktsforhold kan avskrivningsperioden for materiale eller bygninger som trengs for å utføre oppgaven, være relevant. Dette gjelder i alle fall i tilfeller der materiale eller bygninger er såpass spesialisert at det vil ha liten verdi på brukmarkedet etter at kontrakten er gjennomført.²⁵

Kontraktslengden bør være lang nok til å sikre tjenester av god kvalitet gjennom tilbud fra kvalifiserte leverandører. Bli varigheten for lang, kan det imidlertid bli vanskelig å foreta nødvendige omstillinger av tjenestetilbudet.

Det er ressurskrevende å gjennomføre offentlige anskaffelser. Kostnadene ved å avholde en ny konkurranse kan også være et relevant moment ved fastsettelse av kontraktens lengde.

Inngås svært langvarige kontrakter, skjerpes kravene til begrunnelse for kontraktslengden og dokumentasjon for alle de fakta som er lagt til grunn for vurderingen av kontraktens varighet.²⁶

Om muligheten til forlengelse av varigheten til en eksisterende kontrakt, først og fremst ved bruk av opsjoner, se kapittel 12.6.

Tidsbegrensede avtaler

Anskaffelsesreglene oppstiller ikke noe eksplisitt forbud mot å inngå løpende (tidsbegrensede) avtaler. Reglene om beregning av anslått kontraktsverdi forutsetter tvert om at det er mulig å inngå tidsbegrensede kontrakter, se forskriftens § 2-3 (10). EU-domstolen slo i sak C-454/06 (*Presstext*) fast at selv om slike tidsbegrensede kontrakter kan hindre konkurranse mellom mulige tjenesteytere og dermed hindre anvendelse av anskaffelsesdirektivene, var det «på fellesskapsrettens nåværende utviklingstrinn» ikke noe til hinder for å inngå tidsbegrensede offentlige tjenesteytelsesavtaler.²⁷

Forutsetningen må være at kontrakten inneholder oppsigelsesklausul. De EU/EØS-rettslige prinsippene om konkurranse og forholdsmessighet kan tilsi at løpende avtaler må

²⁵ Se KOFA-sak 2010/23 som gjaldt anskaffelser av ambulansetjenester. KOFA anerkjente at normal avskrivningstid for båtene kunne være relevant ved fastsettelse av kontraktsperioden. Men dersom det inngås kontrakter med så lang varighet som ti år, må alle fakta som er lagt til grunn for vurderingen av kontraktens varighet kunne dokumenteres. Slik dokumentasjon forelå ikke, og KOFA konkluderte med at det forelå brudd på kravet til konkurranse i lovens § 5.

²⁶ Se note 24 over.

²⁷ Premiss 74

konkurransetsettes med jevne mellomrom, blant annet for å sikre effektiv konkurranse. Dersom oppdragsgiver unnlater å benytte seg av en oppsigelsesadgang i en lang periode uten at det er en saklig grunn til det, kan dette være i strid med EØS-avtalen. Det avgjørende er om kontrakten på sikt hindrer konkurranse i markedet. Momenter som er relevante for vurderingen av hva som er en passende kontraktslengde for tidsbegrensede avtaler, jf ovenfor, vil også være relevante for vurderingen av når tidsbegrensede avtaler bør sies opp. Forskjellen fra en tidsbegrenset kontrakt er at oppdragsgiver har en viss fleksibilitet til å beslutte når det er hensiktsmessig å si opp kontrakten innenfor en viss passende periode.

En klausul som innebærer at partene forplikter seg til ikke å si opp avtalen i en bestemt periode, kan ikke på forhånd anses for å være i strid med fellesskapslovgivningen om offentlige anskaffelser.²⁸ I *Pressetext* ble et 3-årig avkall på retten til å si opp kontrakten ikke funnet å være i strid med reglene.²⁹ Det vil derimot kunne være anskaffelsesrettslig problematisk dersom avkallet er svært langvarig, eller at slik oppsigelsesadgang helt utelukkes.³⁰

Fremdeles eksisterer en rekke tidsbegrensede (løpende) avtaler om levering av tjenester, inngått forut for EØS-avtalens ikrafttredelse 1. januar 1994. Kontrakter inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse er ikke omfattet av direktivene om offentlige anskaffelser og EØS-avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester. Praksis fra EU-domstolen tilsier at det offentlige neppe plikter å si opp tidsbegrensede (løpende) avtaler inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse.³¹

28 Premiss 75

29 Premiss 80

30 Premiss 74

31 EU-domstolen behandlet spørsmålet i sak C-76/97, *Tögel*. Saken gjaldt en tidsbestemt rammeavtale om utførelse av ambulansetjenester, inngått før Østerrike ble forpliktet av anskaffelsesreglene. Minst én av rammeavtalene kunne sies opp med tre måneders varsel, noe som ble uttrykkelig kommentert i Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Domstolen konkluderte med at det ikke forelå noen plikt til oppsigelse. Motsatt fant KOFA, i sak 2009/144 om TT-tjenester i henhold til avtale inngått før EØS-avtalens ikrafttredelse, at Oslo kommune skulle ha benyttet sin oppsigelsesadgang, og ila gebyr for ulovlig direkte anskaffelse. KOFA viste til *Tögel*-dommen, men uten å kommentere at det også der var oppsigelsesadgang, noe som svekker KOFA-avgjørelsens rettskildemessige verdi.



Kapittel 6

Konkurransereformer

6.1 Innledning

I dette kapitlet vil følgende anskaffelsesprosedyrer bli behandlet:

- Anskaffelser etter forskriftens del I
- Åpen anbudskonkurranse
- Begrenset anbudskonkurranse
- Konkurransepreget dialog
- Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring
- Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

I kapittel 6.2. gis en kort presentasjon av prosedyrene.

I kapittel 6.3. drøftes noen momenter oppdragsgiver bør vektlegge ved valg av konkurranseform.

Se kapittel 7 for en gjennomgang av vilkårene som må være oppfylt for å anvende de ulike anskaffelsesprosedyrene.

6.2 Kort presentasjon av de ulike anskaffelsesprosedyrene

6.2.1 Anskaffelser etter forskriftens del I

Det som karakteriserer anskaffelsesprosedyren etter forskriftens del I Kjøp etter forskriftens del I blir ofte omtalt som «direkte anskaffelser». Departementet mener dette begrepet kan være misvisende, ettersom det leder tanken hen på at oppdragsgiver kan gå direkte til én leverandør, uten å avholde en konkurranse. Utgangspunktet også for disse anskaffelsene er at det skal holdes en konkurranse. For å unngå misforståelser velger derfor departementet å benytte samlebegrepet «kjøp etter forskriftens del I» for disse anskaffelsene. er at det foreligger få eksplisitte krav til hvordan oppdragsgiver skal foreta en anskaffelse. Det er blant annet ikke krav om kunngjøring. Oppdragsgiver har derfor betydelig fleksibilitet med hensyn til hvordan konkurransen kan gjennomføres, men må blant annet sørge for å overholde de grunnleggende kravene til konkurranse, likebehandling, forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Se nærmere i kapittel 14.2 om hvilke regler som gjelder for disse anskaffelsene.

6.2.2 Åpen anbudskonkurranse

En åpen anbudskonkurranse er en prosedyre som tillater alle interesserte leverandører å levere tilbud. Det skjer ingen prekvalifisering¹ og leverandørene må innlevere etterspurt

¹ Prekvalifisering vil si at oppdragsgiver velger hvilke leverandører som skal kunne delta i konkurransen blant de leverandørene som anses som kvalifisert. Med andre ord er det kun de kvalifiserte leverandørene som er invitert av oppdragsgiver, som kan innlevere tilbud.

dokumentasjon på at de er kvalifisert, samtidig som de innleverer tilbudet. Oppdragsgiver må behandle alle tilbudene som kommer inn. Det er ikke tillatt å forhandle med leverandørene.

6.2.3 Begrenset anbudskonkurranse

En begrenset anbudskonkurranse er en prosedyre som bare tillater de leverandørene som er invitert av oppdragsgiver til å gi tilbud. Det foretas først en prekvalifisering, der alle interesserte leverandører kan levere inn forespørsel om å få delta i konkurransen, sammen med dokumentasjon på at de er kvalifisert. Oppdragsgiver vurderer så om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene som er oppstilt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Deretter inviterer oppdragsgiver de kvalifiserte leverandørene, eller et utvalg av disse, til å levere inn tilbud. Oppdragsgiver må minimum kunngjøre den nedre grensen for hvor mange leverandører som skal inviteres, og hovedtrekkene i utvelgesmetoden eller kriteriene som vil bli lagt til grunn for valget. Antall leverandører som plukkes ut må være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse². Det er ikke tillatt å forhandle med leverandørene.

6.2.4 Konkurransepreget dialog

Konkurransepreget dialog kan benyttes ved særlig komplekse anskaffelser der det er vanskelig for oppdragsgiver å beskrive hva som skal anskaffes. Dette kan typisk være særlig komplekse IT-kontrakter og OPS-kontrakter. Oppdragsgiver beskriver i kunngjøringen hvilket behov anskaffelsen skal dekke, og hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til leverandørene. Det gjennomføres deretter en prekvalifisering, og oppdragsgiver innleder så en dialog med de kvalifiserte leverandørene om mulige løsninger. Under dialogfasen kan alle aspekter ved kontrakten drøftes med leverandørene (inklusive pris). Når dialogfasen er over, og leverandørene har innlevert tilbud, er det imidlertid ikke tillatt å forhandle, jf. forskriftens § 20-9 annet og fjerde ledd. Jf. forskriftens § 20-9 annet og fjerde ledd.

6.2.5 Konkurrans med forhandling

Konkurranse med forhandling er valgfritt å benytte i forskriftens del II, og kan unntaksvis benyttes i del III. Anskaffelsesprosedyren gir oppdragsgiver adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider ved tilbudene, noe som ikke er tillatt ved de øvrige konkurranseformene. Etter forskriftens del II kan oppdragsgiver velge om alle interesserte leverandører får levere inn tilbud, eller om det skal foretas en utvelgelse av hvilke leverandører som skal gis mulighet til å levere tilbud (prekvalifisering). Ved anskaffelser etter forskriftens del III, må det foretas en utvelgelse av hvilke leverandører som skal få delta i konkurransen.

6.3 Hvilken konkurranseform bør oppdragsgiver velge?

Under dette punktet ser vi på hvilken konkurranseform som innkjøpsfaglig sett vil gi en mest mulig effektiv anskaffelse i det konkrete tilfellet. I kapittel 7 gjennomgås de rettslige vilkårene som må være oppfylt for å benytte de ulike konkurranseformene.

² Ved begrenset anbudskonkurranse må minimum tre leverandører inviteres etter forskriftens del II, jf. § 8-6 tredje ledd, og minimum fem leverandører etter forskriftens del III, jf. § 17-6 tredje ledd. Ved konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog må minimum tre leverandører inviteres.

Når oppdragsgiver først har valgt en konkurranseform, og kunngjort denne, vil oppdragsgiver være bundet av dette. Dersom oppdragsgiver ønsker å endre konkurranseformen, og det ikke unntaksvis er hjemmel for dette, må konkurransen avlyses før en igangsetter en ny.

Det er flere forhold som kan ha betydning ved valg av konkurranseform. Nedenfor følger noen momenter oppdragsgiver bør vurdere (listen er ikke ment å være uttømmende):

• *Hva gjelder anskaffelsen?*

Hvilken konkurranseform som bør velges vil ofte avhenge av anskaffelsens art. Valget vil for eksempel avhenge av hvorvidt anskaffelsen er en enkel standardvare, eller en kompleks ytelse eller oppgave. Visse konkurranseformer er spesielt egnet for komplekse kontrakter. Dette gjelder for eksempel konkurransepreget dialog, plan- og designkonkurranser og i visse tilfelle konkurranse med forhandling. Derimot er åpen anbudskonkurranse egnet for kontrakter der tilbudene er enkle å sammenlikne. Ved blant annet standardiserte og gjentatte innkjøp kan det være hensiktsmessig å anvende dynamisk innkjøpsordning, elektroniske auksjoner eller rammeavtaler.

• *Hvordan er det aktuelle markedet?*

Markedsforholdene i en bestemt bransje har også betydning for valg av konkurranseform. Hvis det er mange aktører i et bestemt marked, kan dette i noen tilfeller tale for å velge begrenset anbudskonkurranse, slik at oppdragsgiver kan begrense antall leverandører som skal levere tilbud. Dersom det er få leverandører i det aktuelle markedet, kan derimot åpen anbudskonkurranse sikre en bredest og mest mulig effektiv konkurranse.

Innkjøper må imidlertid alltid ta hensyn til arten av anskaffelsen. Hvis det dreier seg om en enkel kontrakt, der tilbudene lett kan sammenliknes med hverandre, kan det, uavhengig av antall aktører på markedet, være en fordel med åpen anbudskonkurranse.

• *Hvor ressurskrevende blir konkurranseformen?*

Ressurssituasjonen har stor betydning ved valget av konkurranseform. Dette er særlig relevant å vurdere ved valg mellom åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Ved åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere tilbud, mens en ved begrenset anbudskonkurranse har mulighet til å avgrense hvor mange leverandører som skal være med i konkurransen. Dette vil begrense oppdragsgivers bruk av ressurser ved for eksempel utsendelse av konkurransegrunnlag og evalueringen av tilbudene.

Det er også viktig å ta hensyn til kostnadene leverandørene har ved utarbeidelse av tilbudene, og de ulemper det har for leverandørene å være bundet av tilbudet i den tid det tar å gjennomføre anskaffelsesprosessen. Dersom utarbeidelse av tilbud vil være en omfattende prosess for leverandørene, kan også hensynet til ressursbesparelser på leverandørsiden tale for å benytte begrenset anbudskonkurranse.

Gjennomføring av konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling vil som oftest være mer ressurskrevende enn å gjennomføre en anbudskonkurranse.

• *Hvor lang tid har oppdragsgiver til rådighet før anskaffelsen må være på plass?*

Dersom markedssituasjonen tilsier at det ikke kommer inn mange tilbud, vil en åpen anbudskonkurranse kunne gjennomføres på kortere tid enn en begrenset anbudskonkurranse, ettersom sistnevnte må gjennomføres i to omganger. Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog vil også normalt være mer ressurskrevende, og ta lenger tid, enn en åpen anbudskonkurranse.

• *Er det hensiktsmessig å foreta en prekvalifisering av leverandørene?*

Å begrense antall deltakere ved prekvalifisering vil kunne være hensiktsmessig både ved omfattende og mindre omfattende anskaffelser. Det typiske anvendelsesområdet vil imidlertid være når det er kostnadskrevende for oppdragsgiver å håndtere mange tilbud, eller når man vil unngå unødvendig ressursbruk på leverandørsiden. Ved omfattende og kompliserte anskaffelser, og/eller der markedssituasjonen tilsier at det vil kunne komme inn veldig mange tilbud, kan det derfor være hensiktsmessig å foreta en prekvalifisering ved å benytte begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog.

Dersom oppdragsgiver må gi opplysninger som krever sikkerhetsklareringer mv. vil det være hensiktsmessig å gjennomføre en prekvalifisering.

• *Blir konkurransen mest effektiv med eller uten forhandlinger?*

Forhandlinger kan kun benyttes ved konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog. Ved forhandlinger kan anskaffelsen tilpasses oppdragsgivers behov gjennom anskaffelsesprosessen. Det vil imidlertid som oftest være mer ressurskrevende å gjennomføre forhandlinger enn en anbudskonkurranse. Dersom oppdragsgiver ikke har grundig markedskunnskap eller forhandlingskompetanse, vil en profesjonell leverandør kunne få et fortrinn i forhandlingene. Lovens formål om effektive anskaffelser tilsier derfor at oppdragsgiver kun benytter denne konkurranseformen der det eksisterer et reelt behov for å forhandle.



Kapittel 7

Når kan de ulike anskaffelsesprosedyrene benyttes?

7.1 Oversikt over når en kan benytte de ulike anskaffelsesprosedyrene

Nedenfor følger en oversikt over når en kan benytte anskaffelsesprosedyrene i forskriftens del I, II og III, se forskriftens § 2-1.

Forskriftens del I

Ved anskaffelser:

1. under 500 000 kr, og
2. mellom 500 000 kr og EØS- terskelverdiene, dersom vilkårene i § 2-1 annet ledd er oppfylt, og
3. uprioriterte tjenester (uavhengig av verdi), dersom vilkårene i § 2-1 annet ledd er oppfylt,

kan oppdragsgiver velge mellom følgende prosedyrer:

- Fremgangsmåten etter forskriftens del I
- Åpen anbudskonkurranse
- Begrenset anbudskonkurranse
- Konkurranse med forhandling

Forskriftens del II

For anskaffelser under EØS-terskelverdiene og uprioriterte tjenester (uavhengig av verdi) kan oppdragsgiver velge mellom:

- Åpen anbudskonkurranse
- Begrenset anbudskonkurranse
- Konkurranse med forhandling

Forskriftens del III

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene kan oppdragsgiver velge mellom:

- Åpen anbudskonkurranse
- Begrenset anbudskonkurranse
- Konkurransepreget dialog dersom vilkårene i § 14-2 er oppfylt
- Konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring dersom vilkårene i § 14-3 er oppfylt
- Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom vilkårene i § 14-4 er oppfylt.

7.2 Anskaffelser under 500 000 kr

Anskaffelser under 500 000 kr eksklusive merverdiavgift kan følge forskriftens del I. Selv om anskaffelsen kan følge forskriftens del I, står oppdragsgiver fritt til å velge å følge forskriftens del II eller III. Dersom oppdragsgiver først har kunngjort at anskaffelsen vil bli gjennomført etter del II eller III, kan han ikke senere velge å følge kravene i del I. Oppdragsgiver må sørge for å gjøre det klart gjennom kunngjøring og konkurransegrunnlag hvilken konkurranseform som er valgt.

Kjøp etter forskriftens del I blir ofte omtalt som "direkte anskaffelser". Departementet mener dette begrepet kan være misvisende, fordi det leder tanken hen på at oppdragsgiver kan gå direkte til én leverandør, uten å avholde en konkurranse. Utgangspunktet er imidlertid at det skal være en reell konkurranse forut for anskaffelsen. For å unngå misforståelser velger derfor departementet å benytte samlebegrepet "kjøp etter forskriftens del I" for disse anskaffelsene. Se nærmere om hvordan kjøp etter forskriftens del I skal gjennomføres i kapittel 14.2.

7.3 Anskaffelser under EØS-terskelverdi og uprioriterte tjenester

7.3.1 Hovedregel: Anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling

Anskaffelser mellom 500 000 kr og EØS terskelverdiene og uprioriterte tjenester uavhengig av verdi, skal som hovedregel følge prosedyrene i forskriftens del II. Oppdragsgiver kan da velge mellom åpen eller begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 5-1. Bakgrunnen for å likestille konkurranseformene er at det antas å være i samsvar med lovens formål om effektive anskaffelser å gi oppdragsgiver større fleksibilitet.

Selv om oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt i valg av konkurranseform, tilsier lovens formål at oppdragsgiver bør velge den konkurranseformen som antas å gi den mest effektive anskaffelsen. Se veilederens kapittel 6.3 som angir momenter oppdragsgiver bør vurdere ved valg av konkurranseform.

7.3.2 Unntak: Kjøp etter forskriftens del I

I visse unntakstilfeller har oppdragsgiver adgang til å kjøpe inn etter forskriftens del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav a til f og tredje ledd. Bestemmelsene er et unntak fra hovedregelen om at prosedyrene i del II skal følges. Nedenfor følger noen kommentarer til unntakene.

Kun én leverandør i markedet

Dersom anskaffelsen kun kan foretas hos én leverandør i markedet, kan oppdragsgiver foreta anskaffelsen etter forskriftens del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav a. Dette er i samsvar med regelverkets formål om effektive anskaffelser, da det i slike tilfeller vil være bortkastet bruk av tid og ressurser å avholde en konkurranse.

Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver er av den formening at kun én leverandør kan oppfylle dens behov, eller at de kun vet om én leverandør fordi de mangler kunnskap om markedet.

Det må foreligge objektive årsaker til at kun én leverandør kan oppfylle ytelsen. Det kan for eksempel tenkes at kun én leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det kun er én leverandør som produserer produktet. Ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling skal det svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke vil kunne levere den aktuelle ytelsen.

Kunstneriske grunner kan også begrunne at det kun finnes én leverandør, for eksempel ved kjøp av kunst og utsmykking. Kjøp av kunst kan enten gjelde kjøp av et ferdig produkt, for eksempel et maleri, eller et arbeid som en kunstner skal utføre, for eksempel utsmykning av en bygning. Bakgrunnen er at valg av slike ytelser som oftest vil basere seg på oppdragsgivers subjektive oppfatning, mer enn hva som er det mest økonomisk fordelaktige. Oppdragsgiverens subjektive oppfatning av kunst vil derfor kunne veie tungt.

Dersom én leverandør har enerett på ytelsen, og ytelsen derfor kun kan leveres av denne, vil vilkåret være oppfylt. Med enerett siktes det typisk til immaterielle rettigheter som patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse mv. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, siden det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen.

Det må være klart at kun én leverandør kan oppfylle anskaffelsen på det tidspunktet oppdragsgiver skal tildele kontrakten. Dersom det kun er én leverandør som innehar nødvendig konsesjon for å levere den etterspurte ytelsen, vil det ikke være tilstrekkelig til å oppfylle kravet, dersom andre leverandører kan få konsesjon før kontrakt tildeles.

Det er ikke tilstrekkelig å bevise at én leverandør kan levere ytelsen mer effektivt enn andre, det må bevises at det kun er én leverandør som kan produsere det som er etterspurt.

Det er ikke avklart i hvilket marked oppdragsgiver må undersøke for å kunne konstatere at det kun foreligger én leverandør. Hensynet til konkurranse og likebehandling tilsier imidlertid at det ikke er tilstrekkelig å undersøke det lokale markedet, for eksempel i en by eller kommune. Ettersom dette gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi, vil det som et utgangspunkt være tilstrekkelig å godtgjøre at det kun er én leverandør i det norske markedet. Oppdragsgiver må imidlertid foreta en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, da markedet vil kunne variere med anskaffelsens art og verdi. Kravene til forholdsmessighet, konkurranse, og ikke-diskriminering kan tale for at oppdragsgiver i visse tilfeller også må undersøke markedet i EØS-området for å godtgjøre at vilkåret er oppfylt.

Tillatt:

En kjent internasjonal kunstner har laget et maleri med motiv hentet fra en kommune i Nord-Norge. Kommunen ønsker å kjøpe maleriet for å ha det i det nye rådhuset, både fordi de synes bildet er vakkert, og fordi det har god markedsføringsverdi for kommunen. Kommunens subjektive oppfatning av hva slags kunst som vil egne seg til rådhuset, vil i slike tilfeller veie tungt, og taler i dette tilfellet for at de kan kjøpe bildet direkte fra galleriet som har bildet utstilt.

Ikke tillatt:

Et direktorat skal anskaffe nye kaffemaskiner. Innkjøpsansvarlig Per leser flere brukerrapporter, som konkluderer med at maskin Maskin X lager "den beste kaffen og krever minst vedlikehold". Det er kun én leverandør som selger denne maskinen, Maskin AS. Per kan imidlertid ikke kjøpe kaffemaskinene direkte fra denne leverandøren, ettersom flere leverandører kan tilby liknende kaffemaskiner. Per kan heller ikke utforme konkurransegrunnlaget slik at kun Maskin AS kan få kontrakten, for eksempel ved å utforme de tekniske spesifikasjonene slik at kun denne leverandøren kan oppfylle vilkårene. Se nærmere i kapittel 9.5 om hvilke tekniske spesifikasjoner oppdragsgiver kan benytte.

KOFA sak 2004/45:

Anskaffelsen gjaldt kjøp av IT-opplæring, og oppdragsgiver tok direkte kontakt med én leverandør. Det var ikke tilstrekkelig å henvise til at den valgte leverandøren hadde utviklet et relevant produkt. Oppdragsgiver kunne ikke godtgjøre at det ikke fantes andre leverandører som hadde eller ville kunne utvikle liknende produkter som ville dekke oppdragsgivers behov like godt. Klagenemnda kom til at det forelå brudd på bestemmelsen.

Usedvanlig fordelaktig tilbud

Dersom det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud som gjør det mulig å anskaffe noe vesentlig under normal markedspris, og det ikke er tid til å gjennomføre en anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling i det tidsrommet tilbudet foreligger, kan anskaffelsen foretas etter del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav b. Et usedvanlig fordelaktig tilbud kan for eksempel foreligge i forbindelse med at en virksomhet går konkurs eller innstiller sin virksomhet.

Formålet med bestemmelsen er å gi oppdragsgiver adgang til å benytte seg av kortvarige tilbud som ligger vesentlig under markedspris.

For å vurdere om det foreligger et usedvanlig fordelaktig tilbud er det de normale markedsprisene for tilsvarende ytelser som skal legges til grunn.

Tilbudet må dessuten gjelde i et begrenset tidsrom, som må være kortere enn det tar å gjennomføre en ordinær anskaffelsesprosedyre. Det nevnes i denne forbindelse at konkurranse etter del II vil kunne gjennomføres relativt raskt, siden det ikke gjelder noen minimumsfrister, jf. veilederens kapittel 11.

Ikke kan utsettes grunnet uforutsette omstendigheter

Dersom en anskaffelse ikke kan utsettes på grunn av uforutsette omstendigheter i den tid det tar å gjennomføre konkurransen, kan anskaffelsen foretas etter forskriftens del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav c.

For at bestemmelsen skal kunne brukes må det foreligge uforutsette omstendigheter, det vil si forhold oppdragsgiver ikke har herredømme over. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom det på grunn av såkalte force majeure liknende forhold, som jordskjelv, oversvømmelser, brann eller lignende er nødvendig å foreta en anskaffelse for å skaffe livsnødvendige varer, som for eksempel medisiner, matforsyning eller lignende. Oppbyggingsarbeid etter en naturkatastrofe, som det ikke er nødvendig å starte med før etter en vanlig anskaffelsesprosedyre, omfattes ikke av unntaksbestemmelsen. Med andre ord kan det tenkes tilfeller der deler av et prosjekt kan gjennomføres etter unntaksbestemmelsen (medisiner, mat) mens andre deler (oppbyggingsarbeid) må følge de ordinære prosedyrene.

Andre uforutsette omstendigheter enn force majeure liknende forhold kan også oppfylle vilkåret om uforutsette omstendigheter. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom oppdragsgivers leverandør uventet går konkurs eller leverandørens ansatte streiker, og anskaffelsen ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse. Det vil imidlertid ikke være tilstrekkelig grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen at det foreligger sterkt politisk press om rask gjennomføring av et prosjekt.

Det må foretas en konkret vurdering av om anskaffelsen objektivt sett ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse. Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre at det å anvende de ordinære fristene i forskriftens del II vil få alvorlige konsekvenser. Et eksempel er at det er fare for liv eller helse, eller ødeleggelse av eiendom. Det er ikke tilstrekkelig grunn for å benytte bestemmelsen at anskaffelsen vil bli dyrere, eller mer ineffektiv, ved en konkurranse etter forskriftens del II. Det nevnes i denne forbindelse at konkurranse etter del II vil kunne gjennomføres relativt raskt siden det ikke gjelder noen minimumsfrister, se veilederens kapittel 11.

Det er et krav om årsakssammenheng mellom de uforutsette omstendighetene og behovet for anskaffelsen. Med andre ord må årsaken til at fristene i del II¹⁰⁰ ikke kan overholdes skyldes de særlige omstendighetene. Dersom årsaken til at det haster er at oppdragsgiver burde planlagt sine anskaffelser bedre, kan bestemmelsen ikke benyttes. Oppdragsgiver kan miste retten til å anvende unntaksbestemmelsen dersom det går for

lang tid før en foretar anskaffelser begrunnet i disse uforutsette omstendighetene. I slike tilfeller ville oppdragsgiver hatt tid til å gjennomføre en hasteprosedyre.

Det avgjørende for vurderingen er hva en normalt påpasselig oppdragsgiver etter en objektiv vurdering burde ha forutsett.

De grunnleggende prinsippene, særlig forholdsmessighetsprinsippet ¹⁰¹, taler for at bestemmelsen kun kan benyttes til å inngå kontrakter av kortere varighet. Unntaksbestemmelsen bør ikke brukes til å inngå kontrakter av lenger varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. For kontrakter av lenger varighet bør oppdragsgiver, innen rimelig tid, avholde en konkurranse i henhold til de alminnelige reglene i forskriften.

KOFA sak 2003/163:

I denne saken var oppdragsgivers begrunnelse for å sette en kort tilbudsfrist behovet for å rekke Husbankens søknadsfristen om tilskudd. Klagenemnda mente vilkårene for å benytte bestemmelsen ikke var oppfylt, da årsaken til at det hastet skyldes oppdragsgivers mangelfulle planlegging av prosjektet.

Nødvendig med tilleggsytelser fra samme leverandør grunnet uforutsette omstendigheter

I visse tilfeller kan oppdragsgiver benytte en tidligere leverandør for å få nødvendige tilleggsytelser, som ikke er omfattet av den opprinnelige kontrakten, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav d. For at bestemmelsen skal kunne anvendes må det for det første foreligge uforutsette omstendigheter, det vil si forhold oppdragsgiver ikke har herredømme over. Det avgjørende for vurderingen er hva en normalt påpasselig oppdragsgiver etter en objektiv vurdering burde ha forutsett.

Anskaffelsen må videre gjelde en tilleggsytelse til en tidligere kontrakt. Den aktuelle ytelsen som skal anskaffes må ha en naturlig sammenheng med den opprinnelige hovedytelsen. Hvorvidt det er å anse som en tilleggsytelse, eller en ny anskaffelse, må avgjøres konkret. Dersom ytelsen er nødvendig for å oppfylle funksjonen til den opprinnelige anskaffelsen, kan dette være et moment som taler for å anse det som en tilleggsytelse.

Tilleggsytelsen må videre være nødvendig for fullføring av den opprinnelige kontrakten. Dersom det for eksempel vedtas nye offentligrettslige krav som stiller andre krav til arbeidet enn forutsatt, vil tilleggsytelsen være nødvendig for å fullføre kontrakten.

Anskaffelsen må foretas av samme leverandør som leverte hovedytelsen. I utgangspunktet betyr dette at anskaffelsen må foretas av samme rettssubjekt som leverte hovedytelsen. Dersom leverandøren for eksempel har gått konkurs, kan bestemmelsen ikke anvendes. Dersom leverandørens virksomhet overtas av en annen virksomhet, mener

departementet at bestemmelsen kan tolkes utvidende slik at oppdragsgiver kan inngå kontrakt med den overtakende leverandøren.

Mislykket forutgående konkurranse

Dersom det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, kan oppdragsgiver gjennomføre kjøpet etter forskriftens del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav e. Anskaffelsen har i slike tilfeller allerede vært kunngjort, og normalt vil ikke en ny utlysning føre til et annet resultat. Unntaksbestemmelsen gir derfor oppdragsgiver en siste mulighet til å finne en leverandør. Det foreligger imidlertid også i slike tilfeller et krav om konkurranse, se kapittel 5.1.3. Oppdragsgiver må derfor kontakte flere leverandører.

Dersom oppdragsgiver i den forutgående konkurransen ikke mottok noen tilbud i det hele tatt, vil vilkåret i unntaksbestemmelsen være oppfylt.

Dersom tilbudene oppdragsgiver mottok er fullstendig uegnet til å oppfylle oppdragsgivers behov slik det er beskrevet i konkurransegrunnlaget og kunngjøringen, vil fremgangsmåten i del I kunne benyttes. Det må foretas en objektiv vurdering av om tilbudene oppfyller de krav oppdragsgiver har stilt. Et tilbud vil for eksempel være uegnet dersom oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget ber om tilbud på fargeskrivere, men får tilbud om sort/hvit-skrivere.

En kan ikke benytte unntaksbestemmelsen dersom oppdragsgiver ombestemmer seg med hensyn til hva som skal anskaffes, eller årsaken til at konkurransen ble mislykket var at konkurransegrunnlaget var misvisende eller upresist. I slike tilfeller må oppdragsgiver avlyse konkurransen og igangsette en ny ordinær konkurranse.

Anskaffelse fra børs, råvarebørs eller lignende

Ved anskaffelse av varer eller tjenester på børs, råvarebørs eller liknede marked, kan anskaffelsen følge forskriftens del I, jf. forskriftens § 2-1 annet punktum bokstav f. Etablerte markedsplasser sikrer at prisen på varer eller tjenester tilsvarer det markedet til en hver tid er interessert i å selge og betale for ytelsen. Det vil derfor være unødvendig å gjennomføre en konkurranse etter anskaffelsesregelverket dersom anskaffelsen skjer fra børs, råvarebørs eller liknende.

Typiske varer som omsettes på slike veletablerte markedsplasser er kaffe, te, korn, metall og strøm.

Anskaffelse av meglertjenester for å kjøpe på slike børser omfattes ikke av unntaket, og må derfor følge de alminnelige prosedyrene i forskriftens del II.

7.3.3 Kjøp av helse- og sosialtjenester fra en ideell organisasjon

Innledning

Kjøp av helse- og sosialtjenester skal normalt følge forskriftens del I og II. Dersom slike tjenester kjøpes fra ideelle organisasjoner, kan imidlertid oppdragsgiverne i stedet følge

kun del I, jf. forskriftens § 2-1 (3). Bakgrunnen for unntaksbestemmelsen er at man med kravet til åpen konkurranse risikerer at man ikke i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til et ønsket samfunnsmessig engasjement og samarbeid med ideelle organisasjoner. Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI) har laget en veileder for anskaffelser av helse- og sosialtjenester.¹

Unntaksbestemmelsen er begrenset til «helse- og sosialtjenester» slik disse er definert i vedlegg 6 kategori 25 til forskriften.² Her listes det opp et stort antall tjenester som i sum må anses å dekke det aller meste av det vi etter norske forhold naturlig regner som helse- og sosialtjenester. Kontrakter om utførelse av andre typer tjenester enn helse- og sosialtjenester kan ikke begrenses til ideelle organisasjoner. Typiske tjenester innen helse- og sosialsektoren der ideelle organisasjoner har en sentral rolle, er rehabiliterings-tjenester, rusbehandling, psykisk helsevern og barneverntjenester. Unntaket innebærer at det i utgangspunktet er tilstrekkelig at oppdragsgiver følger de grunnleggende kravene som stilles til alle anskaffelser, se kapittel 5, samt de få øvrige formalkrav som stilles i del I (protokollplikt, HMS- og skatteattest). Dette innebærer at det i utgangspunktet ikke er anledning til å forhandle kun med en leverandør og så inngå kontrakt med denne. Det må "så langt mulig" gjennomføres en konkurranse, men denne konkurransen reserveres altså for ideelle organisasjoner.³ Når det gjelder kravet til konkurranse ved kjøp som overstiger EØS-terskelverdi, følger det av en fortolkningsuttalelse fra Kommisjonen at oppdragsgiver ikke kun kan plukke ut enkelte leverandører, men må sørge for en bredere offentliggjøring. Prosedyrekravene for anskaffelser etter del I er nærmere omtalt i kapittel 14.2.

Dersom anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdien, gjelder også forskriftens § 17-3 (krav til ytelsen og tekniske spesifikasjoner) og § 18-4 (kunngjøring av konkurranseresultater).

Hvilke organisasjoner regnes som ideelle i forskriftens forstand?

Begrepet ideelle organisasjoner er ikke definert i forskriften. Virkeområdet for bestemmelsen må derfor utledes gjennom tolkning. Dette kan delvis søkes i forhistorien til at unntaket ble tatt inn i forskriften. Offentlig sektor har tradisjonelt hatt et tett samarbeid med organisasjoner hvor frivillig arbeid og veldedighetsarbeid er karakteristisk for virksomheten. Røde Kors, Frelsesarmeen og Kirkens Bymisjon har ofte vært trukket frem som eksempler på slike virksomheter. Virksomhetene skiller seg fra kommersielle virksomheter ved at de ikke har profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper uten at mottager yter et fullt ut regningsvarende vederlag. Departementet gjør oppmerksom på at det er en fare for omgåelse av regelverket dersom man kun vurderer muligheten for å ta ut utbytte fra virksomheten når man vurderer virksomhetens karakter. Overskudd kan også tas ut på andre måter, for eksempel gjennom ekstraordinære transaksjoner i form av internprising, konsernbidrag, utvidelse av egenkapital, lønninger, med mer. Det kan derfor være nødvendig å se hen til slike momenter når virksomhetens

¹ <http://anskaffelser.no/filearchive/hs-veileder-difi-2013-2.pdf>

² Se også KOFA 2012/236 der KOFA aksepterte at en konkurranse om ambulansetjenester ble begrenset til ideelle organisasjoner.

³ Se bl.a. KOFA-sak 2005/180.

karakter vurderes. De virksomheter som er dekket av unntaksbestemmelsen, vil som hovedregel falle inn under skatteregler som har fritak eller betydelig lempet skattebyrde for slike aktiviteter. Det bemerkes imidlertid at begrepet «ideelle organisasjoner» ikke er særskilt samordnet med skatte- og avgiftsregler for frivillige og allmenntilgittige organisasjoner, men at bakgrunnen for lempninger innen skattereglene for denne typen virksomheter ofte kan gjenspeiles for målgruppen for unntaksbestemmelsen.

Et annet karaktertrekk ved ideelle organisasjoner, er at de ofte er organisert som stiftelser. En stiftelse er selveiende og opprettes gjerne for å sikre ivaretagelse av et formål som ikke er knyttet til maksimering av overskudd. Den restriktive omgjøringsadgangen for vedtekter og formål som ligger i stiftelseslovgivningen, innebærer at det kan knyttes stor troverdighet til at et sosialt hovedformål er reelt. Risikoen for omgørelser og endringer av forutsetningene er liten.

Det er imidlertid ikke et absolutt vilkår at en ideell organisasjon er organisert som en stiftelse. En del ideelle organisasjoner er også organisert som foreninger. Departementet vil heller ikke utelukke at andre organisasjonsformer, som for eksempel aksjeselskap, også kan karakteriseres som ideelle organisasjoner. I denne sammenheng vil også vedtekter for organisasjonen bidra til å identifisere hvilket formål organisasjonen er stiftet for. En formålbestemmelse kan imidlertid ikke være avgjørende, da mange organisasjoner har tatt inn humanistiske visjoner uten at dette er det sentrale formålet med virksomheten. Det typiske for omfattede virksomheter er likevel at hele organisasjonen, uten økonomiske motiv, arbeider for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller bestemte utsatte grupper og at dette er det sentrale i organisasjonens formålbestemmelse. Det vises også til NOU 2006:15 Frivillighetsregister, der en arbeidsgruppe kom til at visse aksjeselskaper bør kunne registrere seg i det påtenkte frivillighetsregisteret. I sin begrunnelse skriver de følgende: «Det skyldes at en del frivillig virksomhet organisert som foreninger og stiftelser driver deler av sine aktiviteter gjennom aksjeselskaper, som for eksempel kan organisere sykehjem (...). Poenget med en slik organisering vil ofte være at den skal (bidra til å) finansiere eller realisere den frivillige virksomheten. Det er vanskelig å finne gode argumenter mot at slike selskaper – der det ikke skjer noen utdeling til private eiere i ordinær form, men hvor utdelte midler pløyes videre inn i frivillig virksomhet og brukes til å fremme ideelle formål – skal kunne registreres i frivillighetsregisteret.» Disse momentene vil også ha betydning ved en vurdering av om et aksjeselskap kan være omfattet av unntaksbestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser.

Vurderinger av om en utenlandsk virksomhet faller innenfor unntaket for ideelle organisasjoner, vil basere seg på de samme momentene som for norske virksomheter.

Særtrekk ved ideelle organisasjoner:

Følgende vilkår må være oppfylt:

- Virksomheten har ikke profitt som formål, eventuelt at overskudd utelukkende benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten eller spesielle grupper.
- Hele organisasjonen, uten økonomisk motiv, arbeider for å avhjelpe sosiale behov i samfunnet eller bestemte utsatte grupper.

Følgende momenter kan være relevant i en helhetsvurdering:

- Virksomhetens organisasjonsform.
- Hvorvidt virksomheten faller inn under skatteregler som har fritak eller betydelig lempet skattebyrde for slike aktiviteter.

Ideelle organisasjoner som offentligrettslige organer

En del virksomheter som anses for å være ideelle organisasjoner etter unntaksbestemelsen, kan etter omstendighetene selv være omfattet av regelverket når de foretar sine anskaffelser, jf. begrepet offentligrettslig organ i § 1-2 annet ledd, se kapittel 2.1. Det kan for eksempel være aktuelt dersom det offentlige dekker størstedelen av virksomhetens finansiering, se brev fra departementet til Bergen kommune av 25. juni 2006 om tolkningen av finansieringsvilkåret i § 1-2 (2) i forhold til ideelle organisasjoner.⁴ Vederlag som en virksomhet mottar for leverte ytelser i et kontraktsforhold, kan i utgangspunktet ikke anses å oppfylle finansieringsvilkåret. At en institusjon har en offentlig oppdragsgiver som sin største kunde, slik at hoveddelen av virksomhetens omsetning kommer fra denne, er med andre ord ikke i seg selv tilstrekkelig for å oppfylle finansieringsvilkåret. Unntak kan imidlertid tenkes i særlig tilfeller der det offentlige gjennom å være virksomhetens hovedkunde har stor innflytelse på institusjonens virksomhet og drift.

Særlig om ideelle organisasjoner som mottar offentlig støtte til frivillig virksomhet

Dersom organisasjoner som mottar offentlig støtte til tiltak innen frivillig sektor, også deltar i og vinner konkurranser etter anskaffelsesregelverket, er det ekstra viktig å sikre seg mot kryssubsidiering. Dette gjelder uavhengig av om konkurransen begrenses til ideelle organisasjoner eller ikke. Det kreves et regnskapsmessig skille mellom den frivillige virksomheten som mottar offentlig støtte og den virksomhet som drives på kontrakt etter anskaffelsesreglene, slik at alle reelle kostnader for virksomheten for å tilby produktet på markedet fremgår. Også et organisatorisk skille kan være nødvendig, det vil si at de forretningsmessige aktivitetene skilles ut i et eget selskap.⁵

4 http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0001/ddd/pdfv/288686-fortolkningsuttalelse_off_anskaffelser_bergenkomm.pdf

5 Departementets veileder til EØS-avtalens regler om offentlig støtte kapittel 4 inneholder eksempler på kryssubsidiering og redegjør for hvordan dette kan unngås.

7.4 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

7.4.1 Hovedregel: Anbudskonkurranse

Hovedregelen ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene er i henhold til forskriftens del III at det skal benyttes åpen eller begrenset anbudskonkurranse, jf. forskriftens § 14-1 første ledd. Konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog kan kun benyttes i visse unntakstilfeller. Årsaken til dette er at anbudskonkurranser anses å være den konkurranseformen som best ivaretar de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet, forutberegnlighet og etterprøvbarehet.

Det foreligger en særregel for oppdragsgivere som utøver aktivitet som hører inn i forsyningssektoren. Disse kan velge å benytte konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring, uten at vilkårene i § 14-3 er oppfylt, jf. forskriftens § 2-1 åttende ledd.

7.4.2 Unntak: Konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog

Det er unntaksvis anledning til å benytte konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog. Disse unntakene vil bli kommentert nærmere i kapittel 7.4.3 til 7.4.5.

7.4.3 Konkurransepreget dialog

Bakgrunn

Oppdragsgivere som skal gjennomføre særlig komplekse prosjekter eller anskaffelser, kan befinne seg i en situasjon der de objektivt sett ikke er i stand til å fastsette hvilke krav som må være oppfylt for å dekke deres behov, eller vite hva markedet kan tilby av tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger. For at oppdragsgiver skal få kunnskap om hvilke løsninger som finnes på markedet, vil det derfor være en fordel å kunne føre en dialog med leverandørene på et tidlig stadium i anskaffelsen. Prosedyren konkurransepreget dialog er utformet for å ivareta dette behovet.

Særlig komplekse kontrakter

Hovedvilkåret som må være oppfylt for å bruke konkurransepreget dialog er at det gjelder tildeling av en særlig kompleks kontrakt. Forskriften definerer i hvilke tilfeller en kontrakt anses som særlig kompleks. Det første alternativet er når oppdragsgiver objektivt sett ikke er i stand til å presisere de tekniske vilkårene som vil oppfylle oppdragsgivers behov og formålet med anskaffelsen, jf. § 14-2 tredje ledd. Det andre alternativet er der oppdragsgiver objektivt sett ikke er i stand til å presisere de rettslige og/eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt. .

Det fremgår av [Kommisjonens veiledningsnotat til konkurransepreget dialog](#)⁶ at disse vilkårene må tolkes i lys av fortalen til direktivet, premiss 31. Oppdragsgivere kan uten egen skyld befinne seg i en situasjon der de finner det objektivt sett umulig å fastsette hvilke vilkår som må være oppfylt for å dekke deres behov, eller vite hva markedet kan tilby av tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger.

⁶ CC/2005/04

For å vurdere om vilkårene er oppfylt må oppdragsgiver objektivt sett ikke være i stand til å beskrive ytelsen på forhånd. I henhold til kommisjonens notat vil dette avhenge av det konkrete markedet, men en må også ta hensyn til den enkelte oppdragsgivers kapasitet. Kommisjonen fremhever at oppdragsgiver har en plikt til å prøve, etter beste evne, å presisere de tekniske vilkårene mv., og dersom de er i stand til dette vil vilkåret om å benytte konkurransepreget dialog ikke være oppfylt.

Det vil ikke være tilstrekkelig at en konkret oppdragsgiver synes det er vanskelig å gjennomføre en anbudskonkurranse, for eksempel fordi de har begrenset innkjøpserfaring. Et moment i den konkrete vurderingen vil være om oppdragsgiver har mulighet til å skaffe seg profesjonell hjelp ved utarbeidelsen av spesifikasjonene og vilkårene for anskaffelsen.

Teknisk kompleksitet

Teknisk kompleksitet som kan begrunne bruk av konkurransepreget dialog kan oppstå i to tilfeller:

- Oppdragsgiver er ikke i stand til å definere teknikken som skal til for å oppfylle deres behov. Dette vil relativt sjelden være tilfelle, ettersom oppdragsgivere for eksempel kan beskrive de tekniske spesifikasjonene helt eller delvis som funksjonalitetskrav.
- Oppdragsgiver klarer ikke å bestemme hvilke av flere mulige løsninger som vil være det beste for å dekke deres behov.

Tillatt:

Det skal bygges en veiforbindelse mellom fastlandet og en øy på Vestlandet. Oppdragsgiver vet ikke om den beste løsningen er å bygge bro eller tunnel, selv om oppdragsgiver vil være i stand til å skrive spesifikasjonene for en bro eller en tunnel. I et slikt tilfelle vil konkurransepreget dialog kunne benyttes.

KOFA-sak 2008/98

Den aktuelle anskaffelsen dreide seg om et nytt elektronisk medlemsregister for Den norske kirken. Registeret skulle registrere om lag 4 millioner medlemmer, og ha en rekke ulike funksjoner, deriblant være knyttet opp mot flere andre registre. Registeret skulle også tilfredsstillere nærmere spesifiserte sikkerhetskrav. Målet var at det nye registeret skulle bli mer funksjonelt enn det eksisterende. KOFA mente at vilkårene for bruk av konkurransepreget dialog var oppfylt.

Juridisk eller finansiell kompleksitet

Juridisk eller finansiell kompleksitet som kan begrunne bruk av konkurransepreget dialog, vil for eksempel kunne inntreffe ved særlig komplekse IT-kontrakter eller OPS-kontrakter. Merk at ikke alle IT-kontrakter eller OPS-kontrakter vil være komplekse nok til å oppfylle vilkåret.

Tillatt:

En kommune ønsker å få oppført en skole og vil at leverandøren skal stå for byggingen, og driften av skolen i 20 år, herunder alt vedlikehold, kantinedrift mv. Slike avtaler vil ofte ha spesielt komplekse finansielle og juridiske vilkår, og vil kunne oppfylle vilkåret.

7.4.4 Konkurrans med forhandlinger etter forutgående kunngjøring

Generelt om unntakshjemmel i § 14-3

EF-domstolen har flere ganger understreket at de tilsvarende bestemmelsene i EU-direktivene er utømmende unntaksregler som må fortolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.

Dersom vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling i § 14-3 er oppfylt, må konkurransen kunngjøres.¹⁰⁴ De øvrige reglene i anskaffelsesregelverket gjelder så langt de passer. Det nevnes blant annet at reglene om minimumsfrister vil gjelde i disse tilfellene, se kapittel 11.

Ukorrekte eller uakseptable tilbud

Dersom det har vært avholdt en anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog, og tilbudene som kom inn var ukorrekte eller uakseptable, kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-3 bokstav a. Det er et krav at samtlige tilbud er ukorrekte eller uakseptable. Det kreves imidlertid ikke at tilbudene er ukorrekte eller uakseptable av samme grunn.

Et tilbud anses som ukorrekt dersom det har formelle feil eller mangler. Formkrav kan enten følge av regelverket for offentlige anskaffelser, eller fra kunngjøring og/eller konkurransegrunnlaget. Eksempler på ukorrekte tilbud kan være der tilbudet ikke er innlevert innen tilbudsfristens utløp, eller der tilbudet inneholder vesentlige forbehold.

Et tilbud anses som uakseptabelt dersom det ikke oppfyller de kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier som er oppstilt i anskaffelsesregelverket, kunngjøringen og/eller konkurransegrunnlaget. Eksempler på ukorrekte eller uakseptable tilbud kan være der det ikke er fremlagt skatteattest, eller der tilbudet ikke oppfyller de krav som er stilt til ytelsen kravspesifikasjonen.

Det er en flytende overgang mellom hva som anses som et "ukorrekt" og "uakseptabelt" tilbud. Hvilken kategori en skal benytte i tvilstilfeller har imidlertid kun teoretisk interesse, da konsekvensen blir den samme, nemlig at oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring.

Ved vurderingen av om tilbudene er ukorrekte eller uakseptable, må det legges en objektiv vurdering til grunn. Dersom oppdragsgivers behov har endret seg, eller årsaken

til at konkurransen er mislykket er at oppdragsgiver har utarbeidet et upresist konkurransegrunnlag, kan bestemmelsen ikke benyttes. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver har hatt urealistiske forventninger til hva markedet kan tilby, og anskaffelsen er underbudsjettet. Oppdragsgiver kan i slike tilfeller avlyse konkurransen,¹⁰⁵ og eventuelt gjennomføre en ny anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog.

Det er ikke adgang for oppdragsgiver å gjøre vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene. Vilkårene som var fastsatt i det opprinnelige konkurransegrunnlaget, kunngjøringen mv., blir således avgjørende for hva oppdragsgiver kan forhandle om. Det må foretas en konkret vurdering med hensyn til hva som skal anses som vesentlige endringer. Det kan her trekkes en analogi til rettspraksis knyttet til vesentlig endring av kontrakt, herunder C-454/06 *Presstext*. En endring av opprinnelige kontraktskrav kan anses som vesentlig dersom et av de opprinnelige tilbudene kunne blitt betraktet som korrekt og akseptabelt dersom det hadde blitt vurdert opp mot de endrede kravene, eller dersom det er grunn til å tro at andre leverandører hadde ønsket å være med i konkurransen gitt de endrede kravene.⁷ I slike tilfeller står en ovenfor en ny anskaffelse som må følge hovedregelen om anbudskonkurranse (dersom ikke vilkår for å anvende konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog er oppfylt).

Kommisjonen mot Hellas, C-250/07

Alle tilbudte løsninger var i strid med miljøkravene i de tekniske spesifikasjonene og kunne ikke lovlig tas i bruk. EU-domstolen kom derfor til at tilbudene var uakseptable. Domstolene kom også til at det ikke forelå noen vesentlig endringer i de opprinnelige kontraktskravene ved gjennomføring av konkurransen med forhandling. Tilbyderne måtte forplikte seg til å overholde de opprinnelige miljøkravene. Det ble også tillatt visse rettelsener i forhold til de øvrige spesifikasjonene, men tilbyderne måtte selv dekke kostnadene ved disse rettelsene.

Anskaffelsens art eller tilknyttet risiko tillater ikke samlet prisfastsettelse på forhånd

I særlige tilfeller der anskaffelsens art eller tilknyttet risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse, kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-3 bokstav b.

Bestemmelsen gjelder for både vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter.

For visse kontrakter vil det være vanskelig for oppdragsgiver å anslå hva anskaffelsen vil koste, og for leverandører å gi et tilbud med bindende priser uten å ta så mange forbehold at det blir umulig å sammenlikne tilbudene. Dette vil for eksempel gjelde særlig komplekse entreprisekontrakter, der det er mange risikoelementer en må ta høyde for. Videre vil særlig komplekse OPS-kontrakter også kunne omfattes, siden disse kan ha kompliserte tekniske, rettslige og finansielle vilkår. Ikke alle OPS-kontrakter eller entrepri-

⁷ C-299/07 *Kommisjonen mot Hellas*, premiss 52.

sekontrakter vil være komplekse nok til å falle inn under den snevre unntaksregelen. Det må foretas en konkret vurdering.

Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver subjektivt sett finner det vanskelig å fastsette en pris. Det følger av bestemmelsens ordlyd at det kun er i unntakstilfeller at bestemmelsen kan anvendes. Det typiske anvendelsesområdet vil være for særlig komplekse anskaffelser.

KOFA sak 2005/68:

Saken gjaldt bruk av konkurranse med forhandling for å etablere et OPS for prosjektering, bygging, finansiering og drift av et bygg med forskjellige funksjoner. Verken utforming av bygget, eierskap eller kontraktstid var endelig fastsatt på forhånd. Innklagede hevdet at det var nødvendig å se tilbudene før kontrakten endelig kunne utformes. Klagenemnda fant ikke grunnlag for å sette til side innklagedes vurdering av at kontraktens art og risiko ikke tillot en samlet prisfastsettelse på forhånd, og kom til at prosedyreformen ikke var i strid med regelverket.

Tjenestens art tilsier at det ikke kan fastsettes nøyaktige spesifikasjoner på forhånd

Dersom tjenestenes art tilsier at det ikke kan fastsettes nøyaktige spesifikasjoner på forhånd, kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-3 bokstav c.

Bestemmelsen gjelder kun for tjenestekontrakter.

Forskriftens utgangspunkt er at anskaffelser skal spesifiseres ved en behovspesifikasjon eller angivelse av funksjonskrav. Dersom tjenestene som skal anskaffes er av en slik art at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes nøyaktige spesifikasjoner som gjør det mulig å velge det beste tilbudet i en anbudskonkurranse, kan det benyttes konkurranse med forhandling.

Det kreves at årsaken til at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes nøyaktige spesifikasjoner, er tjenestens art. Dersom oppdragsgiver mangler kompetanse til å spesifisere ytelsen er vilkåret ikke oppfylt. I sak 2003/184 har klagenemnda uttalt at utgangspunktet for vurderingen må være hva en normalt dyktig innkjøper, uten spesialkunnskap på området, vil kunne prestere.

Unntaksbestemmelsen henviser til intellektuelle tjenester og finansielle tjenester. Dette innebærer ikke at ethvert kjøp av slike tjenester kan skje ved kjøp etter forhandling, det må foretas en konkret vurdering av om de strenge vilkårene er oppfylt.

KOFA sak 2003/184:

Klagenemnda kom til at det ikke var adgang til å benytte konkurranse med forhandling for den konkrete anskaffelsen av forsikringsmeglertjenester. Nemnda kunne ikke se at det var vanskelig å spesifisere ytelsen, og de aktuelle tjenestene var nemndas vurdering ikke kompliserte nok. Det ble vist til at det hadde vært mulig for oppdragsgiver å angi ønsket prisstruktur, herunder en prismatrise. Nemnda mente oppdragsgiver med få og enkle grep kunne spesifisere ytelsen.

Bygge- og anleggskontrakter med utelukkende FoU-formål

Konkurranse med forhandling kan benyttes dersom det skal anskaffes et bygge- og anleggsarbeid som utelukkende skal benyttes til forskning, eksperimentering, undersøkelse eller utvikling, såkalt FoU-formål, jf. forskriftens § 14-3 bokstav d. Leverandøren skal altså utvikle et nytt bygg- og anleggsarbeid som oppdragsgiveren har behov for, og som ikke finnes tilgjengelig på markedet. Dersom arbeidet skal gjennomføres for å påvise dets kommersielle potensiale, vil bestemmelsen ikke kunne benyttes.

Bestemmelsen gjelder kun bygge- og anleggskontrakter. Varekontrakter med FoU-formål reguleres av § 14-4 bokstav e, se veilederens kapittel 7.4.5. Enkelte kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester kan unntas forskriften, jf. § 1-3 annet ledd bokstav g og veilederens kapittel 2.2.2.

Det er ikke tilstrekkelig å benevne kontrakten som en FoU-kontrakt, det er avtalens reelle innhold som er avgjørende. Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre at resultatet av arbeidet vil føre til ny kunnskap eller teknologi, eller til ny bruk av eksisterende teknologi. Dersom kontrakten helt eller delvis har et kommersielt formål, er vilkåret ikke oppfylt.

Dersom oppdragsgiver senere ønsker å anskaffe bygget eller anlegget som er utviklet gjennom FoU-kontrakten, må de alminnelige reglene om anbudskonkurranse følges.

7.4.5 Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring**Generelt om unntakshjemmelen i § 14-4**

EF-domstolen har flere ganger understreket at de tilsvarende bestemmelsene i EU-direktivene er utømmende unntaksregler som må fortolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.

Dersom vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling i § 14-4 er oppfylt, kreves det ikke at konkurransen kunngjøres først. Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring innebærer derfor et større avvik fra regelverkets grunnleggende krav til forutberegnlighet og gjennomsiktighet, enn der det tidligere har vært kunngjøring. Dette tilsier at denne unntaksbestemmelsen er enda snevrere enn § 14-3.

Selv om det ikke foreligger en plikt til å kunngjøre konkurransen etter den aktuelle bestemmelsen, er ikke oppdragsgiver fritatt fra de grunnleggende kravene i anskaffel-

sesregelverket. Oppdragsgiver må derfor blant annet sørge for, så langt som mulig, å avholde konkurranse og å likebehandle leverandørene.

Ukorrekte eller uakseptable tilbud

Dersom det har vært avholdt en anbudskonkurranse eller konkurransepreget dialog, og tilbudene som kom inn var ukorrekte eller uakseptable, kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-4 bokstav a. Det vises til behandlingen i kapittel 7.4.4 av hva som ligger i vilkårene i den liknende bestemmelsen i § 14-3 bokstav a.

I tillegg til de vilkårene som er behandlet ovenfor, er det et krav i henhold til § 14-4 bokstav a at oppdragsgiver inviterer alle leverandørene som var med i den forutgående konkurranse om å delta, så sant de oppfylte kvalifikasjonskravene og hadde avgitt et tilbud i samsvar med anskaffelsesprosedyrens formelle krav.

Mislykket forutgående konkurranse

Hvis det i en forutgående anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling ikke foreligger tilbud, eller de tilbud som foreligger ikke er egnet, kan oppdragsgiver i visse tilfeller benytte konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-4 bokstav b.

I forskriftens i § 2-1 tredje ledd bokstav e finnes en tilsvarende bestemmelse som hjemler kjøp etter forskriftens del I for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det vises til kapittel 7.3.2.

Bestemmelsen overlapper til en viss grad bestemmelsene i § 14-3 bokstav a og § 14-4 bokstav a. Tilbudene anses som uegnet når de ikke oppfyller oppdragsgivers formål med anskaffelsen slik det er beskrevet i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Det må foretas en objektiv vurdering av om tilbudene oppfyller de oppstilte kravene. Et tilbud vil for eksempel være uegnet dersom oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget ber om tilbud på fargeskrivere, men får tilbud om sort/hvit-skrivere.

Det kreves at det ikke foretas vesentlige endringer i de opprinnelige kontraktsvilkårene, slik at det i realiteten dreier seg om en ny anskaffelse. Bakgrunnen for dette er at det kan tenkes at markedet responderer annerledes på de nye konkurranseforutsetningene. Grunnlaget for den opprinnelige konkurransen utgjør kontraktsvilkårene, herunder kunngjøring, eventuelt kvalifiseringsgrunnlag, konkurransegrunnlag med mer.

Kun én leverandør i markedet

Dersom anskaffelsen av tekniske eller kunstneriske grunner, eller for å beskytte en enerett, kun kan foretas hos én leverandør i markedet, kan oppdragsgiver foreta anskaffelsen gjennom konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-4 bokstav c. Dette er i samsvar med regelverkets formål om effektive anskaffelser, siden det i slike tilfeller vil være bortkastet bruk av tid og ressurser å avholde en konkurranse.

Begrepet konkurranse med forhandling er imidlertid ikke dekkende i en slik situasjon, siden det jo ikke vil være en reell konkurranse, fordi oppdragsgiver vil gå i forhandlinger

med kun den ene leverandøren. De grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket må imidlertid overholdes selv om det kun forhandles med en leverandør.

Se den liknende bestemmelsen i § 2-1 første ledd bokstav a som gjelder anskaffelser under EØS-terskelverdi, se veiledningens kapittel 7.3.2.

Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver er av den formening at kun én leverandør kan oppfylle deres behov, eller at de kun vet om én leverandør fordi de har manglende kunnskap om markedet. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.⁸ Det må foreligge objektive årsaker, for eksempel rettslige skranker, til at kun én leverandør kan oppfylle ytelsen.

Det er ikke tilstrekkelig å bevise at én leverandør kan levere ytelsen mer effektivt enn andre, det må bevises at det kun er én leverandør som kan produsere det som er etterspurt.⁹

Oppdragsgiver må kunne godtgjøre at det kun er én leverandør i hele EØS- området. Det er altså ikke tilstrekkelig at den kun er én leverandør i Norge som kan levere ytelsen. For at oppdragsgiver skal kunne sannsynliggjøre at denne bestemmelsen er oppfylt, kreves det derfor inngående innsikt i alle potensielle leverandører i hele EØS området.

Årsaken til at kun én leverandør kan oppfylle må enten skyldes tekniske eller kunstneriske grunner, eller for å beskytte en enerett.

Det kan for eksempel tenkes at kun én leverandør har teknisk kompetanse til å utføre arbeidet, eller at det kun er én leverandør som produserer produktet. Ettersom teknisk ekspertise stadig er i utvikling skal det svært mye til for å sannsynliggjøre at andre leverandører, herunder grupper av leverandører, ikke kan eller ikke vil kunne bli i stand til å levere den aktuelle ytelsen.¹⁰

De kunstneriske grunnene som kan begrunne at det kun er én leverandør, vil typisk gjelde kjøp av kunst og utsmykking. Kjøp av kunst kan enten gjelde kjøp av et ferdig produkt, for eksempel et maleri, eller et arbeid som en kunstner skal utføre, for eksempel utsmykning av en bygning. Bakgrunnen for unntaket er at valg av slike ytelser som oftest vil basere seg på oppdragsgivers subjektive oppfatning, mer enn hva som er mest økonomisk fordelaktig.

Dersom én leverandør har enerett på ytelsen, og ytelsen derfor kun kan leveres av denne, vil vilkåret være oppfylt. Med enerett siktes det typisk til immaterielle rettigheter som

8 Se for eksempel KOFA sak 2008/56: At det ble ansett for å være liten interesse for konsesjoner for fjernvarme på tidspunktet for kontraktsinngåelse, var ikke tilstrekkelig for å tildele kontrakt direkte.

9 Se for eksempel sak T-54/11 premiss 53 og 54 der EU-domstolen fastslo at det ikke var tilstrekkelig at leverandøren hadde tilegnet seg særlig teknisk kompetanse gjennom deltakelse i prosjektet fra tidligere faser. Det kan ikke utelukkes at oppdragsgiver hadde funnet alternative leverandører dersom han hadde foretatt grundige undersøkelser i hele EU.

10 Se for eksempel departementets tolkningsuttalelse av 18.9.2009 (brev til Oplandske Bioenergi) om levering av fjernvarme. Departementet uttalte at dersom en bygning har tilrettelagt for mottak av varmt vann gjennom et etablert mottak og retursystem fra et eksisterende fjernvarmeanlegg, og det ikke finnes alternative tekniske løsninger på det tidspunktet kontrakten skal inngås, taler dette for at oppdragsgiver kan gå direkte i forhandlinger med fjernvarmeleverandøren, jf. FOA § 14-4 bokstav c. Hensynet til fremtidig konkurranse tilsier imidlertid at slike kontrakters varighet ikke må bli ubegrunnet lange. I tolkningsuttalelsen drøftes også bruk av enerettsunntaket ved varmforsyning fra fjernvarmeanlegg. Se: http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_fjernvarme.pdf

patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse mv. Unntaket gjelder ikke dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, ettersom det da vil være flere leverandører som kan tilby ytelsen. Det er neppe tilstrekkelig i seg selv at det kun er én leverandør som innehar konsesjon for å levere ytelsen. Det avgjørende vil være om andre leverandører har mulighet til å søke om, og bli tildelt, slik konsesjon. Det må derfor trolig skilles mellom eneretter og særretter, hvor unntaket i utgangspunktet bare vil omfatte førstnevnte.

Tillatt:

En kjent internasjonal kunstner har laget et maleri med motiv hentet fra en kommune i Nord-Norge. Kommunen ønsker å kjøpe maleriet for å ha det i det nye rådhuset, både fordi de synes bildet er vakkert, og fordi det har god markedsføringsverdi for kommunen. Kommunens subjektive oppfatning av hva slags kunst som vil egne seg til rådhuset, vil i slike tilfeller veie tungt, og kan i dette tilfellet tale for at de kan kjøpe bildet direkte fra galleriet som har bildet utstilt.

Ikke tillatt:

Det skal anskaffes nye kaffemaskiner i alle departementene. Innkjøpsansvarlig Per leser flere forbrukerrapporter, som konkluderer med at maskin X lager "den beste kaffen og krever minst vedlikehold". Det er kun én leverandør som selger denne maskinen, Maskin X AS. Per kan imidlertid ikke kjøpe kaffemaskinene direkte fra denne leverandøren, ettersom flere leverandører kan tilby liknende kaffemaskiner. Per kan heller ikke utforme konkurransegrunnlaget slik at kun Maskin X AS kan få kontrakten, for eksempel ved å utforme de tekniske spesifikasjonene slik at kun denne leverandøren kan oppfylle vilkårene. Se nærmere i kapittel 9.5 om hvilke tekniske spesifikasjoner oppdragsgiver kan benytte.

KOFA sak 2004/45

Anskaffelsen gjaldt kjøp av IT-opplæring, og oppdragsgiver tok direkte kontakt med én leverandør. Det var ikke tilstrekkelig å henvise til at den valgte leverandøren hadde utviklet et relevant produkt. Oppdragsgiver kunne ikke godtgjøre at det ikke fantes andre leverandører som hadde eller ville kunne utvikle liknende produkter som ville dekke oppdragsgivers behov like godt. Klagenemnda kom til at det forelå brudd på bestemmelsen.

Særlige forhold gjør det umulig å overholde fristene

Dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver ikke kunne ha forutsett, er umulig å overholde fristene i forskriften, kan oppdragsgiver anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. § 14-4 bokstav d.

Det må for det første foreligge særlige forhold. Det skal mye til for at det anses foreligge "særlige forhold". Det mest praktiske er trolig at det foreligger fare for liv og helse. Dette vil for eksempel være tilfelle dersom det på grunn av såkalte force majeure liknede forhold, som jordskjelv, oversvømmelser, brann eller lignende, er nødvendig å foreta en anskaffelse for å skaffe livsnødvendige varer, som for eksempel medisiner, matforsyning eller lignende. Oppbyggingsarbeid etter en naturkatastrofe, som det ikke er nødvendig å starte med før etter en vanlig anskaffelsesprosedyre, vil ikke omfattes av unntaksbestemmelsen. Med andre ord kan det tenkes tilfeller der deler av et prosjekt kan gjennomføres etter unntaksbestemmelsen (medisiner, mat), mens andre deler (oppbygningsarbeid) må følge de ordinære prosedyrene.

Andre uforutsette omstendigheter enn force majeure liknende forhold kan også oppfylle vilkåret om slike særlige forhold. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom oppdragsgivers leverandør uventet går konkurs eller leverandørens ansatte streiker, og dette medfører fare for liv eller helse. Det vil imidlertid ikke være tilstrekkelig grunnlag for å benytte unntaksbestemmelsen at det foreligger sterkt politisk press om rask gjennomføring av et prosjekt.

Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre at de særlige forholdene ikke skyldes oppdragsgiver. Dersom årsaken til at det haster er at oppdragsgiver burde planlagt sine anskaffelser bedre, kan bestemmelsen ikke benyttes.

Oppdragsgiver må også kunne sannsynliggjøre at de ikke kunne forutsett de særlige forholdene. Det avgjørende for vurderingen er hva en normalt påpasselig oppdragsgiver etter en objektiv vurdering burde ha forutsett.

Det er videre et krav om årsakssammenheng mellom de særlige forholdene og behovet for anskaffelsen. Med andre ord må årsaken til at forskriftens frister ikke kan overholdes skyldes de særlige omstendighetene. Det er også et krav om en viss nærhet i tid mellom de særlige forhold og behovet for anskaffelsen. Oppdragsgiver kan miste retten til å anvende unntaksbestemmelsen dersom det går for lang tid før en foretar anskaffelser begrunnet i disse særlige forholdene. I slike tilfeller har oppdragsgiver hatt anledning til å gjennomføre en hasteprosedyre. Det foreligger derfor ikke lenger årsakssammenheng mellom de særlige forholdene og det at det er umulig å anvende fristene i forskriften.

Oppdragsgiver må også kunne sannsynliggjøre at det vil være umulig å anvende fristene for anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling med forutgående kunngjøring, det vil si at det vil få alvorlige konsekvenser dersom fristene for disse konkurranseformene følges. Et eksempel er at det er nødvendig for å sikre liv, helse eller oppdragsgivers eiendom. Det er ikke tilstrekkelig at det vil bli mer kostbart eller mer ineffektivt å gjennomføre anskaffelsen gjennom en anbudskonkurranse (eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring) etter fristene i forskriftens kapittel 19. Unntaksbestemmelsen må sees i sammenheng med muligheten for å anvende hasteprosedyre etter § 19-5. Dersom oppdragsgiver har tid til å anvende hasteprosedyren etter § 19-5,

kan en ikke hjemle konkurranse med forhandling etter denne unntaksbestemmelsen. Det vil i slike tilfeller ikke være umulig å overholde fristene i forskriften.

De grunnleggende prinsippene, særlig forholdsmessighetsprinsippet, taler for at bestemmelsen kun kan benyttes til å inngå kontrakter av kortere varighet. Unntaksbestemmelsen bør ikke benyttes til å inngå kontrakter av lenger varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Oppdragsgiver bør innen rimelig tid avholde en konkurranse i henhold til de alminnelige reglene i forskriften for kontrakter av lenger varighet.

C-328/92 for EF-domstolen: Oppdragsgiver ønsket å sikre leveringssikkerheten for medisin. EF-domstolen mente dette ikke var «særlige forhold» så lenge det ikke hadde oppstått en reell mangel på de aktuelle medisinene.

Varekontrakter med utelukkende FoU-formål

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan benyttes dersom det skal anskaffes en vare som utelukkende skal benyttes til forskning, eksperimentering, undersøkelse eller utvikling, såkalte FoU-formål, jf. forskriftens § 14-4 bokstav e.

Bestemmelsen gjelder kun for varekontrakter. Bygge- og anleggskontrakter med FoU-formål reguleres av § 14-3 bokstav d, se kapittel 7.4.4. Enkelte kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester kan unntas forskriften, jf. § 1-3 annet ledd bokstav g og kapittel 2.2.2.

Bestemmelsen kan benyttes når leverandøren skal utvikle et nytt produkt eller en løsning som oppdragsgiveren har behov for, og som ikke finnes tilgjengelig på markedet. Dersom det skal foregå produksjon av en vare for å påvise dens kommersielle potensiale, vil bestemmelsen ikke kunne benyttes. Dersom oppdragsgiver senere ønsker å anskaffe det som er utviklet gjennom FoU-kontrakten, må de alminnelige reglene om anbudskonkurranse følges.

Det er ikke tilstrekkelig å benevne kontrakten som en FoU-kontrakt, det er avtalens reelle innhold som er avgjørende. Oppdragsgiver må kunne sannsynliggjøre at resultatet av arbeidet vil føre til ny kunnskap eller teknologi, eller til ny bruk av eksisterende teknologi. Dersom kontrakten helt eller delvis har et kommersielt formål, er vilkåret ikke oppfylt. En kan ikke anvende bestemmelsen dersom en ønsker å produsere varen for kommersielt videresalg, selv om formålet er å dekke kostnadene forbundet med utviklingen av varen eller å påvise dens kommersielle muligheter.

Tilleggsleveranser i en varekontrakt fra den opprinnelige leverandøren

Dersom oppdragsgiver har inngått en varekontrakt med en leverandør, kan han i visse tilfelle anskaffe tilleggsleveranser fra den samme leverandøren, jf. forskriftens § 14-4 bokstav f. Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene kan være økonomiske mest fordelaktig for oppdragsgiver å foreta anskaffelsen fra den opprinnelige leverandøren.

ren. Oppdragsgiver bør imidlertid alltid vurdere om anbudskonkurranse vil sikre en mer effektiv anskaffelse.

Begrepet konkurranse med forhandling er ikke dekkende i en slik situasjon, siden det ikke vil være en reell konkurranse, da oppdragsgiver vil inngå forhandlinger med den opprinnelige leverandøren. De grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket må imidlertid overholdes, selv om det kun forhandles med en leverandør.

Bestemmelsen gjelder kun varekontrakter. Tilleggsarbeid i en tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt reguleres av forskriftens § 14-4 bokstav j.

For at det skal anses som en tilleggsleveranse må det foreligge en naturlig sammenheng mellom den opprinnelige hovedleveransen og den nye. Det følger av bestemmelsen at tilleggsleveransens formål må være delvis fornyelse eller en utvidelse av allerede foretatte leveranser. Delvis fornyelse innebærer utskifting av en del med en tilsvarende del, for eksempel fordi den opprinnelige er ødelagt eller utslitt. En utvidelse av allerede foretatte leveranser innebærer en supplering av hovedleveransen.

Anskaffelsen må foretas av samme leverandør som leverte hovedytelsen. I utgangspunktet betyr dette at anskaffelsen må foretas av samme rettssubjekt som leverte hovedytelsen. Dersom leverandøren for eksempel har gått konkurs kan bestemmelsen ikke anvendes. Dersom leverandørens virksomhet overtas av en annen virksomhet, mener departementet at bestemmelsen må forstås slik at oppdragsgiver kan inngå kontrakt med den overtakende leverandøren.

Det er videre et krav om at skifte av leverandør enten vil medføre at oppdragsgiver kjøper utstyr som er teknisk uforenelig med eksisterende teknisk utstyr, eller påfører oppdragsgiver uforholdsmessig store tekniske vanskeligheter. Utstyret er teknisk uforenelig når det ikke er kompatibelt, slik at oppdragsgiver ikke kan bruke det eksisterende utstyret. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver vil få komplikasjoner i en overgangsfase ved skifte av leverandør, da dette er normalt ved skifte av leverandør. De tekniske vanskelighetene må være vesentlig høyere enn det som er normalt.

Kontrakter inngått etter denne bestemmelsen skal normalt ikke overstige tre år. Utgangspunktet for beregningen av fristen er da den opprinnelige hovedkontrakten ble inngått.

Det må foreligge saklige og gode grunner for å overstige tre års-grensen. Dette følger også av kravet til at oppdragsgiver må opptre med god forretningsskikk, som tilsier at det må være forretningsmessig forsvarlig med en lengre varighet.

KOFA-sak 2009/131

Innklagede hadde foretatt en fullstendig utskifting av den opprinnelige hovedleveransen, en server, med en ny leveranse av en kraftigere og mer oppdatert server. Det var således verken tale om en delvis fornyelse eller en utvidelse av eksisterende leveranse. Vilkårene i § 14-4 bokstav j var derfor ikke oppfylt. Det var ikke relevant hvorvidt innklagede, som følge av et allerede eksisterende kundeforhold, hadde fått en meget gunstig pris for leveransen.

Varen kjøpes på varebørs

Ved anskaffelse av varer eller tjenester på børs, råvarebørs eller liknede marked, kan oppdragsgiver anvende konkurranse med forhandling, jf. forskriftens § 14-4 bokstav g.

Etablerte markedsplasser sikrer at prisen på varer eller tjenester tilsvarer det markedet til en hver tid er interessert i å selge og betale for ytelsen. Det vil derfor være unødvendig å gjennomføre en ordinær konkurranse etter anskaffelsesregelverket.

Begrepet konkurranse med forhandling er ikke helt dekkende i en slik situasjon, siden det ikke vil være forhandlinger når oppdragsgiver kjøper varen på børs.

Anskaffelse av tjenester for å kjøpe på børs omfattes ikke av unntaket, og må derfor følge de alminnelige anskaffelsesprosedyrene i forskriftens del III.

Varen kan anskaffes på særdeles fordelaktige vilkår

Dersom varen kan skaffes til særdeles fordelaktige vilkår, for eksempel dersom leverandøren innstiller sin virksomhet eller går konkurs, kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriftens § 14-4 bokstav h.

Formålet med bestemmelsen er å gi oppdragsgiver adgang til å benytte seg av særdeles fordelaktige tilbud som ligger vesentlig under markedspris.

For å vurdere om det foreligger et særdeles fordelaktig tilbud er det de normale markedsprisene for tilsvarende ytelser som skal legges til grunn.

Tjenestekontrakter som skal inngås etter plan- og designkonkurranse

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan benyttes ved tjenestekontrakter som inngås etter en plan- og designkonkurranse, der det er fastsatt at kontrakten skal tildeles vinneren eller en av vinnerne i konkurransen, jf. forskriftens § 14-4 bokstav i. Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene allerede har vært en kunngjøring og konkurranse gjennom plan- og designkonkurransen.

Dersom oppdragsgiver har bestemt at kontrakten skal tildeles en av vinnerne i konkurransen, skal alle vinnerne i konkurransen inviteres til å delta i forhandlingene.

Tilleggstjenester og tilleggsarbeid fra den opprinnelige leverandøren

Dersom oppdragsgiver har inngått en tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt med en leverandør, kan han i visse tilfelle anskaffe tilleggsleveranser fra den samme leverandøren, som ikke var omfattet av den opprinnelige kontrakten, jf. forskriftens § 14-4 bokstav j.

Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene kan være teknisk og økonomiske mest fordelaktig for oppdragsgiver å foreta anskaffelsen fra den opprinnelige leverandøren. Oppdragsgiver bør alltid vurdere om anbudskonkurranse vil sikre en mer effektiv anskaffelse.

Begrepet konkurranse med forhandling er ikke dekkende i en slik situasjon, siden det ikke vil være en reell konkurranse da oppdragsgiver vil inngå forhandlinger med den opprinnelige leverandøren. De grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket må imidlertid overholdes selv om det kun forhandles med en leverandør.

Bestemmelsen gjelder kun tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter. Tilleggsleveranser av varer reguleres av forskriftens § 14-4 bokstav f.

For at det skal anses som en tilleggsleveranse, må det foreligge en naturlig sammenheng mellom den opprinnelige hovedleveransen og den nye.

Nødvendigheten av å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet, må skyldes forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse. En må foreta en objektiv vurdering, med utgangspunkt i hva en normalt påpasselig oppdragsgiver ville ha forutsett. Dersom årsaken til at oppdragsgiver har behov for tilleggsytelsen skyldes dårlig planlegging med hensyn til hva som skulle innkjøpes i første omgang, vil vilkåret ikke være oppfylt. Det må foreligge årsakssammenheng mellom de uforutsette forholdene og behovet for tilleggsytelsen.

Anskaffelsen må foretas av samme leverandør som leverte hovedytelsen. I utgangspunktet betyr dette at anskaffelsen må foretas av samme rettssubjekt som leverte hovedytelsen. Dersom leverandøren for eksempel har gått konkurs kan bestemmelsen ikke anvendes. Dersom leverandørens virksomhet overtas av en annen virksomhet, mener departementet at bestemmelsen må forstås slik at oppdragsgiver kan inngå kontrakt med den overtakende leverandøren.

Den samlede verdi av tilleggskontrakten må ikke overstige 50 prosent av verdien av den opprinnelige kontrakten. For beregningen av verdien av den opprinnelige kontrakten, vises det til kapittel 4.

Det oppstilles videre to alternative vilkår, hvorav ett av dem må være oppfylt. Det første alternativet er at tilleggsytelsen teknisk og økonomisk ikke kan skilles fra den opprinnelige kontrakten uten vesentlige ulemper. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver vil få visse komplikasjoner i en overgangsfase ved skifte av leverandør, da dette er normalt ved skifte av leverandør. De tekniske og økonomiske ulempene må være vesentlig høyere enn det som er normalt. Det alternative vilkåret er at tilleggsytelsen er strengt nødven-

dig for å fullføre den opprinnelige kontrakten. Dette vilkåret vil for eksempel være oppfylt dersom den opprinnelige kontraktsgjenstand ikke kan anvendes uten tilleggsytelsen.

Gjentakelsesarbeid i forbindelse med en tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt

For nye arbeider som er en gjentakelse av liknende arbeider utført i forbindelse med en tidligere tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakt, kan oppdragsgiver i visse tilfeller benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriftens § 14-4 bokstav k.

Bakgrunnen for bestemmelsen er at det i disse tilfellene antas å være mest økonomisk fordelaktig å foreta anskaffelsen hos den opprinnelige leverandøren. Oppdragsgiver bør imidlertid alltid vurdere om anbudskonkurranse vil sikre en mer effektiv anskaffelse.

Begrepet konkurranse med forhandling er ikke dekkende i en slik situasjon, siden det ikke vil være en reell konkurranse da oppdragsgiver vil inngå forhandlinger med den opprinnelige leverandøren. De grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket må imidlertid overholdes selv om det kun forhandles med en leverandør.

Den opprinnelige kontrakten må være inngått etter en åpen eller begrenset anbudskonkurranse. En kan altså ikke benytte bestemmelsen dersom den opprinnelige kontrakten er inngått etter konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog.

Bestemmelsen gjelder bare for tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter.

De nye arbeidene må være i samsvar med det opprinnelige prosjektet. Gjentakelsesarbeidet må med andre ord holde seg innenfor de rammene som er satt i det opprinnelige konkurransegrunnlaget ved beskrivelse av ytelsen. Det er videre et krav at oppdragsgiver ved anskaffelsen av den opprinnelige ytelsen har gjort kjent muligheten for å benytte seg av denne unntaksprosedyren ved anskaffelse av gjentakelsesarbeid. Hensynet bak disse bestemmelsene er at markedet skal ha kjenneskap til hvilke anskaffelser som kan bli aktuelle.

Det er videre et krav om at ytelsen som skal anskaffes er en gjentakelse av liknede arbeider utført i forbindelse med den opprinnelige kontrakten. Gjentakelseskontrakten må altså oppfylle samme funksjon eller dekke det samme behovet som den opprinnelige ytelsen, men trenger ikke være identiske.

Leveransen må foretas av samme leverandør som leverte den opprinnelige ytelsen. I utgangspunktet betyr dette at anskaffelsen må foretas av samme rettssubjekt som leverte hovedytelsen. Dersom leverandøren for eksempel har gått konkurs kan bestemmelsen ikke anvendes.

Unntaksbestemmelsen kan kun benyttes inntil tre år etter at den opprinnelige kontrakt var inngått.

De mulige gjentakelsesarbeidene skal tas med ved beregning av anskaffelsens verdi, se veilederens kapittel 4.

Dekningskjøp

Oppdragsgiver kan benytte forhandling uten forutgående kunngjøring ved dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning, jf. forskriftens § 14-4 bokstav l.

Dersom en kontrakt kjennes uten virkning og oppdragsgiver fortsatt har behov for ytelsen, må det som hovedregel gjennomføres en ny konkurranse i samsvar med anskaffelsesregelverket. Det betyr at oppdragsgiver må foreta en kunngjøring av konkurransen, ev. utarbeide konkurransegrunnlag, overholde de fristene som gjelder for mottak av forespørsel om å delta og/eller mottak av tilbud osv. Det kan derfor fort gå noen måneder før oppdragsgiver faktisk kan få levert ytelsen. Dette kan være problematisk for en oppdragsgiver som har et umiddelbart behov for å få dekket for eksempel nødvendige løpende leveranser av forbruksmateriell eller rengjøring av offentlige sykehjem. Det er slike behov bestemmelsen om dekningskjøp tar sikte på å dekke.

Forutsetninger for å foreta dekningskjøp er:

- at det er umulig å overholde fristene fastsatt i forskriften,
- at kjøpet er en nødvendig følge av at en kontrakt er kjent uten virkning og
- at kontrakt ikke inngås for en lengre periode enn det som er nødvendig for å gjennomføre en konkurranse i samsvar med regelverket.

Kravet om at det ikke skal være mulig å overholde fristene i forskriften, gjelder både de ordinære anskaffelsesprosedyrene og fristene som gjelder for hasteprosedyren. Det vil si at oppdragsgiver ikke har adgang til å foreta et dekningskjøp, der det er mulig å gjennomføre en anskaffelse etter hasteprosedyren.

Oppdragsgiver vil normalt ha noe tid til å forberede en ny anskaffelse også når en kontrakt kjennes uten virkning: Sanksjonen trer først i kraft når avgjørelsen er rettskraftig. Dette betyr i praksis på det tidspunktet ankefristen har løpt ut. Denne vil etter de alminnelige reglene i tvisteloven være på en måned. Oppdragsgiver har altså en måned på seg fra avgjørelsen om at en kontrakt er kjent uten virkning før kontrakten faktisk er uten virkning. I dette tidsrommet vil oppdragsgiver fortsatt kunne få leveranser i henhold til den ulovlige kontrakten, og han kan påbegynne en ny anskaffelsesprosess. I noen tilfeller vil dette tidsrommet være nok til at oppdragsgiver rekker å gjennomføre en ny konkurranse etter hasteprosedyren.

Kravet om at det bare kan foretas dekningskjøp der dette er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjent uten virkning må forstås relativt strengt. Betingelsen kan deles i to. For det første er det krav om at innkjøpet er nødvendig. Dvs. at oppdragsgiver ikke kan unnlate å foreta anskaffelsen, for eksempel fordi det skjer som del av oppfyllelsen av en lovpålagt plikt eller for å få dekket viktige behov som rengjøring, medisiner eller materiell. At det er besværlig eller uheldig for oppdragsgiver å skulle foreta en ny konkurranse,

for eksempel fordi det må avsettes ressurser til å gjennomføre anskaffelser eller fordi det vil møte politisk motstand, er ikke tilstrekkelig. For det andre må nødvendigheten oppstå som følge av at kontrakten er kjent uten virkning. Selv om oppdragsgivere kan ha ønske om å foreta dekningskjøp også i andre situasjoner, for eksempel der en konkurranse er avlyst eller anskaffelsesprosessen stoppet opp på grunn av en midlertidig forføyning, er det ikke anledning til å foreta dekningskjøp.

Kravet om at oppdragsgiver ikke ved dekningskjøp kan inngå langvarige kontrakter henger sammen med at det ellers vil åpnes opp for en omgåelse av anskaffelsesregelverket. Oppdragsgiver kan således bare inngå kontrakt i den perioden det tar å gjennomføre en ny konkurranse i samsvar med forskriften. Denne perioden vil typisk utgjøre noen måneder, avhengig av hvor komplisert anskaffelsen er. At kortvarige kontrakter er mindre prisgunstig enn langvarige kontrakter, kan det ikke tas hensyn til.

Er alle tre krav oppfylt, kan oppdragsgiver foreta dekningskjøp.

Når oppdragsgiver skal foreta et dekningskjøp bør det skje ved at oppdragsgiver orienterer seg i markedet før tildeling av kontrakt. Hensikten er å sikre et minimum av konkurranse om oppdraget. I denne forbindelse kan det for eksempel være hensiktsmessig at oppdragsgiver tar kontakt med alle deltakerne i den forutgående konkurransen. I noen tilfeller vil det også være mulig å gå direkte til den eksisterende leverandøren eller den leverandøren oppdragsgiver hadde før inngåelsen av den ulovlige kontrakten. Det vil for eksempel kunne være tilfellet der det ikke er sannsynlig at andre leverandører vil kunne levere på så kort varsel eller for en så begrenset periode.



Kapittel 8

Rammeavtaler og dynamisk innkjøpsordning

8.1 Innledning om rammeavtaler

En rammeavtale er en avtale som er inngått mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører. Avtalen har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode, særlig med hensyn til pris og eventuelt planlagte mengder.

EU-direktivet for klassisk sektor¹ har bestemmelser om inngåelse av rammeavtaler, og om prosedyrer for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen. Norge har valgt å regulere bruken av rammeavtaler gjennom å implementere direktivets regler også under EØS-terskelverdi. De nasjonale reglene er i hovedsak identiske med reglene over EØS-terskelverdi. De spesielle bestemmelsene om rammeavtaler fremgår av § 4-2 bokstav f, §§ 6-1 til 6-3 og 15-1 til 15-3.

Bruk av rammeavtaler kan gi administrative besparelser både for oppdragsgivere og leverandører. Rammeavtaler kan gi oppdragsgiver stor fleksibilitet der anskaffelser skal skje over et tidsrom. Flexibiliteten må imidlertid avveies mot de grunnleggende kravene, herunder kravene til forutsigbarhet og gjennomsiktighet, jf. kapittel 5. Disse kravene innebærer blant annet at oppdragsgiver må gi tilstrekkelig informasjon om innholdet av anskaffelsen, fremgangsmåten og tildelingskriteriene som skal benyttes for inngåelse av den enkelte kontrakt.

Svært vide angivelser av hva oppdragsgiver skal kjøpe inn, som for eksempel «alle rådgivningstjenester for oppdragsgiver i de neste 4 år», vil ikke være tillatt. At det må kreves et visst minimum av presisjon ved beskrivelse av oppgaven i konkurransegrunnlaget, følger også av forskriftens §§ 8-1 (1) og 17-1 (1) bokstav a. Etter disse bestemmelsene skal konkurransegrunnlaget inneholde opplysninger om «hvilken ytelse som skal anskaffes». Bakgrunnen for bestemmelsene er at det skal være mulig for potensielle leverandører å vurdere om oppgaven er relevant og om det er ønskelig å avgi tilbud. Det skal således stå klart hvilke prosjekter det kan bli tale om i avtaleperioden. Samtidig skal det også på bakgrunn av konkurransegrunnlaget være mulig for leverandørene å avgi et tilbud som har reell mulighet for å komme i betraktning.

¹ 2004/18/EU

8.2 Hva er rammeavtaler?

8.2.1 Tre typer rammeavtaler

Forskrift om offentlige anskaffelser gir innkjøper mulighet til å benytte tre forskjellige typer rammeavtaler. Hvilken prosedyre som skal følges for inngåelse av kontrakter innenfor rammeavtalen, avhenger av hvilken type rammeavtale oppdragsgiver har valgt:

- En rammeavtale med en enkelt leverandør, jf. kapittel 8.4.1.
- En rammeavtale med flere leverandører om den samme ytelsen, der alle vilkårene er fastlagt i rammeavtalen, jf. kapittel 8.4.3.
- En rammeavtale med flere leverandører om den samme ytelsen, der ikke alle vilkår er fastlagt i rammeavtalen, jf. kapittel 8-4.4.

Rammeavtaler med flere leverandører om den samme ytelsen kalles også for parallelle rammeavtaler. For at det skal være tale om parallelitet, må avtalene gjelde leveranser som kan være substitutt for hverandre.

Eksempel:

En kommune har rammeavtaler på kontormateriell med fire leverandører. Leverandør A leverer penner. Leverandør B leverer penner og papir. Leverandør C leverer penner og papir. Leverandør D leverer hullemaskiner. Rammeavtalene med leverandør B og C er parallelle. Rammeavtalene med leverandør A, B og C er delvis parallelle. Avtalen med leverandør D har ingen parallell.

Rammeavtaler som ikke bindende fastsetter alle vilkår i avtaleforholdet, krever ytterligere avtale mellom partene før oppdragsgiver kan gjøre bestillinger under avtalen. Hvorvidt alle vilkår anses bindende avtalt eller ikke, beror på alminnelig norsk avtaletolkning. Nærmere omtale gis i kapittel 8.3.

8.2.2 Kjøpeplikt/leveringsplikt

Oppdragsgiver i en rammeavtale påtar seg ikke nødvendigvis noen forpliktelse til rent faktisk å benytte avtalen. Hvorvidt rammeavtalen inneholder en kjøpeplikt eller leveringsplikt, beror på alminnelig avtaletolkning.

8.3 Generelle regler for inngåelse av rammeavtaler

8.3.1 Alminnelige prosedyreregler

Rammeavtaler er ikke en type prosedyre, men en kontraktstype som kan benyttes gjennom bruk av de alminnelige prosedyrene, herunder reglene om kunngjøring, tidsfrister, kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, jf. forskriftens §§ 6-1 første ledd og 15-1 første ledd.

Oppdragsgiver må altså vurdere på vanlig måte hvorvidt det er tillatt og hensiktsmessig å benytte åpen eller begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandlinger. Det er ingen regler som eksplisitt forbyr muligheten av å benytte konkurransepreget dialog. Denne prosedyren fremstår imidlertid som lite aktuell for rammeavtaler.

8.3.2 Kravet til konkurranse

Oppdragsgiver må ikke misbruke eller anvende rammeavtaler på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen, jf forskriftens §§ 6-1 (5) og 15-1 (5). Bruk av rammeavtaler kan i noen tilfeller virke konkurransebegrensende og redusere små og mellomstore bedrifters adgang til markedet.

Begrensningen på rammeavtalens lengde er en viktig regel for å forhindre misbruk av rammeavtaler på en konkurransevidene måte. Det er også grenser for hvor bredt spekter av produkter/tjenester/arbeider en rammeavtale kan omfatte. Det er ikke mulig å gi nøyaktige grenser for når en rammeavtale må anses for å innbære misbruk/begrensning av konkurransen. Spørsmålet må vurderes fra sak til sak og er avhengig av en konkret vurdering av den enkelte kontrakt. Departementets tolkningsuttalelse til Arkitektbedriftene i Norge av 12. juni 2008 inneholder en nærmere omtale av forbudet mot konkurransebegrensende avtaler.²

8.3.3 Varigheten av rammeavtaler

Rammeavtaler kan som hovedregel ikke inngås for mer enn fire år.³ I Kommisjonens opprinnelige forslag til direktivtekst ble det foreslått en hovedregel for rammeavtalers varighet på tre år, og en maksimalgrense på fem år. Imidlertid ble det antatt at det i enkelte tilfeller ville være behov for avtaler med en lengre varighet enn fem år. Resultatet ble direktivets artikkel 32 nr 2 fjerde ledd som bestemmer at rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn fire år «unntagen i særlige tilfælde, som er behørig begrunnet navnlig i rammeaftalens formål» eller på engelsk «save in exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement», jf. forskriftens §§ 6-1 fjerde ledd og 15-1 fjerde ledd. Bestemmelsen om begrensning av varighet har sin bakgrunn i det grunnleggende kravet til konkurranse.

En rammeavtale kan imidlertid benyttes til utløpet av avtaleperioden, selv om leveransen på bakgrunn av en konkret bestilling skulle finne sted etter utløpet av rammeavtalen. Det er noe uklart hvor grensene går for hvor lang varighet kontraktene innenfor rammeavtalen kan ha, etter utløpet av rammeavtalen. Det bør derfor vises varsomhet på dette området.

² http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_ansk_rammeavtaler.pdf

³ I Kommisjonens opprinnelige forslag til direktivtekst ble det foreslått en hovedregel for rammeavtalers varighet på tre år, og en maksimalgrense på fem år. Imidlertid ble det antatt at det i enkelte tilfeller ville være behov for avtaler med en lengre varighet enn fem år. Resultatet ble direktivets artikkel 32 nr 2 fjerde ledd som bestemmer at rammeavtaler ikke kan inngås for mer enn fire år «unntagen i særlige tilfælde, som er behørig begrunnet navnlig i rammeaftalens formål» eller på engelsk «save in exceptional cases duly justified, in particular by the subject of the framework agreement».

Eksempel:

En kommune har en rammeavtale på konsulenttjenester, med 3 års varighet. I løpet av 3-årsperioden har konsulenttjenestene som er utført under rammeavtalen normalt hatt en varighet på 1 måned. Kort tid før rammeavtalens utløp inngås det en kontrakt om et konsulentoppdrag på 18 måneders varighet. Dette vil kunne anses som misbruk av rammeavtalen.

Hovedregelen om maksimal varighet på fire år kan fravikes i tilfeller som er særlig berettiget ut fra rammeavtalens gjenstand, jf. forskriftens §§ 6-1 fjerde ledd og 15-1 fjerde ledd. Kommisjonens veileder til rammeavtaler⁴ uttaler at en lengre periode kan forsvares for å sikre effektiv konkurranse om den aktuelle kontrakten, dersom utførelsen av kontrakten krever investeringer med nedskrivningsperiode på over fire år. Kravet til konkurranse står altså sentralt i vurderingen av hvorvidt unntaket kan benyttes. Det antas at unntaket er snevert, og at vurderingen av hvorvidt det kan benyttes ikke åpner for oppdragsgivers subjektive skjønn. Departementet mener at også andre hensyn enn lang nedskrivningsperiode kan være relevante ved vurderingen av hvorvidt en lengre avtaleperiode enn fire år kan avtales. Kapittel 5 inneholder en generell omtale av varighet av kontrakter. De hensyn som her trekkes frem som relevante ved fastsettelsen av kontraktens lengde, kan også være relevante ved vurderingen av hvilken avtalelengde som kan være berettiget for rammeavtaler.

8.3.4 Hvem kan benytte seg av rammeavtalen(e)?

Kontrakter innenfor en rammeavtale kan bare inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen, jf. forskriftens §§ 6-1 tredje ledd og 15-1 tredje ledd. Rammeavtalene er med andre ord et lukket system, der verken nye oppdragsgivere eller nye leverandører kan slutte seg til rammeavtalen i løpet av avtaleperioden. Dette er en viktig begrensning for å hindre at nye oppdragsgivere eller leverandører bruker en allerede inngått rammeavtale hvor det ellers skulle vært gjennomført ny konkurranse.

Når en rammeavtale skal benyttes av flere oppdragsgivere, må det fremgå av kunnngjøringen hvem som skal kunne benytte rammeavtalen. I kommisjonens veileder til rammeavtaler fremgår det at navnene på oppdragsgiverne enten må fremgå direkte av kunnngjøringen, eller gjennom referanse til andre dokumenter som for eksempel i konkurransegrunnlaget eller en liste som er tilgjengelig hos en av oppdragsgiverne. Kunnngjøringen må altså gjøre det mulig å identifisere hvilke oppdragsgivere som skal inngå i rammeavtalen. Se også KOFA sak 2012/195 der nemnda fant at kommunen hadde brutt kravet til forutberegnelighet i lovens § 5 ved å gi private bedrifter i kommunen rett til å slutte seg til avtalen om levering av bedriftshelsetjenester uten å angi tilstrekkelig klart hvem dette gjelder, og gi opplysninger som gjør det mulig å beregne kontraktens størrelse.

⁴ CC/2005/03

8.3.5 Vesentlige endringer

En viktig begrensning i bruken av rammeavtaler, er at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i de opprinnelige avtalevilkårene, jf. forskriftens §§ 6-1 tredje ledd og 15-1 tredje ledd.

Dersom endringene for eksempel er av en slik karakter at de kunne ha påvirket sammensetningen av hvilke leverandører som har respondert på oppdragsgivers kunngjøring, eventuelt hvordan leverandørene ville utformet tilbudet sitt, vil endringen normalt anses som vesentlig, og det må gjennomføres ny konkurranse. Se nærmere kapittel 12.6 om vesentlig endring av kontrakter generelt.

Det fremgår av direktivets artikkel 32 nr. 2 tredje ledd at oppdragsgiver må være spesielt tilbakeholden med å gjøre endringer i tilfeller med rammeavtaler med kun én leverandør. Dette trekker i retning av at det er noe større rom for endringer i forkant av minikonkurranser, der leverandører fremdeles skal konkurrere om kontrakten som skal tildeles, enn der det kun er én potensiell leverandør til kontrakten.

8.3.6 Spesielt om inngåelse av rammeavtaler med flere leverandører – krav til antall

Ved inngåelse av rammeavtaler med flere leverandører under forskriftens del III, skal det inngås rammeavtale med minst tre leverandører, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud, jf. § 15-3 første ledd.

Forskriftstekstens henvisning til «*tilstrekkelig antall egnede tilbud*» er en gjennomføring av direktivteksten som viser til et «*tilstrækkeligt antal antagelige tilbud, der opfylder tildelingskriterierne*». Direktivteksten er noe uklar, ettersom evalueringen av tildelingskriteriene er relativ, og ikke en bestått/ikke bestått-vurdering, slik som for kvalifikasjonskravene. En mulig fortolkning av bestemmelsen er at den er ment å åpne for muligheten til å inngå rammeavtale med færre enn 3 dersom øvrige tilbud er uakseptable, for eksempel på grunn av alt for høy pris.

I forskriftens del II er det ikke oppstilt et krav om minst tre leverandører ved inngåelse av parallelle rammeavtaler. Imidlertid gjelder også her det generelle kravet til konkurranse, se kapittel 5. Det må derfor foretas en konkret vurdering av hvorvidt kravet til konkurranse er tilfredsstillt ved inngåelse av parallelle rammeavtaler med kun to leverandører. Hensynet til effektiv ressursbruk kan for eksempel tale for dette, dersom kontraktsverdien for rammeavtalen er lav og det påløper uforholdsmessig store transaksjonskostnader ved inngåelse av mange parallelle rammeavtaler.

Dersom oppdragsgiver vil benytte seg av muligheten i §§ 8-6 og 17-6 til å sette en grense for antall deltakere i konkurransen, må minimumsantallet settes tilstrekkelig høyt til å tilfredsstillte minimumskravene til antall leverandører for parallelle rammeavtaler.

8.4 Tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler

Tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale omtales også som at avrop eller bestilling skjer basert på en rammeavtale. Prosedyrene for tildeling av kontrakter innenfor rammeavtalen reguleres av forskriftens §§ 6-2, 14-2, 6-3 og 14-3.

8.4.1 Én leverandør

Tildeling av kontrakter der oppdragsgiver har en rammeavtale med faste vilkår med én leverandør, reguleres av forskriftens §§ 6-2 første ledd og 15-2 første ledd. At vilkårene er bindende fastsatt betyr ikke nødvendigvis at prisen er endelig fastsatt til en bestemt sum. Det er fullt mulig at prisen refererer til en prisindeks, forutsatt at prisen for en bestemt bestilling kan fastsettes på en objektiv måte.

Ved tildeling av «alminnelige» kontrakter, er det normalt ikke behov for utfylling av tilbudet i perioden mellom valg av leverandør og kontraktsinngåelse. Dette kan være annerledes ved tildeling av kontrakt under en rammeavtale. Tildeling av kontrakter i situasjoner der oppdragsgiver har en rammeavtale med én leverandør, og der ikke alle vilkårene er bindende fastsatt i rammeavtalen, reguleres av forskriftens §§ 6-2 annet ledd, jf. første ledd og 15-2 annet ledd, jf. første ledd. Oppdragsgiver har muligheten til å skriftlig konsultere leverandøren og om nødvendig be om at tilbudet utfylles. Utfylling vil kun være aktuelt for avtaler der ikke alle vilkårene er fastsatt

Dersom rammeavtalen ikke bindende fastsetter alle vilkårene, vil det være nødvendig å utfylle tilbudet, slik at inngåelsen av kontrakten kan skje på basis av vilkårene fra rammeavtalen i kombinasjon med de utfylte vilkårene.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med de generelle kravene til rammeavtaler som forbyr at partene gjør vesentlige endringer i avtalevilkårene.

8.4.2 Flere leverandører, generelt

Én og samme rammeavtale kan ha faste vilkår for bestemte kontrakter under rammeavtalen, og ikke faste vilkår for andre kontrakter under rammeavtalen. Rammeavtalen bør tydelig angi i hvilke situasjoner konkurransen vil bli gjenåpnet.

Eksempel:

En kommune inngår parallelle rammeavtaler som angir stykkpriser på PC'er. Rammeavtalene presiserer samtidig at rabatt kan gis ved kjøp av minimum 30 PC'er. Dersom kommunen skal gå til innkjøp av en enkelt PC, legges stykkprisene i rammeavtalene til grunn. Skal kommunen derimot fornye PC-parken og kjøpe inn mer enn 30 PC'er, må det gjennomføres en minikonkurranse.

8.4.3 Flere leverandører, faste vilkår

Tildeling av kontrakter hvor oppdragsgiver har rammeavtaler med faste vilkår med flere leverandører, reguleres i forskriftens §§ 6-3 første ledd og 15-3 annet ledd. At vilkårene skal være bindende fastsatt, betyr ikke nødvendigvis at prisen skal være endelig fastsatt til en bestemt sum. Det er fullt mulig at prisen refererer til en prisindeks, forutsatt at prisen for en bestemt bestilling kan fastsettes på en objektiv måte.

Dersom alle vilkårene ligger fast, er det ikke tillatt å åpne konkurransen på nytt for å endre disse vilkårene. Av dette følger det at det ikke er tillatt å presse leverandører ytterligere gjennom en minikonkurranse på vilkår som allerede er bindende avtalt i rammeavtalen. For eksempel kan oppdragsgiver ikke åpne ny konkurranse på pris hvis leverandørene allerede har gitt sine beste priser gjennom faste prisvilkår i rammeavtalen.

Bestemmelsene om rammeavtaler regulerer ikke eksplisitt hvordan oppdragsgiver skal velge ut leverandør til den enkelte kontrakten som tildeles innenfor rammeavtalene. De grunnleggende prinsippene gir imidlertid føringer på hvordan tildeling kan skje, jf. kapittel 5. Hensynet til forutberegnlighet taler for at alle forhold som er relevante for tildeling av kontrakten skal fremgå av konkurransegrunnlaget for rammeavtalene.

Eksempel:

Først la leverandøren av det beste tilbudet få mulighet til å levere. Hvis vedkommende ikke kan levere, for eksempel grunnet kapasitetsproblemer, får leverandøren som hadde levert det nest beste tilbudet mulighet til å levere etc.

Eksempel:

En kommune har inngått rammeavtaler om kjøp av lamper. I vilkårene for rammeavtalen inngår både kvalitetsstandard og stykkpris. Dessuten har hver leverandør tilbudt definerte rabatter avhengig av hvor mange lamper som skal kjøpes av gangen. I dette tilfellet vil det ikke være behov for en minikonkurranse, fordi vilkårene er gitt og oppdragsgiver har et grunnlag for å tildele den konkrete kontrakten.

8.4.4 Flere leverandører, ikke faste vilkår

Tildeling av kontrakter i situasjoner der oppdragsgiver har rammeavtaler med flere leverandører, og der ikke alle vilkårene er bindende fastsatt i rammeavtalene, reguleres av forskriftens §§ 6-3 annet ledd og 5-3 tredje ledd.

Konkurransen skal gjennomføres på vilkårene som fremgår av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, som generelt skal ligge fast, men om nødvendig kan presiseres. De konkrete omstendighetene kan for eksempel gjøre det nødvendig å stille et nærmere bestemt krav til leveringstid innenfor det avtalte spennet for leveringstid.

Dersom konkurransen skal baseres på andre vilkår, må disse oppgis i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen. Det kan stilles spørsmål til hvorvidt tildelingskriteriene som skal benyttes i en minikonkurranse må følge reglene om vekting, jf. forskriften §§ 13-2 og 22-2. Verken forskriftens eller direktivets ordlyd gir noe entydig svar på dette. Sue Arrowsmith argumenterer med at oppdragsgiver plikter å angi hvilke kriterier som skal benyttes, men ikke vektingen av disse. Hun begrunner dette ut fra at det ikke alltid vil være mulig å forutse hvilke forhold som bør vektas tyngst når den enkelte kontrakten under rammeavtalen skal inngås. I ett tilfelle kan leveringstiden være det avgjørende kriteriet, mens i det neste tilfellet er av helt underordnet betydning..

Det skal iverksettes ny konkurranse «mellom partene», jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd og 15-3 tredje ledd. I samme bestemmelse bokstav a er det presisert at oppdragsgiver skriftlig (se kapittel 12.2 om kommunikasjon) skal konsultere «*de leverandører som er i stand til å gjennomføre kontrakten*». Normalt må dermed alle leverandørene kontaktes. Dersom rammeavtalene kun er delvis parallelle, vil det imidlertid kun være aktuelt å invitere de som kan levere den aktuelle varen eller tjenesten som oppdragsgiver er på jakt etter.

Oppdragsgiver skal fastsette en tilstrekkelig frist til innlevering av tilbud på de enkelte kontraktene under rammeavtalen, jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd bokstav b og 15-3 tredje ledd bokstav b. Minimumsfristene i forskriften kapittel 19 gjelder ikke i disse tilfellene. Fristen skal fastsettes skjønnsmessig i det oppdragsgiver tar hensyn til kontrakts-gjenstandens kompleksitet, slik at leverandørene gis rimelig tid til å utarbeide og sende inn tilbudet. Dersom oppdragsgiver velger å gjennomføre minikonkurransen som en elektronisk auksjon, må imidlertid fristene i forskriftens §§ 13-4 og 22-4 overholdes.

Tilbudene skal sendes inn skriftlig og innholdet skal holdes fortrolig inntil den fastsatte tilbudsfristen har utløpt, jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd bokstav c og 15-3 tredje ledd bokstav c. Hvis oppdragsgiver benytter seg av e-auksjon (se kapittel 15.3), vil det imidlertid gjelde visse unntak fra fortrolighetskravet, da noe informasjon skal ut til leverandørene.

Tildelingen av kontrakt skal skje på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget for rammeavtalen, jf. forskriftens §§ 6-3 annet ledd bokstav d og 15-3 tredje ledd bokstav d⁵. Tildelingskriteriene som legges til grunn for valg av leverandør til rammeavtalen, trenger ikke være de samme som tildelingskriteriene som skal legges til grunn ved valg av leverandør til den enkelte kontrakt innenfor rammeavtalen. Imidlertid er det vesentlig at dette går klart frem av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.

For eksempel kan det tenkes at bruk av et tildelingskriterium som leveringstid først vil kunne være relevant å se hen til i evalueringen av de enkelte kontrakter som skal tildeles

⁵ Det kan stilles spørsmål til hvorvidt tildelingskriteriene som skal benyttes i en minikonkurranse må følge reglene om vekting, jf. forskriften §§ 13-2 og 22-2. Verken forskriftens eller direktivets ordlyd gir noe entydig svar på dette. Kommisjonen skriver i sin veileder til rammeavtaler at rammeavtalen også må inneholde bestemmelser om vekting ved etterfølgende minikonkurranser, se s. 6. Sue Arrowsmith argumenterer imidlertid med at rammeavtalen må angi hvilke kriterier som skal benyttes, men ikke vektingen av disse. Hun begrunner dette ut fra at det ikke alltid vil være mulig å forutse hvilke forhold som bør vektas tyngst når den enkelte kontrakten under rammeavtalen skal inngås. I ett tilfelle kan leveringstiden være det avgjørende kriteriet, mens i det neste tilfellet er av helt underordnet betydning.

under rammeavtalen, fordi kriteriet ikke vil gi mening utover det konkrete prosjektet kontrakten gjelder.

Eksempel:

En kommune tildeler rammeavtaler på bakgrunn av tildelingskriteriene pris og kvalitet, mens tildelingen av den enkelte kontrakten innenfor rammeavtalen skjer på bakgrunn av tildelingskriteriet leveringstid. Vilåårene for den fornyede konkurransen fremgår av konkurransegrunnlaget for rammeavtalen.

8.5 Dynamisk innkjøpsordning

8.5.1 Generelt

En dynamisk innkjøpsordning (DPS)⁶ kan karakteriseres på følgende måte:

- Det er en fullelektronisk innkjøpsprosess,
- Ordningen brukes på ordinære anskaffelser som er tilgjengelige på markedet.
- Ordningen er begrenset i varighet.
- Ordningen er åpen gjennom hele ordningens varighet for alle leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene, og som har levert et veiledende tilbud som er i overensstemmelse med konkurransegrunnlaget.

Bestemmelsene om dynamiske innkjøpsordninger fremgår av forskriftens §§ 6-4 og 15-4.

En dynamisk innkjøpsordning kan brukes til å anskaffe standardiserte leveranser. Et eksempel på dette kan være kontorrekvisita. DPS kan ikke brukes for anskaffelser som forutsetter tilpasninger til oppdragsgiveren. Med relativt sett korte tidsfrister for å melde seg på systemet i systemets levetid, og til å levere tilbud for den enkelte kontrakt, kan det være vanskelig for leverandørene å delta der leveransene ikke er standardiserte.

En DPS kan som klar hovedregel ikke opprettes for mer enn fire år.

Bakgrunnen for denne nye ordningen er at oppdragsgiver ved bruk av elektroniske anskaffelsesmåter på en billig og rask måte får tilgang til, og kan evaluere tilbudsinformasjon fra en stor mengde firmaer, inkludert data som er gjort tilgjengelig gjennom elektroniske varekataloger. Gjennom et system for å ha flest mulige tilbud fra leverandører tilgjengelig til enhver tid, sikres størst mulig konkurranse.

DPS skjer gjennom en tredelt prosess:

1. Oppdragsgiver kunngjør opprettelsen av ordningen og bruker prosedyren for åpen anbudskonkurranse.

⁶ Den engelske betegnelsen på en dynamisk innkjøpsordning er dynamic purchasing system. Dette er blitt forkortet DPS. Fordi DPS er en innarbeidet forkortelse vil dette bli brukt i denne veilederen.

2. Interesserte leverandører leverer veiledende tilbud som angir om de kan levere de forespurte varene eller tjenestene. Oppdragsgiver må slippe alle kvalifiserte leverandører inn i systemet, og må også slippe inn nye leverandører kontinuerlig.
3. Oppdragsgiver må kunngjøre før hver kontraktsinngåelse, for å gi alle interesserte leverandører som ikke er registrert i ordningen muligheten til å bli registrert før kontrakten inngås. Oppdragsgiveren inviterer så alle leverandører som er registrert i systemet til å gi tilbud.

8.5.2 Sammenligning av dynamiske innkjøpsordninger og rammeavtaler

DPS og rammeavtaler med flere leverandører hvor kontrakter tildeles på basis av minikonkurranse, er like ved at leverandørene innleverer tilbud ved starten av prosedyren. En forskjell er imidlertid at tilbudene, ved opprettelsen av en DPS, kun er veiledende og brukes til å se om leverandøren kan tilby det relevante produktet. Ved DPS må alle leverandører som har tilbud som oppfyller kravspesifikasjonene slippes inn i systemet. Ved inngåelse av en rammeavtale begrenses antall leverandører – det er ikke alle kvalifiserte leverandører som får kontrakt. Ved inngåelse av kontrakt i et DPS må oppdragsgiver dermed, i motsetning til ved en rammeavtale, kanskje måtte vurdere et stort antall tilbud. En rammeavtale med flere leverandører kan imidlertid også potensielt sett inngås med mange leverandører. En stor forskjell er at i et DPS må oppdragsgiver kunngjøre hver gang det skal inngås en kontrakt. Et DPS medfører dermed større konkurranse i systemets levetid i motsetning til en rammeavtale hvor det er låst i rammeavtalens levetid hvem som deltar. Et DPS kan imidlertid, sammenlignet med en rammeavtale, medføre økte transaksjonskostnader fordi det må kunngjøres med evaluering av mulige nye leverandører og det må vurderes tilbud fra potensielt sett mange leverandører. Å inngå en kontrakt under et DPS kan dermed også ta lengre tid enn under en rammeavtale. Et DPS er dermed trolig lite egnet til å inngå mange små kontrakter.

En sammenligning av DPS i forhold til rammeavtaler:

- Fordel: Nye leverandører kan komme inn i ordningen i systemets løpetid.
- Fordel og ulempe: Oppdragsgiver må vurdere et stort antall tilbud ved inngåelse av hver kontrakt.
- Ulempe: Inngåelse av kontrakt under DPS er mer ressurskrevende og mer tidkrevende enn under rammeavtaler.



Kapittel 9

Konkurransetingelser

9.1 Innledning

I konkurranser om offentlige anskaffelser stiller oppdragsgiver en rekke krav og kriterier som er betingelser for konkurransen. Dette kan være krav til leverandørens kvalifikasjoner, krav til ytelsen som skal leveres og kontraktsbetingelser, se kapittel 9.3 og 9.5 til 9.8. Hvis det er aktuelt å begrense antall deltagere i konkurransen må det oppstilles kriterier for utvelgelse, se kapittel 9.4. For å evaluere hvilket tilbud som er best må oppdragsgiver oppstille tildelingskriterier. Tildelingskriterier blir behandlet i kapittel 15.

For å sikre kravene til gjennomsiktighet og forutberegnlighet må oppdragsgiver beskrive tydelig i kunngjøringen og/eller i konkurransegrunnlaget hvilke betingelser som gjelder for konkurransen.

9.2 Konkurransegrunnlag

Et konkurransegrunnlag supplerer og utdyper de opplysningene som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen. I konkurransegrunnlaget har derfor oppdragsgiver anledning til å fastsette mer detaljerte krav til konkurransen, anskaffelsen eller kontraktsbetingelsene. Ved anskaffelser som følger reglene i del II, trenger ikke oppdragsgiver å utarbeide et eget konkurransegrunnlag hvis kunngjøringen beskriver vilkårene for konkurransen på en tilstrekkelig utfyllende måte. Departementet mener at dette vil være mest aktuelt ved enkle kjøp av standardiserte varer. Når anskaffelsen følger reglene i del III må det utarbeides et konkurransegrunnlag som utfyller kunngjøringen.

Konkurransegrunnlaget skal inneholde opplysninger om hvilken ytelse som skal anskaffes. Departementet anbefaler i de fleste tilfeller at anskaffelsen spesifiseres gjennom behovspesifikasjon eller ved angivelse av funksjonskrav. For nærmere informasjon om bruk av tekniske spesifikasjoner, se kapittel 9.5.

Konkurransegrunnlaget skal videre gi opplysninger om hvordan konkurransen skal gjennomføres. Det skal opplyses om den prosedyre som er valgt og hvordan den skal gjennomføres, hvilke krav som stilles til leverandørene, hvordan oppfyllelse av disse kravene skal dokumenteres og, dersom det er aktuelt, hvorledes utvelgelse av leverandører i konkurranser der det settes en grense for antall deltagere skal skje. Senere i dette kapitlet er både kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører nærmere beskrevet.

Oppdragsgiver skal også gi opplysninger om endelig frist for mottak av tilbud, hvor og hvordan det skal leveres, vedståelsesfrist og eventuelle krav som stilles til utfylling, utforming og merking.

Det skal også opplyses om de tildelingskriterier som legges til grunn for konkurransen og den relative vektingen av disse.

For å ivareta kravene til forutberegnlighet, gjennomsiktighet og likebehandling må konkurransegrunnlaget utformes på en klar, tydelig og nøyaktig måte. Sammen med kunnegjøringen skal konkurransegrunnlaget gi leverandørene de opplysninger som er nødvendige for at de skal kunne utarbeide et fullstendig og fullverdig tilbud som har reell mulighet til å nå opp i konkurransen. Det er imidlertid, innenfor visse rammer, anledning til å endre, rette og supplere konkurransegrunnlaget, jf. §§ 8-2 og 17-2.

9.3 Kvalifikasjonskrav

9.3.1 Generelt om kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med å stille kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren teknisk, organisatorisk, økonomisk og finansielt har det nødvendige grunnlaget for å gjennomføre kontrakten. Dette kan for eksempel være krav til tilstrekkelig økonomisk soliditet.

Det fremgår uttrykkelig av forskriften at oppdragsgiver kan stille minimumskrav som leverandørene må oppfylle for å delta i konkurransen, jf. §§ 8-4 og 17-4. Manglende oppfyllelse av slike minimumskrav skal lede til avvisning. Slike minimumskrav skal være egnet til å sikre at leverandøren kan oppfylle kontrakten, og må stå i forhold til anskaffelsen, jf. §§ 8-4 annet ledd og 17-4 annet ledd. Dersom det eksempelvis stilles krav om minimumsomsetning, må dette kravet være proporsjonalt med hvor stor kontrakten er. Kravet til proporsjonalitet gjelder både selve innholdet i kravet og dokumentasjonsbyrden.

I forskriftens del III blir det gitt eksempler på dokumentasjon som kan godtas som bevis på leverandørens økonomiske og finansielle stilling, jf. § 17-8. Listen er ikke uttømmende. Listen over dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner er imidlertid uttømmende, jf. § 17-9¹. Det kan dermed ikke bes om annen dokumentasjon enn den som er opplistet der.

Dokumentasjonskravene som stilles skal være like for alle leverandører. Det vil være et brudd på likebehandlingsprinsippet å stille ulike dokumentasjonskrav til leverandørene, uavhengig av egen kjennskap til leverandøren.

¹ I tillegg kommer forskriftens § 17-13 første ledd som er en gjennomføring av direktiv 2004/18/EF artikkel 48 nr. 2 bokstav f, men som departementet i motsetning til strukturen i direktivet valgte å plassere sammen med den nærmere reguleringen av hvordan miljøledelsessystemer kan kreves dokumentert

Kvalifikasjonsfasen er omfattende behandlet i departementets veileder Beste Praksis fra 2004.² Denne veilederen går praktisk til verks og beskriver god innkjøpspraksis. Regelverket om kvalifisering av leverandører er i liten grad endret. Beste Praksis-veilederen vil derfor fortsatt kunne være til stor hjelp i kvalifiseringen av leverandørene. Dette kapitlet vil derfor fokusere på noen spesielle juridiske problemstillinger, og vil ikke gi noen samlet fremstilling av kvalifikasjonsreglene

9.3.2 Noen spesielle problemstillinger

Leverandøren kan støtte seg på andre foretaks kapasitet

En leverandør kan støtte seg på andre foretaks finansielle og økonomiske styrke og tekniske eller faglige kvalifikasjoner, uavhengig av den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem, jf. §§ 17-8 og 17-9.³ Leverandøren skal i et slikt tilfelle kunne dokumentere at han har tilgang til disse andre foretakenes kapasitet. Forskriften angir at en skriftlig avtale vil være en mulig måte å dokumentere dette på. Det vil også være adgang til å kunne dokumentere dette på annen måte som oppdragsgiver anser egnet, i tråd med forskriftens § 17-8 femte ledd. Adgangen til å påberope seg muligheten er ikke begrenset til konsernforhold eller lignende. Bestemmelsen gjør det lettere for nystartede og små selskaper å få mulighet til å levere til det offentlige. Det avgjørende er at leverandøren har evne til å oppfylle kontrakten, ikke hvordan denne evnen oppstår.

Dokumentasjon av registrering eller godkjenninger mv.

Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren er registrert i faglig registre, handelsregistre eller foretaksregistre som beskrevet i lovgivningen i den stat hvor de er etablert, jf. § 17-10. For norske leverandører kan dette gjelde et krav om registrering i foretaksregisteret. For kjøp fra leverandører fra andre EØS-stater fremgår en liste over relevante registre i de andre medlemslandene i vedlegg IX til direktiv 2004/18/EF⁴.

Kvalifiseringsverktøy

Kvalifisering av leverandører er ressurskrevende både for oppdragsgiver og leverandørene. Det kan tenkes ulike systemer som forenkler denne prosessen. Slike systemer kan variere fra å være en dokumentasjonsdatabase hvor mye dokumentasjonen er lett tilgjengelig på ett sted, til å være mer utførlige systemer som foretar hele eller deler av kvalifiseringsarbeidet, inkludert vurderingen av om kvalifikasjonskravene er oppfylt. Avhengig av arten av kvalifiseringsverktøyet, kan dette fungere som en database hvor leverandører som er registrert automatisk kan dokumentere kvalifikasjonskrav ved å vise til sin registrering. I kvalifiseringsverktøyet kan man sette av større ressurser til å undersøke hver leverandør ved registrering og til å følge opp leverandøren over tid. Leverandøren behøver ikke samle inn dokumentasjon og sende den inn til hver oppdragsgiver for hver konkurranse. Oppdragsgiver behøver ikke motta dokumentasjon og måtte bruke ressurser og kompetanse til å evaluere dokumentasjonen. Et eksempel på et kvalifiseringsverktøy er <http://www.startbank.no/> som er utviklet av Byggenæringens Landsforening (BNL).

2 http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/veiledninger_brosjyrer/2004/beste-praksis---offentlige-anskaffelser.html?id=275523

3 Bestemmelsen kodifiserer gjeldende rett etter EF-domstolens dom C-176/98, *Holst Italia*.

4 Lenke til direktivet med vedlegg finnes på FADs nettsider, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser.html?id=592102>

Oppdragsgiver kan ikke kreve at en leverandør skal dokumentere eller oppfylle kvalifikasjonskrav gjennom registrering i et kvalifikasjonsverktøy. Oppdragsgiver kan kun angi at dokumentasjonskravene eller kvalifikasjonskravene for visse kvalifikasjonskriterier vil være oppfylt gjennom en slik registrering, men at det også vil være oppfylt ved annen dokumentasjon. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å bruke kvalifikasjonsverktøy til å foreta hele eller deler av kvalifiseringsjobben. Oppdragsgiver må da dekke kostnadene.

I forsyningsforskriften er det adgang til å kunngjøre gjennom såkalte kvalifikasjonssystemer. Oppdragsgiver kan kunngjøre at det etableres et kvalifikasjonssystem som vil bli brukt for visse anskaffelser. Leverandører kan så bli kvalifisert til å bli tatt opp i dette systemet. Når oppdragsgiver så senere skal foreta en anskaffelse, behøver han ikke kunngjøre dette i TED⁵, men kun invitere de som er medlem av kvalifikasjonssystemet for den relevante type anskaffelsen. En dokumentasjonsdatabase har ikke denne virkningen i klassisk sektor.

Miljøledelse

Forskriftens § 17-13 regulerer muligheten for å stille krav om relevante miljøledelsestiltak hos leverandøren. Miljøledelsestiltak kan kun kreves for tjenesteytelser og bygge- og anleggsarbeider. Bestemmelsen forskriftsfester gjeldende praksis.⁶ Se departementets miljøveileder kapittel 5.3 for utdypning av dette.⁷ Kvalifikasjonskrav må være egnet til å sikre at leverandøren kan oppfylle kontraktsbetingelsene, jf. § 17-4 annet ledd. Det kan derfor ikke stilles et generelt krav om miljøledelsessystem, men det må i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret vurdering av om et miljøstyringssystem vil ha innflytelse på utførelsen av den aktuelle tjenesten eller bygge- og anleggsarbeidet. Dette innebærer at det ikke kan stilles krav som har betydning ut over utførelsen av den aktuelle kontrakten i tid og omfang.

Utførelsen av de fleste typer tjenester eller bygge- og anleggsarbeider vil medføre miljøbelastninger og oppdragsgiver kan da stille miljøkrav. Kommisjonen skriver som eksempel i sin miljøveileder:

*«Bygning af en bro i et beskyttet område
Et eksempel på sådanne specifikke miljøstyringsforanstaltninger vil være en kontrakt om bygning af en bro i et beskyttet område. En sådan kontrakt kræver fastlæggelse af en række specifikke miljøstyringsforanstaltninger, der har til formål at sikre effektiv beskyttelse af fauna og flora i området, mens broen bygges.»*

Bruken av miljøledelsessystemer vil imidlertid ikke være begrenset til så klare tilfeller. Også kontraktsbetingelser for å ivareta de mer hverdagslige miljøutfordringene knyttet til den konkrete kontrakten, kan gjøre det aktuelt med krav om miljøledelsessystemer.

⁵ Den europeiske kunngjøringsdatabasen

⁶ Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 48 nr. 2 bokstav f og artikkel 50

⁷ http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0021/ddd/pdfv/197434-ferdig_miljoveileder.pdf

Etiske kvalifikasjonskriterier

Anskaffelsesregelverket angir uttømmende hvilke dokumentasjonskrav som kan kreves og dermed indirekte hvilke kvalifikasjoner som kan stilles. Dersom det skal stilles krav til leverandørens egnethet i forhold til sosiale eller etiske forhold, må det være i forhold til leverandørens tekniske kompetanse, da finansiell eller økonomisk stilling ikke er relevant. Det er imidlertid usikkert om etiske og sosiale kvalifikasjonskrav kan dokumenteres med noen av de opplistede dokumenter i forhold til teknisk kompetanse. Les mer om etiske og sosiale krav på www.anskaffelser.no.»

9.3.3 Om forholdet mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier

Kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to uavhengige faser i en anskaffelse, med forskjellige funksjoner. Formålet med kvalifikasjonsvurderingen er å avgjøre om leverandørens kvalifikasjoner er tilstrekkelig til å sikre kontraktsoppfyllelse. Formålet med tildelingsvurderingen er å rangere tilbudene etter forhåndskunngjorte kriterier ved bruk av retningslinjer for vektning som også skal være kunngjort i konkurransegrunnlaget.⁸ Mens resultatet av kvalifikasjonsvurderingen er aksept eller avvisning av leverandøren, beror altså tildelingsvurderingen på en gradert evaluering av det enkelte tilbuds kvalitet.

Mens kvalifikasjonskravene er siktet inn mot forhold ved leverandørene, er tildelingskriteriene rettet mot tilbudet. Følgelig er det ulike regler som styrer de to fasene:⁹ noen forhold kan kun brukes som kvalifikasjonskriterier, mens andre forhold bare kan brukes som tildelingskriterier. Når det gjelder tildelingskriterier har EU-domstolen slått fast at selv om regelverket overlater til oppdragsgiver selv å velge tildelingskriterier, kan han bare velge tildelingskriterier som er egnet til å identifisere det tilbudet som er det økonomisk mest fordelaktige.¹⁰

Vurderingen av om leverandøren evner å gjennomføre den aktuelle kontrakten er, som nevnt, å karakterisere som et kvalifikasjonskriterium. Spørsmålet er om dette i enkelte tilfeller likevel kan anvendes som et tildelingskriterium, altså om kvalifikasjoner som leverandøren har også kan si noe om hvor god varen eller tjenesten er. Dette har EU-domstolen (og KOFA) uttalt seg om i en rekke saker. I praksis har spørsmålet vært knyttet til hvorvidt det er anledning til å gi uttelling for erfaring og referanser for tidligere leveranser i tildelingsfasen.

EU-domstolen har i en rekke saker avvist forsøk fra oppdragsgivers side på å bruke referanser som tildelingskriterium. For eksempel har den uttalt at det er brudd på regelverket å gi uttelling for referanser for tidligere vareleveranser i tildelingsfasen, når disse leveransene kun angir identiteten og antallet til eksisterende kunder, uten å si noe om kvaliteten på varene.¹¹ Det har imidlertid hersket usikkerhet om problemstillingen. Mange, inklusive KOFA, har ment at et rigid skille mellom kvalifikasjons- og tildelingskriterier er uheldig siden det ofte fører til at kontrakter i tjenesteforhold blir basert på pris

8 KOFA sak 2008/120 premiss 38.

9 EU-domstolens sak 31/87 *Beentjes*, premiss 15 og 16.

10 EU-domstolens sak 31/87 *Beentjes*, premiss 19.

11 EU-domstolens sak C-315/01 *GAT/Renco SpA*, premiss 51.

alene. KOFA er blant dem som derfor gradvis har gått over til å betrakte kvalifikasjons- og tildelingskriterier som delvis overlappende grupper av kriterier.¹²

Med *Lianakis*-dommen har EU-domstolen tilsynelatende presisert det rigide skillet mellom kvalifikasjons- og tildelingskriterier som domstolen oppstilte i tidligere rettspraksis. I dommen uttalte domstolen blant annet at oppdragsgiver ikke kan benytte leverandørens erfaring, personell og utstyr, og evne til å fullføre som tildelingskriterium.¹³ Begrunnelsen for dette synes å være at dette er forhold som angår leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og som derfor må oppstilles som kvalifikasjonskrav og ikke som tildelingskriterier.¹⁴ Dommen er blitt kritisert, blant annet fordi den ikke er klar nok.¹⁵

KOFA har i sak 2008/120 uttalt at dommen må forstås slik at oppfyllelsesevne i forhold til en definert tjeneste alltid må regnes som et kvalifikasjonskriterium som ikke kan videreføres eller gjentas som et tildelingskriterium. Etter KOFA's oppfatning kan imidlertid kompetanse og erfaring fortsatt inngå i en kvalitativ sammenligning mellom leverandørens tilbudte tjenestekvalitet, der konkurransegrunnlaget ikke låser oppfyllelsen til kontraktsvilkår om tjenestens innhold eller leveringstid.¹⁶ *Lianakis*-dommen problematiserer ikke bruk av sammenfallende kriterier ved både kvalifikasjon og tildeling. Etter KOFA's vurdering kan dommen derfor forstås slik at man utelukker som tildelingskriterier slike som er «*essentially linked to the evaluation of the tenderers' ability to perform the contract in question*», men ikke kriterier som fortsatt kan sies å være «*aimed at identifying the tender which is economically the most advantageous*».¹⁷ Videre er det en forutsetning at vurderingen som skal foretas under tildelingsfasen ikke er sammenfallende med, eller en gjentakelse av, den vurderingen som foretas av leverandørens kvalifikasjoner, og at det fremgår klart av konkurransegrunnlaget at vurderingene er forskjellige. Disse konklusjonene har dannet grunnlag for en rettsnorm som er blitt lagt til grunn av KOFA i en rekke saker.

KOFA sak 2009/86:

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av avtale om byggeledelsesarbeider i forbindelse med grunnlagsinvestering i Djupvik havn. KOFA fant at oppdragsgiver hadde benyttet et ulovlig tildelingskriterium som gjaldt faglig kompetanse til byggeledelse som følge av at det ikke var klart at det som skulle vurderes under tildelingskriteriet ikke var sammenfallende med, eller en gjentakelse av, det som skulle vurderes under kvalifikasjonskravet.

¹² Se for eksempel KOFA sak 2005/153 og sak 2005/50.

¹³ EU-domstolens sak C-532/06 *Lianakis*, premiss 31

¹⁴ EU-domstolens sak C-532/06 *Lianakis* premiss 25-32. KOFA har i sak 2008/120 omtalt EU-dommen i detalj.

¹⁵ T Kotsonis, *Public Procurement Law Review* (17) 2008 Hefte 4 NA128-134.

¹⁶ KOFA sak 2008/120 premiss 56. Se også Høyesteretts Nida-dom i Rt. 2007 s 1783.

¹⁷ KOFA sak 2008/120 premiss 56.

KOFA sak 2010/113:

I forbindelse med byggingen av nytt konserthus i Stavanger gjennomførte oppdragsgiver en åpen anbudsrunde vedrørende leie og drift av stillaser, heiser, lifter og byggevarme. KOFA fant at oppdragsgiver hadde brutt forskriften § 20-1 ved at vurderingen av tildelingskriteriet «Gjennomføringssikkerhet», ut i fra konkurransegrunnlaget, fremstod som sammenfallende med, eller en gjentakelse av, vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner.

KOFA sak 2010/120

Saken gjaldt konkurranse i ett trinn for ombygging og rehabilitering av et bolighus til barnehage i Oslo. Oppdragsgiver hadde angitt «erfaring» både som kvalifikasjonskriterium og som tildelingskriterium. Som kvalifikasjonskriterium hadde oppdragsgiver ment leverandørens generelle erfaring, mens erfaring brukt som tildelingskriterium var ment som et graderingskriterium konkret knyttet til tilbudets kvalitet ved henvisning til de personer som skulle stå for gjennomføring av prosjektet etter retningslinjer for antikvarisk ekspertise. Nemnda kunne imidlertid ikke se at skillet mellom etterspurte overordnede kvalifikasjoner og de oppdragsrelaterte tildelingskriterier basert på personspesifikk kompetanse, utdanning og erfaring var tydeliggjort ved de siterte avsnitt fra konkurransegrunnlaget.

9.4 Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere

9.4.1 Generelt

Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere, reguleres av forskriftens §§ 8-6 og 17-6.¹⁸ Reguleringen i forskriftens del II og III er lik, unntatt en forskjell i minstekravet til antall leverandører som skal inviteres til begrenset anbudskonkurranse. Bestemmelsen gjelder kun der anskaffelsen gjennomføres i to trinn med prekvalifisering før innlevering av tilbud. Regelen forsøker å avklare den uklare rettstilstanden som har vært etter den tidligere forskriften.

Utvelgelse av leverandører er aktuelt der oppdragsgiver skal gjennomføre en begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling. Formålet med å sette et tak på antall deltagere, er at det er kostbart å gjennomføre en anskaffelsesprosedyre med mange tilbudsgivere. Dersom det er mange tilbud som blir levert inn, må oppdragsgiver evaluere mange tilbud. Dette kan være unødvendig ressurskrevende. For leverandørene kan det være lite fristende å bruke ressurser på å utarbeide tilbud og være bundet av tilbudet, når en vet at den statistiske sannsynlighet for at en skal vinne konkurransen blir for lav. Dette kan føre til at leverandører velger å ikke levere

18 Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2004/18/EF artikkel 44 nr. 3

inn tilbud og konkurransen blir redusert. Oppdragsgiver kan derfor opplyse i kunngjøringen at kun et visst antall leverandører vil bli invitert til å levere inn tilbud.

Regelen kommer kun til anvendelse der det er for mange leverandører som tilfredsstiller kvalifikasjonsvilkårene.

9.4.2 Om nedre, og eventuelt øvre grense

Dersom oppdragsgiver skal velge ut leverandører skal det oppgis en nedre, og eventuelt øvre grense for antall leverandører som skal få levere inn tilbud. Den nedre grensen må oppgis. Dette følger av systematikken i regelen og direktivets ordlyd. Ordet «kan» i forskriften peker på at oppdragsgiver kan velge å anvende bestemmelsen.

Dersom oppdragsgiver har angitt at han ønsker å begrense deltagelsen skal den øvre grensen «eventuelt» angis. Forskriften stiller ikke noe krav om at det skal angis en øvre grense. Det er imidlertid uklart om manglende angivelse av det maksimale antallet leverandører som vil bli invitert, resulterer i at oppdragsgiver må invitere alle leverandørene. Dette er ikke departementets syn. Når oppdragsgiver først har angitt i kunngjøringen at han vil begrense antall leverandører, er det forutberegnlig for en leverandør at han ikke får levere inn tilbud.

En angivelse av maksimalt antall leverandører gir leverandørene heller ingen garanti for at så mange leverandører faktisk vil bli invitert. Å ikke angi et maksimum betyr derfor etter departementets mening at oppdragsgiver står fritt. For å oppnå best mulig konkurranse ved at flest mulig leverandører ønsker å delta, kan det imidlertid være fornuftig å angi en øvre grense. På den annen side kan oppdragsgiver ønske å få en bedre oversikt over markedet og leverandørene før oppdragsgiver avgjør hva som skaper best konkurranse. Dersom oppdragsgiver har angitt en øvre grense, kan oppdragsgiver ikke utvide denne og invitere flere leverandører.

Muligheten for å angi et minimums- og maksimumsantall innebærer at oppdragsgiver kan angi en ramme, eksempelvis fem til åtte.

Det skal inviteres et antall leverandører som er tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Uansett skal minst tre inviteres, bortsett fra for begrenset anbudskonkurranse etter forskriftens del III, hvor det minimum må inviteres fem.¹⁹

Det kan være tilfeller hvor det er nødvendig å invitere flere enn minimumsantallet for å sikre reell konkurranse. For eksempel kan dette tenkes i situasjoner hvor det er usikkert om alle leverandørene vil levere inn tilbud, spesielle trekk ved leverandørstrukturen eller særtrekk ved anskaffelsen som tilsier behov for et større antall deltagende leverandører. Dersom oppdragsgiver oppgir i kunngjøringen at det vil bli invitert et visst antall leverandører, innebærer ikke dette at konkurransen må avlyses hvis det ikke foreligger et

¹⁹ Dette tallet er en kodifisering av EF-domstolens avgjørelse i C-225/98, *Kommisjonen mot Frankrike (Nord Pas de Calais)*, hvor domstolen uttrykte at fem leverandører er nødvendig for å sikre konkurransen.

tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan da be om tilbud fra de leverandørene som er kvalifisert.

9.4.3 Kunngjøringen

Utvelgelsen av leverandørene skal skje på en gjennomsiktig måte.²⁰ Den eventuelle nedre og øvre grense skal oppgis i kunngjøringen. Kunngjøringen skal også oppgi de objektive og ikke-diskriminerende kriteriene og reglene som oppdragsgiver vil benytte ved utvelgelsen.

EU-domstolen har uttalt at der oppdragsgiver før fristen for å kvalifisere seg går ut, har utarbeidet en metode for å begrense antall leverandører, ut over det som kreves kunngjort, følger det av kravet til gjennomsiktighet at denne metoden må gjøres kjent for potensielle leverandører.²¹

9.4.4 Objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler

Det gis her en fremstilling av hvordan departementet mener at kravene til utvelgelse skal praktiseres jf. §§ 10-1 og 17-6. Utvelgelseskriteriene skal være objektive og ikke-diskriminerende. Oppdragsgiver må oppstille kriterier og regler for utvelgelsen. Det er ikke noe krav om at disse skal vektas, men det kan tenkes situasjoner hvor oppdragsgiver bør angi en vekting.

Med kravet til at kriteriene skal være objektive, ligger det et krav til gjennomsiktighet for leverandørene. Oppdragsgiver kan ikke fritt velge bort leverandører.

Bestemmelsen gir liten veiledning om hvilke kriterier som kan anvendes til utvelgelsen. Departementet mener at det kan benyttes ulike utvelgelsesformer. Disse kan være:

- best kvalifiserte
- best konkurransedynamikk
- loddtrekning

Disse mulighetene kan benyttes alene eller i kombinasjon.

Best kvalifiserte

En måte å redusere antall leverandører på er å velge de som isolert sett er best kvalifiserte. Oppdragsgiver må da angi hvordan han vil velge ut de best kvalifiserte. Utvelgelseskriteriene og vektningen av dem vil avgjøre hva som menes med best kvalifiserte.

Best konkurransedynamikk

En annen mulighet for å redusere antall leverandører er å velge kriterier basert på et ønske om å variere tilbyderkretsen, for å oppnå best mulig konkurranse. For eksempel kan oppdragsgiver signalisere at han vil velge ut både små, mellomstore og store bedrifter. Dette fordi oppdragsgiver mener at en blanding av små, mellomstore og store virksomheter vil gi en forretningsmessig god konkurransedynamikk i tilbudsfasen. Det må

²⁰ Direktivets fortale premiss 39.

²¹ Sak C-470/99, *Universale Bau*

angis klart hva som menes med små eller store virksomheter. Oppdragsgiver kan likevel ikke begrense utvelgelseskriteriene av «overtallige» kvalifiserte virksomheter til kun små virksomheter, da en slik praksis har en innretning som i for stor grad utelukker virksomheter som kan levere over landegrensene.

Videre antas det at oppdragsgiver også kan signalisere at han kommer til å gjennomføre utvelgelsen ved å velge ut både veletablerte og nyetablerte firmaer i den aktuelle bransjen. Også her må oppdragsgiver klart angi hva som menes med veletablerte og nyetablerte. Ved valg av leverandører innenfor hver kategori kan oppdragsgiver oppgi at han vil velge de best kvalifiserte. Dersom det benyttes kategorier kan det være nødvendig å øke antall leverandører som skal få levere tilbud for å sikre reell konkurranse. Hvis oppdragsgiver for eksempel begrenser konkurransen til noen små nyetablerte virksomheter som kan levere innovative og lavt prisede deltilbud, og noen store etablerte virksomheter som kan være totalleverandører, og etter vurderingen av tilbudene kommer til at en ønsker en totalleverandør, må det være tilstrekkelig konkurranse blant totalleverandørene.

Loddtrekning

En tredje mulighet kan være loddtrekning enten alene eller sammen med andre kriterier. Loddtrekning kan særlig være aktuelt i tilfeller hvor leverandører anses å falle noenlunde likt ut etter de kriterier eller metoder som oppdragsgiver har valgt å anvende. Loddtrekning må imidlertid ikke skje i anskaffelser som gjør at det oppfattes som vilkårlig myndighetsutøvelse og respektløst. Ved loddtrekning må selve trekningen skje på en måte som sikrer notoritet.

Kofa sak 2009/241

NVE gjennomførte en åpen anbudskonkurranse vedrørende anskaffelse av en toåring rammeavtale for kjøp av gravemaskiner. Klagenemda fant at det ikke var i strid med regelverket da innklagede, etter å ha kommet til at det forelå to poengmessig sett likeverdige tilbud, avgjorde konkurransen ved loddtrekning.

9.5 Tekniske spesifikasjoner

9.5.1 Generelt

Oppdragsgiver må beskrive for markedet hva han ønsker å anskaffe. Denne beskrivelsen gjøres i den tekniske spesifikasjonen, for eksempel i en funksjonsbeskrivelse.²² Tekniske spesifikasjoner er regulert i forskriftens §§ 8-3 og 17-3, og er definert i § 4-3 bokstav g. Det er gitt mer detaljerte krav i del III enn i del II. For uprioriterte tjenester som overstiger EØS-terskelverdiene må oppdragsgiver følge reglene i § 17-3 ved utarbeidelsen av de

²² Den tekniske spesifikasjonen brukes, i tråd med begrepsbruken i EØS-direktivene, som en betegnelse på spesifiseringen av anskaffelsen, uavhengig av hva slags type spesifikasjon oppdragsgiver benytter. Den tekniske spesifikasjonen er en samlebetegnelse for både en ytelsestypespesifikasjon, en funksjonsspesifikasjon og en standardspesifikasjon (noen ganger i norsk terminologi betegnet en 'teknisk spesifikasjon').

tekniske spesifikasjonene. Dette kapittelet beskriver i hovedsak reglene for del III. For anskaffelser etter del II, under EØS-terskelverdiene, har oppdragsgiver større frihet.

Et sentralt formål med anskaffelsesdirektivene er å fremme offentlige innkjøp som en del av det indre marked. Direktivene skal åpne offentlige anskaffelser for utenlandske leverandører, og skal gjennom sine prosedyreregler gjøre det enkelt for utenlandske leverandører å selge sine produkter og tjenester til offentlige oppdragsgivere. De tekniske spesifikasjonene kan utgjøre en meget sentral barriere for dette. Dersom gjenstanden man skal anskaffe beskrives slik at det blir vanskeligere for utenlandske leverandører å levere, vil man ikke oppnå formålet med anskaffelsesreglene.

EØS-avtalens hoveddel gjelder for alle anskaffelser uavhengig av verdi.²³ Bestemmelsene om fri bevegelighet for varer, tjenester, kapital og personer i EØS-avtalen gjelder dermed også for den tekniske spesifikasjonen, ved siden av anskaffelsesforskriften.²⁴ EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet forbyr offentlige oppdragsgivere å formulere de tekniske spesifikasjonene på en slik måte at leverandører fra andre medlemsland ikke kan tilby produkter som tilfredsstiller oppdragsgivers funksjonsbehov.²⁵

EØS-avtalen skal også forhindre tekniske spesifikasjoner som ekskluderer produkter som fyller de samme funksjonskravene. Dette gjelder selv om spesifikasjonene virker likt for innenlandske og utenlandske leverandører.²⁶ For å unngå diskriminering og skape størst mulig konkurranse og mulighet for innovasjon, bør oppdragsgiver beskrive anskaffelsen funksjonelt.

Også kravet til å kunne dokumentere at en oppfyller oppdragsgivers funksjonskrav, vil kunne utgjøre en barriere som er forbudt etter EØS-avtalen. For å unngå dette har leverandøren derfor som hovedregel mulighet til alltid å dokumentere at en oppfyller oppdragsgivers spesifikasjoner på annen måte enn den som er beskrevet av oppdragsgiver.

9.5.2 Hovedregel i forskriftens del III

Oppdragsgiver skal som hovedregel utforme den tekniske spesifikasjonen enten med henvisning til de typene standarder som er opplistet i fjerde ledd bokstav a, eller i form av ytelses- eller funksjonskrav. Oppdragsgiver kan velge mellom disse to måtene, bruke en kombinasjon eller angi en standard som middel for anta samsvar med ytelses- eller funksjonskrav. Opplistingen av ulike typer standarder i bokstav a er uttømmende. Som hovedregel kan oppdragsgiver dermed ikke utforme den tekniske spesifikasjonen med henvisning til andre standarder. Der det ikke finnes en relevant standard som er opplistet, må oppdragsgiver funksjonsbeskrive anskaffelsen.

23 Kommisjonen kommenterer i sin fortolkningsmeddelelse av april 2000 (KOM (2001)566) anskaffelser som ikke er omfattet av direktivene. Se punkt 2.2.1 om hvilke krav som følger av EØS-avtalen til tekniske spesifikasjoner som ikke er regulert av direktivene.

24 For mer om dette se Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2. ed 2005, s. 1107 flg.

25 Sakene 45/87, *Kommisjonen mot Irland Dunkalk*, C-59/00 *Vestergaard* og E-5/98 *Island*

26 Sak C-359/93 *Unix*

Eksempel:

Oppdragsgiver skal kjøpe programvare. Det finnes en de facto standard²⁷ (Microsoft) for programvare som er utbredt i praksis. Denne de facto standarden faller ikke inn under noen av de typene standarder som er opplistet. Oppdragsgiver må dermed ytelses- eller funksjonsbeskrive programvaren.

9.5.3 Bruk av standarder i forskriftens del III

Dersom oppdragsgiver vil beskrive gjenstanden for anskaffelsen ved hjelp av standarder, er det regler for hvilke standarder han skal benytte, og i hvilken rekkefølge de skal brukes. Dette fremgår av forskriftens § 17-3 fjerde ledd bokstav a. Dette blir ikke nærmere behandlet.

Når oppdragsgiver henviser til en standard i den tekniske spesifikasjonen, må han alltid ledsage henvisningen med uttrykket «eller tilsvarende». Leverandøren kan alltid levere en løsning som oppfyller oppdragsgivers funksjonsbehov slik det fremgår av standarden, selv om løsningen ikke oppfyller den detaljerte tekniske beskrivelsen i den aktuelle standarden. Et tilbud som oppfyller funksjonsbehovet, men ikke den detaljerte beskrivelsen i den aktuelle standarden, er ikke et alternativt tilbud. Se om alternative tilbud i kapittel 9.6.

Reglene om hvordan en skal bevise at en løsning oppfyller funksjonskravene i den aktuelle standarden, er gitt i femte ledd. Det er leverandøren som må dokumentere at løsningen oppfyller funksjonskravene. Leverandøren kan imidlertid velge hvordan han vil dokumentere dette. At løsningen er like god må påvises «til oppdragsgivers tilfredshet». Ordlyden synes å indikere en viss grad av subjektiv vurderingsrom for oppdragsgiver. Teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en prøvingsrapport fra et anerkjent organ, synes å gi en presumsjon for at løsningen er tilsvarende god. Hvis oppdragsgiver avviser et tilbud fordi det ikke er tilsvarende, må oppdragsgiverredegjøre for hvorfor kravene ikke anses oppfylt på tilsvarende måte, jf. forskriftens § 20-16 fjerde ledd tredje punktum.

9.5.4 Forbud mot å vise til et bestemt merke

Det fremgår av forskriftens §§ 8-3 fjerde ledd og 17-3 tiende ledd at med mindre kontraktens gjenstand berettiger det, skal tekniske spesifikasjoner ikke vise til et bestemt merke, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Slik henvisning kan unntaksvis tillates dersom kontraktens gjenstand berettiger det og/eller det ikke er mulig å gi en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand i henhold til hovedregelen beskrevet i avsnittet ovenfor.

²⁷ En de facto standard er en standard som er utbredt i bruk i så stort omfang at den i praksis brukes som om det skulle være en offisiell standard

Dette unntaket gjennomfører direktivet artikkel 23 åttende ledd. Ordlyden angir selv at det kun kan benyttes «unntaksvis», og skal som unntak generelt, tolkes snevert. Unntaket kan benyttes der det ikke er mulig å gi en tilstrekkelig presis og forståelig beskrivelse i tråd med forskriftens vanlige regler. Dette betyr at det verken må være mulig å ytelses- eller funksjonsbeskrive eller beskrive ved bruk av standarder i tråd med § 17-3 fjerde ledd bokstav a.

Det er ikke av betydning om et merke faktisk oppfattes som en standard, såfremt det er mulig å gi en nøytral beskrivelse. Det er heller ikke relevant om det er en implisitt forståelse av at andre produkter også er tillatt. Det er videre ikke relevant om «merket» er uoffisielt utviklet av brukere som en standard.

Begrensningen på å vise til et merke gjelder etter sin ordlyd kun der henvisning til et bestemt merke etc. har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Det vil imidlertid i praksis være en lav terskel for at det oppstår en slik virkning.

Det kan reises spørsmål ved om unntaksbestemmelsen også gjelder i de tilfeller der det lar seg gjøre å gi en klar og presis beskrivelse uten å bruke merkenavn, men der kontraktsgjenstanden likevel berettiger bruk av merkenavn, for eksempel fordi den ytelsen som skal anskaffes må være kompatibel med utstyr oppdragsgiveren allerede har anskaffet. Departementet har i en fortolkningsuttalelse åpnet opp for at unntaksbestemmelsen, under visse forutsetninger, kan brukes i slike situasjoner.²⁸

Bruken av unntaket må vurderes konkret ut fra faktiske omstendighetene. Oppdragsgiver må begrunne bruken av unntaket og sørge for at dette er etterprøvbart.

Dersom det er grunnlag for å benytte unntaket, skal en henvisning til et bestemt merke etc. ledsages av uttrykket «eller tilsvarende».

EU Kommisjonen uttaler i sin fortolkningsmeddelelse om anskaffelser som ikke er omfattet av direktivene, at det også for slike anskaffelser er fordelaktig å unngå tekniske spesifikasjoner med henvisning til et bestemt merke etc. for anskaffelser under terskelverdien. Se kapittel 14.2 om betydningen av fortolkningsmeddelelsen for anskaffelser i del I.

For spesifisering av mikroprosessorer i datamaskiner, se departementets veiledning om dette.²⁹

9.5.5 Om etiske krav

Dette avsnittet ser på om det kan stilles etiske/sosiale krav som en del av den tekniske spesifikasjonen. En bredere omtale av etiske krav er gitt i kapittel 5.2.3. Tekniske spesifikasjoner må være knyttet til kontraktsgjenstanden og angi egenskapene til produktet. Produksjonsfasen kan også være omfattet, men ikke sosiale betingelser knyttet til de som produserer. Utfordringen ved rettfærdige og etiske krav er at kravene typisk knytter

²⁸ Se brev av 06.07.12 til Forsvarets logistikkorganisasjon, http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_MS_lisenser.pdf

²⁹ http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/bro/2006/0006/ddd/pdfv/300697-veileder_mikroprosessorer.pdf

seg til de som produserer, ikke til egenskapene ved selve produktet. Av en EU-dom³⁰ fremgår det at å stille de underliggende kravene for «MaxHavelaar»-sertifisering ikke var lovlige spesifikasjonskrav. Det kan imidlertid være lovlig å stille etiske /sosiale krav som kontraktsvilkår. Les mer om dette på Direktoratet for forvaltning og IKTs (Difi) hjemmeside www.anskaffelser.no.

9.5.6. Om krav til miljø og livssyklus kostnader

Forskriftens § 17-3 (1) krever at det ved utforming av kravene skal legges vekt på livssyklus kostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen. Det skal i tillegg så langt det er mulig stilles konkrete miljøkrav til ytelsen. Livssyklus kostnader er i utgangspunktet et økonomisk begrep, men det har i høy grad også en miljømessig side. Fremtidig forvaltning, drift og vedlikehold (FDV) vil medføre kostnader og binde fremtidige budsjetter i tillegg til at FDV kan være mer eller mindre miljøbelastende. Dessuten vil en anskaffelse gjøre det nødvendig med andre anskaffelser som igjen kan være miljøbelastende.

Dette betyr at oppdragsgiver skal stille konkrete krav til det som anskaffes i tillegg til å tenke langsiktig på hvilke kostnader og miljøbelastning en anskaffelse vil generere i de kommende år. Dette kan for eksempel være kostnader til energibruk, utslipp, utskiftning av slitasjedeler på maskinpark eller bygg og bruksutgifter/innsatsfaktorer til anskaffelsen. Les mer om dette på www.anskaffelser.no.

9.6 Alternative tilbud

9.6.1 Generelt

Alternative tilbud er definert i forskriftens § 4-1 bokstav k og regulert i forskriftens §§ 11-4 og 20-4.³¹ Bestemmelsene er like i forskriftens del II og III. Reglene om alternative tilbud i forskriften gjennomfører artikkel 24 i direktiv 2004/18/EF og skal forstås i tråd med denne bestemmelsen. Bestemmelsene kan ikke tolkes i lys av tradisjonell norsk anbudsrett.

9.6.2 Hva er et alternativt tilbud?

Et alternativt tilbud foreligger kun der oppdragsgiver bruker prosedyren for alternative tilbud. Oppdragsgiver kan spesifisere anskaffelsen ved hjelp av ulike tekniske standarder eller ved ytelses- eller funksjonskrav. Tilbud som oppfyller ytelses- eller funksjonskravene i en slik spesifisering, uavhengig av hvordan, vil ikke være alternative tilbud i forskriftens betydning. Se nærmere i kapittel 9.5 om tekniske spesifikasjoner. Dette gjelder også der en leverandør leverer inn ulike tilbud basert på ulike løsninger, for å møte kravene til oppdragsgiver. Reguleringen av alternative tilbud kommer kun til anvendelse der oppdragsgiver har tillatt alternative tilbud og oppgitt minstekrav for de alternative tilbudene.

³⁰ Sak C-368/10, EU-kommisjonen mot Nederland, av 10.mai 2012

³¹ Avvisning av alternative tilbud avgitt i strid med disse bestemmelsene er regulert i §§ 11-11 første ledd bokstav c og 20-13 første ledd bokstav c. Se kapittel 13.3.1 om plikt til avvisning av tilbud avgitt i strid med bestemmelsene om alternative tilbud.

9.6.3 Noen mulige bruksområder for alternative tilbud

Alternative tilbud kan brukes på ulike måter. Nedenfor er det angitt noen mulige bruksområder med eksempler.

Alternative tilbud for å åpne for andre løsninger

Et av formålene med alternative tilbud er å åpne for at leverandørene skal kunne tilby andre løsninger enn den oppdragsgiver har sett for seg. Dette vil kunne fremme innovasjon og gi bedre behovtilfredsstillelse for oppdragsgiver. Alternative tilbud kan brukes ved alle former for tekniske spesifikasjoner. Bruken av alternative tilbud for å åpne for andre løsninger, vil imidlertid trolig være mer aktuelt der anskaffelsen er beskrevet med detaljerte tekniske spesifikasjoner enn der den er beskrevet funksjonelt. Ved en funksjonell teknisk spesifikasjon velger leverandøren selv hvordan man vil tilfredsstillere kravene. Se nærmere om tekniske spesifikasjoner i kapittel 9.5.

Eksempel:

Oppdragsgiver har behov for transport av et visst antall medarbeidere mellom sine to kontorer hver dag for møtevirksomhet. Primært ønsker oppdragsgiver å kjøpe en minibuss og oppstiller krav til denne. I tillegg lager oppdragsgiver en alternativ spesifikasjon som ikke sier noe om hvordan resultatet skal oppnås, men som oppstiller funksjonskrav til at et visst antall personer plassert i henholdsvis kontorlokale A og B skal kunne avholde møter hver dag. Tildelingskriterier er pris, levetid, miljø, driftssikkerhet og komfort/brukervennlighet. Oppdragsgiver mottar fem tilbud. Tre av dem oppfylder primærspesifikasjonen som gjelder minibuss. Et tilbud gjelder videokonferanseutstyr og oppfylder de alternative minimumskravene. Det siste tilbudet gjelder taxitransport, men inneholder vesentlig avvik fra den alternative spesifikasjonen og skal avvises.

Ved evalueringen av tilbudene kommer det frem at de to økonomisk mest fordelaktige tilbudene er det billigste tilbudet med minibuss og tilbudet med videokonferanseløsning. Av disse tilbudene scorer tilbudet med minibuss høyest på levetid, driftssikkerhet og komfort/brukervennlighet med en noe høyere pris og dårligere miljøscore. Tilbudet med videokonferanseutstyr er billigst og med høy score på miljø men scorer dårligere på levetid, driftssikkerhet og komfort/brukervennlighet. Samlet vinner tilbudet med videokonferanseutstyr.³²

Alternative tilbud for å ivareta ytterligere hensyn

Alternative tilbud kan også brukes til å vurdere muligheten til å ta ivareta ytterligere hensyn ved en anskaffelse, for eksempel å velge en mer miljøvennlig løsning. Oppdragsgiver vil da motta hovedtilbud og mer miljøvennlige tilbud, og kan vurdere ut fra tildelingskriteriene om en ønsker å fremme miljøvennlige løsninger.

³² Formålet med å åpne for alternative tilbud kunne i dette tilfellet også vært oppnådd ved å funksjonsbeskrive anskaffelsen.

Eksempel:

Oppdragsgiver utlyser en konkurranse for bygging av renseanlegg til innbyggerne og industrien i området. Det oppstilles visse funksjonskrav til renseanlegget. I tillegg ønsker oppdragsgiver alternative tilbud hvor det er oppstilt ekstra funksjonskrav til visse miljøkrav, og enkelte av de andre funksjonskravene er satt lavere.

Åpning for alternative tilbud for å vurdere enklere løsninger

Alternative tilbud kan også benyttes til å etterspørre tilbud med mindre funksjonalitet enn hovedløsningen.

Eksempel:

Oppdragsgiver ønsker primært å få skreddersydd programvare for å styre sin virksomhet. Oppdragsgiver ønsker imidlertid også å åpne for billigere hyllevareprogramvare og er da villig til å akseptere en enklere funksjonalitet.

9.6.4 Krav til prosedyren ved åpning for alternative tilbud

Dersom oppdragsgiver vil tillate alternative tilbud, må dette angis i kunngjøringen. Kunngjørings skjemaene inneholder et eget felt for dette. Oppdragsgiver må i konkurransegrunnlaget også angi de alternative minstekravene til ytelse og funksjon. Uten at dette er angitt, er det ikke anledning til å levere inn eller akseptere alternative tilbud.³³

Forskriftens regel om at alternative tilbud positivt må tillates kan tilsynelatende virke begrensende på adgangen til å levere alternative tilbud, sammenlignet med en situasjon hvor oppdragsgiver må angi dersom man ikke tillater alternative tilbud. EF-domstolen fastslo imidlertid i C-421/01 *Traunfellner*, at det kun er mulig å levere alternative tilbud dersom oppdragsgiver har angitt alternative minstekrav. Såfremt det ikke er angitt alternative krav er det ikke mulig å evaluere om tilbudet tilfredstiller oppstilte minstekrav. I praksis er det derfor uavhengig av et krav til å positivt å tillate alternative tilbud, ikke mulig å levere alternative tilbud dersom ikke oppdragsgiver har oppstilt en alternativ spesifikkasjon.³⁴

Oppdragsgiver kan oppstille spesielle krav til utformingen av alternative tilbud. Dette må gjøres i tråd med de generelle kravene til eksempelvis hvilken type dokumentasjon som kan kreves.

33 Se KOFA sak 2007/60, der klagenemnda kom til at innklagede hadde brutt krav til forutberegnelighet og likebehandling etter lovens § 5 ved å vurdere og anta et alternativt tilbud, når det i kunngjøringen var opplyst om at alternative tilbud ikke ville bli vurdert.

34 Se KOFA sak 2007/6. I denne saken var det åpnet for levering av alternative tilbud i kunngjøringen. Klagenemnda kom likevel til at antagelse av et alternativt tilbud var i strid med lovens § 5, siden det ikke var oppgitt hvilke minstekrav det alternative tilbudet måtte oppfylle for å komme i betraktning.

Oppdragsgiver må kunne vurdere alternative tilbud mot andre tilbud. Det er derfor bare adgang til å åpne for alternative tilbud der tildeling av kontrakt skal skje på bakgrunn av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, må oppdragsgiver oppstille tildelingskriteriene på en slik måte at de er egnet til å evaluere og sammenligne tilbud på tildelingsstadiet etter både den primære tekniske spesifikasjonen og den alternative spesifikasjonen. Oppdragsgiver må kunne vurdere hvert kriterium for hvert tilbud. Dersom oppdragsgiver mottar så forskjellige tilbud at de ikke er mulig å sammenligne må oppdragsgiver kunne måtte avlyse konkurransen.

9.6.5 Noen spesielle problemstillinger

Kan det leveres alternative tilbud uten også å levere tilbud på hovedløsningen?

Det er ikke avklart om oppdragsgiver kan kreve at en leverandør må levere et tilbud som oppfyller den primære kravspesifikasjonen for å kunne levere et alternativt tilbud. Den danske Konkurrentestyrelsen viser i sin veiledning avsnitt 10.2.1³⁵ til at det kan stilles krav om dette. I mangel av et forbud, antar departementet at det er adgang til å stille slikt krav. Et slikt krav kan være egnet der oppdragsgiver benytter alternative tilbud for å vurdere tilleggsytelser, og derfor ønsker å motta både tilbud med og uten tilleggsytelser for å kunne sammenligne. Dersom oppdragsgiver benytter alternative tilbud for å kunne motta tilbud på nye løsninger, kan imidlertid et slikt krav være til hinder for å motta tilbud fra små innovative leverandører, som kun kan tilby en alternativ nyskapende løsning. Et slikt krav kan også føre til mindre konkurranse, fordi det blir mer kostbart å levere tilbud.

Kan/skal prosedyren for alternative tilbud også brukes for kontraktsvilkår?

Eksemplene i kapittel 9.6.3 om bruk av alternative tilbud, gjelder alternative oppfyllesmåter for den tekniske utførelsen. Oppdragsgiver åpner for to ulike tekniske spesifikasjoner, slik at leverandøren både kan levere inn tilbud på asfaltdekke og tilbud på betongdekke. Tilsvarende kan det tenkes alternative sett med kontraktsvilkår. For eksempel ved at oppdragsgiver åpner for et sett med kontraktsvilkår for kjøp av bil, og et sett med kontraktsvilkår for leie av bil.

Det er ikke avklart om reglene for alternative tilbud kun regulerer alternative tekniske løsninger, eller om de også gjelder for alternative kontraktsvilkår. Direktivteksten gir ikke noe svar på dette.³⁶ Det er blitt hevdet i teorien at formålet med regelen om alternative tilbud, er å fremme innovative løsninger.³⁷ Innovative kontraktsmodeller er ikke en del av dette. Reglene om alternative tilbud er for eksempel også lite egnet for å gi muligheter til å la leverandører foreslå forskjellige betalingsmodeller. Alternative løsninger om kontraktsvilkår kan derfor trolig søkes utenfor forskriftens regulering av alternative tilbud. Motsatt er det i teorien blitt hevdet at reglene om alternative tilbud også gjelder for eksempelvis ulike modeller for finansiering.³⁸ Ved for eksempel en OPS-kontrakt kan

35 Konkurrentestyrelsens veiledning til udbudsdirektiverne 2006 :<http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Publikationer/Dansk/2006/20061231-Konkurrentestyrelsens-veiledning-til-udbudsdirektiverne-2006?tc=FFD16B-39B7494E179F618295403C03F3>

36 Direktiv 2004/18/EF artikkel 24 nr. 3

37 Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2.ed 2005 s. 530.

38 Hjemlborg m.fl., *EU Udbudsretten*, 2005, s. 190

det være nødvendig å ha et samspill mellom å åpne for alternative tekniske løsninger og kontraktsmodeller. Spørsmålet er uklart og må finne sin løsning i praksis.

Situasjonen der et alternativt tilbud endrer anskaffelsen fra å være en vare – til en tjenestekontrakt eller omvendt

Oppdragsgiver kan ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende med den begrunnelse at kontrakten vil endre karakter fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt. Eksempelvis der oppdragsgiver primært ber om en tjenestekontrakt i form av utvikling av programvare og en leverandør leverer inn et alternativt tilbud på en ferdig utviklet programvareløsning, som gjør anskaffelsen til et varekjøp.

9.7 Vedståelsesfrist

Oppdragsgiver skal fastsette en vedståelsesfrist, med dato og klokkeslett, som angir hvor lenge tilbudene er bindende.³⁹ Vedståelsesfristen har avtalerettslig betydning ved at den angir hvor lenge leverandørene er rettslig bundet av sine tilbud. Etter fristens utløp er ikke tilbudene lenger gyldige. Oppdragsgiver må således inngå kontrakt mens tilbyderne ennå vedstår seg sine tilbud.

En lang vedståelsesfrist kan medføre at leverandørene må binde opp sine ressurser unødvendig lenge. Fristen bør derfor ikke settes lengre enn det som er nødvendig av hensyn til behandlingen av tilbudene. Vedståelsesfristen skal angis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

Dersom ikke annet fremgår av konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, utløper vedståelsesfristen kl. 24.00, 30 dager etter tilbudsfristens utløp.⁴⁰

Oppdragsgiver har under visse omstendigheter mulighet til å forlenge vedståelsesfristen *før fristens utløp*.⁴¹ Oppdragsgiver kan også i visse tilfeller, innen rimelig tid *etter fristens utløp*, spørre leverandørene om de vil fastholde tilbudene sine. Hva som anses som rimelig tid må vurderes i forhold til det konkrete tilfellet. I utgangspunktet må oppdragsgiver ha kontroll over anskaffelsesprosessen, slik at det ikke oppstår en situasjon der vedståelsesfristen har løpt ut. Samtidig har bestemmelsen stor praktisk betydning. I dette tilfellet har det vært avholdt en konkurranse og det er lite samfunnsøkonomisk gunstig at oppdragsgiver må avlyse konkurransen og starte forfra. Tilbud om forlengelse/fastholdelse må gis til samtlige leverandører som ikke har blitt avvist⁴² eller fått sitt tilbud forkastet.⁴³

En betingelse for å kunne forespørre leverandørene om å forlenge vedståelsesfristen eller fastholde tilbudene etter fristens utløp, er at dette ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen. Det vil si at det ikke må skje vesentlige endringer i de

39 Jf. forskriftens § 10-2 første ledd og 19-6 første ledd

40 Jf. forskriftens § 10-2 annet ledd og 19-6 annet ledd.

41 Jf. forskriftens § 10-2 tredje ledd og 19-6 tredje ledd

42 Jf. hhv. forskriftens §§ 11-10 eller 11-11 og §§ 20-12 eller 20-13

43 Jf. hhv. forskriftens § 11-8 og §§ 20-8 eller 20-11.

vilkårene som skulle legges til grunn ved utformingen av tilbudene. En forlengelse av vedståelsesfristen eller fastholdelse av tilbudene etter fristen utløp kan for eksempel medføre at kontraktens oppstartstidspunkt blir forskjøvet i tid. Det vil kunne være tilfellet der leveransen skal starte umiddelbart etter kontraktssignering: Her kan en forlengelse av vedståelsesfristen medføre at grunnlaget for konkurransen blir vesentlig endret. For eksempel kan det tenkes at utvalget av leverandører som deltok i konkurransen hadde vært et annet dersom det endrede tidspunktet for kontraktsoppstart hadde vært kjent på kunngjøringstidspunktet. Det kan heller ikke utelukkes at leverandørene ville ha levert et tilbud med et annet innhold, dersom de hadde vært kjent med det endrede tidspunktet for kontraktsoppstart da de utformet tilbudene sine. I et slikt tilfelle vil det derfor ikke være adgang til å forespørre leverandørene om å forlenge vedståelsesfristen eller fastholde tilbudene etter fristens utløp.

Det er også en betingelse at det ikke skjer vesentlige endringer i leverandørens opprinnelige tilbud. Dette innebærer også at forlengelsen/fastholdelsen ikke må ha vesentlig betydning for bedømmelsen av tilbudene. Hvis for eksempel konkurransevilkårene legger opp til en kontrakt som gir mulighet for prisregulering, vil en forlengelse/fastholdelse kunne føre til at rangeringen av tilbudene endres, avhengig av tidspunktet for evalueringen.

Det er opp til hver enkelt leverandør hvorvidt denne ønsker å forlenge vedståelsesfristen eller fastholde tilbudet etter fristens utløp. Det stilles i denne sammenheng ikke krav til hvem eller hvor mange leverandører som faktisk forlenger vedståelsesfristen/fastholder sitt tilbud, selv om dette kan ha innvirkning på konkurransesituasjonen. Om man har ti tilbydere og én sier nei til å forlenge tilbudet, fortsetter konkurransen med ni tilbydere. Om ni sier nei, fortsetter konkurransen med ett tilbud.

Det gjelder ingen formkrav til hvordan forlengelse/fastholdelse skal skje. Her gjelder de alminnelige avtalerettslige prinsipper, og det vil således i utgangspunktet være mulig å avtale forlengelse/fastholdelse muntlig. Det kan for eksempel være praktisk der det kommer inn en klage rett før vedståelsesfristens utløp. Oppdragsgiverne bør imidlertid etterfølgende, av hensyn til gjennomsiktighet og etterprøvbarehet, sikre seg skriftlig dokumentasjon.

Følgene av at kontrakt inngås etter at vedståelsesfristen er gått ut, uten at leverandørene har forlenget vedståelsesfristen eller fastholdt tilbudet, er at kontrakten blir å betrakte som en ulovlig direkte anskaffelse.⁴⁴

9.8 Kontraktbetingelser

9.8.1 Kontraksstandarder

Oppdragsgiver skal som hovedregel bruke fremforhandlede og balanserte kontraksstandarder ved inngåelse av kontrakter, jf. forskriften § 3-11 første ledd.

44 Jf. KOFA sak 2010/203.

Bestemmelsen gjelder alle kontrakter, det vil si vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter. For varer kan dette eksempelvis være aktuelt for IT-kontrakter. En kontraktsstandard er fremforhandlet når den er blitt til gjennom forhandlinger mellom representanter fra ulike parter. Dette omfatter først og fremst standarder som er blitt til på nasjonalt nivå, f.eks. innen bygg og anlegg Norsk Standard 8405, 8406 eller NS 8431 om fast renhold. Slike standarder inneholder alminnelige kontraktsbetingelser som plikter og rettigheter ved mangler, avvik og betalingsgjennomføring. Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget gjøre kjent hvilke kontraktsstandarder som vil bli brukt.

Regelen oppstiller en klar hovedregel om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder. KOFA kom i sak 2003/138, som nemnda har vist til i senere saker, til at bestemmelsen ikke inneholder noen plikt til å benytte kontraktsstandarder eller forbud mot å gjøre unntak fra standardkontraktene.

Bestemmelsen er rettet mot oppdragsgiver og er en ordensbestemmelse som forutsetter at oppdragsgiver vurderer om det eksisterer en egnet standardkontrakt, og at oppdragsgiver søker å holde seg til standarden i den grad anskaffelsen ikke tilsier avvik. Departementet vil derfor understreke uttalelsen i Ot. Prp. nr. 71 (1997-98) kapittel 10.2.3, som utgjør forarbeidene til bestemmelsen. Departementet uttalte der på s. 44:

”Departementet vil innledningsvis gi klart uttrykk for at det selvfølgelig ikke ønsker en utvikling hvor statlige oppdragsgivere benytter «ensidige» vilkår i den forstand at risiko og byrder fordeles på en lite rimelig måte mellom partene. Heller ikke ønsker departementet et «kontraktsanarki». Dette vil hverken leverandørene eller staten som oppdragsgiver være tjent med.

Når det gjelder bruk av standarder og omforente regler, vil departementet bemerke at det anerkjenner betydningen av at partene kan forholde seg til kjente og balanserte regler i kontraktssituasjonen. Dette letter samarbeidet partene i mellom, man unngår tvil og misforståelser og man unngår å bruke tid og ressurser på å sette seg inn i og utforme kontraktsbestemmelser i det enkelte tilfelle. At man opererer med kjente vilkår kan på sikt føre til stabilitet og lavere priser. Departementet har ikke grunnlag for å tro at statlige oppdragsgivere ikke selv ser fordelene av en slik opptreden. Det vises her til uttalelsene fra Statsbygg og Forsvarets bygningstjeneste.

På den annen side bør ikke oppdragsgiveren låses til standarder på en slik måte at han forhindres fra å opptre på en profesjonell, forretningsmessig og hensiktsmessig måte i markedet. En anvendelse av uhenksomme kontraktsbestemmelser kan på lik linje med ukjente og ensidige bestemmelser virke prisdrivende og kan vanskeliggjøre det samarbeid som er nødvendig partene i mellom. Videre vil en henvisning til bestemte standarder kunne forhindre en utvikling av nye og hensiktsmessige samarbeidsformer mellom byggherre og entreprenør. Særlig innenfor bygge- og entrepriseområdet er samarbeidet mellom partene ofte avgjørende for hvilket resultat som oppnås. En generelt utformet bestemmelse vil på denne måte bedre ta høyde for og virke som en inspirasjon for en profesjonell og forretningsmessig opptreden fra statlige oppdragsgiveres side.

På denne bakgrunn går departementet inn for en generelt formet bestemmelse. Departementet tar imidlertid sikte på en strammere utforming av bestemmelsen enn hva utvalget har foreslått. Det bør etter departementets mening tydelig framgå av bestemmelsen at statlige oppdragsgivere som den klare hovedregel har en plikt til å anvende balanserte standarder og vilkår.”

Departementet vil også få peke på en viktig problemstilling hvor oppdragsgivers unntak fra standardene fører til forbehold fra leverandørene som igjen kan lede til avvisning fra konkurransen. Dersom oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget avviker en fremforhandlet og balansert kontraktsstandard og overfører urimelig risiko til leverandøren for forhold og hendelser som leverandøren ikke har noen kontroll over, og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd, vil dette kunne medføre at leverandører enten ikke deltar i konkurransen eller tar forbehold mot et slikt kontraktsvilkår. Når kostnads- og tidskonsekvensen av forholdet som kontraktsvilkåret gjelder ikke kan estimeres på forhånd, fører dette til at leverandører som tar et slikt forbehold må avvises. Konkurransen vil da kunne bli begrenset. Oppdragsgiver bør være bevisst på markedssituasjonen ved bruk av slike kontraktsvilkår. Maksimal overføring av risiko til leverandøren kan isolert sett være forlokkende, men kan være en uheldig innkjøpsstrategi og vil kunne motvirke prinsippene nedfelt i lovens §§ 1 og 5 om effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet, likebehandling og forutberegnlighet.

Før oppdragsgiver gjør unntak, bør oppdragsgiver foreta en vurdering av den enkelte anskaffelse for å undersøke om det er konkrete forhold som begrunner unntak fra standarden. Som en intern rutine kan det være hensiktsmessig å nedtegne for eget bruk den konkrete begrunnelsen for at man eventuelt mener at det er hensiktsmessig å avvike fra den relevante standardkontrakten.

9.8.2 Etikk som kontraktsvilkår

Forskriftens § 3-11 annet ledd gir oppdragsgiver muligheten til å stille særlige vilkår for gjennomføring av kontrakten. Det er uttrykt at dette kan omfatte sosiale vilkår. Kontraktsvilkår må ikke være i strid med kravene til konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling. Kontraktsvilkår knyttet til varer kan også være problematisk ettersom varen kan være produsert før kontrakt tildeles.

Det kan imidlertid stilles krav om at dersom leverandøren er i stand til å tilby varer som tilfredsstiller visse etiske krav, skal dette tilbys som en del av kontrakten. Oppdragsgiver kan imidlertid ikke avvise en leverandør som ikke har rettferdige eller etiske varer, og kan ikke vektlegge dette i evalueringen.

Det kan også inntas som kontraktsvilkår at leverandøren skal sikre overholdelse av de åtte grunnleggende ILO-konvensjonene. Disse konvensjonene er opplistet i kapittel 13 om avvisning.

Det kan for eksempel stilles krav om at den som er ansvarlig for innkjøp hos leverandøren kan garantere (avgi en erklæring om) at innkjøpene overholder disse åtte grunnleg-

gende konvensjonene. I erklæringen kan det pålegges en viss plikt for leverandøren for å sikre seg at dens underleverandører overholder kravene. Hvis det avdekkes brudd skal leverandøren bytte til andre underleverandører.

Oppdragsgiver kan angi at egenerklæring ikke må innleveres dersom produktene er merket med «Max Havelaar», «SA 8000» eller liknende. Dersom oppdragsgiver krever en egenerklæring fra leverandøren, vil det av kravet til likebehandling kunne medføre et krav til oppfølging av leverandøren. Les mer om muligheten til å stille etiske kontraktsvilkår på www.anskaffelser.no.

9.8.3 Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter

Som ledd i kampen mot sosial dumping er det innført en forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter. Forskriften innebærer en plikt til å ta inn en klausul om de ansattes lønns- og arbeidsforhold i offentlige kontrakter. Plikten til å ta inn en slik klausul gjelder for tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som overstiger 1 million kroner eks. mva. for statlige myndigheter og 1,6 millioner kroner eks. mva. for andre oppdragsgivere.

I henhold til forskriftens § 5 skal offentlige oppdragsgivere ta inn en klausul i avtalen om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, har lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med kravene i forskriften. For områder som er dekket av forskriften om allmenngjorte tariffavtaler skal oppdragsgiver stille krav om arbeids- og lønnsvilkår i samsvar med gjeldende forskrifter. På områder som ikke dekkes av forskrift om allmenngjorte tariffavtaler, skal oppdragsgiver stille krav om lønns- og arbeidsvilkår tilsvarende gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Forskriften lister opp hvilke typer lønns- og arbeidsvilkår som er omfattet.

Etter forskriften skal det også tas inn i kontrakten at leverandøren på forespørsel skal dokumentere lønns- og arbeidsvilkårene til ansatte som medvirker til å oppfylle kontrakten. Kontrakten skal også inneholde et sanksjonsregime som påvirker leverandøren eller underleverandøren til å oppfylle kontraktsklausulen om lønns- og arbeidsvilkår. En slik sanksjon kan for eksempel være at oppdragsgiver holder tilbake hele eller deler av kontraktsummen til lønns- og arbeidsvilkårene er brakt i samsvar med regelverket og kontrakten.

Oppdragsgiver skal gjennomføre nødvendig kontroll av om kravene til lønns- og arbeidsvilkår overholdes. Graden av kontroll kan tilpasses etter hvor stor risiko det er for sosial dumping i det aktuelle kontraktsforholdet.



Kapittel 10

Kunngjøring av konkurransen

10.1 Kunngjøringskrav

Kunngjøring er et virkemiddel for å gjøre leverandører i markedet oppmerksom på anskaffelsen. Utgangspunktet er at hvis man tror at flere leverandører ønsker å konkurrere om en anskaffelse, så skal anskaffelsen offentliggjøres på en slik måte at ingen relevante leverandører bevisst blir forhindret fra å delta. På denne måten åpnes det for større konkurranse og gjennomsiktighet om offentlige anskaffelser, og det offentlige vil kunne få en bedre pris eller ytelse ved at flere konkurrerer om oppdragene. Reglene om gjennomføring av kunngjøring fremgår av forskriftens kapittel 9 og 18.

Forskriften gir følgende pålegg om kunngjøringer i anskaffelsesprosessen:

- Forskriften krever i utgangspunktet at alle anskaffelser over nasjonal terskelverdi (500 000 kr) skal kunngjøres. Dette gjelder både for varekjøp, tjenestekjøp og bygge- og anleggskontraheringer. Dersom anskaffelsen har en anslått verdi som ligger under nasjonal terskelverdi (kr 500 000), er det ikke plikt til å kunngjøre anskaffelsen, men forskriftens del I må følges. Det betyr blant annet at det, så langt det er mulig, skal gjennomføres konkurranse om anskaffelsen, se kapittel 5 om grunnleggende krav til alle anskaffelser. Man kan også unnlate å kunngjøre en anskaffelse dersom den omfattes av et av unntakene i § 2-1, eller når vilkårene for å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er oppfylt, jf. § 14-4.
- For dynamiske innkjøpsordninger kreves det en kunngjøring både ved opprettelsen av ordningen, og før tildeling av hver enkelt kontrakt.
- For alle tildelte kontrakter, rammeavtaler eller plan- og designkonkurranser over EØS-terskelverdiene (del III og IV-anskaffelser) gjelder også et krav om at man skal kunngjøre kontraktstildeling senest 48 dager etter at denne er foretatt, jf. § 18-4 første ledd. Oppdragsgivere som inngår kontrakter basert på en dynamisk innkjøpsordning, skal også sende en meddelelse om dette innen 48 dager, men kan velge å istedenfor kunngjøre kontraktstildelinger kvartalsvis, jf. § 18-4 fjerde ledd. Kravet om kunngjøring av kontraktstildelinger gjelder også ved kjøp av uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdi, jf. § 9-2 annet ledd.
- Det er frivillig å foreta en veiledende kunngjøring. Hvis oppdragsgiver ønsker å benytte seg av muligheten til å forkorte fristene ved ordinær kunngjøring i §§19-1 tredje ledd og 19-2 fjerde ledd, må han imidlertid først ha foretatt en veiledende kunngjøring, eller ha gitt de samme opplysningene i sin kjøperprofil. Når man benytter seg av veiledende kunngjøring for å forkorte fristene, må man følge fremgangsmåten i § 18-2 annet til fjerde ledd.

10.2 Kjøperprofil

En kjøperprofil er en nettside som er tilrettelagt for oppdragsgiver. Nettsiden viser innkjøpsrelatert informasjon, og er åpen og tilgjengelig for leverandører. Formålet med en kjøperprofil er å gi detaljer om oppdragsgivers praksis og formål med anskaffelsene, slik at potensielle leverandører får bedre kunnskap om kjøperen, og et bedre grunnlag for å ta stilling til om de skal delta i en eller flere potensielle konkurranser. En innkjøpsprofil er kort oppsummert en oppstilling av fremtidige anskaffelser, prosedyre som vil bli benyttet, samt kontaktinformasjon. Det er ingen restriksjoner med hensyn til hva som kan kunngjøres på en kjøperprofil, men for enkelte kunngjøring er det spesielle prosedyrekrav.

10.3 Frivillig kunngjøring

Oppdragsgiver kan velge å kunngjøre anskaffelser selv om dette ikke er pålagt etter forskriften. I den norske offisielle databasen for offentlige anskaffelser (Doffin)¹ er det laget et eget sett med kunngjørings skjemaer for frivillig publisering av anskaffelser som har en verdi under kr 500 000 (veiledende kunngjøring, kunngjøring av konkurranse, og kunngjøring av kontraktstildeling). Kunngjøring av disse anskaffelsene er en enkel måte å bidra til konkurranse, forutsigbarhet og gjennomsiktighet ved mindre oppdrag.

Dersom oppdragsgiver velger å kunngjøre en anskaffelse i TED-databasen, EUs offisielle kanal for kunngjøring av offentlige innkjøp, og verdien er under EØS-terskelverdiene, er det viktig at oppdragsgiver i kunngjøringen gjør oppmerksom på at det er de nasjonale delene av regelverket som gjelder for anskaffelsen.

10.4 Kunngjøring av konkurranse

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene er det et krav om kunngjøring i TED-databasen. Leverandører fra hele EØS-området vil på denne måten kunne være med i konkurransen. På samme måte har norske leverandører mulighet til å delta i konkurranser om leveranser til offentlige myndigheter i Europa. Disse kunngjøringene skal også inn i Doffin. Det er et absolutt krav at kunngjøring ikke publiseres eller på annen måte gjøres kjent før den dagen Doffin oversender kunngjøringen til TED-databasen.

For kontrakter over nasjonal terskelverdi, men under EØS-terskelverdiene, vil det være av mindre interesse for utenlandske leverandører å delta i konkurransen. Det er derfor bare et krav om nasjonal kunngjøring i Doffin. Dette skal sikre konkurransen om de offentlige oppdragene. Det er imidlertid adgang til å kunngjøre mindre anskaffelser også i EØS-området.

10.5 Hvordan kunngjøre

Alle kunngjøring over nasjonal terskelverdi skal kunngjøres på Doffin. For anskaffelser over EØS-terskelverdiene, eller som er underlagt WTO/GPA-avtalen, skal kunngjøringen

¹ <http://www.doffin.no/>

også publiseres i EUs TED-database. Operatøren av Doffin har ansvaret for kontroll og videresending til TED-databasen. Alle kunngjøringer skal sendes på norsk til Doffin. For kunngjøringer som også skal publiseres i TED-databasen, kan oppdragsgiver selv oversette kunngjøringen til et av EUs offisielle språk, eller de kan kjøpe oversettelsestjenesten fra Doffin.

Det er utarbeidet egne skjemaer til hver type kunngjøring som oppdragsgiver må benytte. Kunngjøringsskjemaene finnes tilgjengelig i elektronisk format på www.doffin.no. Her finnes også egne veiledninger for henholdsvis oppdragsgivere og oppdragsøkere.

For å kunngjøre på Doffin, må oppdragsgiver registrere seg.

10.6 Anskaffelsesreferanse, CPV – Common Procurement Vocabulary

I kunngjøringene skal anskaffelsen henviser til en eller flere CPV-referanse(r). For anskaffelser over EØS-terskelverdiene skal det angis full kode på 8 siffer, mens det for kjøp under EØS-terskelverdiene er tilstrekkelig å angi de to første sifrene som viser gruppekode. Grupperkodene tilsvarer i stor grad vanlig bransjeinndeling.

CPV er EU-kommisjonens produkt/tjeneste/oppdragskoder og kreves av EUs Publikasjonskontor på alle kunngjøringer i TED-databasen. Kodene gjør det enkelt for leverandører å finne relevante oppdrag, uavhengig av hvilket språk som benyttes i kunngjøringen. I tillegg til CPV stiller Doffin også krav til bruk av stikkord for å forenkle søk etter oppdrag.

Fullstendig CPV-kode skal påføres alle kunngjøringer som i henhold til EØS-regelverket skal kunngjøres i TED-databasen. Doffin vil kontrollere at koden er påført før sending til TED.

Det finnes i alt ca 9 000 CPV-koder ordnet i grupper. En oversikt over CPV-koder finnes på EUs SIMAP-sider ("Information about European public procurement")². Her finnes kodelisten på alle EU-språk. CPV-kodene i norsk oversettelse finnes på Doffin.

Det er også mulig å referere til andre nomenklatur eller typebetegnelser i selve kunngjøringen eller vedlegg til kunngjøringen, men dersom disse referansene ikke er produktneutrale, er det viktig å tilføye «eller tilsvarende» i kunngjøringsteksten.

10.7 Avvisning av kunngjøringer

Operatøren av Doffin har fullmakt til å avvise kunngjøringer som ikke er fullstendige og korrekte etter reglene om kunngjøring og fristberegning, med mindre dette skyldes åpenbare feil som lett kan rettes opp.

² http://simap.europa.eu/index_en.htm



Kapittel 11

Frister

11.1 Innledning

11.1.1 Generelt om fristberegningen

Alle fristene i anskaffelsesforskriften skal beregnes i samsvar med forskrift om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkt.³

Hovedregelen ved fristberegninger at alle kalenderdager teller med, med mindre helligdager og lørdager/søndager uttrykkelig er unntatt i regelverket, eller fristen uttrykkelig angis i virkedager. Virkedager vil si alle dager som ikke er helligdager, fredag, lørdag eller søndag. Ingen av fristene i anskaffelsesregelverket unntar helligdager mv, slik at utgangspunktet etter anskaffelsesregelverket er at fristene regnes i kalenderdager.

Fristens utgangspunkt vil variere etter hvilken anskaffelsesprosedyre som benyttes og om anskaffelsen følger forskriftens del II eller III.

Hvis oppdragsgiver ikke har uttrykt et bestemt klokkeslett for når fristen løper ut, men kun har uttrykt fristen i dager, vil fristen utløpe på slutten av den siste timen av fristen siste dag. Dersom fristen kun er angitt i dager kan tilbud innleveres frem til kl. 24.00 den aktuelle dagen. Oppdragsgiver bør derfor angi et bestemt klokkeslett for når fristen løper ut.

11.1.2 Konsekvenser av at det er satt frister

Utgangspunktet er at de fristene oppdragsgiver har satt er ufravikelige. Dersom et tilbud leveres etter utløpet av tilbudsfristen, skal tilbudet avvises, se kapittel 13.3.

Dette er i samsvar med de grunnleggende kravene til forutberegnlighet og likebehandling, se kapittel 5.

11.2 Anskaffelser under EØS-terskelverdiene – forskriftens del II

11.2.1 Frist for forespørsel om deltakelse og innlevering av tilbud

Fristene for anskaffelser under EØS-terskelverdiene skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å innhente nødvendig dokumentasjon, og foreta nødvendige undersøkelser og beregninger, jf. forskriftens § 10-1. Det er ikke fastsatt noen minimumsfrister i forskriftens del II. Oppdragsgiver har dermed større frihet til å fastsette hvilke frister som skal gjelde, enn i forskriftens del III.

³ Forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av regler om frister, datoer og tidspunkter.

Hvor lang fristen bør være for å gi leverandørene tilstrekkelig tid, vil bero på en konkret vurdering. Der må en blant annet ta hensyn til at de grunnleggende kravene overholdes. I henhold til forholdsmessighetsprinsippet bør fristen være lenger jo mer omfattende og kompleks anskaffelsen er.

Nedenfor følger noen momenter oppdragsgiver bør ta hensyn til ved fastsettelse av fristen (listen er ikke ment å være uttømmende):

- *Anskaffelsens art, størrelse og kompleksitet*

Fristen kan være kortere dersom det skal anskaffes «hyllevarer» enn ved mer komplekse anskaffelser, der leverandørene har behov for å gjøre grundigere undersøkelser for å kunne utarbeide et tilbud, jf. forholdsmessighetsprinsippet.

- *Hvor omfattende tilbud som skal leveres*

Det har betydning for tilbudsfristens lengde hvor omfattende krav konkurransegrunnlaget stiller til tilbudsutforming, og hvor omfattende dokumentasjon som kreves fremlagt. Det vil også kunne ha betydning hvor presist anskaffelsen er beskrevet i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

- *Særlige forhold som tilsier at det er behov for en rask gjennomføring av anskaffelsen*

Det kan være adgang til å fastsette korte frister dersom det foreligger særlige forhold utenfor oppdragsgivers kontroll, som medfører behov for en rask gjennomføring av anskaffelsen. Dersom årsaken til at det haster skyldes oppdragsgivers dårlige planlegging, kan ikke dette begrunne at det settes en kort frist.

- *Hvor mange virkedager fristen vil gi*

Dersom fristen settes i en periode med mange helligdager/fridager, bør det settes en lenger frist enn om den løper i en periode hvor det ikke er noen helligdager.

KOFA sak 2003/22:

Saken gjaldt frist for forespørsel om deltagelse, hvor oppdragsgiver hadde satt en frist på fem virkedager. På denne tiden skulle potensielle leverandører vurdere om anskaffelsen var av interesse, innhente skatteattest og utferdige HMS-egenerklæring og sende inn forespørselen. Klagenemnda fant at denne fristen var satt så kort at det var en mulighet for at kvalifiserte leverandører ikke hadde fått rimelig tid til å delta i konkurransen.

KOFA sak 2005/92

Oppdragsgiver hadde satt en frist for mottak av forespørsel om deltakelse på 11 virkedager, hvorav fem av virkedagene var i romjulen. Innenfor denne fristen måtte leverandørene vurdere om anskaffelsen var av interesse, innhente HMS-egenerklæring og skatteattest og sende inn dette sammen med årsberetning, organisasjonsplan og opplysninger om kompetanse på forurensede sedimenter og oppryddingsalternativer m.v. Selv om fristen løp i romjulen,

fant ikke klagenemnda at fristen, sett på bakgrunn av den dokumentasjonen som skulle fremlegges, hadde vært så kort at dette kunne ha medført at kvalifiserte leverandører ikke hadde fått rimelig anledning til å delta i konkurransen.

KOFA sak 2007/138

Oppdragsgiver hadde gjennomført en åpen anbudskonkurranse for anskaffelser av møbler og inventar til et sykehjem. Tilbudsfristen var satt til 14 dager. Klagenemnda kom til at dette var «tilstrekkelig tid» og la vekt på at saken gjaldt en vareanskaffelse som ikke var av komplisert art.

KOFA sak 2003/109

Anskaffelsen gjaldt arkitekttjenester der tilbyderne blant annet skulle utarbeide skisser som skulle vedlegges tilbudet. Klagenemnda uttalte at tilbudsfristen på 15 dager var svært kort. Nemnda fant allikevel at fristen var forskriftsmessig og la vekt på at den var saklig begrunnet, at den ikke hadde vært til hinder for konkurransen og at grunnen til at fristen måtte fastsettes så kort var utenfor oppdragsgivers kontroll.

11.3 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene – forskriftens del III

For anskaffelser over EØS-terskelverdiene er det regulert hvilke frister som gjelder i forskriftens kapittel 19. Det er fastsatt minimumsfrister som oppdragsgiver som hovedregel må overholde, som varierer etter hvilken anskaffelsesprosedyre som følges, jf. §§ 19-1 til 19-4.

Dersom det i hastetilfeller er umulig å anvende de ordinære minimumsfristene som gjelder ved begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling, er det regulert hvilke minimumsfrister som kan anvendes i § 19-5.

Oppdragsgiver er forpliktet til ikke å fastsette kortere frister enn de minimumsfristene som gjelder for den konkrete anskaffelsen. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å fastsette lengre frister enn minimumsfrister. De grunnleggende kravene kan tilsi at oppdragsgiver i visse tilfeller også er pliktig til å fastsette lenger frister enn det som følger av minimumsfristene, se kapittel 5. I henhold til forholdsmessighetsprinsippet bør fristen være lenger jo mer omfattende og kompleks anskaffelsen er.

Det vises forøvrig til kapittel 11.2.1 for hvilke momenter oppdragsgiver bør vektlegge ved fastsettelse av fristen.

Tabell frister:

	<i>Varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter</i>	<i>Vanlig tidsfrist</i>	<i>Haste-prosedyre</i>
Åpen anbudskonkurranse	Frist for mottak av tilbud etter kunngjøring av åpen anbudskonkurranse	45 dager	
	Frist for mottak av tilbud, dersom konkurransegrunnlag og supplerende dokument er gjort tilgjengelig på Internett fra kunngjøringstidspunktet.	40 dager	
	Frist for mottak av tilbud, dersom veiledende kunngjøring er publisert	29 dager	
	Utsendelse av konkurransegrunnlag etter at interesse for deltagelse er mottatt	6 dager	
	Utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	
Begrenset anbudskonkurranse	Frist for mottak av forespørsel om deltagelse etter kunngjøring av begrenset anbudskonkurranse	30 dager	10 dager
	Frist for mottak av tilbud (etter utsendelse av skriftlig invitasjon)	40 dager	10 dager
	Frist for mottak av tilbud, dersom konkurransegrunnlag og supplerende dokument er gjort tilgjengelig på Internett fra kunngjøringstidspunktet	35 dager	
	Frist for mottak av tilbud, dersom veiledende kunngjøring er publisert	29 dager	
	Utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	4 dager
Konkurransepreget dialog	Frist for mottak av forespørsel om deltagelse etter kunngjøring av konkurransepreget dialog	30 dager	
	Utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	
Konkurranse med forhandling	Frist for mottak av forespørsel om deltagelse etter kunngjøring av konkurranse med forhandling	30 dager	10 dager
	Frist for utsendelse av tilleggsopplysninger tilknyttet konkurransegrunnlaget (etter forespørsel)	6 dager	4 dager
Dynamiske innkjøpsordninger	Følger reglene for åpen anbudskonkurranse frem til tildeling av kontrakter innenfor ordningen		
	Frist for å fullføre evaluering etter mottak av veiledende tilbud	15 dager	
	Frist for mottak av veiledende tilbud etter forenklet kunngjøring av konkurranse	15 dager	
Alle prosedyretyper	Kunngjøring av tildelt kontrakt	maksimalt 48 dager	

11.4 «Frivillig» frist for begjæring om midlertidig forføyning

For anskaffelser omfattet av forskriftens del II og III har oppdragsgiver mulighet til å fastsette en frist for begjæring om midlertidig forføyning mot visse beslutninger.⁴ Dette gjelder bare oppdragsgivers beslutninger om å

- avvise en forespørsel om å delta i konkurransen på grunn av forhold ved leverandøren⁵ og
- forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen når det er satt en grense for antall deltakere⁶

Dette gjelder videre bare ved bruk av følgende anskaffelsesprosedyrer som skjer i to trinn, dvs. der leverandørene først skal utvelges (prekvalifiseres) før de blir invitert til å levere inn tilbud:

- i en begrenset anbudskonkurranse,
- en konkurranse med forhandlinger med prekvalifisering⁷, eller
- konkurransepreget dialog.

Oppdragsgiver kan altså bare sette en frist for å begjære midlertidig forføyning mot de beslutningene som fører til at en leverandør ikke blir prekvalifisert og derfor ikke får bli med videre i konkurransen. Dvs. der leverandøren ikke får mulighet til å levere inn tilbud. I slike saker vil en begjæring om midlertidige forføyning gå ut på at oppdragsgiver ikke kan fortsette anskaffelsesprosessen før det har blitt rettslig prøvd om avvisningen/forkastelsen av forespørselen om å delta i konkurransen var rettmessig. Se nærmere om midlertidige forføyninger i kapittel 18.2.

Det er frivillig for oppdragsgiver å fastsette en frist for å begjære midlertidig forføyning. Dvs. at det er helt opp til den enkelte oppdragsgiver å vurdere om det i den konkrete anskaffelsen kan være hensiktsmessig å fastsette en slik frist.

Hensynet bak å innføre en slik frist er å unngå at begjæringer om midlertidig forføyning blir fremsatt på et senere tidspunkt i prosessen, der det kan bli vanskelig å reversere prosessen. Dersom for eksempel en avvist/forkastet leverandør venter med å begjære midlertidig forføyning til de øvrige leverandørene har levert inn tilbud eller helt til kontrakt er tildelt, og får medhold, vil det oftest bety at konkurransen må avlyses og starte på nytt. Dette er ressurskrevende både for oppdragsgiver og de øvrige deltakerne i konkurransen.

Det vil også være en fordel for den leverandøren som har blitt avvist eller forkastet å få prøvd avvisningen raskt, slik at han kan bli med videre i konkurransen dersom avvisningen ikke var rettmessig. En slik leverandør vil i utgangspunktet ikke oppnå noe ved å vente og se hvordan konkurransen utvikler seg. Hvorvidt avvisningen/forkastelsen er berettiget eller ei endrer seg ikke utover i konkurransen. En situasjon som kan oppstå er at en av de leverandørene som faktisk blir utvalgt, eller den leverandøren som får tildelt

⁴ Jf. forskriftens § 10-3 eller §19-7.

⁵ Jf. forskriftens § 11-10 eller § 20-12.

⁶ Jf. forskriftens § 8-6 eller 17-6.

⁷ Etter forskriftens del II kan forhandlet prosedyre skje både med og uten prekvalifikasjon.

kontrakten, også skulle ha vært avvist. Dette vil imidlertid den avviste leverandøren ikke være avskåret fra å få prøvd på et senere tidspunkt – det er bare adgangen til å få prøvd egen avvisning som avskjæres.

På den andre siden kan en slik frist føre til en forsinkelse av anskaffelsesprosessen. Når oppdragsgiver først har fastsatt fristen, bør han jo ikke gå videre med konkurransen. Dvs. at oppdragsgiver bør avvente med å invitere de leverandørene som ikke har blitt avvist eller forkastet til å levere inn tilbud, til fristen har løpt ut.

Ettersom fristen er «frivillig» kan oppdragsgiver ta hensyn til behovet for å oppnå den sikkerhet som fristen gir, med de eventuelle stopp i prosessen og tvister som dette innebærer, kontra behovet for en rask gjennomføring av anskaffelsen.

Dersom oppdragsgiver velger å fastsette en slik frist, skal fristen være minst 15 dager regnet fra dagen etter oppdragsgivers meddelelse om avvisning⁸ eller forkastelse⁹ av forespørselen er sendt.¹⁰ Det vil si at leverandøren skal ha 15 fulle dager til å vurdere om det er grunnlag for å begjære midlertidig forføyning mot beslutningen. Dersom oppdragsgiver sender meddelelsen den 1. september, vil altså fristen tidligst kunne løpe ut den 16. september kl. 24.

Oppdragsgiver skal opplyse om fristen:

- enten i konkurransegrunnlaget eller i et eget kvalifikasjonsgrunnlag, samt
- i meddelelsen til leverandøren om at han er avvist eller forkastet.¹¹

I de tilfeller konkurransegrunnlaget bare vil bli sendt til prekvalifiserte leverandører må oppdragsgiver altså utarbeide et kvalifikasjonsgrunnlag som gir opplysninger om fristen.

Fristen avskjærer kun adgangen til å begjære midlertidig forføyning, ikke andre typer av klager eller søksmål. Det vil si at selv om fristen er utløpt, kan leverandørene fortsatt klage til KOFA eller reise sak ved domstolene med påstand om erstatning.

En leverandør som har blitt avvist/forkastet i strid med regelverket kan i utgangspunktet anlegge sak med påstand om at oppdragsgiver idømmes sanksjoner, dersom oppdragsgiver senere bryter reglene om karens/suspensjon – også selv om han ikke lenger er med i konkurransen.¹² Se nærmere om sanksjoner for slike brudd i kapittel 18.5.2. Dersom oppdragsgiver har fastsatt en frist for å begjære midlertidig forføyning mot beslutningen om å avvise/forkaste leverandøren, vil imidlertid denne leverandøren være avskåret fra å ta opp dette spørsmålet i forbindelse med et senere brudd på bestemmelsene om karens/suspensjon. Dette henger sammen med at vilkåret om at bruddet på

8 Jf. forskriftens § 11-14 annet ledd bokstav a eller § 20-16 annet ledd bokstav a.

9 Jf. forskriftens § 11-14 annet ledd bokstav b eller § 20-16 annet ledd bokstav b.

10 Jf. forskriftens § 10-3 annet ledd eller § 19-7 annet ledd.

11 Jf. forskriftens § 10-3 tredje ledd eller §19-7 tredje ledd.

12 Jf. forskriftens § 13A-1 annet ledd bokstav b eller § 22A-1 første ledd bokstav c.

bestemmelsene om karen eller suspensjon skal ha fratatt leverandøren muligheten for å iverksette rettslige skritt ikke vil være oppfylt: Den avviste/forkastede leverandøren må uansett sørge for å få endret oppdragsgiver urettmessige beslutning om å avvise/forkaste leverandøren ved å begjære midlertidig forføyning innen fristens utløp. At oppdragsgiver senere i konkurransen bryter bestemmelser om karen eller suspensjon endrer ikke ved dette.



Kapittel 12

Generelle bestemmelser knyttet til gjennomføring av konkurransen

12.1 Kort om de grunnleggende krav

Ved gjennomføring av konkurransen er det viktig at de grunnleggende prinsipper overholdes. Dette gjelder blant annet kravene til konkurranse, god forretningskikk, forholdsmessighet, likebehandling av leverandører, forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet. Kravene er nedfelt i lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

De grunnleggende prinsippene vil både kunne fungere som fortolkningsmomenter der forskriftens ordlyd gir rom for ulike løsninger, og selvstendig rettslig grunnlag der forskriften ikke har regulert spørsmålet. Ved tvil om en handling eller beslutning er i samsvar med regelverket, skal derfor handlingen vurderes opp mot de grunnleggende prinsippene.

Det vises for øvrig til veilederens kapittel 5.1 for en nærmere behandling av disse prinsippene.

12.2 Regler om kommunikasjon

12.2.1 Generelle krav til kommunikasjon ved offentlige anskaffelser

I forskriften er elektronisk kommunikasjon likestilt med tradisjonelle papirbaserte kommunikasjonsmidler. Reglene om kommunikasjon er en gjennomføring av anskaffelsesdirektivets¹ bestemmelser om kommunikasjon.

Reglene om kommunikasjon fremgår av forskriftens kapittel 7 og 16 for anskaffelser etter del II og III i forskriften. Ved gjennomføring av plan- og designkonkurranser etter del IV i forskriften er det bestemmelser i § 23-2 om kommunikasjon. I tillegg til bestemmelsene i kapittel 7 og 16, stiller §§ 11-2 og 20-2 noen krav til utforming av tilbud.

Flere steder i forskriften er det stilt krav om skriftlighet. Dette gjelder for eksempel ved innlevering av tilbud ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler, eller ved endringer av tilbud i forbindelse med forhandlinger. Skriftlighet er i forskriften definert som: «ethvert uttrykk bestående av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres. Det kan omfatte elektronisk melding når informasjonen i denne er tilgjengelig også for ettertiden». Krav til skriftlighet i forskriften, for eksempel ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler, utelukker derfor ikke bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

¹ Direktiv 2004/18, artikkel 42 og vedlegg X.

I utgangspunktet kan oppdragsgiver velge om hele eller deler av kommunikasjonen og utveksling av informasjon skal skje per post, telefaks eller ved elektronisk kommunikasjon. Anskaffelsen kan også skje ved en kombinasjon mellom elektroniske og papirbaserte kommunikasjonsmidler, for eksempel ved at konkurransegrunnlaget kun legges ut elektronisk, men at tilbudene leveres inn i papirversjon.

Oppdragsgivers valgfrihet mellom kommunikasjonsmidler er ikke ubegrenset. Hvis nødvendige dokumenter, sertifikater og erklæringer ikke finnes i elektronisk versjon, skal leverandøren levere dette i samsvar med krav til utforming av ordinære «papirbaserte» tilbud, jf. §§ 11-2 første ledd og 20-2 første ledd. Dette vil for eksempel kunne være aktuelt for innlevering av skatteattester. Dokumentene mv. må i så fall leveres innen fristen som er fastsatt for levering av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen.

Forespørsel om å delta i en konkurranse kan også alltid skje ved bruk av telefaks og telefon, jf. §§ 7-2 og 16-2. Gjøres det per telefon må leverandøren sende en skriftlig bekreftelse innen utløpet av tidsfristen. Gjøres det per telefaks kan oppdragsgiver, der det er nødvendig av bevisshensyn og når det fremgår av kunngjøringen, kreve at en slik forespørsel bekreftes per post eller elektronisk.

Opprettelse og forvaltning av en dynamisk innkjøpsordning skal skje ved elektroniske midler, og oppdragsgiver kan ikke her velge å bruke papirbasert kommunikasjon.

Bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler kan omfatte hele eller flere deler av innkjøpsprosessen. Innkjøper kan for eksempel legge ut konkurransegrunnlaget på Doffin eller på sin egen hjemmeside, eller be om at tilbudene sendes inn elektronisk. Elektroniske kommunikasjonsmidler kan bidra til å effektivisere innkjøpsprosessen betydelig. Hvis oppdragsgiver legger konkurransegrunnlaget fritt tilgjengelig på internett, kan fristene for mottak av tilbud over EØS-terskelverdiene reduseres med inntil fem dager. Dette forutsetter at konkurransegrunnlaget, med alle relevante dokumenter, er tilgjengelig på internett i hele perioden fra kunngjøringen og frem til innleveringsfristen.

Eksempel:

En kommune har kunngjort konkurranse om kjøp av datautstyr. Kommunen har i kunngjøringen opplyst at konkurransegrunnlaget må lastes ned fra kommunens hjemmeside. I konkurransegrunnlaget har kommunen gitt leverandørene valget mellom innlevering av elektronisk tilbud og papirbasert tilbud.

Det stilles en del generelle krav til kommunikasjonsformen oppdragsgiver velger:

Kommunikasjonsmidlene skal være allment tilgjengelige, og ikke begrense leverandørens adgang til konkurransen.

Sikkerhetstjenester og produkter som brukes ved elektronisk kommunikasjon, samt deres tekniske egenskaper må i tillegg ikke være diskriminerende og virke sammen med informasjons- og kommunikasjonsprodukter i alminnelig bruk.

EU-kommisjonen har gitt ut et notat² som utdyper kravene som stilles til kommunikasjon. Nedenfor vil noen av forskriftens bestemmelser bli utdypet med utgangspunkt i kommisjonens notat.

Allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler

Bruk av allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler er viktig for å hindre at konkurransen begrenses. Bruk av internett vil være allment tilgjengelig kommunikasjonsmiddel. Kravet til allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler innebærer at nettverket må være åpent og at alle har mulighet til å koble seg til nettverket. Krav om oppkobling til et nettverk som ikke er tilgjengelig overalt, eller bruk av utstyr som ikke er vanlig, eller påfører leverandørene urimelig store kostnader, vil kunne være i strid med forskriften. Et eksempel som vil kunne være i strid med forskriften, er krav om tilknytning til oppdragsgivers eget interne nettverk.

Krav til ikke-diskriminering og integrerbarhet

Kravet om allment tilgjengelige kommunikasjonsmidler og at valgte kommunikasjonsmiddel ikke skal begrense konkurransen gjelder, etter ordlyden i forskriften, alle formene for kommunikasjon som forskriften åpner for. For elektronisk kommunikasjon stilles det noen tilleggskrav. De sikkerhetstjenester og produkter som brukes ved elektronisk kommunikasjon, samt deres tekniske egenskaper, skal være ikke-diskriminerende og virke sammen med informasjons- og kommunikasjonsteknologiprodukter i alminnelig bruk.

Hvis det stilles krav til at leverandøren må kjøpe utstyr, innebærer kravet i forskriften at utstyret må være enkelt å få tak i, noenlunde enkelt å bruke, og at prisen ikke er uforholdsmessig høy i forhold til hva som er nødvendig. I noen tilfeller vil det være aktuelt for oppdragsgiver å stille utstyr til rådighet for leverandøren. Også i disse tilfellene må oppdragsgiver vurdere hvilke krav til kompetanse som forutsettes for å bruke produktene. Kravet til at produktene som skal brukes, kan virke sammen med annet utstyr hos leverandørene blir særlig viktig å vurdere når oppdragsgiver stiller utstyr til rådighet for leverandørene.

Krav til fortrolighet og sikring av dokumentets innhold

I tillegg til å stille krav til kommunikasjonsmidler og utstyr som benyttes i kommunikasjon mellom leverandørene og oppdragsgiver, stiller forskriften krav til fortrolighet og sikring av dokumentets innhold.

Kommunikasjon, utveksling og lagring av informasjon må skje på en måte som sikrer dokumentets innhold mot manipulering og uønsket innsyn. Dette gjelder både for tilbud og forespørsel om å delta i konkurransen. Videre må det ikke være mulig for oppdrags-

² Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/eprocurement/sec2005-959_en.pdf

giver å undersøke innholdet i tilbudene og anmodning om å delta i konkurransen før etter tidsfristen som er satt for levering. Kravene gjelder både for levering i papirform og i elektronisk versjon. For tilbud som leveres på papir stiller forskriften krav om at tilbudet skal leveres i lukket konvolutt og være signert, se kapittel 12.4. For tilbud og forespørsler om å delta i konkurranser er det stilt særskilte krav til systemer for elektronisk overføring og mottak av tilbud og forespørsler om å delta i konkurransen, jf. forskriftens §§ 7-3 og 16-3. Disse bestemmelsene utdyper de generelle kravene i §§ 7-1 og 16-1.

12.3 Særlige krav til elektroniske systemer

Hvis oppdragsgiver bestemmer at et tilbud eller en forespørsel om å delta i konkurransen skal leveres inn elektronisk, gir §§ 7-3 og 16-3 føringer for det elektroniske systemet som kan benyttes hos oppdragsgiver og leverandør for overføring og mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen. Oppdragsgivers krav til elektroniske systemer hos leverandøren må fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Kravene til de elektroniske systemene skal blant annet sikre sporbarhet i innkjøpsprosessen, og at dokumentets opprinnelige innhold bevares og holdes fortrolig.

Ordlyden i forskriften³ bruker innlevering av tilbud både om ordinære tilbud og ved innlevering av tilbud ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler og under dynamiske innkjøpsordninger. Etter departementets vurdering gjelder kravene til elektroniske systemer både ved ordinære innlevering av tilbud, og ved anmodning om å delta i konkurranser og ved tilbud som leveres ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

KOFA her ved flere anledninger slått fast at vanlig e-post ikke oppfyller kravene til elektronisk kommunikasjon, jf. for eksempel sak 2009/48 og 2009/221.

Alle kravene som stilles til det tekniske systemet vil ikke bli behandlet her. Den videre fremstillingen vil fokusere på krav til elektroniske signaturer.

12.3.1 Særlig om krav til elektronisk signatur

I forskriften er det stilt krav om bruk av elektroniske signaturer ved innlevering av tilbud og forespørsel om å delta i konkurranser, jf. §§ 7-3 første ledd bokstav a og 16-3 første ledd bokstav a.

Elektronisk signatur defineres i lov 15. juni 2001 nr. 81 om elektronisk signatur⁴ som «data i elektronisk form som er knyttet til andre elektroniske data og som brukes som autentiseringsmetode». Dette er en allmenngyldig definisjon, som er teknologinøytral og som ikke stiller opp noen forutsetninger for hvem som bruker signaturen.

³ Tilsvarende begrepsbruk er brukt i direktivene, se også Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2.ed 2005, kapittel 18.17.

⁴ <http://www.lovddata.no/all/hl-20010615-081.html>

Loven inneholder imidlertid flere definisjoner av elektronisk signatur, som setter tilleggskrav til signaturen.

En «avansert elektronisk signatur» defineres som en elektronisk signatur som:

- er entydig knyttet til undertegneren,
- kan identifisere undertegneren,
- er laget ved hjelp av midler som bare undertegneren har kontroll over, og
- er knyttet til andre elektroniske data på en slik måte at det kan oppdages om disse har blitt endret etter signering.

Det er stilt krav om at den elektroniske signaturen som benyttes oppfyller kravene i forskrift⁵ Forskrift 21. november 2005 nr. 1296 om frivillige selvdeklarasjonsordninger og frivillige selvdeklarasjonsordninger §§, 3, 4 eller 5. Signaturen må også være oppført på Post- og teletilsynets liste med opplysninger om sertifikattyper som sertifikatutstedere har selvdeklart i henhold til § 11 i denne forskriften. Forskriften stiller dermed krav som utstedere av sertifikater til elektroniske signaturer må oppfylle, for at deres produkter og/eller tjenester kan nyttes i elektronisk kommunikasjon i forbindelse med innsending av tilbud og inngåelse av kontrakter.

Hensikten med selvdeklarasjonsordningen er at tilbydere av elektroniske signaturer som skal levere slike produkter til offentlig forvaltning, skal kunne dokumentere at deres produkter og tilknyttede tjenester oppfyller kravene oppstilt i Kravspesifikasjon for PKI i offentlig sektor. Kravspesifikasjonen er en overordnet, funksjonell kravspesifikasjon for selvdeklarerer og anskaffelse av PKI-basert eID som skal benyttes i forbindelse med elektronisk kommunikasjon i offentlig sektor.⁶

Bestemmelsene viser til tre «nivåer/typer» elektronisk signatur med tilhørende sertifikat, som er definert i Kravspesifikasjon for PKI. To typer sertifikater identifiserer personer («Person Høyt», «Person Standard»)⁷ og en type sertifikat som identifiserer virksomheter («Virksomhet»)⁸.

Skillet mellom de ulike typene signaturer går langs følgende egenskaper:

- Innholdet i det digitale sertifikatet (hvem kan være signatureier).
- Krav til utsteder av det digitale sertifikatet.
- Prosedyre for å søke om, og få utlevert, en elektronisk signatur.
- Sikkerhet ved lagring og bruk av den hemmelige nøkkelen som signatureier benytter ved signering av et dokument eller dekryptering av en kryptert forsendelse.

⁵ Forskrift 21. november 2005 nr. 1296 om frivillige selvdeklarasjonsordninger.

⁶ Versjon 2.0 som gjaldt fra 28. september 2010: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/lover-og-regler/retningslinjer/2010/kravspesifikasjon-for-pki-i-offentlig-se.html?id=611085>

⁷ Slike sertifikater skal inneholde, eller vise til, innehaverens norske fødselsnummer eller alternativt D-nummer. Dette innebærer at personer som ikke har tilknytning til Norge som gjør at de har et slikt nummer, ikke kan få utstedt et personsertifikat.

⁸ Et slikt sertifikat utstedes til en juridisk person som har organisasjonsnummer fra det norske enhetsregisteret, eller organisasjonsnummer fra tilsvarende register i andre stater. Det er dermed i prinsippet mulig for både norske og utenlandske leverandører å få utstedt virksomhetssertifikat. Det kan likevel være visse praktiske begrensninger, og oppdragsgivere må derfor være oppmerksom på faren for faktisk å ekskludere leverandører fra andre stater.

Forskriften om offentlige anskaffelser åpner for at oppdragsgiver kan velge hvilken av disse typene signatur som er ønskelig å bruke i konkurransen. I henhold til forskriften er det altså tilstrekkelig å bruke sertifikat på virksomhetsnivå. Valget av signatur vil blant annet avhenge av krav til sikkerhet og sporbarhet for det elektroniske tilbudet eller kontrakten som skal inngås. Dette kan igjen ha sammenheng med kontraktens verdi og med hva som er konkurransens gjenstand.

Ettersom utenlandske statsborgere bare i avgrensede tilfeller kan få utstedt et personsertifikat, må oppdragsgivere alltid akseptere elektroniske signaturer som oppfyller kravene til utenlandsk kvalifisert sertifikat i e-signaturloven § 25, når tilbudet er elektronisk signert av en utenlandsk statsborger.⁹

12.4 Tilbudet

12.4.1 Tilbudets utforming

Reglene for tilbudets utforming er nedfelt i forskriftens §§ 11-2 og 20-2.

Tilbudet skal avgis skriftlig i en lukket og merket konvolutt, enten direkte eller med post. Bestemmelsen skal ivareta notoritets- og anonymitetshensyn. Bestemmelsen gjelder uavhengig av hvilken konkurranseform en har valgt. Dersom tilbudet ikke er levert i samsvar med disse kravene, for eksempel fordi det er levert muntlig eller med telefaks, plikter oppdragsgiver å avvise tilbudet, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav b og 20-13 første ledd bokstav b.

Det er et krav at tilbudet skal være undertegnet. Det er ikke regulert eksplisitt hvem som skal undertegne tilbudet. Underskriften skal være et bevis på at leverandøren er bundet av tilbudet, og det skal derfor undertegnes av en som har fullmakt til å pådra leverandøren forpliktelser. Dersom tilbudet ikke er undertegnet har oppdragsgiver en rett, men ikke plikt, til å avvise det, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav d og 20-13 annet ledd bokstav d.

Tilbudet kan også avgis med elektronisk middel dersom oppdragsgiver har besluttet at dette skal være tillatt, og innleveringen er i samsvar med forskriftens kapittel 7 og 16, se kapittel 12.2. Konkurranses grunnlaget må angi at det er tillatt å levere inn tilbudet elektronisk, og hvordan et slikt tilbud skal avgis. Dersom tilbudets elektroniske signatur ikke oppfyller kravene til elektronisk signatur i § 16-3 første ledd bokstav a, har oppdragsgiver en tilsvarende rett, men ikke plikt, til å avvise tilbudet etter den samme avvisningsbestemmelsen som angitt ovenfor. Der et elektronisk tilbud for øvrig ikke oppfyller kravene i henholdsvis kapittel 7 eller 16, har oppdragsgiver en plikt til å avvise tilbudet.

12.4.2 Tilbakekall og endring av tilbud

Reglene for tilbakekall og endring av tilbud er nedfelt i §§ 11-5 og 20-5.

⁹ Dette ble tatt inn ved en forskriftsendring i 2009. Se departementets høringsbrev: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/horinger/horingsdokumenter/2009/horing---endringer-i-bestemmelsene-om-e-.html?id=543605>

Tilbud som er mottatt av oppdragsgiver kan tilbakekalles og endres innen tilbudsfristens utløp. Tilbakekallet må skje skriftlig, for eksempel ved brev, elektronisk, eller telefaks. Endringen av tilbudet er å anse som et nytt tilbud, og må derfor oppfylle formkravene til tilbud og komme frem til oppdragsgiver innen tilbudsfristen for å være gyldig. Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet kommer frem til oppdragsgiver innen fristen.

12.4.3 Registrering av innkomne tilbud

Reglene for registrering av innkomne tilbud er nedfelt i §§ 11-6 og 20-6.

Oppdragsgiver skal merke tilbudene med tidspunkt for mottakelse etter hvert som de kommer inn. Bestemmelsen skal sikre gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og likebehandling, da det blir mulig å kontrollere i ettertid at tilbudene faktisk ble innlevert innen tilbudsfristens utløp og at leverandørene ble likebehandlet.

Bestemmelsen er en ordensforskrift som retter seg mot oppdragsgiver. Dersom oppdragsgiver skulle glemme å merke de innkomne tilbudene, er dette uheldig i forhold til de grunnleggende prinsippene, men tilbudet vil likevel anses som rettidig innkommet.

På anmodning skal oppdragsgiver skriftlig bekrefte at tilbudet er mottatt.

12.4.4 Tilbudsåpning ved anbudskonkurranser

Reglene for tilbudsåpning er nedfelt i forskriftens §§ 11-7 og 20-7.

Tilbudsåpningen skal foretas av minst to representanter for oppdragsgiver, på det tidspunkt og sted som er angitt i konkurransegrunnlaget. Bestemmelsene gjelder ved alle typer konkurranseformer, og referer seg til oppdragsgivers interne tilbudsåpning.

Oppdragsgiver kan velge om tilbudsåpningen skal være åpen for leverandørene. Dette vil bidra til økt gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Åpen tilbudsåpning vil imidlertid bare kunne benyttes i anbudskonkurranser og konkurransepreget dialog. Ved konkurranse med forhandling må tilbudene holdes hemmelig, slik at den videre konkurransen ikke påvirkes. Hvis oppdragsgiver velger å ha en åpen tilbudsåpning, skal det opplyses om tid og sted i konkurransegrunnlaget, jf. §§ 8-1 og 17-1 annet ledd bokstav c.

For å ivareta hensynet til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet er det hensiktsmessig at oppdragsgiver fører utfyllende protokoll fra tilbudsåpningen.

12.5 Forhandlinger, avklaringer mv.

12.5.1 Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser

Utgangspunktet ved åpen og begrenset anbudskonkurranse er at det er forbudt å endre eller forsøke å endre tilbudene gjennom forhandlinger, jf. §§ 12-1 første ledd og 21-1 første ledd. Forhandlingsforbudet skal sikre likebehandling av leverandørene, gjennom-

siktighet og reell konkurranse. Forhandlingsforbudet er absolutt, man kan ikke fri seg fra forbudet ved å angi i konkurransegrunnlaget at det vil bli gjennomført forhandlinger. Forhandlingsforbudet gjelder som hovedregel fra tilbudsfristens utløp og helt frem til kontrakt er inngått, det vil si når kontrakten er undertegnet av begge parter. Forhandlingsforbudet innebærer at det ikke er adgang til å endre tilbudet etter tilbudsfristens utløp og frem til kontrakt er inngått.¹⁰ Dersom et tilbud er ufullstendig, uklart eller lignende og innholdet kun kan fastsettes gjennom forhandlinger, plikter oppdragsgiver å avvise tilbudet, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f og 20-13 første ledd bokstav f, se kapittel 13.3.1.

Forhandlingsforbudet innebærer imidlertid ikke et absolutt forbud mot kontakt mellom partene.

I planleggingen av anskaffelsen, og før konkurransen gjennomføres, er det ikke noe til hinder for dialog med ulike aktører og relevante fagmiljøer. Dette kan være nyttig, særlig ved innovative anskaffelser, da en slik dialog kan gi verdifulle innspill før konkurransegrunnlaget blir ferdigstilt, og kan gjøre leverandørene i stand til å dekke behovene på en bedre måte. Oppdragsgiver må da sikre at krav til likebehandling av leverandører blir ivaretatt, for eksempel ved å invitere til forhåndsannonserte åpne møter og sikre at relevant informasjon er tilgjengelig for alle potensielle leverandører.¹¹

Anskaffelsesregelverket har også flere bestemmelser som regulerer kontakten mellom partene under selve konkurransen. I visse tilfeller er det for eksempel tillatt å foreta visse avklaringer og rette åpenbare feil, se kapittel 12.5.2. Videre plikter oppdragsgiver å ta kontakt med leverandøren dersom de vurderer å avvise tilbudet som unormalt lavt, se kapittel 13.3.

Forhandlingsforbudet brytes allerede ved at oppdragsgiver forsøker å forhandle med en leverandør, uavhengig av om dette medfører en faktisk endring av tilbudet.

KOFA sak 2004/180:

Oppdragsgiver gjennomførte en åpen anbudskonkurranse om kjøp av rekvisita. Oppdragsgiver sendte en e-post til en leverandør etter tilbudsfristens utløp, der de bad om at leverandøren tilbød og prissatte produkter som ikke var med i det opprinnelige tilbudet. Klagenemnda kom til oppdragsgiver ved denne forespørselen forsøkte å få leverandøren til å supplere tilbudet sitt etter tilbudsfristens utløp, og at forhandlingsforbudet dermed var brutt.

¹⁰ Etter kontraktsinngåelse kan det heller ikke skje vesentlige endringer i kontrakten, jf. kapittel 12.6.

¹¹ Se mer om gjennomføring av markedsdialog på innovasjonssidene på www.anskaffelser.no og i regjeringens «Strategi for økt innovasjonseffekt av offentlige anskaffelser» s. 18: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/pressesenter/pressemeldinger/2013/mer-innovasjon-og-smartere-innkjop-i-sta.html?id=714460>.

KOFA sak 2006/77:

En kommune gjennomførte en åpen anbudskonkurranse for en totalentreprise. Etter at administrasjonens innstilling var gjort kjent for tilbyderne, sendte én av dem et brev til innklagede som ble tatt med ved formannskapets og kommunestyrets vurdering av tilbudene. Klagenemnda fant at brevet innebar en endring av tilbudet, og at innklagede hadde brutt forhandlingsforbudet ved å ta hensyn til det.

KOFA sak 2004/79:

En leverandør fikk anledning til å legge frem en presisering av tilbudet i et møte, som resulterte i at prisen ble redusert. Klagenemnda kom til at forhandlingsforbudet var brutt.

12.5.2 Tillatte avklaringer og retting av åpenbare feil ved anbudskonkurranser

Avklaringer

Selv om det foreligger et forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser, er det adgang til å foreta visse avklaringer og presiseringer i tilbudet, jf. §§ 12-1 annet ledd og 21-1 annet ledd. Avklaringene må foretas på en måte som sikrer overholdelse av de grunnleggende prinsippene.

Avklaringsmulighetene gjør at avvising i visse tilfeller kan unngås. Det er imidlertid ikke tillatt å forhandle om innholdet i tilbudene gjennom disse avklaringene, jf. forhandlingsforbudet. Tilliten til anbudssystemet tilsier at grensen for tillatte avklaringer er meget restriktiv.

- Oppdragsgiver har en viss adgang til å ta kontakt med leverandøren for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Det er imidlertid kun adgang til å foreta avklaringer dersom det ikke er forhold ved tilbudet som gjør at oppdragsgiver plikter å avvise det. Dette vil særlig gjelde tilbud der det grunnet uklarheter og lignende er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Det er derfor kun uklarheter som knytter seg til ikke-vesentlige forhold som kan avklares, i motsatt fall foreligger en avvisingssplikt. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke har adgang til en avklaring som påvirker rangeringen av tilbudene, se omtale av KOFA sak 2003/35 nedenfor.¹²
- Dersom leverandøren foreslår egne løsninger, arbeidsmetoder og materialer, kan oppdragsgiver be om at leverandøren utdyper og klargjør hvordan kravene i konkurransegrunnlaget vil bli ivare tatt. Det trenger altså ikke foreligge uklarheter i tilbudene etter dette alternativet, men ettersom det foreligger andre løsninger med mer, kan oppdragsgiver ha et behov for å sette seg nærmere inn i tilbudet.¹³ Bestemmelsen vil særlig kunne være aktuell ved alternative tilbud. Det er ikke tillatt å endre innholdet i tilbudet under avklaringen.

¹² Se også sakene 2007/91, 2012/94 og 2013/37.

¹³ Se for eksempel KOFA sakene 2010/211 og 2011/329.

- Oppdragsgiver kan gjøre mindre justeringer i løsningene i tilbudet dersom det er teknisk eller funksjonelt nødvendig. Dette innebærer i realiteten en endring av tilbudet. Bestemmelsen er derfor et snevert unntak fra forhandlingsforbudet. Det er ikke adgang til å forhandle om pris. Det er kun tillatt å foreta små, men nødvendige, tekniske eller funksjonelle endringer. En prisjustering som følge av løsningsendringen er imidlertid ikke utelukket dersom det følger av en ren prisendingsmekanisme, og ikke innebærer forhandlinger.

Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at avklaringsadgangen foreligger etter ett av de tre ulike alternativene.

KOFA sak 2003/35:

En kommune avholdt en anbudskonkurranse om detaljprosjektering og byggeledelse av kommunens vannbehandlingsanlegg. Som en del av konkurransegrunnlaget fikk interesserte leverandører utdelt et anbudsbrief som skulle innleveres i utfylt stand som en del av leverandørens tilbud. I anbudsbriefet fremgikk det at kostnader i forbindelse med reise til og fra arbeidsstedet var inkludert. Leverandør X underskrev anbudsbriefet, og hadde verken under rubrikken «forbehold» eller andre steder i anbudsbriefet tatt forbehold mot forutsetningen om at kostnader i forbindelse med reiser skulle være inkludert. Leverandør X innleverte i tillegg det de omtalte som et kompletterende tilbud med mer utfyllende informasjon om tilbudet. Her fremgikk det imidlertid at reisekostnader kom i tillegg til de kostnadene som var angitt. Kommunen fant at dette sitatet var i strid med anbudsbriefet leverandøren hadde undertegnet, og tok derfor kontakt med leverandør X for å avklare uklarheten. I e-post opplyste leverandør X at utgifter i forbindelse med reiser var inkludert i den pris som var opplyst i anbudsbriefet. Forskjellen i totalpris mellom leverandør X og leverandør Y var på ca. 30 000 kr i favør av leverandør X. Kostnadene til reiser var av begge to beregnet til minst 50 000 kr. Dette medførte at spørsmålet om reiser var inkludert var avgjørende for hvilket av de to tilbudene som hadde lavest pris. Klagenemnda uttalte at oppdragsgiver ikke har adgang til å foreta en avklaring som påvirker rangeringen av tilbudene. Nemnda mente uklarheten i tilbudet til leverandør X inneholdt en vesentlig uklarhet og at den medførte tvil om hvordan tilbudet skulle bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Nemnda mente derfor at oppdragsgiver skulle avvist tilbudet, og at det var i strid med forhandlingsforbudet å avklare om reiser var inkludert i tilbudet.

KOFA sak 2005/306:

Oppdragsgiver hadde hatt elektronisk kontakt med to tilbydere i konkurransen. Kontakten gjaldt blant annet enhetspriser. Klagenemnda hadde ikke grunnlag for å ta stilling til om det ble foretatt ulovlige forhandlinger eller tillatte avklaringer i henhold til regelverket i samtalen, men understreket at endringer som gjelder priser normalt neppe kan godtas som avklaringer, og viste til Rt. 2003 s. 1531.

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudene er klart og korrekt utformet.¹⁴ Avklaringsadgangen er i utgangspunktet kun en rett, og ikke en plikt for oppdragsgiver. De grunnleggende prinsippene kan imidlertid føre til at oppdragsgiver likevel i noen tilfeller kan ha en plikt til å avklare uklarheter og ufullstendigheter.

Dersom oppdragsgiver har latt en leverandør presisere visse forhold ved tilbudet, tilsier likebehandlingsprinsippet for det første at også andre leverandører gis tilsvarende muligheter. Oppdragsgiver må altså gi samtlige leverandører samme mulighet til å avklare tilbudene. Dersom en avklaring med en leverandør fører til at leverandørene forskjellbehandles, vil likebehandlingsprinsippet være brutt.

Det kan også oppstå en plikt til å avklare der konkurransegrunnlaget er uklart utformet, og dette fører til tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes. I sak 2009/9, som gjaldt bl.a. kjøp av toalettpapir, fremgikk det ikke av konkurransegrunnlaget at leverandørene skulle angi hvor mange meter hver rull hadde. Ettersom det var av betydning for hvordan tilbudene ble evaluert, burde oppdragsgiver ha avklart dette med leverandøren.¹⁵

Det vil også kunne være tilfellet der uklarheter i konkurransegrunnlaget fører til tvil om tilbudet skal avvises eller ikke.¹⁶

I noen tilfeller kan det også være plikt til å avklare misforståelser hos leverandører. I sak 2009/83 var konkurransegrunnlaget klart og utvetydig, men leverandøren hadde likevel åpenbart misforstått hvilke kontraktsvilkår som skulle gjelde og tatt et formålsløst forbehold. En avvisning av denne leverandøren ville være hensiktsløs og konkurransebegrensende. KOFA mente derfor at oppdragsgiver hadde brutt kravene til konkurranse og god forretningsskikk ved ikke å foreta avklaring.

Det følger av krav til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet at oppdragsgiver må sørge for å dokumentere de avklaringene som foretas.¹⁷

Åpenbare feil

Dersom oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, plikter oppdragsgiver å rette opp feilen dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes, jf. §§ 12-1 tredje ledd og 21-1 tredje ledd.

En feil er åpenbar dersom en normalt forstandig oppdragsgiver burde ha oppdaget feilen. Eksempler på dette kan være regnefeil, skrivefeil, overføringsfeil eller lignende der det er åpenbart hvordan feilen skal rettes opp. Ved den minste tvil om hvordan feilen skal rettes opp, skal oppdragsgiver ikke rette feilen. Oppdragsgiver har ikke adgang til å ta kontakt med leverandøren for å få avklart om det foreligger en feil, og hvordan feilen eventuelt skal rettes opp. Bakgrunnen for den snevre adgangen til å rette feil, er å sikre at forhandlingsforbudet og likebehandlingsprinsippet overholdes.¹⁸

¹⁴ Se for eksempel KOFA sak 2004/285.

¹⁵ Se også KOFA sakene 2005/76 og 2007/91.

¹⁶ Se KOFA sak 2004/279.

¹⁷ Se for eksempel KOFA sak 2005/290.

¹⁸ Se Høyesterettsdom i Rt. 2003 s. 1531.

Dersom det er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, foreligger det en plikt til å avvise i en anbudskonkurranse, og en rett til å avvise i en konkurranse med forhandling, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f, annet ledd bokstav b og 20-13 første ledd bokstav f og annet ledd bokstav b.

Hvis det foreligger en ikke ubetydelig feil har oppdragsgiver rett til å avvise tilbudet i henhold til §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a.

Borgarting lagmannsrett, LB-2008-103502

Under en åpen anbudskonkurranse om løfteplattformer og trappeheiser, mottok oppdragsgiver et tilbud som inneholdt åpenbare feil. Ved leverandørens utfylling av et Excel-skjema hadde svarene på bortimot tre firedele av postene forskjøvet seg én kolonne til venstre, slik at utfyllingen ikke gav mening. Det var imidlertid uklart hvordan feilen skulle rettes, og oppdragsgiver hadde derfor ikke brutt anskaffelsesregelverket ved å avvise tilbudsgiveren.

KOFA sak 2003/292:

Under en åpen anbudskonkurranse om drifts- og vedlikeholdstjenester av veinettet, mottok kommunen et tilbud de mente inneholdt en åpenbar feil. Kommunen kontaktet leverandøren per e-post og ba om å få bekreftet at prisen var feil, samt å få opplyst korrekt pris. Kommunen gav uttrykk for at de mente prisene var meget høye. Leverandøren justerte deretter prisene sine slik at de ble lavere, og vant anbudskonkurransen. Klagenemnda mente det ikke var utvilsomt hvordan feilen skulle rettes, og viste til at kommunen var nødt til å kontakte leverandøren for å få dette gjort. Nemnda konkluderte derfor med at kommunen ikke hadde hjemmel i forskriften for å rette feilen. Det var derfor et brudd på forhandlingsforbudet å kontakte leverandøren.

12.5.3 Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter

Dersom en eller flere leverandører ikke har levert HMS-erklæring, skatteattest eller annen offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at krav til leverandøren er oppfylt, kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av disse dokumentene, jf. §§ 12-3 og 21-3. I den tidligere forskriften var det kun adgang til å ettersende HMS-erklæring og skatteattest. Bakgrunnen for å utvide bestemmelsen, er at det også kan være hensiktsmessig å sette en tilleggsfrist for å ettersende annen offentlig tilgjengelig dokumentasjon, slik som for eksempel firmaattest.¹⁹

I utgangspunktet er det leverandørens risiko å innlevere den etterspurte dokumentasjon. Oppdragsgiver har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å gi tilleggsfrist. God forretningsskikk kan imidlertid i visse tilfeller tilsa at oppdragsgiver bør gi en slik tilleggs-

¹⁹ Et annet eksempel på slik dokumentasjon gis i KOFA sak 2010/323, der opplysninger om sentral godkjenning ble ansett som offentlig tilgjengelig informasjon.

frist. Det vil særlig være tilfellet der dokumentasjonskravene i konkurransegrunnlaget er uklare, se KOFA sak 2004/81 referert i kapittel 13.1.1.

Retten til å innhente manglende dokumentasjon knyttet til forhold ved leverandøren, må benyttes på en måte som ivaretar hensynene etter de generelle prinsippene, og da særlig prinsippene om likebehandling, god forretningskikk og ikke-diskriminering. Dersom oppdragsgiver velger å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumenter, må den samme muligheten gis til alle deltakerne i konkurransen, slik at leverandørene likebehandles.

Oppdragsgiver må vente med å vurdere de innkomne tilbudene til tilleggsfristen er utløpt.

12.5.4 Supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner

Oppdragsgiveren kan anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren utdypes eller suppleres, jf. §§ 12-4 og 21-4. Det er i utgangspunktet kun de dokumenter som er fremlagt innen tilbudsfristens utløp som kan utdypes og suppleres. Bestemmelsene omfatter derfor en annen situasjon enn i §§ 12-3 og 21-3, som gir oppdragsgiver en rett til å sette en tilleggsfrist for å ettersende dokumenter, se kapittel 12.5.3.

I utgangspunktet er det leverandørens risiko å innlevere den etterspurte dokumentasjon. Oppdragsgiver har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å anmode om at attester og dokumenter utdypes.

Dersom oppdragsgiveren benytter seg av sin rett til å be om at leverandøren utdyper eller supplerer visse dokumenter, må dette gjøres på en måte som overholder de grunnleggende prinsippene, og da særlig prinsippet om likebehandling, god forretningskikk og ikke-diskriminering. Velger oppdragsgiver å be om supplerende opplysninger fra en leverandør, må den samme muligheten i utgangspunktet gis til alle deltakerne i konkurransen, slik at leverandørene likebehandles.

12.6 Endring av eksisterende kontrakter

12.6.1 Generelt om endringer i eksisterende kontrakter

I noen situasjoner kan det være et behov for oppdragsgiver for å endre en eksisterende kontrakt. Oppdragsgivers behov kan endre seg over tid, og det kan for eksempel være ønskelig for oppdragsgiver å øke mengden av varer som skal leveres utover det avtalte volumet eller forlenge kontrakten utover den avtalte kontraktsperioden. Det kan også oppstå spørsmål om adgangen til å endre den avtalte prisen, endre hvem som er parter i avtalen eller for øvrig endre i kontraktsvilkårene. Det vil særlig være tilfellet for langvarige og komplekse kontrakter.

Anskaffelsesreglene gjelder i utgangspunktet bare for prosessen frem til kontraktsinn-gåelse. Reglene har likevel den refleksvirkning at endringer i en eksisterende kontrakt i noen tilfeller vil bli sett på som inngåelse av en ny kontrakt, slik at oppdragsgiver ikke uten videre kan foreta slike endringer.²⁰ Oppdragsgiver må da i stedet gjennomføre en ny konkurranse i tråd med regelverket, se kapittel 7.4.4.

Hvis det i den opprinnelige kontrakten er tatt høyde for at kontrakten kan endres underveis i avtaleperioden, kan oppdragsgiver gjøre dette uten at det krever ny prosedyre etter forskriften. Det vil for eksempel være tilfellet der oppdragsgiver har inntatt en opsjon eller en endringsklausul i kontrakten. Det kunne for eksempel være en opsjon på forlengelse av kontraktens løpetid eller øking av volumet eller en prisjusteringsklausul.

Det må likevel stilles visse krav til slike opsjoner og endringsklausuler. De må være i sam-svar med de grunnleggende prinsippene i lovens § 5, blant annet kravene til likebehand-ling og forutberegnelighet. Det innebærer for det første at en opsjon/endringsklausul tydelig må beskrive hvilke endringer/utvidelser som kan foretas og på hvilke objektive vilkår.²¹ For det andre må opsjonen/endringsklausulen gi oppdragsgiver en ensidig rett til å foreta endringer. Det vil således ikke være rom for å forhandle med leverandøren om hvilke endringer som gjøres og vilkårene. Endelig må en opsjon/endringsklausul heller ikke forrykke konkurranseforholdet. Endringene må stå i sammenheng med det som kontrakten omfatter og må ikke føre til at kontrakten får vesentlig annen art eller omfang.²²

Eksempel på opsjon på forlengelse av kontrakten:

«Oppdragsgiver har opsjon på å forlenge kontrakten for 2 perioder på 1 år. Dersom oppdragsgiver utøver denne opsjonen skal dette bekreftes skriftlig innen 1. februar 2015.»

Der det ikke er tatt med en opsjon eller endringsklausul, vil det uansett være mulig å gjøre visse *mindre endringer* uten at det fører til plikt til ny konkurranseutsetting. Foretas det *vesentlige endringer* i en eksisterende avtale vil dette imidlertid likestilles med inn-gåelse av en ny kontrakt, og dermed forplikte oppdragsgiver til å konkurranseutsette kontrakten. Foretas det slike endringer, uten at kontrakten konkurranseutsettes, vil dette anses som en ulovlig direkte anskaffelse. Dette vil også være tilfellet selv om det ellers er saklige grunner for å foreta slike endringer.

Spørsmålet er hva som skal til for at en endring anses som en vesentlig endring, slik at kontrakten må konkurranseutsettes på nytt.

²⁰ Dette følger av gjennomskiktighetsprinsippet og likebehandlingsprinsippet, jf. C-454/06 (Pressetext), premiss 34.

²¹ Se EU-domstolens avgjørelse i C-423/07.

²² Se KOFA sak 2008/5. Her endret oppdragsgiver et prosjekt om ombygging/tilbygg til nyoppføring, den geografiske plas-se-ring. Standarden for totalentreprise NS3431 ga riktig nok adgang til å rekvirere endringer og tillegg mot tilleggsvederlag, men standarden setter likevel en grense for hvor omfattende endringer som kan gjøres. Endringene ble i saken ansett som en ulovlig direkte anskaffelse.

12.6.2 Hva skal til for å anse en endring som vesentlig

En endring i en eksisterende avtale må anses som vesentlig, når den endrede avtalen er avgjørende forskjellig fra den opprinnelige avtalen, og derfor viser at det var partenes vilje å reforhandle avtalens grunnleggende elementer. Det har EU-domstolen slått fast i den sentrale avgjørelsen i sak C-454/06, *Pressetext*.²³ Vurderingen må ta utgangspunkt i den opprinnelige kunngjøringsteksten og konkurransegrunnlaget.

EU-domstolen oppstiller i *Pressetext* tre typetilfeller av endringer som kan medføre at man har å gjøre med en ny kontrakt.

For det første vil en endring være vesentlig, hvis den fører til nye betingelser som – hvis de hadde vært en del av den opprinnelige kontraktsinngåelsen – ville ha *forykket konkurranseresultatet*.²⁴ Det er tilfellet der andre leverandører enn de som faktisk deltok, ville hatt mulighet til å delta i konkurransen om de hadde kjent til de nye betingelsene. Det er også tilfellet der øvrige leverandører ville kunne ha utformet sine tilbud annerledes, slik at et annet tilbud kunne ha blitt valgt.²⁵

For det andre vil en endring være vesentlig, hvis den utgjør en *betydelig utvidelse av omfanget* av tjenestene, i forhold til det som opprinnelig var avtalt.²⁶ Hva som må forstås som betydelig vil avhenge av den konkrete kontrakten, herunder den opprinnelige avtalte kontraktsverdien og verdien av selve utvidelsen.^{27 28}

Det vil for eksempel ofte kunne oppstå behov hos oppdragsgiver for å endre avtalen når det kommer en ny versjon av det produktet som avtalen omfatter, for eksempel oppgraderte IKT-produkter med bedre og flere funksjonaliteter enn den versjonen som forelå på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Her har KOFA tidligere uttalt at reforhandlinger som har rimelig kommersiell og funksjonsmessig sammenheng med den først inngåtte avtale, i utgangspunktet må godtas.²⁹

²³ Se avgjørelsens premiss 34.

²⁴ Se avgjørelsens premiss 35.

²⁵ Se også KOFAs avgjørelse i sak 2010/68. Her ble en avtale endret fra en driftsavtale til en funksjonsavtale. Endringen gjaldt ikke arbeidets fysiske karakter, men funksjonsdeling og oppgjørsmåte. Leverandøren skulle etter endringen selv ha ansvar for kontraktens angitte funksjonsnivå. Oppdragsgivers utgifter lå på om lag samme nivå etter endringen. KOFA kom, under noen tvil, til at dette ikke var en vesentlig endring. Se også KOFA-sakene 2008/5, som er omtalt i fotnote, og 2008/217.

²⁶ Se avgjørelsens premiss 36.

²⁷ Se for eksempel sak C-160/08, *Kommisjonen mot Tyskland*, om ambulansetjenester. Her ble kontrakten utvidet med ca. 15 prosent, og selve verdien av endringen oversteg i seg selv EØS-terskelverdien. EU-domstolen fant at dette var en vesentlig endring. Se avgjørelsens premisser 98-101, jf. premiss 32.

²⁸ Se KOFA-sak 2010/165. Forlengelse av en kontrakt med et år ble ansett som en ny kontraktsinngåelse og ble derfor ansett som en ulovlig direkte anskaffelse. Verdien av forlengelsen utgjorde knappe 4 mill. kr. ekskl. mva. Se også sakene 2009/232 (utvidelse av en kontrakt om utbedring av vei til å omfatte veiparsell som ikke var omfattet av den opprinnelige kontrakten), 2009/208 (vintervedlikehold og utvidelse av kontrakten til en ny bydel) og 2010/179 (i kontrakt om prosjektering og bygging av ny 4. arm til rundkjøring, inkludert nye parkeringsplasser mv, ble en reduksjon av prosjektet ikke ansett som en vesentlig endring) og 2012/212 (utvidelse av avtale om laboratoriestyr).

²⁹ KOFA sak 2004/16.

EU-domstolen aksepterte i C-337/98, *Matra*, at det kan skje visse oppgraderinger. Saken gjaldt en kontrakt om et førerløst bybaneanlegg. Først hadde oppdragsgiver vist til en teknologi (VAL 206-system), men dette ble senere endret til en nyere teknologi (VAL 208-systemet). Domstolen mente ikke at dette var en vesentlig endring og uttalte følgende i premiss 51:

”Denne ændring af kontraktbetingelserne skyldes for det første, som den franske regering har anført, materiellets udvikling mellem 1993 og 1996 og vedrører dets størrelse på et punkt, der er af helt marginal betydning (2 cm i bredden). For det andet bør det ikke udelukkes, at parterne under en forhandling, der efter sin karakter kan strække sig over en lang periode, tager hensyn til de nye teknologiske udviklinger, der er indtrådt under forhandlingsforløbet, uden at dette forhold hver gang skal betragtes som en genforhandling af et grundlæggende element i kontrakten, der begrunder, at nye retsregler finder anvendelse.”

Betingelsen har også en viss sammenheng med bestemmelsene om tilleggsytelser, jf. forskriftens § 14-4 bokstav f og j. Etter disse bestemmelsene kan oppdragsgiver i noen tilfelle tildele en kontrakt om en tilleggsytelse direkte til den opprinnelige leverandøren uten kunngjøring av en ny konkurranse, se nærmere i kapittel 7.4.5. Det vil for eksempel være tilfelle der skifte av leverandør i en varekontrakt vil pålegge oppdragsgiver å anskaffe utstyr som er teknisk uforenelig med eksisterende utstyr. For tilleggsleveranser i en varekontrakt er det blant annet et vilkår at varigheten for den opprinnelige kontrakten og tilleggsleveransen som hovedregel ikke må overstige 3 år. For tilleggstjenester og tilleggsarbeider er det et vilkår at den samlede verdi av kontrakter som inngås om tilleggsytelser ikke må overstige 50 prosent av verdien av den opprinnelige kontrakten. Slike endringer vil i utgangspunktet være vesentlige, men her gjør særlige grunner at oppdragsgiver likevel skal kunne inngå kontrakt uten ny kunngjøring.

For det tredje vil en endring være vesentlig, hvis den innebærer at kontraktens økonomiske balanse endres til fordel for *den eksisterende leverandøren*.³⁰ Eksempelvis vil prisen alltid utgjøre en viktig betingelse i en kontrakt.³¹ En prisøkning vil derfor i utgangspunktet lett kunne bli ansett som en vesentlig endring som vil kreve en ny konkurranse. Hvis endringen er i oppdragsgivers favør, for eksempel der leverandøren senker sine priser, vil dette derimot i utgangspunktet ikke utgjøre en vesentlig endring.³²

30 Se avgjørelsens premiss 37.

31 Se avgjørelsens premiss 59-60.

32 Se premiss 62. Se også generaladvokatens uttalelse i premiss 90, der det fremgår at det ikke kan utelukkes at en slik endring vil kunne være vesentlig. Eksempelvis vil det kunne være problematisk om en leverandør i en misligholdssituasjon senker sine priser på det vilkår at oppdragsgiver ikke hever kontrakten.

Sak C-454/06, *Presstext*:

Saken gjaldt en avtale mellom den østerrikske stat og et byrå som formidlet nyhetstjenester. Avtalen var inngått uten spesifisert utløpstid (før Østerrike ble medlem av EU), med mulighet for å si opp avtalen etter ca. 5 år. EU-domstolen tok stilling til om en rekke senere endringer i kontrakten var så vesentlige at de utgjorde en ny avtale, som ville kreve konkurranseutsetting.

En av disse endringene var fastsettelsen av en klausul som innebar at oppdragsgiver ga avkall på retten til å si opp avtalen i tre år. EU-domstolen mente ikke at dette var en vesentlig endring. For det første var det ingen ting i saken som tydet på at oppdragsgiver konkret hadde tenkt seg å avslutte kontrakten. For det andre var den 3-årige perioden, som avkallet på oppsigelse gjaldt for, ikke usædvanlig lang tid sett i sammenheng med den tiden det ville ta faktisk å gjennomføre en oppsigelse. Det var således ikke risiko for at endringen ville vri konkurransen. Dette forutsatte imidlertid at et slikt avkall ikke systematisk ville bli tatt inn i kontrakten.

Leverandøren hadde videre endret en rabattsats fra 15 prosent til 25 prosent, hvilket altså innebar en lavere pris for oppdragsgiver. Domstolen konkluderte med at dette heller ikke innebar en vesentlig endring av avtalen. Avtalens økonomiske balanse ble ikke endret til fordel for den eksisterende leverandøren, og dette kunne ikke vri konkurransen til skade for øvrige mulige leverandører.³³

Partene foretok også noen andre nærmere bestemte prisendringer.³⁴

Prisene i den opprinnelige avtalen var fastsatt i østerrikske schilling. Ved overgangen til Euro omregnet partene derfor prisene til Euro. I noen tilfeller skjedde det uten å endre prisenes reelle verdi. Dette mente domstolen ikke utgjorde en vesentlig endring, men bare en tilpasning av kontrakten av hensyn til ytre omstendigheter. I andre tilfeller nedrundet partene prisene etter omregning til runde tall, svarende til en nedsettelse på 0,3-2,94 prosent. Her uttalte domstolen at så lenge endringene i pris er ubetydelig og kan forklares på en objektiv måte, kan dette gjøres uten at det blir ansett som inngåelse av en ny avtale. Dette mente domstolen var tilfellet, fordi endringen hadde til formål å lette gjennomføringen av avtalen, for eksempel i forbindelse med beregning og fakturering. I begge tilfeller var endringen i oppdragsgivers favør.

Endelig var det et spørsmål om en omformulering av en prisindeksklausul innebar en vesentlig endring av kontrakten. Her hadde partene erstattet en forbrukerprisindeks fra 1986 med en nyere forbrukerindeks fra 1996. Her uttalte domstolen at henvisning til en ny prisindeks i den konkrete saken ikke utgjorde en vesentlig endring i den opprinnelige avtalen.

³³ Se premissene 85-87.

³⁴ Se premissene 55-70.

Overdragelse av kontrakt til en annen leverandør vil i utgangspunktet utgjøre en vesentlig endring.³⁵ Det er likevel noen unntak fra dette. I *Pressetext*-saken ble deler av avtalen overført til et 100 prosent eid datterselskap. Leverandøren og datterselskapet inngikk avtale om overførsel av inntekter og tap, og selskapene heftet solidarisk. Leverandøren hadde kontroll over datterselskapet, som både finansielt, organisatorisk og kommersielt utgjorde en del av leverandøren. Det ble ikke endret i tjenestene som skulle leveres. EU-domstolen mente at dette reelt sett var en omstrukturering som ikke endret de opprinnelige kontraktsvilkårene.³⁶ Endringer i eierkretsen i et aksjeselskap eller deltakerne i et andelselskap vil i prinsippet heller ikke utgjøre vesentlige endringer.³⁷

EU-kommisjonen har i sin praksis³⁸ oppstilt tre betingelser for at overføring til ny leverandør kan aksepteres:

- Det må skje en prøving av kvalifikasjonskravene hos den nye leverandøren.
- Oppdragsgiver må ikke kunne bebreides for den situasjonen som har oppstått.
- Overføringen representerer ikke en omgåelse av regelverket.

Mye taler for at utskifting av leverandører i forbindelse med andre former for strukturelle endringer, så som interne reorganisering, fusjoner, overdragelser, konkurs og lignende, heller ikke nødvendigvis vil bli ansett som vesentlige endringer, når ovennevnte betingelser er oppfylt.³⁹ Dette må imidlertid under alle omstendigheter også forutsette at det ikke for øvrig skjer vesentlige endringer i kontrakten.

I KOFA's avgjørelse i sakene 2011/259 og 2012/235 ble overdragelse av en kontrakt om nødnettutbygging til en underleverandør ikke ansett som en vesentlig endring. Det forelå imidlertid en rekke særlige omstendigheter i saken. Blant annet hadde leverandøren misligholdt sine kontraktsforpliktelser overfor både oppdragsgiver og underleverandøren. Dersom underleverandøren hadde hevet kontrakten, ville ikke leverandøren kunne ha gjennomført kontrakten for oppdragsgiver. Dette ville blant annet ført til økt risiko for tap av menneskeliv.⁴⁰

Utskifting av en underleverandør vil som hovedregel ikke utgjøre en vesentlig endring. Dette vil likevel kunne være tilfellet i helt spesielle tilfeller, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-91/08, *Wall*.⁴¹ Ved tildelingen av kontrakten i saken ble det lagt avgjørende vekt på kunnskapen hos en bestemt underleverandør. En etterfølgende utskifting av denne leverandøren ble derfor ansett som en vesentlig endring.

EU-kommisjonen har i sitt forslag til nytt anskaffelsesdirektiv⁴² foreslått en ny bestemmelse om adgangen til å foreta endringer av eksisterende kontrakt. Her foreslår kom-

35 Se C-454/06, *Pressetext*, premiss 40. Se KOFA sakene 2008/205 og 2008/37.

36 Se premiss 45.

37 Se C-454/06, *Pressetext*, premiss 51-52.

38 Se KOFA sakene 2011/259 og 2012/235, premiss 55-57.

39 Se EU-kommisjonens forslag til nytt direktiv, KOM (2011) 896, artikkel 72.

40 Det ble også lagt vekt på følgende: Kontrakten var særlig langvarig og innebar betydelige investeringer. Underleverandøren var betydelig i prosjektet. Underleverandøren overtok personell og utstyr i kontrakten. Kontrakten ble videreført på samme vilkår som tidligere, og oppdragsgivers sikkerhet for oppfyllelse var tilstrekkelig ivarett. Se avgjørelsens premiss 58.

41 Saken gjaldt en tjenestekonsesjonskontrakt om drift, vedlikehold og rengjøring av offentlige toaletter. Læren om kontraktendringer gjelder altså ikke bare for kontrakter som omfattes av EUs anskaffelsesdirektiver.

42 Se KOM (2011)896 endelig, forslag til ny artikkel 72.

misjonen å kodifisere EU-domstolens praksis. Kommisjonen foreslår også å gjøre noen presiseringer, blant annet ved å:

- innføre kvalitative grenser for ikke-vesentlige endringer,
- oppstille en rekke typetilfeller der en vesentlig endring likevel ikke skal føre til krav om ny konkurranseutsetting, og
- oppstille en rekke typetilfeller av endringer som ikke vil være mulige.

Som nevnt innledningsvis vil det bli ansett som en ulovlig direkte anskaffelse, hvis oppdragsgiver foretar vesentlige endringer i en kontrakt uten å konkurranseutsette på nytt. Dette kan føre til alvorlige sanksjoner, både for oppdragsgiver og den leverandøren som oppdragsgiver har inngått kontrakt med, jf. kapittel 18.5.

Som det fremgår av dette kapittelet kan vurderingen av om en endring er vesentlig være ganske vanskelig. Det kan derfor skje at en oppdragsgiver i god tro kan trå feil. For å unngå sanksjoner i et slikt tilfelle, kan en oppdragsgiver i god tro foreta en intensjonskunngjøring og vente med å inngå kontrakt i ti dager, jf. kapittel 18.5.4. Kunngjøringen må da inneholde oppdragsgivers begrunnelse for at den konkrete endringen ikke skal anses som vesentlig.

Dersom man endrer i en kontrakt uten konkurranse må man sikre seg at regelverket om offentlig støtte overholdes. Ulovlig støtte kan forekomme der oppdragsgiver ikke betaler markedspris for ytelser som ikke har vært konkurranseutsatt. Oppdragsgiver må altså sikre at leverandøren får markedspris for eventuelle nye eller endrede ytelser. Se nærmere i FADs veileder til EØS-avtalens regler om offentlig støtte.⁴³

⁴³ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Offentlig%20stotte/Offentlig_stotte_veildere_2011.pdf



Kapittel 13

Avvisning

13.1 Innledning

13.1.1 Plikt eller rett til å avvise

Leverandørene bærer risikoen for å innlevere den dokumentasjonen oppdragsgiver etterspør, og at tilbudene er klart og korrekt utformet. Oppdragsgiver kan i visse tilfeller avvise leverandører på grunn av forhold ved leverandøren eller tilbudet.

Det er like avvisningsregler i forskriftens del II og III, både når det gjelder avvisning av leverandør og tilbud. Det er viktig å skille mellom de avvisningsbestemmelsene der oppdragsgiver plikter å avvise, og der oppdragsgiver får en rett til å avvise. Disse er ofte omtalt som «skal» og «kan» avvisningsregler.

Der oppdragsgiver har en avvisningsrett, er det i utgangspunktet opp til oppdragsgivers skjønn å avgjøre om en leverandør eller et tilbud skal avvises. Oppdragsgivers skjønn er imidlertid ikke ubegrenset. Oppdragsgiver må sørge for å overholde de grunnleggende prinsippene, slik som for eksempel hensynet til god forretningsskikk, forutberegnlighet og likebehandling. Dersom oppdragsgiver for eksempel velger å avvise én leverandør fordi tilbudet ikke er signert, må også andre leverandører som ikke har signert tilbudet avvises, jf. likebehandlingsprinsippet.

13.2 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

13.2.1 Er avvisningsbestemmelsene uttømmende?

Det er etablert rettspraksis fra EU-domstolen¹ at avvisningsreglene, som gir oppdragsgiver en rett til å avvise på grunn av forhold ved leverandøren, er uttømmende regulert når det gjelder oppdragsgivers adgang til å utelukke en leverandør på grunn av forhold ved hans yrkesmessige vandel, solvens og pålitelighet. Oppdragsgiver har derfor ikke rett til å avvise for forhold ved leverandøren i andre tilfeller enn det som fremgår av forskriftens bestemmelser. Det kan imidlertid ikke utelukkes at oppdragsgiver *plikter* å avvise i andre tilfeller enn de som er særskilt regulert i forskriften. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle der det vil være i strid med de grunnleggende prinsippene ikke å avvise en leverandør.

¹ Se sak C-465/11 *Forposta*, premiss 38 og 39, forente saker C-226/04 og 228/04 *La Cascina*

13.2.2 Fremgangsmåten ved avvisning av leverandør

Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet

Det er en plikt for oppdragsgiver å snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet, jf. §§ 11-13 første ledd og 20-15 første ledd. Bakgrunnen for dette er blant annet hensynet til forutsigbarhet. Et tilbud er bindende for leverandøren ut vedståelsesfristen, noe som er med på å binde opp ressurser for leverandøren. Dersom leverandøren avvises vil leverandøren ikke lenger være bundet, og kan delta i nye konkurranser. Det er derfor viktig for leverandøren å få avklart raskt om han blir avvist.

Oppdragsgiver må imidlertid bruke den tid som er nødvendig for å sikre en forsvarlig saksbehandling, herunder for eksempel foreta en juridisk vurdering av om en har plikt eller rett til å avvise. Når oppdragsgiveren har gjennomgått den nødvendige informasjonen må oppdragsgiver ta stilling til avvisningsspørsmålet. Uavhengig av hvilken konkurranseform som er valgt, vurderes avvisningsspørsmål knyttet til forhold ved leverandøren først, deretter tilbudene.

Oppdragsgiver kan gi tilleggsfrist for ettersending av dokumenter

Dersom en eller flere leverandører ikke har levert HMS-erklæring, skatteattest eller annen offentlig tilgjengelig dokumentasjon på at krav til leverandøren er oppfylt, kan oppdragsgiver fastsette en kort tilleggsfrist for ettersending av disse dokumentene, jf. §§ 12-13 og 21-3.

Det er leverandøren som er ansvarlig for å levere inn den etterspurte dokumentasjonen. Oppdragsgiver har derfor i utgangspunktet ingen plikt til å gi tilleggsfrist. I klagenemndas praksis er det likevel lagt til grunn at oppdragsgiver, ut fra kravet til god forretningsskikk, i visse tilfeller kan ha plikt til å gi leverandørene tilleggsfrist, jf. klagenemndas sak 2004/81 premiss (23).

Denne retten til å innhente manglende dokumentasjon knyttet til forhold ved leverandøren, må benyttes på en måte som ivaretar de grunnleggende prinsippene om likebehandling, god forretningsskikk og ikke-diskriminering. Dersom oppdragsgiver velger å sette en tilleggsfrist for ettersending av dokumentene, må den samme muligheten gis til alle leverandørene. Se nærmere om tilleggsfrist for ettersending av dokumenter i kapittel 12.5.3.

Oppdragsgiver kan anmode om supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner

Oppdragsgiveren kan anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren utdypes eller suppleres, jf. §§ 12-4 og 21-4. Det er i utgangspunktet kun de dokumenter som er fremlagt innen tilbudsfristens utløp som kan utdypes og suppleres. Bestemmelsene omfatter derfor en annen situasjon enn i §§ 12-13 og 21-3, se ovenfor. Se nærmere om supplerende opplysninger om leverandørens kvalifikasjoner i kapittel 12.5.4.

Oppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom en leverandør blir avvist

Oppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom en leverandør blir avvist, jf. §§ 11-14 annet ledd bokstav a og 20-16 annet ledd bokstav a. Hensynet bak regelen er blant annet hensynet til etterprøvbarhet og forutsigbarhet. Begrunnelsesplikten er nærmere omtalt i kapittel 16.

13.2.3 Departementets fortolkningsuttalelse om avvisning av leverandør

Departementet har i brev av 12. januar 2011 kommet med en omfattende veiledning om noen av avvisningsbestemmelsene som omtales nedenfor.² Veiledningen omfatter følgende bestemmelser i forskriften:

- § 11-10 første ledd bokstav e og § 20-12 første ledd bokstav e om oppdragsgivers plikt til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for deltakelse i en kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri og hvitvasking av penger,
- § 11-10 annet ledd bokstav c og § 20-12 annet ledd bokstav c om oppdragsgivers rett til å avvise leverandører i tilfeller der leverandøren ved en rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel,
- § 11-10 annet ledd bokstav d og § 20-12 annet ledd bokstav d om oppdragsgivers rett til å avvise leverandører i tilfeller der leverandøren i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje.

13.2.4 Plikt til å avvise en leverandør

Ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav a og 20-12 første ledd bokstav a

Leverandører som ikke oppfyller kravene som er satt for deltakelse i konkurransen, skal avvises. Oppdragsgiver skal i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget opplyse om hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til leverandøren. Det vises til kapittel 9 for en nærmere behandling av temaet, blant annet hvilke kvalifikasjonskrav oppdragsgiver kan stille.

Dersom oppdragsgiver ut fra de dokumenter mv. som er innlevert kan se at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskravene skal leverandøren i utgangspunktet avvises. Oppdragsgiver har imidlertid adgang til å gi tilleggsfrist for ettersending av offentlig tilgjengelig dokumentasjon, eller anmode om at fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren utdypes eller suppleres. (se kapittel 12.5.3, kapittel 12.5.4 og kapittel 13.2.1). Avvisningsspørsmålet avgjøres i så fall etter at oppdragsgiver har benyttet seg av disse mulighetene.

Manglende dokumentasjon kan i seg selv i visse tilfeller gi oppdragsgiver en *rett* til å avvise leverandører, jf. forskriftens §§ 11-10 annet ledd bokstav g og 20-12 annet ledd bokstav g (se kapittel 13.2.2).

² http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf

Ved vurderingen av hvorvidt kvalifikasjonskravene er oppfylt, utøver oppdragsgiver et innkjøpsfaglig skjønn som i begrenset grad kan overprøves rettslig. Det kan bare prøves om vurderingen er basert på riktig faktisk grunnlag, om den er vilkårlig, usaklig eller ufor-svarlig, eller om den er i strid med de grunnleggende kravene i lovens § 5.

KOFA sak 2009/140:

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av rør- og varmeentrepriser i forbindelse med ombygging av en skole. Valgte leverandør hadde ikke levert tilstrekkelig dokumentasjon tilknyttet kvalifikasjonskravene og heller ikke fremlagt alternativ dokumentasjon som på annen måte dokumenterte at den kunne anses kvalifisert. Uansett ble leverandøren innrømmet en tilleggsfrist for å sende inn manglende dokumentasjon. KOFA uttalte i premiss (27)-(28):

(27) I følge § 12-3 første setning kan oppdragsgiver gi leverandørene en kort tilleggsfrist for ettersending av «HMS-egenerklæring, skatteattest eller offentlig tilgjengelig dokumentasjon». Det følger klart av klagenemndas praksis at bare disse tre dokumentasjonstypene omfattes av tilleggsfristen, jf. sak 2009/163 premiss (58). Av § 12-4 fremgår det videre at oppdragsgiver har anledning til å be om at allerede «fremlagte attester og dokumenter vedrørende krav til leverandøren suppleres eller utdypes». Utover dette må oppdragsgiver basere seg på den dokumentasjonen som leverandøren allerede har innlevert sammen med tilbudet, jf. sakene 2009/163 premiss (53) og 2009/142 premiss (26).

(28) Det er etter nemndas mening på det rene at dokumentasjon som hvilken andel av entreprisen valgte leverandør tenkte å overlate til underentreprenører, beskrivelse av kvalitetssikringssystem, organisasjonsplan for oppdraget og oversikt over tidligere viktige referanser klart ikke kan anses som «offentlig tilgjengelig dokumentasjon». Heller ikke kan den anses som «supplerende» eller «utdypende» når tilbudet i utgangspunktet ikke inneholdt noe om den etterspurte dokumentasjonen.

Klagenemnda fant deretter at oppdragsgiver hverken hadde hjemmel til å anvende § 12-3 eller § 12-4 og skulle derfor vært avvist etter § 11-10 første ledd bokstav a.

Ikke levert skatteattest eller HMS-erklæring, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav b og c og 20-12 første ledd bokstav b og c

Dersom leverandøren ikke leverer skatteattest eller HMS-egenerklæring,³ har oppdragsgiver plikt til å avvise leverandøren. Det vises til kapittel 13.2.1 om oppdragsgivers mulig-

³ Jf. forskriftens §§ 8-7, 8-8, 17-14, 17-15

het å gi en kort tilleggsfrist for ettersending av denne dokumentasjonen og KOFA sak 2009/140 som er omtalt ovenfor. Dersom oppdragsgiver velger å ikke gi en tilleggsfrist, inntreer en plikt til å avvise leverandøren.

Er skatteattest innlevert, men viser restanser, skal avvisning vurderes etter «kan» bestemmelsen i forskriftens § 11-10 annet ledd bokstav f eller § 20-12 annet ledd bokstav f, jf. nærmere omtale under.

Ikke levert forespørsel om deltakelse i begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling innen fristen eller i samsvar med reglene om kommunikasjon, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav d og 20-12 første ledd bokstav d

Oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som ikke leverer forespørsel om deltakelse i begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling innen fristen, eller i samsvar med reglene om kommunikasjon, jf. kapittel 7 og 16. Bestemmelsen skal sikre likebehandling av leverandørene og forutberegnlighet.

Leverandøren er rettskraftig dømt for visse former for økonomisk kriminalitet, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav e og 20-12 første ledd bokstav e.

Dersom oppdragsgiver kjenner til at leverandøren er rettskraftig dømt for visse former for økonomisk kriminalitet, inntreer det en avvisningsplikt. Oppdragsgiver har ikke plikt til å undersøke om leverandører er straffedømt.

Bakgrunnen for regelen er at det er viktig at det offentlige ikke handler med leverandører som er straffedømt for økonomisk kriminalitet.

Dersom allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren, inntreer likevel ikke avvisningsplikten. Slike allmenne hensyn kan for eksempel være hensynet til liv og helse, forhindre ødeleggelse på eiendom, eller ivaretagelse av andre viktige samfunnsinteresser.

De former for kriminalitet som skal føre til avvisning er deltakelse i en kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri og hvitvasking av penger. Opplistingen er uttømmende, slik at andre former for kriminalitet ikke vil medføre en plikt til å avvise, men kan medføre en rett til å avvise etter §§ 11-10 annet ledd bokstav c eller 20-12 annet ledd bokstav c, se kapittel 13.2.2.

Bestemmelsen må tolkes i lys av forholdsmessighetsprinsippet. Selv om leverandøren er dømt for kriminell aktivitet, kan forholdsmessighetsprinsippet tilsi at det er uproportjonalt å avvise leverandøren dersom disse forholdene ligger langt tilbake i tid.

Som nevnt ovenfor har departementet i brev av 12. januar 2011 gitt en nærmere veiledning om noen av avvisningsbestemmelsene, bl.a. denne.⁴ Veiledningen inneholder en

⁴ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf

omfattende gjennomgang av diverse tolknings spørsmål som er forbundet med avvisning av leverandører, herunder hva kravet om at en dom må være rettskraftig innebærer og hvilke krav oppdragsgiver kan stille til leverandørens dokumentasjon. I veiledningen anbefales det at oppdragsgivere som ønsker å stille dokumentasjonskrav om vandel, vurderer om det i den konkrete anskaffelsen kan være tilstrekkelig å be leverandøren om en egenerklæring.

I veiledningen drøftes det også hvordan forholdsmessighetsprinsippet spiller inn når oppdragsgiver skal vurdere avvisningsplikten. Oppdragsgiver må i slike tilfeller vurdere:

- i hvilken grad det skal skje identifikasjon mellom selskaper innenfor samme konsern, eller mellom selskap og fysiske personer,
- hvor lenge en leverandør skal være utestengt fra å delta i konkurranser om offentlige anskaffelser, og
- hvordan det vil være mulig for en leverandør «å rydde opp» i sin virksomhet (såkalt «self-cleaning») og således unngå å bli utestengt, eller bli utestengt i en kortere periode. Som eksempler på self-cleaning kan nevnes medvirkning til klargjøring av fakta, omfattende endringer av rutiner, avskjedigelse av berørte personer som for eksempel daglig leder, styremedlemmer og eiere og andre interne tiltak.

KOFA sak 2011/206:

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av innvendig rehabilitering av en skole. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt forskriften § 11-10 (1) bokstav e ved ikke å avvise valgte leverandør, som følge av at ansatt prosjektleder med en eierandel på 25 prosent, tidligere var dømt for grov korrupsjon. Klagenemnda la til grunn at det måtte foretas identifikasjon mellom selskapet og prosjektlederen, heretter benevnt som «A». Dette som følge av at A hadde en nøkkelrolle i selskapet, en eierandel på 25 prosent, samt at A hadde sentrale roller i tilknyttete selskaper. Bakgrunnen for at det må foretas identifikasjon er at det ellers er lett å omgå reglene slik at avvisningsplikt ikke foreligger.

Klagenemnda fant at det ikke ville være i strid med kravet til forholdsmessighet å avvise valgte leverandør. De strukturelle endringer som var gjort ble i begrenset grad ansett for å være reelle tiltak for «self-cleaning», da tiltakene primært fremsto som formelle tiltak for å unngå avvisning, og i liten grad var rettet mot å forhindre fremtidig korrupsjon. Videre ble det ikke ansett uforholdsmessig å avvise valgte leverandør som følge av tidsforløpet, herunder to år og tre måneder etter dommen ble rettskraftig og seks år etter handlingene fant sted. Dette ble begrunnet med at A var dømt til 1 år og tre måneder fengsel for grov korrupsjon. I relasjon til saken måtte dette anses som en alvorlig domfellelse for handlinger som ble begått i egenskap av As rolle som administrerende direktør i et tidligere selskap.

Leverandøren har blitt anvendt som rådgiver ved utarbeidelse av spesifikasjonene i strid med § 3-8, jf. §§ 11-10 første ledd bokstav f og 20-12 første ledd bokstav f

Dersom oppdragsgiver har gjort bruk av en leverandør som rådgiver ved utarbeidelsen av spesifikasjonene for en bestemt anskaffelse, i strid med § 3-8, inntrener en plikt til å avvise denne leverandøren i en etterfølgende konkurranse. Hvorvidt det foreligger en avvisningsplikt avhenger med andre ord av om vilkårene i § 3-8 er oppfylt. Oppdragsgiver skal ikke benytte rådgivere som kan ha økonomisk interesse av anskaffelsen, dersom dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurransen. Se nærmere om fortolkning av denne bestemmelsen i kapittel 5.4.

Borgarting lagmannsrett dom av 4. mai 2012 (Norconsult)⁵:

Saken reiser spørsmålet om når det foreligger såkalt rådgiverinhabilitet og hvor strengt habilitetskravet skal praktiseres på dette området. Et rådgivende ingeniørfirma, som hadde utført noen mindre forberedende prosjekteringsoppgaver, ble avvist fra offentlig tilbudskonkurranse om prosjektering av jernbanestrekning med hjemmel i forskriftens § 20-12 første ledd bokstav f og § 3-8. Retten drøfter vilkårene for avvisningsplikt og uttaler «*at inhabilitet inntreer i følgende tilfelle: hvis rådgiveren har hatt en rolle ved tilretteleggingen av konkurransegrunnlaget som har gitt vedkommende et klart konkurransefortrinn og denne fordelene heller ikke i det vesentlige er utjevnet før konkurransen er avsluttet.*» Lagmannsretten kom deretter til, i motsetning til tingretten, at avvisningen var urettmessig. Selv om det var uheldig at rådgiveren var blitt engasjert i oppdrag tett opp til og delvis inn i konkurranseperioden, var det ikke holdepunkter for at selskapet hadde oppnådd særfordeler.

13.2.5 Rett til å avvise en leverandør

Det understrekes at bestemmelsene i forskriftens §§ 11-10 annet ledd og 20-12 annet ledd gir oppdragsgivere en skjønnsmessig adgang til å avvise leverandører i visse situasjoner. Det vises til nærmere omtale om dette i pkt. 3.6 i ovennevnte veiledning fra departementet av 12. januar 2011.

Konkurs mv., jf. §§ 11-10 annet ledd bokstav a og b og 20-12 annet ledd bokstav a og b

Oppdragsgiver kan avvise leverandøren dersom leverandøren er begjært konkurs, tvangsoppløst mv. eller der konkurs m.v. faktisk er åpnet. Bakgrunnen for bestemmelsene er at det i slike tilfeller kan være stor risiko for at leverandøren ikke vil kunne gjennomføre oppdraget.

Kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel, jf. §§ 11-10 annet ledd bokstav c og 20-12 annet ledd bokstav c

Oppdragsgiver kan avvise leverandører som ved rettskraftig dom er kjent skyldig i straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel. Det må foreligge en rettskraftig dom for de straffbare forholdene for at oppdragsgiver skal kunne avvise leverandøren etter denne bestemmelsen. Videre må de straffbare forholdene relatere seg til den yrkesmessige vandelen. Dette vil typisk gjelde leverandører som er dømt for økonomisk krimina-

⁵ LB-2010-211985

litet, for eksempel tilbudssamarbeid i strid med konkurranseloven. Andre eksempler er miljøkriminalitet eller brudd på arbeidsmiljøloven.⁶ Dersom administrerende direktør i et IT-firma har fått en fartsbot, vil dette ikke relatere seg til den yrkesmessige vandelen.

Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at de straffbare forholdene må være av en viss betydning, og være relevant for den aktuelle anskaffelsen.

Som nevnt har departementet i brev av 12. januar 2011 gitt en nærmere veiledning om noen av avvisningsbestemmelsene, bl.a. denne.⁷ Mange av vurderingstemaene som oppstår ved avvisning etter denne bestemmelsen er sammenfallende med de vurderingstemaene som oppstår ved avvisning etter §§ 11-10 første ledd bokstav e og 20-12 første ledd bokstav e. Blant annet hva kravet om at en dom må være rettskraftig innebærer, hvilke krav oppdragsgiver kan stille til leverandørens dokumentasjon, hvordan forholdsmessighetsprinsippet påvirker retten til å avvise og hvilken betydning det har at leverandøren har ryddet opp («self-cleaning»). Det vises derfor til det som står ovenfor om §§ 11-10 første ledd bokstav e og 20-12 første ledd bokstav e.

I sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje, jf. §§ 11-10 annet ledd bokstav d, og 20-12 annet ledd bokstav d

Dersom leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav, kan leverandøren avvises. Det er ikke krav om at det må foreligge rettskraftig dom eller et vedtak, men det må foreligge objektive bevis for slike brudd. Det er oppdragsgiver som må begrunne avvisningen og det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver kun har mistanke om slike forhold. Brudd på en profesjons etiske retningslinjer og straffebestemmelser vil omfattes. Forsømmelsen må være av vesentlig betydning («alvorlige brudd») og være relevant for den konkrete anskaffelsen, jf. forholdsmessighetsprinsippet i kapittel 5.1.2.

EU-domstolens avgjørelse i sak C-465/11 (Forposta) belyser nærmere hva ligger i kravet om «alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje». Oppdragsgiver hadde avvist en leverandør på grunn av mislighold i tidligere kontraktsforhold. Saken gjaldt et spørsmål knyttet til hvor langt en nasjonal lovgivning kan strekke seg i å konkretisere hva som er avvisningsgrunn. Her uttalte domstolen i premiss 27 at:

«... the concept of 'professional misconduct' covers all wrongful conduct which has an impact on the professional credibility of the operator at issue and not only the violations of ethical standards in the strict sense of the profession to which that operator belongs, which are established by the disciplinary body of that profession or by a judgment which has the force of res judicata.»

⁶ Dette fremkommer i fortalens premiss 43 til direktiv 2004/18/EF.

⁷ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf

Denne uttalelsen viser at domstolen tolker «forsømmelse mot faglige og etiske krav» ganske vidt og at det omfatter alvorlige forsømmelser som påvirker leverandørens pålitelighet. Bestemmelsen strekker seg derfor mye lengre enn kun å omfatte overtredelser av de regler og standarder for faglig etikk som bransjen, i snever forstand, har etablert. Saken viser at også tidligere kontraktsbrudd kan anses å være «alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje» og dermed en avvisningsgrunn. Ved avvisning på grunn av alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav skal det foretas en proporsjonalitetsvurdering hvor en blant annet tar hensyn til hvor alvorlig forsømmelsen er, tiltak leverandøren har gjort for å unngå nye forsømmelser, om det er en engangshendelse eller gjentatt adferd og hvor lenge det er siden.

Brudd mot konkurranse-, arbeidsmiljø, og miljøregler kan også falle under bestemmelsen og være avvisningsgrunn.

Som nevnt ovenfor har departementet i brev av 12. januar 2011 gitt en nærmere veiledning om noen av avvisningsbestemmelsene, bl.a. denne.⁸ Det vises til brevet som inneholder bl.a. henvisning til praksis fra KOFA og veiledning om hvilke krav som skal stilles til oppdragsgivers bevis (siden det er oppdragsgiver som må begrunne avvisningen). Brevet inneholder videre veiledning om hvordan forholdsmessighetsprinsippet påvirker retten til å avvise, herunder hvilken betydning det har at leverandøren har ryddet opp ("self-cleaning").

Ikke betalt skatter, avgifter og trygdeavgift, jf. §§ 11-10 annet ledd bokstav e og f og 20-12 annet ledd bokstav e og f

En leverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter, eller trygdeavgifter i samsvar med lovbestemmelser i den stat der han er etablert eller i Norge, kan avvises,

En leverandør anses som etablert i den stat hvor han har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak. Selv om en leverandør er etablert i et annet land enn Norge, kan oppdragsgiver avvise dersom leverandøren ikke har innbetalt pliktige skatter, avgifter eller trygdeavgift til Norge.

Bestemmelsen må forstås slik at ubetydelige restanser ikke vil lede til avvisning, jf. forholdsmessighetsprinsippet og følgende sak fra KOFA.

⁸ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf

KOFA sak 2004/238:

En kommune arrangerte en åpen anbudskonkurranse om inngåelse av rammeavtale for levering av catering og selskapsmat til kommunen. Den leverandøren som ble valgt hadde innlevert en skatteattest som viste en restanse på kr 3.281. Spørsmålet var om leverandøren skulle vært avvist, sett hen til at konkurransegrunnlagets krevde attest» som bekrefter at tilbyderen har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter, trygdeavgifter og MVA». Klagenemnda mente at en avvising på grunn av en så beskjedne restanse, som dessuten gjaldt renter, ville være en uforholdsmessig streng reaksjon, og at konkurransegrunnlaget ikke hadde forpliktet kommunen til avvising. Videre fant nemnda at det var foretatt en forsvarlig vurdering av den valgte leverandørens soliditet. Klagenemnda kom derfor til at innklagede handlet i overensstemmelse med regelverket da leverandøren ikke ble avvist.

Grovt misvisende eller feilaktige opplysninger, eller unnlattelse av å gi opplysninger, jf. §§ 11-10 annet ledd bokstav g og 20-12 annet ledd bokstav g

En leverandør som har gitt grovt misvisende, eller feilaktige opplysninger, eller unnlatt å gi opplysninger, kan avvises. Dersom oppdragsgiver for eksempel har gitt grovt misvisende opplysninger, vil dette kunne være et tillitsbrudd som gir oppdragsgiver rett til å avvise leverandøren. Unnlattelse av å gi opplysninger omfatter både de tilfeller der leverandøren bevisst unnlater å gi opplysninger, og der forsømmelsen skyldes andre forhold, for eksempel en forglemmelse eller misforståelse.

Avvisningsspørsmålet må avgjøres etter at oppdragsgiver eventuelt har benyttet seg av sin rett til å gi tilleggsfrist for ettersending av dokumentasjon, jf. §§ 12-3 og 21-3, eller anmodet om at opplysninger suppleres, jf. §§ 12-4 og 21-4.

Bestemmelsen gjelder kun manglende opplysninger knyttet til forhold ved leverandøren. Dersom den manglende dokumentasjonen knytter seg til innholdet av tilbudet, skal avvisningsspørsmålet vurderes etter forskriftens §§ 11-11 eller 20-13.

13.3 Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

13.3.1 Fremgangsmåten ved avvising av et tilbud

Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet

Det er en plikt for oppdragsgiver å snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet, jf. §§ 11-13 første ledd og 20-15 første ledd. Bakgrunnen for dette er blant annet hensynet til forutsigbarhet. Et tilbud er bindende for leverandøren ut vedståelsesfristen, noe som er med på å binde opp ressurser for leverandøren. Dersom tilbudet avvises vil leverandøren ikke lenger være bundet, og kan delta i nye konkurranser. Det er derfor viktig for leverandøren å få avklart raskt om tilbudet blir avvist.

Oppdragsgiver må bruke den tid som er nødvendig for å sikre en forsvarlig saksbehandling, herunder for eksempel foreta en juridisk vurdering av om den har plikt eller rett til å avvise. Når oppdragsgiveren har gjennomgått den nødvendige informasjonen må oppdragsgiver ta stilling til avvisningsspørsmålet. Uavhengig av hvilken konkurranseform som er valgt, vurderes avvisningsspørsmål knyttet til forhold ved leverandøren først, deretter tilbudene.

KOFA sak 2012/132:

Klager deltok i åpen anbudskonkurranse for anskaffelse av diverse maskintjenester.

Oppdragsgiver tildelte kontrakten ved meddelelse av 30. desember 2011.

Klager påklaget tildelingen ved brev av 10. januar 2012. Klager ble siden avvist ved brev av 18. januar 2012 med den begrunnelse at klager ikke hadde inngitt tilbud på den etterspurte tjeneste, idet klager hadde tilbudt en traktor der kommunen hadde etterspurte en «godkjent kranbil for transport av kummer med mer». Vurderingen av om klagers tilbud skulle avvises ble altså først gjort etter at klager hadde påklaget den opprinnelige tildelingsbeslutningen, og om lag 1,5 måned etter tilbudsåpningen 28. november 2011.

Klagenemnda uttalte i premiss 50 at: «Forskriften forutsetter at avvisning må vurderes før tilbudsevalueringen og tildeling av kontrakt. I foreliggende sak var avvisningsforholdet for klagers vedkommende basert på maskintilbudet synbart, og det kan ikke ha vært krevende for oppdragsgiver å fastslå denne avvisningsgrunnen før evalueringen av tilbudene. Når dette sees i sammenheng med at nærværende anskaffelse var begrenset og at det bare kom inn fire tilbud, skulle innklagede tatt stilling til avvisningsspørsmålet og foretatt en beslutning vedrørende dette tidligere, i alle fall senest forut for den opprinnelige tildelingsbeslutningen 30. desember 2011. Basert på dette kan ikke innklagede sies å ha tatt stilling til avvisningsspørsmålet «snarest mulig», og det foreligger dermed et brudd på forskriften § 11-13 (1).»

Oppdragsgiver har adgang til å foreta visse avklaringer og rette åpenbare feil i tilbudet
Selv om det foreligger et forhandlingsforbud ved anbudskonkurranser, er det adgang til å foreta visse avklaringer og presiseringer i tilbudet, jf. §§ 12-1 annet ledd og 21-1 annet ledd. Avklaringene må foretas på en måte som sikrer overholdelse av de grunnleggende prinsippene.

Avklaringsmulighetene gjør at avvisning i visse tilfeller kan unngås. Det er imidlertid ikke tillatt å forhandle om innholdet i tilbudene gjennom disse avklaringene, jf. forhandlingsforbudet. Tilliten til anbudssystemet tilsier at grensen for tillatte avklaringer er meget restriktiv. Se nærmere om dette i kapittel 12.5.2.

Oppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist

Oppdragsgiver skal snarest mulig gi skriftlig melding med en kort begrunnelse dersom et tilbud blir avvist, jf. §§ 11-14 annet ledd bokstav c og 20-16 annet ledd bokstav c. Hensynet bak regelen er blant annet hensynet til etterprøvbarhet og forutsigbarhet. Hensynet bak begrunnelsesplikten er å gi den aktuelle leverandøren mulighet til å ta stilling til om tilbudet er avvist på riktig grunnlag, og om det er grunnlag for å ta skritt for å få beslutningen omgjort eller anskaffelsesprosedyren stanset. Dette er nærmere omtalt i kapittel 16.4.4.

Konsekvensene ved avvisning

Det å bli avvist fra offentlige anskaffelser kan få store økonomiske konsekvenser for en leverandør. Samtidig risikerer en offentlig oppdragsgiver, som feilaktig avviser et tilbud, å bli ilagt sanksjoner etter lov om offentlige anskaffelser eller erstatningsansvar. Se kapittel 18.5 om sanksjoner for alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket. I enkelte tilfeller kan avvisning også medføre høyere innkjøpspris som følge av redusert konkurranse.

13.3.2 Plikt til å avvise et tilbud

Ikke levert innen tilbudsfristen, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav a og 20-13 første ledd bokstav a

Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet kommer frem i tide. Dersom tilbudet ikke er levert innen tilbudsfristen, plikter oppdragsgiver å avvise tilbudet. Hvis tilbudsfristen forlenges i medhold av forskriftens bestemmelser, skal tilbud som ikke leveres innen utløpet av den forlengede tilbudsfristen avvises.

KOFA sak 2003/81:

En leverandør hadde sendt tilbudet med ekspresspost, som normalt skulle vært fremme innen tilbudsfristen. Tilbudet kom imidlertid frem etter tilbudsfristens utløp, og oppdragsgiver avviste det. Posten bekreftet at de var ansvarlig for forsinkelsen. Klagenemnda mente likevel at tilbudet var rettmessig avvist.

Heller ikke der forsinkelsen skyldes feil på oppdragsgivers side, kan det gjøres unntak fra avvisningsplikten, jf. klagenemndas sak 2008/89 premiss (26) og 2008/103 premiss (23).

Ikke tilfredsstillende formkravene, jf. forskriftens §§ 11-11 første ledd bokstav b og 20-13 første ledd bokstav b

Tilbud som ikke tilfredsstillende visse formkrav skal avvises. Avvisningsbestemmelsene henviser særskilt til kravene til kommunikasjon mellom leverandør og oppdragsgiver ved innlevering av tilbudet, og krav til at tilbudet skal være skriftlig og i lukket og merket forsendelse. Dette innebærer at oppdragsgiver plikter å avvise tilbud som ikke oppfyller disse kravene. Hensynene bak bestemmelsen om at et tilbud skal være skriftlig og avgis

i lukket og merket forsendelse, jf. §§ 11-2 første ledd og 20-2 første ledd er å sikre notoritet og anonymitet. Samtidig skal det skal være mulig å skille tilbudene fra annen post og oppbevare de på en betryggende måte før tilbudsåpning. Det er ikke stilt nærmere krav i forskriften til merkingens innhold, og oppdragsgiver har derfor adgang til å bestemme hvordan tilbudene skal merkes i den konkrete anskaffelsen. Det vises nærmere til omtale om reglene om tilbudets utforming i kapittel 12.4.1.

I klagenemndas sak 2003/24 var klagers tilbud ikke merket i samsvar med konkurransegrunnlagets krav, og spørsmålet for nemnda var om tilbudet rettmessig var avvist av denne grunn. Klagenemnda la i vurderingen vekt på at det ikke hadde vært noen risiko for at tilbudets innhold skulle bli kjent eller at tilbudet skulle bli åpnet ved en misforståelse før tidspunktet for tilbudsåpningen, ettersom tilbudet var overlevert til den oppgitte kontaktpersonen, og denne var informert om innholdet i konvolutten. Nemnda kom deretter til at tilbudet var tilstrekkelig merket, og at en eventuelt manglende merking uansett ble rettet opp ved overleveringen av tilbudet.

Alternative tilbud, jf. forskriftens §§ 11-11 første ledd bokstav c og 20-13 første ledd bokstav c

Oppdragsgiver kan åpne for at det inngis alternative tilbud i konkurranser som skal avgjøres basert på hva som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, jf. §§ 11-4 og 20-4. Dette kan være fordelaktig for å få frem innovative løsninger som oppdragsgiver ikke i utgangspunktet var kjent med. Dersom oppdragsgiver åpner for alternative tilbud, skal det opplyses om adgangen til dette i kunngjøringen. Se kapittel 9.6 for en nærmere omtale om alternative tilbud.

Avvisningsbestemmelsene gjelder der det er levert et alternativt tilbud til tross for at kunngjøringen ikke åpner for det, eller at formkravene til inngivelse av det alternative tilbudet som er oppstilt i konkurransegrunnlaget ikke er fulgt.

Sammenhengen i regelverket tilsier at alternative tilbud som innholdsmessig avviker fra kravspesifikasjonene (materielle avvik), skal bedømmes etter de ordinære avvisningsbestemmelsene for avvik.

Vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav d og 20-13 første ledd bokstav d

Tilbudet skal avvises dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene. Bestemmelsen er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlige forbehold kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelig å sammenlikne. Disse bestemmelsene gjelder kun forbehold mot kontraktsvilkårene, mens avvik fra kravspesifikasjonene faller inn under §§ 11-11 første ledd bokstav e, og 20-13 første ledd bokstav e, se nedenfor.

Hvilke forbehold som anses som «vesentlige», må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Dersom forbeholdet medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, er forbeholdet vesentlig. Se erklæringen fra Rådet og EU-kommisjonen i 1993, inntatt i EF-tidende EFT 1994 L111 og tilbudet må avvises. Dersom leverandøren har tatt flere forbehold som isolert sett ikke anses som vesentlige, kan forbeholdene samlet sett medføre at tilbudet må avvises.

Forbehold som ikke er vesentlige kan falle inn under følgende avvisningsbestemmelser:

Ved anbudskonkurranser, plikt til å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f og 20-13 første ledd bokstav f.

Ved anbudskonkurranser, rett til å avvise tilbud som inneholder forbehold som ikke må anses ubetydelige, etter forsøk på avklaring, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a.

Ved konkurranse med forhandling, rett til å avvise tilbud som inneholder forbehold som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav b, og 20-13 annet ledd bokstav b.

Vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav e, og 20-13 første ledd bokstav e

Dersom tilbudet inneholder vesentlig avvik mot kravspesifikasjonene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, skal tilbudet avvises. Avvisningsbestemmelsene er et utslag av likebehandlingsprinsippet. Vesentlige avvik kan gi leverandøren en konkurransefordel, og medføre at tilbudene blir vanskelige å sammenlikne. Denne bestemmelsen gjelder kun avvik mot kravspesifikasjonene, mens forbehold mot kontraktsvilkårene faller inn under §§ 11-11 første ledd bokstav d og 20-13 første ledd bokstav d, se ovenfor.

Hvilke avvik som anses som «vesentlige» må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Hvis avviket medfører en risiko for at leverandøren får en konkurransefordel, taler det for at avviket er vesentlig og tilbudet må avvises. Hvis tilbudet avviker fra kravspesifikasjonene på flere steder, som isolert sett ikke er å anse som vesentlige, kan avvikene likevel samlet sett medføre at tilbudet må avvises.

Avvik som ikke er vesentlige kan falle inn under følgende avvisningsbestemmelser:

- Ved anbudskonkurranser, plikt til å avvise tilbud som inneholder avvik som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f og 20-13 første ledd bokstav f.
- Ved anbudskonkurranser, rett til å avvise tilbud som inneholder avvik som ikke må anses ubetydelige etter forsøk på avklaring, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a.

- Ved konkurranse med forhandling, rett til å avvise til bud som inneholder avvik som kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til øvrige tilbud, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav b og 20-13 annet ledd bokstav b.

Avvik, forbehold, feil mv. i en anbudskonkurranse som fører til bedømmelsestvil jf. §§ 11-11 første ledd bokstav f, 20-13 første ledd bokstav f

Dersom tilbudet inneholder avvik, ufullstendigheter, forbehold, uklarheter eller liknende som gjør at det kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, plikter oppdragsgiver i en anbudskonkurranse å avvise tilbudet. Regelen er en naturlig konsekvens av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser, og at det er leverandøren som har risikoen for å utforme tilbudene korrekt.

Hvorvidt årsaken til at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal forstås skal karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter mv., har kun teoretisk interesse i gråsonen mellom kategoriene, ettersom kategoriene er sidestilte, og oppregningen uansett ikke er uttømmende, jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende». Jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende». Det kan derfor tenkes andre liknende tilfeller som også medfører avvisningsplikt.

For at forbehold og uklarheter skal medføre avvisningsplikt er det et vilkår at de «kan medføre tvil» om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, såkalt relativ bedømmelsestvil. I klagenemndas sak 2010/323 premiss (59) uttalte klagenemnda følgende om dette vilkåret: «Klagenemnda har i sin tidligere praksis uttalt at det skal være en lav terskel for når en mangel ved et tilbud «kan medføre tvil» om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, jf. klagenemndas saker 2008/202 premiss (30) og 2009/281 premiss (21). Nemnda har likevel lagt til grunn at det «kun foreligger en avvisningsplikt i de tilfeller der tvilen kan ha hatt betydning for tilbudets rangering blant de andre tilbudene»; jf. klagenemndas saker 2009/281 premiss (22) og 2010/94 premiss (25). Oppdragsgiver har i utgangspunktet en plikt til å forsøke å prissette avvik, forbehold eller lignende, jf. klagenemndas sak 2009/281 premiss (22). Dersom den prismessige konsekvensen av et forbehold lar seg fastsette, vil det normalt ikke foreligge «tvil» om hvordan tilbudet skal bedømmes, og forholdet til de øvrige leverandørene vil med dette være ivaretatt. Vurderingen av et konkret forbeholds prismessige konsekvens ligger til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves av klagenemnda, jf. klagenemndas sak 2012/70 (39) og 2011/308 premiss (88).»

Avvik, forbehold og lignende som ikke faller inn under denne bestemmelsen, kan gi oppdragsgiver en rett til å avvise tilbudet etter forsøk på avklaring, dersom de ikke anses ubetydelige, jf. § 11-11 annet ledd bokstav a og § 20-13 annet ledd bokstav a.

Eksempel:

En oppdragsgiver har fått inn to tilbud. Tildeling av kontrakten skal skje basert på hvilket tilbud som har lavest pris. Tilbud A har en samlet pris på 100 000 kr, tilbud B har en samlet pris på 130 000. I tilbud A er det tatt et forbehold som ikke lar seg prissette nøyaktig. Oppdragsgiver prissetter forbeholdet til et sted mellom 20-40 000 kr. Prissettingen av forbeholdet vil dermed avgjøre rangeringen av tilbudene, og medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene. Tilbud A må derfor avvises.

KOFA sak 2003/292:

Under en åpen anbudskonkurranse om drifts- og vedlikeholdstjenester av veinettet, mottok kommunen et tilbud de mente inneholdt en åpenbar feil. Kommunen kontaktet leverandøren per e-post og ba om å få bekreftet at prisen var feil, og samt å få opplyst korrekt pris. Kommunen gav uttrykk for at de mente at prisene var meget høye. Leverandøren justerte deretter prisene sine slik at de ble lavere, og vant anbudskonkurransen. Uten priskorreksjon ville tilbudet vært det nest dyreste i pris. Etter priskorreksjonen ble de nest billigst. Klagenemnda kom derfor til at feilen kunne ha medført tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, og at tilbudet skulle vært avvist.

13.3.3 Rett til å avvise et tilbud

Ikke ubetydelige avvik, forbehold, feil mv., jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav a og 20-13 annet ledd bokstav a.

Dersom tilbudet inneholder avvik, ufullstendigheter, forbehold, uklarheter eller liknende som ikke må anses ubetydelige, har oppdragsgiver rett til å avvise.

Hvorvidt årsaken til at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal forstås skal karakteriseres som avvik, forbehold, uklarheter mv. eller liknende, har kun teoretisk interesse i gråsonen mellom kategoriene, ettersom kategoriene er sidestilte, og oppregningen uansett ikke er uttømmende, jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende». Jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignende».

Det er et vilkår for å benytte avvisningsretten at oppdragsgiver har forsøkt å oppnå avklaring, jf. forskriftens §§ 12-1 og 21-1 (se kapittel 12.5). Formålet er å begrense oppdragsgivers avvisningsrett, ettersom en for vid avvisningsrett vil kunne medføre misbruk, jf. likebehandlingsprinsippet, god forretningsskikk og forholdsmessighetsprinsippet. Oppdragsgiver skal for eksempel ikke avvise tilbud som inneholder åpenbare feil, der det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes opp, jf. forskriftens §§ 12-1 tredje ledd og 21-1 tredje ledd. Jf. forskriftens §§ 12-1 tredje ledd og 21-1 tredje ledd. Oppdragsgiver må derfor gjøre et reelt forsøk på avklaring, innenfor de grensene forhandlingsforbudet oppstiller. Oppdragsgiver vil ha rett til å avvise tilbudet der det har vært forsøkt avklaringer, og det

ut fra en forretningsmessig vurdering ikke lenger er hensiktsmessig å benytte mer ressurser på videre avklaringer.

For å medføre avvisningsrett er det et vilkår at mangelen ikke anses ubetydelig. Bestemmelsen er et utslag av forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretnings-skikk. Det oppstår derfor ikke avvisningsrett for mangler som er så små at de ikke har noen betydning for tilbudet.

I en forhandlet prosedyre vil det være adgang til å bortforhandle slike avvik, forbehold, feil mv.

Avvik, forbehold, feil mv. i en konkurranse med forhandling som fører til bedømmel-sestvil, jf. §§11-11 annet ledd bokstav b og 20-13 annet ledd bokstav b.

Ved en konkurranse med forhandling anses det uheldig med en absolutt avvisningsplikt for avvik mv. som fører til bedømmel-sestvil, ettersom det kan tenkes at avvik kan avklares i forhandlingene. Oppdragsgiver har derfor isteden en avvisningsrett dersom uklarheten mv. kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene.

Hvorvidt årsaken til at det oppstår tvil om hvordan tilbudet skal forstås skal karakterise-res som avvik, forbehold, uklarheter mv. eller liknende, har kun teoretisk interesse etter-som kategoriene er sidestilte, og oppregningen uansett ikke er uttømmende, jf. bestem-melsens ordlyd «eller lignende». Jf. bestemmelsens ordlyd «eller lignend» Det kan derfor tenkes andre liknende tilfeller som også medfører avvisningsrett.

For å medføre avvisningsplikt er det som nevnt et vilkår at avviket mv. kan medføre tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes i forhold til de øvrige tilbudene, såkalt relativ bedømmel-sestvil. Det er tilstrekkelig at forbeholdet eller lignende kan medføre tvil. Det skal i praksis ofte lite til før dette vilkåret er oppfylt. Oppdragsgiver må foreta en objektiv, saklig vurdering av om vilkåret er oppfylt.

Dersom det etter forhandlingene fortsatt er tvil om hvordan tilbudet skal bedømmes, kan tilbudet falle inn under følgende avvisningsbestemmelser:

- Plikt til å avvise det dersom det inneholder vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene
- Plikt til å avvise dersom det inneholder vesentlige avvik fra kravspesifikasjonene.

Unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav c, 11-12, 20-13 annet ledd bokstav c og 20-14

I visse tilfeller har oppdragsgiver en avvisningsrett dersom tilbudet er unormalt lavt i forhold til ytelsen. Oppdragsgiver plikter imidlertid først å skriftlig be leverandøren legge frem relevante opplysninger som kan forklare de lave prisene, og etterprøve disse opplysningene. Skriftlighetskravet gjelder uavhengig av hvilken konkurranseform som er valgt. Denne prosedyren gir en rettsbeskyttelse for leverandørene. Oppdragsgiver kan kun be om de opplysningene som er nødvendig for å få avklart hvorfor tilbudet er unor-malt lavt. Dette gjelder særlig ved anbudskonkurranser der det foreligger et forhand-lingsforbud.

Bakgrunnen for at oppdragsgiver i visse tilfeller kan avvise unormalt lave tilbud, er å forhindre at oppdragsgiver må akseptere tilbud der for eksempel leverandøren mottar ulovlig statsstøtte, ytelsen er av mindrevendig kvalitet, eller der gjennomføringen av kontrakten er i fare fordi leverandøren er i økonomiske vanskeligheter.

Lav pris er et konkurransefortrinn, og er i seg selv ikke tilstrekkelig avvisningsgrunn. Unormalt lav pris kan for eksempel skyldes uvanlig materialvalg, bruk av innovative løsninger mv. En leverandør kan også velge å prise ytelsen unormalt lavt av strategiske årsaker, for eksempel for å få en prestisjefylt kontrakt som antas å generere flere oppdrag senere, uten at dette i seg selv medfører en avvisningsrett. Selv om leverandøren vil ha en minimal avkastning eller taper penger på prosjektet, er dette i seg selv neppe grunn til å avvise tilbudet, så lenge det ikke utgjør en risiko for gjennomføringen av prosjektet. Hvis den lave prisen utgjør en risiko ved gjennomføringen av leverandørens kontraktsforpliktelser, for eksempel ved at prisen indikerer dårlig kvalitet på tjenestene eller utgjør en fare for leverandørens økonomiske stilling, vil oppdragsgiver imidlertid ha en avvisningsrett.

Dersom årsaken til den lave prisen er at leverandøren mottar statsstøtte, kan tilbudet bare avvises dersom leverandøren ikke kan godtgjøre at statsstøtten er lovlig.

Ved vurderingen av om det foreligger et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, kan det kreves opplysninger om oppfyllelse av krav vedrørende arbeidsforhold som gjelder på det sted som ytelsen skal presteres. Dette kan dermed også føre til avvisning.

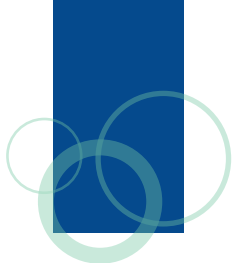
KOFA sak 2005/57

Saken gjaldt en åpen anbudskonkurranse, der kontrakt skulle tildeles på grunnlag av det tilbudet som hadde lavest pris. Klagers tilbud var taktisk priset, og enkelte av prisene ble av innklagede ansett som unormalt lave og tilbudet ble avvist på dette grunnlag. Klagenemnda kom til at avvisningen var urettmessig, da innklagede ikke hadde godtgjort at de lave prisene utgjorde noen risiko for leverandørens gjennomføring av kontrakten.

Ikke signert eller av andre grunner ikke anses bindende, jf. §§ 11-11 annet ledd bokstav d og 20-13 annet ledd bokstav d

Tilbud som ikke er signert, eller av andre grunner ikke anses bindende, kan avvises. Oppdragsgiver har ikke en plikt til å avvise et tilbud uten underskrift, men kan vurdere om tilbudet skal avvises, forutsatt at de grunnleggende kravene om likebehandling mv. ivaretas.

Bestemmelsen må sees i sammenheng med bestemmelsene om adgang til retting av feil.



Kapittel 14

Gjennomføring av konkurransen

14.1 Innledning

Under dette punktet redegjør vi for hvordan konkurransen gjennomføres, hovedsakelig etter at oppdragsgiver har foretatt en eventuell kunngjøring og fått inn tilbud. Det blir også tatt opp enkelte spørsmål knyttet til kunngjøring for kjøp etter forskriftens del I og konkurransepreget dialog, for å få en samlet behandling av disse konkurranseformene.

De grunnleggende prinsippene vil ha stor betydning for hvordan konkurransen gjennomføres, se kapittel 5.1.

I kapittel 7 er det redegjort for når de ulike anskaffelsesprosedyrene kan benyttes, med andre ord hvilke vilkår som må være oppfylt.

14.2 Anskaffelser etter forskriftens del 1

14.2.1 Innledning

Forskriftens del I inneholder ikke de samme detaljerte krav til prosedyren som del II og III i forskriften. Det stilles blant annet ikke eksplisitte krav til kunngjøring, eller hvordan konkurransegrunnlag eller tilbud skal utformes. Lovens formål om effektive anskaffelser tilsier at oppdragsgiver gis større fleksibilitet til å bestemme hvordan anskaffelsene som omfattes av forskriftens del I skal gjennomføres.

Oppdragsgiver må imidlertid følge de grunnleggende kravene i anskaffelsesregelverket, jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1. Dette innebærer blant annet et krav om konkurranse så langt det er mulig, at en skal følge god forretningsskikk, likebehandle leverandører, og sikre forutberegnlighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Videre følger det av forholdsmessighetsprinsippet at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen. For en nærmere gjennomgang av de grunnleggende prinsippene vises det til kapittel 5.

KOFA sak 2011/134

Vestfjord Avløpsselskap hadde gjennomført en konkurranse for anskaffelse av luktreduksjonsfilter. Anskaffelsen var av en slik verdi at kun loven og forskriftens del I kom til anvendelse. KOFA viste til at forskriftens del I gjelder uavhengig av anskaffelsens art og verdi, jf. § 2-1 (1), og at anskaffelsen dermed så langt mulig skal være basert på konkurranse, likebehandling og åpenhet, jf. § 3-1 (1) og (4). Videre viste KOFA til proporsjonalitetsprinsippet, og uttalte, med henvisning til formålet om effektiv ressursbruk, at pliktene som pålegger oppdragsgiver må forstås i lys av anskaffelsens verdi og øvrige karakteristikk.

Konkret hadde klager anført at oppdragsgiver hadde brutt kravet til etterprøvnbarhet ved å gi klager en utilstrekkelig begrunnelse. Innklagede hadde opplyst at klagers tilbud var 40% dyrere enn valgte leverandørs, og for øvrig skåret det likt eller noe bedre. Etter KOFAs oppfatning var det klart at lovens krav til gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet var oppfylt.

14.2.2 EU-domstolens praksis og kommisjonens fortolkningsuttalelse

EU-domstolen har i sine avgjørelser lagt til grunn at visse grunnleggende prinsipper som utledes fra EU-traktaten, også skal gjelde for anskaffelser som faller utenfor direktivenes virkeområde.¹ Disse prinsippene tilsvarer i hovedsak prinsippene som er nedfelt i lovens § 5 og forskriftens § 3-1, og EU-domstolens fortolking av disse grunnleggende prinsippene vil derfor være et tungtveiende moment også i forståelsen av rettstilstanden i Norge. EU-kommisjonen har gitt ut en fortolkningsuttalelse² der den kommenterer EU-domstolens avgjørelser, og gir eksempler på hvordan oppdragsgiver best kan sikre overholdelse av disse prinsippene. Uttalelsen er ikke juridisk bindende, men vil kunne være et moment ved tolkningen av prinsippene. Departementet vil her redegjøre for kommisjonens synspunkt på noen aktuelle problemstillinger, og deretter knytte noen kommentarer til hvilken betydning dette kan ha i Norge.

Det følger av Kommisjonens fortolkningsuttalelse at prinsippene kun gjelder for anskaffelser som har såkalt «grenseoverskridende interesse». Dette utelukker for eksempel anskaffelser av meget lav verdi. Kommisjonen understreker at det er den enkelte oppdragsgivers ansvar å vurdere hvorvidt en konkret anskaffelse vil kunne være av interesse for leverandører i andre EU/EØS-land. Momenter i denne vurderingen vil i tillegg til anskaffelsens verdi være hvilken sektor det gjelder (størrelse og struktur på markedet, praksis i det aktuelle markedet etc.) og geografisk beliggenhet for stedet anskaffelsen skal gjennomføres.

1 Se for eksempel følgende saker fra EF-domstolen, som gjelder tjenestekonsesjoner, uprioriterte tjenester og anskaffelser under terskelverdi: C-324/98 Teleaustria, C-231/03 Coname, C-458/03 Parking Brixen, C-59/00 Bent Moustén Vestergaard, C-264/03 Kommisjonen mot Frankrike og C-234/03 Contse.

2 Commission Interpretative Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, Brussels 23.06.2006.
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/keydocs/communication_en.pdf

Dersom oppdragsgiver mener at anskaffelsen vil være aktuell for det indre marked, må anskaffelsen følge de grunnleggende prinsippene. Kommisjonen mener blant annet at oppdragsgiver må sørge for tilstrekkelig offentliggjøring i forkant av anskaffelsen. Det er opp til hver enkelt oppdragsgiver å vurdere den mest hensiktsmessige måten å offentliggjøre den konkrete anskaffelsen på. Dette vil for eksempel kunne gjøres ved å opplyse om anskaffelsen på Internett (f.eks. oppdragsgivers hjemmeside eller en felles nettportal), annonsering i nasjonale aviser, lokale aviser, eller TED-databasen. Momenter i vurderingen av hvordan anskaffelsen skal offentliggjøres, vil blant annet være hvor relevant anskaffelsen er for leverandører i andre EU/EØS-land, hva som skal anskaffes, anskaffelsens verdi og praksis i det aktuelle markedet. Jo større interesse anskaffelsen vil ha hos potensielle leverandører fra andre medlemsland, desto videre bør annonseringen være. Kommisjonen trekker frem uprioriterte tjenester over terskelverdiene som et eksempel på anskaffelser som bør offentliggjøres på en måte som sikrer bred dekning, ettersom disse tjenestene ikke omfattes av direktivet men vil kunne gjelde store verdier.

Kap 14.2.3 Departementets kommentarer til kommisjonens fortolkningsuttalelse

Uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdi vil i Norge følge forskriftens del II. Etter departementets vurdering tilfredsstiller fremgangsmåten i forskriftens del II de kravene kommisjonen mener kan utledes av EU-domstolens praksis.

Kommisjonens fortolkningsuttalelse vil særlig være aktuell for anskaffelser av rehabiliteringstjenester og anskaffelser fra ideelle organisasjoner, ettersom disse også over EØS-terskelverdi kan følge forskriftens del I. For slike anskaffelser over EØS-terskelverdi, tyder EU-domstolens praksis slik kommisjonen forstår den, på at oppdragsgiver ikke kun kan plukke ut noen leverandører, men må sørge for en bredere offentliggjøring som sikrer likebehandlings- og ikke-diskrimineringsprinsippet. Oppdragsgiver bør vektlegge de momenter kommisjonen trekker frem i vurderingen av hvilken annonseringsmåte som er mest hensiktsmessig i den konkrete sak.

Det er imidlertid usikkert hvorvidt anskaffelser under 500 000 kr vil omfattes av de mer detaljerte kravene Kommisjonen mener kan utledes fra EU-domstolens avgjørelser. Rettstilstanden er her uavklart. Departementet mener imidlertid at det er tvilsomt om anskaffelser under 500 000 kr vil ha tilstrekkelig betydning for samhandelen i EU/EØS, til at det er nødvendig å følge den fremgangsmåten Kommisjonen mener kan utledes fra EU-domstolens avgjørelser. Departementet mener at oppdragsgiver har betydelig mer fleksibilitet ved slike anskaffelser. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, der en legger vekt på de momenter Kommisjonen har trukket frem. Nedenfor følger departementets vurdering av hvilke føringer de grunnleggende kravene gir for anskaffelser under 500 000 kr.

14.2.4 Anskaffelser under 500 000

Forutsetningen under dette punktet er at anskaffelsens verdi er under 500 000 kr, og at anskaffelsen ikke har betydning for samhandelen (ikke har grenseoverskridende interesse). Dersom anskaffelsen har betydning for samhandelen, bør oppdragsgiver vur-

dere de momentene Kommisjonen skisserer med hensyn til kunngjøringsmåte med mer. Dette for å sikre at utenlandske leverandører har like muligheter til å delta i konkurransen.

Oppdragsgiver må først ta stilling til hvordan konkurransen blir mest mulig effektiv for den enkelte anskaffelse. Dette kan blant annet gjøres ved ulike former for annonsering, for eksempel på Internett eller i aviser. Oppdragsgiver kan velge å kunngjøre i Doffin. Det finnes egne skjemaer for frivillige kunngjøringer i Doffin. Der oppdragsgiver ikke har tilstrekkelig kunnskap om markedet, vil en kunngjøring i Doffin sikre at oppdragsgiver får en mest mulig effektiv konkurranse.

Oppdragsgiver kan også invitere leverandører til å delta i en konkurranse, istedenfor, eller i tillegg til, annonsering. Antall leverandører som inviteres bør være tilstrekkelig til å sikre en reell konkurranse. En måte å gjøre dette på er at oppdragsgiver plukker ut et hensiktsmessig utvalg av leverandører som sikrer reell konkurranse. Det kan imidlertid ikke utelukkes at det vil kunne være i strid med likebehandlingsprinsippet å velge ut noen leverandører, mens en utelater andre. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle der markedet er lite. Unnlattelse av å invitere alle leverandører vil da lett kunne fremstå som brudd på likebehandlingsprinsippet. Under konkurransen må oppdragsgiver likebehandle de inviterte leverandørene.

Det følger av forholdsmessighetsprinsippet at kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi. Høyere verdi kan tilsi at oppdragsgiver inviterer flere leverandører til konkurransen, eller sørger for bredere annonsering. Hva som skal anskaffes vil også ha betydning for hvordan anskaffelsesprosedyren gjennomføres.

For anskaffelser over 100 000 kr har oppdragsgiver en plikt til å protokollføre alle vesentlige forhold og viktige beslutninger gjennom anskaffelsesprosessen. Protokollen skal minimum inneholde de opplysninger som det bes om i forskriftens vedlegg 3, se kapittel 5 for nærmere omtale.

Det foreligger ingen eksplisitte krav i forskriftens del I om at oppdragsgiver i etterkant må orientere deltakerne i konkurransen om hvilken leverandør de har valgt, og begrunne dette. Hensynene til god forretningskikk, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet tilsier imidlertid at dette bør gjøres i noen tilfeller. Dette vil gjelde særlig dersom leverandørene har brukt mye tid på å utarbeide et tilbud, og således fått en berettiget forventning om å få en tilbakemelding når avgjørelsen er tatt. Jo høyere verdi anskaffelsen har, desto større grunn er det altså for at oppdragsgiver orienterer deltakerne i konkurransen om hvilken leverandør de har valgt og begrunner dette. Dette kan for eksempel gjøres på e-post eller ved å ta en telefon til leverandøren. Se kapittel 12.2 om de ulike kommunikasjonsformene.

Eksempler

Nedenfor følger noen eksempler på fremgangsmåter som kan sikre etterlevelse av de grunnleggende kravene i forskriftens del I:

1. En ansatt i et direktorat ønsker å delta på et kurs i prosjektledelse. Kurset har en beregnet verdi på 5000 kr. Arbeidstakeren kan da for eksempel søke på nettet eller lete i kurskataloger etter et egnet tilbud, og velge det kurset han synes passer best med hensyn til tema og tid.
2. En kommune skal kjøpe inn oversettelsestjenester med beregnet verdi på ca 30 000 kr. Kommunen kan da for eksempel undersøke markedet ved å sjekke prislister på internett, og ringe til tre leverandører for å få forhøre seg om forventet leveringstid. Ettersom anskaffelsen i dette eksemplet har en relativt lav verdi, og leverandørene ikke har utarbeidet et tilbud, vil det etter departementets vurdering ikke være nødvendig å orientere leverandørene i etterkant om hvilken leverandør en har valgt med en begrunnelse for dette (jf. blant annet forholdsmessighetsprinsippet og hensynet til god forretningsskikk).
3. En skole skal anskaffe datautstyr til en samlet verdi av 200 000 kr. Skolen kan for eksempel annonsere i Doffin, eller henvende seg på e-post til ulike leverandører etter å ha undersøkt markedet. Fordelen ved å benytte e-post eller andre skriftlige kommunikasjonsformer, er at oppdragsgiver lettere kan sørge for at alle leverandørene får den samme informasjonen (likebehandling) og det er lett å dokumentere hva som har skjedd i ettertid (etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet).
4. En kommune skal anskaffe transporttjenester til en samlet verdi av 400 000 kr. Kommunen kan velge å kunngjøre anskaffelsen, for eksempel i Doffin.³ Kommunen bør orientere alle deltakerne i konkurransen om hvilken leverandør som ble valgt og begrunne dette (jf. prinsippene om god forretningsskikk, forholdsmessighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet).
5. Kommune A skal kjøpe inn to nye kontorstoler til en beregnet verdi på 10 000 kr, mens kommune B skal anskaffe møbler til det nye rådhuset til en beregnet verdi 450 000 kr. Begge anskaffelsene følger forskriften del I. Det følger av forholdsmessighetsprinsippet at kravene til oppdragsgivers fremgangsmåte øker proporsjonalt med anskaffelsens verdi. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier derfor at det stilles strengere krav til anskaffelsesprosessen i kommune B, enn til kommune A, ettersom anskaffelsen har høyere verdi og betydning. For eksempel vil forholdsmessighetsprinsippet kunne tilsa at kommune B må invitere flere leverandører til konkurransen enn kommune A, eller gå ut bredere med annonseringen enn kommune A.

³ Det finnes et eget skjema for frivillige kunngjøringer i Doffin.

KOFA sak 2009/223

Helse Sør-øst RHF hadde kunngjort en konkurranse etter forskriften del I for anskaffelse av tverrfaglig spesialisert behandling for rusavhengige. Anskaffelsens verdi var oppgitt til 60 millioner kroner. KOFA fant at innklagede hadde unnlatt å føre referat fra forhandlingsmøte, og med dette brutt kravet til etterprøvnbarhet og gjennomsiktighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (7). Videre fant KOFA at kravet til forutberegnelighet i loven § 5 og forskriften § 3-1 (4) var brutt ved at innklagede ikke hadde evaluert klagers tilbud i samsvar med tildelingskriteriene.

14.3 Åpen eller begrenset anbudskonkurranse

Ved åpen- og begrenset anbudskonkurranse foreligger det et forhandlingsforbud, se kapittel 12.5.

Ved en åpen anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere tilbud. Det foretas ikke en prekvalifisering,⁴ med andre ord må leverandørene innlevere etterspurt dokumentasjon på at de er kvalifisert samtidig som de innleverer tilbudet. Oppdragsgiver må derfor behandle alle tilbudene som kommer inn. Dersom leverandøren er kvalifisert og tilbudet ikke avvises, må oppdragsgiver vurdere tilbudets innhold.

Ved en begrenset anbudskonkurranse foretas det først en prekvalifisering, der alle interesserte leverandører kan levere inn forespørsel om å få delta i konkurransen sammen med dokumentasjon på at de er kvalifisert. Oppdragsgiver vurderer så om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene som er oppstilt i anskaffelsesregelverket, kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Deretter inviterer oppdragsgiver de kvalifiserte leverandørene, eller et utvalg av disse, til å levere tilbud. Oppdragsgiver må minimum kunngjøre den nedre grensen for hvor mange leverandører som skal inviteres, og hovedtrekkene i utvelgesmetoden eller kriteriene som vil bli lagt til grunn for valget. Antall leverandører som plukkes ut må være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.⁵ Se kapittel 9.4 om utvelgelsen av leverandørene.

14.4 Gjennomføring av konkurransepreget dialog

14.4.1 Innledning

Konkurransepreget dialog er en ny konkurranseform, og det foreligger få rettskilder på

4 Prekvalifisering vil si at oppdragsgiver velger hvilke leverandører som skal kunne delta i konkurransen blant de leverandørene som anses som kvalifisert. Med andre ord er det kun de kvalifiserte leverandørene som er invitert av oppdragsgiver som kan innlevere tilbud. Se mer om prekvalifisering i omtalen av begrenset anbudskonkurranse.

5 Ved begrenset anbudskonkurranse må minimum tre leverandører inviteres etter forskriftens del II, og minimum fem leverandører etter forskriftens del III, jf. §§ 7-6 tredje ledd og 17-7 tredje ledd. Ved konkurransepreget dialog må minimum tre leverandører inviteres.

området. Mange spørsmål knyttet til hvordan denne konkurranseformen skal benyttes, må derfor avklares i praksis. En kan imidlertid få noe veiledning i Kommisjonens notat om konkurransepreget dialog og juridisk litteratur.⁶

I forskriftens del II kan oppdragsgiver benytte konkurranse med forhandling, som er en mer fleksibel prosedyre enn konkurransepreget dialog. Oppdragsgiver kan velge å følge samme fremgangsmåte som under en konkurransepreget dialog. Konkurransepreget dialog er derfor ikke eksplisitt regulert i del II, se kapittel 6 og 7.

I forskriftens del III er konkurransepreget dialog regulert i §§ 20-8, 20-9 og 20-10.

Nedenfor vil det bli redegjort for visse problemstillinger som er spesielle for konkurransepreget dialog.

14.4.2 Kunngjøring

Proseduren konkurransepreget dialog starter med en kunngjøring, jf. §§ 18-1 og 19-3. Formålet med kunngjøringen er å få kontakt med, og informasjon om, interesserte leverandører som mener de kan oppfylle oppdragsgivers behov.

Ved siden av kunngjøringen må oppdragsgiver utarbeide såkalte «beskrivende dokumenter», som tilsvarer kravspesifikasjonene ved anbudskonkurranser. Bakgrunnen for å velge terminologien «beskrivende dokumenter» var for å gjøre det klart at dokumentene vil kunne være mindre detaljerte og/eller mer beskrivende enn ordinære kravspesifikasjoner.

I kunngjøringen eller de beskrivende dokumenter må oppdragsgiver beskrive hvilket behov anskaffelsen skal dekke, og hvilke kvalifikasjonskrav leverandørene må oppfylle. Dialogen skal brukes til å finne løsninger på oppdragsgivers behov. Leverandørene kommer deretter med løsningsforslag basert på det behovet oppdragsgiver har beskrevet gjennom kunngjøring mv.

14.4.3 Dialogfasen

Hva som kan diskuteres og hvordan dialogen skal gjennomføres

I dialogfasen skal oppdragsgiver diskutere med de kvalifiserte og utvalgte leverandørene hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles. Oppdragsgiver starter med å ha individuelle dialoger med de inviterte leverandørene, der leverandøren gis anledning til å forklare sine forslag til løsninger. Det er adgang til å diskutere og forhandle om alle sider ved kontrakten i dialogfasen. Herunder kan det forhandles om tekniske løsninger, økonomiske forhold slik som pris, kostnader, erstatning mv., og kontraktsvilkår slik som ansvarsbegrensning, garantier med mer.

Under dialogen må oppdragsgiver sørge for å overholde de grunnleggende prinsippene. Det vil for eksempel være et brudd på likebehandlingsprinsippet dersom oppdragsgiver

⁶ Kommisjonens notat om konkurransepreget dialog CC/2005/04. Se også Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet and Maxwell 2005 (2. ed.) kapittel 10.

gir én leverandør detaljopplysninger om oppdragsgivers behov og ønsker, uten at de øvrige leverandørene gis tilgang til de samme opplysningene.

Det er ikke oppstilt noen formkrav på hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Oppdragsgiver har derfor frihet til å velge den kommunikasjonsformen som anses mest hensiktsmessig, som for eksempel telefon eller møte. Det antas likevel at det i de fleste tilfeller vil være mest hensiktsmessig å invitere til forhandlingsmøter. I løpet av den muntlige dialogen kan oppdragsgiver be om at deltakerne skriver ned sine tilbud.

Dialog i faser

Oppdragsgiver kan i kunngjøring eller de beskrivende dokumenter bestemme at dialogfasen skal skje i flere faser, der de gradvis velger ut hvilke løsninger de ønsker å fortsette å diskutere basert på tildelingskriteriene. Ettersom det er adgang til å diskutere alle trekk under dialogfasen, herunder pris, er det adgang til å velge bort løsninger underveis i dialogen blant annet basert på foreløpig prising.

Det er løsninger og ikke leverandører som velges for den videre dialogen. Hvis en leverandør har presentert flere løsninger, er leverandøren med i dialogfasen inntil alle løsningsforslagene de har presentert er utelukket. I de fleste tilfeller vil imidlertid hver leverandør tilby en løsning, slik at utelukkelse av en løsning også innebærer utelukkelse av en leverandør.

Før oppdragsgiver kan utelukke et løsningsforslag, bør oppdragsgiver ha tilstrekkelig informasjon til å kunne konkludere med at løsningen ikke vil bli den mest økonomisk fordelaktige. Kommisjonen sier i sitt notat at oppdragsgiver må basere sin avgjørelse om å utelukke forslag til løsninger på skrevne utkast. Kommisjonen mener imidlertid det er klart at utkastene ikke trenger å inneholde all nødvendig informasjon om gjennomføringen av prosjektet, slik kravet er når de endelige tilbudene skal innleveres. Det er hevdet i juridisk teori⁷ at oppdragsgiver bør gis en viss fleksibilitet, og at det bør være anledning til å utelukke løsningsforslag kun basert på deres tekniske løsningsforslag, selv om en ikke har begynt å diskutere priser ennå, og pris er et av tildelingskriteriene.

Oppdragsgiver må sørge for at det er igjen et tilstrekkelig antall leverandører til å sikre reell konkurranse i den siste fasen av dialogen, det vil si den fasen der oppdragsgiver velger hvilken løsning som er den mest økonomisk fordelaktige. Det er ikke avklart hvor mange leverandører som kreves for å sikre reell konkurranse på dette stadiet. Ettersom oppdragsgiver plikter å invitere minimum tre leverandører til å delta i dialogen, har det i juridisk teori⁸ vært hevdet at det i det siste stadiet av dialogen kan være tilstrekkelig med to. Det må foretas en konkret vurdering av hvor mange leverandører som er nødvendig for å sikre reell konkurranse i dette siste stadiet. Ett moment i denne vurderingen vil være hvor kostbart og tidkrevende det er å gjennomføre dialogen.

⁷ Sue Arrowsmith, punkt 10.26, s. 646-647.

⁸ Sue Arrowsmith, punkt 10.33, s. 649-650.

Fortrolighet

Uten å ha fått leverandørens samtykke, er det forbudt for oppdragsgiver å røpe en leverandørs forslag til løsninger eller andre fortrolige opplysninger overfor andre leverandører. I motsatt fall ville en risikere at leverandører ikke vil delta i dialogfasen, av frykt for at konkurrenten skal få innsyn i deres forretningshemmeligheter.

Oppdragsgiver kan naturligvis ikke velge den tekniske løsningen til én leverandør og be en annen leverandør utføre dette uten å ha fått de berørte leverandørenes samtykke. Hva som skal til for at en leverandør kan sies å ha samtykket til at andre leverandører får innsyn i deres løsningsforslag, må avgjøres etter en alminnelig avtalerettslig vurdering. En leverandør kan for eksempel eksplisitt samtykke i å dele løsningsforslaget sitt med øvrige leverandører mot betaling. Det antas også at oppdragsgiver kan forbeholde seg retten til å dele noe av informasjonen de mottar med de øvrige konkurrentene i kunngjøringen eller de beskrivende dokumentene, og at leverandører som velger å delta i konkurransen dermed har samtykket i dette. En slik fremgangsmåte innebærer imidlertid en risiko for at enkelte leverandører avstår fra å delta i konkurransen, fordi de ikke ønsker å miste sine konkurransefortrinn.

Problemstillingen kommer på spissen dersom en leverandør har utviklet en mye bedre løsning enn øvrige leverandører, og ikke samtykker i at oppdragsgiver kan dele opplysningene med øvrige leverandører. Dersom oppdragsgiver kun ber denne leverandøren om å innlevere et tilbud, vil det ikke bli konkurranse i tilbudsfasen. Fordi leverandøren vet at de ikke har noen konkurrenter når de utarbeider sitt endelige tilbud, vil de kunne utnytte sin sterke stilling ved å tilby mindre gunstige vilkår og pris enn de normalt ville gjort i en reell konkurransesituasjon. Oppdragsgiver vil imidlertid kunne forhindre at leverandøren får en slik sterk posisjon ved å forhandle seg frem til best mulige vilkår, herunder pris, før dialogfasen avsluttes, mens det fortsatt er reell konkurranse om kontrakten.

Økonomisk godtgjørelse

Å delta i en konkurransepreget dialog vil kunne være meget ressurskrevende også for leverandørene. Oppdragsgiver kan derfor bestemme at deltakerne i dialogen skal få økonomiske godtgjørelse, jf. § 20-10. For å sikre likebehandling og forutberegnlighet må oppdragsgiver opplyse om vilkårene for å få økonomisk godtgjørelse i kunngjøringen eller det beskrivende dokumentet.

En delbetaling for utarbeidelse av løsningsforslag fritar ikke oppdragsgiver fra forbudet om å distribuere fortrolige opplysninger mv. til andre leverandører (med mindre dette er gjort som et vilkår for å motta betalingen og leverandøren godtar dette). Oppdragsgiver er uansett avhengig at leverandøren samtykker i at andre leverandører skal få innsyn i deres forslag til løsning.

Avslutning av dialogen

Når oppdragsgiver har valgt den eller de løsninger som best oppfyller deres behov, erklæres dialogfasen for avsluttet. Deltakerne i dialogen skal informeres om dette. Deltakerne blir så bedt om å innlevere endelig tilbud, basert på den eller de valgte løsningene.

Tilbudsfasen

Etter avslutning av dialogen oppfordres alle deltakerne til å innlevere tilbud på den eller de valgte løsninger som best oppfyller oppdragsgivers behov. Det er ikke eksplisitt regulert i forskriften at invitasjonen må være skriftlig, men de grunnleggende prinsipper om gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og likebehandling tilsier at invitasjonen er skriftlig og sendes samtidig til alle deltakerne. Invitasjonen må blant annet inneholde frist for mottak av tilbud, adressen de skal leveres til, samt språkkrav.

Det antas at oppdragsgiver i utgangspunktet må invitere alle de kvalifiserte leverandørene som var invitert til å delta i dialogfasen. Dette gjelder imidlertid ikke dersom oppdragsgiver har valgt å gjennomføre konkurransen i faser, da er det kun leverandørene som deltok i den siste fasen som skal oppfordres til å innlevere et tilbud. Etter at dialogfasen er avsluttet, og en er over i tilbudsfasen, er det forbudt å forhandle (i motsetning til ved konkurranse med forhandling der en kan forhandle om alt ved tilbudet). Leverandørene må utarbeide et tilbud basert på de løsninger som er valgt og spesifisert i dialogfasen, og tilbudene må inneholde alle elementer som er nødvendige for prosjektets utførelse. Oppdragsgiver har imidlertid anledning til å be om visse avklaringer, spesifikasjoner og tilpasninger, se nedenfor.

Avklaringer mv.

Etter at tilbudet er innlevert foreligger det et forhandlingsforbud. Ved konkurransepreget dialog er det en særregel for hvilke avklaringer som kan gjøres i innleverte tilbud, jf. § 20-9 annet ledd.⁹ Oppdragsgiver kan be leverandøren om å presisere, avklare og tilpasse tilbudet. Avklaringer mv. kan foretas så lenge det ikke medfører at grunnleggende elementer i tilbudet eller tilbudsinvitasjon endres, med mindre dette kan skje uten konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Ordlyden i bestemmelsen kan tyde på at det er en videre adgang til å foreta avklaringer ved denne konkurranseformen enn ved anbuds-konkurranser. Det følger imidlertid av Kommisjonens notat, som baserer seg på fortalen til direktivet og tilblivelseshistorien til bestemmelsen, at adgangen til å foreta avklaringer er ment å være snever.¹⁰ Ettersom konkurransepreget dialog kun kan anvendes ved særlig komplekse kontrakter, antar departementet at det er en noe videre adgang til å foreta avklaringer ved denne konkurranseformen sammenliknet med anbuds-konkurranser. Avklaringsadgangen er i utgangspunktet kun en rett, og ikke en plikt for oppdragsgiver. Det er leverandøren som har risikoen for at tilbudet er korrekt utformet. God forretnings-skikk kan i visse tilfeller tilsa at oppdragsgiver bør la leverandøren få avklart visse forhold ved tilbudet, sett i lys av at leverandøren har brukt mye tid og ressurser på å være med i dialogen. Dersom oppdragsgiver har latt en leverandør presisere visse forhold ved tilbudet, tilsier likebehandlingsprinsippet at også andre leverandører må gis tilsvarende muligheter.

⁹ Se for øvrig kapittel 12 om de generelle reglene om avklaringer.

¹⁰ CC/2005/04 kapittel 3.3

KOFA sak 2008/98

Den norske kirke v/Kirkerådet gjennomførte en konkurransepreget dialog for anskaffelser av et nytt elektronisk medlemsregister til Den norske kirke. Etter at tilbyderne hadde innlevert sitt endelige tilbud, ba Kirekrådet dem om å gjennomgå sine tilbud på nytt for å se om de kunne realiseres på en mindre kostnadskreven måte. Denne anmodningen ble etterkommet av tilbyderne. Klagenemnda mente at Kirkerådet derved hadde avholdt ordinære prisforhandlinger og konkluderte med at det hadde brutt forskriftens § 20-9 (2) ved å avholde prisforhandlinger med tilbyderne etter at dialogfasen var avsluttet og leverandørene hadde innlevert sitt endelige tilbud.

14.4.4 Avslutning av konkurransen**Valg av tilbud**

Etter å ha gått gjennom alle tilbudene, skal oppdragsgiver velge det tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, basert på tildelingskriteriene i kunngjøringen eller det «beskrivende dokumentet».

Presiseringer i det valgte tilbudet

Etter anmodning fra oppdragsgiver kan den leverandøren som er blitt valgt, bli bedt om å presisere visse aspekter ved tilbudet eller bekrefte forpliktelser som er gitt i tilbudet. Forutsetningen er at dette ikke medfører en vesentlig endring av tilbudet eller konkurransegrunnlaget. Presiseringer eller bekreftelser må ikke føre til konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Det er ikke tillatt å forhandle. Muligheten til å foreta endringer på dette stadiet er med andre ord mindre enn ved konkurranse ved forhandling, der det også kan forhandles om tilbudet. Endringer bør ikke ha noen påvirkning på hvilken leverandør som ville blitt valgt.

Bakgrunnen for at det gis et visst rom for endringer i det valgte tilbudet, er at konkurransepreget dialog skal anvendes på særlig komplekse kontrakter. Det bør derfor gis et visst rom for å presisere tilbudet etter at konkurransen er avsluttet.

14.5 Gjennomføring av konkurranse med forhandlinger**14.5.1 Innledning**

Ved konkurranse med forhandling er det tillatt å forhandle om alle sider ved tilbudet, og konkurranseformen utgjør dermed et unntak fra hovedregelen om at det foreligger et forhandlingsforbud. Gjennomføring av prosedyren konkurranse med forhandling reguleres i hovedsak av de grunnleggende prinsippene som konkurranse, åpenhet og likebehandling. For forhandlinger etter forskriftens del II og del III er §§ 11-8 og 20-11 sentrale bestemmelser.

Det har ikke vært ønskelig å detaljregulere prosedyren, da den skal kunne anvendes på anskaffelser som ofte stiller store krav til fleksibilitet med hensyn til hvordan forhandlingene legges opp. Det vises i denne sammenheng til anskaffelser som for eksempel kjøp av intellektuelle tjenester, visse OPS-prosjekter, juridiske tjenester, helse og omsorgstjenester, mv. Det må her være rom for ulik tilnærming. De grunnleggende prinsippene er derfor helt sentrale for hva som er tillatt under prosedyren. Se kapittel 5 for en nærmere gjennomgang av de grunnleggende prinsippene.

Bestemmelsene for gjennomføring av konkurranse med forhandling brukes i til dels helt forskjellige type situasjoner over og under EØS-terskelverdien. Forskriftens del III oppstiller strenge vilkår for å benytte konkurranse med forhandling, mens oppdragsgiver står fritt til å velge prosedyren i forskriftens del II. Det bemerkes i denne sammenheng at det kan være et problem at prosedyren konkurranse med forhandling i et visst omfang velges der hvor anbudsprosedyren vil være den mest rasjonelle og effektive anskaffelsesform. Dette kan gjøre kostnadene med anskaffelsen større enn nødvendig, for både oppdragsgiver og leverandører. Se nærmere om hvilke momenter oppdragsgiver bør legge vekt på ved valg av konkurranseform i kapittel 6.

I hovedsak er innholdet i bestemmelsene som regulerer konkurranse med forhandling i forskriftens del II og del III like. På enkelte punkter er det imidlertid noen ulikheter. Ulikhetene vil fortløpende bli kommentert nedenfor. For anskaffelser etter forskriftens del I vises det til kapittel 14.2.

Det kan settes en grense for antall deltakere i konkurransen, se veilederens kapittel 9.4.

14.5.2 Ett- eller to-trinns prosedyre

Forhandlingene skal gjennomføres i tildelingsfasen. Før det kan gjennomføres forhandlinger, må oppdragsgiver ta stilling til om leverandørene er kvalifiserte. Regelverket skiller mellom to ulike måter konkurransen kan legges opp:

- Ett-trinns prosedyre:
Alle interesserte leverandører gis anledning til å innlevere et tilbud. Leverandørene sender inn dokumentasjon på at de er kvalifisert samtidig med tilbudet (derav navnet ett-trinns prosedyre).
- To-trinns prosedyre:
Konkurransen gjennomføres i to klart adskilte faser; en prekvalifikasjonsfase og en tildelingsfase. Oppdragsgiver vil i kunngjøringen blant annet redegjøre for hvilke kvalifikasjonskrav som stilles og sette en tidsfrist for mottak av forespørsel om deltakelse. Etter å ha mottatt forespørsler om deltakelse vil oppdragsgiver vurdere hvilke leverandører som anses kvalifisert. Kun de leverandører som anses kvalifisert, vil bli invitert til å innlevere et tilbud. Oppdragsgiver må med andre ord først foreta en vurdering av hvilke leverandører som er kvalifisert og deretter invitere disse utvalgte leverandørene til å delta i konkurransen ved å inngi et tilbud.

I forskriftens del III må oppdragsgiver alltid følge en to-trinns prosedyre, dvs. foreta en utvelgelse av hvilke leverandører som er kvalifisert til å delta i konkurransen, og kun disse vil bli invitert til å innlevere tilbud.¹¹

Etter forskriftens del II kan oppdragsgiver imidlertid velge om det er mest hensiktsmessig å følge en ett-trinns eller to-trinns prosedyre. Begrunnelsen for dette er at det kan bli unødvendig omstendelig å foreta en to-trinns prosedyre for kontraktsverdier som ligger ned mot 500 000 kr. Ved vurderingen av hvilken fremgangsmåte som er mest hensiktsmessig, bør oppdragsgiver ta hensyn til ressursbruken på både oppdragsgivers side og leverandørens side.

14.5.3 Gjennomføringen av forhandlingene

Hva det kan forhandles om

Det er adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, for eksempel pris, tekniske spesifikasjoner, kontraktsvilkår med mer. Forhandlingene skal relatere seg til konkurransegrunnlaget og tilbudet. Formålet med forhandlingene er å tilpasse tilbudene til de kravene som er stilt i konkurransegrunnlaget, og da særlig tildelingskriteriene. Det kan ikke forhandles om absolutte vilkår oppdragsgiver har oppstilt i konkurransegrunnlaget, ettersom det vil være i strid med kravene til forutberegnelighet og likebehandling.

Det går imidlertid en grense for hvor store endringer som kan gjøres i tilbudet. Det må ikke gjøres så store endringer at det ikke lenger dreier seg om samme ytelse som var angitt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Dersom ytelsen blir vesentlig endret, følger det av kravet til forutberegnelighet og likebehandling at konkurransen må avlyses og kunngjøres på nytt i endret form. Begrunnelsen for dette er at også potensielle leverandører skal få muligheten til å levere inn tilbud på denne ytelsen i endret form.

Hvordan forhandlingene skal gjennomføres

Forhandlingene skal gjennomføres slik at de grunnleggende kravene overholdes. Særlig vil kravet til likebehandling og forutberegnelighet være retningsgivende for hvordan konkurransen gjennomføres.

Dersom oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlag angir hvordan forhandlingene vil bli gjennomført, vil de være bundet av dette, jf. forutberegnelighetskravet.

Når oppdragsgiver inviterer leverandørene til forhandlinger, må forhandlingene være reelle. Etter departementets vurdering innebærer dette at oppdragsgiver må gi leverandørene konkret tilbakemelding på tilbudene, og de må få mulighet til å innlevere reviderte tilbud, jf. likebehandlingskravet. Oppdragsgiver plikter imidlertid ikke å påpeke alle sider ved leverandørens tilbud som kan forbedres.¹²

Det er ikke noen formkrav til hvordan forhandlingene skal gjennomføres. Oppdragsgiver har derfor et forholdsvis vidt skjønns til å bestemme hvordan forhandlingene skal gjennomføres, og til å velge den kommunikasjonsformen som anses mest hensiktsmessig. I

¹¹ Dette fremkommer av systematikken i kunngjøringsbestemmelsene i forskriftens del III, som ikke tillater en «ett-trinnsmodell» hvor oppdragsgiver inviterer til å levere tilbud uten først å ha bli valgt ut.

¹² KOFA sak 2003/105.

utgangspunktet er derfor både telefonmøter og fysiske møter mulige forhandlingsformer. Det antas at et fysisk møte i mange tilfeller vil kunne være en fordel for leverandørene. Det er viktig at oppdragsgiver ikke gir noen leverandører et konkurransefortrinn ved valg av forhandlingsform, jf. likebehandlingsprinsippet. Kravene til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet tilsier at oppdragsgiver må føre utfyllende referater fra forhandlingsmøter mv., slik at det i ettertid kan kontrolleres at blant annet likebehandlingsprinsippet er ivaretatt. Endring av tilbud skal gjøres skriftlig av hensyn til etterprøvbarhet, jf. forskriftens §§ 11-8 annet ledd og 20-11 fjerde ledd.

Innholdet av tilbudene må holdes hemmelig for de øvrige leverandørene. Formålet med dette er å beskytte forretningshemmeligheter, og å forhindre at noen leverandører får et konkurransefortrinn ved å få innsyn i øvrige tilbud (og dermed «skreddersy» sine egne tilbud). Oppdragsgiver må begrense informasjonen til generelle beskrivelser om de relative svakheter og styrker ved det aktuelle tilbudet.

Forhandling i faser

Oppdragsgiver kan bestemme at prosedyren skal gjennomføres i flere faser for å begrense det antall tilbud som det skal forhandles om, jf. forskriftens §§ 11-8 og 20-11 første og annet ledd. Dette innebærer at oppdragsgiver etter å ha mottatt tilbudene, kan redusere antall tilbud på bakgrunn av tildelingskriteriene. Før oppdragsgiver kan utelukke et tilbud, bør oppdragsgiver ha tilstrekkelig informasjon til å kunne konkludere med at tilbudet ikke vil være konkurransedyktig i henhold til tildelingskriteriene. For hver fase vil antall tilbud reduseres. I tråd med god forretningsskikk bør tilbydere fortløpende orienteres når det er avklart at de ikke er med i den videre konkurransen. Under den tidligere forskriften skulle oppdragsgiver kun forhandle med leverandører som «har reell mulighet til å få tildelt kontrakten». I dagens forskrift vil oppdragsgiver som velger å gjennomføre forhandlingene i faser, kunne redusere antall tilbud basert på tildelingskriteriene.

En første reduksjon av tilbudene kan skje før forhandlingene starter, slik at ikke alle leverandører vil ha rett til å levere inn et revidert tilbud. Å avholde konkurransen i faser vil kunne være effektivt, ettersom oppdragsgiver forholdsvis raskt kan skille ut de mest aktuelle tilbudene og sitte igjen med de som er mest konkurransedyktige. Denne fremgangsmåten vil kunne spare oppdragsgiver og leverandørene for unødvendig bruk av tid og ressurser, ettersom kun de leverandørene som har en mulighet til å nå frem i konkurransen får delta i de videre forhandlingene.

For anskaffelser over EØS-terskelverdi, må oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget opplyse om at han skal gjennomføre konkurransen i faser. Dersom oppdragsgiver ikke opplyser om dette i forkant, skal samtlige leverandører som har innlevert et gyldig tilbud gis adgang til å innlevere et forbedret tilbud før tildeling av kontrakt. En slik forhandlingsplikt med alle leverandørene kan etter omstendighetene være svært ressurskrevende, spesielt dersom det dreier seg om mange og omfattende tilbud. Det er derfor svært viktig at oppdragsgiver i forkant av kunngjøringen tar stilling til om det er formålstjenlig å forhandle i faser, og i så fall kunngjør dette.

For anskaffelser under EØS-terskelverdi, gis oppdragsgiver en rett til å gjennomføre konkurransen i faser gjennom selve forskriftsteksten. Oppdragsgiver plikter derfor ikke å opplyse om dette i forkant. Leverandørene vil være forberedt på at oppdragsgiver kan komme til å følge en slik fremgangsmåte gjennom forskriftsteksten, og forutberegnligheten antas dermed ivaretatt. Oppdragsgiver vil kunne ta stilling til hvilken fremgangsmåte som er mest hensiktsmessig etter at de har mottatt tilbudene, med mindre de har forpliktet seg på avtalerettslig grunnlag til å forhandle med alle ved å opplyse om dette i kunngjøringen.

Både frasorteringen og forhandlingene skal skje i henhold til fastsatte tildelingskriterier.¹³ Det er opp til oppdragsgiver å vurdere hvor mange faser som er formålstjenlig å anvende i den konkrete anskaffelsen. I den avsluttende fasen, det vil si den fasen der oppdragsgiver velger hvilket tilbud som skal aksepteres, må oppdragsgiver sørge for at det er igjen et tilstrekkelig antall leverandører til å sikre den reelle konkurransen, forutsatt at det er igjen et tilstrekkelig antall egnede tilbydere. Hvor mange som skal til for å sikre den reelle konkurransen må avgjøres etter en konkret vurdering. Det vises likevel til forskriftens bestemmelser om at det skal minimum tre leverandører til for å sikre den reelle konkurranse der det settes en grense for antall deltakere, jf. §§ 8-6 og 17-6. Det kan imidlertid ikke utelukkes situasjoner der to tilbydere kan være tilstrekkelig for å sikre den reelle konkurransen.

Avklaringer mv.

Ved konkurranse med forhandling er det full adgang til å rette feil, endre tilbudene mv. etter tilbudsfristens utløp, så lenge de grunnleggende prinsippene til likebehandling mv. blir overholdt, jf. §§ 11-8 annet og tredje ledd og 20-11 fjerde og femte ledd.

KOFA sak 2003/171

En kommune gjennomførte en konkurranse med forhandling ved anskaffelse av byggeledertjenester. Tilbudene som kom inn var imidlertid ikke direkte sammenlignbare med hensyn til forutsetninger i timepriser og estimat over tidsbruk. Klagenemnda mente de fremlagte dokumenter tydet på at det ikke var ført reelle forhandlinger med klager. Det fremgikk blant annet av protokollen at den valgte leverandøren fikk anledning til å revidere sitt tilbud, uten at det samme fremgikk i forhold til klager. Nemnda mente oppdragsgiver under forhandlingene skulle ha sørget for at tilbudene bygget på like forutsetninger, både med hensyn til forståelse av oppdragsomfang, timebruk og timepriser, slik at sammenligningen av tilbudene kunne bli saklig og forsvarlig. Ettersom dette ikke ble gjort, fant klagenemnda at oppdragsgiver hadde brutt forskriftens krav om reelle forhandlinger og kravet til likebehandling jf. lovens § 5 og forskriftens § 3-1.

KOFA sak 2003/247

Det var i strid med kravet til etterprøvbarehet at det ikke forelå notater om eventuelle forhandlinger eller angivelse av tidspunkt for kontakt mellom partene.

¹³ Ved vurdering av tilbudene opp mot angitte tildelingskriterier, har oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig. KOFAOFA vil i disse tilfeller begrense seg til å prøve om evalueringen er saklig og forsvarlig og i samsvar med de grunnleggende kravene om forutberegnlighet, likebehandling og etterprøvbarehet, samt om evalueringen er basert på riktig faktisk grunnlag. Se for eksempel KOFA sak 2007/81.



Kapittel 15

Avslutning av konkurransen

15.1 Kriterier for valg av tilbud

15.1.1 Tildelingskriterier

Generelt

Tildeling av kontrakt skal baseres på objektive og saklige kriterier. Tildelingskriteriene skal være i samsvar med de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene, se kapittel 5. Tildelingskriteriene skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, slik at det er forutberegnlig og gjennomiktig for leverandørene hva oppdragsgiver vil vektlegge ved valg av tilbud. For tildelingsfasen gjelder også grunnprinsippet om at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen.¹ For en behandling av forskjellen mellom kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, se kapittel 9.3.

Tildeling av kontrakten skal enten skje på basis av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.²

Lavest pris

Dersom kontrakten skal tildeles basert på hvilket tilbud som har den laveste prisen, er det kun spørsmål om finne frem til tilbudet med lavest pris. Regelen om avvisning av tilbud som er unormalt lavt gjelder imidlertid også her.³

Det økonomisk mest fordelaktige tilbudet

Dersom kontrakt skal tildeles leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må oppdragsgiver fastsette på forhånd hvilke kriterier som vil bli vektlagt.

Begrepet «økonomisk mest fordelaktige» skal ikke leses snevert. Oppdragsgiver kan også bruke kriterier som ikke er av ren økonomisk natur. Ved å benytte kriteriet det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, vil oppdragsgiver for eksempel kunne etterspørre hvilken leverandør som kan tilby best kvalitet for en gitt pris. I forskriften oppstilles en veiledende opplisting av mulige tildelingskriterier. Disse er kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, miljøegenskaper, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, samt tid for levering eller ferdigstilling. Opplistingen er ikke uttømmende, slik at oppdragsgiver også kan bruke andre kriterier.⁴

Oppdragsgiver står fritt til å bestemme hvilke tildelingskriterier som skal legges til grunn for vurderingen og hvordan disse skal vektles. Kriteriene må imidlertid gjøre det mulig å velge det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig.⁵ Oppdragsgivere skal fastsette

¹ Se Kristian Trygstad, Tildeling av offentlige kontrakter, rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser, Oslo 2006, for en utførlig behandling av tildelingsfasen.

² Jf. forskriftens § 13-2 første ledd og § 22-2 første ledd.

³ Jf. forskriftens § 11-12 og § 20-14.

⁴ Forsyningsforskriften inneholder en veiledende liste som avviker noe fra listen i den klassiske forskriften. Departementet antar at dette ikke har betydning for tolkningen, ettersom ingen av listene er uttømmende.

⁵ Sak C-448/01 EVN/Wienstrom, premiss 39.

de økonomiske og kvalitative kriteriene som samlet sett gjør det mulig å velge det økonomisk mest fordelaktige tilbudet. I vurderingen av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, er det viktig å ta hensyn til livssykluskostnader, ikke bare anskaffelseskostnader, jf. lovens § 6.

Tildelingskriteriene kan ikke gi oppdragsgiver et ubegrenset fritt skjønn ved tildelingen av kontrakten.⁶ I dette ligger det et krav til likebehandling, gjennomsiktighet og forutberegnelighet. EU-domstolen har uttalt at tildelingskriteriene må fremgå på en slik måte at det er mulig for alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører å fortolke dem på samme måte.⁷ Videre må oppdragsgiver fastsette kriteriene såpass presist at de muliggjør at nivået på ytelsen i hvert tilbud kan bli evaluert i forhold til kontraktsgjensstanden, slik den er definert i de tekniske spesifikasjonene.

EU-domstolens T-86/09 *Evropaiki Dynamiki mot Kommisjonen*

“It should also be borne in mind that the principle of transparency is essentially intended to preclude any risk of favoritism or arbitrariness on the part of the contracting authority. It implies that all the conditions and detailed rules of the procurement procedure must be drawn up in a clear, precise and unequivocal manner in the contract notice or tendering specifications. The principle of transparency therefore implies that all technical information relevant for the purposes of a sound understanding of the contract notice or the tendering specifications must be made available as soon as possible to all the undertakings taking part in a public tendering procedure in order, first, to enable all reasonably well-informed and normally diligent tenders to understand their precise scope and to interpret them in the same manner and, secondly, to enable the contracting authority actually to verify whether the tenders’ bids meet the criteria of the contract in question.»

Hålogaland lagmannsrett (LH-2012-12597)

Saken gjaldt anskaffelse av perifere venekanyler. Oppdragsgiver hadde oppstilt et minstekrav om at bruk ikke skulle «påføre pasienten unødvendig smerte» og at slipingene skulle lede til «minst mulig smerte». Til spørsmålet om hvorvidt kravet til klarhet/forutberegnelighet var oppfylt uttalte Lagmannsretten: «ved vurderingen av om formuleringene [...] er tilstrekkelig klar og entydig er det etter lagmannsrettens oppfatning ikke avgjørende å kunne angi hva som språklig sett ligger i begrepene «unødvendig smerte» og «minst mulig smerte», for eksempel ved å sette en terskelverdi. Det sentrale er hvorvidt det er mulig å forstå hva som reelt ligger i kravene og om det er mulig å evaluere tilbudene på en måte som ivaretar bl.a. hensynet til likebehandling og gjennomsiktighet».

⁶ Sak 31/87 *Beentjes*, premiss 26; C-19/00 *SIAC*, premiss 37 og C-513/99 *Concordia*, premiss 61.

⁷ C-19/00 *SIAC*, premiss 42: «to allow all reasonably well-informed and normally diligent tenderers to interpret them in the same way».

Oppdragsgiver skal velge det tilbudet som er økonomisk mest fordelaktig sett fra oppdragsgivers ståsted.⁸ I *Concordia*-saken for EF-domstolen, brukte Helsinki by utslipp av nitrogendioksid og støynivå fra busser som tildelingskriterium. Anskaffelsen ble dermed ikke vurdert etter det som ville være bedriftsøkonomisk lønnsomt for Helsinki by. Imidlertid ville anskaffelsen bidra til et bedre miljø for byens innbyggere. EF-domstolen uttalte at sett fra Helsinki bys ståsted var også dette viktig.

Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud må han sørge for at tildelingskriteriene også er egnet for å vurdere alternative tilbud, se kapittel 9.6.

Kriteriene må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden

Tildelingskriteriene må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden.⁹ Krav om tilknytning til den aktuelle kontrakten aktualiseres når det gjelder kriterier som gjelder forhold ved produksjon av varen eller tjenesten, for eksempel miljøkrav. Lovligheten av slike krav har vært vurdert i flere saker. EU-domstolen har uttalt at oppdragsgiver kan vektlegge forhold som miljøegenskaper, estetiske egenskaper eller ivaretagelsen av sosiale hensyn, så lenge det er en saklig sammenheng mellom kravet og kontraktens gjenstand.

C-513/99 *Concordia*

I *Concordia*-saken hadde Helsinki by ved kjøp av lokal busstransport, brukt som tildelingskriterier utslipp av nitrogenoksid og støynivå fra busser som skulle kjøre i Helsinki by. Formålet var å forbedre miljøet i Helsinki. Dette ga ingen bedriftsøkonomisk lønnsomhet for kommunen, men var til fordel for byens innbyggere. EU-domstolen kom til at dette kravet var knyttet til kontraktsgjenstanden, kjøp av lokal busstransport.¹⁰

C-448/01 *EVN/Wienstrom*

I *EVN*-saken ble det brukt som et tildelingskriterium hvor mye grønn strøm leverandøren kunne levere, også utover den mengden som var forespurt i kontrakten. Formålet med kravet var å oppmuntre til økt produksjon av grønn strøm. Dette var i strid med EU-retten. Et krav om grønn strøm for den aktuelle kontrakten, inkludert dokumentasjon for dette, vil imidlertid være tillatt.

KOFA sak 2010/134

Som underkriterium under tildelingskriteriet «Leveringsservice» benyttet oppdragsgiver «kjønnsfordelingen i leverandørens styre». Klagenemnda kom til at det ikke kunne utelukkes at dette kunne være egnet til å identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud, men kom likevel etter en konkret vurdering til at dette underkriteriet ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kontraktens gjenstand.

⁸ Direktivets artikkel 53.

⁹ Jf. forskriftens § 13-2 annet ledd og 22-2 annet ledd. Kravet forskriftsfester EU-domstolens uttalelser i C-513/99 *Concordia* og C-448/01 *EVN/Wienstrom*. Denne problemstillingen er beskrevet i miljøveilederen til departementet: http://www.regjeringen.no/upload/kilde/mod/red/2004/0021/ddd/pdfv/197434-ferdig_miljoveileder.pdf

¹⁰ Dette er nå uttrykt i direktivets fortale premiss 46 hvor det står at tildelingskriterier kan gjelde oppdragsgivers mulighet for å oppfylle den berørte allmennhetens behov.

Interne følgekostnader som tildelingskriterium

Et mulig tildelingskriterium er å ta hensyn til følgekostnader internt i oppdragsgivers organisasjon ved en anskaffelse. I sak 2006/65 kom KOFA til at omstillingskostnader ved skifte av produkt, som et underkriterium under pris, var et tillatt tildelingskriterium. I den konkrete saken tilsa kontraktens størrelse at omstillingskostnadene ikke innebar en for stor konkurransefordel for eksisterende leverandør.

Forbud mot endring av tildelingskriteriene

Tildelingskriteriene skal fremgå av kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Etter at tilbudsfristen er utløpt er det ikke adgang til å endre på tildelingskriteriene. Dersom det utarbeides vektingsmodeller etter tilbudsfristens utløp, må denne holde seg innenfor det som fremgår av konkurransegrunnlaget.

EU-domstolens dom i C-331/04 *ATI/EAC*

Saken gjaldt et tilfelle hvor oppdragsgiver hadde oppgitt fire tildelingskriterier. For et av disse tildelingskriteriene skulle leverandøren beskrive organisasjonen og systemet for logistikk som skulle brukes ved utførelsen av den aktuelle tjenesten. Totalt skulle dette tildelingskriteriet tildeles 25 poeng.

Etter at tilbudsfristen var utløpt fordelte oppdragsgiver disse 25 poengene på undergrupper innenfor dette tildelingskriteriet. EU-domstolen uttalte at kravet til likebehandling og gjennomsiktighet krevde at potensielle leverandører, ved utformingen av deres tilbud, skulle være klar over samtlige kriterier oppdragsgiver ville tillegge vekt. EU-domstolen overlot til den foreleggende domstolen å ta stilling til den konkrete tvisten, men uttalte at den nasjonale domstolen blant annet skulle vurdere om:

- vektingen av underkategoriene i tildelingskriteriet innebar en endring av tildelingskriteriene i konkurransegrunnlaget,
- om vektingen av underkategoriene innebar informasjon som, dersom den var kjent ved tilbudsinnleveringen, ville kunne påvirke utformingen av tilbudene, og
- om vektingen av underkategoriene innebar at oppdragsgiveren tok hensyn til omstendigheter som kunne ha diskriminerende effekt. Dersom noen av disse spørsmålene kunne besvares positivt ville vektingen være i strid med EU-retten.

Dokumentasjonskrav for tildelingskriterier

EU-domstolen har uttrykt at oppdragsgiver ikke kan bruke tildelingskriterier som inneholder dokumentasjonskrav som ikke kan etterprøves.¹¹ Tildelingskriteriene må gjøre det mulig for oppdragsgiver å vurdere tilbudet på en nøyaktig og etterrettelig måte. Forholdsmessighetsprinsippet vil ha betydning for mengden dokumentasjon oppdragsgiver bør etterspørre.

¹¹ C-448/01 *EVN/Wienstrom*, premiss 52.

15.1.2. Prioritering og vekting i forskriftens del II

I henhold til forskriftens § 13-2 annet ledd skal oppdragsgiver i de tilfeller han har bestemt seg for prioriteringen eller vektingen av kriteriene angi dette i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.

De grunnleggende prinsippene kan i noen tilfeller tilsi at det bør angis en prioritering eller vekting på forhånd. Dette må vurderes i forhold til kravet om at konkurransen skal gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsen. Det er særlig viktig å kommunisere klart om tildelingskriteriene der minstekravene til tilbudet er små. I slike tilfeller er tildelingskriteriene spesielt avgjørende for at leverandøren skal kunne se hvordan oppdragsgiver er opptatt av forholdet mellom pris og kvalitet.

15.1.3 Prioritering og vekting i forskriftens del III

Generelt

I henhold til forskriftens § 22-2 annet ledd skal alle kriterier som vil bli lagt til grunn for vurderingen av tilbudene oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Videre skal oppdragsgiver angi den relative vektingen til hvert tildelingskriterium. Vektingen kan angis innenfor et område med et «passende maksimalt utslag». I henhold til forskriftens § 22-2 tredje ledd skal oppdragsgiver, der det etter hans mening av «påviselige grunner» ikke er mulig å foreta vekting, i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget angi kriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først.

“Passende maksimalt utslag”

Regelen om at oppdragsgiver kan angi vektingen med et «passende maksimalt utslag» kommer fra direktivet. Kort fortalt gir regelen oppdragsgiver mulighet for i konkurransegrunnlaget å angi kun anslagsvis hvordan vektingen skal foregå, ved at vektingen for et kriterium kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag. Dette gir i neste omgang oppdragsgiver større fleksibilitet når han vurderer tilbudene.

I det tilfellet det dreier seg om ordinære bygge- og anleggskontrakter byr kravet om at vektingen av tildelingskriteriene skal angis i konkurransegrunnlaget normalt ikke på store utfordringer, siden vektkriteriene i disse tilfeller ofte vil kunne angis med stor nøyaktighet.

Ved noen anskaffelser, eksempelvis som følge av ytelsenes kompleksitet eller uforutsigbarhet i mulige løsningsmodeller, vil oppdragsgiver ha et behov for større handlingsrom. Dette kan for eksempel være tilfelle der oppdragsgiver skal foreta en anskaffelse hvor det er usikkert hvilke løsninger markedet vil komme opp med, og oppdragsgiver ønsker fleksibilitet i spørsmålet om man er villig til å betale ekstra for en kvalitativt bedre og nyskapende løsning.

Siden det maksimale utslaget må være passende, ligger det en grense for hvor stort utslaget kan være. Forutberegnlighet kan her skapes ved at oppdragsgiver angir hvordan han vil benytte muligheten til utslag i vektingen. Størrelsen på utslaget må avpasses etter anskaffelsens art og størrelse.

Departementet antar at formålet med innføring av kravet til vekting tilsier at passende maksimalt utslag ikke kan brukes på en måte som fører til mindre forutberegnelighet enn under rettstilstanden til den tidligere forskriften. Det er vanskelig å gi generell veiledning om hvor store utslagene kan være. Departementet antar at et utslag, dersom anskaffelses art og forhold ved tildelingskriteriet tilsier det, vanskelig kan tenkes å overstige +/- 10 prosentpoeng.¹² Et tildelingskriterium vil da for eksempel kunne oppgis til 30 prosent med +/- 10 prosentpoeng, som innebærer at kriteriet kan vektes fra 20-40 prosent. Dersom oppdragsgiver skal benytte utslag, anbefaler departementet at:¹³

- Utslaget begrenses, men ikke oppgis så lavt at det kun får en marginal betydning.
- Det ved fastsettelsen av rammene tas hensyn til antallet tildelingskriterier, slik at utslaget ikke bør være større enn vekten av tildelingskriteriet, for eksempel et tildelingskriterium på 5 prosent med +/- 5 som prosentpoeng mulig utslag.
- En ramme ikke angis slik at tildelingskriteriet eventuelt kommer til å bli vektet 100 prosent eller helt bortfaller, f. eks. «0-10 prosent».
- Det ved fastsettelsen av rammene ikke gis mulighet for å nedtone de kvalitative kriterier i en slik grad at det reelt blir en priskonkurranse, f.eks. pris vektet 80 prosent og kvalitet 20 prosent med +/- 10 prosentpoeng utslag for hvert av kriteriene.
- Modellen gjøres så enkel som mulig for at det ikke skal bli uoversiktlig for oppdragsgiver selv og tilbydere.

Utslagene behøver ikke være like for samtlige underkriterier, og enkelte kriterier kan angis uten utslag. For eksempel kan vektingen av prisen ligge fast, slik at utslaget kun skjer på de øvrige tildelingskriteriene. Den samlede vektingen skal imidlertid alltid bli 100 prosent, og oppdragsgiver skal benytte den samme vektingen ved vurderingen av alle tilbudene.

Et særlig spørsmål er om plikten til å angi den relative vekten også innebærer en plikt til å prioritere. Problemstillingen er om kravet til vekting innebærer et forbud mot at to tildelingskriterier skifter plass selv om oppdragsgiver holder seg innenfor oppgitte rammer. Dette kan skje dersom eksempelvis pris og kvalitet er vektet 40-60 prosent. Da kan pris være 40 prosent og kvalitet 60 prosent eller motsatt. Dette spørsmålet er ikke avklart. Den danske Klagenemnden har behandlet denne problemstillingen i sak 2. maj 2006 (Danske Arkitektvirksomheder). Oppdragsgiver hadde angitt tre tildelingskriterier og vektet dem 30-50 prosent, 30-50 prosent og 10-30 prosent. Ved den endelige vurdering ble de vektet med henholdsvis 30 prosent, 50 prosent og 20 prosent. Klagenemnden kom til at konkurransegrunnlagets opplysninger om vektingen var mindre informativ for leverandørene, enn om oppdragsgiver hadde angitt tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge. Klagenemnden kom til at dette var i strid med kravet til gjennomsiktighet. Klagenemnden tok ikke stilling til om utslag var for stort i seg selv.

Utformingen av vektingsmodeller kan skje på flere forskjellige måter. En mulig variant er å gi tilbudene karakter for hvert enkelt tildelingskriterium, se eksemplet nedenfor. Tilbudene oppnår da en samlet vektet gjennomsnittskarakter.

12 Hjelmborg m.fl EU Udbudsretten, København 2005, mener at det maksimale utslag synes å skulle være relativt lite slik at det ikke kommer i konflikt med de grunnleggende kravene til likebehandling og gjennomsiktighet.

13 Departementets anbefalinger støtter seg med visse modifikasjoner på veiledningen fra Konkurrencestyrelsen, som er myndigheten for offentlige anskaffelser i Danmark. På tidspunktet for ikrafttredelse av den norske lovgivningen hadde den danske lovgivningen, som gjør direktivteksten til dansk lov, virket i to år.

Bruken av vekting innenfor rammer illustreres av eksempelet nedenfor.

Eksempel

Fastsettelse av vektingen med rammer kan gjøres slik:

Tildelingskriterier	Vekting med utslag
Pris	25-35
Leveringstid	15-25 %
Kvalitet	45-55 %
Sum	100 %

Det kan i teorien tenkes uendelig mange kombinasjoner av dette, men dersom man for eksemplets skyld forutsetter at vektingen på hvert kriterium er delelig med 5, oppstår syv mulige kombinasjoner:

	Kombinasjoner						
	I	II	III	IV	V	VI	VII
Pris	25	25	30	30	30	35	35
Leveringstid	20	25	15	20	25	15	20
Kvalitet	55	50	55	50	45	50	45
Sum	100	100	100	100	100	100	100

Slik det fremgår fra tabellen, endrer rangeringen av tildelingskriteriene seg avhengig av hvilken kombinasjon oppdragsgiver velger.

Også rangeringen av tilbudene kan endre seg, når oppdragsgiver vekter tilbudene etter de mulige kombinasjonene. Dette kan illustreres med eksempelet under. Det benyttes en karakterskala med 10 som maksimumskaraktter for det enkelte kriterium. Tilbud A og B oppnår følgende karakterer på de enkelte underkriterier:

	Karakter	
	Tilbud A	Tilbud B
Pris	4	10
Leveringstid	5	6
Kvalitet	8	4

Så beregnes totalsummen for de syv kombinasjonene:

	Kombinasjon						
	I	II	III	IV	V	VI	VII
Tilbud A	6,4	6,25	6,35	6,2	6,05	6,15	6
Tilbud B	5,9	6	6,1	6,2	6,3	6,4	6,5

Det følger av tabellen at hvilket tilbud som er økonomisk mest fordelaktig, avhenger av hvilken kombinasjon av vektingen oppdragsgiver velger.

Når oppdragsgiver har angitt vektingen innenfor en ramme, kan oppdragsgiver ved tildelingen av kontrakten avgjøre hvilken kombinasjon som skal legges til grunn. Konsekvensen av å anvende rammer for tildelingskriterier, er at oppdragsgiver får en viss fleksibilitet til å velge mellom hva som viktig for oppdragsgiver etter å ha mottatt tilbud på de løsningene markedet kan tilby. Det blir dermed ikke helt klart for leverandørene hvordan de ulike tildelingskriteriene vil bli vektet. Oppdragsgiver må avveie behovet for fleksibilitet mot hensynet til å formidle på en klar måte til markedet for å få inn best mulig tilbud.

Oppdragsgivers fastsettelse av endelig vekting skal være saklig og anvendelsen av rammene skal begrunnes ut fra den konkrete sak.

“Av påviselige grunner ikke er mulig å foreta vekting”

Dersom det av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vekting, skal oppdragsgiver angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først, jf. forskriftens § 22-2 tredje ledd. Dette er et unntak fra hovedregelen. Ordlyden peker på at det etter oppdragsgivers mening ikke må være mulig å foreta en vekting. Dette synes å indikere et visst skjønn for oppdragsgiver. Kravet til «påviselige grunner» innebærer at oppdragsgiver må kunne dokumentere disse grunnene. Fortalen til direktivet angir at situasjonen hvor vekting ikke er mulig kan oppstå spesielt ved komplekse kontrakter.¹⁴

¹⁴ Direktiv 2004/18 fortalen premiss 46.

KOFA sak 2008/98

Den norske kirke v/Kirkerådet gjennomførte en konkurransepreget dialog for anskaffelse av et nytt elektronisk medlemsregister til Den norske kirke. Ett av spørsmålene som ble behandlet av klagenemnda var om Kirkerådet kunne avstå fra å angi den relative vekten som skulle gis hvert av kriteriene slik forskriftens § 22-2 annet ledd krever og i stedet angi kriteriene i prioritert rekkefølge etter § 22-2 tredje ledd. I anskaffelsesprotokollen hadde oppdragsgiver fremholdt at vekting ikke var mulig med den manglende informasjonen man hadde om anskaffelsen på utlysningstidspunktet. Oppdragsgiver fremhevet at sentrale forhold ved anskaffelsen fremstod som uklar, og at vekting ikke var mulig før anskaffelsens innhold, kriterier, økonomi og omfang fremstod klarere. En vekting på et sett med tildelingskriterier kunne senere vise seg å bli feil i forhold til informasjon som oppdragsgiver ville få gjennom anskaffelsens dialogfase. Klagenemnda fant på bakgrunn av dette at det forelå påviselige grunner for å la være å vekte kriteriene i dette tilfellet.

Om poengsetting av pris eller prissetting av kvalitet

Når en skal vekte pris mot andre kriterier, her brukes kvalitet som en samlebetegnelse, kan en enten poengsette pris eller prissette kvalitet.

Dette kan illustreres ved to eksempler:

Poengsette pris:

Kommune A skal kjøpe inn biler. Pris vektet 50 prosent og kvalitet 50 prosent. Dette gjøres ved at pris maksimalt kan oppnå 50 poeng og kvalitet 50 poeng. Ved poengsettingen av pris scorer tilbudet avhengig av hvor god prisen er. Det gis poeng for pris og poeng for kvalitet. Disse regnes så sammen.

Prissette kvalitet:

Kommune A skal kjøpe inn biler. Kommunen oppgir at den er villig til å betale en gitt sum mer i pris ved gitt økning i kvalitet, for eksempel for bedre seter. En slik mulig modell kan kort forklares med at oppdragsgiveren tar utgangspunkt i minstekravene i tilbudet. Så vurderer han kvaliteten på de ulike setene og setter poeng på denne. Jo bedre seter, jo høyere poengsum. Prisen gis så et påslag hvor størrelsen på påslaget bestemmes av poengsettingen på kvaliteten. Jo høyere kvalitet, jo lavere påslag på prisen. Et lavt priset tilbud med dårlig kvalitet vil da starte med en lav pris, men få et høyt påslag. Et høyt priset tilbud med en god kvalitet vil starte med en høy pris, men få et lavt påslag. Tilbudet med lavest pris etter påslag vinner.

Forskriftsteksten indikerer metoden å poengsette pris. Regelverket er imidlertid ikke til hinder for å bruke metoden der en prissetter kvalitet. Begge systemer brukes for å måle den relative vektningen av tildelingskriteriene. Ved e-auksjoner, hvor noen tildelingskriterier er forhåndsevaluert og låst, mens andre kan endres av leverandøren, vil det fremgå av auksjonssystemet hvor stor endring leverandøren må foreta for det enkelte tildelingskriteriet for å forbedre tilbudet. De variable tildelingskriteriene er da gitt i forhold til de andre tildelingskriteriene.

Vektingsmodeller

Denne veilederen går ikke inn på ulike vektingsmodeller og fordeler og ulemper ved disse. Se det svenske Konkurrenserverket's oppdragsforskningsserie: 2004:1: Metoder vid utvärlding av pris och kvalitet i offentlig upphandling²², for en beskrivelse av ulike vektingsmodeller fra et økonomisk ståsted. Der advares det spesielt mot uheldige følger av modeller som poengsetter pris hvor poengsettingen skjer relativt i forhold til prisene på de andre tilbudene.

15.2 Avlysning og totalforkastelse

Avlysning er regulert av forskriftens §§ 13-1 og 22-1. Reglene kommer fra alminnelig norsk anbudsrett. Det følger av EU-domstolens praksis at avlysning må skje i tråd med de grunnleggende prinsippene.¹⁵

Første ledd i disse bestemmelsene regulerer avlysning. Med avlysning menes at konkurransen avsluttes fordi det har oppstått forhold som medfører at oppdragsgiver må eller ønsker å avslutte konkurransen. Avlysning av konkurransen knytter seg normalt til utenforliggende forhold eller forhold på oppdragsgivers side. Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger en saklig grunn, jf. forskriftens §§ 13-1 og 22-1, første ledd. Det finnes en rekke KOFA-avgjørelser om hva som skal til for at det foreligger saklig grunn.

KOFA sak 2003/216

Etter å ha mottatt en klage på valg av tilbud, valgte innklagede å avlyse konkurransen, for deretter å kunngjøre en ny konkurranse på i hovedsak samme forutsetninger. Nemnda antok at begrunnelsen for å avlyse konkurransen var at begge tilbudene var uklare på enkelte punkter samt at de manglet etterspurt dokumentasjon. Klager anførte at den etterspurte dokumentasjonen til dels måtte være unødvendig og til dels ikke kunne gis på annen måte enn slik det var gjort i tilbudet. Klagenemnda fant at oppdragsgiver ikke kunne redegjøre for hvilken dokumentasjon som hadde vært etterspurt, eller gi en rimelig forklaring på den fremgangsmåte som var valgt. Den kom derfor til at innklagede ikke hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen.

¹⁵ Sak C-203/96 Embassy Limousine and Services v Parliament, C-27/98 Metalmeccanica (avlysning fordi oppdragsgiver kun mottok et tilbud som ikke måtte avvises), C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik (avlysning av en konkurranse for å anskaffe ekstern prosjektledelse til catering på sykehusene i Wien, fordi en bestemte seg for ikke å ha ekstern prosjektledelse), C-244/02 Kauppatalo (avlysning av en konkurranse fordi oppdragsgiver ved en feil hadde valgt et tildelingskriterium som ikke muliggjør «value for money».)

KOFA sak 2004/1

I en åpen anbudskonkurranse om trykkeritjenester fant oppdragsgiver at det ikke var økonomisk dekning for å gjennomføre konkurransen. Innklagede valgte derfor å avlyse konkurransen og heller benytte seg av en opsjon på forlengelse av den eksisterende trykkerikontrakten. Klagenemnda kom til at innklagede hadde saklig grunn til å avlyse konkurransen. Nemnda uttalte, med henvisning til *Concord II- kjennelsen* i RT. 2001 s. 473 at økonomiske og forretningsmessige begrunnelser generelt er å karakterisere som saklige grunner. Den la til at det ikke kreves en kvalifisert overvekt av økonomiske hensyn for at avlysning skal kunne skje, men avgjørelsen må hvile på en fullt forsvarlig vurdering.

15.3 Elektronisk auksjon

15.3.1 Hva er elektronisk auksjon?

Elektronisk auksjon er en måte å avslutte konkurranser og tildele kontrakt på, og er ikke en selvstendig prosedyre. En elektronisk auksjon er en elektronisk prosess hvor det, etter en første vurdering av tilbudene, gjennomføres en gjentagende prosess hvor priser eller nye verdier for visse elementer i tilbudene kan justeres. I denne prosessen vil tilbudene bli automatisk rangert etter hvert som de kommer inn.¹⁶

Forskriften regulerer i hvilke tilfeller elektronisk auksjon kan brukes og har regler om hvordan auksjonen skal gjennomføres.¹⁷ Kravene til hvordan auksjonen skal gjennomføres, gir også føringer for hvilke tekniske løsninger oppdragsgiver kan bruke til elektronisk auksjon. De grunnleggende prinsippene, særlig kravet til likebehandling og gjennomsiktighet, er sentrale i vurderingen av hvordan elektronisk auksjon kan gjennomføres.¹⁸

15.3.2 Når kan elektronisk auksjon benyttes?

Elektronisk auksjon kan benyttes ved åpne og begrensede anbudskonkurranser, og i konkurranse med forhandling. Forhandlingsforbudet som gjelder ved gjennomføring av anbudskonkurranser,¹⁹ er ikke til hinder for at man kan gjennomføre elektronisk auksjon. I konkurranse med forhandlinger over terskelverdiene kan elektroniske auksjoner bare brukes etter forutgående kunngjøring i samsvar med forskriftens § 14-3 bokstav a. Elektronisk auksjon kan også brukes ved gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler med flere leverandører og i dynamiske innkjøpsordninger.

For at elektronisk auksjon skal kunne benyttes, må kontraktsspesifikasjonene kunne fastsettes nøyaktig. Gjennomføring av auksjon forutsetter at elementene som er gjenstand for auksjon kan kvantifiseres (tallfestes), og at man i auksjonsprosessen automatisk kan rangere tilbudene. Oppdragsgiver skal ikke foreta vurderinger av tilbudene i løpet av

¹⁶ Jf. forskriftens 4-2 h.

¹⁷ Jf. forskriftens § 13-4 og § 22-4. Bestemmelsene er tilnærmet like i del II og III.

¹⁸ Kommisjonen har gitt ut et notat som forklarer og fortolker bestemmelsene: Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC.

¹⁹ Jf. forskriftens §§ 12-1 og 21-1.

auksjonen. Dette innebærer at enkelte typer ytelser ikke kan være gjenstand for auksjon. Typiske eksempler hvor dette kan være tilfelle er designtjenester og bygge- og anleggstjenester som involverer intellektuell innsats. Det er imidlertid ikke alltid i strid med forskriften å gjennomføre auksjon for disse tjenestene. Det må gjøres en konkret vurdering av den enkelte anskaffelse for å vurdere om elektronisk auksjon kan brukes.

Om det er hensiktsmessig for oppdragsgiver å bruke elektronisk auksjon vil blant annet avhenge av anskaffelsens art og verdi, og hvordan markedet og konkurransesituasjonen er for den aktuelle ytelsen.

Kravet til nøyaktige kontraktspesifikasjoner og automatisk rangering av tilbudene kan gjøre det vanskelig å bruke elektroniske auksjoner i forbindelse med konkurranse med forhandling. Bakgrunnen for at man bruker konkurranse med forhandling er ofte at man ønsker å diskutere ulike løsninger med leverandørene. En mulig løsning er å bruke forhandlingene til å gjøre tilbudene sammenlignbare og at andre kriterier enn pris evalueres ferdig. Etter dette kan oppdragsgiver eventuelt avslutte konkurransen med elektronisk auksjon hvor prisen fastsettes.

Elektronisk auksjon kan brukes både hvor pris alene er tildelingskriterium, og hvor oppdragsgiver tildeler kontrakt til det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, se kapittel 15.1.1. På grunn av kravet til nøyaktige kontraktspesifikasjoner, og at tilbudene skal kunne rangeres automatisk ved gjennomføring av auksjonen, vil antagelig elektronisk auksjon bli mest brukt i forbindelse med priskonkurranse. Selv om den elektroniske auksjonen bare omhandler pris, kan man bruke andre tildelingskriterier for tildeling av kontrakt. De andre kriteriene må da være ferdig evaluert før auksjonen starter.

Eksempel:

Tillatt:

En kommune skal kjøpe kontormøbler, og gjennomføre elektronisk auksjon mellom leverandør A, B og C om prisen. Tildelingskriterier for konkurransen er både pris og kvalitet. Før auksjonen starter er tildelingskriteriet kvalitet evaluert og kvantifisert. Kvalitet ble kvantifisert gjennom en gitt poengsum for blant annet slitestyrke på møbelstoffene. Rangeringen før auksjonen er C, B og A. Etter auksjonen var rangeringen B, C og A, og kontrakt ble tildelt leverandør B.

Ikke tillatt:

En statlig byggherre kunngjør en arkitektkonkurranse om tegning av et nytt kunstmuseum. Kontrakten skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og i denne konkurransen vil det bli lagt stor vekt på estetikk og kvalitet. Det er vanskelig for byggherren å beskrive spesifikasjonene av bygget nøyaktig og uttrykke kvalitet og estetikk i kvantifiserbare størrelser, slik at dette kan gjøres til gjenstand for automatisk rangering. Elektronisk auksjon kan derfor ikke brukes for å justere estetikk og kvalitet i denne konkurransen.

15.3.3 Gjennomføring av auksjon

Informasjon til leverandøren

For å sikre forutberegelighet og gjennomsiktighet for leverandørene er det viktig at det gis grundig informasjon til leverandørene om bruk av elektronisk auksjon. Oppdragsgivere som ønsker å bruke elektronisk auksjon må opplyse om dette i kunngjøringen. I følge Kommisjonens notat²⁰, må auksjonen gjennomføres hvis oppdragsgiver har kunngjort at elektronisk auksjon vil bli brukt. Det er usikkert om dette gjelder for alle typer anskaffelser, som for eksempel gjenåpning av konkurransen i rammeavtaler, eller om det bare gjelder ved ordinære kontraktstildelinger. Gode grunner taler for at det er tilstrekkelig at oppdragsgiver informerer ved inngåelsen av rammeavtalen eller den dynamiske innkjøpsordningen om at elektroniske auksjoner kan bli brukt og at konkurransen skal gjenåpnes, men at man ikke forplikter seg til å bruke elektroniske auksjoner ved alle kontraktstildelinger i avtaleperioden. Ved en slik varslings sikres gjennomsiktighet og forutsigbarhet, samtidig som man ivaretar fleksibiliteten som ofte vil være nødvendig å ha i rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger. Departementet understreker imidlertid at det er usikkert hvordan en domstol vil tolke kravet til informasjon i kunngjøringen.

Auksjonen skal gjennomføres ved bruk av elektroniske midler, se kapittel 12.2.

Konkurransesgrunnlaget må inneholde utfyllende informasjon om gjennomføring av auksjonen:

- Hvilke elementer som er gjenstand for auksjonen. Dette kan for eksempel være pris og/eller kvalitet, leveringstid osv. forutsatt at disse elementene kan kvantifiseres og uttrykkes i tall eller prosentdel.
- Eventuelle begrensninger på verdiene som kan fremlegges på bakgrunn av spesifikasjonene for ytelsen.
- Hvilke opplysninger som vil bli stilt til rådighet for tilbyderne under auksjonen, og tidspunktet opplysningene stilles til rådighet.
- Relevante opplysninger om den elektroniske auksjonsprosessen. Dette kan for eksempel være hvordan eventuelle spørsmål som kommer inn i løpet av auksjonen vil bli håndtert av oppdragsgiver.
- Vilkår for leverandørenes budgivning. Dette er særlig aktuelt hvis det kreves minimumsendringer i budene, for eksempel et bestemt kronebeløp eller en viss prosentvis nedgang i prisene.
- Relevante opplysninger om det elektroniske utstyret som brukes (se kapittel 12.2), hvordan dette virker og tekniske spesifikasjoner for tilkoblingen. Kommunikasjonsmidlene som brukes må være allment tilgjengelige. Systemene som brukes bør, i så stor grad som mulig, være kompatible med systemer som leverandørene allment benytter.

²⁰ Se Kommisjonens notat: Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC

Eksempel

Tilbydere som deltar i auksjonen vil før auksjonen få vite hvilken poengsum de har oppnådd fordelt på pris og ikke-pris kriterier. Tilbydere vil også få tilgang på en anonymisert oversikt over hvordan han plasserer seg i forhold til andre tilbydere. Under auksjonen vil alle deltagerne kunne se innbyrdes rangering og egne priser. Den elektroniske auksjonen vil bli avholdt fredag 26. oktober 2007 fra klokken 13.00 til 16.00. Den offisielle klokken vil bli vist på nettstedet der auksjonen gjennomføres. Dersom det legges inn bud i løpet av de siste 10 minuttene før auksjonen er satt til å stenge, vil auksjonen automatisk forlenges med 10+5 minutter fra siste bud. Minste endring for å få godkjent et nytt bud er 0.5 prosent eller en forbedring på 10 000 kroner på en eller flere priser. Auksjonen stenger når tidsfristen er utløpt og ingen flere bud har kommet inn under den mulige forlengelsesperioden. Det siste tilbudet som ble avgitt før auksjonen stengte, er det endelige tilbudet til oppdragsgiver.

Foreløpig evaluering av tilbudene

Elektronisk auksjon skal som nevnt innledningsvis brukes for å avslutte konkurransen. Dette innebærer at oppdragsgiver må foreta en gjennomgang av tilbudene for å avgjøre spørsmål om avvising av tilbud, om leverandørene er kvalifisert, og ellers følge de ordinære reglene som gjelder for konkurransen frem til auksjonen starter.

Før auksjonen kan starte må oppdragsgiver foreta en første fullstendig evaluering av tilbudene. Alle vurderinger oppdragsgiver må gjøre i forbindelse med evalueringen av tilbudet, skal gjøres i forkant av auksjonen, slik at oppdragsgiver kan tildele kontrakten på bakgrunn av resultatet av auksjonen. Tilbudene evalueres i samsvar med tildelingskriteriene og vektingen, slik de er fastsatt i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget. Hvis kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, må kriteriene vektet. Dette gjelder også for gjennomføring av elektroniske auksjoner etter forskriftens del II.

Invitasjon til å delta i auksjon

Alle leverandører som har levert gyldige tilbud skal inviteres elektronisk og samtidig til å delta i auksjonen. Invitasjonen til å delta i auksjonen kan sendes på e-post.²¹ Tilbydere må da kvittere for mottak av invitasjonen og sporbarheten må sikres. Dette er viktig for å sikre at invitasjonen har kommet frem til leverandøren. Det er ikke tilstrekkelig å legge invitasjonen ut på internett.

Invitasjonen skal inneholde:

- Relevante opplysninger for tilkobling til den benyttede løsningen. Dette vil typisk være informasjon om det tekniske utstyret som brukes i auksjonen.
- Presis dato og klokkeslett for når auksjonen starter. Oppdragsgiver kan ikke sette et tidspunkt som er tidligere enn to virkedager fra invitasjonen ble sendt til tilbyderne.

²¹ Se Kommissjonens notat: Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC.

- Hvordan og når auksjonen avsluttes. Dette kan for eksempel være informasjon om at auksjonen skal gjennomføres i et visst antall faser/runder, eller at auksjonen avsluttes etter 2 timer fra oppstart.
- En tidsplan for hver fase (hvis aktuelt) i auksjonen.
- Hvis kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal resultatet av den første fullstendige evalueringen for det aktuelle tilbudet oppgis. Det er ikke nødvendig på dette stadiet å oppgi leverandørens eksakte rangering i forhold til de andre tilbyderne i invitasjonen. Dette må det imidlertid senest opplyses om ved oppstart av auksjonen.
- Informasjon om den matematiske formelen som skal anvendes for automatisk å fastslå ny rangering mellom tilbudene på grunnlag av nye priser eller andre verdier. Hvis det åpnes for alternative tilbud må det utarbeides en formel for hvert alternativ. Formelen skal innarbeide vektning av alle de fastsatte kriteriene, for å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. Hvis vektning av kriteriene i konkurransegrunnlaget er angitt innenfor en ramme (se eksempel under), skal oppdragsgiver før auksjonen fastsette dette nærmere til en bestemt verdi.

Eksempel:

Oppdragsgiver har i konkurransegrunnlaget sagt at kvalitet skal telle 30-40 prosent i evalueringen, og pris 60-70 prosent. Før auksjonen starter må vektningen av evalueringskriteriene presiseres slik at for eksempel kvalitet oppgis til 40 prosent og pris til 60 prosent.

Oppstart av auksjonen

Auksjonen starter på tidspunktet som fremgår av innbydelsen. Tilbydernes identitet skal være anonym ved gjennomføring av auksjonen.

Auksjonen gjennomføres etter den modellen oppdragsgiver har skissert i konkurransegrunnlaget og invitasjonen til å delta i auksjonen. Dette kan for eksempel være gjennom et gitt antall budrunder eller innenfor et gitt tidsrom. Oppdragsgiver skal i hver fase av auksjonen umiddelbart gi alle tilbydere informasjon slik at de kan fastslå sine respektive rangeringer. Annen informasjon om fremlagte priser eller andre verdier kan også gis dersom dette er angitt i konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver kan også når som helst opplyse om antall deltagere i den aktuelle fasen av auksjonen. Dersom det viser seg at den tekniske løsningen for auksjonen ikke er i stand til å håndtere det antall tilbydere som er invitert til å delta, må auksjonen utsettes og deltakerne informeres. Hvis det oppstår systemfeil må oppdragsgiver også vurdere om hele eller deler av auksjonen skal utsettes. Oppdragsgiver må sikre likebehandling av tilbyderne ved endringer av konkurransen som følge av tekniske problemer.

15.3.4 Avslutning av auksjonen

Oppdragsgiver kan avslutte auksjonen på en eller flere måter:

- På den dato og det klokkeslett som fremgår av innbydelsen til å delta i auksjonen,
- når oppdragsgiver ikke mottar nye priser eller verdier som tilfredsstillende eventuelle krav til minstedifferanser som er stilt. I dette tilfelle må oppdragsgiver i innbydelsen oppgi fristen for mottak av siste innleverte bud til lukking av auksjonen, eller
- når antallet auksjonsfaser som er fastsatt i innbydelsen til auksjonen er gjennomført.

Hvis oppdragsgiver har bestemt at auksjonen skal avsluttes i samsvar med punkt 3, eventuelt kombinert med punkt 2, skal innbydelsen til auksjonen inneholde en tidsplan for hver fase. Dette gir forutsigbarhet for leverandørene, slik at de til enhver tid vet når de senest må levere inn et forbedret tilbud som blir tatt med i evalueringen.

15.3.5 Tildeling av kontrakt

Etter avslutning av auksjonen tildeler oppdragsgiver kontrakten i samsvar med de kriterier som er fastsatt for tildeling av kontrakt, på grunnlag av resultatene i auksjonen. Dette er imidlertid ikke til hinder for at oppdragsgiver kan avvise unormalt lave tilbud i samsvar med forskriftens §§ 11-12 og 20-14.



Kapittel 16

Tilbakemelding til leverandørene og karensperiode

16.1 Generelt

Kravet om at oppdragsgiver skal begrunne sine beslutninger må sees i lys av formålet med anskaffelsesreglene om å sikre gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet i anskaffelsesprosessene, og dermed leverandørenes rettssikkerhet. Hvorvidt leverandørene har mulighet til å få oppdragsgivers beslutninger overprøvd, avhenger i stor grad av begrunnelsesplikten. Begrunnelsen må derfor være av en slik art at det er mulig å etterprøve om beslutningen er i samsvar med regelverket og de regler som er satt for konkurransen.

For at en leverandør som mener seg urettmessig forbigått skal få anledning til å stoppe kontraktsinngåelsen, må det gå noe tid mellom tidspunktet oppdragsgiver meddeler sin beslutning om å tildele kontrakt og til endelig kontraktsinngåelse. Denne tidsperioden refereres til som karensperiode. I karensperioden har forbigåtte leverandører anledning til å klage til oppdragsgiver, klage til KOFA eller begjære midlertidig forføyning ved domstolene.

16.2 Meddelelse om tildelingsbeslutning

16.2.1 Hvem skal motta meddelelsen

Oppdragsgiver skal meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller rammeavtale til alle berørte leverandører samtidig.

Ved konkurranser som foregår i et trinn, dvs. ved åpne anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling uten prekvalifikasjon, vil alle som leverer inn tilbud være berørt. Meddelelsen om kontrakttildeling skal derfor i slike konkurranser sendes til alle leverandører som har levert inn tilbud. Dette gjelder også der en leverandør har fått sitt tilbud avvist på grunn av forhold ved leverandøren eller ved tilbudet, eller der leverandøren har blitt frasortert ved en reduksjon av antall tilbud i forbindelse med forhandlinger eller konkurransepreget dialog.

Ved konkurranser som foregår over to trinn, dvs. i begrensede anbudskonkurranser, ved konkurransepreget dialog og ved konkurranse med forhandling med prekvalifikasjon, er utgangspunktet at alle som har levert inn forespørsel om å delta i konkurransen er å anse som berørte. Dette gjelder likevel ikke dersom leverandøren er blitt avvist eller forkastet i en konkurranse der det er satt en øvre grense for antall deltakere i konkurransen, når leverandøren har fått meddelelse om at han er avvist/forkastet. Det betyr altså at alle

leverandører som har blitt prekvalifisert vil være «berørte» og skal ha en meddelelse om tildelingsbeslutningen, uansett om de faktisk leverer inn tilbud eller ei.

16.2.2 Meddelelsens innhold

Meddelelsen skal gis skriftlig og opplyse navnet på den leverandøren som er blitt tildelt kontrakten og inneholde en begrunnelse for tildelingen i samsvar med henholdsvis § 11-14 og § 20-16. Se nærmere om begrunnelsen i kapittel 16.4. Videre skal meddelelsen inneholde en presis angivelse av den nøyaktige karensperioden som oppdragsgiver har fastsatt. Dette kravet innebærer at oppdragsgiver på en utvetydig måte skal angi når karensperioden utløper, slik at det skapes mest mulig forutberegnelighet for leverandørene. Dette skjer typisk ved angivelse av dato og klokkeslett.

16.2.3 Generelt om meddelelser

Etter § 13-3 annet ledd og § 22-2 annet ledd kan oppdragsgiverne, helt til kontrakt er inngått, endre avgjørelsen om tildeling av kontrakt dersom avgjørelsen er i strid med tildelingskriteriene. Det innebærer at leverandøren som i utgangspunktet ble tildelt kontrakten ikke har noe rettslig krav på å få kontrakten før den er undertegnet.

En melding om tildelingsavgjørelsen innebærer ikke samtidig at de andre tilbudene avslås. Alle leverandørene er med andre ord bundet av tilbudene sine helt til vedståelsesfristen er gått ut eller kontrakten er underskrevet.

16.3 Karensperiode

16.3.1 Generelt om karensperiode

Oppdragsgiver er som hovedregel forpliktet til å fastsette en karensperiode. Karensperioden er definert som tidsrommet mellom meddelelsen om kontraktstildeling og det tidspunktet oppdragsgiver tidligst kan inngå kontrakt. Oppdragsgiver kan altså først inngå kontrakt eller rammeavtale etter utløpet av karensperioden fastsatt av oppdragsgiveren.

Bestemmelser om karensperiode har som formål å sikre en effektiv klageadgang. Karensperioden gjør det mulig for leverandører som har eller har hatt interesse i å oppnå en bestemt kontrakt, å stanse prosessen innen kontrakten inngås. Leverandøren kan da oppfordre oppdragsgiver om å endre beslutningen, klage til KOFA eller begjære midlertidig forføyning for domstolene.

Dersom leverandøren vil være helt sikker på at kontrakten ikke inngås, må han begjære midlertidig forføyning før karensperiodens utløp. Da ville kontrakten kunne settes på vent mens spørsmålet om tildelingsbeslutningen blir behandlet av KOFA eller eventuelt av domstolene.

Karensperioden har tidligere vært omtalt som en «klagefrist». Leverandøren er imidlertid ikke avskåret fra å klage eller å reise søksmål etter karensperiodens utløp. Karensperio-

den er med andre ord ikke det samme som en klagefrist. Det vil for eksempel fremdeles være mulige å begjære midlertidig forføyning etter karensperiodens utløp så lenge kontrakten faktisk ikke er inngått. Er kontrakt inngått kan leverandøren også fortsatt reise sak med påstand om erstatning eller særlige sanksjoner ("uten virkning", avkortning av kontrakt eller bot).

Karensperioden må naturligvis være den samme i forhold til alle leverandører.

16.3.2 Karensperiodens lengde

Anskaffelsesforskriften del III

Karensperioden skal være minst 10 dager dersom meddelelsen sendes elektronisk eller over telefaks og minst 15 dager dersom meddelelsen sendes med et annet kommunikasjonsmiddel. Karensperioden begynner å løpe dagen etter meddelelsen er sendt. Forskrift om fastsettelse av frister gjelder ved beregningen av karensperioden. I følge denne forskriften skal den dagen meddelelsen blir gitt ikke regnes som en del av fristen. Videre fremgår det at en frist som er uttrykt i dager begynner å løpe fra begynnelsen av den første timen av fristens første dag og utløper ved slutten av den siste timen av fristens siste dag. Sagt med andre ord, skal det altså gå minst 10/15 fulle dager fra meddelelse er gitt til kontrakten kan inngås. Med dager menes kalenderdager, slik at helligdager, fridager, søndager og lørdager regnes med.

Eksempel:

Oppdragsgiveren meddeler samtlige leverandører at han vil inngå kontrakt med leverandør A. Denne meddelelsen sender han ut med elektronisk kommunikasjon 1. mai kl. 15:00. Minimumskarensperioden i dette tilfellet vil da være på 10 dager. Dette innebærer at karensperioden tidligst kan utløpe 11. mai kl. 24:00. Oppdragsgiver velger å benytte seg av denne minimumsfristen og angir i meddelelsen om tildelingsbeslutningen at karensperioden utløper den 11. mai kl. 24:00. Dette betyr at oppdragsgiver først kan inngå kontrakt med leverandør A etter dette tidspunktet, dvs. tidligst 12. mai.

Karensbestemmelsene oppstiller en minimumsperiode. Det er ingenting i veien for at den enkelte oppdragsgiver oppstiller en lengre periode enn henholdsvis 10 og 15 dager. Dette betyr at oppdragsgiveren må vurdere om det i den konkrete anskaffelsen kan være hensiktsmessig å fastsette en karensperiode som er lenger enn minimumskarensperioden. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle ved kompliserte anskaffelser. Videre bør også oppdragsgiver vurdere å gi noe mer romslige frister hvis karensperioden løper i for eksempel fellesferien eller påske- eller juleferien.

Dersom oppdragsgiver fastsetter en karensperiode som er lenger enn minimumsperioden, blir det den gitte fristen som blir avgjørende. Dette innebærer at oppdragsgiver må vente med å inngå kontrakt til utløpet av den fulle karensperioden som oppdragsgiver selv har satt. Gjør han ikke det, vil han eksempelvis kunne bli møtt med sanksjoner, jf. nærmere i kapittel 18.5.

Anskaffelsesforskriften del II

For anskaffelser omfattet av forskriftens del II plikter oppdragsgiver å meddele sin beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller rammeavtale til alle berørte leverandører «i rimelig tid» før kontrakten eller rammeavtalen inngås. Det gjelder altså ikke en absolutt minimumsperiode for disse anskaffelsene.

Hva som utgjør «rimelig tid» vil avhenge av en konkret vurdering, herunder av anskaffelsens kompleksitet, størrelsen på anskaffelsen og typen tildelingskriterier. Karensperioden som gis må være tilstrekkelig lang til at leverandørene får reell mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å klage og/eller begjære midlertidig forføyning. Ved for eksempel små og ukompliserte anskaffelser, ved bruk av tildelingskriteriet «lavest pris» og ved anskaffelser som haster veldig, vil det i utgangspunktet kunne fastsettes en noe kortere karensperiode enn ved for eksempel større og mer kompliserte anskaffelser. Der oppdragsgiver fastsetter en karensperiode på 10/15 dager, som utgjør minimumskarensperioden etter del III, vil dette imidlertid alltid måtte anses som «rimelig tid». Oppdragsgiver kan naturligvis etter omstendighetene vurdere det som hensiktsmessig med en lengre karensperiode

16.3.3 Unntak fra kravet om karens

I visse tilfeller trenger oppdragsgiver likevel ikke å overholde en karensperiode før kontrakt kan inngås. Dette gjelder i tre nærmere definerte tilfeller.

Ikke krav om kunngjøring

For det første gjelder ikke kravet til karens når det ikke er krav om forutgående kunngjøring av konkurransen. Dette omfatter bare tilfeller der oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

Dette unntaket vil bare være relevant for anskaffelser omfattet av forskriftens del III. Det henger sammen med at det i del II ikke finnes en bestemmelse som gir adgang til å foreta anskaffelser uten forutgående kunngjøring. Her følger enkelte anskaffelser imidlertid i stedet del I, jf. § 2-1 annet ledd, for eksempel der det bare er en leverandør som kan levere ytelsen. I et slikt tilfelle vil anskaffelsen altså bare være omfattet av del I og det vil da uansett ikke gjelde krav til karens.

Bare en berørt leverandør

For det andre gjelder ikke kravet til karens når leverandøren som får tildelt kontrakten eller rammeavtalen er den eneste berørte leverandøren. Dette unntaket gjelder både for anskaffelser omfattet av del II og III.

I disse tilfellene vil det ikke være andre gjenværende deltakere i konkurransen som har noen legitim interesse i å motta underretning og dra fordel av karensperioden. Dette vil være tilfellet når oppdragsgiver i en konkurranse som bare foregår i en fase, for eksempel en åpen anbudskonkurranse, kun mottar ett tilbud. Det vil også være tilfellet når det i en konkurranse som foregår over to faser (dvs. med prekvalifisering), eksempelvis en begrenset anbudskonkurranse, bare er en leverandør som blir prekvalifisert. Dette forutsetter at eventuelle andre leverandører som har anmodet om å delta er blitt avvist og har mottatt opplysninger om dette, slik at de ikke anses som «berørte».

Tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning

For det tredje gjelder ikke kravet til karens ved tildeling av en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning. Dette unntaket gjelder både for anskaffelser omfattet av del II og III.

Dersom oppdragsgiver benytter seg av unntaket for kontrakter tildelt under en rammeavtale/en dynamisk innkjøpsordning, er det imidlertid en risiko for at han etter inngåelsen av kontrakten kan bli idømt sanksjoner hvis det etterfølgende viser seg at tildelingen av kontrakten har skjedd i strid med prosedyrereglene. Hvis oppdragsgiver fastsetter en frivillig karensperiode, og venter med å inngå kontrakt til denne perioden har løpt ut, vil oppdragsgiver likevel ikke kunne idømmes sanksjoner for slike brudd. Dette forutsetter at karensperioden fastsettes i samsvar med forskriftens bestemmelser, herunder at karensperioden oppfyller kravene til hhv. «rimelig tid» eller minimumsperioden på 10/15 dager. Se nærmere omtalen i kapittel 18.5.4.

Oppdragsgiver bør derfor vurdere i hvert enkelt tilfelle hvorvidt det kan være hensiktsmessig å fastsette en frivillig karensperiode. Ulempen ved å skulle vente med å inngå kontrakt må veies opp mot fordelene ved ikke etterfølgende å kunne bli møtt med krav om sanksjoner fra forbigåtte leverandører.

Generelt om frivillig overholdelse av karensperiode

Oppdragsgiver kan også i andre tilfeller enn ved tildeling av kontrakt under en rammeavtale/dynamisk innkjøpsordning, velge å overholde en frivillig karensperiode. Dette gjelder både for anskaffelser omfattet av forskriftens del I, II og III. Øvrige leverandører vil da få mulighet til å stanse urettmessige kontraktsinngåelser, slik at risikoen for at oppdragsgiver i ettertid blir møtt av klagesaker, krav om erstatning mv. reduseres.

Dersom oppdragsgiver frivillig overholder en karensperiode for en anskaffelse omfattet av forskriftens del III, vil en begjæring om midlertidig forføyning i utgangspunktet føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes, jf. nærmere i kapittel 18.3.

Brudd på en frivillig fastsatt karensperiode kan imidlertid aldri føre til at oppdragsgiver idømmes sanksjoner, bortsett fra ved kontrakt under rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning som beskrevet ovenfor.

16.3.4 Skjæringstidspunkt for inngåelse av kontrakt

Etter karensperiodens utløp kan oppdragsgiver inngå kontrakt med den valgte leverandøren. I forhold til bestemmelsene om karens vil kontrakt anses for inngått når begge parter har signert kontrakten eller rammeavtalen.

Oppdragsgiver kan altså tidligst forplikte seg avtalerettslig etter utløpet av karensperioden. Selve meddelelsen om kontraktstildeling kan således ikke anses som en avtalerettslig aksept. Meddelelsen kan heller ikke anses som en betinget aksept. Dette henger sammen med at oppdragsgiver skal kunne endre sin tildelingsbeslutning etter medde-

lelsen, for eksempel der oppdragsgiver etter en klage finner ut av at den valgte leverandørens tilbud likevel ikke var det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.

Hensikten med skjæringsregelen er å sikre at meddelelsen om kontraktstildelingen ikke blir oppfattet som aksept av tilbudet, og denne regelen gjelder i utgangspunktet bare i forhold til bestemmelsen om karens. Det vil således fortsatt være den alminnelige avtaleretten som må ligge til grunn for en vurdering av om det er inngått en avtale i forhold til bestemmelsene om ulovlige direkte anskaffelser. Partene vil således ikke kunne påberope seg at det ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse fordi kontrakten ikke er underskrevet av begge parter, når kontrakten faktisk er påbegynt eller slutført. Den vinnende leverandøren vil også være avtalerettslig forpliktet av sitt tilbud, når oppdragsgiver har akseptert dette. Det betyr at leverandøren ikke har mulighet til å motsette seg kontraktsinngåelse når kontrakten avspeiler innholdet i konkurransegrunnlaget og tilbudet; leverandøren kan således ikke kreve endringer i kontrakten eller lignende som betingelse for å skrive under kontrakten.

16.4 Begrunnelse

16.4.1 Generelt om begrunnelser

Oppdragsgiver er i flere tilfeller forpliktet til å gi leverandørene en begrunnelse for sine beslutninger. Til grunn for begrunnelsesplikten ligger det generelle anskaffelsesrettslige prinsippet om gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet. Gjennomsiktige anskaffelsesprosesser skal skape tillit hos leverandører og allmennheten for øvrig om at anskaffelsene går riktig for seg. Mer konkret skal begrunnelsen også danne grunnlaget for leverandørens vurdering av hvorvidt han skal påklage avgjørelsen eller ikke. Det er derfor viktig at begrunnelsen er av en slik karakter – både i omfang og innhold – at den setter leverandøren i stand til å vurdere dette.

16.4.2 Begrunnelse for tildelingsbeslutningen

Meddelelsen om tildelingsbeslutningen skal inneholde en begrunnelse for oppdragsgivers valg med hensyn til tildeling av kontrakt eller rammeavtale.

Begrunnelsen skal sette leverandørene i stand til, på et objektivt grunnlag, å vurdere om den konkrete anskaffelsesprosedyren har foregått i samsvar med anskaffelsesregelverket, og følgelig om det er grunnlag for å klage eller eventuelt begjære midlertidig forføyning.

Begrunnelsens innhold

I begrunnelsen skal oppdragsgiver opplyse navnet på den leverandøren som har fått tildelt kontrakten eller rammeavtalen, samt redegjøre for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler. At de relative fordelene ved det valgte tilbudet skal omtales, betyr konkret at de egenskapene, i henhold til tildelingskriteriene, som gjorde at det vinnende tilbud samlet sett kom best ut, skal beskrives. Oppdragsgiver må da gi en kortfattet beskrivelse av hvordan tilbudet ble evaluert under hvert enkelte tildelingskriterium. Særlig når oppdragsgiver velger å tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelak-

tige tilbudet, og dette ikke har laveste pris, må begrunnelsen synliggjøre hvilke fordeler (egenskaper) det valgte tilbudet har som mer enn oppveier den høyere pris. Tilsvarende gjelder dette for de deler hvor det vinnende tilbudet ikke oppnår den høyeste vurdering blant tilbudene.

I en konkurranse med tildelingskriteriet «det økonomisk mest fordelaktige tilbud» vil det aldri være tilstrekkelig å vise til at den vinnende leverandørens tilbud etter en samlet vurdering er best i forhold til de fastsatte kriterier. Det vil heller ikke være tilstrekkelig å vise til at tilbudet best oppfylte et bestemt kriterium (bortsett fra pris); det må også kort angis hva som skilte tilbudet fra de øvrige tilbudene.

En del oppdragsgivere følger i dag en praksis med å vedlegge en vektingsmatrise/modell for vurdering av tilbudene, som gir oversikt over hvilke poeng de enkelte tilbudene har oppnådd. Det vil ikke være tilstrekkelig bare å legge ved en slik matrise/modell. Der slik bakgrunnsmateriale blir laget, vil det fortsatt kunne være nyttig informasjon, da det forklarer de relative forskjellene mellom tilbudene. Men det vil ikke nødvendigvis forklare hvilke egenskaper det vinnende tilbudet har som har ført til den konkrete poenggingen. En slik forklaring må da fremgå av begrunnelsen.

Det kan ikke kreves at oppdragsgiver i detalj skal redegjøre for sin fremgangsmåte ved vurderingen av tilbudene, eller for hvordan det vinnende tilbudet i detalj er vurdert i forhold til tildelingskriteriene. Formålet med begrunnelsen er nettopp å sette forbigåtte leverandører i stand til å vurdere om prosessen har gått riktig for seg. Det er ikke meningen at disse leverandørene skal settes i stand til å foreta en fullstendig overprøving av den vurderingen som er foretatt av oppdragsgiveren.

Oppdragsgiverne er heller ikke forpliktet til å redegjøre for hvordan det vinnende tilbudet er vurdert i forhold til hvert enkelt av de øvrige tilbudene. Det er altså ikke noe krav til oppdragsgiver om å gi en individuell begrunnelse til hver enkelt leverandør. Det er med andre ord tilstrekkelig å sende ut en likelydende begrunnelse til de berørte leverandørene.

Begrunnelsen kan naturligvis bidra til at leverandørene forbedrer seg, slik at de for fremtiden gir tilbud som passer bedre til oppdragsgivers behov. Men hensynet til leverandørutvikling ivaretas ikke nødvendigvis best gjennom begrunnelsen for valg av leverandør, og dette hensynet skal ikke styre kravet til omfang av og innhold i begrunnelsen. Når først en leverandør har fått tilstrekkelig med opplysninger til å vurdere om oppdragsgivers valg er i samsvar med regelverket, vil begrunnelsesplikten være oppfylt. Dette gjelder også selv om den enkelte leverandøren kunne ha ønsket seg flere opplysninger. Det er uheldig om anskaffelsesprosesser forsinkes ved at oppdragsgivere først må gi leverandørene en tilbakemelding om hva de må gjøre bedre neste gang, før kontrakt kan inngås. En slik tilbakemelding har i utgangspunktet ingenting å gjøre med den pågående anskaffelsen.

Uansett er det selvfølgelig ingenting til hinder for at leverandørene oppfordrer oppdragsgiver til å gi en mer utdypende eller individuell begrunnelse, og oppdragsgiver kan alltid velge å gi en slik nærmere begrunnelse på eget initiativ. Dette kan bidra til større forståelse for oppdragsgivers valg. Leverandørene har imidlertid ikke et rettskrav på dette.

Det kan også legges til rette for leverandørutvikling uavhengig av begrunnelsesplikten. Oppdragsgivere kan for eksempel gi mer utdypende informasjon med henblikk på leverandørutvikling i form av oppfølgingsmøter etter at kontrakt er inngått, løpende i kontraktperioden eller forut for arbeid med nytt konkurransegrunnlag.

I sak 2013/21 behandlet KOFA for første gang den nye begrunnelsesregelen i forskriften § 11-14 (1) som gjelder for anskaffelser som er kunngjort etter 1. juli 2012. Som begrunnelse hadde innklagede angitt hvor mange poeng hver av tilbyderne hadde fått på de to tildelingskriteriene pris og kvalitet, opplyst hvordan poenggivningen var gjennomført på priskriteriet, og redegjort for hva som var det enkelte tilbuds styrker og svakheter på de forhold som innklagede hadde angitt at skulle bedømmes under tildelingskriteriet kvalitet. I tillegg hadde innklagede også pekt på de faktorer som var avgjørende for at et tilbud på tildelingskriteriet kvalitet ble vurdert bedre enn et annet. Klagenemndas konklusjon var at innklagede med dette hadde oppfylt begrunnelsesplikten.

16.4.3 Begrunnelse når en leverandør blir avvist

Når oppdragsgiver må avvise leverandører på grunn av forhold ved leverandøren, eller når det er satt en grense for antall deltagere i konkurransen, skal avvisningsbeslutningen begrunnes i en egen meddelelse til den aktuelle leverandøren. Ett formål med en slik begrunnelse er å gi leverandøren mulighet til å vurdere om beslutningen skal påklages, og dersom den må omgjøres, ta nødvendige skritt for fortsatt å kunne delta i konkurransen. Begrunnelsen skal derfor gis så snart som mulig etter at beslutningen er tatt. Oppdragsgiver bør som hovedregel sende begrunnelsen samme dag som beslutningen er fattet, og ved gjennomføring av begrenset anbudskonkurranse senest når konkurransegrunnlaget sendes ut til de leverandørene som får delta i konkurransen. Begrunnelsen er også viktig for å gi leverandøren mulighet til å forbedre seg og dermed redusere muligheten for å bli avvist i fremtiden.

Begrunnelsen må relatere seg til de aktuelle forhold som har innvirket på avvisningen. Siden ordlyden i bestemmelsen sier at det skal gis en kort begrunnelse, må det være tilstrekkelig å vise til avvisningsgrunnen og hjemmelen for avvisningen, samt hvilke faktiske forhold ved leverandøren som begrunner avvisningen eller begrunnelsen for utvelgelsen av hvilke leverandører som får delta videre i konkurransen. Begrunnelsen må være forankret i anskaffelsesreglene og de regler som er satt for konkurransen.

Der oppdragsgiver fastsetter en frist for å bejære midlertidig forføyning mot avvisningsbeslutningen, skal meddelelsen om avvisningen inneholde opplysninger om dette, herunder den nøyaktige fristen som gjelder. Se nærmere om en slik frist i kapittel 11.4.

16.4.4 Begrunnelse når et tilbud blir avvist

Oppdragsgiver skal gi en kort begrunnelse når et tilbud blir avvist. Poenget med plikten til å begrunne beslutninger om å avvise tilbud, er å gi den aktuelle leverandøren mulighet til å ta stilling til om tilbudet er avvist på riktig grunnlag, og om det er grunnlag for å ta skritt for å få beslutningen omgjort eller anskaffelsesprosedyren stanset. Innholdet må derfor, selv om bestemmelsen angir at begrunnelsen skal være kort, som et minimum inneholde opplysninger om avvisningsgrunnen og hvilke faktiske forhold ved tilbudet, formelt eller kvalitativt, som påberopes. Begrunnelsen må forankres i anskaffelsesregelverket og i de regler som gjelder for konkurransen, og vise til hvilke sider ved tilbudet som begrunner avvisningen.

16.4.5 Begrunnelse når konkurransen avlyses

I de tilfeller hvor oppdragsgiver beslutter at konkurransen skal avbrytes eller avsluttes uten at det vil bli inngått kontrakt, skal denne beslutningen meddeles samtidig til alle leverandørene som har deltatt i konkurransen enten ved å levere tilbud eller ved å be om å bli kvalifisert. Det samme gjelder der oppdragsgiver beslutter at det ikke skal etableres en dynamisk innkjøpsordning som kunngjort.

Begrunnelsen skal meddeles snarest mulig etter at beslutningen er tatt, og det er videre et krav om at begrunnelsen skal ha et likelydende innhold til alle leverandørene. I begrunnelsen skal oppdragsgiver angi hvilke forhold som gjør at han har besluttet å ikke gjennomføre anskaffelsen eller opprette den dynamiske innkjøpsordningen, og gi leverandørene mulighet til å etterprøve de faktiske omstendigheter som påberopes og om dette er å anse som saklig grunn.



Kapittel 17

Øvrige prosedyrer

17.1 Plan- og designkonkurranser

En plan- og designkonkurranse går ut på at den offentlige oppdragsgiveren inviterer til en konkurranse om et konsept, design eller plan for eksempel på områdene arealplanlegging, byplanlegging, arkitekt- og ingeniørarbeider eller databehandling. Konkurransformen er forbeholdt konkurranser om tjenesteytelser.¹

Hvilken plan eller design som vinner skal avgjøres av en jury. Juryens avgjørelse kan være bindende eller innstillende. Formålet med konkurransen vil enten være å kåre en vinner som også skal gjennomføre prosjektet, eller bare å kåre en vinner hvor oppdragsgiver skal realisere prosjektet uten medvirkning av vinneren. Konkurransen kan avholdes med eller uten premiering eller utbetaling til deltakerne. Den anslåtte samlede verdien av eventuelle premier og utbetalinger skal hensyntas ved vurderingen av hvilke krav til kunngjøring som gjelder, jf. § 23-1 annet og tredje ledd.

I tillegg til at konkurransen må kunngjøres, stiller forskriften visse krav til gjennomføringen av konkurransen.

I motsetning til ved anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling, plikter ikke oppdragsgiver å utarbeide et detaljert konkurransegrunnlag med ytelsesbeskrivelse. Oppdragsgiver har dermed større fleksibilitet til å få frem gode løsningsforslag fra markedet. Oppdragsgiver må imidlertid utlevere reglene for gjennomføring av konkurransen til dem som er interessert i å delta.

Plan- og designkonkurransen kan være åpen, eller for et begrenset antall leverandører. Dersom oppdragsgiver velger å begrense konkurransen, må utvelgelseskriteriene være klare og ikke-diskriminerende². Antallet som inviteres til å delta må være stort nok til å sikre reell konkurranse. Hvor grensen for dette går, vil avhenge av en konkret vurdering av markedsforholdene. Oppdragsgiver har bevisbyrden for at vilkåret er oppfylt.

Oppdragsgiver kan ikke nekte noen å delta i en plan- og designkonkurranse på grunnlag av nasjonalitet eller manglende lokal tilhørighet. Dette gjelder uavhengig av plan- og designkonkurransens verdi. Oppdragsgiver kan heller ikke begrense adgangen til å delta i konkurransen til bare fysiske eller juridiske personer. Bestemmelsene er utslag av generelle prinsipper om likebehandling og ikke-diskriminering, samt prinsippet om konkurranse så langt det er mulig.

¹ Direktivets del IV.

² Se Kofa-sak 2005/34. I en plan- og designkonkurranse der 5 leverandører skulle inviteres til å levere tilbud, oppga oppdragsgiver at utvelgelsen var foretatt ut fra et «kvalifisert faglig skjønn»; uten noen nærmere forklaring av hva som var vektlagt i dette skjønn. Klagenemnda kom til at dette innebar brudd på kravet til etterprøvnbarhet i lovens § 5.



Juryen skal utelukkende bestå av fysiske personer som er uavhengige av konkurransedeltakerne. Juridiske personer kan derfor ikke delta i juryen. Dersom en særskilt yrkesmessig kvalifikasjon kreves av deltakerne i konkurransen, skal minst en tredjedel av juryen også ha samme eller tilsvarende kvalifikasjon. I tillegg til at juryen skal være uavhengig av konkurransedeltakerne, skal juryen være uavhengig i sine beslutninger og uttalelser. Den skal foreta selvstendige faglige vurderinger, basert på de kriteriene som er oppgitt i kunngjøringen. Det er kun disse kriteriene som er relevante. Juryen skal altså ikke ta hensyn til øvrige føringer fra oppdragsgiver eller andre.

Juryen skal vurdere planer og design som skal forbli anonyme helt til juryens uttalelse eller beslutning foreligger. Anonymiteten sikres i praksis ved at noen registrerer innkomne forslag og anonymiserer dem. Bestemmelsen åpner imidlertid for en dialog mellom juryen og deltakerne, idet juryen kan anmode deltakerne om å besvare spørsmål for å klargjøre enkelte aspekter ved prosjektene. Spørsmålene skal nedtegnes i protokollen, og denne skal inneholde en fullstendig oversikt over dialogen mellom juryens medlemmer og deltakerne. Dette er med på å sikre gjennomsiktighet i prosessen. Ettersom dialogen skal være anonym, kan juryen ikke ha møter med deltakeren. Juryen kan for eksempel i stedet sende spørsmålene til deltakerne via samme «kanal» som registrerte de innkomne forslagene.

Juryens vurderinger, konklusjoner og anbefalinger, inkludert en rangering av prosjektene, skal nedtegnes i protokollen. Denne skal underskrives av juryens medlemmer og sendes til deltakerne i konkurransen etter at vinner er kåret, eller senest etter oppdragsgiver har besluttet hvem som skal tildeles kontrakt. Protokollen skal ivareta det grunnleggende kravet til etterprøvbarehet.

Dersom kontrakten for utførelsen av oppdraget skal tildeles vinneren av konkurransen, og denne muligheten fremgår av den opprinnelige kunngjøringen, kan kontrakten om utførelsen tildeles vinneren gjennom forhandlinger, jf. §§ 11-9 og 14-4 bokstav i. Alle vinnerne i konkurransen skal da inviteres til å delta i forhandlingene.

Forskriftens § 23-1 ellefte ledd har regler om kunngjøring av konkurranseresultater. Regler om kommunikasjon fremgår av § 23-2.

17.2 Bygge- og anleggskonsesjoner

I motsetning til tjenestekonsesjoner omfattes bygge- og anleggskonsesjoner av regelverket. Reglene om bygge- og anleggskonsesjoner er behandlet i forskriftens §§ 24-1 og 25-1. Bygge- og anleggskonsesjon kan for eksempel foreligge når en entreprenør overtar den økonomiske risikoen ved at vederlaget for oppføringen av bygget eller anlegget vil skje gjennom senere utnyttelse og bruk (for eksempel videresalg eller utleie).

Ved tildeling av en kontrakt om bygge- og anleggskonsesjon er det oppdragsgiver selv som fastsetter hvilke prosedyreregler som skal gjelde for konkurransen. Oppdragsgiver

står her fritt. Det er imidlertid fortsatt et krav om kunngjøring, og at tildeling av kontrakt skal skje enten på grunnlag av pris alene eller hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige. I tillegg må EØS-avtalens generelle prinsipper om ikke-diskriminering, likebehandling og proporsjonalitet ivaretas.



Kapittel 18

Klageadgang og overtredelsesgebyr

18.1 Klagemuligheter

18.1.1 Generelt om adgangen til å klage

Det oppstilles en rekke muligheter for å klage på avgjørelser som fattes i en anskaffelsesprosess.

En leverandør som er uenig i oppdragsgivers beslutning kan for det første henvende seg direkte til oppdragsgiver med oppfordring om å omgjøre beslutningen.¹ Dermed åpnes muligheten for at saken løses på lavest mulig konfliktnivå. Dersom dette ikke fører frem kan leverandøren klage til Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA), jf. kapittel 18.1.2. Leverandøren er imidlertid ikke forpliktet til først å gå til oppdragsgiver; det er også mulig å gå direkte til KOFA.

Dersom leverandører ønsker å fremme formelle krav, må dette skje ved domstolene, jf. kapittel 18.1.4.

En sak kan også klages inn til EFTAs overvåkningsorgan (ESA), jf. kapittel 18.1.4. Dersom oppdragsgiver er fra et annet land kan det ev. klages til EU-Kommisjonen eller leverandøren kan benytte seg av klageadgangen gjennom det internasjonale nettverkssamarbeidet Public Procurement Network, jf. kapittel 18.1.5.

18.1.2 Klage til Klagenemda for offentlige anskaffelser (KOFA)

For å gi en rask og rimelig klagemulighet for leverandørene på et lavere konfliktnivå enn domstolene, besluttet Stortinget i 2002 å opprette en uavhengig klagenemnd (tvisteløsningsorgan) for offentlige anskaffelser. Klagenemnda trådte i funksjon 1. januar 2003.

Klagenemnda består av et sekretariat og en nemnd på til sammen 10 medlemmer. Nemnda oppnevnes av regjeringen og består av uavhengige advokater og jurister fra domstolene, universitetene og forvaltningen. Oppnevningen er basert på et faglig grunnlag og nemnda er sammensatt på en måte som sikrer teoretisk og praktisk erfaring og innsikt. I den enkelte sak deltar tre av nemndas medlemmer.

Administrativt er sekretariatet en del av Konkurransetilsynet. Faglig er sekretariatet underlagt klagenemnda. Enkelte avgjørelser er tillagt sekretariatet, blant annet kompetanse til å avvise klager. Sekretariatets beslutninger kan påklages til klagenemndas leder.

¹ Oppdragsgiver kan omgjøre sin tildelingsbeslutning frem til kontrakt er inngått, dersom han finner at beslutningen ikke er i samsvar med anskaffelsesregelverket, jf. § 13-3 fjerde ledd og § 22-3 femte ledd. Andre beslutninger som ikke er i samsvar med anskaffelsesregelverket, vil i utgangspunktet også kunne omgjøres. Dette forutsetter imidlertid at omgjøringen ikke fører til forskjellsbehandling av leverandørene, brudd på prinsippene om gjennomsiktighet, osv.

En klage til KOFA må gjelde overtredelser av lov om offentlige anskaffelser eller tilhørende forskrifter. Dette kan gjelde unnløtelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser, herunder også påstand om at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. KOFA kan likevel ikke ta stilling til spørsmål om overtredelser, når spørsmålet først er avgjort ved domstolene. Det er imidlertid ingen begrensninger i forhold til å bringe en sak inn for KOFA etter at en domstol har avvist en begjæring om midlertidig forføyning.

Uttalelsene fra klagenemnda er rådgivende ², men det forventes at de blir lagt til grunn i de aller fleste tilfeller. Dersom saken senere kommer inn for domstolene vil det imidlertid være adgang til å legge frem uttalelsen fra klagenemnda for domstolen.

Klagenemndas virksomhet styres av lov om offentlige anskaffelser § 12 ³ og forskrift 15. november 2002 nr. 1288.

Hvem kan klage til KOFA?

Klage til KOFA kan fremsettes av enhver som har saklig interesse i få vurdert en overtredelse av anskaffelsesregelverket. Dette innebærer at leverandører som har deltatt i en konkurranse om offentlige anskaffelser har klageadgang. Det samme gjelder leverandører som ønsker å delta i en konkurranse, men som mener at man på ulovlig vis har mistet muligheten til å delta. I tillegg er organisasjoner gitt selvstendig klagemulighet, forutsatt at de har tilstrekkelig tilknytning til anskaffelsen til at det kan sies å foreligge en saklig klageinteresse.

Utvidet klagekrets for ulovlige direkte anskaffelser

Hvis klagen gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse, kreves ikke saklig klageinteresse for å kunne klage. ⁴ Det betyr at også andre som får kjennskap til slike regelbrudd skal kunne klage. På denne måten oppnår man at flere grove brudd på regelverket avdekkes.

Frist for å klage til KOFA

Klager til KOFA må som hovedregel fremsettes senest 6 måneder etter at kontrakt ble inngått av oppdragsgiver. Der det anføres at oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan klage fremsettes inntil to år etter kontrakt er inngått.

Når det gjelder saksbehandlingen i KOFA, klagegebyr, mv., se nemndas hjemmesider på www.KOFA.no.

18.1.3 Anlegge sak for norske domstoler

Leverandører eller andre med rettslig interesse, som mener at oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket, kan reise sak for tingretten, jf. lovens § 8 ⁵.

² KOFA hadde også tidligere kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr i saker om ulovlige direkte anskaffelser. Denne kompetansen har imidlertid blitt opphevet med virkning fra 1. juli 2012. KOFA vil således ikke kunne ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser, der kontrakt er inngått etter denne datoen. Se mer om overgangsregler i kapittel 19.

³ Tidligere § 7a.

⁴ Som nevnt over vil KOFA fra 1. juli 2012 ikke lenger kunne ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser. KOFA vil imidlertid fremover kunne uttale seg rådgivende om hvorvidt det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse.

⁵ Tidligere § 7 annet ledd.

Hvilke krav som kan gjøres gjeldende for domstolene i en sak om offentlige anskaffelser, avhenger av om kontrakt er inngått eller ei.

Før kontrakt er inngått kan domstolene sette til side ulovlige beslutninger, jf. § 8 annet ledd.⁶ Dette innebærer at oppdragsgiver må omgjøre den ulovlige beslutningen. I denne perioden kan domstolene også beslutte midlertidig forføyning etter § 9⁷, jf. nærmere om dette i kapittel 18.2. I visse tilfeller skal en begjæring om midlertidig forføyning føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes etter forskrift om offentlige anskaffelser § 22-3a, se kapittel 18.3.

Når kontrakt først er inngått kan domstolene ikke lenger sette til side ulovlige beslutninger, og det kan heller ikke treffes beslutning om midlertidig forføyning. Domstolene har imidlertid kompetanse til i visse situasjoner å idømme sanksjoner, jf. lovens §§ 13 og 14. Dette innebærer at domstolen kan kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Se nærmere om sanksjoner i kapittel 18.5.

Domstolene kan også tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, jf. lovens § 11⁸. Et krav om erstatning mot oppdragsgiver kan framsettes både før og etter at kontrakt er inngått med tredjepart. Vurderingen av om vilkårene for erstatning foreligger, og utmålingen av erstatningen følger den alminnelige ulovfestede erstatningsretten.

18.1.4 Klage til EFTAs overvåkningsorgan

EFTAs overvåkningsorgan, EFTA Surveillance Authority (ESA), skal påse at norske myndigheter gjennomfører EØS-avtalen korrekt og at reglene overholdes i praksis.

ESA kan igangsette behandling av en sak på eget initiativ eller på grunnlag av en klage, for eksempel fra en leverandør med interesse i den aktuelle anskaffelsen. ESA har plikt til å undersøke alle klager som hører under dets kompetanse, men kan selv prioritere hvilke saker det vil forfølge videre.

ESA treffer vedtak som retter seg mot Norge som stat, men ikke mot den enkelte oppdragsgiver. I de tilfeller ESA finner at et EFTA-land har gjort seg skyldig i brudd på reglene for offentlige anskaffelser, skal vedkommende land og oppdragsgiver varsles om standpunktet. Det forutsettes deretter at landet svarer ved enten å bekrefte at bruddet på regelverket er korrigert, ved å gi en grunngitt forklaring på hvorfor dette ikke er skjedd eller ved å gi melding om at konkurransen er stilt i bero.

Hvis ESA på grunnlag av norske myndigheters redegjørelse finner at anskaffelsesprosessen ikke er skjedd i samsvar med regelverket, kan saken bringes inn for EFTA-domstolen. Korrespondansen i en klagesak skjer mellom ESA og Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD). Det er FAD som er saksbehandler for Norge og som korresponderer med den enkelte oppdragsgiver.

⁶ Dette gjelder likevel bare anskaffelser i klassisk offentlige sektor, ikke anskaffelser i forsyningssektorene

⁷ Tidligere § 8.

⁸ Tidligere § 10

18.1.5 Klage på oppdragsgivere i andre EU-, EFTA- eller EØS-land

Dersom en anskaffelse foretas av en ikke-norsk oppdragsgiver, er det klagebestemmelsene i oppdragsgivers hjemland som gjelder.

Norge, representert ved Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, deltar i og er kontaktpunkt i et internasjonalt nettverkssamarbeid som kalles Public Procurement Network. Her deltar samtlige EU- og EFTA-land, inklusive EU-kandidatland. Formålet med dette samarbeidet er å legge til rette for at leverandører som støter på problemer ved offentlige anskaffelser i utlandet, kan få bistand til en rask og uformell problemløsning, uten å måtte gå via det utenlandske domstolsapparatet eller annet formelt klagesystem. En nærmere beskrivelse av prosjektet og kontaktpersoner i Norge finnes på: <http://www.publicprocurementnetwork.org>.

Det vil også være mulig å klage til EU-kommisjonen, når oppdragsgiver er hjemmehørende i et EU-land. Er oppdragsgivere hjemmehørende i annet EØS-land, er det mulig å gå til EFTA Surveillance Authority (ESA).

18.2 Begjæring om midlertidig forføyning

For at leverandørenes inngrepsmuligheter skal være effektive, må de kunne kreve midlertidig forføyning inntil et spørsmål om brudd på anskaffelsesregelverket er rettskraftig avgjort.⁹ Dersom domstolene treffer beslutning om midlertidig forføyning innebærer det at oppdragsgiver ikke kan gjennomføre den beslutningen som forføyningen retter seg mot, frem til det er avklart om reglene er fulgt. Det kan for eksempel gjelde en beslutning om inngåelse av kontrakt eller om at en leverandør skal avvises. De alminnelige reglene om midlertidig forføyning følger av tvistelovens kapittel 34, jf. kapittel 32.

I følge tvisteloven § 32-1 jf. 34-1, kan den som har et krav som går ut på annet enn penger, begjære midlertidig forføyning dersom det foreligger sikringsgrunn. Disse reglene gjelder også for begjæringer i anskaffessaker, med de tilpasninger som følger av lov om offentlige anskaffelser § 9¹⁰. Midlertidig forføyning kan bare gis før kontrakten er inngått. Midlertidig forføyning vil således være aktuelt der det er tale om å stanse en kontraktsinngåelse eller å stille enhver beslutning som oppdragsgiveren har truffet i bero. Begge typer forføyningskrav – stans av kontraktsinngåelse og stans av andre beslutninger – vil være aktuelle ved påståtte brudd på anskaffelsesreglene, der for eksempel en leverandør mener seg urettmessig avvist eller er av den oppfatning at oppdragsgiver har kommet til et urettmessig resultat i konkurransen. I den første type saker vil det være naturlig å legge ned påstand om at oppdragsgiver forbyr å inngå kontrakt, mens det i den andre typen saker vil være naturlig å legge ned påstand om at anskaffelsesprosessen skal stanses, for eksempel inntil regelbruddet er rettet opp.

Der avgjørelsen retter seg mot å stanse en kontraktsinngåelse kan det for det første tenkes midlertidig forføyning i konkurranser som har blitt kunngjort. Begjæringer om

⁹ Det kan også begjæres midlertidig forføyning frem til KOFA har tatt stilling til om det foreligger brudd på regelverket.

¹⁰ Tidligere § 8.

midlertidige forføyning i slike tilfeller vil ofte bli fremsatt i karensperioden, men det vil også være mulig å fremsette en slik begjæring etter karensperiodens utløp, forutsatt at kontrakt ennå ikke er inngått. Det vil også være mulig å begjære midlertidig forføyning for anskaffelser som ikke kunngjøres (ulovlige direkte anskaffelser). Det kan for eksempel skje i 10-dagersperioden etter intensjonskunngjøringen, men vil også kunne skje i tilfeller der oppdragsgiver overhodet ikke har foretatt noen kunngjøringer, igjen forutsatt at kontrakten ennå ikke er inngått.

Midlertidig forføyning kan ikke besluttes der den skade eller ulempe oppdragsgiveren blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse leverandøren har i at forføyningen blir besluttet.

Se for øvrig nærmere om midlertidig forføyning, herunder om vilkårene som må være oppfylt for å oppnå forføyning, i kapittel 15.2 i NOU 2010:2 om håndhevelse av offentlige anskaffelser.¹¹

I visse tilfeller skal selve begjæringen om midlertidig forføyning føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes, se kapittel 18.3.

Oppdragsgiver kan også i visse tilfeller sette en frist for når begjæring om midlertidig forføyning må settes frem for tingretten.¹² Dette gjelder oppdragsgivers beslutning om å avvise eller forkaste en forespørsel om å delta i konkurransen i en begrenset anbuds-konkurranse eller en konkurranse med forhandlinger. Fristen skal være minst 15 dager regnet fra oppdragsgivers meddelelse er sendt. Se nærmere om denne fristen i kapittel 11.4.

18.3 Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt

18.3.1 Generelt om suspensjon

I visse tilfeller skal en begjæring om midlertidig forføyning mot oppdragsgivers tildelingsbeslutning føre til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt automatisk suspenderes, jf. forskriftens § 22-3a.

En midlertidig forføyning mot oppdragsgivers tildelingsbeslutning har til hensikt å sikre at oppdragsgiver ikke inngår kontrakt før det er tatt stilling til om tildelingen har skjedd i samsvar med anskaffelsesregelverket. Utgangspunktet etter tvisteloven er at selve begjæringen om midlertidig forføyning ikke har oppsettende virkning. Det vil si at forbudet mot å inngå kontrakt først gjelder fra det tidspunkt domstolene faktisk har truffet avgjørelse om midlertidig forføyning. Oppdragsgiver er således først avskåret fra å inngå kontrakt, når beslutningen om forføyning foreligger. Det kan, etter forholdene, ta noe tid før domstolene faktisk treffer en slik beslutning, noe som betyr at det er en viss risiko for at oppdragsgiver inngår kontrakten før domstolen har rukket å ta stilling til begjæringen.

¹¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/dok/nouer/2010/NOU-2010-2.html?id=600370>

¹² Jf. forskriftens § 10-3 og § 19-7.

Den nye bestemmelsen om suspensjon betyr imidlertid at selve begjæringen om midlertidig forføyning, i visse tilfeller, får automatisk oppsettende virkning. Dette innebærer at oppdragsgiver har plikt til å avvente kontraktsinngåelsen, inntil domstolen har tatt stilling til begjæringen.

For leverandøren vil det nettopp være avgjørende at han ikke må vente på at domstolen gir midlertidig forføyning, men at en oppsettende virkning inntre allerede ved begjæring om midlertidig forføyning, for at han skal ha reell mulighet til å få tildelt kontrakten. Formålet med suspensjonsbestemmelsen er således å sikre virkningen av karensbestemmelsen, slik at skadelidte leverandører kan klage på et tidspunkt der det fortsatt er mulig å rette opp de feil som er begått. Suspensjonsbestemmelsen har derfor nær sammenheng med karensbestemmelsen, jf. nærmere under kapittel 18.3.1.

Bestemmelsene om suspensjon får bare anvendelse for anskaffelser som omfattes av forskriftens del III og bygge- og anleggskontakter til sosiale formål over EØS-terskelverdi, jf. forskriftens del IV (kapittel 25). Bestemmelsene får ikke anvendelse for anskaffelser som reguleres i forskriftens del II eller del IV for øvrig.

18.3.2 Vilkår som må være oppfylt for at suspensjonsvirkningen skal inntre

Oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes bare når visse betingelser er oppfylt.

For det første inntre suspensjon bare ved begjæringer om midlertidig forføyning som vedrører oppdragsgivers tildelingsbeslutning. Dvs. der forføyningen går ut på å stanse kontraktinngåelsen. Suspensjon inntre altså ikke når det begjæres midlertidig forføyning før det er truffet avgjørelse om tildeling av kontrakt. Det vil således for eksempel ikke inntre suspensjon når en leverandør begjærer midlertidig forføyning mot oppdragsgivers beslutning om ikke å prekvalifisere en leverandør.¹³

Suspensjon inntre for det andre bare i to typetilfeller: Der oppdragsgiver har gjennomført en konkurranse som avsluttes med en karensperiode¹⁴, og ved direkte tildelinger uten forutgående kunngjøring av konkurransen¹⁵.

I førstnevnte tilfelle inntre suspensjon bare der oppdragsgiver har fastsatt en karensperiode. Dette gjelder uansett om oppdragsgiver er forpliktet til å fastsette en karensperiode, eller der oppdragsgiver på frivillig grunnlag velger å fastsette en karensperiode. For at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt skal suspenderes i et slikt tilfelle, er det også en betingelse at begjæringen om midlertidig forføyning er fremsatt innen utløpet av karensperioden.

¹³ Her er formålet med begjæringen å få omgjort prekvalifikasjonsbeslutningen, slik at leverandøren likevel kan bli med videre i konkurransen.

¹⁴ Jf. forskriftens § 22-3a første ledd bokstav a.

¹⁵ Jf. forskriftens § 22-3a første ledd bokstav b.

Ved direkte tildelinger uten forutgående kunngjøring inntre suspensjon bare når oppdragsgiver har kunngjort i tråd med bestemmelsene om intensjonskunngjøring¹⁶ og begjæring er fremsatt innen ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøring.

At vilkårene ikke er oppfylt betyr ikke at det ikke kan treffes beslutning om midlertidig forføyning. Det betyr bare at selve begjæringen ikke fører til automatisk suspensjon. Det vil således være mulig å begjære, og oppnå, midlertidig forføyning der det for eksempel ikke er fastsatt en karenperiode eller der begjæringen først fremsettes etter karenperiodens utløp.

18.3.3 Når inntre og opphører suspensjonen

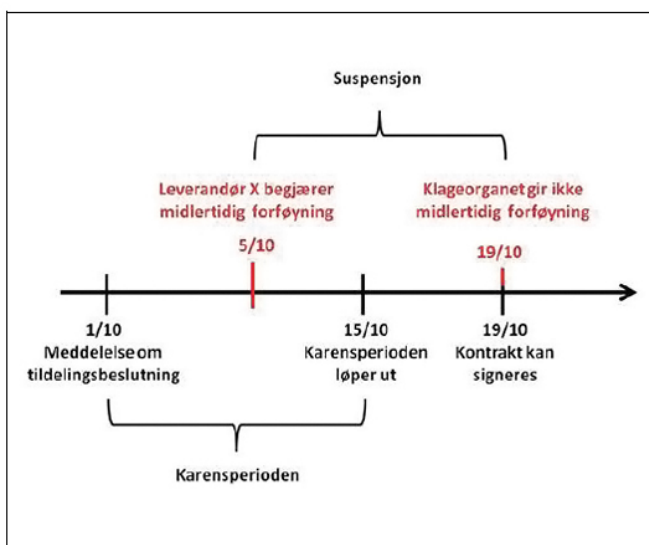
Suspensjonen inntre når begjæringen er forkynt for saksøkte. Ved forkynning av begjæringen gjøres oppdragsgiver oppmerksom på suspensjonsvirkningen. Retten skal samtidig som begjæringen sendes til forkynnelse beramme muntlig forhandling til behandling av begjæringen. Selve behandlingen av begjæringen behandles etter de alminnelige reglene i tvisteloven, se kapittel 18.2.

Suspensjonen varer inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen. Hvis domstolen avviser en begjæring om midlertidig forføyning før utløpet av karenperioden eller 10-dagersperioden etter intensjonskunngjøringen, kan oppdragsgiver uansett først inngå kontrakt etter utløpet av hhv. karenperioden eller 10-dagersperioden. Dette henger sammen med at øvrige forbigåtte leverandører fortsatt skal ha mulighet for å begjære midlertidig forføyning i denne perioden.

Det inntre ikke suspensjon ved anke over tingsrettens avgjørelse.¹⁷

Infoboks (tidsforløp i anskaffelsesprosess ved karens og suspensjon)

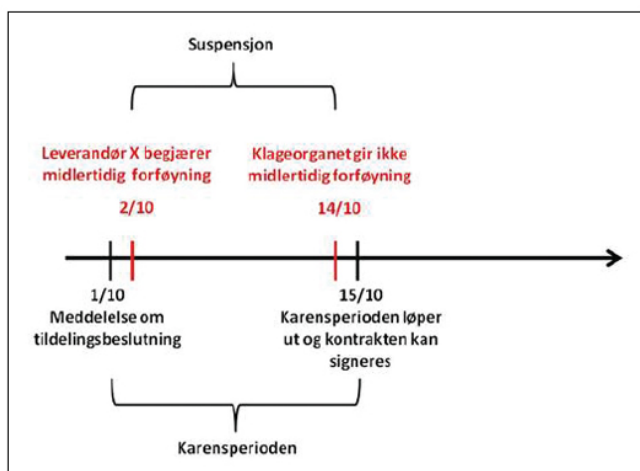
Tidsforløp i anskaffelsesprosessen ved karens og suspensjon:



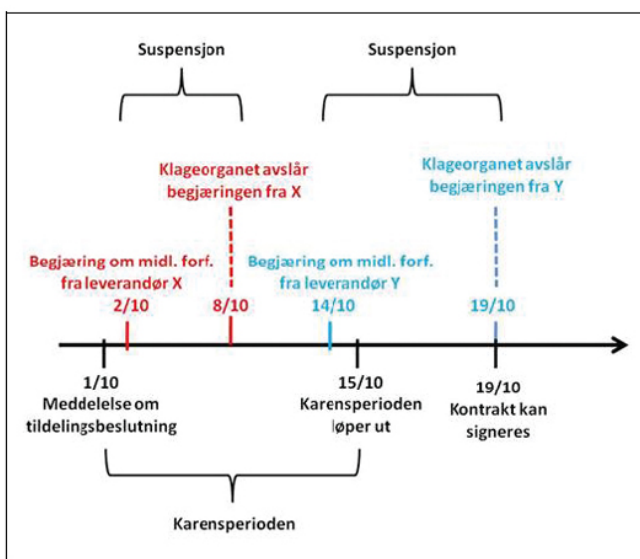
¹⁶ Jf. foa § 18-3a

¹⁷ Jf. forskriftens § 22-3a femte led.

Tidsforløp der håndhevelsesorganet avslår en begjæring om midlertidig forføyning før utløpet av karensperioden:



Tidsforløp med karens og suspensjon ved klager fra flere leverandører:



18.4 Frivillig utsettelse av kontraktsinngåelse ved klage til KOFA

En klage til KOFA vil ikke automatisk føre til midlertidig forføyning eller til at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes. Dersom leverandøren ønsker en slik virkning i forbindelse med en KOFA-behandling, må leverandøren samtidig gå til domstolene med begjæring om midlertidig forføyning. Forføyningen må da vare inntil KOFA har behandlet klagen, eventuelt inntil en gitt frist etter at klagen er behandlet i KOFA.

Selv om det ikke foreligger en slik avgjørelse om midlertidig forføyning kan oppdragsgiver på frivillig grunnlag akseptere å vente med å inngå kontrakt til saken er avgjort i KOFA.

Når KOFA mottar en klage i en sak der det ennå ikke er inngått kontrakt, vil KOFA typisk spørre oppdragsgiver om denne har til hensikt å avvente kontraktsinngåelsen. Selv om oppdragsgiver ikke er forpliktet til å avvente kontraktsinngåelsen i en slik situasjon, kan det i mange tilfeller likevel være hensiktsmessig. Dersom oppdragsgiver velger å avvente kontraktsinngåelsen, vil KOFA i utgangspunktet prioritere saken, slik at denne behandles rask. Kommer KOFA til at det har skjedd et brudd på regelverket, vil oppdragsgiver også ha mulighet til å omgjøre tildelingsbeslutningen, og med dette unngå et eventuelt etterfølgende erstatningskrav.

18.5 Sanksjoner for alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket

18.5.1 Generelt om sanksjoner

I visse tilfeller kan/skal retten, etter søksmål fra en som har rettslig interesse, ilegge oppdragsgiver sanksjoner. Det gjelder i fire forskjellige typetilfeller, jf. nærmere i kapittel 18.5.2:

- ved ulovlige direkte anskaffelser,
- ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene,
- ved andre alvorlige brudd på prosedyrereglene i sammenheng med brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon og
- ved andre brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon.

Felles for de første tre typetilfellene er at kontrakten i disse tilfellene potensielt er inngått med «feil» leverandør, samtidig som øvrige leverandører ikke har hatt mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen. Med «feil» leverandør menes her en annen leverandør enn den som faktisk ville ha vunnet konkurransen, dersom konkurranse var avholdt i samsvar med regelverket.¹⁸

Som sanksjoner kan retten kjenne en kontrakt uten virkning, avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Hvilke sanksjoner som skal idømmes er imidlertid forskjellig for forskjellige typer av brudd og avhengig av om anskaffelsen er omfattet av forskriftens del II, III eller IV. Se nærmere om de forskjellige sanksjonene i kapittel 18.5.3.

I en rekke av sanksjonsbestemmelsene står det uttrykkelig at retten «skal» idømme en bestemt sanksjon, dersom nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Dette betyr at det er obligatorisk for retten å ilegge slike sanksjoner i de nevnte tilfellene. Dersom det for eksempel foreligger en ulovlig direkte anskaffelse er det ikke nødvendig at partene har nedlagt påstand om at kontrakten skal kjennes uten virkning. I dette tilfellet vil retten ha en plikt til å kjenne kontrakten uten virkning på eget initiativ (*ex officio*).

¹⁸ Det er imidlertid ikke et krav for å idømme sanksjoner at en leverandør kan påvise at han ville ha fått kontrakten, dersom konkurransen var avholdt i samsvar med regelverket.

I andre sanksjonsbestemmelser står det at retten «kan» idømme en bestemt sanksjon. Dette betyr at retten ikke er forpliktet til å idømme sanksjonen når vilkårene er oppfylt. Retten skal derimot ta med alle relevante hensyn i vurderingen av om det i en konkret sak faktisk bør idømmes sanksjoner. I den forbindelse vil det blant annet kunne være relevant å se på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiver har foretatt gjentatte brudd, muligheten for å gjenopprette konkurransen, den preventive virkning og i hvilket omfang det tilkjennes erstatning som følge av overtredelsen. Omvendt kan retten også i slike tilfeller idømme en sanksjon selv om ikke partene har nedlagt påstand om dette.

Det overordnede formålet med sanksjonene er å sikre etterlevelse av regelverket og dermed forebygge regelbrudd. Særlig sanksjonene uten virkning og avkortning av kontrakt vil også kunne føre til at konkurransesituasjonen gjenoprettes, dvs. at det gjennomføres en ny konkurranse. Disse sanksjonene vil ikke bare ramme oppdragsgiver, men også dennes medkontrahent, dvs. den leverandøren som oppdragsgiver har inngått kontrakt med. Overtredelsesgebyret vil derimot utelukkende ramme oppdragsgiveren.

18.5.2. I hvilke tilfeller skal oppdragsgiver idømmes sanksjoner

Ulovlige direkte anskaffelser

Retten skal idømme sanksjoner når oppdragsgiver foretar en ulovlig direkte anskaffelse.¹⁹ Dette gjelder for anskaffelser som omfattes av både forskriftens del II, III og IV.

Hva som er en ulovlig direkte anskaffelse er definert i forskriftens § 4-1 bokstav q. Det følger av denne bestemmelsen at en ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med reglene ikke har kunngjort konkurransen.²⁰ Typiske eksempler på ulovlige direkte anskaffelser er når oppdragsgiver inngår en kontrakt med en leverandør direkte uten konkurranse, eller når han splitter opp en anskaffelse i den hensikt å komme under terskelverdien. Et annet eksempel er når oppdragsgiver foretar en vesentlig endring i en avtale med en opprinnelig leverandør, til tross for at det ikke foreligger opsjoner i den opprinnelige kontrakten til å gjøre dette, slik at en i realiteten står overfor en ny avtale som skal tildeles etter regelverket. Det vil også være en ulovlig direkte anskaffelse når oppdragsgiver benytter seg av rammeavtaler som andre oppdragsgivere lovlig har inngått, uten at kontrakten eller kunngjøringen lovlig rommer muligheten for at andre virksomheter enn de kontrakten er inngått med, kan gjøre bestillinger fra den.

Det vil også være en ulovlig direkte anskaffelse, der oppdragsgiver bare har kunngjort i Doffin når det etter forskriften foreligger en plikt til å kunngjøre i TED. Dette vil i praksis si der oppdragsgiver har gjennomført en anskaffelse etter forskriftens del II, selv om oppdragsgiver skulle ha gjennomført anskaffelsen etter forskriftens del III. Dette vil være problematisk fordi noen leverandører, særlig utenlandske, ikke følger med på konkurranser som kunngjøres i Doffin. Dersom en kunngjøring feilaktig bare kunngjøres i Doffin, vil disse leverandørene ikke bli kjent med at det foretas en anskaffelse.

¹⁹ Jf. lov om offentlige anskaffelser § 13 samt forskriftens § 13A-1 første ledd, § 22A-1 første ledd bokstav a, § 23-3, § 24-2 og 25-2.

²⁰ Plikten til å kunngjøre konkurransen følger hhv. av forskriftens § 9-1 og §§ 18-1 og § 18-3.

Retten *skal* idømme oppdragsgiver sanksjoner når det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det er som nevnt over ikke et krav at overtredelsen er grovt uaktsom eller forsettlig fra oppdragsgivers side, eller fra en som handler på vegne av oppdragsgiver. Det vil si at retten skal idømme oppdragsgiver sanksjoner når vilkårene er oppfylt, uansett omstendighetene ved overtredelsen.²¹

Der det ikke foreligger en plikt til å kunngjøre, for eksempel fordi oppdragsgiver har adgang til å anvende prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, fordi anskaffelsen etter sin art er unntatt etter forskriften § 1-3 annet ledd eller ved utførelse i egenregi, vil det naturligvis ikke foreligge en ulovlig direkte anskaffelse.

Det kan likevel oppstå en rekke grensetilfeller, der det kan være tvil om det faktisk er hjemmel for oppdragsgiver til lovlig å foreta en direkte anskaffelse. Eksempelvis kan det oppstå usikkerhet knyttet til om betingelsene for å anvende prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er oppfylt. Er det for eksempel bare én leverandør i markedet som kan prestere ytelsen?²² Dersom oppdragsgiver legger til grunn en uriktig forståelse og inngår kontrakt uten forutgående kunngjøring, vil han altså etterfølgende kunne bli idømt sanksjoner for en ulovlig direkte anskaffelse – også selv om man befinner seg i en juridisk gråsoner. Her har oppdragsgiver imidlertid mulighet for å unngå sanksjoner ved å foreta en intensjonskunngjøring, jf. nærmere i kapittel 18.5.4.

Ved ulovlige direkte anskaffelser etter forskriftens del III og over EØS-terskelverdiene etter del IV, er hovedregelen at en ulovlig direkte anskaffelse *skal* føre til at kontrakten kjennes uten virkning. I noen tilfeller kan/skal retten i stedet for, eller i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning, avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr, se kapittel 18.5.3.

Ved ulovlige direkte anskaffelser etter forskriftens del II og under EØS-terskelverdiene etter del IV, kan retten ikke kjenne kontrakter uten virkning, men skal her i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

Tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning

Retten kan/skal²³ idømme sanksjoner når oppdragsgiver tildeler en kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene for tildeling av slike kontrakter.²⁴ Dette gjelder for anskaffelser omfattet av forskriftens del II og III.²⁵

21 Dette er en endring i forhold til den tidligere bestemmelsen om overtredelsesgebyr, jf. tidligere § 7b. Her var det et krav at overtredelsen var forsettlig eller grovt uaktsom.

22 Jf. forskriftens §§ 2-1 annet ledd bokstav a eller 14-4 bokstav c.

23 Som det fremgår innledningsvis av kapittel 18.5.1 er retten i noen tilfeller forpliktet til å ilegge sanksjoner, dvs. at retten «skal» ilegge sanksjoner. I andre tilfeller er det opp til retten å vurdere om det skal ilegges sanksjoner, dvs. retten «kan» ilegge sanksjoner.

24 Jf. forskriftens § 13A-1 annet ledd bokstav a, § 22A-1 første ledd bokstav b og § 22A-2 tredje ledd.

25 Denne typen brudd er ikke aktuelle for anskaffelser omfattet av forskriftens del IV, da det ikke i denne delen finnes bestemmelser om rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger.

For slike kontrakter gjelder det ikke noe krav om karens, jf. nærmere i kapittel 16.3.3. Det betyr altså at oppdragsgiver kan inngå kontrakt umiddelbart i forbindelse med tildelingen. Derfor kan den situasjonen oppstå at kontrakten tildeles «feil» leverandør, samtidig som de øvrige leverandørene ikke får mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen. Oppdragsgiver kan imidlertid unngå sanksjoner ved tildeling av kontrakter innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning ved å fastsette og overholde en frivillig karensperiode, jf. nærmere i kapittel 18.5.4.

Ved kontrakter innenfor en rammeavtale skal tildeling i strid med prosedyrereglene forstås som tildeling i strid med bestemmelsene i hhv. § 6-3 annet ledd eller § 15-3 tredje ledd. Det vil si at sanksjoner bare vil være aktuelle ved bruk av rammeavtaler med flere leverandører, der ikke alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen. Dvs. ved rammeavtaler der avrop skal skje etter minikonkurranse. Et brudd på disse bestemmelsene kan for eksempel være der oppdragsgiver ikke har kontaktet alle leverandørene som er i stand til å gjennomføre kontrakten, eller der kontrakten ikke er tildelt til den leverandøren som har gitt det beste tilbudet i henhold til de fastsatte tildelingskriteriene.

Ved kontrakter innenfor en dynamisk innkjøpsordning skal tildeling i strid med prosedyrereglene forstås som tildeling i strid med bestemmelsene i hhv. § 6-4 femte til syvende ledd eller § 15-4 femte til syvende ledd. Dvs. i forbindelse med gjennomføring av konkurransen for tildeling av hver enkelt kontrakt under innkjøpsordningen. Et brudd på disse bestemmelsene kan for eksempel være der oppdragsgiver ikke har invitert alle tilbydere som er tatt opp i ordningen til å levere tilbud, eller der kontrakten ikke er tildelt til den tilbyderen som har gitt det beste tilbudet i henhold til de fastsatte tildelingskriteriene.

Sanksjoner kan bare idømmes for kontrakter som overstiger 500 000 kr. Dersom en oppdragsgiver for eksempel gjør et avrop til en verdi av 200 000 kr, kan altså oppdragsgiver ikke idømmes sanksjoner selv om avropet har skjedd i strid med prosedyrereglene.

Det er selve rammeavtalens/den dynamiske innkjøpsordningens verdi som er avgjørende for om en sanksjon skal idømmes etter forskriftens del II eller III – ikke verdien av det enkelte avropet/kontrakten. Det vil således være sanksjonsbestemmelsene i del III som gjelder der en rammeavtale om levering av varer har en samlet verdi på for eksempel 5 millioner kr, også selv om det konkrete avropet har en verdi på 600 000 kr.

Hvilke sanksjoner som skal/kan idømmes for tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene etter forskriftens del III avhenger av den enkelte kontraktens verdi (dvs. avropet). Der den enkelte kontrakten (dvs. avropet) overstiger EØS-terskelverdiene er hovedreglen at retten *skal* kjenne kontrakten uten virkning.²⁶ I noen tilfeller kan/skal retten i stedet for, eller i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning, avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Der den enkelte kontrakten (dvs. avropet) ikke overstiger EØS-terskelverdiene, men likevel overstiger 500 000 kr, *kan* retten avkorte kontrakten

²⁶ Jf. forskriftens § 22A-2 første ledd bokstav b.

eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.²⁷ For slike kontrakter av mindre verdi kan retten altså ikke kjenne kontrakten uten virkning.

Ved kontrakter innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning etter forskriftens del II kan retten heller ikke kjenne kontrakter uten virkning. Her kan retten i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.²⁸

Se nærmere om hvilke sanksjoner som skal ilegges i kapittel 18.5.3.

Andre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon i sammenheng med brudd på prosedyrereglene

Retten kan/skal²⁹ idømme sanksjoner der oppdragsgiver foretar brudd på bestemmelsene om karens eller inngår kontrakt i suspensjonsperioden, når oppdragsgiver samtidig foretar grove brudd på andre bestemmelser i forskriften.³⁰ Dette gjelder for anskaffelser omfattet av forskriftens del II og III, samt for bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål etter forskriftens del IV.³¹

Med grove brudd på regelverket menes brudd som har påvirket øvrige leverandørers mulighet til å få kontrakten. Dvs. der bruddet kan ha påvirket utfallet av konkurransen. Det kan ikke her stilles noe krav om at en forbigått leverandør må sannsynliggjøre at han faktisk ville ha fått tildelt kontrakten om ikke bruddet hadde skjedd – det er tilstrekkelig at bruddet har påvirket denne leverandørens mulighet til å få tildelt kontrakten.³²

Det er videre en betingelse for at det kan idømmes sanksjoner, at bruddet på bestemmelsene om karens eller inngåelsen av kontrakt i suspensjonsperioden skal ha fratatt øvrige leverandører muligheten for å iverksette rettslige skritt. Dvs. at leverandørene ikke er gitt mulighet for å gå til domstolene, for eksempel med en begjæring om midlertidig forføyning. Utgangspunktet må her være at leverandørene alltid skal kunne forholde seg til den fastsatte karensperioden. Når oppdragsgiver først har fastsatt en karensperiode skal leverandørene kunne innrette seg etter at denne overholdes, slik at det for eksempel fortsatt skal være mulig å begjære midlertidig forføyning den dagen karensperioden løper ut. Det åpnes ikke her for en skjønnsmessig vurdering av om den enkelte leverandøren faktisk hadde mulighet til å klage, og burde gjort det, på et tidligere tidspunkt. Det må også antas at leverandørene i alle tilfeller vil være avskåret fra å iverksette rettslige skritt, der oppdragsgiver inngår kontrakt selv om adgangen til dette er suspendert.

En leverandør vil imidlertid ikke uten videre være fratatt muligheten for å gå til domstolene, der en oppdragsgiver tidligere i konkurransen har avvist en forespørsel fra en leverandør om å delta, når oppdragsgiver har fastsatt en frist for å begjære midlertidig

27 Jf. forskriftens § 22A-2 tredje ledd.

28 Jf. forskriftens § 13A-1 annet ledd bokstav a.

29 Som det fremgår innledningsvis av kapittel 18.5.1 er retten i noen tilfeller forpliktet til å ilegge sanksjoner, dvs. at retten «skal» ilegge sanksjoner. I andre tilfeller er det opp til retten å vurdere om det skal ilegges sanksjoner, dvs. retten «kan» ilegge sanksjoner.

30 Jf. forskriftens § 13A-1 annet ledd bokstav b, § 22A-1 første ledd bokstav c og § 25-2.

31 Denne typen av brudd er derimot ikke relevant for plan- og designkonkurranser eller bygge- og anleggskonkurranser omfattet av del IV, da det for slike anskaffelser ikke gjelder bestemmelser om karens eller suspensjon.

32 Kravet til årsakssammenheng må dermed antas å være mindre strengt enn det årsakskrav som gjelder for å få tilkjent erstatning for den positive kontraktsinteressen, jf. NOU 2010:2 kapittel 10.2.2.

forføyning mot denne avvisningen, jf. nærmere i kapittel 11.4. En avvist leverandør må da ta opp spørsmålet om avvisningen var i samsvar med regelverket innen fristens utløp. Benytter han seg ikke av denne muligheten, kan han ikke senere kreve at oppdragsgiver sanksjoneres fordi avvisningen var urettmessig. At oppdragsgiver på et senere tidspunkt for eksempel ikke overholder en karensperiode, endrer ikke ved dette.

Leverandørene vil for eksempel heller ikke være fratatt muligheten for å gå til domstolene, der oppdragsgiver har brutt bestemmelsene om karens ved ikke å gi en tilstrekkelig begrunnelse. Her har leverandøren mulighet til å be oppdragsgiver om en slik begrunnelse og om at karensperioden utsettes til denne er gitt. Dersom oppdragsgiver ikke imøtekommer en slik anmodning, har leverandøren mulighet til å begjære midlertidig forføyning. Forføyningen må da være frem til en tilstrekkelig begrunnelse er gitt og leverandørene har fått passende tid til å vurdere om det er grunnlag for å klage.

Et siste eksempel på en situasjon der leverandørene ikke nødvendigvis er fratatt muligheten for å gå til domstolene, er der oppdragsgiver har fastsatt en for kort karensperiode. Dette kan for eksempel være en karensperiode som ikke lever opp til kravet om «rimelig tid» etter forskriftens del II. Har oppdragsgiver eksempelvis satt en karensperiode til 6 dager, selv om 10 dager etter en konkret vurdering hadde vært rimelig, vil ikke leverandørene være avskåret fra å iverksette rettslige skritt. I et slikt tilfelle kan øvrige leverandører be oppdragsgiver om å forlenge karensperioden. Går ikke oppdragsgiver med på dette, har leverandørene mulighet til å begjære midlertidig forføyning for å hindre at kontrakten inngås etter 6 dager. Forføyningen må da være frem til oppdragsgiver har gitt en rimelig karensperiode.

Ved alvorlige brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon i sammenheng med brudd på prosedyrereglene etter forskriftens del III og ved bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål over EØS-terskelverdiene etter forskriftens del IV, er hovedregelen at retten *skal* kjenne kontrakten uten virkning. I noen tilfeller kan/skal retten i stedet *for*, eller i tillegg til at kontrakten kjennes uten virkning, avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr, se kapittel 18.5.3.

Etter del II og ved bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål under EØS-terskelverdiene etter forskriftens del IV, kan retten ikke kjenne kontrakter uten virkning for slike brudd. Her *kan* retten i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

Andre brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon

Endelig skal retten idømme sanksjoner for andre brudd på bestemmelser om karens eller suspensjon.³³ Dette gjelder bare for anskaffelser omfattet av forskriftens del III og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål over EØS-terskelverdiene etter forskriftens del IV.³⁴

³³ Jf. forskriftens § 22A-2 første ledd bokstav b og § 25-2 første ledd.

³⁴ Denne typen brudd er således ikke relevant for anskaffelser omfattet av forskriftens del II eller anskaffelser som før øvrig er omfattet av del IV.

Med «andre brudd» menes alle typer av brudd på bestemmelsene om karens i forskriftens § 22-3, eller der oppdragsgiver inngår kontrakt i suspensjonstiden, jf. § 22-3a. Det stilles ikke noe krav om at slike brudd skal ha fratatt øvrige leverandører muligheten for å iverksette rettslig skritt. Det er heller ikke noe krav at oppdragsgiver i tillegg har foretatt andre brudd på regelverket. Det vil altså være aktuelt med sanksjoner også ved «rene» brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon. Dette gjelder for eksempel der oppdragsgiver feilaktig har fastsatt en karensperiode på ni dager, selv om 10 dager er minimumskarensperioden. Eller når oppdragsgiver i strid med regelverket ikke har fastsatt en karensperiode, men det ikke har skjedd noen andre brudd på regelverket (dvs. at kontrakten er tildelt «rett» leverandør).

Der det skjer slike brudd skal retten avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr. Det vil ikke være mulig for retten å kjenne en kontrakt uten virkning ved et slikt brudd.

18.5.3 Hvilke sanksjoner skal idømmes

Sanksjoner etter forskriftens del III

Hovedreglen etter del III³⁵ er at retten ved alvorlige brudd på regelverket skal kjenne kontrakten uten virkning. Dette gjelder følgende typer av regelbrudd:

- ved en ulovlig direkte anskaffelse,
- ved tildeling av kontrakt (avropet) innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene, der kontrakten overstiger EØS-terskelverdiene, og
- ved andre alvorlige brudd på prosedyrereglene som skjer sammen med brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon.

I disse tilfellene er det i utgangspunktet obligatorisk for domstolene å kjenne kontrakten uten virkning når vilkårene er oppfylt, se nærmere om disse vilkårene i kapittel 18.5.2.

At en kontrakt kjennes uten virkning innebærer at den opphører å gjelde, slik at partenes plikter og rettigheter ikke lenger kan håndheves. Opphøret får virkning fra det tidspunktet rettens avgjørelse er rettskraftig.

Retten kan bestemme om kontrakten skal kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse (*ex nunc*) eller fra tidspunktet for kontraktsinngåelsen (*ex tunc*). En forutsetning for at en kontrakt skal kunne kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse er at kontraktsytelsen kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde. En restitusjon av ytelsen vil typisk kunne være utelukket når det dreier seg om en tjeneste-kontrakt eller et bygge- og anleggsarbeid.

Dersom kontrakten kjennes uten virkning bare for fremtidig kontraktsoppfyllelse, skal oppdragsgiver i tillegg idømmes et overtredelsesgebyr.³⁶ Se nærmere om overtredelsesgebyret under.

³⁵ Dette gjelder også for anskaffelser over EØS-terskelverdiene etter del IV, der denne typen av brudd skal sanksjoneres.

³⁶ Jf. forskriftens § 22A-2 annet ledd.

Der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten i ovennevnte tilfeller unnlate å kjenne kontrakten uten virkning.³⁷ Se nærmere om dette unntaket i kapittel 18.5.4. I et slikt tilfelle skal retten i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr (såkalte alternative sanksjoner). Se nærmere om disse sanksjonene under.

Ved følgende typer av regelbrudd kan retten ikke kjenne kontrakten uten virkning, men må nøye seg med å avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr:

- ved andre brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon, og
- ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene, der kontrakten overstiger 500 000 kr, men ikke overstiger EØS-terskelverdiene.

I førstnevnte tilfelle skal retten idømme slike alternative sanksjoner når vilkårene er oppfylt. I sistnevnte tilfelle kan retten idømme slike sanksjoner. Dvs. at retten kan ta med alle relevante hensyn i vurderingen av om det i en slik konkret sak faktisk bør idømmes sanksjoner.

Sanksjoner etter forskriftens del II

Retten har ikke mulighet til å kjenne kontrakter omfattet av forskriftens del II uten virkning. For slike anskaffelser kan retten bare avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.³⁸

I følgende tilfelle skal retten idømme slike alternative sanksjoner:

- ved en ulovlige direkte anskaffelse.

I følgende tilfeller kan retten idømme slike alternative sanksjoner:

- ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene, og
- ved andre alvorlige brudd på prosedyrereglene som skjer sammen med brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon.

³⁷ Jf. forskriftens § 22A-1 fjerde ledd

³⁸ Det samme gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene etter del IV, der denne typen av brudd skal sanksjoneres.

Nærmere om de såkalte alternative sanksjonene

Retten kan/skal som beskrevet over i noen tilfeller idømme oppdragsgiver såkalte alternative sanksjoner, dvs. avkorte kontraktens løpetid eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

Det er retten som i hvert enkelt tilfelle avgjør hvilke sanksjoner som skal idømmes, herunder hvordan kontrakten ev. skal avkortes og hvor høyt et ev. overtredelsesgebyr skal være.³⁹ Når den foretar en slik skjønnsmessig vurdering, skal retten legge vekt på overtredelsens grovhet, størrelsen på anskaffelsen, muligheter for å gjenopprette konkurranse og den preventive virkningen. Retten kan også velge å kombinere sanksjonene.

Sanksjonen «avkortning av kontrakt» har mye til felles med sanksjonen «uten virkning». Skjæringstidspunktet vil imidlertid være forskjellig. Uten virkning vil inntre fra det tidspunktet rettens avgjørelse er rettskraftig. Avkortning av kontrakt vil derimot først få virkning fra et nærmere angitt tidspunkt.⁴⁰ Det kan for eksempel være slik at kontrakten kan løpe frem til ny konkurranse er avholdt og ny kontrakt er inngått, eller til et annet hensiktsmessig tidspunkt fastsatt av håndhevelsesorganet. Eksempelvis kan en 5-årig kontrakt avkortes med 2 år, eller der oppdragsgiver har inngått en kontrakt uten sluttdato, kan retten fastsette at den skal utløpe ett år etter rettens avgjørelse. Denne sanksjonen kan således være et fleksibelt instrument som sikrer en samfunnsøkonomisk fornuftig avvikling av kontrakten inntil for eksempel en ny leverandør er på plass. Samtidig gjen-skapes konkurransemulighetene ved at de gjenstående deler av kontrakten må lyses ut på nytt, dersom oppdragsgiver fortsatt har behov for ytelsen.

Et overtredelsesgebyr kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.⁴¹ Ettersom bøter kun går ut over oppdragsgiver, og kontrakten består, vil dette alternativet særlig kunne være aktuelt der det er behov for stabilitet rundt kontraktsforholdet eller der oppdragsgiver har valgt rett leverandør, men gjort formelle feil i løpet av prosessen (for eksempel ved rene brudd på bestemmelsene om karens).

En kombinasjon av sanksjonene kan særlig tenkes å være relevant der det er mulighet for å gjenopprette konkurransen, samtidig som en avkortning av kontrakten vil være gunstig for oppdragsgiver. Det kan for eksempel være fordi oppdragsgiver har inngått en kontrakt som viser seg å være økonomisk ugunstig. I et slikt tilfelle kan det være relevant både å avkorte kontrakten og idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

18.5.4 Unntak fra kravet om sanksjoner

Unntak ved vesentlige hensyn til allmennhetens interesser

Der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten, kan retten i unnlåte å kjenne en kontrakt uten virkning.⁴² Dette unntaket er bare relevant for anskaffelser omfattet av forskriftens del III og for anskaffelser over

39 Der en kontrakt kjennes uten virkning ex nunc skal oppdragsgiver idømmes et overtredelsesgebyr. I denne situasjon er det ikke mulig i stedet eller i tillegg å avkorte kontraktens løpetid.

40 Dette forutsetter at dommen er rettskraftig.

41 Ved kontrakter som tildeles under en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, må det være den enkelte kontraktens verdi som utgjør utgangspunktet for beregningen – ikke verdien av hele rammeavtalen/ordningen.

42 Jf. forskriftens § 22A-1 fjerde ledd

EØS-terskelverdiene omfattet av del IV, da det bare er ved slike anskaffelser at kontrakten kan kjennes uten virkning.

Dersom retten gjør et slikt unntak, skal retten i stedet avkorte kontraktens løpetid og/eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr (såkalte alternative sanksjoner). Se nærmere om disse over i kapittel 18.5.3. Dette unntaket fører altså ikke til at oppdragsgiver helt unngår å bli idømt sanksjoner.

Med allmennhetens interesser menes i dette tilfelle at for eksempel liv, helse eller sikkerhet settes i fare dersom kontrakten kjennes uten virkning. Unntaksbestemmelsen må tolkes snevert. Som eksempel kan nevnes annullering av en anskaffelse av nødvendig medisinsk utstyr som vil medføre at helseinstitusjonen er forhindret fra å foreta livsviktige inngrep. Et annet eksempel på at unntaket kan få anvendelse, er der en kontrakt er knyttet til opprydningsarbeid i forbindelse med en miljøskade. Det er et tungtveiende argument mot å kjenne kontakten uten virkning at en slik sanksjon kan lede til utsettelse som øker omfanget av miljøskadene. Det vil også kunne begrunne unntak fra kravet om at kontrakten kjennes uten virkning, dersom kontrakten er knyttet til sentrale serviceyter fra det offentlige og hvor det kan få store samfunnsmessige ringvirkninger dersom kontrakten annulleres.

Det må skilles mellom allmennhetens interesser og hensynet til en eller flere bestemte enkeltpersoner. At en rekke enkeltpersoner for eksempel har en interesse i at et påbegynt arbeid i deres nærmiljø sluttføres så raskt som mulig, slik at ulemper ved anleggstraffikk med mer blir raskt overstått, er ikke en begrunnelse som faller inn under begrepet «allmennhetens interesse» i anskaffelsesregelverkets forstand.

Økonomiske interesser i en effektiv gjennomføring av at kontrakten vil kun unntaksvis kunne begrunne et unntak, for eksempel der det vil ha særlige uforholdsmessige konsekvenser at kontrakten kjennes uten virkning. Økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten vil derimot i utgangspunktet ikke utgjøre slike vesentlige hensyn. Som eksempler på slike hensyn som ikke kan begrunne unntak kan nevnes omkostninger som følge av forsinkelser i forbindelse med kontraktens oppfyllelse eller at det må avholdes en ny konkurranse.

Det er opp til retten å avgjøre om det faktisk skal gjøres unntak fra kravet om uten virkning i slike situasjoner. Selv om vilkårene er oppfylt, kan retten etter et konkret skjønn la være å anvende unntaksbestemmelsen. Ved denne vurderingen kan det være relevant å ta i betraktning hvor grovt bruddet på anskaffelsesregelverket er.

Unntak ved intensjonskunngjøring

Oppdragsgiver kan helt unngå å bli ilagt sanksjoner for ulovlige direkte anskaffelser, der han har foretatt en intensjonskunngjøring og tidligst inngått kontrakten ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.⁴³

⁴³ Jf. forskriftens § 13A-1 tredje ledd og § 22A-1 annet ledd.

En intensjonskunngjøring er en kunngjøring om at oppdragsgiver har til hensikt å inngå kontrakt direkte med en leverandør uten forutgående kunngjøring av konkurransen.⁴⁴ En slik kunngjøring skal skje på fastsatte kunngjørings skjemaer og må inneholde oppdragsgivers begrunnelse for at det kan skje direkte tildeling.⁴⁵ Her må oppdragsgiver både krysse av et felt med den relevante hjemmel og i fritekst gi en nærmere redegjørelse for de faktiske og juridiske omstendigheter som ligger til grunn for vurderingen.

For at unntaket skal komme til anvendelse må oppdragsgiver i tillegg vente med å inngå kontrakt til etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter kunngjøringen. I et slikt tilfelle har oppdragsgiver sikret åpenhet om kontraktsinngåelsen. Interesserte leverandører vil da få mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen, hvis de ikke er enige i oppdragsgivers vurdering av at det er adgang til å tildele kontrakten direkte uten forutgående kunngjøring av konkurransen. Dette kan skje for eksempel ved å oppfordre oppdragsgiver til ikke å inngå kontrakten. Dersom oppdragsgiver fortsatt mener at det er grunnlag for å tildele kontrakten direkte, kan leverandørene vurdere om det er grunnlag for å begjære midlertidig forføyning og ev. bringe saken inn for KOFA. Leverandørene er imidlertid ikke forpliktet til først å gå til oppdragsgiver; de kan velge å gå direkte til domstolene med en begjæring om midlertidig forføyning.

Eksempel

Oppdragsgiver foretar en intensjonskunngjøring som publiseres i TED den 1. mai. Oppdragsgiver kan da tidligst inngå kontrakten den 12. mai. Øvrige leverandører får da ti fulle dager til å vurdere om det for eksempel er grunnlag for å oppfordre oppdragsgiver til ikke å unngå kontrakt, gå til KOFA eller begjære midlertidig forføyning ved domstolene.

Det vil særlig være relevant å benytte en intensjonskunngjøring i grensetilfeller, der det kan være berettiget tvil om det faktisk er hjemmel til å foreta en lovlig direkte anskaffelse. Det vil for eksempel ikke alltid være opplagt – verken juridisk eller faktisk – om oppdragsgiver har adgang til å benytte seg av prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det vil også kunne oppstå tvil om et unntak fra anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse i et konkret tilfelle. Er det for eksempel tale om en slik FOU-tjeneste som kan unntas fra regelverket etter forskriftens § 1-3 annet ledd bokstav g? Er vilkårene for utførelse i utvidet egenregi oppfylt? Er det tale om en uvesentlig endring i en eksisterende kontrakt? I disse tilfellene får oppdragsgiver med intensjonskunngjøringen en mulighet til å redegjøre for sin vurdering på en slik måte at han i ettertid ikke kan sanksjoneres dersom det likevel viser seg at vurderingen ikke var rettslig holdbar.

Omvendt vil oppdragsgiver aldri være forpliktet til å foreta en intensjonskunngjøring. Gjør han ikke det, må han imidlertid leve med risikoen for å bli møtt av søksmål med krav

⁴⁴ Jf. forskriftens § 9-1A og § 18-3a.

⁴⁵ Skjemaer for intensjonskunngjøring finnes i Doffin.

om sanksjoner. Oppdragsgiver kan for eksempel være villig til å løpe denne risikoen der han ikke er i tvil om at det foreligger en lovlig direkte anskaffelse, eller der han ikke har tid til å vente i ti dager med å inngå kontrakt.

Der anskaffelsen i utgangspunktet er omfattet av forskriftens del III må intensjonskunngjøringen skje etter reglene i del III, dvs. at kunngjøringen skal skje i TED.⁴⁶ Der anskaffelsen i utgangspunktet er omfattet av del II vil kunngjøring i Doffin være tilstrekkelig.⁴⁷

Der oppdragsgiver har fulgt reglene i forskriftens del II, slik at konkurransen bare er kunngjort i Doffin, kan det oppstå tvil om konkurransen faktisk skulle være gjennomført etter del III (med kunngjøring av konkurransen i TED). Det kan for eksempel være tvil knyttet til om kontrakten overstiger EØS-terskelverdiene (har beregningen av kontraktsverdien skjedd i samsvar med reglene?) eller hvordan en blandet kontrakt som inneholder både prioriterte og uprioriterte tjenester skal klassifiseres (hva er kontraktens hovedgjenstand?). Dersom oppdragsgiver trår feil her og bare kunngjør i Doffin, vil dette utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse hvis konkurransen skulle vært kunngjort i TED. I et slikt tilfelle må oppdragsgiver foreta intensjonskunngjøringen etter reglene i del III (med kunngjøring i TED), selv om anskaffelsen opprinnelig er foretatt (og konkurransen kunngjort i Doffin) etter forskriftens del II. Kun da vil retten være avskåret fra etterfølgende å idømme sanksjoner for en ulovlig direkte anskaffelse.

Dersom oppdragsgiver mener at en kontrakt fullstendig er unntatt fra forskriften, for eksempel ved anskaffelse av visse finansielle tjenester, må oppdragsgiver vurdere om kontrakten ville vært omfattet av del II eller III dersom det skulle vise seg at unntaket likevel ikke gjelder. Dersom kontraktverdien overstiger EØS-terskelverdien, må oppdragsgiver foreta en intensjonskunngjøring etter del III (med kunngjøring i TED) for etterfølgende å unngå sanksjoner hvis det viser seg at det likevel ikke var en slik finansiell tjeneste som omfattes av unntaksbestemmelsen.⁴⁸

Unntak ved overholdelse av en frivillig karensperiode

Oppdragsgiver kan helt unngå å bli ilagt sanksjoner ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning, når oppdragsgiver frivillig fastsetter og overholder en karensperiode.⁴⁹

For at dette unntaket skal komme til anvendelse må oppdragsgiver meddele sin beslutning om kontraktstildeling til leverandørene i samsvar med forskriftens bestemmelser.⁵⁰ Den frivillige karensperioden må også oppfylle kravene til en ordinær karensperiode, dvs. kravet om hhv. rimelig tid etter del II eller minimum 10/15 dager etter del III.

⁴⁶ Det samme gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdiene omfattet av del IV

⁴⁷ Det samme gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene omfattet av del IV.

⁴⁸ Er det tvil om anskaffelsen ellers skal følge del II eller III kan det være hensiktsmessig uansett å foreta intensjonskunngjøringen etter del III, dvs. i TED.

⁴⁹ Jf. forskriftens § 13A-1 fjerde ledd og § 22A-1 tredje ledd.

⁵⁰ Jf. § 13-3 første og annet ledd og § 22-3 første og annet ledd.

Der oppdragsgiver sender en slik meddelelse og overholder en frivillig karensperiode, sikres åpenhet omkring tildelingen av kontrakten samtidig som de øvrige leverandørene får mulighet til å stoppe kontraktsinngåelsen hvis de er uenige i oppdragsgivers vurdering.

Oppdragsgiver vil aldri være forpliktet til å fastsette en slik frivillig karensperiode. Gjør han ikke det, må han imidlertid leve med risikoen for å bli møtt av søksmål med krav om sanksjoner. Oppdragsgiver kan for eksempel være villig til å løpe denne risikoen der han ikke er i tvil om at tildelingen av den enkelte kontrakten har skjedd i samsvar med prosedyrereglene, eller der det ikke er hensiktsmessig å vente med å inngå kontrakt til utløpet av en karensperiode.

18.5.5 Søksmålsfrister

De nye håndhevelsesreglene innebærer som beskrevet i dette kapitlet at oppdragsgiver i en rekke tilfeller skal idømmes sanksjoner. Det foreligger altså en risiko for at en inngått kontrakt blir kjent uten virkning eller avkortet. Dette vil være belastende både for oppdragsgiver og oppdragsgivers medkontrahent. Tilsvarende vil det være belastende for oppdragsgiver dersom han først etter lang tid blir ilagt et overtredelsesgebyr. For å bidra til mest mulig sikkerhet rundt kontraktsforholdet, innføres det derfor visse frister for søksmål med påstand om sanksjoner.

Fristene vil gjelde i forhold til alle typer sanksjoner, dvs. både «uten virkning», avkortning av kontrakt og overtredelsesgebyr. Fristene gjelder videre både for anskaffelser omfattet av forskriftens del II, III og IV.

Den generelle søksmålsfristen på 2 år

Hovedreglen er at det kan reises søksmål med sikte på å få iverksatt de aktuelle sanksjonene i inntil 2 år etter at kontrakten er inngått.⁵¹ Dette gjelder for alle typer av brudd:

- ved ulovlige direkte anskaffelser,
- ved tildeling av kontrakt innenfor en rammeavtale eller en dynamisk innkjøpsordning i strid med prosedyrereglene,
- ved andre alvorlige brudd på prosedyrereglene i sammenheng med brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon og
- ved andre brudd på bestemmelsene om karens eller suspensjon.

Oppdragsgiver har imidlertid visse muligheter for å skape åpenhet om at kontrakt er inngått. Gjør han det, vil det under nærmere bestemte vilkår gjelde en forkortet søksmålsfrist på 30 dager. Dette gjelder i to tilfeller, jf. nærmere under.

⁵¹ Jf. forskriftens § 13A-2 første ledd og § 22A-3 første ledd.

Forkortet søksmålsfrist på 30 dager ved ulovlige direkte anskaffelser

Det mulig å oppnå en forkortet søksmålsfrist for påstand om sanksjoner for en ulovlig direkte anskaffelse⁵²: Dersom oppdragsgiver kunngjør konkurranseresultatet i samsvar med forskriftens bestemmelser (dvs. kunngjør hvem kontrakten er inngått med), vil det gjelde en søksmålsfrist på 30 dager.⁵³

Kunngjøringen av konkurranseresultatet skal inneholde oppdragsgivers begrunnelse for at den konkrete kontrakten har blitt tildelt direkte. Her må oppdragsgiver både krysse av et felt med den relevante hjemmel og i fritekst gi en nærmere redegjørelse for de faktiske og juridiske omstendigheter som ligger til grunn for vurderingen.

Oppdragsgiver vil uansett i noen tilfeller være forpliktet til å foreta en slik kunngjøring – også selv om kontrakten tildeles direkte. Dette gjelder for anskaffelser som omfattes av forskriftens del III, for kontrakter om uprioriterte tjenester over EØS-terskelverdien omfattet av del II.⁵⁴ Eksempelvis er en oppdragsgiver som har tildelt en kontrakt ved bruk av forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring forpliktet etter del III til å kunngjøre konkurranseresultatene.

I andre tilfeller vil det være frivillig å foreta en slik kunngjøring. Dette gjelder for øvrige anskaffelser omfattet av forskriftens del II.⁵⁵ Oppdragsgiver vil heller ikke være forpliktet til å kunngjøre konkurranseresultatet for en anskaffelse som bare skal gjennomføres etter forskriftens del I eller som helt er unntatt fra forskriften. Med de nye sanksjonsreglene kan det imidlertid være hensiktsmessig å foreta en slik kunngjøring, for å unngå å bli møtt med krav om sanksjoner i ettertid.

Der det kan bli aktuelt å idømme sanksjoner etter forskriftens del III må kunngjøring av konkurranseresultatene også skje etter reglene i del III, dvs. at kunngjøringen skal skje i TED. Der det kan bli aktuelt å idømme sanksjoner etter forskriftens del II vil kunngjøring i Doffin være tilstrekkelig.⁵⁶

Forkortet søksmålsfrist på 30 dager ved øvrige typer av brudd på regelverket

Det er også mulig å oppnå en forkortet søksmålsfrist for påstand om sanksjoner der oppdragsgiver har foretatt brudd på regelverket etter en kunngjort konkurranse.⁵⁷ Dvs. brudd på regelverket i forbindelse med tildeling av kontrakter under rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger⁵⁸, brudd på bestemmelser om karens og suspensjon som skjer sammen med andre alvorlige brudd,⁵⁹ samt «rene» brudd på bestemmelser om karens og suspensjon⁶⁰.

52 Jf. forskriftens § 13A-2 annet ledd og § 22A-3 annet ledd.

53 Jf. forskriftens § 9-2 og § 18-4.

54 Jf. forskriftens § 18-4 og § 9-2 annet ledd.

55 Jf. forskriftens § 9-2.

56 Se nærmere i kapittel 18.5.4 om kunngjøring av intensjonskunngjøringen. Problemstillinger knyttet til om en kunngjøring av konkurranseresultatene skal kunngjøres i TED eller Doffin vil være den samme som redegjort for der.

57 Jf. forskriftens § 13A-2 tredje ledd og § 22A-3 tredje ledd.

58 Jf. forskriftens § 13A-1 annet ledd bokstav a, § 22A-1 første ledd bokstav b og § 22A-2 tredje ledd.

59 Jf. forskriftens § 13A-1 annet ledd bokstav b og § 22A-1 første ledd bokstav c.

60 Jf. forskriftens § 22A-2 første ledd bokstav b.

Dersom oppdragsgiver i slike tilfeller meddeler berørte leverandører⁶¹ om inngåelsen av kontrakt, vil det gjelde en søksmålsfrist på 30 dager. Dette forutsetter at meddelelsen inneholder en begrunnelse for valg av leverandør i samsvar med reglene om oppdragsgivers begrunnelsesplikt.⁶²

Meddelelsen om inngåelse av kontrakt er ikke det samme som meddelelsen om kontraktstildelingen etter hhv. § 13-3 og § 22-3. Meddelelsen om kontraktstildelingen, som skal sendes forut for kontraktsinngåelsen, er en meddelelse om at oppdragsgiver har til hensikt å inngå kontrakt med en bestemt leverandør. Meddelelsen om inngåelsen av kontrakt, som skal sendes etter kontraktsinngåelsen, er en meddelelse om at kontrakt nå faktisk er inngått med leverandøren.

Dersom oppdragsgiver hhv. har kunngjort konkurranseresultatet eller meddelt berørte leverandører om kontraktstildelingen, kan han altså bare idømmes sanksjoner dersom sak er reist innen 30 dager. Søksmålsfristen på 30 dager skal regnes fra hhv. dagen etter datoen for kunngjøring av konkurranseresultatet eller dagen etter at meddelelsen er sendt.

Begrunnelsen for den forkortede søksmålsfristen i disse tilfellene er at forbigåtte leverandører er gitt kunnskap om at det har blitt inngått kontrakt, samtidig som det bidrar til forutsigbare forhold for kontraktspartene. Dersom en leverandør mener at inngåelsen er i strid med anskaffelsesregelverket, får altså leverandøren 30 dager til å anlegge sak med påstand om sanksjoner.

Dersom oppdragsgiver verken kunngjør konkurranseresultatet eller meddeler berørte leverandører om kontraktstildelingen, vil den alminnelige søksmålsfristen på 2 år gjelde.

Avskjæres andre søksmål?

Dersom søksmålsfristen har løpt ut, vil oppdragsgiver ikke lengre kunne sanksjoneres selv om vilkårene for dette ellers er oppfylt (for eksempel dersom det konstateres at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse).

Leverandørene vil imidlertid etter søksmålsfristen ikke være avskåret fra å anlegge andre typer søksmål, for eksempel søksmål med påstand om erstatning.⁶³

Leverandørene vil heller ikke etter søksmålsfristens utløp være avskåret fra å bringe inn saken for KOFA, forutsatt at ikke klagefristen til KOFA har løpt ut. Eksempelvis kan det skje at en leverandør først oppdager at det kan ha skjedd en ulovlig direkte anskaffelse tre måneder etter oppdragsgivers kunngjøring av konkurranseresultatet (dvs. kunngjøringen av at det har blitt tildelt en kontrakt direkte). I et slikt tilfelle vil leverandøren fortsatt kunne be KOFA om en rådgivende uttalelse om hvorvidt det faktisk foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

61 Se i kapittel 16.2.1 om hvem som er berørte leverandører.

62 Jf. forskriftens § 11-14 første ledd og § 20-16 første ledd.

63 Her gjelder de alminnelige foreldelsesfristene etter foreldelsesloven.



Kapittel 19

Overgangsregler

19. Overgangsregler for nye håndhevelsesbestemmelser mm.

19.1 Generelt om nye håndhevelsesbestemmelser

Det er innført nye håndhevelsesbestemmelser i anskaffelsesregelverket som gjelder fra 1. juli 2012.¹

Formålet med de nye bestemmelsene er å forbedre effektiviteten av håndhevelsen av offentlige anskaffelser, blant annet ved å sikre leverandører bedre inngrepsmuligheter før kontrakter inngås. Dette skjer blant annet ved å endre reglene om karens og begrunnelse. De nye reglene om karens og begrunnelse er beskrevet i kapittel 16. Samtidig innføres det nye bestemmelser om suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt, se nærmere i kapittel 18.3.

De nye håndhevelsesreglene har også særlig fokus på å bekjempe ulovlige direkte anskaffelser og andre alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket. Derfor innføres det en rekke sanksjoner for slike brudd på regelverket, se nærmere i kapittel 18.5. Etter de nye reglene vil det bare være domstolene som kan idømme sanksjoner; KOFA vil ikke lenger ha kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser, se nærmere i kapittel 19.3.

Det er også innført nye bestemmelser om vedståelsesfrister, se kapittel 9.7, oppdragsgivers adgang til å foreta dekningskjøp, se kapittel 7.4.4, og frist for å begjære midlertidig forføyning, se kapittel 11.4.

¹ Se lov 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven, samt forskrift 8. juni 2012 nr. 500 om endring forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) og forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

19.2 Overgangsregler

De nye bestemmelsene skal bare gjelde for anskaffelser der konkurransen er kunngjort etter 1. juli 2012.²

For anskaffelser som ikke kunngjøres gjelder de nye bestemmelsene bare for anskaffelser der kontrakt er inngått etter denne datoen. Dette gjelder både anskaffelser der det ikke er plikt til å kunngjøre en konkurranse (lovlige direkte anskaffelser)³ og anskaffelser som i strid med regelverket ikke er kunngjort (ulovlige direkte anskaffelser).

For rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger må dette innebære at de nye bestemmelsene gjelder for avrop, når kontrakten tilknyttet avropet inngås etter 1. juli 2012. De nye reglene vil gjelde også for avrop som foretas etter denne datoen, når selve rammeavtalen er inngått før 1. juli 2012.

Overgangsreglene betyr at aktørene fortsatt må forholde seg til det «gamle» regelverket for anskaffelser der hhv. konkurransen er kunngjort eller kontrakt er inngått før 1. juli 2012. Dette betyr for eksempel at oppdragsgiver for slike anskaffelser ikke kan ilegges sanksjoner for brudd på bestemmelser om karens, at det ikke gjelder regler om en minimumskarensperiode på 10/15 dager, og at oppdragsgiver ikke kan innføre en frist for å begjære midlertidig forføyning mot visse av oppdragsgivers beslutninger.

De «gamle» reglene finnes her:

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Lov_om_offentlige_anskaffelser_opphevet.pdf

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Forskrift_om_offentlige_anskaffelser_opphevet.pdf

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Forskrift_Kofa_opphevet.pdf.

Veileder til de gamle reglene finnes her:

http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Lov_om_offentlige_anskaffelser_opphevet.pdf

² Plikten til å kunngjøre konkurransen følger av § 9-1 og § 18-1, jf. § 18-3.

³ For eksempel der oppdragsgiver kan benytte seg av prosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. forskriftens § 14-4, eller der anskaffelsen bare skal følge reglene i forskriftens del I og således ikke skal kunngjøres.

19.3 Særlig om KOFAs adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

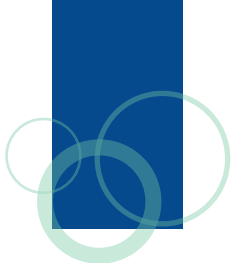
For anskaffelser som ikke kunngjøres gjelder de nye bestemmelsene som beskrevet over bare for anskaffelser der kontrakt er inngått etter denne datoen. Det vil si at de nye sanksjonsreglene der sanksjoner idømmes av domstolene, bare vil gjelde for ulovlige direkte anskaffelser der kontrakt inngås etter 1. juli 2012.

De «gamle» reglene vil således fortsatt gjelde for ulovlige direkte anskaffelser der kontrakt er inngått før 1. juli 2012.⁴ Det betyr at KOFA fortsatt i en overgangsperiode vil kunne ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser, når kontrakten er inngått før denne datoen.⁵

Etter 1. juli 2012 er leverandørene henvist til å gå til domstolene, hvis de ønsker at oppdragsgiver skal idømmes formelle sanksjoner for en ulovlig direkte anskaffelse. Leverandørene vil likevel ikke være avskåret fra å klage til KOFA over en ulovlig direkte anskaffelse. KOFA vil kunne uttale seg rådgivende om hvorvidt det har skjedd en ulovlig direkte anskaffelse eller ei; nemnda vil derimot ikke kunne idømme overtredelsesgebyr hvis den kommer til at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Det vil fortsatt ikke være krav om saklig klageinteresse for å klage en ulovlig direkte anskaffelse inn til KOFA: enhver vil fortsatt kunne klage inn slike saker. Det vil fortsatt også gjelde en toårig klagefrist, se nærmere i kapittel 18.1.2.

⁴ Den nå opphevede § 7b i lov om offentlige anskaffelser vil således fortsatt gjelde for ulovlige direkte anskaffelser der kontrakt er inngått før 1. juli 2012.

⁵ Ettersom det etter det gamle regelverket gjelder en klagefrist til KOFA på 2 år for ulovlige direkte anskaffelser, vil KOFA altså kunne ilegge overtredelsesgebyr for «gamle» ulovlige direkte anskaffelser, som bringes inn til og med juni 2014.



Litteraturliste

- Amdal, Gro og Roll-Matthiesen, Inger, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave, 2. utg 2004, ISBN 82-446-0727-0
- Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement, 2. ed 2005, ISBN 0421-758503
- Danske Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektivene
- Danske Udbudsportalens problemløsningsnøkkel til rammeavtaler: <http://www.ubudsportalen.dk/515242>
- Dragsten, Marianne H og Lindalen, Esther, Offentlige anskaffelser kommentartutgave, bind I og II, Oslo 2005, ISBN 82-15-00577-2
- Kommisjonens notat om rammeavtaler CC/2005/03
- Kommisjonens fortolkningsuttalelse om kontrakter som helt eller delvis faller utenfor direktivenes anvendelsesområdet (2006/C 179/02)
- Kommisjonens notat om bruk av elektroniske midler etter de nye direktivene om offentlige anskaffelser SEC(2005) 959
- Kommisjonens notat om konkurransepreget dialog CC/2005/04
- Public Procurement Law Review, nr. 4 2006 «The Commission's Explanatory Notes» av Rhodri Williams
- Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad: EØS-rett 2. utgave, 2006, ISBN 82-15010210